



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

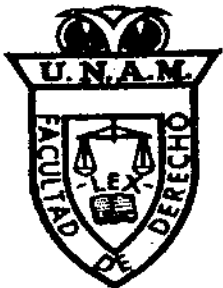
"EL CONTRATO MERCANTIL COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO"

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JORGE SILVESTRE ALPIZAR



ASESOR: LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS



MEXICO, D. F.

2005

m. 343291



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Autorizo a la Universidad General de Estudios de la UNAM a difundir en formato electrónico o impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: JORGE SIGUENZA RE

ACPIZAR

FECHA: 10-04-05

FIRMA: 

EN MEMORIA

A mi padre José Benito Silvestre Acevedo, porque con su ejemplo y dedicación me enseñó el camino del trabajo digno y honrado que el hombre debe seguir hasta obtener el fin deseado en pro de la superación personal y con respeto al ser humano, sin importar la condición social a la que pertenezca.

CON ADMIRACIÓN Y RESPETO

A mi madre Paula Alpizar Cruz, porque con su ejemplo y dedicación, dotada de un gran amor y comprensión por las cosas y por las personas, me supo brindar su apoyo, protección y amparo, dotándome de fortaleza para continuar por la vida, sin importar el grado de dificultad que pudiera existir, con el objeto de resurgir ante todas las adversidades que la misma conlleva.

EN MEMORIA

A mi padre José Benito Silvestre Acevedo, porque con su ejemplo y dedicación me enseñó el camino del trabajo digno y honrado que el hombre debe seguir hasta obtener el fin deseado en pro de la superación personal y con respeto al ser humano, sin importar la condición social a la que pertenezca.

CON ADMIRACIÓN Y RESPETO

A mi madre Paula Alpizar Cruz, porque con su ejemplo y dedicación, dotada de un gran amor y comprensión por las cosas y por las personas, me supo brindar su apoyo, protección y amparo, dotándome de fortaleza para continuar por la vida, sin importar el grado de dificultad que pudiera existir, con el objeto de resurgir ante todas las adversidades que la misma conlleva.

CON RESPETO Y CARINO

A mis hermanos Rosa, Laura Hilda, Javier y Benito, quienes con su palabra y entusiasmo, dotaron a mi espíritu de carácter para continuar en el camino del conocimiento.

A MI ESPOSA CON AMOR

María Guadalupe Mendoza Carbajal, porque con su amor, comprensión y confianza, me impulso en los momentos más difíciles de mi existencia, mostrándome que la felicidad no se obtiene con riquezas materiales, sino con amor y ternura a quienes nos rodean, predicando siempre con el buen ejemplo para lograr una mejor convivencia en familia.

CON AMOR A MIS HIJOS

Jorge Iván, Maribel, Berenice, Elizabeth y María de Lourdes, quienes con su amor y respeto han logrado despertar en mi ser el espíritu de lucha en forma constante para continuar en la búsqueda del conocimiento que fortalezca mi cuerpo y alma.

CON AGRADECIMIENTO

A mis asesores de tesis de la honorable facultad de derecho, licenciados Gerardo Rodríguez Barajas y Benjamín Cervantes Cardiel, quienes en todo momento fortalecieron mi espíritu, inculcándome el amor por la investigación en el estudio de la ciencia jurídica.

CON AGRADECIMIENTO

Al doctor Alberto Fabián Mondragón Pedrero, director del seminario de derecho mercantil, por su valiosa intervención, dotada de una gran calidad humana, al designarme como asesor del seminario al honorable licenciado Gerardo Rodríguez Barajas, catedrático de esta honorable facultad de derecho, por quien fue posible la elaboración y culminación de la presente tesis.

EN RECONOCIMIENTO

A mis distinguidos maestros, quienes con su dedicación y esfuerzo, lograron despertar en mi persona, el amor por la lectura, y de esta manera, hacer posible mi formación como abogado.

ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN	4

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.- PRIMEROS ANTECEDENTES.....	6
2.- ROMA	8
3.- ÉPOCA COLONIAL.....	14
4.- ESPAÑA.....	15
5.- MÉXICO	19
6.- EL MESHICATL O AZTECA	20
7.- MÉXICO INDEPENDIENTE	23
8.- REFERENCIA A DIVERSOS ORDENAMIENTOS	28

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO MERCANTIL

1.- CONCEPTO MORFOLÓGICO DEL CONTRATO	35
2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO.....	35
3.- LA CONTRATACIÓN POR VIA ELECTRÓNICA.....	37
4.- LA CONTRATACIÓN ENTRE PRESENTES Y AUSENTES	39
5.-LIBERTAD CONTRACTUAL.....	40
6.-CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	40
7.-MERCANTILIDAD DEL CONTRATO.....	41
8.- CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS Y EN ESPECIAL	43

8.1.- LA COMPRA VENTA MERCANTIL	44
8.2.- EL REPORTO	48
8.3.- EL DEPÓSITO	52
8.4.- EL CRÉDITO	58
8.5.- LA CUENTA CORRIENTE	62
8.6.- EL FIDEICOMISO	64
9.- CONTRATOS DE GARANTÍA	68
9.1.- LA FIANZA.....	68
9.2.- LA PRENDA	78
9.3.- LA HIPOTECA	84
10.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD DE LOS CONTRATOS	93
11.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO.....	98
12.- EL CONTRATO DE AGENCIA.....	100
13.- EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.....	105

CAPÍTULO TERCERO
LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

1.- FUENTE DE OBLIGACIONES	109
2.- CONCEPTO	110
3.- OBLIGACIONES MERCANTILES	112
4.- ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES	114
5.- MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES	115
6.- DIVERSAS FORMAS DE LAS OBLIGACIONES	115
7.- CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	119
8.- LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	128
PROPUESTA	130
CONCLUSIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCIÓN

Tomando como punto de partida, el acto comercial, o bien, la actividad mercantil, es preciso señalar que con el devenir de los tiempos, el hombre fue creando formas de comercializar sus productos y al mismo tiempo formas de intercambio de mercancías, lo cual, le permitía relacionarse con los diversos grupos sociales de los diversos pueblos que circundaban el lugar, ampliando sus relaciones comerciales con otras comunidades, y al mismo tiempo, ideando formas de contratación plasmadas en documentos que pudieran hacer valer ante las autoridades del lugar en caso de incumplimiento. Es así como el acto mercantil es factor importante, o mejor dicho, fundamental, como por ejemplo el trueque o intercambio de mercancías por otras, que con el paso del tiempo va dando origen a la elaboración de los contratos por escrito, tales como la compraventa, y que es el punto de partida para que con el paso del tiempo se crearán nuevos contratos, con la multiplicidad que hoy le conocemos, sólo por mencionar algunos la compraventa mercantil, el reporto, el depósito, el contrato de capitalización, la apertura de crédito, el crédito documentario, la prenda mercantil y el fideicomiso, entre otros, así como el contrato de permuta, la cesión de créditos, las compraventas del comercio internacional, el contrato de asociación en participación, el contrato de transporte y el contrato de seguro etc.

De los mencionados contratos mercantiles que están legalmente tipificados en la ley se encuentran otros como parte integrante de los mismos, llamados contratos mercantiles atípicos, mismos que, sin estar legalmente reglamentados en la ley, son reconocidos como tales, en virtud de que a los mismos le son aplicables las reglas generales tanto del Código de Comercio como del Código Civil Federal y demás leyes supletorias aplicables al caso concreto; dentro de dichos contratos atípicos se pueden señalar vía de ejemplo el de suministro, el de agencia, el de distribución, y cualquier otro que pudiera crearse dentro de los cuales se encuentran implícitas las obligaciones que pueden ser de dar, de hacer y de no hacer tanto por parte del acreedor como por parte del deudor, los cuales, en caso de incumplimiento o violación de las mismas, como es lógico y normal, traen aparejada una sanción.

Considero que con la creación de las bases fundamentales para un marco jurídico en el se que pudieran encuadrar la parte general de contratación como sería los elementos de existencia y de validez, las consecuencias de cumplimiento o incumplimiento y la parte propia de la libertad contractual, se evitaría poner en peligro el patrimonio de los contratantes y en todo caso la forma de resolver de la manera más justa y equitativa aquellos casos en que alguna de las partes faltare al cumplimiento de sus obligaciones.

Razón por la cual, para la elaboración de este modesto trabajo de tesis, dentro del primer capítulo me permití tomar como punto de partida el acto comercial realizado tanto en países extranjeros como en nuestra nación, mismo que se ha desarrollado desde la antigüedad remota hasta nuestros días, tomando como referencia el derecho comercial romano, la época colonial, el comercio en España y particularmente el derecho mercantil desarrollado en México a través del comercio practicado por los meshicatli o aztecas hasta llegar al México Independiente.

En el segundo capítulo y tomando en consideración el grado evolutivo del acto comercial y, ante la necesidad de dar debido cumplimiento a las operaciones comerciales, se tocó el punto relativo al contrato mercantil como fuente de obligaciones, analizando diversos conceptos del contrato, sus elementos de existencia como de validez en las diversas formas de contratación ya sea entre presentes o entre ausentes, así como el cumplimiento o incumplimiento del contrato. Dentro de este capítulo me permití tomar en consideración en forma breve la clasificación de algunos contratos como son la compra venta mercantil, el reporto, el depósito, el crédito, la cuenta corriente y el fideicomiso, y dentro de los contratos de garantía la fianza, la prenda y la hipoteca; así como el estudio de algunos contratos atípicos como son el contrato de suministro, el de agencia y el de distribución, los cuales no se encuentran reguladas en la ley, y a los cuales se les reconoce una tipicidad social, en los que se aplican tanto las reglas generales del Código de Comercio como las reglas generales del Código Civil Federal.

Finalmente dentro del tercer capítulo de este sencillo trabajo, se hace mención a las obligaciones mercantiles partiendo de su concepto etimológico, hasta el cumplimiento o incumplimiento de las mismas desde su origen, así como sus modalidades y las diversas formas de obligaciones y extinción de las mismas en el derecho positivo mexicano como parte implícita en la celebración del contrato ya sea civil o bien mercantil.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

Tomando en consideración los actos de comercio realizados por el hombre desde su inicio, el estudio realizado en apoyo al tema que nos ocupa, se enfocó tomando como punto de partida la aparición del mercantilismo en los diversos núcleos de población que conforman a la sociedad, misma que ha evolucionado desde su origen considerablemente tanto nacionalmente como internacionalmente en el desarrollo de la actividad comercial.

No obstante lo anterior, es preciso hacer alguna remembranza ha hechos anteriores al mencionado mercantilismo.

1.- PRIMEROS ANTECEDENTES.- En la antigüedad remota la esclavitud es una institución del derecho de gentes por la cual contrariamente a la naturaleza, una persona se somete al dominio de otra, quien tenía derecho de vida y muerte sobre los mismos, aunque poco usado; por otra parte el esclavo no podía contraer matrimonio, ni tener familia legalmente, no puede ser acreedor ni deudor, no puede hacer testamento ni comparecer en juicio; por lo que toca a los bienes, el esclavo no podía tener cosa alguna de su propiedad; todo pertenecía al amo, pero éste solía asignarle ciertos bienes, para que con su trabajo los hiciera producir.

El romano utilizaba a sus esclavos según sus aptitudes y por medio de ellos hacia adquisiciones para incrementar su riqueza.

En la antigüedad los poderes del amo sobre el esclavo no fueron objeto de regulación, pues estos eran tratados bien. Al cambiar la situación, estos poderes fueron restringidos, pues, una ley pretoria disponía que el amo no podrá entregar un esclavo para las fieras sin el consentimiento del magistrado.

En otras ocasiones lo ponía al frente de un establecimiento comercial, en otras celebraba contratos con representación del amo; en otros casos, por la disposición injusta del derecho civil, el esclavo soló podía efectuar actos que incrementaran el patrimonio del amo, pero no actos que lo comprometieran.

La tendencia de esta época consistía en volver las condiciones sociales inmóviles y hereditarias, por lo que esta situación pasa de la Edad Media, como pasaron muchos otros gremios. (1)

(1).-Bravo González Agustín y Bialostosky Sara, Compendio de Derecho Romano, Edición Novena Editorial Pax-México 1978 Págs. 31, 33.

Los pueblos antiguos practicaron el comercio, no sólo en sus relaciones internas sino de pueblo a pueblo, por lo que indica el autor Escarra, que "el derecho mercantil primitivo era internacional".

El Código babilónico de Hamurabi, que data de veinte siglos antes de Cristo, reglamenta diversas instituciones mercantiles, como el préstamo a interés, el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión.

Los fenicios fueron famosos como grandes navegantes y mercaderes y aunque de ellos no han perdurado leyes escritas, sí se pueden citar las famosas leyes rodias sobre las averías marítimas (avería común o gruesa) que son seguramente de influencia fenicia, ya que este pueblo colonizó a la isla de Rodas.

La parte fundamental de la legislación sobre averías marítimas fue recogida por el Digesto Romano bajo el nombre de Lex Rodia de Jactu.

Los griegos inventaron el préstamo a la gruesa, llamado *nauticum foenus*, que fue utilizado por los romanos, y que consistía en que el prestamista otorgaba crédito a un naviero exportador, y si el viaje concluía en feliz arribo, el prestamista recibía un interés elevado; pero si el viaje fracasaba, no tenía el mutuante derecho a cobrar el importe del mutuo.

Los hindúes, en su Código de Manú, que data de dos siglos antes de Cristo, destacan la profesión del comerciante como honrosa y reglamentan algunas instituciones comerciales, como las compraventas de mercancías provenientes de ultramar, las que se consideraban válidas aunque la cosa vendida no hubiere sido propiedad del vendedor. (2)

(2).-Cervantes Ahumada Raúl. Derecho Mercantil Primer Curso, edición Cuarta, Editorial Herrero S.A., México 1982, Págs. 3 a 5

2.- ROMA.- Las primeras disposiciones del derecho comercial romano eran internacionales, pertenecían al *Ius Gentium*, porque el ejercicio del comercio no se consideraba actividad exclusiva de los ciudadanos romanos sino que era permitido a los extranjeros que venían a Roma o estaban domiciliados en ella.

Se pueden señalar, en el ordenamiento romano, tres clases de instituciones comerciales:

Primero, las que no se limitaban a una profesión determinada, como la *actio institoria*, que, contrariamente al derecho civil general, que desconocía la representación, permitía a los terceros que habían realizado un negocio comercial con un esclavo o un hijo de familia, exigir el pago directamente del dueño del esclavo o del *paterfamilias*.

Segundo, las instituciones especiales del comercio marítimo formaban el segundo grupo. Entre ellas se pueden señalar las importadas de los pueblos orientales, como la *lex rodia de jactu*, o sea la ley de la hechazon, que concedía acción reparatoria a quienes habían sufrido la pérdida de sus mercancías, cuando esta había sido arrojada al mar para salvar de un peligro a la navegación del buque, a su cargamento, o a ambos; la institución del préstamo a la gruesa o *nauticum foenus*, originario del derecho griego, y algunas instituciones romanas originales, como la *actio exercitoria*, por medio de la cual quien había contratado con el capitán de la nave podía ejercitar su acción directamente contra el armador.

Y El tercer grupo lo formaban las instituciones del derecho bancario romano. Entre las instituciones típicas del derecho bancario romano se pueden señalar la *receptum argentariorum*, por medio de la cual el banquero se obligaba, frente a un tercero, a pagar la deuda del cliente, y la institución del *liber accepti et depensi*, o sea nada menos que el invento de la contabilidad mercantil que la vida comercial debe a los banqueros romanos.(3)

En los primeros siglo de Roma, el derecho para ejercer el comercio, aparece como una facultad que se concede no sólo a los ciudadanos romanos, sino también a los extranjeros que llegaban a Roma o que ahí se domiciliaban, porque en las relaciones de los ciudadanos con los extranjeros, los romanos no aplicaron la ley propia o extranjera sino que aplicaron normas comunes que vendrían a constituir una forma de derecho internacional y formaría uno de los elementos del *Ius Gentium*, que era el conjunto de normas que los romanos tenían en común con los demás pueblos de la antigüedad.

De estas instituciones las principales eran, la *actio institoria*, la *actio exercitoria*, la *nauticum foenus* y la *lex rodia de jactu* que también se reglamento en el Derecho Romano.(4)

(3) Cfr.- Cervantes Ahumada Raúl, Derecho Mercantil Primer Curso Edición Cuarta Editorial Herrero S.A. México 1982 Pág.5 a 6

(4).- Vásquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles Edición décima primera, Editorial Porrúa S.A., México 2001, Págs. 4 a 5.

Tres sistemas de procedimiento se sucedieron en Roma: el de las acciones de la ley, el sistema formulario y el procedimiento extraordinario.

El sistema de las acciones de la ley se caracteriza por la solemnidad de los actos y de las palabras que se efectúan con el concurso del magistrado, a estas solemnidades se les llama legis actiones, cumplidas éstas las partes se dirigen a los presentes tomándolos como testigos y el magistrado los envía ante un juez para que estudie el litigio y dicte sentencia.

En el sistema formulario, el papel del magistrado consiste en redactar un instructivo o fórmulas, que llevan la designación del juez y la determinación de sus poderes.

En el procedimiento extraordinario, el estado imparte la justicia, esta se burocratiza, y el magistrado conoce de toda la instancia aunque frecuentemente delega en el juez esa tarea.

Las legis actiones o acciones de la ley, con este sistema principia el derecho procesal romano, con un simbolismo material, un ritual de pantomimas y palabras consagradas lo caracterizan.

El carácter general de estas fórmulas orales, hasta donde las fuentes nos lo permiten conocer, es que contenían una afirmación o una negación referente al derecho o al hecho de la persona misma que las pronunciaba, de donde se seguía que este procedimiento excluía toda representación.

Las acciones de la ley se cumplen ante la presencia del magistrado, pues este habla y obra, pero no podía, fuera de las cinco acciones, dar o rehusar una acción. Dichas acciones son:

Primera, el sacramentum que es una apuesta de 500 ases según el valor de los objetos en litigio-que el postulante que pierde paga al erario.

Segunda, la iudicis postulatio en cambio se utilizaba sólo en casos determinados prescritos por la ley, que según Gayo son:

a) cuando se trata de reclamar lo debido por un contrato verbal solemne (estipulatio), según disposición de las doce tablas;

b) para la división de una herencia;

c) para pedir la división de un bien común.

Tercera, la condictio porque el actor intimaba a su adversario para que a los treinta días se presentara a tomar un juez.

Más hoy ya no se hace ninguna intimación de este género, llamamos condictio impropriamente a la acción personal en cuya virtud sostenemos que otro está

obligado a darnos alguna cosa. Fue introducida por la ley de Silia para hacer efectivos los créditos de dinero.

Cuarta, la manus iniectu, esta legis actio o acción de la ley aparece ante todo como un procedimiento de ejecución de los juicios que se aplica directamente en la persona del condenado y que no atañe a sus bienes más que por vía de consecuencia.

Vista en esta aplicación principal, que también es la más antigua, la manus iniectu se da:

- a) contra el condenado a una pena pecuniaria;
- b) contra el deudor que ha reconocido su deuda.

Quinta, la pignoris capio, es decir, el acto por el cual el acreedor toma, pronunciando fórmulas sacramentales, bienes del deudor a título de prenda; para que sea válida debe estar autorizada por la costumbre o por la ley y en razón de un interés militar, sagrado o fiscal.

Todas estas acciones de la ley llegaron poco a poco a hacerse odiosas, porque resultaban de la excesiva sutileza con que las redactaron los antiguos legisladores, que el más ligero error en la manera de entablar y proseguir la acción, podía acarrear la pérdida del pleito.

El procedimiento formulario fue la obra maestra del Derecho romano; se caracteriza frente al anterior sistema por la substitución de las solemnidades orales, por la redacción de una fórmula escrita donde se reunían los términos de la controversia y se designaba al juez, a la vez que se le daban instrucciones para que emitiera su sentencia una vez examinadas las pruebas y oídos los alegatos de las partes.

Lo simple del procedimiento agrado a los romanos y termino por imponerse al sistema de las legis acciones.

La fórmula es una instrucción escrita redactada por el magistrado en términos sancionados y por la cual, después de haber indicado al juez la cuestión a resolver, le concede el poder de absolver o condenar al demandado.

La función de las fórmulas era fijar con exactitud la pretensión del actor y a veces la réplica del demandado, el juez debía constatar los hechos en que el actor fundaba su demanda así como las de la excepción del demandado, para así poder sentenciar.

Visto de otra manera, la fórmula es un contrato procesal aceptado por los contendientes.

Las partes principales de la fórmula son:

La institutio iudicio.- designa al juez en términos imperativos.

La demonstratio.- que indica al juez cual es el objeto y la pretensión del actor.

La intentatio.- es aquella parte de la formula en la cual el demandado refleja su deseo, o sea la parte en la que se plantea la cuestión litigiosa conforme a la pretensión deducida por el actor y de cuya contestación dependerá el fallo del juez.

La adiudicatio.- se llama así a la parte de la formula que confiere al juez el poder de transferir la propiedad a una de las partes, lo que sólo sucede en las llamadas acciones divisorias. Y

La condemnatio.- que es la parte de la formula por la cual el juez recibe la potestad de condenar o de absolver.

La condena en el sistema formulario siempre es pecuniaria, pero podía no ser aplicada cuando la acción era arbitraria, en los casos en que el juez comprobaba la pretensión del actor y antes de condenar invitaba al demandado a la restitución del objeto.

Los medios probatorios en el sistema de las legis acciones, los testigos eran el medio de prueba principal dada la oralidad del procedimiento, este medio pasa al sistema formulario, y además existen el juramento de las partes, los documentos muy utilizados en oriente, la confesión, la fama pública, la presunción, la inspección ocular y los dictámenes de los peritos.

El juez es libre para apreciar la prueba, sin que se vea precisado legalmente a dar valor decisivo a tal o cual medio probatorio.

Presentadas las pruebas, venían a continuación los alegatos impugnando las pruebas de la contraria y resaltando el valor de los propios.

Teniendo ya el juez cabal conocimiento del negocio, procedía a dictar oralmente la sentencia y en presencia de las partes, aunque podía abstenerse de hacerlo declarando bajo juramento no ser competente, en cuyo caso se nombraba un nuevo juez.

La sentencia debía ser congruente a los términos de la formula, absolviendo o condenando, según se haya o no demostrado en la prueba el supuesto del magistrado que hacia depender el sentido de la sentencia.

El procedimiento extraordinario, comenzó a producirse en el anterior sistema en los casos en que no podía tener lugar a una instancia regular, como cuando el magistrado conocía de las disputas relativas a fideicomisos.

El procedimiento se desarrolla de la siguiente manera; a petición del actor se ordena al demandado que comparezca mediante la notificación, que podía hacerse por edictos.

El proceso se abre con la presentación de las partes ante el juez por él señalado.

En seguida los abogados fijan las pretensiones de sus clientes y el juez los admite a que prueben sus alegados.

Terminadas estas actuaciones el juez dicta la sentencia en voz alta, esta puede ser absolutoria o condenatoria y no tiene carácter pecuniario necesariamente, sino que puede imponer que se realice la prestación que era objeto de la obligación primitiva.

Quien pierde el proceso paga las costas judiciales, que solían ser de cierta consideración por el procedimiento escrito y los honorarios debidos a los abogados y auxiliares del juez.

En el sistema formulario el proceso es un asunto particular, mientras que en el sistema extraordinario, es un asunto público, incumbe al estado la administración de justicia.

El procedimiento extraordinario deja sus huellas en el procedimiento procesal moderno, pues en él principió la burocratización de la justicia, el estado la imparte como un deber que les corresponde.

Los jueces que designa el magistrado no son elegidos por las partes, sino que derivan sus funciones del poder del magistrado; el personal que interviene en la administración de justicia debe ser retribuido.

El procedimiento se torna escrito, se levantan actas de las sesiones, lo que aumenta el costo del proceso.

Pasan al procedimiento moderno el recurso de revocación y el recurso de apelación.(5)

(5).- Cfr. Bravo González Agustín y Bialostosky Sara, Ob. Cit., Págs, 160 a 167 171 a 173

“Con el nacimiento del mercantilismo, iniciado en el año de 1450 a 1750, se originan los grandes cambios en los procesos de producción, distribución, intercambio y consumo de artículos y servicios en el curso de la vida humana, en la que las condiciones sociales, políticas y económicas son parte de la realidad que les dio nacimiento.

Puede considerarse que con el advenimiento del mercantilismo a mediados del siglo XV hasta mediados del siglo XVIII se logró un avance, por que se empiezan a estudiar con independencia y por si mismos los problemas económicos.

El mercantilismo presenta diferencias y contradicciones, de modo que es distinto en España, Austria, Francia, y Holanda, por tanto no hay un mercantilismo a través de esos tres siglos sino que evoluciona, cambia y se afirma, de tal forma como aconteció en:

España en la que se dio origen al bullonismo simple;

El mercantilismo industrial alcanzado por Italia y Francia;

El mercantilismo comercial, al que llegan Holanda e Inglaterra; y

El mercantilismo liberal que aparece en Inglaterra y que es la etapa en que éste empieza a negarse a sí mismo;

A pesar de lo anterior pueden encontrarse en todos los países y a través de los tres siglos ciertos caracteres comunes que siempre integran el mercantilismo originado en la Edad Media.

El mercantilismo fue un época en que se tenía la idea medieval de que ningún individuo puede enriquecerse sino empobreciendo a otro, lo cual era condenable; pero con el mercantilismo esta idea se aplica a los países y ya se considera lícita”.(6)

(6).- Rangel Couto Hugo, Guía para el Estudio del Pensamiento Económico, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1979, Págs. 23, 24.

3.- LA ÉPOCA COLONIAL.- Consumada la Conquista, el comercio en México, o en la ya Nueva España, sufrió una profunda transformación, derivada, por una parte, de la imposición que los conquistadores hicieron de su sistema, hábitos y conveniencias; y por la otra, del aumento en el tráfico que sobrevino como consecuencia de la apertura de un comercio transmarino.

Sin duda alguna y por obvias razones, en la Nueva España el comercio que mayor significación alcanzó fue el externo, en el cual jugó un papel fundamental la Casa de Contratación de Sevilla toda vez que fue el órgano a través del cual se realizó la casi totalidad del comercio americano durante la colonia.

Para nuestros fines, conviene mencionar que, a poco de constituida la Casa de Contratación, como aumentaron en forma considerable los juicios entre comerciantes, por disposición de Carlos V de 23 de Agosto de 1543, se constituyó un consulado dependiente de dicha casa, con el nombre de Universidad de Cargadores de Indias, el cual conoció de las controversias surgidas con motivo de las operaciones comerciales con América.

El procedimiento a seguir en caso de controversia era simple. El tribunal, designado por los propios comerciantes o cargadores en forma democrática indirecta, se encontraba a cargo de un Prior (primero o principal) y dos cónsules (magistrados consultores), también comerciantes, que en forma sumaria, es decir, breve y carente de formalidades, resolvía los asuntos de su competencia.

Igualmente y según las Ordenanzas, el consulado tenía jurisdicción para conocer de las quiebras de los comerciantes que traficaban con América, cuya resolución era apelable directamente al Consejo de Indias.

Con respecto al comercio interno en la Nueva España, éste estuvo regulado por las disposiciones contenidas en las Ordenanzas del Consulado de Sevilla, Burgos y, principalmente, el de Bilbao.

Las Ordenanzas del Consulado de México fueron formuladas en el seno del propio Consulado, tomando como modelo las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla y quedaron concluidas el 2 de Octubre de 1597 siendo confirmadas por Felipe III en Ventanilla, el 20 de Octubre de 1604, "con las condiciones, limitaciones y declaraciones" que al efecto formuló el Consejo Real de Indias en sus autos de vista y revista de 19 de Junio de 1603 y 4 de Julio de 1604.

En conclusión, la jurisdicción y competencia del consulado de México se ejerció sobre los mercaderes en asuntos de su comercio o relacionados con él, sin que pudiera extender su competencia, según apunta Cervantes, a pleitos y diferencias entre civiles o entre mercaderes por asuntos ajenos al tráfico mercantil; en caso de controversia entre un mercader y un civil con motivo de un negocio comercial, si el mercader era el demandado conocía del juicio el tribunal consular, y en caso inverso, si el mercader era quien demandaba, la resolución era de la competencia de la justicia ordinaria.

La sentencia pronunciada por el Prior y Cónsules, era recurrible ante el juez de alzadas o apelaciones, quien junto con dos "acompañados" emitían la sentencia.

La aparición "Pragmática del comercio libre" de 1778, fue sumamente benéfica para el comercio entre España y sus colonias, incrementándose el de Nueva España en forma por demás considerable.(7)

(7).-Vázquez Arminio Fernando, Derecho Mercantil Fundamentos e Historia Edición Primera, Editorial Porrúa, S.A. México 1977, Págs. 112 a 119 y 121

4.- ESPAÑA.- Antes de entrar al estudio del derecho mexicano, es menester referirme brevemente a España, en cuanto al desarrollo del Derecho Mercantil en ese país, esta obra legislativa es de fundamental importancia para nuestro país.

La aportación española fue de lo más trascendental, pues nada menos que en la península se produjo la obra del Consulado del Mar, que fue la más completa colección medieval de usos marítimos y alcanzó vigencia durante varios siglos en todos los puertos del Mediterráneo, españoles y no españoles.

La Nueva y Novísima Recopilaciones, ordenada la primera en 1587 por Felipe II y en 1805 por Carlos IV, la segunda, para coordinar las leyes existentes, no superaron las ordenanzas en materia mercantil, de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy leal Villa de Bilbao.

Estas Ordenanzas tuvieron una indiscutible autoridad; sin embargo, no formaron un código de aplicación general en toda España por lo que a partir de 1810 se iniciaron, por una comisión, los trabajos para prepararlo.

Fue hasta la tercera comisión designada que quedó redactado un proyecto de Código, en 1829.

Su constitución tuvo lugar el 25 de enero de 1828 y la sesión ciento sesenta y cuatro y última se celebró el 20 de mayo de 1829.

El Código Español de 1829 estuvo vigente hasta 1885, año en el que se promulgó un nuevo Código de Comercio de ese país.

Ambos textos tuvieron influencia en la redacción de nuestros códigos de comercio.(8)

(8).- Cfr. Vázquez del Mercado Oscar, Ob. Cit., Págs. 16 a 18.

Dentro de la reseña histórica del Derecho Mercantil español, en cada una de las grandes épocas históricas, el derecho mercantil de un pueblo guarda analogía con el de los demás que se dedican al comercio, y esta analogía toca a la identidad en los puntos fundamentales.

Las leyes rodias son introducidas en Roma por la jurisprudencia y admitidas o autorizadas por los emperadores.

En la Edad Media, el uso auxiliado de la tradición y de los restos de las antiguas leyes, conservadas en los códigos diminutos que aparecen algún tiempo después de la invasión de los pueblos germánicos, va reconstruyendo el Derecho Mercantil; y de los códigos consuetudinarios que de aquí resultan se hallan tan conformes en el fondo y a veces también en la letra, se puede pensar que uno de ellos es el matriz y los demás copias, si bien que adicionadas unas y modificadas otras en puntos accidentales. Ahora, como los contratos mercantiles, que son los actos con que esta sociedad se manifiesta, son los mismos para todos los países, y producen iguales efectos, sea cual fuere el origen de los individuos que los practican, es natural que tiendan a uniformarse las leyes que rigen semejantes contratos, tanto más cuando la unidad de derecho es un elemento poderoso de la actividad en las relaciones sociales. Al efecto seis épocas se distinguen, cada una de las cuales se manifiesta con caracteres muy marcados.

En la Época Primera, es decir, en los tiempos anteriores a la dominación romana y período de esta dominación, los primitivos moradores de España, cuyos usos y costumbres fueron más inclinados a la ganadería y la agricultura que a la industria y al comercio. Los fenicios, fueron los primeros que al dirigirse con sus expediciones hacia la parte occidental del Mediterráneo, fundaron particularmente en la Bética numerosas colonias que se dedicaban al comercio y al laboreo de minas. Más tarde los Cartagineses, pueblo, cuya superioridad mercantil fue en aquella época prontamente reconocido por las colonias griegas y fenicias del Norte de África, atravesaron el estrecho de Gibraltar y ostentaron en el litoral de Bética y Cataluña, en cuya capital fundaron, sus colonias más florecientes. Por último los romanos aposentados como únicos señores del territorio español alimentaron también el comercio de nuestro país, porque, aún cuando sea cierto que la época del imperio pueda apellidarse la de la decadencia del comercio, debió Roma sostenerse por todos los confines del mundo hasta entonces conocido: Para toda Italia y sobre todo para su capital se exportaban de España metales preciosos, cereales, vinos, aceites de primera calidad, finas lanas, vermellón y salazones, exportaciones que se hacían desde los principales puertos de la Península, como Cádiz, Málaga, Cartagena y Barcelona. De ahí que no hubiese leyes mercantiles españolas en aquella época; rigieron únicamente en España las que en su transacciones observaban los fenicios, griegos, cartagineses y romanos.

