

86  
24

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"**



**FRAUDE PENAL DERIVADO POR  
EL INCUMPLIMIENTO DEL  
DEPOSITARIO**

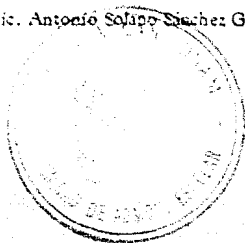
TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**TESIS PROFESIONAL**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**OSCAR ESQUIVEL MARTINEZ**

ASESOR: Lic. Antonio Solano Sanchez Gavito

México, D. F.

Enero, 1992





## **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 está 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.

## INTRODUCCION.

### CAPITULO I.

#### ANTECEDENTES.

1.1.-	El fraude en el Derecho Romano.....	1
1.2.-	El fraude en el Derecho Español.....	7
1.3.-	El fraude en la Historia de México.....	9

### CAPITULO II.

#### EL FRAUDE.

2.1.-	De los delitos patrimoniales.....	12
2.2.-	Concepto del delito de fraude.....	15
2.3.-	Elementos constitutivos del delito de fraude.....	18
	a).- El engaño.	
	b).- El aprovechamiento del error.	
	c).- El acto de disposición.	
	d).- Lucro indebido.	

### CAPITULO III.

#### EL CONTRATO EN MATERIA CIVIL.

3.1.-	Definición y generalidades del contrato.....	30
	a).- Concepto.	
	b).- El contrato como fuente de las obligaciones.	
	c).- Clasificación de las obligaciones.	
3.2.-	Elementos esenciales del contrato.....	40
	a).- El consentimiento.	
	b).- El objeto.	
3.3.-	Requisitos de validez del contrato.....	49
	a).- Capacidad de las partes.	
	b).- Ausencia de vicios en el consentimiento.	
	c).- Licitud en el objeto, motivo o fin.	
3.4.-	Formalidades prescritas por la Ley.....	56
3.5.-	Clasificación de los contratos.....	58

### CAPITULO IV.

#### EL CONTRATO DE DEPOSITO.

4.1.-	Definición y características.....	61
4.2.-	Tipos de depósito.....	62
4.3.-	Figuras afines.....	65

4.4.-	Elementos esenciales del depósito .....	65
4.5.-	Obligaciones de las partes.....	67
	a).- Obligaciones del depositario.	
	b).- Obligaciones del depositante.	
4.6.-	Modos de terminación.....	75

## CAPITULO V.

### FRAUDE EN EL DEPOSITO.

5.1.-	El dolo civil y el dolo penal.....	77
	a).- Concepto.	
	b).- Especies de dolo.	
	c).- El dolo civil.	
	d).- Características del dolo en materia civil.	
	e).- El dolo como elemento de la responsabilidad civil.	
	f).- El dolo en materia penal.	
	g).- Clasificación del dolo en materia penal.	
5.2.-	Ilícito civil y fraude penal.....	85
5.3.-	Incumplimiento de las obligaciones en materia civil.....	91
	a).- Hecho ilícito civil.	
	b).- hecho ilícito penal.	
5.4.-	Incumplimiento en el depósito.....	102
CONCLUSIONES.....		108
BIBLIOGRAFIA.....		116

## - INTRODUCCION -

Una de las finalidades del derecho es la de proteger y dar seguridad al patrimonio de los individuos, y debido a la experiencia adquirida, me he percatado que en muchas ocasiones no se cumple con este fin; por tal motivo, me surge la preocupación de procurar darle mayor seguridad al patrimonio e intereses de los particulares, ya que todos estamos expuestos a sufrir un daño o inclusive hasta perder todo lo que con esfuerzo hemos obtenido en varios años de trabajo, riesgo que tomamos al efectuar cualquier tipo de convenio o contrato donde ponemos en juego una parte o el total de nuestro patrimonio, por tener la creencia de que vamos a obtener provecho de él, pero no es así, siendo que hoy en día la delincuencia va adquiriendo matices diferentes; es decir, los delincuentes tratan de buscar métodos más fáciles, evitando mayores riesgos en su ejecución, al no utilizar la violencia física, valiéndose de un acto jurídico de naturaleza civil como lo es el contrato, y de esta manera obtener algún bien o un lucro en perjuicio de su co-contratante, y de esta manera escapar de un castigo corporal.

Por estas razones, en el siguiente estudio se exponen algunos de los principales puntos que giran alrededor del delito de fraude, pues es el delito que puede llegar a tipificarse cuando se presenta una situación como la antes citada, además se analizan las semejanzas o diferencias que pudiera tener con un ilícito civil y de tal forma poder determinar cuando un incumplimiento derivado de un contrato civil, puede acarrear sólo

responsabilidad civil para el sujeto activo o bien una responsabilidad penal que además de una pena pública impone la reparación de los daños y perjuicios en favor del ofendido.

Debido a la gran cantidad de contratos estipulados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, es muy difícil contemplarlos y analizarlos cada uno de ellos en un sólo trabajo, por tal motivo, con el propósito de observar la problemática actual que acarrea el estudio planteado, se analiza el contrato de depósito; es decir, las consecuencias que pueden resultar cuando el depositario incumple el contrato y como afecta al depositante y en consecuencia a la sociedad; siendo el objetivo de éste análisis, el reflexionar sobre el problema planteado y el tratar de evitar un conflicto económico social creado por el conjunto de los perjudicados por la delincuencia, poniendo más atención y cuidado al manejar este tipo de asuntos.

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES.

En los estudios jurídicos actuales, asume tal importancia el Derecho Romano, que ha ayudado a infinidad de investigadores y estudiosos del derecho a resolver problemas jurídicos. A continuación se exponen algunos antecedentes en el Derecho Romano, que se relacionan con los llamados delitos patrimoniales señalados en nuestra legislación penal vigente.

#### 1.1. Antecedentes en el Derecho Romano.

En los primeros siglos de Roma, se hacía una distinción entre los "Delictas Privatas" y "Delictas Públicas" (Delitos Privados y Delitos Públicos).

Los Delitos Privados, eran hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin perturbar directamente el orden público. En la ley de las Doce Tablas se prevenía y castigaba cierto número de hechos y en otros casos se limitaba a regular la venganza que ejercía la víctima del delito sobre la persona del culpable. "El ladrón, sorprendido en el hecho era vapuleado y azotado; y atribuido como esclavo al robado". (1).

---

(1).- Gayo, III Página 189, Citado por Ortolán "Explicación histórica de la Instituta del Emperador Justiniano". Tomo IV Página 7 Librería Plan 1886 París.



Posterior a la ley de las Doce Tablas, surgió un sistema más perfeccionado que sustituyó la venganza privada por una pena pecuniaria, pagada por el culpable, tomándose en cuenta la intención criminal del culpable, siendo la pena proporcional al daño causado. En este tipo de delitos correspondía a la parte perjudicada la libertad de ejercer su derecho en contra del culpable.

**Delitos Públicos.**- Son los que atentaban directa o indirectamente el orden público, dando lugar a una persecución criminal, ejercida ante una jurisdicción especial.

Tanto en las Instituciones de Gayo y de Justiniano se citan cuatro delitos privados: 1.- "El Furtum" o "Hurto", 2.- El daño causado injustamente, 3.- El robo y el daño acompañado de violencia y 4.- La injuria. (2)

1.- "El Furtum" o "Hurto":

**Etimología.**- La palabra "Furtum" o hurto, viene o del latín "Furtum" que significa negro, se hace clandestinamente, en la oscuridad, y por lo común de noche; o bien "Fraus" (Fraude) o de "Ferre" (llevar), o del griego forás que significa "Ladrón" y que a su vez viene de "llevar" (3)

---

(2).- Digesto.- Libro XLVII Título 2 a 21.

(3).- Ortolán.- Op. Cita. Tomo IV Página 7.

Era definido como: Furtum est contrectario, rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam possessionisve; quod lege natural: prohibitum est admittere". "Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con el objeto de aprovecharse de ella, de su uso o posesión, acto prohibido por la ley natural". (4)

En este delito, incurría el que sustraía la cosa ajena, así como el depositario que se negaba a restituir al propietario el objeto del depósito.