En la Época Segunda, el imperio Visigodo, en el breviario de Aniano, que es el primer Código que se publicó para los españoles romanos cerca de un siglo después de la invasión, no se encuentran si no únicamente dos disposiciones que se refieren al derecho marítimo; a saber una sobre la echazón con el objetivo de

salvar la nave; otra que se reduce a definir la pecunia trayectitia o préstamo a la gruesa. Sin embargo, por lo que mira al derecho marítimo, aquel código es inferior al Breviario de Aniano: no nos ofrece ninguna de aquellas disposiciones que contienen la expresión de los principios generales en materia de Derecho Mercantil: todo lo que abraza referente a este derecho, se reduce a (una ley que en los prestamos permitía el interés de un sueldo por ocho, esto es, un doce y medio por ciento: a otra que lo permitía mayor para el de comestibles, pues el que tomaba prestado dos medios debía devolver tres al año; y a tres o cuatro leyes que tienen por principal objetivo a los comerciantes ultramarinos, siendo la más notable la que previene que dichos comerciantes sean juzgados por sus propios jueces).

La Época Tercera, comprende desde la invasión de los Árabes hasta D. Alfonso el sabio. En el siglo XII el régimen municipal le opone algún dique, y este, si bien que débil, produce no obstante sus resultados. En efecto, a la sombra de sus municipalidades y mediante la protección que sus fueros dispensan al tráfico, van renaciendo poco a poco las ferias y los mercados.

La Época Cuarta, desde D. Alfonso el sabio hasta fines del siglo XV. Por lo que mira el comercio terrestre se encuentran únicamente disposiciones que no pasan de administrativas, y tienen por objeto las ferias y mercados, sus franquicias y la seguridad de los mercaderes.

Parece empero que estas no eran las únicas leyes que para estos actos mercantiles regían entonces en la corona de Castilla. Hay fundados motivos para creer que en los puertos del mar Cantábrico se adoptaron las leyes o juicios de Oleron, Código consuetudinario de fecha incierta, pero que indudablemente es anterior al siglo XIV, y sirvió de norma para los demás que hasta el siglo XV fueron apareciendo en varios estados marítimos del Norte de Europa. Dichas leyes, denominadas juicios o rooles de Oleron y también leyes de Leyron, supónese por unos que son traducción de las ordenanzas de Wisby; y por los franceses; y esta es la opinión más generalmente admitida, que Leonor de Guyena, esposa de Luis VII y duquesa de Aquitanis, las hizo redactar o cuando menos las sancionó a su regreso de las Cruzadas.

En los rooles háblase de las obligaciones de los capitanes de la tripulación, de la echazón y modo de contribuir a la indemnización de la misma, de las averías que se causan recíprocamente las naves, de los pilotos lemanes y sus responsabilidades, de las averías de las mercancías durante la descarga, de los varamentos, naufragios y otros accidentes marítimos etc. El carácter de los barceloneses, al por que activo y emprendedor, era prudente: no les bastaba que sus naves invadieran el Mediterráneo, ni que sus factorías fueran multiplicándose: quisieron además tener una norma segura para la decisión de las contestaciones que a consecuencia de la navegación misma se suscitaban. Reunieron en efecto las practicas de los pueblos marítimos que habían visitado; los estudiaron, aplicaron y mejoraron; y de este trabajo resultó un código Consuetudinario, conocido en los tiempos posteriores con el nombre de Consulado del Mar; tal y como se publicó a principios del siglo XVI, y que consta de 252 capítulos.

En la Época Quinta, desde los Reyes Católicos hasta Felipe V. Lastimoso era el estado del comercio al comenzar el reinado de Isabel la Católica, pero los reyes católicos dando paz al país, estimulando la producción de cereales y la crianza de ganado, construyendo los puertos, y fomentando la marina mercante, sacaron de su abatimiento al comercio. El descubrimiento de América habría aprovechado también a España como preferencia a las demás naciones, si hubiésemos aprendido a explotar convenientemente aquel inmenso mercado; pero en los siglos que corrieron desde los Reyes Católicos hasta Felipe V conjuraronse varias causas para contrariar nuestro crecimiento mercantil. Esta actividad comercial hubo de crecer necesariamente, al paso que cambiar un tanto de dirección a consecuencia de dos grandes sucesos coetáneos, el descubrimiento del paso a las Indias Orientales por el Cabo de Buena Esperanza, y la conquista del nuevo mundo. El contrato de seguros marítimos, desconocido en la antigüedad, se había extendido ya en el siglo XIII por el mundo comercial. De aquí provino que el consulado de Burgos formo en 1537 unas ordenanzas de seguros marítimos, generales, y el de Sevilla otras en 1555 sobre los mismos, pero relativas a la navegación a las indias Occidentales.

Las letras de cambio venían también reclamando nuevas leyes pero esta institución no se vio reglamentada sino hasta el siglo XVIII. El gobierno de los reyes católicos adelanto algún tanto por este camino que ya encontró abierto; los consulados hicieron lo restante, debiéndose al de Bilbao las primeras Ordenanzas, que fueron aprobadas en el año de 1560. La Época Sexta, comprende desde Felipe V a nuestros días. La dinastía borbónica no fue tan funesta para el comercio español como la austriaca; todos sus monarcas lo miraron con predilección, y a algunos de sus ministros debe no escasa gratitud la marina mercante. Añádese a esto que en las sociedades mercantiles regidas antes por el derecho común, la jurisprudencia comenzaba a introducir una distinción relativa a la responsabilidad de los socios, distinción que se encaminaba a reunir mayor suma de capitales para las operaciones mercantiles, pues que con ella se declaraba libre de la responsabilidad solidaria al socio que no tenia a su cargo la administración de los intereses sociales. Las ordenanzas formadas por la Universidad de Comercio de Bilbao y aprobadas por Felipe V en 1737, llenaron en gran parte tales vacíos, por manera que ellas son el primer cuerpo de derecho mercantil español que ha abrazado las operaciones terrestres y las marítimas. En los 29 capítulos que contienen, se encuentran algunas disposiciones que pueden considerarse como las primeras de su clase en España; tales son las que tratan de los libros que deben llevar los comerciantes, requisitos que han de tener y fuerza que se les atribuya en juicio (Cáp.3); y las que se ocupan de las compañías mercantiles bien que sin clasificarse, y determinan sus formalidades, imponen la necesidad de contraerlas por medio de escritura publica, y exigen el juicio arbitral para dirimir las diferencias entre socios (Cáp. 10). En efecto ella vino a ser el Código Mercantil español.(9)

(9).- Marti de Eixala D. Ramón, Instituciones del Derecho Mercantil Español, Octava Edición, Barcelona 1879, Págs. 73 a 99.

5.- MÉXICO.- Como a quedado señalado con anterioridad las disposiciones que rigieron en España, algunas de ellas tuvieron aplicación en nuestro País, otras influyeron en la legislación Patria. A fines del siglo XV, el cabildo, justicia y regimiento de la Ciudad de México elevó una representación a la Colonia haciéndole ver que en atención al gran incremento que había alcanzado el comercio en la Nueva España. A los numerosos e importantes litigios que se suscitaban con motivo de asuntos mercantiles, y a los muchos perjuicios, dilaciones y gastos que aquellos ocasionaban, en virtud de tener que decidirse por el derecho común y por los tribunales ordinarios, era ya indispensable establecer un consulado, como los de Burgos y Sevilla, y suplicaba por lo tanto, que se acordara su creación, hízolo así el Rey Felipe II por cédula de 15 de junio de 1592. Por cédula firmada en el Pardo el 8 de noviembre de 1594 se confirmó la primitiva de 1592 y se aprobó el establecimiento del consulado.

En tanto que el consulado tenía sus propias ordenanzas se mandaron aplicar en México, las de Burgos y Sevilla. Las ordenanzas se formaron en el propio consulado y se enviaron a España para su sanción real, lo cual tuvo efecto el 24 de julio de 1604. Felipe III aprobó las ordenanzas del consulado de México, Universidad de mercaderes de Nueva España. Transcurrieron dos siglos durante los cuales sólo operó el consulado de México. Fue hasta 1795 que por cédula del 17 de enero se creó el consulado de Veracruz y después el de 6 de junio del mismo año, el consulado de Guadalajara. Más tarde se fundó el consulado de Puebla, con la autorización virreinal que no llegó a ser confirmada por el rey. Antes, el consulado de México tuvo jurisdicción en Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, Soconusco y Yucatán.

Después de que México consumó su Independencia, las ordenanzas de Bilbao siguieron aplicándose, aunque sufrieron reformas. Cuando se expidió la Constitución de 1824, se considero que deberían suprimirse los consulados por ser tribunales especiales. En el año de 1841 se reestablecieron los antiguos consulados pero con el nombre de Tribunales Mercantiles. La ley que los estableció declaró que continuaban vigentes las ordenanzas de Bilbao. Fue hasta 1854, cuando aparece el primer Código de Comercio mexicano, obra ésta de Teodosio Lares, ministro de Santa Ana, de ahí que se le conozca como el código de Lares. Escaso año duro su vigencia ya que, por razones políticas triunfó la Revolución de Ayutla y desplazamiento de Santa Ana, fue derogado a fines del año de 1855.

Cuando se restauró la república en 1867, se pensó en la creación de un Código de Comercio que pudiera aplicarse en todo el territorio y por ello hubo necesidad de reformar la Constitución de 1857 en su artículo 52 de manera que el congreso quedara facultado para expedir códigos obligatorios en toda la Republica, de Minería y de Comercio (10)

(10).- Cfr. Vásquez del Mercado Oscar, Ob. Cit., Págs. 18 a 21

6.- EL MESHICATL O AZTECA. Es innegable que, a la llegada de los conquistadores, existía en el territorio dominado por los meshicas o aztecas, un régimen político estable, aunque completamente diverso del que imperaba en España y en el resto de Europa. Y es sabido también que existía un comercio de importancia, por lo que es razonable afirmar que se encontraba organizado y reglamentado. Ante todo, de tal comercio es conveniente distinguir entre el metropolitano o local y el foráneo o exterior.

El primero o metropolitano se verificaba en los mercados (tianquiztli o tianguis) ubicado en las parcialidades o divisiones político territoriales de la Tenochtitlán y en donde se encontraban ubicadas las cabeceras de la jurisdicción religiosa.

Los almacenes o tiendas de barrio para la venta al menudeo, eran desconocidos y estaba prohibido comerciar fuera del tianguis otras cosas que no fueran comestibles. Al parecer el origen de esta prohibición era de carácter religioso-político;

Religioso, en cuanto que existía la creencia de que la inasistencia al tianguis era un deshonor al Dios y provocaba su ira, acarreando males; y político, en cuanto que era una manera de proveer a la subsistencia de los sacerdotes y mantenimiento del culto, así como un medio eficaz de recabar los tributos que los traficantes cubrían como derecho de asiento e introducción de mercancías.

En Tenochtitlán existieron mercados en cuando menos las cuatro parcialidades originales que integraban el territorio: Cuepopan, Atzacolco, Mayatlan y Teopan. mismas que en la colonia devinieron en Santa María la redonda, San Sebastián, San Juan y San Pablo respectivamente, amen de un mercado mayor y más importante en el núcleo central o centro ceremonial (cuyo trazo databa de la época de Moctezuma Ilhuicamina) el cual, estaba ubicado en lo que actualmente es nuestra Plaza de la Constitución, Zócalo, cuyos límites, según mapa atribuido a Cortes, eran: Al norte, el gran Teocali, Al este el palacio de Moctezuma. Al sur, la acequia y al Oeste, los edificios de la ciudad.

Los artículos objeto de tráfico, que causaron la admiración de los conquistadores eran innumerables y variados, pues comprendían productos procedentes de los más remotos lugares a los que con su comercio y armas llegaron los Meshica.

El trueque y la venta eran operaciones comunes del mercado; emplearon a manera de monedas para las operaciones de esta última clase el cacao, cuyos granos contaban en bolsas de ocho mil almendras o Xiquipilli, y si la mercancía era de alto valor, su precio se calculaba por sacos de tres Xiquipilli o veinticuatro mil granos.

Otro instrumento de cambio lo constituían pedazos de tela de algodón llamados Coachtli o Teoncoachtli, cuyo tamaño variaba siendo el más grande como una braza española de largo por media vara española de ancho (1.67m. por 0.41 m.) y los pequeños como del tamaño de un pañuelo o de una servilleta. Según Garibay, el carácter medio de compra y rescate, no por trueque sino por valor simbólico, se aprecia en setos toldillos o Coachtli:

“Es el valor del billete de nuestros días, que no lo tienen por su material, sino por su representación”.

Además del trueque y la venta, como medio para concluir transacciones los meshicas se valían del préstamo o mutuo; con o sin intereses; el del transporte; del préstamo de uso o comodato; del depósito en garantía o prenda, y de la enajenación a plazos, con garantía de prenda o palabra.

Para dirimir las controversias que pudieran surgir entre los traficantes, así como para asegurar el orden del mercado, evitando engaños, abusos y robos, existía un tribunal de comercio (pochtecatlahtocan) del que dependían una especie de comisarios o alguaciles (tianquizpantlayacaque) que deambulaban por la plaza observando que las transacciones se verificaran en forma normal, conforme a las costumbres y reglas del mercado.

El tribunal tenía su Tecpan o palacio propio dentro de la plaza que estaba integrado por doce jueces que se encargaban de dirimir las disputas que se presentaban y conocer de las faltas y delitos cometidos en el mercado.

Según Soustelle, al presentarse algún conflicto, los interesados eran conducidos al tribunal, quien encomendaba a tres magistrados que se turnaban, sin cesar el reconocimiento y resolución de la causa dictando la sentencia sin dilación e imponiendo, en caso de infracciones y delitos, severas sanciones, que comprendían incluso la pena de muerte.

Ahora bien, las fuentes, de aprovisionamiento de Tenochtitlán fueron principalmente, los tianguis o mercados, dentro de los cuales destaco el de Tlatelolco.

Sin embargo, y también como fuente de importancia, conviene mencionar los tributos los cuales se pagaban en especie y eran compartidos por soberanos y nobles, amén de que servían para cubrir la retribución de la burocracia, que se entregaba en efectos de consumo y demás artículos provenientes de tal fuente.

Para darnos idea de la importancia de dichos tributos, es suficiente mencionar que, según el Código Mendocino y en medidas actuales, las provincias tributaban al Señor de Tenochtitlán, por cuanto se refiere exclusivamente a grano, alrededor de dieciseismil toneladas al año, de los cuales siete mil eran de maíz y los restantes, en partes más o menos iguales, de frijol y Chian.

Además, había también mercados especializados, en donde solamente se traficaba con un número limitado de géneros.

Así, cobraron fama los mercados de esclavos de Azcapotzalco e Izhuacan; el de joyas, piedras preciosas y plumas de Cholollan; el de ropa, jicaras y loza de tetzcoco; el de perros de Acolman; el de pájaros de Tepeyac.

El comercio de estas agrupaciones era sumamente activo y lo realizaron en caravanas que llegaron hasta los actuales territorios de Costa Rica y Panamá, con ayuda de pueblos nahuas diseminados por todo Centro América.

Igualmente hay información respecto a la existencia de una ruta marítima que iba, bordeando la Península de Yucatán, desde la desembocadura del Río San Juan, en Centro América, hasta el Golfo de México.

Las relaciones comerciales en los puertos y sitios de intercambio se regían por un Derecho Consuetudinario originado en pactos o acuerdos particulares entre pueblos de distinto origen, cuya aplicación se encontraba encomendada a los gobiernos que ejercían soberanía sobre ellos.

Por todo lo que parece, el comercio era al por mayor, y sólo se realizaba entre comerciantes o entre comerciantes y gobernantes, de tal manera que en él no participaban los consumidores o la gente común.

En efecto y no obstante opinión en contrario, se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el Derecho de los Meshicas no era escrito sino consuetudinario, pues los preceptos legales contenidos en colecciones escritas en Jeroglíficos—algunas conocidas en nuestros días y que no pueden considerarse como códigos en el sentido moderno de la palabra no emanaron de órgano u órganos que tuvieran el monopolio para formular leyes y se valieran de la escritura con objeto de precisar su alcance, por lo que considero que dichas colecciones no fueron otra cosa que instrumentos o medios de conservación de normas jurídicas nacidas de la costumbre, la cual en algunos casos fue engendrada por disposiciones dictadas por los soberanos o por los jueces en asuntos de su competencia.

En tal virtud, es apreciable la existencia de un Derecho costumbrista interpueblos, aplicable solamente a las operaciones de comercio que se practicaban en sitios o puertos de intercambio y cuya sanción correspondía a quienes ejercían soberanía sobre dichos sitios o puertos. (11)

(11).- Cfr. Vázquez Arminio Fernández, Ob. Cit., Págs. 93 a 112.

7.- EL MÉXICO INDEPENDIENTE. Consumada la independencia, ante la imposibilidad material y lo irracional que resultaba sustituir totalmente el sistema, continuaron vigentes las disposiciones dictadas para la Nueva España, las cuales fueron reemplazadas paulatinamente por los gobiernos nacionales con el devenir de los años. Por decreto del 22 de Enero de 1822, se nombraron comisiones para la elaboración de proyectos de leyes para los ramos militares, y de hacienda y de educación, así como del Código Civil, criminal y de un "Código de Comercio, de minería, agricultura y artes". Las vicisitudes políticas que se sucedieron impidieron la elaboración de los proyectos y de los respectivos códigos, de tal manera que, en materia procesal mercantil, siguieron aplicándose las ordenanzas y disposiciones particulares dadas para los distintos consulados, hasta que el soberano Congreso General Constituyente (quien se sabía reservado el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión), por decreto de 16 de octubre de 1824, ordeno la supresión de dichos consulados y estableció en el artículo 6º del referido decreto, que los pleitos que se suscitaren sobre negocios mercantiles, se terminarían por los alcaldes o jueces de letras en sus respectivos casos y arreglándose a las leyes vigentes en la materia, quienes se asociarían con dos colegas comerciantes que se escogerían entre cuatro de los que propusieren los contendientes. Posteriormente, el 15 de noviembre de 1841, Antonio López de Santa Anna, como presidente provisional de la República, expidió: "Decreto sobre la organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles".

De acuerdo con el texto de este decreto, erigirían "juntas de fomento del comercio y tribunales encargados de la administración de justicia en los negocios mercantiles, en los departamentos, en los puestos habilitados para el comercio extranjero y en las plazas interiores que designen los gobernadores y juntas departamentales respectivas". Para que pudiera erigirse un tribunal mercantil en una plaza interior, se precisaba una población de por lo menos quince mil habitantes, que tuviera un tráfico activo y un número de comerciantes matriculados que permitiera la renovación periódica de los jueces prevenidos por el decreto (artículo 1).

Según decreto de 1º de julio de 1842, por regla general, la jurisdicción de los tribunales mercantiles, "se entiende únicamente al territorio todo en que lo ejercen los jueces civiles de primera instancia que residen en el mismo lugar" (artículo 9).

De acuerdo con las ideas que imperaban en la época, la determinación de la competencia era exclusivamente objetiva, toda vez que se reputaban como negocios mercantiles, las compras y permutas de frutas y mercaderías hechas con propósito de lucro, quedando excluidas las que no se hicieren con tal fin y las que tuvieran por objeto bienes raíces; los giros de letras de cambio, pagarés y libranzas; toda compañía de comercio; y los negocios "emanados directamente a ella, a saber: el fletamento de embarcaciones, carruajes o bestias de carga para el transporte de mercaderías por tierra o agua, los contratos de seguro, los negocios con factorías, dependientes, comisionistas y corredores, las fianzas o prendas en garantía de responsabilidades mercantiles, siempre que se otorguen sin hipoteca y demás solemnidades ajenas del comercio y propias del derecho civil".

Nuestro primer Código de Comercio fue promulgado el 16 de mayo de 1854, por el entonces Presidente de la República, Antonio López de Santa Anna, en uso de las facultades que "La Nación" le confirió, de gobernar libremente mientras se reunía un congreso extraordinario que expidiera una nueva Constitución. Su contenido lo componen 1091 artículos distribuidos en cinco libros, denominados, respectivamente: De los comerciantes y agentes de comercio; del comercio terrestre; Del comercio marítimo; De las quiebras; y De la administración de justicia en los negocios de comercio. Ahora bien, el código es absolutamente objetivo, esto es, delimita la aplicación de la legislación y competencia de los tribunales mercantiles, mediante el sistema de enumeración de determinados negocios reputados como de comercio.

La tramitación de los juicios era esencialmente escrita, salvo que el interés del negocio fuere inferior a trescientos pesos, en cuyo caso su tramitación era verbal.

El juicio ordinario procedía siempre que no se apoyara en documento ejecutivo, y se iniciaba con la demanda, de la que se corría traslado al reo para que la contestara en un término perentorio de cinco días; las excepciones dilatorias debían oponerse simultáneamente en el término preciso de veinticuatro horas, sustanciándose con el escrito del oponente, la contestación del actor y prueba, si a juicio del tribunal el caso lo ameritaba. Contestada la demanda, las partes eran citadas ante la presencia del tribunal, quien trataba de averirlas; de no lograrse entendimiento entre actor y reo, se mandaba recibir el negocio a prueba, si el caso lo exigiere, por término suficiente y no mayor de sesenta días, concluido el cual se hacía la publicación de las probanzas; a continuación, se entregaban los autos primero al actor y después al demandado para que, dentro de un término individual no superior a cinco días formularan alegatos de buena prueba, citándose después a las partes para oír sentencia, la cual debía pronunciarse dentro de los quince días siguientes a la citación.

El juicio ejecutivo tenía lugar cuando se apoyaba en algún documento que, según el mismo código, traía aparejada ejecución. Presentada por el actor la demanda acompañada del título, el tribunal expedía mandamiento en forma para que se requiriera de pago al deudor, con apercibimiento de que, de no hacerlo, se le embargaran bienes suficientes para cubrir la deuda y costas; hecho el embargo, se empizaba al deudor para que dentro de veinticuatro horas compareciera a audiencia ante el tribunal a hacer paga llana de lo demandado o a oponerse a la ejecución, si tuviere alguna excepción; en la audiencia, a la que también era citado el actor, se procuraba conciliar a las partes, y de no lograrlo se continuaba el juicio. Las excepciones contra los títulos ejecutivos estaban tasadas, y opuestas por el deudor, se habría el juicio a prueba por un término de diez días. Concluida la dilación probatoria, se hacía la publicación de probanzas y se entregaban los autos por tres días a cada parte para que alegaren de su derecho, después de lo cual se dictaba sentencia, previa citación. En virtud de sentencia condenatoria, se procedía al remate de los bienes embargados tomando como base el justiprecio que para el efecto formulaban corredores o peritos.

El Código de Comercio de 1854 tuvo una existencia azarosa, pues a menos de dos años de su promulgación, los acontecimientos políticos produjeron, de hecho, su abrogación. Como consecuencia de lo anterior, recobraron vigencia las Ordenanzas de Bilbao y su aplicación se encomendó a los tribunales comunes de conformidad con la ley de 23 de noviembre de 1855. En el año de 1863, según decreto expedido el 15 de Junio por la regencia del "Imperio" se restableció la vigencia del Código de Comercio de 1854 y se ordenó la formación de los tribunales que dicho ordenamiento prevenía, los cuales se avocarían al conocimiento de los negocios ya iniciados y los que en lo futuro se presentaren, con arreglo a las disposiciones del mencionado Código.

El Gobierno de la República consideró que el Código de Comercio de 1854, emanado del centralismo, era inadecuado para el sistema federal que regía el país, por lo que el 30 de agosto de 1867 ordenó se formara una comisión encargada de formular las bases generales de la legislación mercantil y de reformar el Código de Comercio o de formular uno nuevo para el Distrito y territorio de Baja California. Asimismo, el propio 15 de Diciembre de 1883 se concedió una segunda autorización al Ejecutivo para que procediera a la formulación y promulgación del Código de Comercio. Con estos antecedentes aparece nuestro segundo Código de Comercio, que fue promulgado por el Ejecutivo el 15 de abril de 1884 en uso de la última autorización que se le otorgó, y aprobado por el Congreso de la Unión el 31 de mayo del mismo año. Ahora bien, este segundo Código de Comercio, que contiene la extrañísima particularidad de dar un concepto de comercio, es también absolutamente objetivo, en cuanto que delimita la aplicación de la legislación mercantil mediante el sistema de enumeración de determinados negocios reputados como de comercio. El Código de Comercio de 1884 no tubo buena acogida; el caso es, que la opinión pública se decidió resueltamente por que se modificase el Código de Comercio de 1884. Ante este estado de cosas, el 4 de Junio de 1887, el Congreso autorizó al Ejecutivo para reformar total o parcialmente el Código, y el 21 de Julio de dicho año el Presidente de la Republica nombró una comisión compuesta de tres vocales y un secretario. Así nació nuestro tercer Código de Comercio, el cual fue expedido el 15 de Septiembre de 1889, por el entonces Presidente de la Republica, Porfirio Díaz, en uso de la referida autorización que para el efecto le había concedido el Congreso el 4 de Junio de 1887. Originalmente, el Código lo integran 1500 artículos distribuidos en cinco libros, intitulados titulo preliminar y de los comerciantes; Del comercio marítimo; De las quiebras; Y de los juicios mercantiles.

Con respecto a los juicios mercantiles, el Código de Comercio de 1889 volvió al sistema del Código de Comercio de 1854, es decir, estableció una tramitación especial para los juicios mercantiles, aunque dispuso que, a falta de disposición o convenio de las partes, se aplicara la ley de procedimientos local respectiva (Art. 1051). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1055, los juicios son ordinarios, ejecutivos y especiales de quiebra, debiendo todos sustanciarse por escrito.

El juicio ordinario procede para dirimir las controversias que no tienen una tramitación especial en el Código, y se inicia con la demanda, de la cual se corre traslado al reo para que la conteste en un plazo fatal de cinco días; las excepciones dilatorias deben oponerse simultáneamente en el término preciso de tres días, y se sustancian con el escrito del oponente, la contestación del actor y prueba, si a juicio del tribunal el caso lo amerita. Contestada la demanda, si el caso lo exige, se recibe el negocio a prueba por un término suficiente y no mayor de cuarenta días. Concluido el término probatorio se hace la publicación de probanzas, después de lo cual se entregan los autos a cada parte, por un término de diez días para que formulen su respectivo alegato de buena prueba, pasando el término para alegar, se cita a las partes para oír sentencia, la cual debe pronunciarse dentro de los quince días siguientes a la citación.

El juicio ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que, según el mismo código, trae aparejada ejecución. Presentada por el actor la demanda acompañada del título, el tribunal dicta auto con efectos de mandamiento en forma para que se requiera de pago al deudor, con el apercibimiento que de no hacerlo le embargarán bienes suficientes para cubrir la deuda y costas; hecho el embargo, se emplaza al deudor para que dentro del término de tres días comparezca a hacer pago llano de lo demandado y las costas, o a oponerse a la ejecución si fuere alguna excepción para ello. Las excepciones en contra de los títulos ejecutivos están tasadas. Si el deudor no hiciere el pago dentro del término señalado ni opone excepción contra la ejecución, a pedimento del actor y previa citación de las partes, se pronuncia la sentencia mandando proceder al remate de los bienes embargados. Si el deudor contestare la demanda oponiendo excepciones y el negocio exige prueba, se abre un término probatorio que no excederá de quince días, concluido el cual se manda hacer la publicación de probanzas y se entregarán los autos a cada una de las partes por cinco días, para que aleguen respecto de sus derechos. Presentados los alegatos o transcurrido el término para hacerlo, previa citación y dentro del término de ocho días, se dicta la sentencia. En virtud de sentencia condenatoria, se procede a la venta de los bienes secuestrados, previo avalúo hecho por dos corredores o peritos y un tercero en caso en discordia, nombrados aquellos por las partes y éste por el juez. Los incidentes que se susciten en el juicio ejecutivo se deciden sin sustanciar artículo, pero sin perjuicio de que se oiga a las partes en audiencia si así lo pidieren.

En cuanto a recursos, originalmente el Código estableció los de aclaración de sentencia, revocación o reposición, apelación y casación, cuyo conocimiento corresponde al mismo tribunal que emite la resolución, tratándose de los dos primeros recursos, y al tribunal superior del fuero común, en los casos de apelación y casación. En la actualidad y por derogación tácita contenida en la Ley de amparo, nuestra Suprema Corte ha resuelto que no existe ya el recurso de casación en todo el sistema procesal.

El recurso de aclaración de sentencia sólo procede en contra de aquéllas que tengan el carácter de definitivas; deben formularse dentro de un plazo improrrogable de tres días y resuelto por el juez o tribunal dentro de las siguientes veinticuatro horas; la interposición del recurso interrumpe el término para la apelación.

El recurso de revocación (o reposición, tratándose de tribunales de segunda instancia) procede en contra de resoluciones del juez o tribunal que no sean apelables y debe formularse dentro del plazo improrrogable de tres días, vencido el cual, se concederá un término probatorio de diez días si la recurrente lo hubiere solicitado, para después oír a las partes en audiencia y dictar resolución. Del auto que concede o no la revocación no habrá más recurso que el de responsabilidad.

Procede la apelación en los juicios cuyo interés exceda de mil pesos y se da en contra de sentencias definitivas e interlocutorias dictadas por juez de primera instancia, así como en contra de los autos en los que la ley prevea el recurso y en contra de los que causan gravamen irreparable en la sentencia. La apelación debe interponerse dentro del término de cinco días, si se trata de sentencia definitiva, y dentro del término de tres días, si se interpone en contra de interlocutoria o de auto; se admite en el efecto devolutivo y en el suspensivo, admitiéndose en ambos efectos en contra de las sentencias definitivas y de las interlocutorias que resuelven respecto de la personalidad de las partes, competencia o incompetencia de jurisdicción, denegación de pruebas y recusación interpuesta y no admitida. En cualquier otra resolución que sea apelable, la alzada sólo se admitirá en el efecto devolutivo. El recurso debe interponerse ante el juez del conocimiento dentro de un plazo improrrogable de tres días, debiendo el juzgador admitirlo o denegarlo de plano, hecho lo cual debe remitir el expediente original al tribunal superior (en caso de apelación en ambos efectos) o las copias que las partes señalen (en caso de apelación en el efecto devolutivo) para la tramitación del recurso, el cual se sustancia con un escrito de cada parte y el informe en Estrados, si los interesados quisieren hacerlo, para después dictar la sentencia, la cual causa ejecutoria ya sea que confirme o revoque la resolución definitiva o interlocutoria, salvo el derecho del interesado de recurrir al juicio de amparo.

Debe hacerse también mención y no ya como un medio extraordinario para impugnar los actos de las autoridades judiciales, al juicio de amparo, cuya procedencia en los negocios judiciales se admitió por la ley de 14 de diciembre de 1882 ..(12)

(12).- Cfr. Vázquez Arminio Fernando, Ob. Cit., Pág. 130 a 155.

8.- REFERENCIA A DIVERSOS ORDENAMIENTOS. Como es sabido, la base principal del derecho inglés es el common law, que en su aspecto positivo se ha ido estructurando consuetudinariamente, a base de los casos resueltos por los tribunales.

Durante la Edad Media, el Law Merchant caminó separado del Common Law, hasta el siglo XVIII, en que el famoso magistrado Blakstone determinó que deberían ser aplicados a los comerciantes las resoluciones del Common Law.

Desde entonces se unificó en Inglaterra el Derecho Mercantil con el Civil. Inglaterra ha hecho importantes aportaciones al derecho mercantil del mundo moderno. Entre ellas, podemos señalar el sistema de banca central, el cheque, las compraventas CIF, FOB y FAS y la institución del crédito documentario, tan importante para el comercio internacional.

El sistema británico se ha extendido por los países de habla inglesa, y entre ellos a los Estados Unidos de América, cuyo sistema ofrece interesantes peculiaridades.

Cabe señalar, en primer lugar, que en el ordenamiento norteamericano, según dispone su Constitución Federalista, la competencia legislativa en materia de comercio corresponde a los Estados miembros de la federación, con excepción de la materia de quiebras y las relaciones del comercio exterior, que corresponden al Congreso Federal.

En los Estados Unidos de América se ha seguido un proceso de uniformización de leyes. El proceso se inicia con la ley sobre Títulos de Crédito que aprobaba por el Estado de Nueva York en 1897, dura más de treinta años el camino recorrido para lograr adopción por todos los Estados de la Unión Americana.

Le ha seguido el Código de Comercio Uniforme, que en la actualidad ha sido adoptado ya por todos los estados.(13)

(13).- Cfr. Cervantes Ahumada , Ob. Cit., Págs. 13 a 14.

Se ha insinuado que, siendo el derecho mercantil el complejo de instrumentos jurídicos en que se ha apoyado el desenvolvimiento del sistema capitalista, al liquidarse este sistema del derecho mercantil, debería desaparecer.

Si bien es cierto que los descubrimientos e inventos realizados en el campo del derecho mercantil, han sido utilizados para el desarrollo del sistema capitalista, basado en una organización mercantilista, cierto es que, también el comercio es una actividad esencialmente necesaria para la vida humana.

Comercian no sólo los individuos, sino también los pueblos. Podemos ver, por ejemplo, que la Unión Soviética promulga su "Regla sobre los efectos de comercio", de 20 de Marzo de 1922, inspirada en los principios de la Ordenanza Cambiaria alemana de 1848, que se inspiraron posteriormente en las leyes uniformes de Ginebra sobre la letra de cambio y sobre cheques y que la legislación soviética reglamenta las principales instituciones mercantiles, como la personalidad jurídica de las sociedades cooperativas, los contratos mercantiles fundamentales y en los sistemas socialistas lo que ha quedado parcialmente eliminado es el comerciante particular, ya que la actividad industrial y comercial es ejercitada, o directamente por el estado, o por las organizaciones cooperativas.

Como en los países socialistas el ejercicio del comercio es una función pública, la producción y el cambio están sujetos a un plan, al que también está sometida la actividad contractual; incluso se permite el ejercicio y de la pequeña industria, siempre bajo estricto control estatal. (14)

(14).- Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit., Págs. 14.

El Código Civil de 1870, fue aparentemente consensualista, pero de sus preceptos se desprende que se trata de un código formalista. Sentó el principio del consensualismo es su artículo 1392.

Los contratos se perfeccionaban por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley en su exposición de motivos al comentar este artículo señala:

El artículo 1392 consignaba el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En este particular la comisión siguió el espíritu de la ley primera título primero libro X de la novísima recopilación, y lo ha desarrollado, estableciendo en el artículo 1546 que desde la perfección del contrato, el riesgo de la cosa es de cuenta del que adquiere y en el 1552, que la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición.

Los artículos aludidos en este párrafo establecen:

Artículo 1546.- Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aún cuando ésta no le haya sido entregada.

Artículo 1552.- En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario. Por otro lado, el artículo 1895 establece los requisitos para la validez del contrato:

Artículo 1895.-Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- 1ª Capacidad de los contrayentes;
- 2ª Mutuo consentimiento;
- 3ª Objeto Lícito.

De los textos relacionados, se desprende que en la regulación de algunos contratos, el consensualismo es la regla y el formalismo la excepción.

El Código Civil de 1884, este Código, en materia de formalismos, varía con relación al de 1870. Deroga el principio del consensualismo, al establecer en el artículo 1276, correspondiente al 1392 del código anterior lo siguiente:

Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes al la buena fe, al uso o a la ley.

El autor Miguel S. Macedo, al comentar esta disposición, dice que es suficiente para contrariar el principio del consensualismo: "Desde el momento que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas".

Por otro lado, de los veintisiete contratos que norman este código, dieciséis requieren de formalidades expresamente determinadas para su validez y once tienen libertad de formalidades.

El artículo 1279, regulaba los requisitos de validez del contrato el cual señala: Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- I. Capacidad de los contrayentes;
- II. Mutuo consentimiento;
- III. Que el objeto materia del contrato sea lícito;
- IV. Que se haya celebrado con las formalidades que exige la ley.

Don Jacinto Pallares, en su artículo titulado "De los contratos solemnes", afirma que con la redacción de este artículo del Código Civil de 1884, "las formalidades externas ad probatiorem adquirieron el carácter de condiciones tan esenciales para la validez y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto materia del contrato. El legislador no logró el propósito de asimilar absolutamente los contratos solemnes con los que no lo son, por que no cuidó de reglamentar en todas sus consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279. Así no estableció que en virtud de ese precepto, los contratos que no carecen de solemnidades legales ni son susceptibles de ratificación, ni la nulidad se subsana por la prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser exclusiva de los contratos la acción y excepción de nulidad, ni deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción y excepción".

Por otro lado, en el Código Civil de 1884, no hay posibilidad de elevar a la forma legal el contrato que no se otorgó conforme a los formalismos de ley. Según Miguel S. Macedo, el contenido de los artículos 1276 y 1279, de este código, hace insostenible la doctrina alegada en la práctica de que "el contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la ley da acción para reclamar que se llenen esas formalidades, y una vez llenadas para reclamar el cumplimiento del contrato".

Conforme a estos artículos "sólo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la ley". En ninguno de los códigos anteriores se estableció el derecho para llevar a la forma legal el contrato que se hubiese celebrado sin sujetarse a la formalidad exigida por la ley.

El Código Civil de 1928, en materia de formalidades, el Código Civil Federal de 1928, sigue al de 1870, que a su vez se inspiró en la Novísima Recopilación, pues en ambos se establece el principio del consensualismo. La intención del legislador del Código Civil de 1928, fue retornar al principio consensualista del de 1870, derogado por el de 1884.

En la exposición de motivos del proyecto del código actual, se establece:

Por lo que a la forma toca se procuró en cuanto fue posible suprimir las formalidades que hacían necesaria la intervención notarial o de otros funcionarios públicos para que el contrato se legalizara, haciendo así más expeditas y económicas las transacciones, y sólo se exceptuaron los casos en que para la formación de la historia de la propiedad y seguridad del régimen territorial se exige la inscripción de los actos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Dos artículos del código vigente, cuyo antecedente histórico se halla en el mencionado artículo 1392 del Código Civil Federal de 1870, establecen el principio del consensualismo:

El artículo 1796 indica: Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfecciona, obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso, o a la ley.

Finalmente el artículo 1832 agregado señala: En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.(15)

(15).- Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Derecho Notarial, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1989, Págs. 73 a 77.

Por lo que parece y al decir de José María Gamboa, Por la prevención con que suele verse toda obra nueva; por los principios monopolistas que en materia de instituciones bancarias se adoptaron; por el hecho de que las disposiciones en materia de sociedades dejaron mucho que desear,"o ya, lo que es más probable, todo esto reunido y agravado con los desastrosos efectos que en la práctica produjo la idea de admitir la hipoteca de las negociaciones mercantiles, el caso es, que la opinión pública se decidió resueltamente porque se modificase el Código de Comercio de 1884".

Ante este estado de cosas, el 4 de junio de 1887, el Congreso autorizó al Ejecutivo para reformar total o parcialmente el Código de Comercio , y el 21 de julio de dicho año el Presidente de la República nombró una comisión compuesta por tres vocales y un secretario, cargos que ocuparon los señores licenciados Joaquín T. Casasús, José María Gamboa, José de Jesús Cuevas y Roberto Núñez, este último actuó como secretario.

Así nació el tercer Código de Comercio Mexicano, el cual fue expedido el 15 de septiembre de 1889, por el entonces Presidente de la República, Porfirio Díaz, en uso de la referida autorización que para el efecto le había concedido el Congreso el 4 de junio de 1887.

En su elaboración se tomó como modelo el Código español de 1885, aunque también se tomaron en cuenta el Código italiano de 1882 y, como ha quedado dicho, el mexicano de 1884, todos ellos influenciados por el Código de Comercio francés de 1808 y la francesa de sociedades de 1867.

Originalmente, el Código de Comercio lo integran 1463 artículos distribuidos en cinco libros, intitulados Título preliminar y de los comerciantes; Del comercio terrestre; Del comercio marítimo; De las quiebras; y de los juicios mercantiles. (16)

(16).-Cfr. Vázquez Arminio Fernando, Ob. Cit., Págs. 148 a 150

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932. En la historia moderna de la vida jurídico-comercial, uno de los fenómenos de mayor importancia es el nacimiento y desarrollo de los títulos de crédito, masa que circula con leyes propias sobre el inmenso cúmulo de cosas, muebles e inmuebles, que forman la riqueza social:

Puede decirse que en la actualidad un gran porcentaje de la riqueza comercial se representa y maneja por medio de tales títulos (la letra de cambio, el cheque, el pagaré, certificados de depósito, etc.), para llenar una necesidad comercial típica. Desde principios del siglo pasado, los juristas han desarrollado eminentes esfuerzos para elaborar una teoría unitaria o general, dentro de la cual se comprenda toda esa categoría de documentos llamados títulos de crédito. Ejemplos de esta meritoria tarea, se tiene con el gran maestro italiano Cesar Vivante, seguido por Francesco Messineo y Tulio Ascarelli, entre otros.

En cambio, en el ordenamiento positivo mexicano nos encontramos con la ventaja de que, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 1932, reduce a una categoría unitaria los títulos de crédito, normas generales para regular sus características fundamentales y normas especiales para la regulación de cada especie de título.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta los siguientes títulos: letras de cambio, pagare, cheque, obligaciones, certificados de participación, certificados de depósito, el bono de prenda y las obligaciones convertibles en acciones.

En el derecho cambiario, los antiguos conocieron el contrato de cambio trayecticio, por medio del cual se transportaba o trasladaba dinero de una plaza a otra, y conocieron, en consecuencia, a la letra de cambio como instrumento probatorio de tal contrato.

En los principios modernos llega la letra de cambio, como instrumento circulante, pero vinculada al contrato de cambio trayecticio hasta el siglo XIX. Más para el gran desarrollo que las actividades comerciales alcanzan en este siglo, eran insuficientes las viejas instituciones y las antiguas normas. En fin, y sobre todo, el contrato de cambio no era la sola causa que podía dar origen a una letra de cambio. Esta podía resultar también de un contrato relativo a la conclusión de un negocio; de un contrato de pago, de un contrato de venta, o aún de un contrato de crédito.(17)

(17).- Cervantes Ahumada Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, Decimacuarta Edición, Editorial Herrero S. A. México 1984, Págs. 7,8,45 y 47

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO MERCANTIL

1.- CONCEPTO MORFOLÓGICO DEL CONTRATO. Como se ha dicho al hablar de la unificación del derecho civil y el derecho mercantil en materia de obligaciones y contratos, no existe diferencia alguna fundamental en la estructura orgánica de unos y otros contratos, por lo tanto, al referirme al derecho de los contratos de comercio, me referiré sólo a aquellos aspectos de los contratos que la ley mercantil trata de manera específica, y que el derecho civil considera sólo en cuanto es de aplicación supletoria.

El contrato mercantil es un acto de comercio que constituye una categoría jurídica cuyos elementos sustanciales le devienen de la propia ley o de la relación que guardan con los mismos. (18)

De esta manera el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

El contrato como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO. El Código Civil Federal, clasifica a los elementos del contrato en esenciales y de validez.

Para la doctrina mexicana son elementos de esencia el consentimiento y el objeto; y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto motivo o fin y la forma. (19)

(18).-Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit., Págs. 509 a 510

(19).-Cfr. Zamora y Valencia Miguel Angel, Contratos Civiles, Edición Octava, Editorial porrua S.A., México 2000, Págs. 21, 24, 27

Los sujetos, son las personas que deben tener capacidad para obligarse; la capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción y es establecida en cada caso por la ley, quien los define como acreedor y deudor; normalmente en los contratos aparece un deudor y un acreedor, pero en algunos casos aparecen dos o más acreedores, o bien, dos o más deudores.

En tales casos, siguiendo al derecho común, la deuda o el crédito se repartía proporcionalmente; se trataba de acreedores o de deudores conjuntos.

El consentimiento, es el acuerdo de las voluntades de las partes que se extienden para producir un efecto jurídico determinado.

El objeto consiste en la transferencia de un derecho real, un hecho personal o toda otra prestación debida por el deudor.

Para que el objeto sea válido debe ser lícito, debe ser posible tanto física como jurídicamente, debe presentar un interés para el acreedor y esta ventaja debe ser apreciable en dinero, el cual debe estar suficientemente determinado, para evitar que el deudor reduzca su obligación a tal nivel que ya no preste interés para el acreedor.

La forma es el molde objetivo por el cual las partes debían pasar su convenio para que este deviniera obligatorio; sirve principalmente para efectos de prueba, para que un cúmulo de negocios parecidos sean uniformes y para que las partes se den cabal cuenta de que su incumplimiento les traerá consecuencias patrimoniales. (20)

(20).- Cfr, Bravo González Agustín y Bialostosky Sara, Ob. Cit., Págs. 100, a 107.

3- LA CONTRATACIÓN POR VÍA ELECTRÓNICA. La contratación por medios electrónicos es una revolución de la sociedad de la información que influye en todos los sistemas de la vida cotidiana, incluido el comercio y la forma de hacer negocios.

El principal medio de la contratación electrónica es el Internet, donde el número de usuarios se cuenta por millones.

En la historia de las comunicaciones ningún adelanto previo había invadido tan rápidamente las conciencias y había asegurado tan amplia acogida pública.

El Internet (red de redes) es un sistema de comunicación electrónica por medio de computadora que las enlaza o comunica entre sí y que tiene muy diversas aplicaciones en el laberinto de computadoras conectadas, conocido como la World Wide Web (www). Sus principales funciones son:

Correo electrónico (e-mail), grupos de noticias, lista de correo, acceso a archivo de computadoras remotas, capacidad de entrar a otras computadoras, búsqueda en línea en base de datos, discusiones y comunicaciones con otras personas (chat), acceso a sistemas de información del siglo XXI.

El comercio electrónico se define como "la información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de las actividades comerciales "(artículo 1° Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico).

Aunque originalmente esta nueva forma de contratar se refiere especialmente a la compra-venta, sus aplicaciones se han ampliado en forma importante a otra clase de contratos, como operaciones bursátiles, subastas, prestaciones de servicios, concesiones de uso o goce de bienes intangibles, concesión o cesión de licencias, acceso a información en todo el mundo, reservaciones o anuncios de bienes y servicios.

En cuanto a las disposiciones legales mexicanas sobre medios electrónicos, en el derecho mexicano existen disposiciones legales que de algún modo, y para ciertos efectos, se refieren a los medios electrónicos y a los sistemas automatizados de procesamiento de datos, que cada día modifican en forma importante la organización de las entidades de gobierno, las empresas y a los particulares con respecto a la información y a la comunicación. Son ejemplos de estos avances legislativos, en leyes de muy diversa naturaleza, las disposiciones relativas a Informática en las entidades gubernamentales; la obligación de los particulares de conservar y procesar la información, lo que pueden hacer por medios electrónicos.

El principio general es que se admite la contratación por medios electrónicos. Así lo establece claramente el artículo 89 del Código de Comercio; "En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología ". Para efectos del presente código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos.

Desde el punto de vista contractual, el problema principal de la contratación por medios electrónicos se refiere al consentimiento.

Si los contratos necesariamente han de tener como elementos de existencia el consentimiento y el objeto, "tratándose de un contrato electrónico, este último elemento no varía respecto al tradicional, el contrato sigue teniendo el mismo objeto.

Es en su conclusión y en el modo de consentir en donde existen las principales diferencias, no se trata de un consentimiento electrónico sino de una forma electrónica de consentir.

El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: Será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, o por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos (artículo 1803 Código Civil Federal).

Como el consentimiento se forma de una oferta y una aceptación, las disposiciones civiles y mercantiles regulan algunos de sus aspectos.

La información que se genera por medios electrónicos se conoce como mensaje de datos y se define en el artículo 89 del Código de Comercio como: La información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios".

En toda oferta y aceptación hay un emisor y un destinatario quienes deben quedar plenamente identificados en la contratación electrónica para efectos de determinar la celebración del contrato y las partes que quedan obligadas.

El Código Civil Federal y el Código de Comercio señalan que; para efectos de considerar, que un contrato ha sido celebrado de acuerdo a las formas que establece la Ley, los supuestos se tendrán por cumplidos "siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesibles para su ulterior consulta" (artículos 1834 bis del Código de Civil y 93 del Código de Comercio).

El artículo 94 del Código de Comercio establece como se determina el lugar en que se expide el mensaje. Dice el precepto: "Salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo". (21)

(21).- Arce Gargollo Javier, Contratos Mercantiles Atípicos Edición Octava, Editorial Porrúa S.A., México 2001, Págs. 33 ,40 a 47.

4.- LA CONTRATACIÓN ENTRE PRESENTES Y AUSENTES. El Código de Comercio consagra la tradicional libertad de forma de los contratos mercantiles. Indica el artículo 78: "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Más debe entenderse que, dada la intervención estatal en la actividad comercial, de hecho se imponen formalidades específicas en una gran proporción de los contratos mercantiles, como en el caso de los transportes, los seguros, los negocios bancarios, las ventas a crédito, etc., para los cuales suelen utilizarse los machotes impresos.

Establece el Código de Comercio en su artículo 80: Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada. Este artículo antes de su reforma del año dos mil, previó al sistema de la expedición, no comprendía al comercio electrónico, se regulaba al sistema de la recepción.

La contratación entre presentes se da de conformidad con el artículo 79 del Código de Comercio que señala: se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

- I.- Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.
- II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no lo exija la ley mexicana. En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

La contratación entre presentes no está regulada en el Código de Comercio, por lo que se aplica supletoriamente el Código Civil Federal en su artículo 2° el cual dispone: La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.(22)

(22).- Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit., Págs. 510 a 512.

5.-LA LIBERTAD CONTRACTUAL Es aquella que procede o se deriva de la voluntad de las partes con las limitaciones previstas en los diversos ordenamientos cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 78 del Código de Comercio que 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.

6.-CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. En cuanto al lugar de cumplimiento de obligaciones, el artículo 86 del Código de Comercio ordena que a falta de acuerdo de las partes sobre el lugar de pago de una obligación, este deberá hacerse "en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deberá considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial". Esta disposición, en principio, deroga el artículo 2082 del Código Civil Federal que determina que: "Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieran otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias de la naturaleza de la obligación o de la Ley". Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Por otra parte, el artículo 1949 del Código Civil Federal dispone: La facultad de resolver las obligaciones se entienden implícitas en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. Puede mencionarse también, con relación al lugar de pago, que las disposiciones procesales mercantiles establecen que es juez competente para conocer del cumplimiento de obligaciones el del deudor (artículos 1104, 1105 y 1107 del Código de Comercio). (23)

En el incumplimiento de las obligaciones, el efecto natural de las obligaciones es que el deudor pague lo que deba, si así lo hace y lo realiza en la forma exigida por el derecho, la deuda se extingue y el deudor queda liberado. En toda obligación hay un momento a partir del cual el acreedor puede exigir el pago, si éste no le es hecho, sufre un perjuicio, pues no cuenta en su patrimonio con un bien que esperaba recibir. En lo referente al incumplimiento podemos considerar dos hipótesis; primero, que el deudor tenga la posibilidad de cumplir y segundo, que no exista esa posibilidad. En el primer caso, ante la negativa del deudor, el acreedor puede accionar para el cumplimiento y para obtener el pago de daños y perjuicios o bien, pedir la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios que deberá evaluar el juez. Cuando no existe esa posibilidad de cumplimiento, se debe examinar si es imputable al deudor, teniendo presente algunas máximas jurídicas; a lo imposible nadie está obligado, los géneros no perecen, la cosa perece para el dueño, y también debe verse si el deudor hace cuidado debido en la conservación del objeto, para lo cual los romanos establecieron el tipo de "buen padre de familia". (24)

(23).-Cfr.- Arce Gargollo Javier, Ob. Cit., Págs. 18 a 19.

(24).-Cfr. Bravo González Agustín y Bialostosky Sara, Ob. Cit. Págs. 109 a 113.

Todo retraso en el cumplimiento de una obligación que sea imputable al deudor, se llama mora.

El artículo 85 del Código de Comercio señala cuales son los efectos de la mora para las obligaciones mercantiles, sin importar cual sea la fuente de las que nazcan (contrato, acto jurídico, Ley).

De acuerdo al citado precepto, los efectos de la morosidad principian al día siguiente del vencimiento. (25)

7.-MERCANTILIDAD DEL CONTRATO. Serán mercantiles los contratos a los que la Ley atribuya la mercantilidad.

Para determinar cuando un contrato es civil o mercantil, existen diversos criterios:

a) Una primera opinión señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el fin de lucro o de provecho, sin atender a la cualidad de las personas, ni a ninguna otra consideración.

Este criterio se enuncia, aunque no como único elemento distintivo, en los artículos 75-I y II y 371 del Código de Comercio, para determinar la mercantilidad de la compraventa.

b) Un criterio de orden práctico establece que los contratos mercantiles son aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enumerados por el artículo 75 del Código de Comercio.

Por ejemplo la palabra contrato aparece en las fracciones IV, XV, XVI y XXII;

La de operaciones, como sinónimo de contrato, en las fracciones XII, XIII y XIV; y

Hacen referencia a operaciones que se celebran por medio de contratos las fracciones I, II, III y XXIII.

En la propia legislación mercantil, las normas sobre contratos mercantiles en particular corresponden al Libro Segundo del ordenamiento que se denomina "De los actos de Comercio y de los Contratos mercantiles en general.

c) Otro criterio derivado de la materia que regula o debe reglamentar el derecho mercantil y que puede servir de base para determinar la mercantilidad de un contrato, es la que ha sostenido Rodríguez Rodríguez sobre el contenido de esta rama del derecho privado.

Para este autor, el derecho mercantil "es el derecho de los actos en masa realizados por empresas".

d) Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculadas a la actividad empresarial.

La vieja noción del Derecho Mercantil como derecho reservado a las relaciones entre comerciantes se sustituye por la de derecho reservado a las empresas.

Sin dejar de hacer referencia a los actos de comercio que enumera el artículo 75 del Código de Comercio, y con la consideración de que más de la mitad de ellos se refieren a la empresa en forma expresa o implícita; la mercantilidad de un acto jurídico o de un contrato estará, muchas veces, en función de la existencia de:

Un sujeto empresario o comerciante;

Del objeto-cosa que sea de naturaleza mercantil (industria, buque, título de crédito, marca); o

Del fin del lucro o especulación que anima a la operación.

Algunos actos son considerados siempre mercantiles, como las operaciones de crédito que regula la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Contrato de Seguro o la constitución de una sociedad mercantil.

Otros actos, por su naturaleza tendrán siempre el carácter de civiles, como el testamento, el matrimonio, o actos del derecho familiar.

Sin embargo, hay contratos que tienen dificultades para encuadrarse como propios de una u otra disciplina por ejemplo, el arrendamiento sobre inmuebles.
(26)

(25).-Cfr. Arce Gargoilo Javier, Ob .Cit . Pág. 20

(26).- Cfr. Arce Gargoilo Javier, Ibidem. Pág. 34 a 36

8.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES Y EN ESPECIAL: La Compraventa Mercantil; El Reporto; El Depósito; El Crédito; La Cuenta Corriente; y El Fideicomiso, para determinar la mercantilidad de los mismos.

Resulta aplicable a los contratos mercantiles la clasificación de los civiles que regula o reconoce nuestro Código Civil Federal. Sin embargo por el distinto carácter que tienen los negocios jurídicos comerciales, se han ideado, como clasificación complementaria a las de los contratos civiles, algunas particularmente aplicables a los mercantiles que atienden a su función económica. (27)

Existe la posibilidad de clasificar los contratos tomando en cuenta su función jurídica o económica.

Desde este punto de vista podemos formular tres categorías fundamentales de contratos:

Los contratos que tienen por objeto una finalidad económica.

Por finalidad económica se entiende la apropiación de una riqueza, su aprovechamiento, o la utilización de un servicio.

Así hallaremos contratos que tienen un fin económico que consiste en la apropiación de una riqueza como la compra venta, la permuta, la donación y el mutuo, es decir, el grupo de contratos translativos de dominio, ya que su objeto primordial consiste en la adquisición de bienes.

Desde este punto de vista tenemos los contratos translativos de uso, como son el arrendamiento y el comodato.

En ellos existe, simplemente, el aprovechamiento, no así la apropiación de una riqueza determinada.

Un tercer grupo, dentro de esta finalidad económica, estaría constituido por todos aquellos contratos que tienen por objeto la utilización de un servicio, es decir, la reglamentación jurídica de la prestación de servicios y de su aprovechamiento.

Se comprenden aquí todos los contratos de trabajo, de prestación de servicios en general, profesionales o no profesionales, el depósito, los contratos de portadores y alquiladores.

Por último, el cuarto grupo es mixto y comprende los contratos que implican una apropiación y aprovechamiento de la riqueza y una utilización de servicios a la vez, para un fin común (sociedad, asociación y aparcería).

Al lado de estos grupos fundamentales de contratos que tiene por objeto, unos, una finalidad económica y, otros, una finalidad jurídica, existen contratos de naturaleza mixta, es decir, que tienen una finalidad jurídico-económica.

Principalmente es una función jurídica, accidentalmente puede ser una función económica.

Estos contratos son: la fianza, la prenda y la hipoteca, por una parte; la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación convencional, por la otra.

Los contratos llamados de garantía, que son los tres primeros, desempeñan primordialmente una función jurídica que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación principal.

Otro grupo de contratos que desempeñan una función jurídico-económica, esta formado por los de transmisión de derechos o de obligaciones.

Hemos visto que el contrato puede tener como fin no sólo la creación de derechos, sino también su transmisión, como ocurre en la cesión de deudas, en las que hay una transmisión de obligaciones.

Se cumple una finalidad jurídica, y se prepara una finalidad económica, que consiste en la adquisición del valor patrimonial que implica el derecho transmitido; por esto su naturaleza es mixta.

Finalmente, el grupo de los contratos aleatorios que generalmente no hallan clasificación y que en los códigos constituyen una categoría independiente; este grupo, dentro de la clasificación propuesta, quedaría comprendido en aquellos contratos que tienen por objeto una finalidad económica que consiste en la apropiación de una riqueza.

El juego y la apuesta son formas, en los casos permitidos por la ley, de apropiarse de un valor determinado, implican, por consiguiente una transmisión de dominio sujeta a un acto eventual.

La renta vitalicia y la compra de esperanza, también tienen una finalidad esencialmente económica: la apropiación de una riqueza.

En la primera, se transmite un bien o un valor a cambio de una renta que se percibe durante la vida. y

En la segunda (compra de esperanza), se transmite un valor posible a cambio de un valor cierto. (28)

Dentro de la clasificación del Código Civil Mexicano encontramos:

El contrato preparatorio o promesa de contrato.

Los contratos translativos de dominio como son: la compraventa, la permuta, la donación y el mutuo.

Los contratos translativos de uso como son: el arrendamiento y el comodato.

Los contratos de prestación de servicios como son: el depósito, el mandato, el de prestación de servicios profesionales, el de obra a precio alzado, el de los porteadores y alquiladores, y el de hospedaje.

Los contratos asociativos como son: la asociación civil, la sociedad civil y la aparcería.

Los contratos aleatorios como son: el juego y la apuesta, la renta vitalicia y la compraventa de esperanza.

Los contratos de garantía como son: la fianza, la prenda y la hipoteca; y finalmente

El contrato de transacción. (29)

(27).-Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob. Cit . Pág. 58

(28).-Rojina Villegas Rafael Compendio de Derecho Civil Contratos, Edición Decimanovena Editorial Porrúa S.A., México 1988, Págs. 18 a 20.

(29).-Cfr. Zamora y Valencia Miguel Ángel, Ob. Cit. Pág. 64.

8.1.- LA COMPRAVENTA MERCANTIL. De todos los contratos mercantiles la compraventa es la más antigua, la más frecuente y la más importante.

Habría compraventa-dice el artículo 2248 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.

Consecuentemente, la compraventa es consensual, y el traslado de la propiedad de las cosas vendidas opera entre las partes por el simple consentimiento, salvo las situaciones particulares que se presentan en algunas ventas especiales; al trasladarse el dominio se trasladan, también en términos generales, los riesgos sobre la cosa vendida, quedando a salvo las responsabilidades del vendedor respecto de sus obligaciones cuando la cosa queda en su poder o bajo custodia.

El comercio y el comerciante se han definido tradicionalmente a través de la compraventa y ya en el Código de Manú se encuentran disposiciones específicamente aplicables a las compraventas comerciales.

Dentro de las compraventas especiales, existen las compraventas en establecimientos comerciales. Tradicionalmente, las ventas que se hacen en establecimientos comerciales abiertos al público (tiendas, almacenes, mercados y ferias) han tenido un regularización especial, aunque no expresada en la Ley, sí regulada por la costumbre. La compraventa se perfecciona por el trato entre el consumidor y el dependiente, que actúa a nombre de un principal o patrono. Si eventualmente se vendiesen cosas ajenas, el propietario no podría reivindicarlas, salvo mala fe del comprador. Estas ventas se presumen hechas al contado.

Es usual en el comercio la compraventa de mercancías ajustadas a muestras o a calidades conocidas en el mercado. Análoga a las ventas sobre muestras o calidades es la venta sobre catálogo. En esta operación, el vendedor ofrece al público, por medio de un catálogo, las mercancías que se describen en el mismo, y el público hace sus pedidos con base en las descripciones contenidas en el anuncio. Es claro que las mercancías deben corresponder a tales descripciones.

Se acostumbra en el tráfico comercial convenir que el presunto vendedor envíe al presunto comprador las cosas que se ofrecen en venta, y se reserva al comprador la facultad de probar o gustar las cosas para resolver si las adquiere o las devuelve (Artículo 374 del Código de Comercio). El envío de la mercancía por parte del presunto vendedor, con la indicación de las condiciones de la venta, equivale a una oferta, que puede ser aceptada o no por el presunto comprador. Al aceptarse la oferta, se perfeccionará la compraventa.

Suelen celebrarse compraventas de cosas futuras, o sea, de cosas que no existen en el momento de la celebración del contrato. Cabe distinguir en esta clase de ventas, la de mercancías determinadas en especie y cantidad (como cuando se vende un buque que el vendedor se obliga a construir), y la compraventa de frutos, cuya existencia dependerá, no sólo de la actividad del vendedor, sino de las eventualidades imprevisibles (heladas, sequías, etc.), a esta última, cuando la

cantidad de los frutos y su calidad específica no pueden determinarse, se le llama compraventa de esperanza.

Muy usual es, en la práctica comercial, la compraventa a plazos, mediante abonos periódicos. Así se venden, en gran proporción los artículos domésticos, los automóviles y la maquinaria. La compraventa a plazos suele combinarse con la modalidad de la reserva de dominio, por lo que se pacta que el traslado de la propiedad no se opere a favor del comprador, hasta que el precio haya quedado totalmente pagado. Esta modalidad de la compraventa no está regulada en el Código de Comercio, sino en el Código Civil, que en su artículo 2312 establece que "puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio le haya sido pagado".

Son contratos afines a la compraventa el contrato estimatorio, el contrato de suministro, la permuta y la cesión de créditos.

El contrato estimatorio, llamado de consignación en nuestra práctica mercantil, que se encuentra tipificado en nuestra Ley Mercantil a partir del cinco de junio del año dos mil, es por tanto, el contrato estimatorio, un contrato de tipo especial, aunque afín a la compraventa o mejor dicho: una compraventa de tipo especial.

El contrato de suministro, a pesar de ser el suministro uno de los contratos mercantiles más practicados, no se encuentra tipificado por nuestro Código de Comercio y su regulación es consuetudinaria. Servicios Públicos como el agua, la electricidad y el gas para usos domésticos, se presentan bajo la forma de contratos de suministro. Cuando los comerciantes necesitan surtir periódicamente a su clientela y cuando los industriales necesitan oportunamente sus materias primas, para abastecerse celebran contratos de suministro de mercancías. Respecto a la naturaleza del contrato se ha discutido si se trata de un contrato específico, distinto de la compraventa, o si se trata de un contrato preparatorio de ésta. Desde un punto de vista personal considero, que se trata de una simple modalidad del contrato de compraventa cuando se trata de mercancías muebles, y de una modalidad del contrato de prestación de servicios, cuando de servicios se trata

El contrato de permuta se da cuando se cambian, unas por otras, mercancías (artículo 2327 del Código Civil). Consecuentemente, será mercantil la permuta cuando se celebre "con el objeto directo y preferente de traficar" (artículo 371 del Código de Comercio), esto es, cuando se incruste en el tráfico mercantil.

El contrato de cesión de créditos, a semejanza del Código de Comercio español, nuestro código reglamenta la cesión de créditos a continuación inmediata de la compraventa y de la permuta. Previene el código que "los créditos mercantiles que no sean al portador ni endosables se transferirán por medio de cesión"; que la cesión producirá efectos "respecto al deudor desde que le sea notificada ante dos testigos", y que el cedente responderá "tan sólo de la legitimidad del crédito y de su propia personalidad salvo que se pacte lo contrario", (artículos 389 a 391 del Código de Comercio). (30)

(30).- Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit. Págs. 533 a 536, 538 a 541.

8.2.- EL REPORTO. El reporto es un contrato, por el cual, el reportado transfiere en propiedad al reportador, títulos de crédito de una especie determinada, por un precio también determinado, que cuando transcurre un tiempo que se fija en el contrato, el reportador transfiere la propiedad de los mismos u otros títulos de la misma especie al reportado, contra el pago de un precio, más una cantidad como premio, así lo conceptúa el artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Reportado o reportador pueden ser personas jurídicas o físicas.

La figura del reporto, es la operación en la que el reportado es quien se beneficia del premio.

En el artículo mencionado se establece, que el reporto se perfecciona con la entrega de los títulos y por su endoso cuando son nominativos.

Se trata pues, de un contrato real, en el que los efectos del contrato se producen sólo con la entrega del objeto.

Como la Ley sólo se refiere a la entrega sin distinguir si ésta es real, jurídica o virtual, es posible aceptar que los efectos del contrato se produzcan sin la entrega inmediata de los títulos.