#### Elementos del Furtum.

a).- "La contrectario rei" o arte de coger la cosa y llevarla a otra sitio; sin esta sustracción no hay hecho, aunque tal fuere su intención.

b).- La cosa, que debería ser mueble, incluyéndose los objetos susceptibles de desprenderse de los inmuebles. Ortolán al respecto menciona: "Que aunque un hombre se introduzca para robar abriendo o aún fracturando una puerta, en tanto no haya tomado la cosa, no hay hurto". De donde se deduce que las cosas inmuebles no son susceptibles de ser robadas. (5)

---

(4).- Ortolán.- Op. Cita. Tomo IV Página 6.

(5).- Novísima Recopilación Libro XII Tit. XIV y XVII. Leyes 1a., 2a., 3a., Cita C. Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal Tomo II, Página 100, Editorial Nacional, México 1944.

c).- Fraudulosa.- Para que se constituya el hurto, es preciso que la sustracción sea fraudulenta, con dolo malo. Ortolán dice; "Que aquél que tomara cosa ajena creyendo tener derecho para ello como heredero o usufructuario, no comete hurto". Además de dolo y del perjuicio causado, es necesario el sacar provecho de lo robado, ya que sin la intención de lucro, consideraban que no hay hurto, aunque puede ser culpable de otro delito.

d).- Perjuicio.- Para que haya hurto es necesario que la sustracción indebida cause perjuicio a otro.

## 2.- Clases de hurto.

El derecho Romano distinguió dos clases de hurto; el manifiesto y no manifiesto, dependiendo que el ladrón fuera o no sorprendido "infragante" delito; es decir, había hurto manifiesto cuando el ladrón era sorprendido en el acto, en el lugar del robo o teniendo todavía la cosa hurtada en la mano; pero si la cosa ya fue conducida a su destino, aún cuando se encontrará en su poder, ya no habría hurto manifiesto.

Estas dos clases de hurto se diferenciaban en la pena; así la ley de las Doce Tablas, establecía para el hurto manifiesto, la pena capital o pena de muerte. La misma Ley autorizaba a la víctima a matar al ladrón sorprendido por la

noche o de día si trataba de defenderse con armas. Posteriormente el pretor establece esta misma pena tanto para el hombre libre como para el esclavo.

Con relación al hurto no manifiesto, el pretor conserva la acción del duplo.

La acción furti se da.- 1).- Contra el autor del delito. Si son varios ladrones, cada uno de ellos está obligado por el todo y la multa es pagada por cada uno de ellos, y 2).- Contra cada uno de los cómplices.

La acción se otorga en primer lugar al propietario de la cosa, y luego a las personas que tenían la posesión o la detentación de la cosa, tales como; el poseedor de buena fé o el que la usufructuaba. Cada uno tenía la acción de reparación del daño que le ha causado el hurto, ya sea manifiesto o no.

En el Imperio Romano se agrupan diferentes formas de fraude bajo el nombre de STELLIONATUS, teniendo por característica la existencia del dolo.

Las ideas de fraude, de dolo y de perjuicio patrimonial no se estudiaban en forma separada, sino que agrupaban algunas formas expresamente definidas, consistentes en el hecho de empeñar, vender, permutar o dar en pago una cosa ya obligada, las

cuales estuvieran impregnadas de malicia para perjudicar a otra persona; en igual forma podía agruparse el hecho de substituir mercancías ya vendidas, entregando otras, etc. (6) .

El Maestro Francisco Carrara, en su apartado 2336 al estudiar al fraude o estelionato, este último nombre (7) que se le ha dado en algunas legislaciones, donde narra que el título de este delito se debe al estelió o salamandra, animal de colores indefinibles, que con los rayos del sol al reflejarse de acuerdo al ángulo de su proyección aparentaba cambiar de colores. Lo interesante es el análisis que lleva a cabo de la figura de fraude al manifestar lo siguiente:

"...para designar una forma especial de delito contra el patrimonio económico y ajeno y que su carácter es precisamente configurado un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena, del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fé de otro y de la falsedad porque a ella se llega mediante engaños y mentiras..."

---

(6).- Pareyón Salazar, Enrique.- Apuntes de Cátedra impartida, México, 1981.

(7).- Carrará Francisco.- "Programa de derecho criminal, parte especial, Volúmen IV.- Edit. Temis, Bogotá, Página 412, Año 1980.

De conformidad con lo expuesto, el ilícito en estudio ha recibido en otras épocas y legislaciones diferentes nombres, como estelionato, cuyo significado lo da Francisco Carrara, del cual hemos hecho ya mención.

### 1.2.-Antecedentes en el Derecho Español.

En las partidas Españolas ( 8 ) se hizo una diferencia entre el furtum y la rapiña, en la primera era el apoderamiento de la cosa en forma clandestina o encubierta y la segunda con violencia y manifiesto. En el derecho Germánico, se distinguió el hurto (diebstahl), como la aprehensión clandestina de la cosa mueble ajena, del robo (raub) que es la aprehensión violenta o manifiesta de la cosa.

El Fuero Juzgo Español, sólo se ocupa del hurto sin agravantes especiales, estableciendo las penas pecuniarias para los hombres libres, proporcionales al valor de lo hurtado y para los siervos penas infamantes y corporales.

El Fuero Real, tampoco hace distinción, ocupándose sólo del robo, que dice "El que horadare cosa o quebrantare Iglesias" (9), era castigado con la pena pecuniaria, mutilaciones y hasta la muerte para el reincidente o el ladrón conocido."

---

(8).- Partidas, Títulos XIII y XIV, Cita Cuello Calón Eugenio, Tomo II Página 98 y 99.

(9).- Libro IV tit. V Leyes 6 y 7 Cita Cuello Calón Eugenio.Op.Cit. página 99,Tomo II.

La forma violenta y manifiesta de apropiación de la cosa ajena se denomina "robo" y rapiña en latín quiere decir como en romance, "el robo que los hombres hacen en las cosas ajenas que son muebles". (10)

En las Partidas había penas pecuniarias y corporales y sólo para casos graves, existía la pena criminal.

En siglos posteriores, tanto en España como en todos los países se castigaron con más dureza los delitos contra la propiedad y así encontramos que en 1663, se estipulaba que los salteadores y bandidos podían ser impunemente muertos por cualquiera y había recompensa para quien los entregará muertos o vivos. (11).

En el Código Español de 1822, Arts. 723 y 745, se estableció una distinción entre el robo y el hurto, donde aquél se caracterizaba por el empleo de la fuerza o la violencia como medio de apoderarse de lo ajeno y el hurto por el medio fraudulento, sin fuerza ni violencia entre las personas.

En el Código Francés se denominaba "escroquerie" al fraude o estafa y que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en un error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto. En el Derecho Italiano y siguiendo la idea de Giuseppe Magiore que dice quien induce a otro a error por

(10).- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal T. II Op. Cit. Pág. 98, Editorial Nacional, México 1944.

(11).- Pragmáticas de Carlos I, Felipe II y IV de 1663, Novísima Recopilación. Libro XII Tit, XIV y XVII, Leyes 1a. 2a. y 3a. cita C. Calón, Página 100.

medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno; se configura el delito de TRUFFA; por último aparece la denominación de fraude que adopta nuestro Código en su artículo 386 y que a decir del Maestro Carrára fué el legislador Toscano en 1853 quien adoptó tal nombre. (12)

En síntesis, en el derecho romano se llamaba "Furtum" en general para todos los delitos consistentes en la apropiación de la cosa ajena, concepto amplio que incluía a las modernas nociones de robo, abuso de confianza, fraude y ocultación.

En las legislaciones europeas, del concepto de "Furtum" se han derivado otros delitos según las necesidades de cada época y que son especies de este género, además tienen en común el apoderamiento de la cosa ajena con intención de lucro, causando un perjuicio económico al sujeto pasivo, siendo siempre el interés jurídico protegido la posesión de hecho de las cosas muebles o inmuebles en caso de fraude cualquiera que sea su origen, es decir, ya sea derecho de propiedad, posesión o tenencia de la cosa.

### 1.3. El fraude en la historia de México.

---

(12).- González de la Vega Fco. Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Página 43, Sa. Edición Parte esp. Ed. Porrúa México 1958.



El antecedente más remoto del delito de fraude lo encontramos en el llamado "Crimen Stellationatus" que viene a ser la base jurídica de este delito. En términos generales se llamó stellationato a todo acto engañoso, obscuro, realizado de manera no manifiesta, cuando no constituyera otro delito. En las Partidas encontramos una serie de hechos que más tarde han sido considerados como verdaderos fraudes.

El Código Penal de 1871, estableció una definición general de fraude en el artículo 413, que dice: "Hay fraude siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halle, se hace otro ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél".