La hipótesis normal, que se produce en los contratos bancarios, es que la entrega sea simultánea a la estipulación del contrato, pero en las operaciones de bolsa, el contrato se concluye en un momento, en cambio la entrega de los títulos y el pago, puede efectuarse con posterioridad.

El reporto en bolsa es normalmente efectuado por una gente de cambio, quien puede o no hacer del conocimiento de los contratantes, el nombre de cada uno.

Cuando no da el nombre, asume la posición de reportador o de reportado y asume las obligaciones de la parte, cuyo nombre se oculta.

De esta manera, no se viola el artículo 260 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece, que en el contrato debe constar el nombre completo del reportado y del reportador.(31)

(31) Cfr.-Vásquez de Mercado Oscar, Ob. Cit., Págs. 423 a 425.

El reporto es considerado como un contrato bursátil típico que se le utiliza para cubrir una especulación, un juego de bolsa.

El juego de bolsa tiene el mecanismo siguiente: las acciones de la compañía X tienen un valor de \$100.00 en bolsa; Pedro presume que dichas acciones subirán dentro de quince días, y las compra hoy, a su valor de 100, para que dentro de quince días le sean entregadas; Juan, que piensa que las acciones bajarán, las vende hoy a cien.

Pedro jugo a la alza y Juan jugo a la baja. Para cubrir tal juego del bolsa ha tenido aplicación el reporto. Quien prevé una baja, compra los valores al precio actual, para venderlos dentro de breve plazo según nuestra ley, a un máximo de cuarenta y cinco días, artículo 265 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El ejemplo quedará más claro, con el concepto que del reporto nos da el artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, "en virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie y calidad en el plazo convenido y contra el reembolso del mismo precio, más un premio. El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario".

Los elementos personales de la figura del reporto son: el reportador y el reportado, y la operación se desdobra en dos momentos.

En un primer momento, el reportador adquiere la propiedad de títulos de crédito; y en un segundo momento, se traslada al reportado igual cantidad de títulos de la misma especie y calidad.

En el primer momento, el reportador paga el precio de los títulos, y en el segundo momento, al readquirirlos, el precio lo cubre el reportado al reportador. (32)

El objeto del contrato se constituye por títulos de crédito, que pueden ser públicos o privados, acciones y obligaciones etc.

Estos títulos deben de ser fungibles y especificarse en el momento de la celebración del contrato, en su especie y cantidad, a efecto de poder restituirse.

El precio de los títulos es fijado por las partes de común acuerdo o bien se señala de conformidad al precio que prima en el mercado en el momento de la entrega de ellos al celebrarse el contrato.

El reportado deberá pagar ese mismo precio, más el premio, cuando le devuelva el reportador los títulos, señala el artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El contrato de reporto, como en el caso de la compraventa simple, se perfecciona con la entrega al reportador de los títulos en cuestión y la entrega de los títulos al reportado, no es un negocio autónomo, sino una ejecución del mismo contrato, que es el único que se forma.

Los derechos accesorios correspondientes a los títulos son: el de opción, dividendos o intereses, reembolso y, premios.

Estos derechos se entiende que deben ejercitarse durante la vigencia del contrato.

Cuando el reportado pretende ejercitar el derecho de opción deberá hacerlo del conocimiento del reportador y proveerlo de fondos suficientes para que pueda adquirir los títulos respectivos, con dos días de anticipación al plazo, para hacer uso del derecho de opción.

Cuando estos presupuestos se dan, el reportador tiene obligación de actuar en los términos señalados por el reportado, bajo pena de resarcimiento de daños y perjuicios en caso de no cumplir, (artículo 261 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Los derechos que confieren los títulos corresponden ejercitarlos al reportador por cuenta del reportado, toda vez que aquél tiene la titularidad de los derechos y no sólo esto, sino la posesión de los mismos.

El reportador en el ejercicio de esta facultad debe obtener los intereses y dividendos que correspondan a los títulos, para acreditarlos al reportado, al vencimiento del contrato, señala el artículo 262 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Al reportado corresponden también el monto por el reembolso y premios, que el emisor del título debe cubrir.

No debe confundirse este derecho con el del reportador a quien corresponde el reembolso del precio más el premio.

El reembolso implica recibir el valor del título, pero frecuentemente el valor del reembolso es mayor que el valor de adquisición; la diferencia corresponde al reportado como indica el artículo 262 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o bien el reembolso se hace anticipadamente por sorteo.

No solamente cuando se debe ejercitar el derecho de opción, el reportado tiene que proveer de fondos al reportador, sino cuando durante al término del reporto, deba ser pagada alguna exhibición sobre los títulos.

En caso contrario, el reportador puede proceder a liquidar el reporto, en esta forma lo establece el artículo 263 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
(33)

El reporto se utiliza para cubrir operaciones de préstamo con garantía prendaria por lo que, en esa forma se viola la prohibición del pacto comisorio. Los bancos, en vez de celebrar un contrato de préstamo con garantía de título prefieren reportarlos y así si el reportado no cubre al vencimiento el valor fijado a los títulos, quedan éstos como propiedad definitiva del banco.

Concluyendo: el reporto en la práctica mexicana, ha salido del terreno bursátil para internarse en los campos de la actividad bancaria.

No es un contrato exclusivamente bancario; sino que puede celebrarse entre particulares, es más, como contrato bancario debería prohibirse, ya que los bancos tienen prohibido especular en operaciones bursátiles y el reporto, como hemos visto, lo utilizan en la práctica para burlar la prohibición del pacto comisorio.
(34)

(32) Cfr.- Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit., Págs. 225 a 226.

(33).-Cfr. Vásquez del Mercado Oscar, Ob. Cit., Págs. 425 a 428

(34).- Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ibidem Págs. 227 a 228.

8.3.- EL DEPÓSITO MERCANTIL. El depósito mercantil es un contrato por el cual una persona llamada el depositante, entrega una cosa a otra persona llamada depositario quien se obliga gratuitamente a guardarla y devolverla al primer requerimiento.

El depósito lo mismo que el comodato es esencialmente gratuito, pues si se ha convenido un precio por la custodia de los objetos, el contrato será un arrendamiento o uno de los contratos innominados.

El depositante entrega al depositario la simple detentación de la cosa que le confía, por lo que podemos depositar no sólo objetos de nuestra propiedad, sino también los ajenos.

El depósito en el Derecho Romano no puede tener por objeto más que cosas muebles consideradas en especie, poco importa que sean consumibles o que no lo sean, pues el depositario no tiene derecho a disponer de ellos, está obligado a devolverlos intactos al depositante.

Las obligaciones del depositante se reducen a dos: primero, está obligado no sólo por su dolo, sino también por su falta, porque es en su interés el contrato. Segundo, debe de reembolsar al depositario de todos los gastos hechos en virtud del contrato.

Las obligaciones del depositario son tres: primero, debe desde el momento en que se le solicite, devolver la cosa depositada con sus frutos, aún antes de que llegue el término, pues éste es en interés del depositante. Segundo, debe abstenerse de usar la cosa, pues de lo contrario cometería el delito de abuso de confianza. Tercero, debe reparar sólo el perjuicio causado por su dolo y falta grave, pues el contrato no es en su beneficio. (35)

(35).- Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz, Segundo curso de Derecho Romano, Segunda Edición Editorial Pax- México, México 1978 Págs. 119 a 120.

El depósito se encuentra regulado, tanto en el Código Civil en los artículos 2516 a 2538, como en el Código de Comercio en los artículos 332 a 338. Existen además, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que trata de los depósitos bancarios de dinero y de títulos, así como el depósito en almacenes generales, en los artículos 267 a 287, de la ley en cita.

El concepto de depósito no lo encontramos en el Código de Comercio, nos lo da el Código Civil en el artículo 2516 que indica: El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble, que éste le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.

El depósito bancario de dinero, es la operación que se hace en una institución capacitada para recibir dinero del público. El se hace y se transfiere la propiedad del dinero al depositario quien se obliga a restituir una misma suma en la misma especie.

Se trata del depósito que se denomina irregular, en virtud del cual, el banco se obliga a tener a disposición del depositante un monto igual al del dinero depositado cuando así se lo requiera. De esa forma se entiende el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, monto y especie. En el depósito de dinero, la banca adquiere la propiedad del numerario y puede disponer libremente de él. En el contrato respectivo se establece, en su caso el monto del interés que la institución deberá pagar al depositante y las condiciones para hacerlo, señala el artículo 273 de la misma ley.

Los depósitos de dinero pueden ser simples, en cuenta corriente y de ahorro. A su vez, los depósitos simples se clasifican en depósitos a la vista y con previo aviso a plazo; la Ley de Instituciones de Crédito lo señala, artículo 46-I.

El artículo 46 establece: Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista;
- b) Retirables en días establecidos;
- c) De ahorro, y
- d) A plazo con previo aviso.

El depósito bancario de títulos, este depósito tiene como característica distintiva del depósito de dinero, que los títulos se depositan en el banco, no sólo para su custodia sino también pueden serlo para su administración.

Así lo establece 46 de la Ley de Instituciones de Crédito en la fracción XVI, la cual indica:

Fracción XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles.

Además, no sólo transfiere la propiedad de los títulos, por lo que es un depósito regular, a menos que se autorice al depositario a disponer de ellos con la obligación de restituir otros tantos de la misma especie. Se señala así por el artículo 276 en relación con el 277 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La obligación del depositario, cuando el depósito se hizo en administración, no sólo es de custodia, sino que debe ejercitar cualquier acción para la conservación de los derechos que aquéllos confieran al depositante, señala el artículo 278 de la misma ley, y como sería por ejemplo: el cobro de los intereses o dividendos si fuesen títulos de sociedades, pagos o exhibiciones.

El importe de los cobros y pagos que hace el banco se abona o cargan en una cuenta que al efecto se lleva por la institución, dado que el artículo 278 remite al artículo 262, ambos de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Los depósitos de títulos pueden ser, como en el caso de depósito de dinero, a la vista, a plazo o previo aviso, así como en cuenta corriente, dada también la remisión que hace el artículo 279 del ordenamiento señalado.

Cuando los títulos confieren el derecho de opción, de dividendos o de intereses, reembolsos o premios o deben hacerse exhibiciones, se aplican las reglas del reporto, contenidas en los artículos 261 a 263 de la ley en cita.

En el depósito regular se transfiere solamente la posesión de la cosa, artículo 791 del Código Civil Federal, más no la propiedad de la cosa depositada que sigue correspondiendo al depositante. De ahí que se haya considerado que puede reivindicarse del depositario y que sus acreedores no pueden hacer efectivos sus créditos, con la cosa depositada, toda vez que no forma parte del patrimonio del depositario, sino que es propiedad del depositante.

El artículo 791 del Código Civil Federal establece: Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario no entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada.

El depositario que recibe la cosa en depósito, debe custodiarla con la misma

diligencia que custodia las suyas propias y restituirla a petición del depositante, así lo establece el artículo 335 del Código de Comercio.

El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso del depositante, (artículo 338 del Código de Comercio).

Por lo contrario, en el depósito irregular, la propiedad de la cosa pasa en principio al depositario, quien tiene la facultad de disponer de ella y por consiguiente tendrá que devolver una cosa de la misma especie.

Esta clase de depósito la admite nuestra ley, al señalar que el depositario con asentimiento del depositante, puede disponer de las cosas objeto del depósito, artículo 338 del Código de Comercio.

En este caso, los acreedores del depositario sí pueden pagar sus créditos con la cosa depositada, toda vez que esta entra a formar parte de su patrimonio. Cuando no ha dispuesto de ella el depositario, la cosa ha pasado a su propiedad y puede darse la reivindicación.

Las cosas que son objeto del depósito irregular, son cosas fungibles a efecto de que puedan restituirse otras de la misma especie y calidad. Esto, sin embargo, no implica que las cosas fungibles no puedan ser objeto de depósito regular, puesto que el depositante, aún tratándose de cosas fungibles, puede hacer el depósito bajo la indicación correspondiente en el sentido de que el depositario restituya las cosas que ha entregado. Estamos entonces frente a un depósito regular.

Esta hipótesis que no tiene realmente aplicación en la práctica, fuera del caso de los depósitos bancarios, está considerada en el Código de Comercio, en el artículo 336 que establece que cuando los depósitos sean de numerario con especificación de las monedas o cuando se entreguen en sobres cerrados, los riesgos de dichos depósitos corren a cargo del depositante.

Consecuentemente, para decidir si se ha contratado un depósito regular o un depósito irregular, la voluntad de las partes es la determinante para distinguir si se ha querido o no transferir la propiedad de la cosa depositada. (36)

Las especies de depósitos bancario irregular de dinero son: a) El depósito en cuenta de cheques; b) El depósito de ahorro; y c) El depósito de ahorro para la vivienda familiar. El depósito irregular de dinero puede ser a plazo fijo o a la vista, es decir, reembolsable a petición del depositario, en cualquier tiempo. En la cuenta de cheques está como telón de fondo, el contrato de cheques, y las entregas que el cuenta habiente sucesivamente va haciendo y que determina el movimiento de la cuenta, son actos ejecutivos de aquel contrato.

El contrato de ahorro para la vivienda familiar es un contrato de crédito propiamente dicho, de contenido complejo y cuyo mecanismo es el siguiente: el cliente se compromete con el banco a ahorrar periódicamente (generalmente por entregas mensuales) una cantidad, para formar en cierto tiempo un fondo de

ahorro que se destinará exclusivamente a la construcción, reparación o adquisición de casas habitaciones o edificios multifamiliares, "o a la liberación de los gravámenes que pesen sobre dichos inmuebles". El banco se obligará, por su parte, a administrar los depósitos que se hagan en la cuenta de ahorro y, una vez formado el fondo convenido, a devolver dicho fondo para los fines establecidos y otorgar un préstamo para completar la inversión prevista.

Desde el punto de vista jurídico, el contrato de depósito se divide en dos aspectos fundamentales: a) el ahorro por medio de una traslación de dinero al banco, que implica una concesión de crédito del cliente al mismo banco; y b) la concesión de crédito del banco al cliente, una vez formado el fondo de ahorro convenido. En su primera parte, el contrato no es obligatorio para el cliente, ya que éste podrá, en cualquier momento, dejar de hacer las exhibiciones convenidas y el banco no tendrá acción para exigir tales exhibiciones, sino que deberá devolver su saldo al ahorrador, con una pequeña deducción por gastos. Por su parte, una vez constituido el fondo según el contrato, el ahorrador sí tendrá acción contra el banco para exigirle, en los términos del contrato, no sólo la devolución de lo ahorrado, sino la concesión del crédito. El depósito bancario de títulos de crédito tiene una reglamentación que, en sus aspectos generales, puede considerarse aplicable a todo depósito de títulos, ya que tal operación no es exclusivamente bancaria. También este depósito puede ser regular o degenerar en depósito irregular o mutuo. En el depósito de títulos la regla es contraria al depósito de dinero; la regularidad se presume y la irregularidad (o sea la transmisión de los títulos al banco depositario) debe pactarse expresamente (artículo 276 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Si el depósito es simple, se tratará llanamente de una operación de custodia (artículo 277 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Si no se transfiere la propiedad al depositario, éste queda obligado a la simple conservación material de los títulos, a menos que, por convenio expreso, se haya constituido el depósito en administración. Si el depósito se ha constituido en administración, la obligación del banco depositario no se agota en la simple custodia material del objeto depositado, sino que el depositario se deberá encargar de la guarda jurídica de los títulos. Esto es: deberá velar por la conservación de los derechos incorporados en los títulos. Así, por ejemplo, si una letra de cambio es objeto de depósito en administración, el banco depositario deberá estar pendiente de su vencimiento, o de cualquiera otra eventualidad que afecte al título; deberá protestarla cuando el protesto sea procedente para la conservación de los derechos incorporados, y deberá ejercitar las acciones de cobro que corresponda (artículos 278 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Los almacenes generales de depósito desempeñan su función de organizaciones auxiliares, por una parte, reciben en depósito las mercancías que generalmente son objeto de las transacciones comerciales, y por otra parte, expiden los certificados de depósito y los bonos de prenda, títulos con los que se facilita la operación de crédito sobre las mercancías. En términos generales, el almacén es una sociedad anónima profesionalmente dedicada a la guarda de mercancías, esto es, a celebrar contratos de depósito.

Estos depósitos pueden ser de dos clases: depósito de mercancías individualmente designadas, y depósitos de mercancías genéricamente designadas. El depósito de mercancías individualmente designadas, es un depósito regular simple. Las obligaciones del almacén se limitan a la guarda o custodia de las mercancías objeto del depósito y a su restitución en el estado que las mercancías hayan tenido al ser constituido el depósito. Los almacenes no estarán obligados a tomar seguro que ampare los bienes depositados en depósito individual; (artículo 284 a contrario sensu) pero es costumbre ya establecida que dicho seguro se tome. El depósito será por el plazo que se pacte, pero dentro del plazo, el almacén deberá devolver las mercancías en el momento de ser requerido por el depositante o por el tenedor del certificado de depósito, si tal título se ha expedido. El plazo es, consecuentemente, a favor del depositante y no del almacén depositario. Puede darse el caso de que la mercancía que se depositó no sea individual, sino genéricamente designadas como trigo de tal calidad y correspondiente a la cosecha de tal año; harina de tal marca, etc. En este caso, los almacenes si estarán obligados a devolver una cantidad igual a la depositada, sin que sean precisamente los mismos bienes. Por ejemplo, se depositan sacos de harina que se acomodan en una estiba, el depositante X llevó los sacos que se acomodaron en la parte baja, y cuando se presenta a retirar su mercancía, se le entregaron los sacos que están más a la mano, encima de la estiba. Como la mercancía fue genéricamente designada, lo mismo le dará al depositante o al tenedor del certificado, que se le entreguen cualesquiera de los sacos de la estiba, que son de la misma marca y calidad.

En el depósito genérico, el almacén si está obligado a tomar seguro contra incendio para amparar los bienes depositados. Serán por cuenta del almacén las mermas, salvo las naturales, "cuyo monto queda expresamente determinado en el certificado de depósito, relativo". Asimismo, serán por cuenta del almacén las pérdidas por descomposición o alteración de los bienes depositados (artículo 283 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Esto se entiende porque tratándose de un depósito colectivo, sería materialmente imposible, si los bienes han sido revueltos, determinar a qué depositante debe atribuirse la pérdida o descomposición. La obligación del almacén se limita a la guarda o custodia de las mercancías objeto del depósito y a su restitución en el estado que las mercancías hayan tenido al ser constituido el depósito. Los almacenes responderán sólo de la aparente conservación de las mercancías y de los daños derivados de culpa de los propios almacenes (artículo 280 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). (37)

(36).- Cfr.- Vásquez del Mercado Oscar, Ob. Cit. Págs. 179 a 181, 432 a 437.

(37).-Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit. Págs. 232 a 239.

8.4.- EL CONTRATO DE CRÉDITO. En virtud del contrato de 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 él 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 (artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Conforme al contenido del transcrito artículo 291, en el contrato de apertura de crédito se producen dos efectos: uno inmediato, que consiste en la concesión del crédito por el acreditante al acreditado; y un efecto futuro y eventual, al retirar las partidas puestas a su disposición por el acreditante, o a utilizar la firma de éste en la asunción de obligaciones por cuenta del acreditado.

Existen diversas clases de apertura de crédito: a) Por el objeto: de dinero y de firma; b) Por la forma de disposición: simple y en cuenta corriente.

Si atendemos al objeto del contrato de apertura de crédito diremos que la apertura de crédito es de dos clases; de dinero y de firma. Será apertura de dinero cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados; y será apertura de crédito de firma, cuando el acreditante tenga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia, para contraer por cuenta de este una obligación.

Por la forma de disposición la apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente. Es simple, cuando el crédito se agota por la simple disposición que de él haga el acreditado, y cualquier cantidad que éste entregue al acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a devolver a disposición de aquel, aunque no se haya vencido el término pactado.

En la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida, y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado.

En un inútil artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que "la apertura de crédito, simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real". Considero que la disposición es inútil porque, sin que sea necesaria autorización legal expresa, puede, en términos generales, establecerse garantía por cualquier crédito. Es usual que cada disposición que el acreditado haga se documente por medio de un título de crédito, generalmente un pagaré. El artículo 299 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene que si el acreditado no lo autoriza expresamente, el acreditante no podrá ceder el crédito que en la forma indicada se haya documentado; y si lo negocia, abonará al acreditado los intereses correspondientes, al tipo pactado en el contrato de apertura.

En el contrato deberá establecerse su duración o término, y los plazos en que el acreditado deba pagar las obligaciones a su cargo. Si no se fijó plazo para tal pago, deberá hacerse al expirar el término establecido en el contrato para hacer uso del crédito, y si tampoco ese término se estableció, la obligación del acreditado (tanto en lo principal como en lo accesorio), se considerará vencida al mes siguiente de haberse extinguido el crédito (artículo 300 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

La ley establece las siguientes causas de extinción del crédito en su artículo 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

I. Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente. Esta causa de extinción opera de pleno derecho, por el simple uso o disposición del crédito.

II. Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato, o por el aviso de terminación del mismo, que puede dar cualquiera de las partes cuando no se hubiere fijado plazo (artículo 294).

III. Por la denuncia que del contrato se haga por el acreditante, si en el propio contrato se le autorizó expresamente para denunciarlo.

IV. Porque falten o disminuyan las garantías pactadas, si el acreditado no las sustituye oportunamente.

V. Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra. Es natural que la quiebra, liquidación judicial o suspensión de pagos del acreditado extinga el crédito, porque no debe obligarse al acreditante a seguir concediendo crédito con la seguridad de que no podrá cobrarlo, y las mismas situaciones, en el acreditante, son también causa de extinción, por la imposibilidad de seguir proporcionando el crédito. Pero en estos casos, podrá pactarse la continuación del contrato. Esta afirmación la aclarare con un ejemplo: el síndico de una negociación quebrada puede tener mucho interés en que se siga operando un contrato de apertura de crédito para proveer de mercancía a la negociación. Con la autorización judicial, podrá pactarse con el acreditante, y darle especiales garantías. El acreditante, en este caso, será acreedor en la masa, es decir, concurrente, por lo que se le deba antes de la declaración de quiebra, y será acreedor de la masa que cobrará directamente y fuera de concurso, por lo que se le deba en virtud del convenio con el síndico.

VI. Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, y si este fuere una sociedad, por su disolución.

La extinción del crédito hace cesar las obligaciones del acreditante, y con la extinción surgen, contra el acreditado, las obligaciones de pago de las prestaciones derivadas del contrato de apertura de crédito. (38)

(38).- Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit, Págs. 245, 248, 250.

Desde el punto de vista económico y en términos muy generales, crédito es el intercambio de una prestación presente por una contraprestación futura; en otras palabras, es la entrega de un valor real actual contra la promesa de su restitución en un plazo determinado. Desde el ángulo jurídico, crédito es el derecho que asiste a una persona denominada acreedor, para recibir, de otra llamada deudor, la prestación a que esta última se encuentra obligada. De una manera, también muy general puede decirse que los créditos comerciales se otorgan en especie; en cambio, los bancarios en dinero.

La apertura de crédito, implica principalmente dos aspectos: un riesgo, puesto que existe la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones del deudor; y una espera, en cuanto a que el acreedor, debe aguardar determinado tiempo para la restitución o pago de los efectos o las cantidades que puso a disposición del deudor.

Para resarcir de ambas cosas al acreedor, por regla general se estipulan intereses a devengar sobre el monto del crédito y por el tiempo que dure el mismo. Es fundamentalmente en razón de esta ganancia o interés lucrativo que unánimemente (y así lo establece nuestra legislación), las operaciones de crédito se reputan como actos de comercio, reguladas por el Derecho Mercantil.

Como se dijo anteriormente, el crédito implica un riesgo para el acreedor, lógicamente, el deudor se obliga a otorgar garantía suficiente para responder del monto de sus obligaciones en caso de incumplimiento.

El crédito tiene una finalidad, que se traduce en el destino que se dará a los efectos recibidos por el deudor o acreditado. En cuanto al objeto del crédito, éste puede ser al consumo y a la producción, según que este destinado a la adquisición de bienes de consumo o a la producción de dichos bienes.

Tomando como punto de partida la garantía, los créditos: primero pueden ser reales, como en el caso en que aquella (garantía) afecta bienes determinados del deudor, ya sean muebles (garantía prendaria, crédito pignoraticio) o inmuebles (garantía hipotecaria); segundo, pueden ser personales; tal es la situación en que el crédito se garantiza con el patrimonio del deudor prestatario en su conjunto, sin afectar ningún bien en particular.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reconoce dos clases de créditos reales a la producción: de habilitación o avío y refaccionarios en su artículo 322, establece:

“Los créditos de habilitación o avío estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes”.

En el mismo ordenamiento legal, se dice: “los créditos refaccionarios quedarán garantizados simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo” (artículo 324).

En relación con los créditos refaccionarios, la propia ley ordena lo siguiente:
"La garantía que se constituya por préstamos refaccionarios sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados", comprenderá:

- I. El terreno constitutivo del predio;
- II. Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo, o edificadas con posterioridad a él;
- III. Las acciones y mejoras permanentes;
- IV. Los inmuebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigne el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, y
- V. La indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de los bienes dichos" (artículo 332 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por lo que respecta a la intervención del Registro Público, en relación con los contratos de habilitación o avío y refaccionarios, la misma ley señala:

Los contratos de crédito refaccionario o de habilitación o avío:

- I. Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato.
- II. Fijarán, con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del convenio.
- III. Se consignarán en contrato privado, que se firmará por triplicado, ante dos testigos conocidos y se ratificarán ante el encargado del Registro Público de que habla la fracción IV
- IV. Serán inscritos en el Registro de Hipotecas que corresponda, según la ubicación de los bienes afectos en garantía, o el Registro de Comercio respectivo, cuando en la garantía no se incluya la de bienes inmuebles. (artículo 326).

Los contratos de habilitación o refacción no surtirán efecto contra terceros, sino desde la fecha y hora de su inscripción en el Registro (artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). (39)

(39).- Colín Sánchez Guillermo, Procedimiento Registral de la Propiedad, Tercera Edición Editorial Porrúa, S.A, México 1985, Págs. 401 a 403.

8.5.- EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE: El contrato de cuenta corriente se da entre dos comerciantes en virtud de que sus negocios son recíprocos, es decir, sus relaciones originan créditos y deudas, de manera que cada una de ellas en un momento acreedor y en otro momento deudor del otro, de sumas de dinero.

El contrato de cuenta corriente es aquel en que las partes se obligan a anotar en su cuenta los créditos derivados de sus recíprocas remesas, reconociéndolas inexigibles hasta la clausura del contrato.

En este contrato de cuenta corriente las partes persiguen como finalidad principal, el diferimiento de la liquidación de sus créditos y deudas para una fecha prefijada y a la conclusión de sus relaciones de comercio.

De esta manera las partes, que no se hacen pagos continuos, tienen la seguridad de que no se les exigirá antes de la fecha señalada, y además de que pueden hacerse remesas recíprocas de dinero o valores de acuerdo a sus necesidades y posibilidades.

Por remesa debe entenderse el acto del cual deriva el crédito que se anota en el registro de cuenta corriente, que consiste frecuentemente en la transmisión de valores o de dinero, o en otras palabras, son aquellas relaciones patrimoniales que dan lugar a los créditos que se anotan en la cuenta.

El efecto fundamental del contrato de cuenta corriente es la inexigibilidad de los créditos. Las partes consideran inexigibles, tanto los débitos, como los créditos y no disponen de ellos hasta la liquidación o clausura de la cuenta.

El artículo 302 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta, constituye un crédito exigible y disponible.

Respecto de la capacidad, consentimiento y forma de este contrato, se aplican las disposiciones de carácter general.

El consentimiento debe de ser dado por una persona capaz de ser comerciante. Para que este contrato exista basta la simple convención de las partes, por lo tanto no es necesario que conste en documento escrito, y basta la sola actuación de las partes, para que se tenga el contrato, es, pues, consensual y se perfecciona con la simple manifestación de voluntades.

Es bilateral en tanto que hay manifestaciones recíprocas de voluntad y prestaciones corresponsivas, esto es, surgen obligaciones a cargo de las dos partes; por tanto es muy importante que las remesas sean recíprocas, es decir, que cada una de las partes adquiera la posición de acreedor o de deudor, o al menos sea esa la intención en la celebración del contrato. El contrato de cuenta corriente produce que se fundan y concentran en un todo indivisible las operaciones que originan las anotaciones.

En el contrato de cuenta corriente normalmente se señala cuando debe clausurarse la cuenta para el efecto de hacer la liquidación y que se llegue a establecer el saldo. De no establecerse así, la ley en su artículo 308 del ordenamiento citado con anterioridad, prescribe que deberá hacerse cada seis meses.

La clausura y liquidación pueden darse en diversas ocasiones durante la vigencia del contrato, por lo que no deben confundirse con la disolución del vínculo establecido. En efecto, puede, en los periodos determinados, cerrarse la cuenta, hacerse la liquidación y reabrirse con el saldo. El saldo periódico permite la continuación del contrato, porque la liquidación no implica estipulación de un nuevo contrato. O bien al hacerse la liquidación, ésta es definitiva y se da por concluido el contrato y por lo mismo también disuelto el vínculo entre los cuentacorrentistas y éstos cesan de hacerse remesas.

Diverso a la clausura y liquidación en los términos expuestos, es la conclusión del contrato por otras causas. El contrato termina por el vencimiento del término fijado para su duración y, a falta del término, por la denuncia de una de las partes cuando menos con diez días de anticipación a la clausura, dice el artículo 310 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La insolvencia de una de las partes, la quiebra, así como el embargo del saldo, son también causas de terminación del contrato. Al concluirse el contrato, las partes ya no pueden incluir en la cuenta nuevas partidas, pues si lo hicieran nos encontraríamos frente a un nuevo contrato.

Cuando se termina el contrato, la exigencia del saldo se hace hasta que concluya el plazo establecido para la clausura de la cuenta, salvo el caso de contrato a tiempo indeterminado. En las operaciones de anotación de las partidas, puede haber errores, los cuales son rectificables, durante la vigencia del contrato.

Cuando la clausura de la cuenta tiene lugar, la rectificación de los errores de cálculo, omisiones o duplicaciones, deben hacerse antes de que transcurran seis meses después de la clausura, pues en caso contrario, las acciones respectivas prescriben, dice el artículo 309 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.(40)

(40).- Cfr.- Vásquez del Mercado Oscar, Ob. Cit. Págs. 465 a 473.

8.6.- EL FIDEICOMISO, Tomando en consideración que el antecedente inmediato del fideicomiso es el trust norteamericano, en realidad el legislador mexicano lo estructuró, de acuerdo con nuestro medio, creando una institución completamente diversa al trust. En primer lugar, tuvo el legislador la atinencia de comercializar la operación, instituyéndola como exclusivamente bancaria.

Sólo la solvencia de los bancos y la vigilancia que sobre ellos ejerce el estado, han establecido las bases para la aplicación extensiva del fideicomiso. Ciertamente es que en algunas ocasiones la vigilancia estatal ha fallado y algunos bancos fiduciarios han ido al fracaso; pero, en términos generales, puede decirse que el fideicomiso es una institución ya arraigada entre nosotros con perfiles muy propios y con un extenso campo de aplicación. (41)

Salvo algunas alusiones en los capítulos relativos al Registro Público de la Propiedad, no se encuentra en la legislación civil vigente, referencias a esta operación tan versátil, tan difundida hoy, en la práctica habitual de los negocios y de tan singular importancia en el ejercicio de las actividades bancarias. Debemos, pues, remitirnos a la legislación mercantil y, puntualmente, a los ordenamientos vigentes a partir del primer cuarto del siglo pasado para allegarnos a la noción de lo que es el fideicomiso y los preceptos que lo regulan.

Lo anterior, no significa que el fideicomiso constituya una figura jurídica de reciente creación. Su origen, se remonta a la época clásica del Derecho Romano, aún cuando su aplicación se contrajo al campo del derecho sucesorio y surgió como un medio para eludir el exclusivo formalismo de éste.

En breves palabras, el fideicomiso consistía en un acto privado de formalidades, por medio del cual, un testador (fideicomitente) instituía heredero a persona de su confianza (fiduciario) para que ésta entregara posteriormente los bienes hereditarios a un tercero beneficiario llamado (fideicomisario).

La argucia que solía ir asociada con este proceder consistía en que, quien a la postre se beneficiaba de la herencia frecuentemente estaba incapacitado por la ley para heredar. Por eso, durante mucho tiempo el fideicomiso hubo de permanecer al margen de la ley, hasta que el emperador Augusto le reconoció obligatoriedad. Con Justiniano, el fideicomiso aparece prácticamente asimilado a los legados. De esa manera pasó a la Edad Media y de ahí al derecho moderno.

En la actualidad existen países como (España y Argentina, por ejemplo), en los que el fideicomiso, aún cuando evolucionado, sigue siendo materia regulada por el derecho civil y parte integrante del capítulo de las sucesiones.