Las palabras "con perjuicio de aquél", implican que el engañado y el perjudicado sean la misma persona, no sucediendo siempre de esta manera.

El Código Penal de 1929 hizo modificaciones en cuanto a la nomenclatura, llamó al delito en general como estafa, designando así impropiaemente el género por la especie.

En nuestro derecho moderno encontramos en el artículo 386 del Código Penal una definición general de fraude, aplicable a todos los casos contenidos en dicho texto legal: el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante el engaño.

Nuestro Código Penal a diferencia de lo que sucede en muchos otros códigos, sigue el sistema de evitar la multiplicidad de figuras delictivas mediante el establecimiento de normas de mayor amplitud, como son los artículos 386, 387 y 389.

El sujeto activo del delito de fraude puede ser cualquier persona; el sujeto pasivo es la persona que sufre el engaño, sin ser necesariamente la que sufre el perjuicio patrimonial.

El objeto del delito es el conjunto de bienes susceptibles de ser valorados en dinero, abarcando tanto los bienes muebles como los inmuebles.

## CAPITULO II

### EL FRAUDE

#### 2.1. De los delitos patrimoniales.

Nuestro Código Penal en su título vigésimo segundo del libro segundo, se refiere a "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", siendo el patrimonio el bien jurídicamente tutelado penalmente dentro de estos delitos.

La definición del patrimonio en el derecho privado, se establece como la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimaciones pecuniarias pertenecientes a una persona. (13)

En materia penal, tiene un significado distinto y una mayor amplitud que el derecho privado, ya que sólo recae sobre las cosas y derechos que integran el activo de la concepción civil antes citada y la amplitud consiste en que el derecho privado considera que en el patrimonio entran solo las cosas o derechos susceptibles de ser valoradas en dinero; en cambio en materia penal se extiende a todas aquellas cosas que no tienen valor económico o no son susceptibles de ser valoradas. Podemos decir que el patrimonio desde el punto de vista penal, está

---

(13).- Ruggiero, Istituzioni di Diritto Civile, parágrafo 22, 2, b; Branca Istituzioni di Diritto Privato, No. 16 y 118; Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Vol. I página 7.

constituido por el total de las cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujetos al poder de su titular.

Según el artículo 747 del Código Civil, integran el patrimonio todas aquellas cosas que pueden ser objeto de apropiación, por lo tanto las cosas y los derechos que constituyen el patrimonio de las personas, son los bienes patrimoniales.

En estas condiciones, al hablar de patrimonio se da el interés del titular de dicho bien; es decir, se individualiza el sujeto en cuyo interés el bien jurídico es tutelado penalmente. Además de que esta materia no sólo protege la propiedad, sino también la posesión, como lo establece Peco, al decir: "Que en los delitos patrimoniales, no sólo se ataca el derecho de propiedad, en la aceptación del derecho civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aún la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico. Todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son afecto de tutela".

(14)

El titular de un bien patrimonial, puede ser tanto una persona física como una persona moral, ya sea de derecho privado o derecho público, exceptuándose los funcionarios, empleados o servidores públicos del estado u organismos descentralizados.

Existen patrimonios reales y personales, los primeros son tutelados con mayor amplitud que los segundos por el Código Penal; siendo los primeros protegidos en los diferentes tipos de delitos patrimoniales, como son: robo (art. 367), abuso de confianza (art. 382), fraude (art. 386), despojo (art. 395) y daño en propiedad ajena (art. 399 del Código Penal); en la usurpación de bienes inmateriales (art. 135 a 142 de la Ley Federal Sobre el Derecho de Autor de 1963) (15), y artículos 211 al 215 de la Ley de Invenciones y Marcas de 1976). Los bienes patrimoniales personales solo son protegidos en algunas especies del delito de fraude (art. 386 y 387) y en el de quiebra (art. 93 y 96 de la ley de quiebras). Pero a pesar de esta separación todos éstos delitos tienen en común el daño patrimonial que causan.

Actualmente no se encuentra esclarecido un concepto de daño patrimonial, algunos autores, lo relacionan con el daño económico, pero como ya vimos anteriormente, el daño patrimonial tiene una mayor extensión, ya que en este entran los daños ocasionados a bienes que carecen de un valor de cambio, como sucede con los que tiene puro valor de afección o de aquéllos que

-----  
(15).- Diario Oficial de 21 de diciembre de 1963.

por alguna circunstancia no fuesen estimables en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor (art. 371 del Código Penal).

El daño patrimonial puede configurar delitos patrimoniales de lesión y de peligro, los primeros se dan cuando se ha consumado el delito y el segundo lo encontramos cuando se observan conductas encaminadas a apoderarse o a hacerse de alguna cosa, a ocuparla o destruirla, aún cuando no causen un daño patrimonial efectivo, son punibles a título de tentativa, ya que implican un peligro para el bien jurídico protegido.

Concluyendo, dentro de los delitos patrimoniales todos tienen una serie de elementos y características que los diferencian unos de otros, pero tienen en común que todos protegen el patrimonio de las personas. A continuación nos vamos a referir al delito en estudio, el fraude.

## 2.2. Concepto.

El Código penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 386 establece:

"Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido."

Dada la evolución que presenta el tema que nos ocupa, es de manifestarse que en forma tradicional se ha venido haciendo distinción entre el robo, el abuso de confianza y el fraude.

Por lo que respecta a las diferencias existentes entre tales figuras delictuosas basta recordar la esencia constructiva en orden al tipo de cada una de ellas para precisarlas. Mientras que en el robo la acción consumativa consiste en el apoderamiento, lo que implica un movimiento corporal de aprehensión de la cosa, en el abuso se requiere disposición de aquéllo que ya fuere entregado en forma voluntaria y por último, el fraude supone la recepción de la cosa por voluntaria entre ella que hace la víctima como consecuencia del estado de error en que se encuentra, ya sea motivada por la engañosa actitud desplegada por el delincuente o por una situación anterior que es simplemente por esto. (16)

El maestro Francisco González de la vega al respecto dice: (17)

"Lo que varía son los procedimientos empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno. En el robo la acción criminosa es el apoderamiento no consentido por el pasivo, este apoderamiento en las formas primitivas y brutales del delito se logra empleando violencia física o moral. En los latrocinios

---

(16).- Francisco Pavón Vasconcelos, Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1964, Página 170.

(17).- González de la Vega, Fco. Derecho Penal Mexicano, Décima quinta edición, Editorial Porrúa, México 1979, pág. 143.

ordinarios, por la habilidad más o menos acentuada de la maniobra o por su fructividad. En el abuso, la acción radica en la disposición o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión precaria. En los fraudes, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de la actitud engañosa asumida por éste".

Franciso Antolesi (18) en su obra nos dice:

"Está fuera de discusión que para constituir el delito nunca es suficiente un fenómeno psíquico, ya se trate de un pensamiento, deseo, propósito, ya de una abolición. El delito en todo caso es un suceso, un hecho que se realiza en el mundo exterior. En el delito, por consiguiente, existe indefectiblemente un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del derecho, aquél no es concedible".

Precisamente la conducta que sanciona el código penal se materializa en el elemento físico al que se refiere el citado autor, independientemente de las motivaciones que bien puedan constituir una excluyente de responsabilidad o una agravante.

---

(18).- Ob. cit.- La acción y el resultado del delito. (traducción del italiano por Hernandez Perez, José Luis, Edit. Jurídica, México, 1959.



Ahora bien, es indudable que en el fraude se presenta una acción y un resultado; la primera se encuadra en un hacer consistente en engañar o aprovecharse de un error y el segundo consiste en un hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro. Este nexo causal, a decir de Jimenez Huerta, se puede fraccionar en dos momentos diversos; el primero consiste en la acción psicológica entre la conducta engañosa y la causación del error; y el segundo, la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial.

### **2.3. Elementos constitutivos del delito de fraude.**

#### **a).- El Engaño.**

Desde este punto de vista necesitamos analizar que debemos entender por engaño y por aprovechamiento del error, como elementos de este delito; por lo que se refiere al primero, sabemos que el término engaño ha servido de sinónimo de ardid, enredo, trampas, artimañas etc, o bien se entiende, como un artificio acompañado de maquinación dolosa para inducir a error. Se diferenció del artificio por la característica de ser siempre positivo o sea por consistir en una acción.

Según el diccionario, establece que es la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree o piensa; y por ende se entiende por engaño el medio de que se vale el agente para inducir a otro a creer lo que no es.