Tomando en cuenta la estructura jurídica del fideicomiso, tal como nosotros lo conocemos y practicamos, me veo precisado a señalar como su antecedente más próximo, al trust anglosajón que en Inglaterra y Estados Unidos ha adquirido gran preponderancia y muy variadas aplicaciones.

En nuestro país, el fideicomiso, es relativamente, de reciente aceptación dentro del tráfico negocial jurídico. Su más remoto antecedente data del año de 1905, año en el cual se turno al Congreso de la Unión el llamado "Proyecto Limantour", obra del licenciado Jorge Vera Estañol.

La franca apertura del país a la corriente de capitales norteamericanos e ingleses que caracterizó la política de nuestro gobierno a principios del siglo pasado y la estrecha dependencia de nuestro incipiente sector empresarial respecto de la vecina nación del norte, hicieron pensar en la conveniencia de introducir en nuestra legislación, una institución paralela a las "trust companies" que, de tiempo atrás, venían operando con ventaja en los países anglosajones. En el año de 1926, el aludido autor del "Proyecto Limantour", licenciado Jorge Vera Estañol, presenta a la Secretaria de Hacienda un "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro". Conviene hacer notar que en la terminología del licenciado Vera Estañol, por "Compañía Fideicomisaria" debe entenderse "Institución Fiduciaria". Baste señalar que en él, se contemplan ya todos los perfiles que dan a la institución su configuración actual. En términos generales, el fideicomiso puede constituirse, entre vivos y por testamento, para fines de administración, afectación en garantía o transmisión del dominio de bienes determinados; si éstos fuesen inmuebles, el fideicomiso sobre ellos impuesto viene a constituir un gravamen real oponible a terceros, desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Fue la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aparecida en el año de 1932 y vigente hasta la fecha, incluyendo las reformas de 23 de mayo de 1996, la de 24 de mayo del 2000 y la del 13 de junio del 2003, la que tomó a su cargo la regulación del fideicomiso en su aspecto sustantivo. Esta ley y la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en vigor desde el año 1941, actualmente, Ley de Instituciones de Crédito completan la institución del fideicomiso con la fisonomía jurídica que nos es familiar.

De acuerdo con la referida Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o mas bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines licitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria" (artículo 381).

En esta descripción se destacan desde luego, tres elementos:

En primer lugar el fideicomitente, que es quien constituye el fideicomiso; es decir, el que destina todo o parte de su patrimonio a un fin determinado;

En segundo lugar, el fiduciario, o sea la persona encargada de la realización del fin.

Es conveniente aclarar que no pasa desapercibido un tercer elemento, no esencial para la validez del acto, ya que puede faltar o serlo el propio fideicomitente; éste es el fideicomisario, persona a quien aprovechan los beneficios derivados del fideicomiso; y

En cuarto lugar están los propios bienes afectados a dicho fin.

Con arreglo a la ley citada, pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la libre disposición de sus bienes; también las autoridades judiciales o administrativas o los sujetos por ellas designadas, respecto a los bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación les esta encomendada (artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

Sólo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (artículo 385 de la ley citada).

Esta es una de las particularidades que sobre la materia establece nuestro derecho, puesto que el fideicomiso, desde su raíz etimológica se basa en la confianza depositada por el fideicomitente en el fiduciario.

Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica (artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos).

El legislador previendo que en múltiples ocasiones dicha confianza podría ser defraudada, ha dispuesto que sean instituciones autorizadas al efecto por el Gobierno Federal quienes se encarguen de ejecutar lo que por voluntad expresa del fideicomitente constituye la finalidad del fideicomiso.

En cuanto a los bienes, La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que: pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular (artículo 386).

De lo hasta aquí expuesto, podría pensarse que en esta materia, la labor del registrador es de mero trámite, dado que son mínimos los requisitos formales exigibles para la constitución de los fideicomisos.

Respecto a ese examen, el registrador deberá atender a que concurren los elementos personales: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, aún cuando este último puede ser indeterminado; los elementos reales, o sea, los bienes o derechos afectos al fideicomiso, los derechos y obligaciones que este engendra para cada uno de los contratantes; por último, su finalidad y, si es el caso, las causas por las que se producirá su extinción.

En cuanto a los bienes, y partiendo del principio consagrado por la ley, de que los fideicomisos se ajustaran a la legislación común, en cuanto a la transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas, el registrador deberá tener en cuenta para determinar la procedencia o improcedencia de su registro, la situación registral de los bienes objeto del mismo, para el caso de que apareciesen gravados o en alguna forma afectados por derechos reales impuestos sobre ellos.

Por último, las prohibiciones legales para la constitución de un fideicomiso, en caso de ser pasadas por alto, serán otros tantos impedimentos para el registro del documento respectivo; tal es el caso, por ejemplo, cuando; el fin del fideicomiso no sea lícito o determinado; se constituye en favor del fiduciario, o que este último no esté autorizado para ese tipo de operaciones con arreglo a la Ley de Instituciones de Crédito; los bienes sean estrictamente personales de su titular; la duración de fideicomiso exceda de treinta años, salvo los casos en que la ley autoriza un plazo mayor; y, los beneficios se concedan sucesivamente a distintas personas que hayan de sustituirse en el goce de dichos beneficios por muerte de la anterior, salvo también el caso previsto por la ley.(42)

Conforme al artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece: El fideicomiso se extingue:

I.-Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II.-Por hacerse éste imposible;

III.-Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;

IV.-Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V.-Por convenio expreso entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;

VI.-Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;

VII.-En el caso del párrafo final del artículo 386.

(41).-Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit., Pág. 288.

(42).-Cfr. Colín Sánchez Guillermo, Ob. Cit. Págs. 245 a 248, 258, 259.

9.- LOS CONTRATOS DE GARANTÍA. Dentro de los contratos de garantía se encuentra: la fianza, la prenda y la hipoteca, por una parte; la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación convencional, por la otra. Los contratos llamados de garantía, que son los tres primeros, desempeñan primordialmente una función jurídica que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación principal. Esta finalidad puede no tener contenido económico si el deudor cumple su obligación principal; en estos casos de cumplimiento la función jurídica sólo se tuvo en reserva, como una disponibilidad para llegar a tener una ejecución económica, en caso de incumplimiento cuando el deudor principal no paga su obligación. Así la fianza, la prenda y la hipoteca cumplen, pues, una función mixta; jurídica en cuanto a la garantía que constituyen; económica; porque el derecho se ejercita directamente en contra del fiador o del dueño de los bienes dados en hipoteca o prenda, para la apropiación de una riqueza, es decir, para obtener la condena de una suma de dinero, el secuestro y remate, y sobre todo, en la prenda e hipoteca con derechos que crean una preferencia y una acción de venta sobre los bienes del deudor.

Otro grupo de contratos que desempeñan una función jurídico-económica, esta formado por los de transmisión de derechos o de obligaciones. Hemos visto que el contrato puede tener como fin no sólo la creación de derechos, sino también su transmisión, como ocurre en la cesión de deudas, en la que hay una transmisión de obligaciones. Se cumple una finalidad jurídica, y se prepara una finalidad económica, que consiste en la adquisición del valor patrimonial que implica el derecho transmitido; por esto su naturaleza es mixta.

9.1.- LA FIANZA. Las instituciones de fianzas tienen por objeto otorgar fianzas a título oneroso. Estas instituciones celebran el contrato de fianza, identificado como la fianza de empresas. El artículo 1 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, indica que la misma se aplica a empresas que tengan por objeto otorgar fianzas a título oneroso, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento. Estas empresas son instituciones de fianzas.

El artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estas autorizaciones son por su propia naturaleza intransmisibles.

La fianza es un contrato en virtud del cual una persona se compromete frente al acreedor al cumplimiento de una obligación, en caso de que el deudor no lo haga. El contrato de fianza puede ser entre el fiador y el acreedor aun cuando el deudor lo ignore. O bien, puede darse también entre el fiador y el deudor, en cuyo caso el fiador se compromete con el deudor a garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación de su fiado.

La fianza consiste, pues, en la obligación que una persona, fiador, asume como deber directo frente a un acreedor, de garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto llamado deudor principal.

Entre acreedor y deudor, los efectos de la fianza, se regulan sobre la base del principio de la solidaridad, en el sentido de que vencida la obligación, el acreedor puede dirigirse al fiador sin previa excusión del deudor principal.

El artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y de excusión y sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Y aún más, si el acreedor inició juicio en contra de su deudor y deja de promover, no será causa de extinción de la fianza, el fiador continúa obligado.

La fianza sí llega a extinguirse si el acreedor, sin consentimiento del fiador, conviene con el deudor dándole prórroga para el cumplimiento de la obligación. El artículo 119 de la ley respectiva, señala que la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas extingue la fianza.

La fianza es un contrato consensual, accesorio, oneroso, de garantía y formal, implica una manifestación bilateral de voluntad coincidente, en el que las voluntades que normalmente deben de manifestarse son las del fiador y las del acreedor, sin que la del fiado, deudor, sea necesaria, pues aún en contra de la voluntad expresa del mismo puede establecerse la fianza.

La fianza debe derivar de la manifestación expresa de las partes, es decir: La fianza constituye una obligación accesorio porque existe sólo si hay una obligación que garantiza.

El contrato de fianza se ha considerado un contrato unilateral, porque sólo el fiador se compromete, y subsidiario en tanto que está obligado a cumplir solamente cuando el deudor principal no lo hace.

La unilateralidad en la fianza de empresa no es del todo cierta, dado que el fiador se compromete en tanto el otro contratante cumpla la prestación consistente en el pago de la prima.

La subsidiariedad puede aceptarse ya que el fiador, que es el solidariamente responsable con el deudor principal, deberá cumplir la prestación después de que se haya hecho exigible la obligación y éste haya dado lugar a que se verifique el cumplimiento.

Una vez que el fiador paga la deuda, queda subrogado por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que el acreedor tenía en contra del deudor y por lo tanto puede repetir en contra de éste a efecto de lograr que se reembolse lo que se pagó, así dice el artículo 122 de la ley de la materia. Si por

causa imputable al beneficiario le resulta imposible la subrogación, la institución se libera de sus obligaciones.

Antes de que el fiador pague, la ley mencionada le da el derecho para exigir, no sólo al fiado, sino también al contrafiador y obligado solidario, que se le garanticen las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad cuando se dan los casos que la propia ley señala, en el artículo 97. Además la institución de fianzas tendrá acción contra el fiado, contrafiador y obligado solidario para obtener secuestro precautorio, como indica el artículo 98, comprobando alguno de los extremos a que se refiere el artículo 97 citado.

El artículo 97 establece que las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de haber ellas pagado, para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución, con motivo de su fianza:

- a) cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente, el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada;
- b) cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior;
- c) cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;
- d) cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia, o a su domicilio;
- e) cuando la institución de fianzas compruebe que algunos de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de tercero de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación; y
- f) en los demás casos previstos en la legislación mercantil.

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la fianza y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadoras, contrafiadoras u obligadas solidarias.

En consecuencia la fianza de empresa es un acto de comercio y por tanto el contrato de fianza está sujeto a las normas y principios generales fijados por la materia de comercio.

Con el objeto de que el fiador no permanezca indefinidamente con la incertidumbre de una responsabilidad eventual, el acreedor debe hacer efectiva la fianza en un término razonable después de que se hace exigible la obligación garantizada. El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, considera los casos de

caducidad y prescripción y señala que cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo indefinido, queda libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado, o en su defecto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Presentada la reclamación, establece la ley, habrá nacido el derecho, el cual quedará sujeto a prescripción si el beneficiario no hace efectiva la póliza, dentro del plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, la que resulte menor.

La fianza se extingue en los modos siguientes; o por la extinción de la relación de deuda principal, o por causa intrínseca a la relación afianzadora; en este segundo caso puede suceder que se extinga la fianza y permanezca la obligación principal, o bien, de la extinción de la obligación afianzadora se extingue la deuda principal, por haberse satisfecho por el fiador las prestaciones del acreedor, liberándose así tanto el fiador como el obligado principal.

En el artículo primero de la ley citada con anterioridad, se establece que las instituciones de fianzas otorgan éstas a título oneroso, igual señalamiento se hace en el artículo tercero, por esta razón el que contrata con la institución fiadora debe cubrir la cantidad que por concepto de prima le fije ésta, es decir, la institución afianzadora.

Con las primas, las instituciones de fianzas están obligadas a constituir las reservas que marca la ley. Las reservas de fianzas en vigor se forman con el 50% de la prima bruta correspondiente a la primera anualidad de vigencia y permanece constituida hasta que la fianza se cancela, artículo 47.

Al contratar la fianza, la institución afianzadora debe expedir un documento que se llama póliza, pues sólo puede asumir obligaciones mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, dice el artículo 117 de la ley. Esto da carácter de formal al contrato.

Las pólizas son documentos que deben contener las indicaciones que fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros de Fianzas.

Característica esencial del contrato de fianza es que cada vez que se expide una fianza, la institución deberá tener suficientemente garantizada la recuperación, para la eventualidad del cumplimiento de su obligación, y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenta.

El artículo 24 señala que las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener, son prenda, hipoteca o fideicomiso, o en su caso obligación solidaria, contrafianza o afectación en garantía en los términos de la propia ley.

Esta garantía de recuperación no se requiere, cuando bajo la responsabilidad de la institución de fianzas, el fiador o sus obligados solidarios sean ampliamente solventes y tengan suficiente capacidad de pago.

Aún cuando no están obligadas a hacerlo, para la adecuada diversificación de las responsabilidades asumidas por la expedición de fianzas, dice el artículo 32 de la ya ley citada, las instituciones podrán celebrar contratos de reafianzamiento y cofianzamiento.

El margen de operación, lo fija la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así lo establece el artículo 17 de la Ley de Instituciones de Fianzas. El procedimiento para hacer exigible una fianza varía según se trate de fianza otorgada a favor de: a) un particular o b) fianza otorgada a favor de la Federación, Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios y en su caso, paraestatales.

a) Por lo que se refiere a las fianzas de particular, el artículo 93 indica que los beneficiarios de fianzas, a su elección, podrán presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

Las instituciones de fianzas estarán obligadas, en su caso, a someterse al procedimiento de conciliación, que establece el artículo 93. En cuanto a las fianzas a favor de autoridad, el artículo 95 de la mencionada ley de fianzas, permite que el beneficiario, que no es otro que la autoridad que acepta la fianza, se hagan efectivas siguiendo los procedimientos que señala el artículo 93, anteriormente comentado.

b) El artículo 95 de la mencionada ley de fianzas establece que las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Gobierno del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor; Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora. La autoridad ejecutora procederá a requerir de pago, de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de 30 días naturales, contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo.

Si dentro del plazo de 30 días naturales señalados en el requerimiento, la institución fiadora deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o se inconformó.

En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se rematen en bolsa, los valores propiedad de la afianzadora, bastante para cubrir el importe de lo reclamado.

En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma.

El reafianzamiento es la fianza por la cual una institución se obliga a pagar a otra en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario por su fianza. Para el efecto la institución reafianzadora está obligada, en su caso, a proveer de fondos a la reafianzada. El artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que conceptúa lo que es el reafianzamiento, dice que en los casos en que se otorguen varios reafianzamientos respecto de una misma fianza, cada institución participante será responsable ante la fiadora directa, por una cantidad proporcional a la responsabilidad asumida por cada una de ellas, y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva.

Las operaciones de reafianzamiento, pueden hacerse con instituciones nacionales o extranjeras, conforme al artículo 34 de la ley de fianzas que se viene citando. Las instituciones extranjeras deberán inscribirse en el Registro General que llevará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En el coafianzamiento participan también dos o más instituciones, sólo que aquí las instituciones responden frente al fiado, y no de institución a institución como en el reafianzamiento.

El coafianzamiento podía contratarse con instituciones mexicanas o extranjeras de fianzas, ahora el artículo 34 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas suprimió el término de coafianzamiento, por lo tanto, se presume que sólo opera con instituciones mexicanas. (43)

(43).-Cfr. Vásquez del Mercado Oscar, Ob .Cit. Págs.365 a 376.

Ahora bien, la fianza de conformidad con el Código Civil Federal, en su artículo 2794 lo define como el contrato por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación.

Artículo 2794.- La fianza es un contrato por virtud del cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Las características del contrato de fianza son:

a) Es un contrato accesorio. Esto significa que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de una obligación preexistente.

b) La fianza constituye una garantía personal para el cumplimiento de una obligación. Esto significa que el fiador está garantizando en lo personal, con todos sus bienes, el cumplimiento de su obligación.

La razón práctica de celebrar el contrato de fianza, obedece a que los acreedores quieren evitar, en lo posible, el riesgo de sufrir las consecuencias que acarrea la insolvencia de su deudor, esto es, la falta de cumplimiento de la obligación y al comprometerse el fiador a pagar si no lo hace el deudor, se está ampliando la seguridad del acreedor, pues es más difícil que lleguen a ser insolventes dos personas que una.

Dentro de las clases de fianzas estas pueden ser:

Fianzas legales, fianzas judiciales, fianzas convencionales, fianzas gratuitas, fianzas onerosas, fianzas mercantiles, fianzas civiles.

Se indica que la fianza es legal, cuando la ley, en forma directa e inmediata impone la obligación de otorgar esta garantía fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial.

La fianza es judicial cuando deba otorgarse en virtud de una providencia emanada de un órgano jurisdiccional competente. Técnicamente todas las fianzas judiciales son legales, ya que el juez no puede imponer el otorgamiento de una garantía consistente en la fianza, si no es con fundamento en una disposición legal. Para otorgar una fianza legal o judicial, se requiere que el fiador pruebe su solvencia con un certificado del Registro Público de la Propiedad, que compruebe que es propietario de bienes inmuebles con valor suficiente para garantizar la obligación que contraiga, y no le aprovecha el beneficio de excusión que da la ley a los demás fiadores (artículos 2850, 2851 y 2855 del Código Civil Federal).

La fianza es convencional, cuando celebran el contrato libremente y de común acuerdo fiador y acreedor.

La fianza es gratuita, cuando el fiador no recibe del acreedor una contraprestación por la obligación que asume.

La fianza es onerosa, cuando el acreedor da una contraprestación al fiador por la obligación que éste asume.

La fianza es mercantil, cuando la otorga una Institución de Fianzas, cuando se relacionen con el comercio marítimo, cuando se celebre entre comerciantes o banqueros si no son de naturaleza esencialmente civil o probando que derivan de una causa extraña al comercio (artículos 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 75 del Código de Comercio).

La fianza es civil cuando sea otorgada por personas físicas o compañías, en forma accidental a favor de determinadas personas y se sujetará a las disposiciones del Código Civil, siempre que no se extienda en forma de póliza, que no se anuncie públicamente y que no se empleen agentes que las ofrezcan.

En cuanto a los elementos que integran el contrato de fianza son: El consentimiento, el objeto y la forma.

El consentimiento en el contrato de fianza, es el acuerdo de voluntades que debe concertarse entre fiador y acreedor, ya que técnicamente son las únicas partes contratantes. El deudor no tiene por qué comparecer en la celebración del contrato y es irrelevante para el perfeccionamiento del contrato el que otorgue su consentimiento o que se oponga a la celebración del mismo.

El objeto de este contrato siempre será la conducta del fiador manifestada como una prestación que puede encausarse como un hacer o como un dar. El objeto indirecto será el contenido del hacer (un hecho) o del dar (una cosa) que puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otro bien enajenable. Así, el objeto del contrato de fianza puede ser:

- a) La cosa que esta obligado a dar el fiador en caso de incumplimiento del deudor.
- b) La suma de dinero que esta obligado a dar el fiador en el mismo supuesto,
- c) El hecho que está obligado a realizar el fiador en la misma hipótesis.

En cuanto a la forma, el contrato de fianza civil es normalmente consensual, puede otorgarse con la forma que escojan libremente las partes, con el único requisito de que el consentimiento se manifieste en forma expresa por las razones antes expuestas

La fianza mercantil generalmente se celebra por escrito, por otorgarse en forma de póliza. Por la necesidad de la demostración y para que puedan probarse de manera fehaciente las fianzas legales y judiciales, deben otorgarse por escrito. En la práctica es normal que cuando se afianzan obligaciones emanadas de un contrato, se dé a la fianza la misma forma que para la validez de tal contrato exige la ley.

Por otra parte, los presupuestos del contrato de fianza son: La capacidad y la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud. En la celebración de este

contrato no se trata de fianzas legales o judiciales, sólo se requiere tanto para el acreedor como para el fiador, de una capacidad general. Como generalmente la fianza implica la posibilidad de disponer de los bienes al cumplirse la obligación del fiador, los apoderados requerirán de un poder especial para ser fiadores en representación de sus poderdantes o un poder general para actos de dominio, en los términos del artículo 2554, fracción III del Código Civil.

La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tienen excepciones o aplicaciones específicas en esta materia. El contrato de fianza es generalmente unilateral, porque sólo genera obligaciones para el fiador. Si se establece una contraprestación a cargo del acreedor, el propio contrato determinará cuáles son las obligaciones para éste. Además de generar obligaciones para el fiador, también crea derechos y produce el efecto de que pueda oponer excepciones al exigírsele el cumplimiento de su obligación. La única obligación que se genera para el fiador es la de dar cumplimiento a una prestación determinada en beneficio del acreedor, en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación.

Por otra parte el fiador tiene derecho a gozar de los beneficios de orden y excusión y a oponer, ante el requerimiento de pago del acreedor determinadas excepciones.

El beneficio de orden es el derecho que tiene el fiador para que antes de ser compelido a pagar al acreedor, previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión de sus bienes. Los requisitos de procedencia de este derecho son: Que no se haya renunciado, y que se haga valer.

El beneficio de excusión consiste en que primero debe aplicarse todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación garantizada, la que quedará extinguida o reducida (en beneficio del fiador quien en consecuencia lógica se libera en esa medida de su obligación) a la parte que no se ha cubierto (artículo 2815 del Código Civil).

Por otra parte, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes tanto a la propia fianza, como a la obligación principal, menos las que sean personales del deudor, como la falta de capacidad, y la nulidad por causa de vicios en la voluntad (artículo 2812 del Código Civil). En tal forma, el fiador puede oponer como excepciones, entre otras, la compensación o la remisión ya sea entre fiador y acreedor o entre deudor y acreedor.

Los derechos del fiador ante el deudor no se desprenden directamente del contrato de fianza, porque el deudor no es parte en él, sino que los impone en forma inmediata la ley y el contrato sólo es el activador de la hipótesis normativa. Si el fiador celebra el contrato a ruego del deudor, que es la situación más normal, tendrá los siguientes derechos:

a) Tendrá derecho a solicitar del deudor que asegure el pago de las obligaciones garantizadas o que lo releve de la fianza (se entiende lógicamente antes de haber pagado).

b) A que el deudor lo indemnice.

c) Tiene derecho a subrogarse en todos los derechos que el acreedor tenía en contra de su deudor.

Si el fiador celebró el contrato en contra de la voluntad del deudor, éste sólo está obligado a indemnizar al fiador que pagó la obligación garantizada, en la medida en que se hubiere beneficiado con el pago. (artículo 2828 del Código Civil).

El beneficio de división es el derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda, la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones, tomando en cuenta que pudieron obligarse a menos que el deudor. (artículo 2837 del Código Civil).

En cuanto a las causas de extinción del contrato de fianza, el principio general en esta materia es que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la obligación garantizada. Como causa específica de extinción de la fianza, se señala cuando por culpa o negligencia del acreedor no puede el fiador subrogarse en sus derechos, privilegios o hipotecas que tenía aquél respecto del deudor. (artículo 2845 del Código Civil).

En cuanto a la caducidad de la fianza, la caducidad es la extinción de un derecho por el abandono que de su ejercicio hace su titular en cierto tiempo o por el abandono de la acción procesal correspondiente.

El derecho del acreedor se extingue por caducidad en los siguientes casos:

a) Si el fiador se ha obligado por tiempo determinado, cuando el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de su obligación dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando deje de promover sin causa justificada por más de tres meses, en el juicio entablado en contra del deudor; y

b) Si el fiador se ha obligado por tiempo indeterminado, cuando el acreedor no ejercita sus derechos contra el deudor dentro del plazo de un mes a partir de que el fiador le pida que promueva judicialmente, cuando la deuda principal sea exigible, o cuando deje de promover sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio entablado en contra del deudor. (44).

(44).- Cfr. Zamora y Valencia Miguel Ángel, -Ob. Cit., págs. 391 a 402.

9.2-LA PRENDA MERCANTIL. La prenda, establece el artículo 2856 del Código Civil Federal "es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

La prenda mercantil se constituirá (artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito):

I. Por la entrega, al acreedor, de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al portador. El acreedor prendario, en este caso, se constituirá en depositario de la prenda.

II. Por el endoso de los títulos de crédito a favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son de los mencionados en el artículo 24 (títulos nominativos directos). Debemos recordar que, en la terminología de la ley en cita, se llaman títulos nominativos a los títulos a la orden. No es exacto que la prenda se constituya por el simple endoso en garantía; precisa, además, de la entrega de los títulos.

III. Por la entrega, al acreedor, del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro.

IV. Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor. Es la prenda clásica, con un tercero depositario.

V. Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aún cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor. En este caso, se da, en realidad, posesión al acreedor de los locales en donde los bienes objeto de la prenda están depositados. El deudor tendrá la obligación de cuidar la integridad de dichos locales, si están dentro de su establecimiento.

VI. Por la entrega o endoso del título representativo de los bienes objeto del contrato o por la emisión o endoso del bono de prenda relativo. Es decir: si se dan en prenda el certificado de depósito o el conocimiento de embarque, se darán en prenda las mencionadas por ellos representados.

VII. Por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío, en los términos del artículo 326 de la ley en cita. Las garantías naturales de dichos contratos, como ya vimos, se constituyen como consecuencia del contrato mismo; pero como los bienes quedan en poder del deudor, e incluso pueden ser futuros o pendientes, la ley atribuye al registro, en este caso, efectos constitutivos.

VIII. Por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros.

Cuando la prenda se constituye sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de éstos se transfieran al acreedor, el cual quedará obligado en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Esto debe constar por escrito (artículo 336 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Si la prenda recayere sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario (artículo 336 parte final de la ley citada).

En cuanto al procedimiento de ejecución, la ley establece (artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) un sumarisimo procedimiento de ejecución para el caso de que el acreedor prendario ejercite su derecho de pedir la venta de los bienes dados en prenda.

Este derecho podrá ser ejercitado al vencimiento de la obligación, si ésta no es pagada, o en caso de que la prenda baje del valor de manera que no alcance a cubrir el valor de la deuda y un 20% más (artículo 340 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); o sí, tratándose de títulos respecto de los cuales se deban hacer exhibiciones, el deudor no provee oportunamente de fondos al acreedor prendario o al depositario de los títulos dados en prenda (artículo 342 de la Ley General de Títulos Operaciones de crédito). El juez dará traslado inmediato por quince días al deudor, el que sólo podrá oponerse a la venta de los bienes dados en prenda, si exhibe el importe del crédito garantizado (artículo 341 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Si no se opone, los bienes se sacarán a remate bursátil, si fueren cotizados en bolsa, o se venderán por medio de corredor o de los comerciantes establecidos en la plaza respectiva (artículo 341). Si se trata de venta anticipada, el acreedor podrá conservar el importe de la venta, en sustitución de los bienes o títulos vendidos.

(45)

(45).- Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, Ob. Cit. Págs. 284 a 286

El contrato de prenda en materia civil, es aquel por virtud del cual una persona llamada deudor prendario constituye, un derecho real del mismo nombre sobre un bien mueble, determinado y enajenable, a favor de otra persona llamada acreedor prendario a quien se le deberá entregar real o jurídicamente, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho al acreedor de retención, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de prelación que señale la ley, y que obliga al acreedor a la devolución del bien, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada.

El contrato de prenda, es un contrato accesorio, es decir, no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que depende de la existencia y validez de una obligación.

La prenda constituye una garantía real para el cumplimiento de una obligación, y la celebración de este contrato da nacimiento al derecho real de prenda.

El objeto indirecto del contrato o el bien respecto del cual se constituye el derecho real, siempre es un bien mueble enajenable.

El contrato de prenda es un contrato real en oposición a consensual, es decir, para el perfeccionamiento del contrato y para que éste produzca el derecho real de prenda, debe de entregarse el bien al acreedor, entrega que en derecho mexicano, puede ser real o jurídica. Y, finalmente, para que el derecho real funcione como tal, el contrato debe de tener fecha cierta de manera fehaciente.

El contrato de prenda, al igual que la fianza civil, y todos los demás contratos civiles, dentro de sus elementos encontramos el consentimiento, el objeto y la forma, dentro de los cuales, el consentimiento lo integra el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor prendario.

El consentimiento que es el acuerdo de voluntades debe coincidir tanto respecto de la obligación garantizada, como del bien sobre el que se constituye el derecho real de prenda.

El objeto indirecto de este contrato es el bien sobre el que se constituye el derecho real de garantía. El bien debe de tener las siguientes características:

a) Debe ser determinado para poderse entregar o para poder ser materia de una inscripción registral.

b) Debe ser enajenable, es decir, aun cuando el contrato de prenda no es translativo de dominio, su función propia y la razón de ser del derecho real prendario, es que exista la posibilidad de enajenación del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para que con el producto de la enajenación se haga pago al acreedor.

c) Debe ser un bien mueble. Este requisito se desprende del concepto mismo de la prenda, y es una característica que diferenciaba la prenda de la hipoteca, y que por una innovación del actual Código Civil mexicano se ha suprimido, al permitir la constitución de la hipoteca sobre bienes muebles. No obstante lo anterior, sigue siendo nota distintiva, en cuanto que la prenda siempre debe recaer sobre bienes muebles y nunca sobre inmuebles y la hipoteca generalmente se constituye sobre inmuebles y sólo excepcionalmente sobre muebles.

En cuanto a la forma, el Código Civil Federal preceptúa que el contrato de prenda debe constar por escrito y que si se celebra en documento privado, deben formularse dos ejemplares, uno para cada contratante. Las maneras lógicas y normales de darle autenticidad a la fecha de un contrato, son el celebrarlo en escritura pública o el certificar las firmas ante un notario público. Por último, si los objetos dados en prenda son acciones o créditos que no sean al portador o negociables por endoso, debe notificarse la constitución de la prenda al deudor del crédito, para que ésta se considere legalmente constituida. (artículo 2865 del Código Civil Federal).

Los presupuestos, al igual que en los demás contratos civiles, son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin.

En cuanto a la capacidad, el acreedor prendario sólo requiere para la celebración válida de este contrato, de la capacidad de ejercicio.

En cambio, el deudor prendario necesita además de la capacidad de ejercicio, de la capacidad especial consistente en ser propietario del bien objeto del contrato, ya que la prenda por constituir un derecho real, supone un acto de disposición.

La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud, estos presupuestos no tienen una norma especial de aplicación en este contrato y por lo tanto rigen al respecto las reglas generales en materia contractual.

Tomando en cuenta lo anterior, si por la celebración del contrato se genera el derecho real de prenda, los contratantes tendrán los siguientes derechos y obligaciones específicas. Los derechos del acreedor prendario son:

a) Derechos de retención. El acreedor prendario tiene derecho a retener la cosa entregada en prenda, mientras no pague o no se cumpla la obligación garantizada.

b) Derecho de exigir otra cosa en prenda, si la recibida originalmente se deteriora o pierde sin su culpa, y en caso de que no le sea entregada, exigir el pago de la obligación garantizada aun cuando no hubiere vencido el plazo convenido.

c) Derecho de ser indemnizado de todos los gastos que efectúe y que fueren necesarios para la conservación de la cosa, excepto cuando use de ellas por convenio.

d) Derecho de persecución, es decir, el acreedor tiene "el derecho a recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor.

e) Derecho de enajenación. Si el deudor no cumple la obligación garantizada, el acreedor prendario tiene derecho a pedir y el juez deberá decretar la enajenación del bien dado en prenda, en pública almoneda, previa citación del deudor prendario. Si no pudiese ejecutarse la enajenación del bien conforme al procedimiento que establece el Código de Procedimientos Civiles, el acreedor tiene derecho a que se le adjudique en las dos terceras partes del valor que haya servido de base para ser postura legal.

f) Derecho de preferencia, es decir, el acreedor tiene derecho a que se le pague la obligación garantizada, con el valor del bien dado en prenda, después de cubrirse los gastos del juicio, de conservación del bien y de los seguros que se hubieren contratado, sin necesidad de entrar en concurso.

El acreedor no tiene derecho a usar la cosa dada en prenda, a no ser que se le hubiere autorizado en forma expresa, y tampoco tiene derecho a los frutos, pero si los percibe por convenio expreso, su importe deberá aplicarse primero a gastos, después a intereses y el resto o saldo al capital.