Cualquiera que sea el criterio o situación que se sustente sobre el engaño, siempre terminará siendo un cambio de la realidad, y por lo tanto requiere de la acción humana para llegar a realizar ese cambio. En este elemento encontramos que se requiere una acción manifiesta del sujeto activo; dado que, para cambiar la realidad por una situación ficticia se requiere directamente un hacer; es decir, una acción que modifique la realidad.

Analizando más a fondo, encontramos que la conducta engañosa está presidida por un elemento psíquico, ya que consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error. Antiguamente se consideraba que sólo integraban éste delito, aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo se ponían en juego maquinaciones o artificios; posteriormente se admitió que el simple engaño bastaba para inducir el error y así encuadrar la conducta típica del delito.

El engaño es un comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en la que se hace, dice o promete para sumergir a otro en un error y despertar una creencia ilusoria. Supone la existencia de un medio idóneo para poner ante el entendimiento del sujeto pasivo una desvirtuación de la verdad, causando de ese modo el error en que queda inmerso el sujeto pasivo como resultado de la conducta engañosa, dirigido a la disposición patrimonial. Esto se da, tanto en los casos en que el error nace a consecuencia de la conducta del activo, como aquellas en donde el agente refuerza y aviva el error ya surgido y en forma activa impide que el sujeto errante remedie su error; es decir, el comportamiento del sujeto activo que produce o refuerza el error, constituyen ambos elementos para calificar la conducta como engañosa, aunque revisten diversa intensidad.

La expresión "engañando" ha de ser entendida como un influjo que trabaja en forma ilusoria sobre la inteligencia o el sentimiento del sujeto pasivo. De esta manera, el engaño se puede exteriorizar en hechos, manifestarse en falsas peticiones, promesas expresas o en tácitos ofrecimientos, aunque muchas de las veces confluyen en un mismo engaño, los hechos, actitudes y palabras.

En los hechos, se manifiesta en la entrega de un objeto diverso en su identidad, sustancia, cantidad o calidad de aquel que debería ser entregado; por ejemplo, las entregas de cobre por

oro, de cuentas de vidrio por piedras preciosas, de mercancías faltas de peso o medida o de una calidad inferior a la estipulada, las enajenaciones de cosas propias o gravadas, etc. En estos casos, el engaño puede darse en el momento de la convención jurídica o en el instante del cumplimiento, pero la consumación del delito opera en esta última.

Algunos de estos fraudes contractuales aparecen de manera específica en las fracciones II, III, VII, XII y XIII del artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal.

También se dá el engaño a través de peticiones o promesas falsas, logrando de está manera las mentiras engañosas del sujeto activo para inducir en el error al sujeto pasivo y lograr la entrega de la cosa. Estos casos pueden darse en forma expresa o tácita, ésta se dá cuando el sujeto activo externa una serie de actividades manifestativas de su voluntad y que tienen el alcance de un valor entendido, como por ejemplo, el individuo correctamente vestido que entra a un restaurante, ordena una suculenta comida que después se niega a pagar.

El Código Penal en el artículo 367, en sus fracciones I, IV, V, VI, XI y XV, señala algunos fraudes específicos donde se aprecian los ofrecimientos y promesas falsas, tal es el caso de la persona que recibe dinero o valores ofreciéndose encargar de la defensa de una persona o de cualquier asunto y no lo realice

sin causa justificada; o bien, al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe, etc. sólo por mencionar algunos ejemplos.

En resumen, las simples mentiras, los ofrecimientos merdaces y las peticiones falsas, son medios idóneos para engañar, cuando están orientadas a inducir en el error a la víctima y realizar un acto de disposición patrimonial; es decir, se debe de tomar en consideración la finalidad perseguida por el sujeto activo. Por lo que podemos decir que dentro del engaño se encuentran las siguientes afirmaciones:

a).- Que no es necesario que el engaño consista en actos materiales o en fingidas escenas corroboradoras de las aseveraciones del reo, sino que basta que se produzca mediante palabras engañosas.

b).- Que en el engaño existe un elemento objetivo y otro subjetivo, consistente el primero en que aquél ha de ser suficiente para mover la voluntad de la víctima; y el segundo se integra por la circunstancia de susceptibilidad para producir error en individuos sanos y adultos, lo que le lleva a desprenderse de una parte de su patrimonio, de la que no se hubieran desprendido de no mediar la equivocada confianza en la validez de ese estado subjetivo que el autor del delito produjo con malicia.

**b).-Aprovechamiento del error.**

Dentro de los elementos del fraude señalados en el artículo 386 del Código Penal, también se dá como medio idóneo de comisión del delito, el aprovecharse del error en que se haya el sujeto pasivo, donde el agente desarrolla una actividad positiva en forma falaz para reforzar el error en que aquel se halla inmerso e impedir que remedie el error; por lo que, el mantenimiento del error implica un comportamiento engañoso, configurándose, de ésta manera, el delito de fraude por omisión comisiva.

Esta conducta fraudulenta se manifiesta en múltiples ocasiones en el silencio que asume el sujeto activo, con el cual asiste el error de la víctima, también puede manifestarse en palabras o hechos para asistir y confirmar la equivocación en que la víctima se hallá, impidiendo con esta actitud que la víctima salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba sumida y de está manera disponer de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. El Art. 387 en sus fracciones VIII y XVII, menciona algunos de los fraudes específicos del aprovechamiento del error, por ejemplo:

VIII -Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

XVII -Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecute o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega.

En ambos casos, el sujeto activo se vale de la ignorancia del sujeto pasivo para obtener el resultado. Al respecto el maestro Jiménez Huerta, manifiesta que el silencio es un signo ambiguo, más en ocasiones o circunstancias determinadas está completa la finalidad fraudulenta y disvalor jurídico; quien recibe de más y al percatarse del error devuelve la demasia, no comete ningún hecho reprobable, pero si una vez en su poder el dinero, consecuencia viciada por error, al conocer éste decide quedarse con aquél incumpliendo el deber jurídico de devolverlo, con violación del mandato de hacer contenido en la norma preceptiva, está realizando una conducta omisiva que le produce

como resultado causal de su omisión, un enriquecimiento ilícito. En tal hipótesis, la conducta está revestida de ilicitud en una omisión y no en un actuar positivo.

c).-El acto de disposición.

Como consecuencia fáctica que produce la conducta fraudulenta del sujeto activo, se da la disposición patrimonial que efectúa el sujeto pasivo del engaño.

El delito en estudio, se distingue de los demás por la entrega voluntaria del objeto que hace el sujeto pasivo, al sujeto activo, motivado, claro esta por el engaño.

En efecto, las maquinaciones o las palabras engañosas, mueven la voluntad de la víctima que tiende a realizar el acto de disposición patrimonial debido a ese engaño al que se encuentra inmerso. Al respecto se establece que el sujeto pasivo debe contar con la capacidad psicológica suficiente de entendimiento, pues de lo contrario, sin esa capacidad de entender y de querer, el delito de fraude no puede existir, ya que no se puede afirmar que hubo disposición patrimonial por parte de la víctima; por ejemplo, en el caso de que el sujeto pasivo se hallare en un estado de incapacidad por embriaguez o abuso de enervantes y en



esas condiciones entregase la cosa al agente y éste la recibe, no constituye un verdadero fraude, sino más bien un apoderamiento, típico del robo.

El acto de disposición puede ser una conducta de hacer o no hacer y recaer sobre dinero, bienes muebles o inmuebles, derechos de cualquier clase o inclusive en prestación de servicios personales.

Concluyendo, el estafador al ocultar la realidad obtiene una disposición patrimonial que el engañado no hubiere hecho si hubiere conocido la verdad ocultada.

d).- Lucro indebido.

La disposición que hace el engañado presupone un daño, un perjuicio o la pérdida injusta de un derecho para el titular del patrimonio, consistente en una disminución de dinero; es decir el daño patrimonial se traduce al valor de lo defraudado, el cual debe ser un valor económico determinable objetivamente, por lo que el valor afectivo es irrelevante para la configuración del delito desde el punto de vista penal.

La conducta engañosa en el delito de fraude, ha de tener por fin, como se indica en la parte final del artículo 386, la de obtener alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. En efecto el

daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo, debe corresponder al enriquecimiento indebido del defraudador, cuando sucede esto, el delito de fraude queda consumado. Por el contrario, no obstante los engaños o maquinaciones del sujeto activo, no logra hacerse de la cosa o alcanza el lucro indebido, en éste caso el delito queda en grado de tentativa, pues no se ocasiona ningún daño patrimonial.

El lucro existe desde el momento que el agente obtiene la entrega de la cosa mueble o inmueble o la firma del crédito que obliga al sujeto pasivo o del documento que contiene su renuncia a un derecho, aún cuando el sujeto activo conserve la cosa sin darle utilidad, beneficio o ganancia alguna, el delito de fraude se tipifica.

Del estudio y análisis del delito de fraude, llegamos a la conclusión de que el hecho se expresa en todos aquéllos actos que tiendan a producir mediante el engaño, un estado subjetivo de error en el sujeto pasivo del delito o aprovecharse del mismo para hacerse ilícitamente de una cosa o bien obtener un lucro indebido.

En consecuencia, la conducta consiste en engañar a alguien o en aprovecharse del error en que éste se encuentra, con voluntad de realizar los actos necesarios para colocar al pasivo en un estado subjetivo de error o bien en callar o no denunciar

tal error, aprovechancuse de él en forma voluntaria, con lo que se integra tanto el elemento físico como psíquico de aquélla. Más no basta para integrar el hecho, que exista la conducta conformada por sus citados elementos y el resultado ya precisado, sino que además se requiere que entre uno y otro exista un nexo de causalidad, de manera que si el resultado no es consecuencia de la acción u omisión comisiva del sujeto, no puede hablarse del hecho objetivo del fraude.

Resumiendo, encontramos que dentro de los elementos del fraude, el engaño supone de acuerdo a lo expresado, una actividad del agente para inducir al error a otro mediante la explotación del mismo, obteniendo la entrega de la cosa o la obtención de un lucro indebido; en el aprovechamiento del error no es necesario una actividad del sujeto activo, quien por lo general simplemente se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho, para así llegar al resultado antijurídico. No obstante, habrá casos en que el agente para reforzar el estado de error del sujeto pasivo, realiza actos tendientes a mantener dicho error para así obtener el lucro o la entrega de la cosa.

Lo común al engaño y al aprovechamiento del error, es el estado psíquico en que se encuentra la víctima, una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos, lo que conduce a la obtención de alguna cosa, privación de un derecho o alcanzar un

lucro indebido por parte del agente, trayendo como consecuencia un daño o perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo de la relación.

## CAPITULO III

### EL CONTRATO EN MATERIA CIVIL.

#### 3.1. Definición y generalidades del contrato.

##### a) Concepto.

En nuestro Derecho Positivo, se ha definido al contrato como un convenio, tomando este concepto en sentido estricto, es decir, como un acuerdo de voluntades encaminadas a crear y transmitir derechos y obligaciones, ya que el convenio en su sentido lato, es el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones. El contrato como todo acto jurídico, tiende siempre a producir consecuencias de derecho, que pueden ser derechos y obligaciones reales o personales, una vez que se hayan reunido los elementos esenciales y de validez que requiera el contrato en particular, siendo esto: la manifestación de voluntad de las partes y el objeto posible y lícito, pues faltando estos elementos el acto no podría producir los efectos deseados por las partes y sería inexistente o afectado de nulidad absoluta o relativa, según el caso.

El contrato como creador de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, está impedido para abarcar contenidos de otra naturaleza, como son los derechos políticos, los del estado civil, etc., ya que de manera determinante la Ley regula estos contenidos y excluye toda voluntad de los particulares a la creación de estos derechos, por razones de política legislativa y de que podrían poner en peligro la vida misma del Estado.

Se ha discutido mucho la naturaleza de algunos contratos, como el de matrimonio o el de adopción, en los que no sólo debe existir la manifestación de voluntad de las partes, sino que se deben cumplir además con requisitos indispensables, sin los cuales no podrían tener vigencia; por ejemplo, en el contrato de matrimonio, en que se requiere para su existencia, la presencia de ciertas Autoridades del Estado, que le van a dar al acto la solemnidad requerida por la Ley. En el caso mencionado, no bastaría que tuviese los elementos esenciales de todo acto jurídico encaminados a producir los efectos deseados por los contratantes, puesto que, debe concurrir la intervención de otras personas ajenas a lo convenido para reunir los elementos ordenados, esta exigencia de la Ley desvirtúa por completo la naturaleza jurídica del contrato, pero también se justifica por el interés colectivo que podría lesionarse de no tomar en cuenta esta medida.

Existen otros aspectos dentro de la teoría general de los contratos, en cuanto a la justificación de la obligatoriedad de los mismos, se han elaborado tres tesis que tratan de solucionar el problema del porqué obligan los contratos.

La primera de ellas nos indica que lo fundamental de la obligación reside en la voluntad de una de las partes, es decir, del deudor que se ha obligado porque él ha querido así.

La segunda nos dice que la reunión de las voluntades de los contratantes ha creado una voluntad autónoma, independiente, de la cual pueden derivar derechos y obligaciones.

Una tercera tesis afirma que el contrato obliga porque es una norma creada por las partes de acuerdo con el sistema jurídico de un estado determinado.

La primera solución es falsa, puesto que traería como consecuencia que el cumplimiento de la obligación quedaría al arbitrio del deudor el cumplirla o no, toda vez que él es su creador.

El segundo ensayo es verdadero, solo en parte, puesto que si bien es cierto, en múltiples ocasiones el consentimiento de los contratantes puede crear derechos y obligaciones, no es

concebible jurídicamente que exista esta voluntad contractual como algo independiente de la voluntad de las partes, ya que es la única que tiene vida y no como algo distinto de ella.

La tercera solución, de acuerdo con el sistema Kelseniano, es el siguiente: el contrato obliga, porque ha sido creado de conformidad con lo dispuesto en las reglas del Código Civil vigente en un momento determinado y a su vez este ordenamiento tendrá una justificación, puesto que está elaborado en relación con una Ley de más alta jerarquía y así sucesivamente hasta llegar a la Ley suprema de un país, o sea a la Constitución que viene a regir todo el sistema jurídico.

Otro aspecto que trata la teoría general de los contratos, es lo relativo al principio de obligatoriedad, que viene a ser el fundamento o base de todo sistema jurídico, puesto que las prestaciones que derivan de los contratos deben de cumplirse de conformidad con lo convenido, respecto al lugar, tiempo, modo y materia.

Cuando las partes han convenido de una manera clara y precisa el contenido de un contrato, no hay problema; pero en el caso de que por alguna circunstancia no prevista no se haya señalado algún punto resolutivo al mismo, pueden surgir problemas



en cuanto al lugar de la entrega de la cosa, o bien, en los que se refiere a la clase o calidad de los objetos vendidos, etc., es entonces cuando la Ley viene a suplir la voluntad de las partes.

Como una excepción al principio de la obligatoriedad de los contratos, encontramos la situación que se presenta cuando una de las partes no puede cumplir las obligaciones que ha convenido por causas ajenas a su voluntad, siempre y cuando hayan sido imposibles de preveer.

Dicha excepción se agrupa en la siguiente teoría:

Teoría de la imprevisión, basada fundamentalmente en la equidad y la buena fé que funciona cuando siendo posible el cumplimiento, origina la ruina del deudor, dado que para satisfacer la prestación tiene que hacer un sacrificio patrimonial desproporcionado en relación con el que hubiere hecho en situaciones normales.

Por lo que respecta a nuestro Código Civil y Procesal Civil y en todo el sistema de contrato se reconoce el principio de equidad y buena fé en la celebración, en la vigencia, en el cumplimiento y en la interpretación de los mismos.

Equidad y buena fé como norma no sólo para las partes, sino para el Juez.

Por último tenemos términos de gracia, el Código Procesal Civil dice que cuando el demandado confiesa la demanda, el Juez está obligado a conceder términos de gracia.

Artículo 508 del citado ordenamiento legal:

"Solo hasta después de asegurados los bienes por medio del secuestro, podrán tener efecto los términos de gracia concedidos por el Juez o por la Ley".

Otro problema a tratar es el relativo a la interpretación de los contratos. Debemos hacer una consideración importante antes de entrar en materia, por las ventajas que ofrece, consistentes en la diferenciación entre la interpretación del contrato como acto jurídico y como norma que han creado las partes; puesto que si interpretamos al contrato como acto jurídico, nos encontraríamos únicamente con sus elementos de definición. En cambio, si lo hacemos considerándolo como una norma y lo relacionamos con el sistema jurídico a que pertenece, podemos determinar debidamente su sentido, es decir, considerar el contrato como un producto de ordenamiento jurídico y establecer relaciones entre éste y la Ley, para poder esclarecer los términos dudosos de un convenio.