Las obligaciones del acreedor prendario consisten en:

a) La obligación de conservar la cosa dada en prenda como si fuere propia y por lo tanto es responsable de los deterioros o perjuicios que sufra por su culpa o negligencia.

b) La obligación de restituir la cosa dada en prenda cuando se cumpla la obligación garantizada y se paguen los intereses estipulados y los gastos de conservación que se hubieren hecho.

c) Tiene la obligación de responder del saneamiento para el caso de evicción, en caso de que se hubiere procedido con dolo en la enajenación del bien o que se haya sujetado expresamente a esa responsabilidad.

Ahora bien, los derechos del deudor prendario son:

a) El deudor prendario tiene derecho a que la cosa dada en prenda sea conservada y le sea restituida en los términos de las obligaciones del acreedor.

b) Tiene derecho a que el acreedor le garantice con fianza la devolución de la cosa en el estado en que la recibió o a exigir que se deposite a favor de un tercero, si el acreedor abusa de ella.

- c) Tiene derecho a suspender la enajenación de la cosa dada en prenda, pagando la obligación garantizada dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la suspensión.
- d) Tiene derecho a percibir los frutos de la cosa pignorada.
- e) Tiene derecho a disponer de la cosa, pero si la enajenare, el adquirente no podrá exigir entrega sino pagando el importe de la obligación garantizada con los intereses y gastos en su caso.
- f) Tiene derecho a recibir la diferencia en dinero, entre el producto de la venta de la cosa y el monto de lo aplicado al acreedor en pago de la obligación garantizada y accesorios.

Las obligaciones del deudor prendario son:

- a) Tiene la obligación principal de no estorbar o perturbar al acreedor en la posesión de la cosa mientras no se extinga la prenda.
- b) Debe pagar o en su caso restituir al acreedor el importe de los gastos necesarios y útiles que éste hubiere hecho para la conservación de la cosa a excepción de los casos en que el acreedor use de la cosa por convenio expreso.
- c) Tiene la obligación de substituir la cosa dada en prenda por otra, si se pierde o deteriora sin culpa del acreedor o en su caso, pagar la obligación garantizada aún antes del vencimiento del plazo pactado.
- d) Tiene la obligación de defender la cosa en caso de que el acreedor sea perturbado en su posesión y en caso de incumplimiento, será responsable de todos los daños y perjuicios.

En este contrato de prenda, como en el de hipoteca, está prohibido el pacto comisorio. El pacto comisorio es la cláusula contractual por virtud de la cual se conviene, en el momento de la constitución de la garantía, en que el acreedor se convierta en propietario del bien gravado si el deudor no paga su obligación, señalándose como valor de adquisición el importe de la obligación garantizada u otra cantidad ahí determinada.

Finalmente, las causas de extinción del contrato de prenda son:

- 1.- La prenda se extingue por si misma, por cualquiera de las causas normales de extinción de las obligaciones, tales como la nulidad, rescisión, remisión, confusión, compensación, etc.
- 2.- La prenda, como un contrato de garantía accesorio, se extingue cuando se extinga la obligación garantizada por cualquier causa legal.
- 3.- La devolución de la cosa empeñada, presume la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no prueba lo contrario. (46).

(46).-Cfr. Zamora y Valencia Miguel Ángel, Ob. Cit., Págs.403 a414.

9.3.- LA HIPOTECA. El hecho de que la hipoteca sea un contrato accesorio, frecuentemente asociado a contratos de naturaleza mercantil, trae por consecuencia ciertos problemas (que son, generalmente de interpretación), dado que no existe una exacta correspondencia entre los diversos ordenamientos que regulan la materia.

El estudio de la hipoteca, comenta el maestro Rodríguez Rodríguez, en su curso de derecho mercantil, corresponde al derecho civil dado que este contrato, no ha sido objeto de regulación por las leyes mercantiles.

Ello significa que se rige siempre, fundamentalmente por las disposiciones del derecho común en lo relativo a su constitución, contenido y extinción.

En tanto que, respecto a la prenda, si cabe su consideración mercantil, la hipoteca constituida en garantía de una obligación mercantil, sigue siendo hipoteca regulada según el Código Civil del Distrito Federal.

La hipoteca según el Código Civil Federal "es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley (artículo 2893 del Código Civil Federal)".

El artículo 2895, del referido código indica: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados". Después de enumerar todo aquello a que se extiende una hipoteca, el artículo 2897, establece: "Salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá":

I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito.

El artículo 2898 señala: No se podrán hipotecar:

I.- Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que las produzca.

II. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.

"La hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada", y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido, pero sin perjuicio de lo que disponen los artículos siguientes (artículo 2911, del código citado).

Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza (artículo 2912, del mismo Código).

La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años, a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses, y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público (artículo 2915, del Código que nos ocupa).

La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro (artículo 2919, del Código en cita). Y se contrae por voluntad, en los convenios y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esta garantía sobre bienes determinados.

En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria.

Tomando en consideración todo lo anterior, cuando se trate de la inscripción de contratos de créditos de habilitación o avío, refaccionarios o de contratos en los que sin especificar la naturaleza del crédito o dándoles otra denominación de las que la ley establece, pero apareciendo de su contenido que se trata de operaciones de avío o refacción, deberán tenerse en cuenta las recomendaciones siguientes:

PRIMERA. Presentado el documento respectivo, la Oficialía de Partes lo remitirá a la sección de hipotecas (Sección Primera, Libro Segundo en el Estado de México; Sección de Calificación e Inscripción en el Distrito Federal) si en el renglón de garantías se afectan bienes inmuebles o si expresamente se pacta garantía hipotecaria. El documento se turnara al Registro de Comercio o al encargado de Fojos mercantiles, si solamente se pactan garantía pignoratícia (prendaria) y/o garantías personales (fianzas).

SEGUNDA. Con arreglo a los preceptos legales invocados, el calificador registral deberá vigilar, y en su caso, exigir que en los documentos respectivos, se exprese con toda claridad la naturaleza de los bienes afectos a la garantía, porque de ello depende que la correspondiente inscripción se ajuste a derecho.

TERCERA. Cuando se trate de garantías hipotecarias se exigirá que los bienes hipotecados se determinen con precisión, y en caso de aparecer varios inmuebles, afectos a la garantía, determinar por que porción del crédito responde cada uno, salvo pacto en que la garantía subsista íntegra hasta la total liquidación del crédito. La determinación de porciones antes mencionadas será siempre necesaria cuando se trate de bienes ubicados en distintas entidades federativas. También se pedirá que el documento respectivo vaya acompañado del certificado de gravámenes.

CUARTA. Tratándose de hipotecas de la unidad industrial de una empresa, deberá constar expresamente si se comprende el terreno y las construcciones, en cuyo caso, como en el señalado en la disposición inmediata anterior, será exigible que dichos bienes aparezcan claramente determinados, que se proporcionen sus antecedentes registrales y también el correspondiente certificado de gravámenes.

QUINTA. Si el documento es de los que deben inscribirse en la sección de hipotecas y la acreditada es una persona moral (asociación, sociedad civil o mercantil) inscrita en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Comercio de la misma entidad, una vez practicada la inscripción de la hipoteca, el encargado de esta función tendrá cuidado de hacer la anotación correspondiente al margen del asiento en donde este inscrita la deudora hipotecaria, y en su caso, la o las deudoras solidarias.

Especialmente los calificadores deberán tener en cuenta todo lo aquí expuesto, porque, en contra de lo comúnmente afirmado, la calificación registral no es un nuevo formulismo sin trascendencia jurídica, ya que, en no pocas ocasiones es necesario ir al fondo del negocio jurídico, toda vez que, el instrumento no es más que la "forma de forma" de los actos en él consignados, y una revisión superficial de mero trámite podría conducir a transgresiones a la ley, con las graves consecuencias que de ello habrían de derivarse. (Artículo 148 de la Ley de Instituciones de Crédito).(47)

(47) Cfr. Colin Sánchez Guillermo, Ob.Cit. Págs. 406 a 411.

La hipoteca en materia civil, es el contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, a favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

Las características del contrato de hipoteca son:

1.- Es un contrato accesorio de garantía y por lo tanto su existencia y validez dependen de la existencia y validez de la obligación garantizada, por lo que, en términos generales, la nulidad, transmisión, duración o extinción de la obligación, influyen sobre la hipoteca. La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la hipoteca. (artículo 2941 fracción II del Código Civil Federal).

2.- La hipoteca es una garantía real para el cumplimiento de la obligación de la cual depende, lo que significa que el valor del bien hipotecado está garantizando en forma preferente el cumplimiento de esa obligación, independientemente de la garantía tácita que representa todo el patrimonio del deudor, cuando éste es el que ha constituido el gravamen.

3.- La celebración del contrato origina la creación del derecho real de hipoteca, con los efectos anotados en el apartado 1.

4.- La hipoteca, para que produzca sus efectos de derecho real, sólo puede recaer sobre bienes determinados e indubitavelmente identificables, que son los únicos que pueden inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y además, debe inscribirse precisamente en tal registro.

5.- Los bienes sobre los que se constituye el derecho hipotecario, deben ser bienes enajenables, ya que aún cuando el contrato de hipoteca no es translativo de dominio, su finalidad es la de servir de garantía al cumplimiento de la obligación principal, que consiste precisamente en la facultad de pedir la enajenación del bien, para que con el producto de ella se cubra el crédito, en el grado de preferencia que señala la ley.

6.- La hipoteca, es un contrato que no desposee del bien al deudor hipotecario y que no tendrá obligación de entregarlo mientras no se haga efectiva la garantía que implica.

Los elementos de existencia y validez del contrato de hipoteca son al igual que los anteriores contratos de fianza y prenda, el consentimiento y el objeto.

El consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario, y debe referirse en forma expresa tanto a determinar en forma precisa la obligación garantizada y su monto, como a determinar en forma indubitable el bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pero el derecho real, sólo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad.

En relación al objeto, se precisarán que características deben tener los bienes susceptibles de ser hipotecados; a qué bienes se extiende el derecho de hipoteca; qué bienes no comprende el derecho; qué bienes no pueden ser hipotecados, y algunos aspectos de interés relacionados con determinados contratos de hipoteca.

En cuanto a las características del bien. Los bienes sobre los que se puede constituir el derecho real hipotecario, deben ser: determinados, enajenables e inscribibles.

Determinados. Dispone el artículo 2895: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados". No obstante lo anterior, existe una excepción a esta regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien, no es determinada y sólo puede determinarse al concluir la copropiedad por la división del bien.

Enajenables. La razón de ser de que los bienes susceptibles de hipotecarse sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor para con él pagar el crédito garantizado. Sólo los bienes que pueden ser enajenados pueden ser hipotecados (artículo 2906 del Código Civil).

Inscribibles. Los bienes deben de ser susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, por las razones ya anotadas.

En cuanto a la extensión del derecho hipotecario, la hipoteca como derecho real, se extiende aunque no se exprese:

- a) A las accesiones naturales del bien gravado.
- b) A las mejoras hechas por el propietario.

c) A los muebles incorporados por el propietario cuando por ese motivo se convierten en inmuebles.

d) A los nuevos edificios o pisos que el propietario construya sobre el bien hipotecado (artículo 2896 del Código Civil Federal). Los bienes que no comprende la hipoteca son, salvo pacto en contrario:

Los frutos industriales producidos antes de que el acreedor exija el pago del crédito.

Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada (artículo 2897 del Código Civil Federal).

Que bienes que no son susceptibles de hipotecarse son:

a) Los bienes que no sean determinados; los que no sean identificables indubitadamente o los que no sean susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, como los frutos o rentas pendientes, con separación del predio que las produzca o los muebles colocados permanentemente en los edificios, si no se hipotecan junto con los inmuebles.

b) Los bienes que no sean enajenables, como los derechos de uso y habitación o las servidumbres a no ser que se hipotequen junto con el predio dominante.

c) El usufructo legal concedido a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes.

En cuanto a la forma que debe revestir el contrato de hipoteca, el contrato de hipoteca siempre debe constar por escrito y por lo tanto es un contrato formal. La regla general es que el contrato debe constar en escritura pública.

En cuanto a los presupuestos del contrato de hipoteca, al igual que en los demás contratos civiles, encontramos la capacidad y la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin.

En cuanto a la capacidad, el principio que rige en la hipoteca respecto a la capacidad del deudor hipotecario indica: "sólo puede hipotecar el que puede enajenar", por lo tanto, la hipoteca de cosa ajena, es nula. La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tienen una aplicación especial en este contrato y por lo tanto se aplicarán las reglas generales en materia de obligaciones.

El efecto principal que produce la celebración de este contrato, es la creación del derecho real de hipoteca y como consecuencia de crearse este derecho, se producen derechos para las partes y obligaciones para el deudor hipotecario.

Los derechos del acreedor consisten en: el derecho de persecución, el derecho de enajenación, el derecho de preferencia y el derecho de ampliación.

El derecho de persecución. Este derecho en la hipoteca consiste en que el gravamen continúa sobre el bien aun cuando se transmita su propiedad o se constituyan sobre él nuevos derechos o gravámenes, o se entregue la posesión a otra persona.

En el Derecho de enajenación. El acreedor tiene derecho, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a que se enajene el bien hipotecado, para que una vez enajenado, se aplique el valor obtenido al pago del crédito.

En el derecho de preferencia. El acreedor tiene derecho a ser pagado por el monto de su crédito con el producto de la enajenación del bien hipotecado, en el grado de preferencia que señala la ley, esto es, inmediatamente después de haberse pagado primero, los gastos del juicio respectivo y los que origine la enajenación, los gastos de conservación y administración de los bienes y el importe de los seguros que se hubieren contratado.

Finalmente el derecho de ampliación. Si el valor del bien hipotecado disminuyere, con o sin culpa del deudor, haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a pedir que se mejore la hipoteca, hasta que, a juicio de peritos, garantice la obligación principal (artículo 2907 del Código Civil) y si probada la insuficiencia de la garantía a juicio de peritos, el deudor no mejora la hipoteca, el acreedor puede dar por vencido anticipadamente el plazo de la obligación principal y exigir su cumplimiento en forma anticipada.

Las obligaciones del deudor hipotecario son:

a) Como en virtud de este contrato no se desposee al deudor del bien hipotecado, éste tiene la obligación de conservar el bien en tal estado que efectivamente sirva de garantía al acreedor y en tal virtud si el bien se demerita haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda, el acreedor tendrá derecho a que se mejore la hipoteca.

b) El deudor tiene la obligación de no realizar actos respecto del bien hipotecado que puedan perjudicar al acreedor en la garantía de su crédito, y así no puede celebrar contratos de arrendamiento o recibir anticipos de rentas por un término que exceda de la duración de la hipoteca si ésta tiene un plazo fijo, por más de un año si se trata de fincas rústicas o por más de dos meses si se trata de fincas urbanas en caso de que la hipoteca no tenga un plazo cierto, bajo sanción de nulidad de tales actos en caso de contravención.

Los derechos del deudor hipotecario son:

a) El deudor tiene derecho a la posesión del bien hipotecado.

b) El deudor tiene derecho a disponer del bien hipotecado, ya sea para enajenarlo o para imponerle otros derechos reales, pero todos los actos que realice no pueden perjudicar al acreedor si éste ha inscrito su derecho en el Registro Público de la Propiedad, por la oponibilidad "erga homines" de su derecho real.

c) El deudor hipotecario tiene derecho a administrar el bien hipotecado, con las limitaciones antes señaladas.

d) El deudor tiene derecho a percibir los frutos del bien hipotecado hasta antes de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, salvo estipulación expresa en contrario.

Finalmente, las hipotecas pueden ser voluntarias, necesarias, mobiliarias e inmobiliarias, y de propietario.

Las hipotecas voluntarias son aquellas convenidas entre las partes o impuestas por disposición del propietario de los bienes sobre los que se constituyen.

Las hipotecas necesarias son aquellas que por disposición de la ley están obligados a constituir determinadas personas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran adquirir por la administración de bienes o para garantizar el pago de los créditos a determinados acreedores.

La hipotecas mobiliarias e inmobiliarias es en atención a que los bienes gravados son bienes muebles o bienes inmuebles.

La hipoteca de propietario, es aquella que grava un bien a favor del mismo dueño para tener preferencia en el cobro de un crédito con su valor, frente a otros acreedores hipotecarios.

En derecho mexicano se admite un caso de hipoteca de propietario cuando, en virtud de la subrogación que se opera por ministerio de la ley, el adquirente de un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él, un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Por último, la hipoteca puede extinguirse por vía directa o por vía de consecuencia, por ser un derecho accesorio de garantía.

Por vía directa la hipoteca se extingue:

- a) Por nulidad, por rescisión y por las demás causas normales de extinción de las obligaciones.
- b) Por destrucción o extinción del bien o derecho hipotecado.
- c) Porque se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado.
- d) Por expropiación del bien. En este caso el importe de la indemnización quedará afectado al cumplimiento de la obligación garantizada.
- e) Por remate judicial del bien.
- f) Por remisión expresa del acreedor.
- g) Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Por vía de consecuencia la hipoteca se extingue cuando se extinga la obligación garantizada.

Si la hipoteca se extingue por extinguirse la obligación principal como consecuencia de una dación en pago, revivirá si la cosa dada en pago se pierde en poder del deudor, por su culpa o si el acreedor la pierde por causa de evicción.

En estos casos, si ya ha sido cancelada la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, revivirá también la inscripción pero sólo producirá efectos contra terceros desde la fecha en que esto suceda, quedando a salvo los derechos del acreedor para ser indemnizado por su deuda de los daños y perjuicios que la pérdida de la prelación y el mismo incumplimiento en el pago, le originen.

En cuanto a la hipoteca marítima, la Ley de Navegación en su artículo 90 establece: Se podrá constituir hipoteca de una embarcación o artefacto naval construido o en proceso de construcción, por el propietario mediante contrato, que deberá constar en instrumento otorgado ante notario o corredor público o cualquier otro fedatario público en el país o en el extranjero. La hipoteca marítima se extiende al flete, si así se pacta. El orden de inscripción en el Registro Público Marítimo Nacional determinará el grado de preferencia de la hipoteca.

La cancelación de la inscripción de una hipoteca sólo podrá ser hecha por voluntad expresada de las partes o por resolución judicial. El propietario de la embarcación o artefacto naval hipotecado, no podrá gravarlo sin consentimiento expreso del acreedor hipotecario (artículo 93 de la Ley de Navegación). (48)

(48).- Cfr. Zamora y Valencia Miguel Ángel. Ob. Cit. Págs. 415 a 426.

10.- **TIPICIDAD Y ATIPICIDAD DE LOS CONTRATOS.** Los contratos atípicos, como concepto negativo de los típicos. Son aquellos cuyo contenido no tienen regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de derecho privado entre los particulares que contratan.

Algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley, son los llamados contratos nominados. Hay, además, contratos en los que los usos o normas de la costumbre y criterios de la jurisprudencia los caracterizan y reconocen, a esto se le conoce como tipicidad social.

Los conceptos de tipicidad y atipicidad son relativos, pues el contenido siempre cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos. En el derecho romano (donde ya se plateaba la existencia de los llamados contratos innominados), gran parte de las instituciones jurídicas se producen por "deformación" o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socio-económicas.

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato.

Estos contratos con nombre son los nominados. En su evolución, los *contractus incerti* o *negotia nova* llegaron a tener efectos reconocidos por el sistema jurídico por medio de una acción procesal única, a pesar de que no tuvieron un nombre específico; de ahí su categoría de Innominados, por oposición a los nominados.

Las costumbres mercantiles de la Edad Media en Europa, así como algunos principios del Derecho Canónico respecto a la consensualidad, tuvieron una influencia importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

En el derecho actual, los contratos atípicos están plenamente aceptados. Hoy día, los conceptos de atipicidad y tipicidad amplían notablemente a su campo de aplicación; Así, se habla de negocios típicos y negocios atípicos y, por extensión, de cláusulas típicas y cláusulas atípicas de los negocios jurídicos según que ellas estén recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien, que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales.

La adición o inserción de cláusulas, pactos y condiciones a los contratos típicos en una determinada legislación, suelen tener el efecto práctico de que, con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva que no se ajusta exactamente al marco del contrato típico. Esto es lo que se conoce como elasticidad de los tipos legales.

La tipicidad legislativa es la característica de los negocios y contratos que gozan de una peculiar disciplina legal. Existen contratos que pueden ser legislativamente atípicos pero que atienden a "nuevas necesidades ya socialmente tipificados", y, por lo tanto participan de la llamada tipicidad social. Su continuada celebración en la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y, finalmente, el análisis y estudio sistemático realizado por la doctrina, han logrado plasmar las características básicas de estos contratos atípicos que adquieren la tipicidad social.

Puede decirse que son convenios que han venido cuajando en tipos socialmente bien definidos, de significación conocida y firme, que han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos, gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especial elaboración doctrinal. Creaciones estas que logran, a veces, ser recogidas por las leyes.

La empresa y la actividad empresarial, siempre dinámica y generadora de nuevas formas de negocios jurídicos, es origen de muchos de los contratos atípicos que han adquirido tipicidad social. En este amplio concepto de la empresa se incluye a toda la actividad económica, a la bancaria, a la financiera y a la misma empresa pública.

Por otro lado, los factores que explican la expansión de los contratos atípicos son:

- a) La extensión de la contratación a nuevos objetos: disciplina de la competencia, bienes inmateriales, conocimientos técnicos, nuevos servicios.
- b) La actividad de programación de las empresas, que originan numerosos contratos de duración para la distribución de sus productos y servicios; así como el aprovechamiento de materias primas en forma estable, que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual.
- c) El desplazamiento del centro de creación del Derecho Mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura, que junto con sus inversiones y operaciones económicas han invadido al mundo entero.
- d) La mayor importancia del sector servicios en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos. Por ejemplo, servicios financieros, operaciones por computación, asesoría especializada, modernos medios de comunicación, como Internet para la contratación por medios electrónicos y las nuevas tecnologías.

Los contratos de suministro, agencia, distribución, el transporte multimodal o el moderno contrato de franquicia, son ejemplos de nuevos tipos contractuales que han aparecido en una economía que no se asemeja a la del siglo XIX.

Los negocios atípicos, que nacen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando realmente satisfacen una necesidad generalizada y su uso constante confirma su utilidad, acaban por ser reconocidos en el ordenamiento jurídico de un determinado país y se convierten, así, en una figura típica desde el punto de vista legislativo.

En virtud de tal reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, y tornasen instrumentos que el derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellas y, por tanto, permanecen siempre siendo actos de autonomía privada. Hay dos formas importantes por las que una figura jurídica se incorpora a un ordenamiento jurídico determinado.

La primera de ellas es su reconocimiento y regularización en una ley, sin que exista previamente la celebración de dicho negocio o la celebración constante de tal figura por los particulares. Como ejemplo de este proceso: la sociedad de responsabilidad limitada regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 sin antecedente alguno de regulación de tipo social en el derecho.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada, probó su eficacia y es hoy un tipo social muy socorrido en muchos países; otro ejemplo del Derecho Mexicano es la regulación del fideicomiso que como figura con antecedentes del Derecho Anglosajón se introdujo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 381 a 394). Este negocio típico no se celebró antes de que entrara en vigor la ley que lo disciplina y sólo hasta que se reconoció legislativamente se utilizó en multitud de negocios.

La otra forma por la que los negocios llegan a integrarse a las normas de un país es por la evolución de figuras atípicas que se convierten en típicas. Por ejemplo, en México hay algunas tesis del poder Judicial Federal que reconocen al contrato de suministro, al de agencia o al de distribución, a pesar de que estos son atípicos. (49)

(49) Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob.Cit., Págs.128 a 135.

La celebración constante de este contrato atípico recibe un reconocimiento legal por disposición de carácter administrativo y fiscal que regulan algunos de los aspectos del contrato. Los ejemplos en el ordenamiento mexicano son muy numerosos.

El contrato de arrendamiento financiero fue reconocido en la Ley del Impuesto Sobre la Renta en 1974, antes de su regulación en el Código Fiscal o en la Ley de Instituciones de Crédito.

Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales:

El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez).

El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problema de disciplina normativa).

El problema de admisibilidad y valides se debe plantear respecto a cada caso concreto de contrato atípico y aplicar las normas generales sobre el contrato que contiene nuestra ley positiva acerca de los elementos de existencia y de validez (por ejemplo, en el campo de la licitud del objeto).

Un contrato atípico que no sería válido en el derecho mexicano sería aquel por el que diversos fabricantes, competidores entre sí, se ponen de acuerdo para obligarse a no producir sino una cantidad restringida de bienes; o por el que unos fabricantes se coordinan para presentar posturas o abstenerse de presentarlas en determinados concursos o licitaciones públicas. Estos convenios constituyen prácticas monopólicas absolutas de acuerdo a la Ley de Competencia Económica (artículo 9 fracciones II y IV) y no producen efectos jurídicos.

La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar como deben interpretarse e integrarse en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas. El problema de interpretación, indica la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, se da cuando no se revela de manera clara la voluntad expresa de las partes (Cfr. la tesis judicial: contratos).

Al respecto, la doctrina ha formulado algunas tesis básicas acerca del criterio a seguir para determinar las normas supletorias de los contratos típicos que les puedan resultar aplicables como son: La teoría de la absorción o de la

observación, La teoría de la combinación, La teoría de la analogía y La teoría del interés dominante.

La teoría de la absorción o de la observación indica que en los contratos atípicos debe determinarse cual es la prestación o elemento preponderante, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante.

Muchos actos jurídicos atípicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos.

La teoría de la combinación indica que, cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales.

La teoría del interés dominante, establece que en cada caso, habrá que atenderse a la situación de los intereses que tienen las partes en un determinado contrato atípico.

Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no debe insistirse en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos.

La teoría de la analogía señala que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico las del contrato típico con el que tenga mayor analogía.

Esta tesis es la que interpreta o acepta el Código Civil Federal en su artículo 1858, el cual establece:

Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento. (50)

(50) Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob.Cit., Págs. 135 a 140.

11.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO. En el derecho mexicano , el contrato de suministro es un contrato atípico, el Código de Comercio, en su enumeración de los actos de comercio, se refieren a "las empresas de abastecimiento y suministro" (artículo 75 fracción V); y la Ley de Competencia Económica menciona como actividad económica al abasto y al suministro (artículo 13 fracción I y 17 fracción I); La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público se refiere al proveedor como "la persona que celebra contratos de adquisiciones, arrendamientos o servicios" con dependencias y entidades del Gobierno Federal (artículo 2° fracción VI) y se refiere al suministro y al abastecimiento en algunas de sus disposiciones (artículos 20 fracción VI; 46,23 Y 31 fracción XVI); Hay referencias a las actividades de abasto y suministro en la ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 34 fracciones I, VI, IX, XI); en la Ley de Inversión Extranjera se menciona al suministro como actividad económica (artículo 7 fracción IV); La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica regula el suministro de energía eléctrica (artículo 25 y siguientes).

En la doctrina se le define como: "el contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio, a ejecutar a favor de otro (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas".

Algunas de las características del contrato de suministro son:

- a) Tiene unidad de vínculo, unidad externa en un sólo contrato.
- b) Tiene tracto sucesivo en la ejecución y cumplimiento de ambas partes. Ésta es la característica principal: es un contrato de duración.
- c) Se fracciona el objetivo total de la prestación en partes o cuotas autónomas. "cuando el objeto de suministro son cosas o servicios prestados en régimen de monopolio o de servicios públicos, los formularios y las tarifas del suministro suelen ser aprobadas por la Administración Pública".

En los contratos de suministro en que el suministrado es el Estado, estamos en presencia de un contrato administrativo. Cuando el proveedor o suministrador es el particular y el suministrado el Gobierno o alguna dependencia o entidad federal, la relación jurídica se regula en México por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSR).

El contrato de suministro se distingue de otros contratos afines en lo siguiente:

a) Con la compraventa, de ejecución inmediata o con entrega única se distingue del contrato de suministro en que en el primero la obligación se cumple en un sólo acto, mientras que en el suministro tal cumplimiento se prolonga en el tiempo.

En la compraventa hay una sola prestación y una sola obligación; en el suministro hay pluralidad de prestaciones que se corresponden con una pluralidad de obligaciones.

b) Con el contrato de obra o prestación de servicios. En el suministro el objeto del contrato son cosas generalmente muebles y genéricos y la obligación es de dar; en cambio en el contrato de obra o de prestación de servicios; el objeto es realizar una obra o prestar un servicio. En el primer caso estamos frente a un contrato traslativo de dominio, y en el segundo ante un contrato de trabajo o gestión en el cual las cosas transmitidas tienen un papel secundario.

c) Con el contrato de distribución. El suministro y la distribución son contratos traslativos de dominio (de obligaciones de dar), de ejecución continuada o de duración, generalmente celebrados entre comerciantes (empresas, sociedades mercantiles). En el suministro, el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlos, generalmente, en un proceso de transformación, fabricación o manufactura. En cambio en el contrato de distribución el adquirente no transforma los bienes, sino que los adquiere para revenderlos a consumidores en el mismo estado en que los recibe. Se puede afirmar que el contrato de suministro es para la industria y el de distribución para el comercio.

Ahora bien, los elementos del contrato de suministro son: personales, reales y formales.

Los elementos personales son el nombre y la capacidad; en cuanto al nombre, a las partes se les designa suministrador y suministrado.

También se les denomina suministrante, proveedor o vendedor; y, suministratorio, consumidor o comprador respectivamente.

En cuanto a la capacidad, las partes no requieren de capacidad especial para celebrar el contrato de suministro, que generalmente se celebra entre comerciantes.

Los elementos reales son los bienes, la cosa objeto del contrato de suministro, debe ser un bien mueble y generalmente es un bien genérico.

En materia mercantil se les llama mercancía o mercadería y normalmente, en el contrato, se suele indicar la calidad de las cosas.

El amplio concepto de cosas, como objeto de suministro, comprende a bienes como el servicio de telégrafo, energía eléctrica, televisión por cable, información por computadora, internet, servicios de comunicación por satélite y otros más que son cosas o bienes tangibles.

La especie y calidad de los bienes objeto del contrato de suministro debe ser conforme a lo estipulado en el contrato. Si no hay pacto, "no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias" (artículo 87 del Código de Comercio).

En cuanto a los elementos formales del contrato de suministro, es consensual, y se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Para su validez no requiere de formalidad alguna, no tiene una forma impuesta por la ley, pues la compraventa mercantil (artículo 373 del Código de Comercio) o civil (artículo 2316), recae sobre bienes muebles.

La primera y quizá más importante de las obligaciones del suministrador, es la de entregar los bienes materia del contrato en el lugar y en el plazo pactados.

Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que: "la función del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continuas necesidades del suministrado" (Cfr. la tesis judicial: compraventa de suministro. Variación del precio).

La entrega puede ser real, jurídica o virtual (artículo 377 del Código de Comercio y 2284 del Código Civil Federal), aunque por la naturaleza del contrato de suministro suele ser real o material. Un precepto mercantil importante aplicable al suministro es el artículo 375 del Código de Comercio, que dispone: Si se ha pactado la entrega de mercancías en cantidad y plazo determinado, el comprador no estará obligado a recibirlas fuera de ellas: pero si se aceptase entregas parciales, quedara consumada la venta en lo que a estas se refiere.

Otra de las obligaciones del suministrador es la de transmitir el dominio de los bienes objeto del contrato al suministrado. Así como la obligación de garantizar las calidades de la cosa que está consignada para la compraventa mercantil en una norma muy general que obliga al vendedor "a la evicción y saneamiento" (artículo 384 del Código de Comercio). Las reglas supletorias sobre evicción y saneamiento están en el Código Civil para cualquier enajenación pero debe distinguirse la obligación del saneamiento por "defectos ocultos", de la evicción propiamente dicha.

Por otra parte, las obligaciones del suministrado en el pago del precio pactado; si no se pacto cuando debe hacerse el pago, una norma supletoria de la compraventa señala que el tiempo de pago es "de contado", es decir al momento de la entrega de la cosa (artículo 380 del Código de Comercio y 2294 del Código Civil Federal). El artículo 85 del Código de Comercio, aplicable al suministro, determina en qué momento principian los efectos de la morosidad. Otra obligación del suministrado es recibir la cosa objeto del suministro, por aplicación analógica de la compraventa civil (artículo 2292 del Código Civil Federal), que obliga al comprador a resarcir al vendedor de los daños causados por la "mora de recibir".

Las causas de terminación del contrato de suministro pueden ser:

a) El suministro puede constar con un plazo de terminación o estipularse por tiempo indeterminado.

b) Si el contrato se establece por tiempo indeterminado o no se fijó un plazo de terminación, cualquiera de las partes puede denunciarlo. Sin embargo, "la libre revocación puede desembocar en abusos en perjuicio de una parte, para evitarlos parece que la denuncia debe ser precedida de un preaviso y que debe realizarse, además de buena fe".

c) la rescisión por incumplimiento, atendiendo a la gravedad de éste, puede tener distintos efectos: 1°.- Si el incumplimiento de una de las prestaciones es leve, previo aviso al suministrado, el suministrador puede suspender el suministro, es decir las entregas. En este caso el contrato no concluye, sólo suspende sus efectos. 2°.- "Solamente cuando el incumplimiento de una de las partes tenga notable importancia, en cuanto atente a la confianza de que no se realizarán las prestaciones sucesivas, se podrá solicitar la resolución del contrato". (51)

(51) Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob.Cit., Págs. 153 a 174.