Hay dos teorías que nos indican la forma de poder interpretar el contrato, bien sea que nos apeguemos estrictamente al texto, a los términos exactos del mismo; o bien, que se tome en cuenta la intención de los contratantes cuando existe duda sobre las estipulaciones por ser oscuras y poco precisas para su cumplimiento. En el primer caso, nos encontramos con un sistema objetivo, y en el segundo, con un sistema subjetivo. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se muestra partidario de un sistema mixto, es decir, que en caso de duda prevalecerá la intención de las partes, el párrafo final del artículo 1851 del ordenamiento legal antes citado, dice: "si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquélla"

Debemos tratar así mismo el problema referente a la integración de la norma contractual, cuando por las estipulaciones de las partes no fuese posible resolver determinada situación por no haberse previsto. Es el caso de las lagunas en los contratos, problema que existe en la Ley misma, con la única diferencia que las normas contractuales son de menor jerarquía que las Leyes dentro de un sistema jurídico y a su vez también las leyes se encuentran en un plan de inferioridad respecto de otras leyes de mayor jerarquía y así sucesivamente hasta llegar a las Leyes Constitucionales; volvamos a fundamentar y resolver este punto, de acuerdo con el sistema Kelseniano de la pirámide jurídica y así mismo hacemos esta referencia porque el

contrato por su integración se encuentra en un plan ventajoso por tener un sistema jurídico superior en donde existe una amplia legislación de materias para suplir la voluntad de las partes.

**b).- El contrato como fuente de las obligaciones.**

El jurista italiano Roberto de Ruggiero, en su obra Instituciones de Derecho Civil, al tratar el tema de las fuentes de las obligaciones manifiesta lo siguiente: Desde un punto de vista rigurosamente científico, si por causa de la obligación se entiende todo hecho jurídico, generador de la relación contractual, las causas de todas las obligaciones se pueden agrupar en dos grandes categorías: a) Hechos consistentes en la libre manifestación de la voluntad que produce el nacimiento de un vínculo obligatorio; es decir, declaraciones de voluntad hechas con la intención de obligarse; y b) Hechos de otra naturaleza que no implican determinación volitiva alguna y a los cuales el derecho asocia al efecto de producir un vínculo jurídico.

El contrato como una manifestación de voluntad de las partes con objeto de producir consecuencias de derecho, puede clasificarse dentro del primer grupo, toda vez que las obligaciones nacen de un acto jurídico bilateral o unilateral. Y

al segundo grupo pertenecen las obligaciones que derivan de la Ley, es decir, sin la intervención de la voluntad de las partes, como es el caso del hecho ilícito.

El contrato viene a ser la principal fuente de las obligaciones, en virtud de ser un cuerpo de voluntades encaminadas a crear y transmitir derechos y obligaciones, su ámbito es más amplio que otras figuras jurídicas, como la gestión de negocios, enriquecimiento ilegítimo, etc.

c).-Clasificación de las obligaciones.

Las obligaciones pueden ser:

- 1.- Obligaciones Civiles.
- 2.- Obligaciones Mercantiles.
- 3.- Obligaciones Mixtas.

1.- Dentro del ámbito del derecho interno las obligaciones civiles son las que tienen mayor relevancia para nuestro estudio. Las obligaciones civiles son las que se generan por una relación entre personas, las cuales deben regir sus conductas de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil, ya sea la derivada de un contrato estipulado en el propio ordenamiento o bien de una gestión de negocios.

2.- Las obligaciones mercantiles o comerciales son las que se dan entre personas que deben regir su conducta de acuerdo a lo estipulado en las leyes mercantiles o bien aquellas que intrínsecamente las propias leyes mercantiles o comerciales las considera sin importar las personas que las realizan.

3.- Obligaciones mixtas, llamadas así por que se desprenden de una relación emanada entre dos o más personas, en la cual una de ellas efectúa una conducta de ventaja personal del objeto de la misma relación, y la otra realiza una conducta de intermediación en el cambio, lo que lleva a una obligación civil-mercantil.

En el antiguo Derecho Romano sólo se admitían dos fuentes de obligaciones: el acto lícito y el acto ilícito. Más tarde, cuando esta clasificación, por ser sumamente reducida fué insuficiente para admitir gran número de obligaciones que no se originaban directamente de los grupos citados, sino de causas análogas al contrato y al delito, nacen de esta manera el cuasi-contrato, y el cuasi-delito, ya dentro del Derecho Moderno se admitió una categoría más, como la encontramos en la teoría tradicionalista de los civilistas franceses e italianos, quienes declaran que las obligaciones reconocen como causa alguna, la Ley.

Otra clasificación es la inspirada por el Código Alemán que reduce en dos grupos o categorías las fuentes de las obligaciones, es decir, el contrato y la Ley; en oposición a la teoría tradicionalista que divide las fuentes en: la Ley, el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito.

### 3.2.- Elementos esenciales del contrato.

En el máximo acto jurídico por excelencia que es el contrato, encontramos perfectamente diferenciados los elementos esenciales de los de validez, conforme a nuestro actual Código Civil.

En el Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, se mencionaba como elementos del contrato, el consentimiento, el objeto, la capacidad y la forma. Decía al efecto el artículo 1279 de ese ordenamiento:

"Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I.- Capacidad de los contratantes; II.- Mutuo consentimiento; III.- Que el objeto material del contrato sea lícito; IV.- Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la Ley".

En nuestro Código Civil vigente se hace una clasificación de éstos elementos, distinguiéndose como esenciales, el consentimiento y el objeto posible; y como de validez, la capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto motivo, fin o condición del contrato. dicen en este sentido los artículos 1794 y 1795 del Código Civil respectivamente :

"Para la existencia del contrato se requiere: I.- Consentimiento; II.- Objeto que pueda ser materia del contrato". y "El contrato puede ser invalidado: I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.- Por vicios del consentimiento: III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece".

Con base en esta clasificación, no podemos confundir los elementos esenciales, con los elementos de validez en el acto jurídico, cuyo ejemplo característico es el contrato, aunque para el presente trabajo haremos el estudio de ambos, toda vez que partiremos de la base, de un acto jurídico plenamente válido, para poder estudiar la resolución del mismo.

a).- El Consentimiento.



Consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades, que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones.- en los convenios lato sensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.

Dada su naturaleza, el consentimiento se forma por una oferta o policitud y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse primero y es la oferta o policitud; es decir, que una parte propone algo a la otra, respecto a un asunto de interés jurídico. La aceptación puede darse en forma condicional o introduciendo modificaciones. Si la oferta no es aceptada en los términos en que se haya hecho, desde el punto de vista jurídico el oferente no está obligado a mantenerla. Si el contrato es entre presentes la oferta debe aceptarse inmediatamente; si es modificada, el oferente no tiene obligación de sostenerla. Si el contrato es entre ausentes, la respuesta condicional o que entraña alguna modificación, libera también al oferente de sostener la oferta.

En la formación del consentimiento entre presentes la discusión que se sostiene entre las partes, permite que la oferta sufra modificaciones de tal manera que aunque el oferente no esté obligado a sostenerla por su propio interés, acepta esas modificaciones y se llega a un consentimiento.

Cuando existe ausencia de consentimiento, falta al contrato un elemento esencial y, por tanto, es inexistente. Sin embargo tenemos casos en que existe una apariencia de consentimiento que motiva la inexistencia del contrato, como en los siguientes casos:

- 1.- Cuando las partes sufren un error respecto a la naturaleza del contrato.
- 2.- Cuando sufren error respecto a la identidad del objeto.
- 3.- En los contratos simulados.

El segundo caso; se presenta cuando hay error sobre la identidad del objeto y ocurre generalmente respecto de cosas semejantes.

En cuanto al último caso: se presenta en la simulación absoluta de contratos. Existe la simulación absoluta cuando las partes declaran falsamente lo que en realidad no han convenido ni quieren que se lleve a cabo. De manera que hay un acto aparente

en el que falsamente declaran su voluntad, y un acto secreto en el que se dice que aquella manifestación de voluntad no es real; que simplemente se realiza para los terceros, pero no para los contratantes.

De lo que se deduce, que en el contrato simulado existe solo un consentimiento aparente; pero demostrado el acto secreto viene por tierra ese consentimiento aparente y por lo tanto, tenemos la inexistencia del contrato.

Hemos dicho que el consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades sobre un punto de interés jurídico; si los contratantes se encuentran presentes, el contrato se forma en el momento en que el aceptante da su conformidad a la oferta que le hace el policitante. Esta conformidad debe ser lisa y llana, pues si implica modificación, el policitante queda desligado y entonces el aceptante se convierte en oferente en cuanto a la modificación propuesta, y el oferente se convierte en posible aceptante respecto a esa modificación.

De esta manera, en el contrato de depósito, se da el consentimiento de los contratantes: tanto del depositante cuando elije y acepta al depositario, y cuando este acepta, en este momento observamos la manifestación de la voluntad de ambos para dar lugar a la existencia del contrato.

b).-El objeto.

El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho; éstos son los objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato las crea y entonces tiene como objeto la cosa o el hecho. La terminología jurídica ha confundido el objeto de la obligación con el objeto del contrato. Nuestro Código Civil vigente nos dice en su artículo 1824: "Son objeto de los contratos: 1.- La cosa que el obligado debe dar. 2.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer"

Se debe distinguir el objeto directo que es crear o transmitir obligaciones en los contratos y el objeto indirecto que es la cosa o el hecho que así mismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta.

El objeto inmediato del contrato es en realidad la obligación que por el se constituye, pero como ésta a su vez, se tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato o las causas o servicios que son materia de las obligaciones de dar o de hacer. (19)

---

(19).- Gastán Tobeñas, Derecho Civil Común y Floral. Tomo III, página 341.

En las obligaciones de dar, el objeto consiste en la cosa cuyo dominio o uso se transmite; como requisitos esenciales de la cosa señalaremos los siguientes: a) La cosa debe ser físicamente posible; b) la cosa debe ser jurídicamente posible.

La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir; por lo tanto, hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede existir, en la naturaleza.

El segundo requisito esencial de la cosa objeto del contrato, consiste en que sea jurídicamente posible, se dice que lo es cuando está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica; por lo tanto, son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse. Dice el artículo 1825.

"La cosa objeto del contrato debe: 1.- existir en la naturaleza. 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3.- Estar dentro del comercio.

El objeto en las obligaciones de hacer debe ser posible, tanto física como jurídicamente, se dice que hay una imposibilidad física para ejecutar una obligación de hacer, cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho,

constituyendo un obstáculo insuperable de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación convenida.

Por lo tanto, la imposibilidad física de las obligaciones de hacer debe conceptuarse en términos absolutos cuando el hecho vaya en contra de una ley de la naturaleza que constituye un obstáculo insuperable para su realización: por ejemplo, el convenio por el cual se trate de sustraer un objeto a la ley de gravedad, implicaría una prestación imposible desde el punto de vista físico.

Sobre esto, los artículos 1827 y 1828 de nuestro Código Civil vigente establecen:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: 1.- Posible. 2.- Lícito, y " Es imposible el hecho que no puede existir por que es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

Además, el objeto debe ser posible desde el punto de vista jurídico. Habría imposibilidad jurídica, cuando el hecho no puede realizarse por que una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución. Se aplica el

mismo concepto de la imposibilidad física; en la imposibilidad jurídica no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación por cuanto que la ley impide de plano su posibilidad de ejecución. De tal manera que la norma jurídica no es violada, sino que constituye un impedimento que hace incompatible la realización del acto con la norma y desde el punto de vista legal el acto no tiene, ni tuvo existencia alguna.

En las prestaciones de hacer, aún cuando la ley no lo diga expresamente, se sobre entiende que el deudor debe prometer un hecho propio. La promesa respecto de hecho ajeno (promesa de Portefort) no puede obligar al tercero por quien se hace dicha promesa, sólo obliga a quien la formula o procurar que aquél tercero ejecute el hecho prometido. Por lo que se infiere, que la obligación de procurar comprende un hecho propio del deudor, ya que este se compromete a ejecutar todas las gestiones humanas necesarias para que el tercero realice el acto.

El segundo requisito necesario en el objeto de las obligaciones de hacer o de no hacer, consiste en la licitud de la prestación o de la abstención. En términos generales, se dice que es lícita la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley. Existen actos que son considerados como ilícitos por cuanto que van en contra de una ley, pero el grado de ilicitud no es suficiente para que el legislador lo sancione con la nulidad;

pero si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra de una ley de interés público, prohibitiva o imperativa o en contra de las buenas costumbres.

### 3.3.- Requisitos de validez.

#### a).- Capacidad de las partes.

Capacidad es la facultad para adquirir, poseer y ejercer derechos, o sea es la aptitud para ser titular de los derechos o sujetos de una relación jurídica.

Para la celebración de un contrato se requiere la existencia de una persona física con capacidad natural o de una persona jurídica que asuma la obligación de una prestación y la acepte. Cuando hablamos de capacidad, debemos referirnos a la capacidad jurídica y no a la natural, ya que ésta se refiere a todos los hombres que están íntegramente sanos mentalmente, sin tomar en cuenta la edad de las personas.

En el caso de los elementos de validez en los contratos cuando no se reúnen los elementos mencionados de conformidad con lo que exige la ley, traería como consecuencia la nulidad en sus diversos grados, es decir, nulidad absoluta o relativa, se produciría la primera cuando se realizaran hechos contrarios a las leyes o violando leyes prohibitivas o de interés público y



cuando se tratare el caso de lesionar intereses particulares produciria la nulidad relativa, pero hay que tomar en cuenta que un contrato aunque esté afectado, de nulidad produce sus efectos entre las partes y el acto seguirá produciéndolos hasta que no exista un mandato judicial que impida sus consecuencias.

Estos tipos de nulidad son contemplados por el Código Civil Argentino, por lo que toca a la primera, o sea la nulidad absoluta, se encuentra regulada en su artículo 1047, estableciendola en los siguientes términos:

"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación." (20)

En cuanto a la segunda que es la nulidad relativa se contempla por dicho ordenamiento en su artículo 1048: "La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez, sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el

---

(20).- Raymundo M. Saluat. "Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones en General", Editorial La Ley, Buenos Aires 1947, páginas 542 y 543.

Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio lo han establecido las leyes.

b).- Ausencia de vicios en el consentimiento.

Según el artículo 1812 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, nos dice "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

1.- El error.

Para Borja Soriano (21) citando a Hern Ard (Tomo II, número 1161) "El error es una creencia no conforme con la verdad".

Para Rafael Rojina Villegas (22) el error es una creencia contraria a la realidad, es decir un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad, con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad, vicia a ésta o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa.

El Error puede ser según Borja Soriano:

---

(21).- Manuel Borja Soriano, Obra Citada, Tomo I, pág.245, No.335

(22).- Rafael Rojina Villegas, Obra Cit., Tomo I, Vol. I pág. 349.

1.- De aritmética, o sea de cálculo "el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique" (artículo 1814 del Código Civil vigente para el distrito Federal).

2.- De hecho, este error recae sobre hechos materiales.

3.- De derecho que recae sobre una regla de derecho.

Clasificación.- El error puede presentar tres grados de gravedad, según los cuales sus efectos varían, ya impiden la formación del contrato, ya lo hace simplemente anulable, ya carece de influencia sobre él. En el primer caso se dice que hay un error de obstáculo, en el segundo error de nulidad y en el tercero error indiferente.

El artículo 1813 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dice:

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contrata, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

El error por disposición del artículo 2228 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, produce la nulidad del acto, de acuerdo con el artículo 2230 del mismo ordenamiento legal, sólo puede invocarse por el que lo ha sufrido. Este error que algunos autores llaman fortuito es puramente casual derivado de la equivocación de la propia víctima.

## 2.- El dolo y la mala fé.

El artículo 1815 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dice:

"Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a algunos de los contratantes; y por mala fé la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido".

El artículo 1816 de la Ley de la Materia establece:

"El dolo o mala fé de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

El Dolo y la Mala Fé importan siempre premeditación y el propósito de engañar o de no desengañar, cuando ha nacido naturalmente.

Propiamente hablando el dolo no es en sí un vicio del consentimiento, vicia la voluntad sólo en tanto que induzca al error, y que éste sea además un error que se llama fortuito que no supone dolo en los contratantes o en un tercero que han ejecutado un conjunto de maquinaciones o artificios precisamente para inducir a error a una de las partes.