12.- EL CONTRATO DE AGENCIA. Para el estudio del contrato de agencia es preciso distinguir tres conceptos: la agencia como establecimiento, el agente y el contrato de agencia. La agencia como establecimiento o empresa hacen referencia a diversas disposiciones del ordenamiento legal. Por ejemplo, el Código de Comercio en el artículo 75 fracción X establece que son actos de comercio: "las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda". El Reglamento de la Ley Federal de Turismo hace referencia a las agencias de viajes como la empresa que contrata o actúa como intermediario en beneficio del usuario de servicios turísticos (artículo 2° fracción I). Para efectos fiscales, se establece que tienen el carácter de establecimientos permanentes entre otros, las sucursales, agencias, oficinas, fabricas, como lugar de negocios en que se desarrollan actividades empresariales (artículo 2° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta).

El agente como persona física o moral que actúa por cuenta de otra se refieren muy distintas leyes mexicanas. Por ejemplo: El agente naviero es la persona moral que actúa en nombre del naviero u operador como mandatario o comisionista (artículo 19 de la Ley de Navegación). Los agentes de seguros son las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de un seguro (artículos 23 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros) y que están regulados, además, por un Reglamento de Agentes de Seguros.

El agente de fianzas es la persona que interviene en la contratación de fianzas (artículo 87 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). Agentes de valores son los intermediarios en el mercado de valores, las casas de bolsa que deben de estar constituidas como sociedades anónimas (artículo 9° y 22 de la Ley del Mercado de Valores).

El agente aduanal tiene como función promover por cuenta de importadores o exportadores el despacho de mercancías (artículos 26 de la Ley Aduanera). Por último, la Ley Federal del Trabajo regula a los agentes de comercio (de seguros, vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas) y los considera como trabajadores de la empresa cuando prestan en forma permanente y bajo una relación de dependencia con un patrón (artículo 285 y siguientes).

El contrato de agencia, en su aspecto mercantil, no está regulado como tal en nuestro Derecho Mexicano y es, por tanto, un contrato atípico.

En cuanto a sus elementos personales, las partes que intervienen en el contrato de agencia se denominan agente, comitente, mandatario o representante, por un lado, y empresario, principal, mandante o representado por el otro.

El mandante o principal, que prácticamente en todos los casos es una empresa y generalmente una sociedad mercantil, debe tener capacidad general para contratar. Esta misma capacidad es la que debe tener el agente.

En cuanto a los elementos reales, los elementos reales del contrato de agencia son la actividad del agente y la retribución.

La actividad del agente, "el contrato de agencia difiere del mandato únicamente en que el mandatario se compromete precisamente a celebrar los contratos, no a conseguir contratantes (clientes) a la otra parte (lo que es una actividad material no jurídica).

En la actividad del agente se caracteriza por la promoción y, en su caso la conclusión de negocios y contratos por cuenta del empresario. El contenido de la actividad por desarrollar puede ser muy amplio. Aunque normalmente los contratos que promueve y concluye el agente son los de compraventa, es claro que la materia del contrato de agencia puede ser cualquier negocio.

La retribución, es la contraprestación que recibe el agente y se denomina también comisión, premio o compensación y puede ser en dinero o en especie (por ejemplo, pago con los mismos productos que promueve). Suele fijarse mediante porcentaje de lo contratos concluidos o los pedidos u ordenes de compra logrados para su mandante.

En cuanto a los elementos formales, como contrato atípico, no regulado por ley alguna en el derecho, no hay disposición que obligue a que el contrato revista formalidad alguna para su validez. Se aplica, por tanto, la regla general de la consensualidad contractual (artículo 78 del Código de Comercio), es decir, se trata de un contrato de forma libre.

Las obligaciones del agente consisten en:

- a) Promover o concluir negocios en interés del empresario.
- b) Cooperar para la conclusión y cumplimiento de negocios con terceros.
- c) Seguir las instrucciones del empresario.
- d) Informar al mandante. En síntesis debe "facilitar a su principal los informes comerciales que puedan resultar propicios para su negociación".
- e) Cumplir por sí mismo el contrato. Para la celebración de contratos de subagencia requiere el agente de la autorización expresa del empresario. A esta obligación debe aplicarse, por analogía, el artículo 280 del Código de Comercio referente a la comisión. Como en el se indica, el agente puede utilizar dependientes, lo cual no lo exime de sus responsabilidades frente al empresario.

Por otra parte, las obligaciones del empresario son:

- a) Pagar la retribución o comisión en los términos pactados.
- b) Cuando se pacten, el reembolso de gastos al agente.
- c) Auxiliar al agente en el desarrollo de su actividad.
- d) Derecho del empresario y del agente a inspeccionar.

El contrato de agencia puede ser, como el de comisión o el de mandato, representativo o no representativo. Para el Derecho Mexicano, cuando el contrato de agencia es representativo requiere que el agente tenga la facultad expresa de representar al mandante y que esta representación le haya sido otorgada mediante la forma que prescribe la ley. La amplitud del apoderamiento puede ser:

- a) General para toda clase de operaciones del principal.
- b) General limitada a cierta clase de operaciones en una zona determinada o con determinado tipo de clientes.
- c) Especial para una o varias operaciones concretas.

En el contrato de agencia es frecuente encontrar el pacto de exclusiva como un beneficio que tiene el agente, el empresario o las dos partes. Esta modalidad, en los contratos de agencia del Derecho Mexicano debe ser acordada expresamente.

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. Esta referido a una zona geográfica determinada o zona comercial sujeta, además a un plazo.

En el contrato de agencia su principal función, es por tanto, garantizar al comitente la solvencia de los terceros contratantes.

Las causas de terminación del contrato de agencia se dan:

- a) Por la llegada del plazo; el contrato de agencia, como contrato de duración que pretende una relación estable y permanente entre las partes, suele pactarse por plazos que son prorrogables.
- b) Por denuncia unilateral, cuando así se haya pactado, si no se pactó el empresario no puede revocar libremente el contrato de agencia y darlo por terminado unilateralmente.
La denuncia del contrato por voluntad de cualquiera de las partes representa la forma más frecuente de extinción del contrato por tiempo indeterminado.
- c) Por renuncia del agente.
- d) Por muerte o inhabilitación del agente.

En nuestro derecho el contrato de agencia es atípico. Como figura jurídica posee una connotación propia que lo distingue de otros contratos afines a él, como el de comisión, el de mandato, el de prestación de servicios, el de corretaje, el de suministro y el de distribución.

Las normas supletorias de los contratos típicos que le resultan aplicables supletoriamente son, en este orden, las de la comisión, por la mercantilidad de la relación, las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y las del contrato de prestación de servicios, por la actividad de actos materiales que debe desarrollar el agente.(52)

(52) Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob.Cit., Págs. 299 a 323.

13.- EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. El contrato de distribución o concesión mercantil tiene por objeto regular las relaciones entre los grandes productores o fabricantes y las personas que se encargan de comercializar sus productos en los distintos mercados. El fabricante o productor de bienes utiliza a comerciantes independientes que compran sus productos para revenderlos en una plaza determinada y, como característica propia de este contrato, bajo las condiciones de reventa que el mismo productor impone.

En el Derecho Mexicano no está regulado legislativamente el contrato de distribución, sin embargo, algunas leyes hacen referencia a la actividad económica de la distribución para regular algunos de sus efectos, así por ejemplo:

La Ley Federal del Trabajo indica que: "Se entiende por empresa la unidad económica de producción y distribución de bienes o servicios" (Artículo 16).

La Ley Federal de Protección al Consumidor al definir al proveedor señala que es la persona que habitualmente, entre otras actividades, distribuye bienes, productos y servicios (Artículo 2º fracción II). El mismo ordenamiento se refiere a los proveedores y distribuidores con relación a devoluciones y reparaciones de productos por el fabricante o productor (Artículo 95).

La Ley de Competencia Económica hace mención de la distribución como actividad económica (Artículos 6 fracción II, 8 fracción I, 10 fracción I y VII y 12) se refiere a los distribuidores en el artículo 7 fracción II.

La Ley Federal del Derecho de Autor utiliza el término de distribución para referirse a las formas de divulgación de una obra y a algunas actividades del editor (Artículos 16, 42, 48).

La Ley del Impuesto al Valor Agregado considera como prestación de servicios, entre otras actividades de intermediación comercial, a la distribución (Artículo 14 fracción IV).

Y finalmente La Ley del Impuesto Sobre la Renta considera ingresos por mediaciones los pagos de comisiones por contratos de distribución (Artículo 195-A). Son figuras afines al contrato de distribución el suministro, la agencia y la comisión administrativa.

El contrato de distribución, es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale.

Las características del contrato de distribución son:

a) El distribuidor es un comerciante independiente y entidad distinta del empresario.

- b) El distribuidor adquiere los productos del fabricante y los comercializa y revende por cuenta y en nombre propio.
- c) El concedente o fabricante impone al distribuidor los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos.
- d) El fabricante tiene generalmente algunas facultades para marcar directrices y supervisar la labor del distribuidor.
- e) El contrato de distribución puede contener el pacto de exclusividad a favor del distribuidor, del fabricante o de ambos, como un elemento necesario.

En cuanto a los elementos personales, a las partes que intervienen en el contrato de distribución se les denomina: concedente, fabricante, productor, proveedor, empresario o principal, y concesionario o distribuidor, respectivamente.

El empresario o fabricante es, por lo general, un comerciante que fabrica los productos objeto del contrato, aunque no necesariamente es el productor quien celebra el contrato, el empresario puede ser un comerciante importador de los productos para determinada plaza, o un distribuidor que celebra nuevos contratos de distribución o subdistribución.

El distribuidor, es la persona física o moral, que tiene la calidad de comerciante, pues adquiere para revender. Es un comerciante independiente que no requiere de capacidad especial para celebrar este contrato.

Los elementos reales del contrato de distribución son el objeto, el precio y las condiciones de reventa impuestas por el distribuidor.

El objeto del contrato de distribución es lo que se conoce como mercancías que suelen ser aquellos productos estandarizados, fabricados en serie, con posibilidad de grandes mercados. La finalidad económica de este contrato se cumple precisamente, en la venta de aquellos productos que vienen protegidos por una marca.

El precio es el segundo elemento real del contrato, y en la práctica suele imponerle el concedente o fabricante, como la más importante de las condiciones de reventa. Hay que distinguir entre el precio que el fabricante señala para la reventa o para el consumidor final (precio de catálogo) y el precio al que adquiere el distribuidor.

Lo usual es que el precio final sirva de base al precio entre productor y distribuidor, que se fija con un descuento y, en ocasiones, con una bonificación. Por ejemplo, el precio de catálogo de un producto es 100% y al distribuidor se le otorga un descuento de 30%, es decir adquiere los productos a 70. El precio pactado suele ser en dinero, puede ser en moneda nacional o en divisas y nada obsta para que se acuerde un pago en especie.

Las condiciones de reventa constituyen un elemento importante de este contrato. El distribuidor se obliga a revender el producto objeto del contrato con sujeción a

los términos y condiciones que para estos efectos le señale el empresario. Estas condiciones de reventa, "imposiciones o cargas", pueden ser muy variadas y dependen de la naturaleza de los productos y del acuerdo entre fabricante y distribuidor. En algunos casos nos encontramos con productos que tienen precio controlado (precio máximo) y ciertas condiciones de venta al público impuestas por algún organismo de Gobierno Federal (artículo 7° de la Ley de Competencia Económica), las cuales no pueden ser modificadas o establecidas libremente por el proveedor.

En cuanto a los elementos formales, la celebración de este contrato no requiere de formalidad alguna, es un contrato consensual. En la práctica los contratos "pueden pactarse verbalmente. En otras ocasiones el contrato de concesión mercantil suele aparecer formulado por escrito. Y en el caso de redes de concesionarios suele concebirse a la manera de un contrato de adhesión".

Las obligaciones del distribuidor son:

- a) Adquirir los productos los cuales se obliga a comercializar.
- b) Pagar el precio, es decir, el distribuidor que adquiere los bienes tiene la obligación de pagar el precio al proveedor en el lugar y tiempo pactados en el contrato. A falta de pacto, suplen las normas del contrato de compraventa mercantil en primer lugar y después las de la compraventa civil. Si no se señaló el lugar de pago éste es el de entrega (artículo 2294 del Código Civil); y si se omitió el momento de pago, se entiende que debe hacerse contra la entrega de cada una de las prestaciones que recibe el distribuidor, es decir, de contado (artículo 380 del Código de Comercio y 2294 del Código Civil). Si el pago no se hace a tiempo, se inicia la mora para el distribuidor (artículo 85 del Código de Comercio) y estará obligado a pagar los intereses moratorios que señale el contrato (artículo 380 del Código de Comercio). Si no se fijó la tasa de interés suple la del interés legal del 6% (artículo 362 del Código de Comercio). Si el distribuidor es declarado en concurso mercantil antes de pagar el precio, el empresario puede pedir que se separen de la masa las mercancías que no le han sido pagadas (artículo 71 fracción III de la Ley de Concursos Mercantiles).
- c) Respetar las condiciones de reventa, a través de una serie de imposiciones o cargas (en cuánto a precio, forma de cobro, servicio de posventa, publicidad de marcas, etc.), el concedente se asegura de que la distribución se hará en las condiciones que más prestigien a sus productos en los aspectos contables y financieros del negocio, instalaciones o áreas de venta o la distribución de los productos, la reparación y mantenimiento de posventa y publicidad entre otras.
- d) Cumplir con las condiciones sobre la organización del negocio.
- e) Informar al empresario el desarrollo de su actividad en lo referente a la comercialización de los productos.

f) Respetar el pacto de exclusiva, es decir, no hacer competencia o adquirir productos iguales o con características similares a las que son materia del contrato de otros fabricantes o empresarios.

Las obligaciones del empresario son:

a) Entregar la mercancía, y transmitir la propiedad de los mismos a efecto de que el distribuidor pueda revenderlos.

b) Garantizar las calidades de los productos y objetos de la distribución.

c) Otras obligaciones del empresario son las de respetar los descuentos pactados; colaborar en campañas de publicidad que benefician a todos los distribuidores y al mismo empresario; proporcionar ayuda técnica, administrativa y de ventas para la comercialización de los productos. En este contrato no hay comisión, premio u honorarios para el distribuidor, pues es un contrato diferente a la comisión o a la agencia.

Las causas de determinación del contrato de distribución son:

a) La llegada del plazo.

b) El plazo indeterminado, es decir que la relación entre las partes es indefinida en el tiempo.

c) La denuncia unilateral, en la cuál, no resulta aplicable supletoriamente al contrato de distribución el derecho que la ley otorga al comitente (Artículo 307 del Código de Comercio) de revocar la comisión al comisionista.

d) Muerte e inhabilitación; el contrato no se extingue con la muerte e inhabilitación del fabricante o empresario.

e) Incumplimiento, terminación anticipada e indemnización de los daños y perjuicios al distribuidor por un incumplimiento del empresario o una terminación anticipada sin causa justificada. (53)

(53) Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob.Cit, Págs: 325 a 346.

CAPÍTULO TERCERO

LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

1.- FUENTE DE OBLIGACIONES

Conforme a nuestro sistema jurídico mexicano, son fuentes de las obligaciones mercantiles el contrato, la ley, la declaración unilateral de voluntad, la responsabilidad objetiva, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y el acto ilícito.

Ahora bien, son escasas las disposiciones generales que en materia de obligaciones contiene el Código de Comercio, que bien podría afirmarse que no existe, en el sistema jurídico mexicano, una teoría general de las obligaciones mercantiles; en consecuencia, y siempre de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2º y 81, y con las pocas salvedades previstas en los artículos 77 a 88, del Código de Comercio son aplicables a la materia mercantil las disposiciones generales del Código Civil Federal en materia de obligaciones y contratos.

El contrato como fuente de obligaciones mercantiles, definido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, es la fuente de las obligaciones mercantiles, toda vez que prevalece la idea del acuerdo verbal, pues involucra compromisos de asumir en lo futuro obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a término o a condiciones suspensivas de la más diversa índole.

El Artículo 1792 indica.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El Artículo 1793 indica.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones, derechos, toman el nombre de contratos.

Cabe recordar que, conforme a los indicados preceptos, el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifican o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio. (54)

(54).- Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, Sin Ed. Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios, México 1983, Págs. 9,10,11

Dentro de los derechos personales o de crédito, el derecho de crédito consiste en una relación entre dos individuos, de los cuáles uno puede exigir al otro cierta prestación que según el derecho le es debida. De aquí que el derecho personal sólo puede ser violado por el deudor y sólo pueda el acreedor accionar en contra de una determinada persona: la del deudor.

El derecho personal siempre es apreciable en dinero, de donde en una de las partes figurará en el activo de su patrimonio y en la otra en su pasivo.

2.- CONCEPTO. La obligación viene de obligatio-onis, que a su vez deriva de ob y ligare, que significa atar. La palabra obligación fue de uso tardío en el lenguaje jurídico romano, Plauto la emplea sólo una vez jurídicamente y Cicerón no le da la extensión que después tuvo. En el derecho clásico no se encuentra un concepto homogéneo de obligación, sino solamente figuras obligacionales. La definición de obligación es de origen postclásico y se define como: obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura-la obligación es un vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad.

La obligación crea un lazo-vinculum-que supone dos sujetos: uno activo, otro pasivo, el primero sujeta en una cierta medida al segundo, adquiriendo cierta ventaja. El vínculo es un lazo de derecho, es decir, que la ley pone a disposición del acreedor medios coactivos para que el deudor le preste la conducta debida. El debitum u objeto de la obligación, consiste en la conducta que el deudor debe prestar al acreedor y puede consistir en dar, hacer o prestar y por extensión en una abstención, en un no hacer o tolerar.

Según la mayoría de los autores, entre ellos Pietro Bonfante, sostienen que en un principio sólo hubo obligación penal y la responsabilidad nacida ex delicto es la fuente primogénea originaria. La obligación se convierte en patrimonial-civil cuando se establece que sólo a falta de pago pudiese el poseedor del derecho resarcirse en vía ejecutiva sobre la persona del deudor. Las fuentes de las obligaciones según las Instituciones de Gayo y de Justiniano, Gayo las deriva de los contratos y de los delitos. Justiniano señala cuatro fuentes de las obligaciones, éstas nacen de un contrato, de un delito, como de un contrato, y como de un delito. La obligación nace como de un contrato cuando tiene su causa en un hecho lícito distante del acuerdo mutuo de las voluntades, nacerá como de un delito cuando su causa es un hecho ilícito que no ha sido calificado delito.(55)

La obligación desde un punto de vista personal, consiste en el cumplimiento de un deber, originado de una relación personal, con el fin de satisfacer las necesidades propias, así como las necesidades propias de la contraparte.

(55).- Cfr. Bravo González Agustín y Bialostosky Sara., Ob. Cit., Pág. 95 a 98.

Para el maestro Aubry, y Rau en su curso de Derecho Civil Francés la obligación se define como la necesidad jurídica por cuya virtud una persona se haya constreñida, con relación a otra, a dar, a hacer, o a no hacer alguna cosa.

Semejante es el concepto de Planiol en su tratado elemental de Derecho Civil, para quien la obligación es un vínculo de derecho por virtud del cuál una persona se encuentra constreñida hacia otra, a hacer o no hacer alguna cosa.

Los tratadistas modernos definen la obligación como una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención.

El maestro, Borja Soriano aporta una definición en la que insiste en que la prestación o abstención sean de carácter patrimonial. Dice: "la obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor".

La relación jurídica origina dos facultades de orden distinto en el acreedor; facultad de recibir u obtener y facultad de exigir. A su vez el débito u obligación impone dos situaciones jurídicas diversas: el deber jurídico del deudor y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento, en el deudor o en tercera persona.

La teoría general de las obligaciones tiene por objeto estudiar el poder jurídico del sujeto consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones, derechos y situaciones jurídicas, como formas de creación de las mismas; de la transmisión de dichas obligaciones, reglamentando la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación; y de la extinción de las mismas, ocupándose de la novación, compensación, remisión, confusión, prescripción liberatoria, nulidad y rescisión.

También la teoría general de las obligaciones se ocupa de la otra del derecho subjetivo, consistente en la facultad de un sujeto activo, llamado acreedor, para exigir u obtener una prestación o abstención, de un sujeto pasivo, llamado deudor.

Los elementos de la obligación son dos; el elemento subjetivo y el elemento objetivo. El elemento subjetivo es imprescindible en la obligación, por cuanto que toda obligación es deber jurídico de alguien, y todo deber supone correlativamente una facultad que se presentara como derecho de un sujeto. Parece innecesario insistir en que los sujetos son elementos de la relación y también de la obligación, lógicamente los sujetos son más bien elementos de la relación, pero la obligación en sí misma, como deber jurídico no podría explicarse mencionando sólo al deudor o sujeto pasivo, porque la noción de deber es correlativa de la noción de facultad,

y es así como hacemos intervenir al pretensor, como sujeto activo en la obligación, quien exigirá la conducta regulada como prestación o como abstención.

En cuanto al sujeto pasivo, parece que siempre debe ser determinado, porque toda obligación debe ser a cargo de alguien, y este alguien lógicamente debe ser definido por el derecho.

Por esto se dice que el sujeto activo o el sujeto pasivo pueden ser determinados o simplemente determinables en la obligación; pero siempre deberán determinarse en el momento en que se exija el derecho o se cumpla el deber jurídico, porque el hecho del ejercicio o el del cumplimiento suponen, respectivamente, un pretensor o un obligado determinados.

Por último, el objeto de la obligación se caracteriza como prestación o abstención, es decir, como forma de conducta positiva o negativa. Por lo tanto el objeto de la obligación tiene que ser conducta, pero esta conducta materia de la prestación o de la abstención puede referirse a cosas y entonces estas serán objetos indirectos de las prestaciones de dar o de hacer, cuando los hechos, a su vez, recaigan sobre cosas, pero habrá de referirse a la fabricación de alguna cosa mueble o inmueble.

El objeto, por consiguiente, directo de la obligación, es la conducta del deudor, bajo las formas de prestación o abstención.

Ahora, las prestaciones pueden referirse a las cosas, tanto en obligaciones de dar como en ciertas obligaciones de hacer. Asimismo, las abstenciones pueden tener relaciones directas o indirectas de las cosas. (56)

(56).- Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil Teoría General de las Obligaciones, Décima Quinta Edición, Editorial Porrúa S. A., México 1987, Págs. 4,5 a 12.

3.- LAS OBLIGACIONES MERCANTILES. En el Derecho Romano se dividían en:

1.- Obligaciones unilaterales y sinalagmáticas.

En las obligaciones unilaterales el deber está a cargo de una sola de las partes y fueron las que primero existieron. En las obligaciones sinalagmáticas ambas partes tienen deberes recíprocamente y se dividen en sinalagmáticas imperfectas cuando producen deberes para una de las partes y eventualmente pueden producir para la otra, y sinalagmáticas perfectas cuando hay deberes y derechos recíprocos para ambas partes.

2.- Las obligaciones stricti iuris y obligaciones bonae fidei.

En las obligaciones stricti iuris el deudor está obligado a lo contratado sin que razones de justicia o equidad puedan agravar o atenuar el contenido de su deber, no así en las obligaciones bonae fidei en las que sí entran estas razones o consideraciones. Estas obligaciones dan lugar a figuras como el dolo y la culpa.

3.- Las obligaciones civiles y obligaciones naturales.

En las obligaciones civiles el acreedor puede valerse de una acción en el caso de incumplimiento del deudor, no así en las obligaciones naturales, que están desprovistas de acción, aunque no de consecuencias jurídicas; su cumplimiento es válido y no da lugar a la *condictio indebiti*; puede garantizarse su cumplimiento con garantía real o personal; puede ser objeto de novación y puede compensarse.

4.- Las obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles.

Las obligaciones son divisibles cuando la prestación es de tal naturaleza que se puedan ejecutar en parte sin alterar su esencia, en caso contrario son obligaciones indivisibles. Generalmente son divisibles las obligaciones cuyo objeto consiste en *dare* e indivisibles aquellas cuyo objeto consiste en *facere*.

5.- Obligaciones genéricas y obligaciones específicas.

Las obligaciones genéricas son aquellas cuyo objeto se halla determinado por el género a que el mismo pertenece. Son obligaciones específicas cuando el deudor debe un objeto individualmente determinado.

Esta división es importante en caso de pérdidas por fuerza mayor antes del pago, pues, el deudor continúa obligado, no así cuando el objeto de la obligación es específico, en cuyo caso se libera.(57)

4.- ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES.- Como se ha indicado anteriormente, la definición de la obligación es de origen posclásico, la cuál crea un lazo o vínculo que supone dos sujetos: uno activo, otro pasivo, adquiriendo cierta ventaja, el acreedor.

La obligación encierra dos elementos: el debitum, o sea el deber de prestar y la responsabilidad que proporcione al acreedor un medio de ejecución.

Estos dos elementos no siempre se conjugaron, pues la obligación en sus orígenes no llevaban aparejada de suyo responsabilidad, para que ésta naciera era menester que al acto que originará a la obligación se añadiera uno nuevo que fundamentará y especificará la responsabilidad para el caso de incumplimiento.

Es hasta el momento en que el debitum y la responsabilidad están unidos en un mismo negocio cuando se puede hablar de obligación tal como la conocemos en nuestros días. (58)

(57).- Cfr. Bravo González Agustín y Bialostosky Sara, Ob. Cit., Pág. 97.

(58).- Cfr. Bravo González Agustín y Bialostosky Sara, Ibidem, Pág. 96.

Tradicionalmente se ha definido a la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona llamada acreedor.

En las institutas de Justiniano se caracteriza a la obligación como un vínculo jurídico que constriñe a una persona a pagar alguna cosa, según las leyes de la ciudad.

Paulo precisa el objeto de la obligación, indicando que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Las definiciones modernas sobre la obligación han partido del concepto romano, pero sustituyendo el término vínculo jurídico, por el de relación jurídica.

La posición opuesta que no es de la esencia de la prestación o de la abstención, indica que deben ser valorizables en dinero; que esto es lo que ocurre, desde luego, en todas las obligaciones de dar, que siempre son valorizables pecuniariamente, pero que en las obligaciones de hacer o de no hacer, existen prestaciones o abstenciones patrimoniales o bien, prestaciones o abstenciones de carácter moral o espiritual.

Basta con que impliquen una satisfacción para el acreedor a efecto de que éste, tenga interés jurídico en exigir el hecho o la abstención. (59)

5.- EN LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES.- El Código de Comercio en cuanto a modalidades de las obligaciones, en el artículo 2° indica que: a falta de disposiciones en este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el artículo 2° del Código Civil aplicable en materia federal mismo que en su parte relativa establece las siguientes obligaciones: condicionales, a plazo, conjuntivas y alternativas, mancomunadas, de solidaridad, de dar, de hacer y de no hacer. (Que son las consignadas en el Código Civil Federal en los Artículos 1938 a 2010).

6.- LAS DIVERSAS FORMAS DE LAS OBLIGACIONES. La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

La condición puede ser suspensiva cuando de su complicidad dependa la existencia de la obligación; pero también puede ser resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado anterior, como si esa obligación no hubiera existido.

Cumplida la obligación se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deben ser referidas a fecha diferente. Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa, es decir, la condición de hacer una cosa imposible se tiene por no puesta. Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, es decir, se ha de cumplir un día que necesariamente ha de llegar. Si la incertidumbre consistiera en si ha de llegar o no el día, la obligación será condicional, y se aplicaran para reglarla, las disposiciones inherentes a las mismas.

En cuanto a las obligaciones conjuntivas y alternativas. El que se ha obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe de dar todas las primeras y prestar todos los segundos; si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; más no puede contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho. En las obligaciones alternativas, la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra cosa.

Las obligaciones mancomunadas. Cuando hay pluralidad de deudores y acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad. La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distinto uno de otro. Las partes se presumen iguales, a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario. Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento

total de la obligación; y la solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reparten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes. Cada uno de los acreedores o todos pueden exigir de todos los deudores solidarios o de cualquiera de ellos, el pago parcial o total de la deuda.

Si se reclama todo de uno de los deudores y resultare insolvente, puede reclamarlo de los demás de cualquiera de ellos. Si hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o de algunos de los deudores podrán reclamar el todo de los demás obligados; con deducción de las partes del deudor o deudores liberados de la solidaridad.

El pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda, para con los demás. Las obligaciones de dar son aquellas en las que el deudor se obliga a la prestación de una cosa, que puede consistir:

- I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor. La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios, salvo que lo contrario resulte del título, de la obligación o de las circunstancias del caso. En las obligaciones de hacer, si el obligado a prestar un hecho no lo hiciera, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquel se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible. Esto mismo se observara si no lo hiciera de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho. En las obligaciones de no hacer, el que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedara sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiera obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.(60)

(59) Cfr.- Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., Págs. 4 y 5.

(60) Fernando Flores González y Gustavo Carvajal Moreno, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Decimasexta Edición Editorial Porrúa S. A. México 1978, Págs. 300 a 302.

La obligación civil o perfecta se presenta como una relación jurídica coactiva, es decir, su incumplimiento permite la ejecución forzada; esta puede ser obteniendo exactamente la misma prestación o una equivalente.

Tratándose de obligaciones de dar, cuando la cosa existe en el patrimonio del deudor y no hay una posibilidad de hecho por ocultación, el acreedor podrá obtener, a través del embargo, que se le entregue, bien sea que se le transmita el dominio o el uso, según se haya pactado.

Por eso en las prestaciones de cosas, como también en las de los hechos o de abstenciones, tenemos que distinguir la indemnización compensatoria y la moratoria.

Cuando el acreedor no puede obtener exactamente la prestación debida o un equivalente, se dice que recibe una indemnización compensatoria, o sea, se calcula en dinero el importe de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación.

No es que la indemnización compensatoria sea un equivalente en dinero de la prestación no cumplida, sino de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento no cumplido, la indemnización compensatoria no va a ser el equivalente en dinero al valor de uso o a la renta, sino al monto de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por no recibir la cosa en la fecha y términos convenidos.

Si en un contrato de obra hay incumplimiento por parte del dueño, la indemnización compensatoria no será el importe del precio, es decir, de lo que hubiera obtenido el constructor, sino el equivalente en dinero de los daños y perjuicios que sufrió por no realizar la obra.

Tendrá que reducir por ejemplo, el valor de los materiales, de la mano de obra, su propia actividad que podrá emplearse en otra construcción de tal manera que los daños y perjuicios no podrán ser iguales al importe de la obra, que supone además otros valores.

En las obligaciones de hacer el incumplimiento impide que la ejecución forzada se traduzca en una coacción sobre la persona del deudor, o en otras palabras, en el derecho moderno el incumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer no faculta al acreedor para hacer coacción sobre la persona del deudor a efecto de obtener la prestación o abstención convenidas.

Ahora bien, la ejecución patrimonial se traduce siempre en un equivalente en dinero de la obligación de hacer o no hacer incumplidas.

Permite, no obstante, nuestro Código Procesal Civil, dos formas a través de las cuales se puede lograr en la vía de apremio la prestación exacta; La primera mediante la sustitución de deudor por un tercero, cuando el hecho sea susceptible de realizarse por otro, por ejemplo, el trabajo del carpintero o del mecánico.

A costa del obligado se ejecutara el trabajo por un tercero, porque el acreedor exige no un pago de dinero, sino que se realice el hecho. La segunda forma comprende los medios de apremio que permite el Código Procesal para obligar al deudor a que ejecute el hecho, sin hacer coacción directa sobre su persona; pero si cabe, por ejemplo, la multa y en ciertos casos el arresto.(61)

(61).- Cfr Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., Págs. 42 a 44.

Los actos mercantiles más importantes y más frecuentes a decir del maestro Garrigues, son los que engendran obligaciones.

Por esta razón el Derecho Mercantil es preponderantemente un Derecho de Obligaciones. Las obligaciones mercantiles no sólo dominan el ámbito del Derecho Mercantil, sino también el sector entero de la contratación privada.

La razón es que, en la práctica, el número de contratos puramente civiles es reducidísimo.

Con base en las escasas normas que sobre obligaciones mercantiles se encuentran en nuestra legislación mexicana, especialmente en el Código de Comercio, considero que no puede hablarse de una teoría general de las obligaciones mercantiles, sino tan sólo de algunas normas especiales que derogan a los principios y reglas en materia de obligaciones civiles que son aplicables, supletoriamente, a todo el Derecho Mercantil; "No existe, en rigor, una teoría general de las obligaciones mercantiles".

Sin embargo, cabe señalar que en materia de contratos y de obligaciones, en derecho positivo mexicano no solamente en el Código Civil y en el Código de Comercio se contemplan, o bien, se encuentran reglamentadas las obligaciones de las partes contratantes, pues también en la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como en la Ley de instituciones de Crédito, entre otras, como la Ley de Navegación etc., dependiendo de la materia de contratación, en todos los contratos ya sean civiles o mercantiles se encuentran inmersas obligaciones tanto para el acreedor como para el deudor, al momento de la celebración del contrato, sin que para ellos existan términos de gracia o cortesía en materia mercantil, de ahí que los términos sean fatales tal y como lo establece el artículo 83 del Código de Comercio.

El artículo 84 del Código de Comercio establece que: "en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia y cortesía".

El artículo 84 del Código de Comercio, "es una regla impuesta por la necesidad de garantizar la rapidez y la seguridad de las transacciones.

Se completa el precepto con otros artículos del mismo Código de Comercio relativos al plazo, especialmente con el artículo 83, relacionado con el cumplimiento de las obligaciones.

Sin embargo, existe una excepción en el artículo 40 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, el cual establece:

Artículo 40: Si no hubiere sido pagada la prima o la primera fracción de ella en los casos de pago en parcialidades, dentro del término convenido, el cual no puede ser inferior a tres días ni mayor a treinta días naturales siguientes a la fecha de su vencimiento, los efectos del contrato cesarán automáticamente a las doce horas del último día de ese pago. En caso de que no se haya convenido el término, se aplicará el mayor previsto en este artículo. Salvo pacto en contrario, el último previsto en el párrafo anterior no será aplicable a los seguros obligatorios a que hace referencia el artículo 150 bis de esta ley.

Por otra parte el artículo 150 bis establece: Los seguros de responsabilidad que por disposición legal tengan el carácter de obligatorios, no podrán cesar en sus efectos, rescindirse, ni darse por terminado con anterioridad a la fecha de terminación de su vigencia. Cuando la empresa pague por cuenta del asegurado la indemnización que éste deba a un tercero a causa de un daño previsto en el contrato y compruebe que el contratante incurrió omisiones o inexactas declaraciones de los hechos a que se refieren los artículos 8,9,10 y 70 de la presente ley, o en agravación esencial del riesgo en los términos de los artículos 52 y 53 de la misma, estará facultada para exigir directamente al contratante el reembolso de lo pagado.

La otra parte del artículo 84 del Código de Comercio establece que para el computo de plazos se entiende el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días."

Este precepto debe relacionarse y compararse con la disposición que el Código Civil señala para el computo de los plazos en materia de prescripción (artículos 1176 a 1178) que resultan muy similares o prácticamente iguales a los del Código de Comercio, y que son aplicables para contar los plazos en muchas materias.

Respecto al cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio nos proporciona algunas reglas que difieren, en cierto sentido, de las del Derecho Civil. El artículo 83 del Código de Comercio dispone que: "Si las obligaciones no tuvieron un plazo prefijado por las partes, serán exigibles diez días después de contraídas, si solo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución".

Esta disposición como norma especial mercantil deroga el artículo 2080 del Código Civil que, en esta materia, dispone que las obligaciones que no tuvieron plazo deben cumplirse como sigue: si son obligaciones de dar a los treinta días después de la interpelación; si son de hacer, cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido tiempo suficiente para su cumplimiento.

Por lo que toca a las obligaciones de dar, una tesis de la Suprema Corte de Justicia, ha confirmado el principio del Código Civil (Cfr. La tesis judicial:

Obligaciones de dar. Si no se fija el plazo son exigibles 30 días después de la interpelación). (62)

7.- EL CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. Poca es la diferencia entre el Código Civil y el Código de Comercio en cuanto a la regulación del plazo en que deben cumplirse las obligaciones (Artículos 2082 del Código Civil y 86 del Código de Comercio), y puede expresarse de la siguiente manera: ambos códigos disponen que las obligaciones deben cumplirse en el lugar convenido; si no mediare el pacto sobre ello en el domicilio del deudor, según el Código Civil, y en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado por consentimiento de las partes o por arbitrio judicial conforme al Código de Comercio; sin embargo, a falta de pacto, las obligaciones civiles no se cumplirán en el domicilio del deudor, cuando así se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Al igual que en materia civil, el incumplimiento de las obligaciones mercantiles afecta dos modalidades:

- a) el absoluto, esto es, la completa inactividad del sujeto que reporta el compromiso de hacer o de dar o, por el contrario, la realización de la conducta que se obliga a no desplegar, cuando se trate de obligaciones de no hacer;
- b) el relativo, que se presenta cuando el sujeto no cumple en los términos de lo convenido.

Como consecuencia del incumplimiento, el deudor se constituye en mora, cuyo efecto es, también en materia mercantil, el de responsabilizarlo de los daños y perjuicios, además de seguir obligado al cumplimiento del acto de abstención que configura su principal compromiso.

Nada dice el Código de Comercio sobre cuales son los efectos de la morosidad, luego para su determinación debe acudirse al Código Civil Federal (artículo 2104 y siguientes) , el que, como se sabe, aclara que se trata de los daños y perjuicios que por el incumplimiento se causen; luego sobre este punto y los conexos (concepto de daños y perjuicios, régimen legal del incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, posibilidad de estipular el monto de la responsabilidad y saneamiento en caso de evicción) cabe hacer un nuevo reenvío a dicho ordenamiento civil. (63)

(62) Cfr. Arce Gargollo Javier, Ob. Cit., Págs. 14,16 a 19.

(63) Cfr. Díaz Bravo Arturo, Ob.Cit., Págs. 33, 34.

Cuando las obligaciones sean de dar y no se hubiere estipulado fecha ni plazo de cumplimiento, no será aplicable lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil, con arreglo al cual el acreedor, sólo podrá exigirlo después de transcurridos treinta días de la interpelación judicial que haga el deudor, notarialmente o ante dos testigos, pues de conformidad con lo previsto por los artículos 83 y 85 fracción II del Código de Comercio, las obligaciones serán exigibles desde diez días después de contraídos o al día siguiente, según sea ordinaria o ejecutiva la acción judicial a favor del acreedor; en cuanto a la mora, comenzará a contarse desde el día en que el propio acreedor formule reclamación al deudor en cualquiera de las formas ha poco indicadas, previstas por el Código Civil.

A su vez, la rígida prohibición de reconocer plazos de gracia o cortesía, contenida en el artículo 84 del Código de Comercio, resulta incompatible con la que en el campo de la vida civil, obliga al juez a otorgar al demandado que confesó expresamente toda la demanda, un plazo de gracia para el cumplimiento de la deuda, una vez que se efectúe el secuestro (rectius: embargo, artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles Federal). (64)

En el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el término es un elemento básico, sobre todo cuando las partes han considerado útil una prestación, cuando ésta se cumple en un determinado término.

En la actividad del comercio se impone una rapidez en la ejecución de las obligaciones, de ahí que los términos dilatorios de la ejecución, aceptable en el Derecho Civil, no son compatibles con la celeridad y la escrupulosa consideración de tiempo, propios de la contratación moderna.

La exigencia de rapidez en el planteamiento y liquidación de las relaciones obligatorias del Derecho Mercantil, ha determinado la disposición que fija el término de cumplimiento de las obligaciones en el Derecho Mercantil.

La significación del término asignado a una obligación es diversa en el Derecho Civil y en el Mercantil.

En el Derecho Civil, es accesorio a la voluntad y puede imponerse o no por el contratante.

En el Derecho Mercantil, la observación del término se exige con más rigor a causa del alto valor que se concede al tiempo para liquidar rápidamente el contrato.

A diferencia con el Derecho Civil, si la obligación Mercantil no se cumple, no cabe la posibilidad de conceder ningún plazo, de ahí que las leyes establezcan que en los contratos mercantiles no se conceden términos de gracia o cortesía y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán los días de 24 horas, los meses según estén designados en el calendario y los años de 365 días, (artículo 84 del Código de Comercio).

Es una norma que garantiza la rapidez, y seguridad de las relaciones mercantiles, puesto que el comercio no permite, como se dijo con anterioridad, la dilación en el cumplimiento de las obligaciones.

En el artículo 83 del Código de Comercio, se establece que las obligaciones que no tuviesen término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles diez días después de contraídas, si sólo produjesen acción ordinaria, y al día inmediato si llevasen aparejada ejecución, salvo en el préstamo, artículo 360.

Esta norma, que fija el término de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, se justifica por la exigencia de la rapidez en el planteamiento y liquidación de las relaciones mercantiles.

La mora, en términos generales es el retardo en el cumplimiento de una obligación, esto es, cuando se debe una prestación y no se efectúa oportunamente por el deudor.

Hay también mora del acreedor, cuando la falta de la prestación no es imputable al deudor, si éste ha ofrecido el cumplimiento, y el acreedor no a querido aceptarlo, se constituye en mora.

La mora es siempre imputable al que cae en ella, es la violación a un deber, el deber de cumplir.

Existe siempre, sin embargo, la posibilidad de probar que la falta o retardo de la prestación debida es imputable a causas ajenas al deudor, porque nadie esta obligado al caso fortuito, dice el artículo 2111 del Código Civil. Cuando hay imputabilidad de la mora, la consecuencia es la de imponer la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados, así lo establece el artículo 2104 del Código Civil Federal.

En las obligaciones de naturaleza civil, los requisitos de la mora son, el vencimiento de la obligación, la falta de la prestación por el deudor, e interpelación del acreedor al deudor.

En derecho mercantil no es requisito de mora la interpelación del acreedor, respecto de los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o de la ley.

En este caso, los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente del vencimiento del plazo. Principio que obedece a la idea de que en el comercio, el comerciante no puede tener improductivo su dinero, no es compatible con las exigencias de la vida comercial y, en consecuencia, la mora implica pago de intereses.

El pago de intereses responde únicamente a la idea de que el deudor de una suma de dinero, por el hecho de no entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino al acreedor y por ello debe compensar a éste abonándole el fruto del dinero.

El interés representa, por tanto una pura compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa, por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad (culpa, dolo, imposibilidad material, etc.).

Se entra en mora sin necesidad de requerimiento judicial y el artículo 85 del Código de Comercio marca los efectos de la morosidad.

Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclame al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante el escribano o testigos.

Consecuencia de lo anterior es que si la obligación es a plazo, cuando éste se vence, el deudor no puede retardar ni un día más el cumplimiento de la misma, bajo pena de incurrir en mora.

El sólo vencimiento del plazo implica la mora si el deudor no cumple en los términos convenidos en el contrato.(65)

(64).- Cfr. Díaz Bravo Arturo. Ob. Cit. Pág. 22.

(65).- Cfr. Vásquez del Mercado Oscar, Ob. Cit., Págs. 154 a 156.

Los regímenes legales con derecho privado diferenciado, como el de México, por mucho que reconozca al Código Civil como fuente supletoria de las leyes mercantiles (artículo 2° del Código de Comercio y 2° fracción IV de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), tienen que admitir la existencia de una teoría general de las obligaciones mercantiles con características peculiares, al grado de que algunas de sus manifestaciones no sólo se apartan, sino que, en ocasiones, muestran tendencias opuestas a las del derecho civil.

Los siguientes ejemplos, pueden servir como demostración de lo anterior: el cedente de un crédito civil (artículo 2042 del Código Civil), responde sólo de la existencia y legitimidad del crédito en el momento de la cesión; por lo contrario, el que aporta un crédito al capital de una sociedad mercantil responde (artículo 12 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), además de la solvencia del deudor.

Por otra parte, los contratos civiles entre ausentes se perfeccionan (artículo 1807 del Código Civil) en el momento en que el proponente recibe la aceptación; mientras que los mismos contratos, cuando son mercantiles, quedan perfeccionados desde que el aceptante conteste en manifestación de consentimiento (artículo 80 del Código de Comercio), el cual dispone:

Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafos, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuese modificada.

Ahora bien, no es una afirmación perogrullesca la de que una obligación mercantil sólo puede surgir de un acto de comercio, en razón del amplio campo de los llamados actos mixtos que, por su doble carácter, presentan también una doble vertiente: la obligación mercantil por parte del que realizó el acto de comercio, y la civil para su contraparte. (66)

(66) Cfr. Díaz Bravo Arturo, Ob. Cit., Pág. 4

El derecho personal es el que una persona tiene para exigir a otra determinada, una prestación, un hecho o una abstención. Es una relación entre dos personas, en la que una de ellas adquiere la calidad de sujeto activo y la de sujeto pasivo la otra.

Es una relación que tiene su eficacia, pues, entre dos personas, de las cuales una es acreedor y otra deudor. Hay diferencia con el derecho real, porque ya no hay cosa sobre la cual tenga el titular del derecho un derecho privativo; en el derecho real, corresponde a los terceros un deber general de abstención, en cambio, en el derecho de obligación, hay un deber particular de una sola persona, que se haya vinculada respecto al titular, por lo tanto, ya no hay derecho de preferencia ni de persecución.

Las obligaciones también forman parte del patrimonio, y éstas no son sino la fase pasiva en el derecho personal; la obligación es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta respecto a otra, a una prestación, a un hecho o a una abstención y esta otra, no es sino aquella que tiene un derecho personal.

En otras palabras, es la relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual una persona, llamada deudor, queda vinculada para cumplir una prestación de carácter positivo o negativo, frente a otra, llamada acreedor.

El derecho de las obligaciones, no es sólo de ámbito civil, sino que va aparejado a la evolución mercantil o más ampliamente a la evolución económica, que ha mostrado sin duda, un desarrollo acelerado en los últimos tiempos.

El derecho de las obligaciones ocupa en el ámbito de las leyes, un lugar preponderante y ha sido considerado de manera fundamental en el Derecho Mercantil, que no es sino un derecho de las obligaciones, especialmente consagrado a cierta categoría de personas, los comerciantes, y a ciertos actos, los actos de comercio.

El acto de comercio ha servido para delimitar la materia mercantil y al mismo tiempo, se considera como fuente de obligaciones, cuya naturaleza no puede ser más que mercantil; del que dimanen estas obligaciones y el acto no es sino un contrato mercantil.

Los contratos mercantiles forman el mayor volumen en el sector entero de la contratación privada, por ello conocer el derecho de las obligaciones mercantiles, equivale a conocer el derecho de las obligaciones en que se desarrolla la actividad económica actual.

Es normal que la actividad mercantil como actividad económica, se ejercite profesionalmente, es decir aquél que lo desarrolla lo hace con el fin de obtener una ganancia, y por esto, la regla en las relaciones jurídico-mercantiles es que todo acto tienda a realizar ese fin; por lo tanto, existe en materia mercantil una presunción de onerosidad, aunque si bien los contratos específicamente mercantiles son siempre onerosos, como por ejemplo el seguro, la fianza de empresa, el contrato de crédito, etc.

No hay una norma general que establezca la onerosidad, sin embargo, en el Código de Comercio hay, como en el acto de la solidaridad, preceptos que confirman este principio.

Así el artículo 304, que dice que salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a exigir retribución por su trabajo, igual derecho asiste al depositario en el depósito, de acuerdo con el artículo 333 del Código de Comercio y en el artículo 591 se señala el derecho del porteador a recibir el porte convenido.

En una porción muy grande las deudas mercantiles tienen por objeto sumas de dinero, de ahí que sea importante determinar cuál es la moneda con la cual se debe cumplir el pago, aunque si bien, dada la libertad de contratación y el principio de que el contrato es ley entre las partes, nada impide que se estipule al arbitrio de las partes la moneda de pago; la forma y manera en que se hubiese pactado el pago, dice el artículo 2078 del Código Civil, determina cómo debe hacerse.

La prestación ha de ser la misma que fue objeto del compromiso, en la inteligencia de que la deuda se extingue cuando se cumple con la prestación en esos términos.

La moneda en sentido económico, indica un medio de cambio; en el sentido jurídico, un medio para extinguir obligaciones.

El artículo 635 del Código de Comercio, declara que la moneda mercantil es el peso mexicano y sobre esa base, se harán todas las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero; por su parte, la Ley Monetaria en el artículo 7° dice que las obligaciones de pagar cualquier suma en moneda nacional, se solventará entregando billetes del Banco de México o monedas, metálicas de curso legal.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta, para efecto del pago de impuestos señala reglas para registrar percepciones en moneda extranjera, indicando que cuando el contribuyente no perciba el ingreso en efectivo, sino en otros bienes, considerará el valor de éstos en moneda nacional a la fecha de la percepción, según las cotizaciones o valores en el mercado.

Conforme a la ley la moneda extranjera no tiene curso legal en la República Mexicana, por lo que las obligaciones de pago en moneda extranjera contratadas dentro o fuera de la República, para ser cumplida en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el momento del pago, (artículo 8° de la Ley Monetaria) y, por su parte, el Código de Comercio, en su artículo 638, indica que nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera. Cuando los bancos reciben por contrato de depósitos de dinero, moneda extranjera, deben restituir la suma depositada en la misma especie, (artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), por lo que el artículo 8° de la Ley Monetaria no es aplicable. No puede obligar al depositante a recibir moneda mexicana. En las obligaciones pecuniarias, esto es, que tienen por objeto una suma de dinero, se cumple pagando la cantidad estipulada en el contrato respectivo, en la forma y términos del mismo.

Las partes son libres para fijar la moneda en que se comprometen. (67)

(67) Cfr. Vásquez del Mercado Oscar, Ob. Cit., Págs. 148 a 154

8.- LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. Finalmente, los modos de extinción de las obligaciones son susceptibles de varias divisiones según el punto de vista que se adopte.

Las causas que en general extinguen las obligaciones se clasifican en tres categorías:

La primera categoría esta formada únicamente por el pago, es decir, el modo normal de extinción de las obligaciones, puesto que consiste en el hecho de cumplir la prestación debida.

La segunda categoría comprende cuatro modos de extinción, que tienen como carácter común el que el acreedor ha obtenido una satisfacción distinta de aquella a la cual tenia derecho, a saber:

- a) La novación, en la cual la obligación que se extingue es reemplazada por otra.
- b) La dación en pago, en la que el acreedor recibe un objeto distinto del debido.
- c) La compensación y la confusión en las que el acreedor es satisfecho por la desaparición de la deuda que le incumbía.

La tercera categoría, en ella se colocan los modos en los que la obligación se extingue, sin que el acreedor haya obtenido satisfacción, o sean:

- a) La remisión de deuda, en la que el acreedor renuncia a exigir el cumplimiento de la obligación.
- b) La imposibilidad de ejecución.
- c) El término extintivo.
- d) La prescripción negativa o liberatoria, que es un modo de extinción de la obligación por el transcurso del tiempo fijado por la ley. (68)

(68).- Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1956, Págs. 281 a 282.

Así como los modos de creación de las obligaciones, los modos de extinción de las mismas se dividen en dos grandes grupos: Los que tienen por causa la voluntad de las partes y que son el resultado del acuerdo entre el acreedor y el deudor, como acontece en el pago, la novación, la aceptación, el mutuo disenso y los modos no voluntarios, que son aquéllos consecuencia de hechos ajenos a las partes a los cuales la ley añade por su propia autoridad fuerza extintiva, como la pérdida de la cosa debida, la confusión, y la prescripción liberatoria.

El pago consiste en la ejecución de la obligación, hecho el pago, la obligación ya no tiene objeto, se extingue de pleno derecho con todos sus accesorios-fianza, prenda e hipoteca.

La novación, dice Ulpiano, consiste en hacer pasar a una obligación nueva el contenido de una obligación anterior. Así pues; por la novación desaparece la antigua obligación y se transforma en una nueva.

La confusión ocurre cuando la calidad del acreedor y del deudor se reúnen en la misma persona.

Existe un principio que establece que el deudor no puede pagar cosa distinta a la que debe contra la voluntad del acreedor, pero en ocasiones se admite que el deudor pudiera pagar válidamente con un objeto distinto al debido inicialmente.

La dación en pago podrá ser convencional, por acuerdo entre las partes y legal cuando es con base en un precepto legal.

La compensación es el saldo recíproco de créditos contrarios. Hay compensación cuando dos personas son a la vez acreedoras y deudoras de otra. Las dos deudas pueden extinguirse hasta la concurrencia de la menor; esto es útil, pues cada parte tiene interés en pagarse a sí misma antes que correr el riesgo de la insolvencia de la otra. Cada acreedor podrá rechazar a su deudor que lo acciona, si está preparado para compensar.

La compensación puede ser voluntaria, legal y judicial. Es voluntaria cuando las mismas partes hacen la compensación. Cuando una de las partes rehúsa hacer la

compensación injustamente, puede imponérsele; si la fuerza la ley, entonces la compensación será legal; si resulta de la decisión del juez será judicial.

En cuanto a la pérdida del objeto, en un principio, una obligación no puede existir sin objeto, de manera que la obligación cesa cuando la prestación no puede cumplirse por falta de objeto, pero esta falta debe de ser ajena a la voluntad del deudor.

Esta extinción de la obligación casi siempre se refiere a las prestaciones relativas a hechos o cosas en especie, individualmente determinadas, no es aplicable a cosas genéricas, pues en este caso el deudor sigue obligado; sin embargo, esta solución no se aplica cuando el acreedor se constituyo en mora.

Cuando la obligación verse sobre un cuerpo cierto, el deudor se libera si la pérdida proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor, pero no se liberará si la pérdida proviene de su dolo.

La muerte del deudor extingue la obligación penal, salvo que la acción del acreedor hubiere sido contestada antes de morir.

La muerte también extingue las obligaciones en todos aquellos casos en que se ha contratado *infuito personae*, esto es, en donde se ha tomado en cuenta la calidad personal de las partes; por tanto, por la muerte terminará el mandato y la sociedad.

Los contratos consensuales, que son perfectos por el sólo acuerdo de voluntades de las partes, pueden extinguirse por el disentimiento de las mismas. Si el contrato que las partes desean disolver ha tenido un principio de ejecución, hace falta que las cosas vuelvan a su primitivo estado, en cuyo caso las partes se harán las devoluciones necesarias. (69)

(69).- Crf. Beatriz Bravo Valdez y Bravo González Agustín, Ob. Cit. Págs. 75 a 87.

PROPUESTA

De lo anteriormente planteado durante el desarrollo de este sencillo trabajo de tesis que hoy pongo a consideración, es importante hacer notar, en forma breve, lo siguiente: Que el ser humano, con la finalidad de facilitar el intercambio de bienes y servicios en el tráfico comercial, en las diferentes épocas, y con el objeto de facilitar la convivencia pacífica entre las partes que tienen algún interés jurídico en la celebración del contrato, ya sea para adquirir bienes muebles o bienes inmuebles; y tomando en consideración la gran diversidad de contratos existentes, mismos que se encuentran regulados tanto por el Código Civil Federal, el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Instituciones de Crédito, etc., las cuales, de una forma o de otra, se encuentran íntimamente relacionadas en la aplicación de sus preceptos legales, lo cual, en determinado momento tienden a confundir a los litigantes o postulantes en el ejercicio del derecho, en la fundamentación de su dicho, ocasionando un grave perjuicio a la parte interesada por la pérdida del negocio jurídico, o bien, de la tramitación del juicio ante los tribunales competentes de la República Mexicana, ya sean locales o foráneos: Propongo, a fin de facilitar la buena contratación, se lleven a cabo las reformas que procedan al Código de Comercio, con el deseo de que se establezcan normas generales de contratación mercantil, optando por la formación del Contrato Universal o Contrato Único en la República Mexicana, en el cual, se plasmen o se establezcan los contratos que se encuentran debidamente reglamentados en la ley, y de la misma forma, se señale o se establezca en forma clara e indubitable el compromiso que contraen las partes, tomando en consideración en la celebración del mismo, sus generales y la aplicación de las normas generales tanto del Código de Comercio como del Código Civil Federal, así como los preceptos aplicables en materia mercantil, mismos que se encuentran dispersos en las diversas leyes aplicables en materia de contratación, y de esta manera, evitar hasta donde fuere posible, lesionar los intereses de los contratantes, y en especial, los intereses de la parte deudora por incumplimiento del contrato, en sus diferentes modalidades, brindándole la oportunidad de cumplir las obligaciones contraídas en la celebración del mismo, ya sean de carácter civil o bien de carácter mercantil, otorgándole una prórroga para el caso de incumplimiento de obligaciones por caso fortuito o de fuerza mayor, tanto de la parte actora como de la parte demandada.

CONCLUSIONES

- 1.- Que tomando en consideración las necesidades propias de cada comunidad, las personas en el ejercicio y práctica del acto comercial, han alcanzado un gran avance en su crecimiento y desarrollo tanto en lo político, en lo social, y como consecuencia de esto, en lo económico, pues cabe considerar que el intercambio comercial realizado entre los habitantes de cada país, ha ampliado sus fronteras con el mundo exterior, formando lazos comerciales entre pueblos a través de la oferta y la demanda; actividad importante para la distribución de productos, bienes y servicios, lo cual, necesariamente, tiende a ampliar el proceso de consumo, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, propio de la sociedad mundial, en la que las condiciones internas de cada país, son parte integrante de la realidad que les dio nacimiento.
- 2.- Que de igual manera, con el nacimiento del acto comercial desde la antigüedad remota, y de las épocas subsecuentes, con la creación de los procedimientos jurisdiccionales como el de las acciones de la ley, el procedimiento formulario y el procedimiento extraordinario, se han marcado las directrices en la formación de cuerpos legislativos para la impartición de justicia en la resolución de los negocios comerciales de la época actual, pues cabe mencionar que con el plan de globalización por el que atraviesa el mundo comercial, la participación de grandes empresas tanto públicas como privadas, traen aparejada la celebración de una gran diversidad de negocios comerciales, beneficiando en gran medida a los países en vías de desarrollo, en su interminable búsqueda por la superación como nación.
- 3.- Que dichas aportaciones han servido de base al sistema procedimental actual en el Derecho Positivo Mexicano, para llevar a cabo un mejor ejercicio, en la aplicación tanto de derechos reales, como de derechos personales en la celebración del contrato, y en el cumplimiento de obligaciones contenidas en el mismo, lo cual nos permite, prevenir y resolver los conflictos en forma pacífica y sin la intervención de los órganos jurisdiccionales.
- 4.- Que con la creación de diversas instituciones comerciales, se ha dado origen a la formación del contrato mercantil como fuente de obligaciones en el Derecho Positivo Mexicano, el cual, es parte fundamental para el ejercicio de la acción de la parte afectada, es decir, del acreedor, y en su momento obtener el cumplimiento de obligaciones ante los tribunales competentes de cada país
- 5.- Que de conformidad con lo anteriormente comentado, con la creación del contrato escrito, se asegura el derecho que en el mismo se consigna, para obtener la impartición de justicia en forma más justa y equitativa en el ejercicio de la acción interpuesta ante los tribunales competentes.

- 6.- Que el acto comercial ha sido de gran importancia para el desarrollo y crecimiento del ser humano, el cual, se encuentra involucrado necesariamente en el desarrollo y crecimiento de las naciones que conforman el mundo entero, y que en forma individual, da origen a una gran diversidad de operaciones comerciales en el intercambio de bienes y servicios propios de cada país.
- 7.- Que con la creación del contrato escrito, se origino la formación de obligaciones, las cuales pueden ser tanto da dar, de hacer, de no hacer o tolerar, en los términos y condiciones pactadas en el acto de contratación.
- 8.- Que con la formación de cuerpos legislativos, se han estructurado sistemas gubernamentales, leyes y reglamentos que en la actualidad rigen en materia mercantil, y en las diversas materias que conforman el Derecho Mexicano, partiendo de la aparición del Código de Comercio de 1854, así como de los Códigos de Comercio de 1884 y de 1889, este último actualmente vigente, mismos que a pesar de las reformas o modificaciones que han sufrido, no se encuentra debidamente estructurado, toda vez de que al mismo, le son aplicables supletoriamente las normas del Código Civil Federal, y demás leyes aplicables al caso concreto.
- 9.-En tal virtud, considero que el contrato en sus diversas modalidades, ya sean civiles o bien mercantiles, es la fuente primera por excelencia en la realización del acto comercial, sin considerar que en la actualidad, existen otra clase de contratos denominados como contratos mercantiles atípicos, los cuales, sin estar legalmente reconocidos en ley alguna, a los mismos se les acepta como tales, otorgándoles una tipicidad social al aplicárseles tanto las reglas generales del Código de Comercio, como las reglas generales del Código Civil Federal, para darle autenticidad al contrato atípico, como sería el caso del contrato de suministro, el contrato de agencia y el contrato de distribución.
- 10.- Que el contrato mercantil como fuente de obligaciones en el Derecho Positivo Mexicano, es la fuente por excelencia, en virtud de que el acto comercial se contempla en todos los contratos que han servido de base como materia de estudio en el presente trabajo de tesis, para determinar la mercantilidad de los mismos, los cuales, aun cuando con diferentes matices, llevan implícita la adquisición de bienes y servicios en sus diferentes modalidades, como sería el caso, de la compraventa mercantil, el reporto, el depósito mercantil, el contrato de crédito, la cuenta corriente, la fianza, la prenda y la hipoteca, el suministro, la agencia y el contrato de distribución, en cuanto que involucran una gran diversidad tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles en sus diferentes modalidades, lo cual nos muestra la importancia del contrato mercantil como fuente de las obligaciones mercantiles en el Derecho Positivo Mexicano.

11.- Que el contrato como fuente de obligaciones , definido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, es la fuente de las obligaciones mercantiles, toda vez que prevalece la idea del acuerdo verbal, pues involucra compromisos de asumir en lo futuro obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a término o a condiciones suspensivas de la más diversa índole, de ahí que la obligación sea un vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad.

12.- De igual manera, considero que debe llevarse a cabo una revisión al Código de Comercio, a efecto de modificarlo o reformarlo, con la finalidad de que se integren en el mismo tanto las reglas generales del Código Civil Federal, así como los preceptos legales que se encuentran dispersos en las demás leyes complementarias en materia de contratación, y de esta manera, caminar por el ámbito legal, sin la intervención de ninguna otra ley o leyes, para la aplicación de las normas mercantiles en la resolución del contrato mercantil en forma independiente, y con una personalidad propia.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-Arce Gargollo Javier
Contratos Mercantiles Atípicos
Edición Octava
Editorial Porrúa S.A.
México 2001
- 2.- Borja Soriano Manuel
Teoría General de las Obligaciones
Segunda Edición
Editorial Porrúa S.A.
México 1956
- 3.-Bravo Valdés Beatriz y Bravo González Agustin
Primer Curso de Derecho Romano
Edición Tercera
Editorial Pax México
México 1978
- 4.-Bravo González Agustin y Bravo Valdés Beatriz
Segundo Curso de Derecho Romano
Edición Segunda
Editorial Pax México
México 1978
5. Bravo González Agustin y Bialostotsky Sara
Compendio de Derecho Romano
Edición Novena
Editorial Pax México
México 1978
6. Carral V. Teresa Luis
Derecho Notarial
Edición Decimacuarta
Editorial Porrúa S.A.
México 1997

- 7.-Cervantes Ahumada Raúl
Derecho Mercantil Primer Curso
Edición Cuarta
Editorial Herrero S.A.
México 1982

- 8.-Cervantes Ahumada Raúl
Títulos y Operaciones de Crédito
Edición Decimatercera
Editorial Herrero S.A.
México 1984

- 9.-Colín Sánchez Guillermo
Procedimiento Registral de la Propiedad
Edición Tercera
Editorial Porrúa S.A.
México 1985

- 10.-Díaz Bravo Arturo
Contratos Mercantiles
Sin Ed.
Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios
México 1983

- 11.-Díaz Bravo Arturo
Derecho Mercantil
Edición Primera
Editorial Iure
México 2002

- 12.-Flores Gómez González Fernando y Gustavo Carbajal Moreno
Nociones de Derecho Positivo Mexicano
Editorial Porrúa S.A.
México 1989

- 13.-Martí de Eixala D. Ramón
Instituciones de Derecho Mercantil de España
Edición Octava
Sin Ed.
Barcelona 1977

- 14.-Pérez Fernandez del Castillo Fernando
Derecho Notarial
Edición Cuarta
Editorial Porrúa S.A.
México 1989

- 15.-Rojina Villegas Rafael
Compendio de Derecho Civil Contratos
Edición Decimanovena
Editorial Porrúa S.A.
México 1988

- 16.-Rangel Couto Hugo
Guía para el Estudio del Pensamiento Económico
Edición Segunda
Editorial Porrúa S.A.
México 1979

- 17.- Rojina Villegas Rafael
Compendio de Derecho Civil Obligaciones
Edición Decimaquinta
Editorial Porrúa S.A.
México 1987

- 18.-Vázquez Armiño Fernando
Derecho Mercantil Fundamentos e Historia
Editorial Porrúa S.A.
México 1977

- 19.-Vásquez del Mercado Oscar
Contratos Mercantiles
Edición Decimaprimerá
Editorial Porrúa S.A.
México 2001

- 20.-Zamora y Valencia Miguel Ángel
Contratos Civiles
Edición Octava
Editorial Porrúa S.A.
México 2000

LEGISLACIÓN

- 21.-Código Civil Federal
México 2004
- 22.-Código de Comercio y Leyes Complementarias
México 2003
- 23.-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
México 2003
- 24.-Ley de Navegación
México 2003
- 25.-Ley Sobre el Contrato de Seguro
México 2003
- 26.-Ley de Instituciones de Crédito
México 2002
- 27.-Ley Federal de Instituciones de Fianzas
México 2002