### 3.- La violencia.

La violencia llamada así por el Código Civil vigente para el Distrito Federal y por lo anteriores de 1870 y 1874, es aquéllo que produce en el ánimo del sujeto que la sufre, una intimidación, dada la impresión, el temor que alterando la voluntad vicia al consentimiento y produce la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento.

### c).- Licitud en el objeto, motivo o fin.

El artículo 1795 en su fracción tercera del Código Civil vigente para el Distrito Federal a la letra dice:

"El contrato puede ser invalidado frac. III.- por que su objeto, o su motivo o fin sea ilícito" y el artículo 1831 del mismo ordenamiento legal añade: El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

No son actos ilícitos los contrarios a las leyes prohibitivas que se establecen generalmente como una restricción de la libertad contractual, impuesta por la necesidad de salvar el interés colectivo de la preponderancia de la autonomía privada, así mismo, son ilícitos los actos que van en contra de las leyes de orden público, de derecho público, preceptivas o imperativas, como quiera que se les llame y que hablando en términos generales, son las de derecho constitucional, administrativo, penales y procesales, además ciertas normas de derecho privado, que se han dictado de manera imperativamente y de interés general como las relativas al estado y capacidad de las personas. La ley niega también su protección al contrato cuyo objeto tiene un contenido inmoral o sea que van en contra de las buenas costumbres y estados, según Ferrara citado por Borja Soriano (23) en su obra dice:

"Está minspirado en el sentido de profundo respeto a la conciencia de la sociedad, que no sea turbada y trastornada por especulaciones torpes y por contratos

---

(23).- Manuel Borja Soriano, Obra Citada, Tomo I, página 176.

escandalosos y en un sentimiento de dignidad que la ley tiene por sí misma porque no quiere convertirse en instrumento de la maldad de otros y hacer servir la forma del contrato y la fuerza obligatoria que le es anexa, para constreñir a otros a una acción o prestación inmoral".

### 3.4.- Formalidades prescritas por la ley.

Es un presupuesto de validez en los contratos que la voluntad se manifieste con las formalidades que en cada caso exige la ley, es decir si la voluntad no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad absoluta.

Las formalidades que requiere la ley suponen siempre el consentimiento expreso, en el tácito no hay formalidades, y dentro del primero las formalidades suponen que la voluntad se manifiesta siempre en un documento público o privado, es decir, por escrito.

En la actualidad para la expresión del consentimiento revistiendo una formalidad, la ley se ha preocupado solo de reglamentar la forma escrita. Es por esto que en el derecho moderno en rigor sólo son contratos formales aquéllos que deben celebrarse por escrito aquellos que se pueden otorgar en forma

verbalmente ya no se reputan formales, porque no se requiere el uso de palabras sacramentales o determinadas, para que el consentimiento se exprese única y exclusivamente en esa forma.

Por lo que respecta al lenguaje mimico, que es otra forma del consentimiento expreso, este no es un medio apto para celebrar contratos formales.

En la actualidad los negocios jurídicos y especialmente los contratos tienen en principio validez por la sola manifestación de voluntad, sin necesidad de recurrir a formalidades determinadas, solo por excepción, cuando la ley exige una forma especial se deroga la regla general. También en el derecho contemporáneo se sostiene que por razones de seguridad respecto a las partes y con relación a terceros así como para evitar controversias, que de otra manera serían frecuentes, se requiere escritura pública para la validez de determinados contratos de cierta trascendencia por su cuantía o por la naturaleza de los derechos que se transmitan o constituyan, especialmente tratándose de derechos reales inmobiliarios, ha habido un renacimiento del formalismo, pero ya sin el contenido sacramental del primitivo Derecho Romano, para lograr los fines y garantías antes mencionados.



El requisito de forma en los contratos cuando se hubiere omitido, trae como consecuencia que el acto se encuentre afectado de nulidad relativa; se considera que la falta de forma no es un elemento esencial en los contratos y que cuando las partes han manifestado su voluntad de manera indubitable sin cumplir los requisitos exigidos por la ley, no lesionando intereses colectivos, ni las buenas costumbres, cualquiera de las partes puede pedir que se le otorgue la forma prescrita por la ley. Art. 2232 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

### 3.5.- Clasificación de los contratos.

La doctrina y el derecho positivo establecen que los contratos pueden ser:

- 1.- Unilaterales y bilaterales.
- 2.- Onerosos y gratuitos.
- 3.- Conmutativos y aleatorios.
- 4.- Reales y consensuales.
- 5.- Formales y consensuales.
- 6.- Principales y accesorios.

7.- Instantaneos y de tracto sucesivo.

Estas son las diferentes formas o características de que pueden estar afectados cualquiera de los contratos que se encuentran estipulados dentro de nuestro Código Civil vigente.

Considero necesario mencionar la clasificación de los contratos reconocida por nuestro derecho positivo, con el objeto de observar la ubicación del contrato de depósito, que es el objeto y análisis del presente trabajo.

Nuestro Código Civil distingue los contratos:

- Preparatorios.- Promesa.

- Traslativos de dominio.- Compra-venta, cesión de derechos y acciones, permuta y donación.

- Traslativos de uso y disfrute.- Arrendamiento, subarriendo, servidumbre, comodato, y mutuo.

- De trabajo y gestión.- Arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, contrato de empresa o de obras por ajuste a precio alzado, transporte, mandato, corretaje y pública promesa.

- Constitutivos de personalidad y de gestión colectiva.-  
Contrato de sociedad, de colectividad y comunidad especiales y  
aparceria.

- De custodia.- Depósito, secuestro y hospedaje.

- Aleatorios.- Seguro, renta vitalicia, juego, y apuesta.

- De garantía.- Fianza, prenda e hipoteca.

## CAPITULO IV.

### EL CONTRATO DE DEPOSITO.

#### 4.1.- Definición y características.

Como ya vimos, el contrato de depósito se encuentra dentro de los llamados contratos de custodia, junto con el secuestro y el hospedaje.

Al depósito se le define como un contrato por virtud del cual el depositario se obliga a recibir una cosa mueble o inmueble que el depositante le confía, para que la custodie y restituya cuando éste se lo pida. Siendo definido por el artículo 2516 del Código Civil, vigente en el Distrito Federal que dice:

"El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble, que aquél le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante".(24).

Analizando este concepto, nos encontramos que el depósito es oneroso, ya que impone provechos y gravámenes recíprocos, como lo expresa el artículo 2517, del citado ordenamiento, que dice:

---

(24).- Sánchez Medel, Ramón, "De los contratos civiles", Edit. porrúa, México 1988, página 293.

"Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito".

Es bilateral, se da por acuerdo de las partes, existiendo obligaciones y derechos recíprocos entre los contratantes; consensual en oposición al formal, ya que no necesita para su validez del consentimiento escrito; consensual en oposición al real, siendo que el Código Civil actual establece que existe aún desde antes de la entrega de la cosa.

En este contrato, el deber de custodia es principal y no como sucede en otros contratos (arrendamiento, mandato, prenda, etc) donde el deber de custodia es secundario. En efecto, el fin y función principal de este contrato es la custodia, donde el provecho es exclusivo del depositante, el servicio se presta a éste por el depositario, que proporciona el lugar del depósito para custodiar la cosa y vigilar su conservación, con la prohibición de servirse de la cosa en beneficio propio o de otro.

#### 4.2.- Tipos de depósito.

El depósito puede ser: 1.- Mercantil. 2.- Administrativo. 3.- Judicial. y 4.- Civil.(25)

---

(25).- Rojina Villegas, Rafael, compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa. México 1989.

1.- Mercantil.- Según el Código de Comercio, el depósito es mercantil cuando tiene por origen una operación comercial, cuando recaé sobre cosas mercantiles o si es entre comerciantes. Al respecto el artículo 332 del código citado establece:

"Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se hace a consecuencia de una operación mercantil".

En el Código de Comercio se encuentra regulado este tipo de depósito en los artículos 332 al 338; el depósito bancario de dinero lo reglamenta los artículos 267 a 275 de la Ley General de Títulos y Operación de Crédito, y los artículos 276 a 279 de este mismo ordenamiento, se refieren al depósito bancario de títulos.

2.- Administrativo.- Se dá cuando alguna ley lo ordena con motivo de una concesión, permiso o autorización administrativa, la necesidad de constituyendose el depósito ante un órgano del estado; por ejemplo, la Ley General de Vías de Comunicación, exige depósitos para los concesionarios o para otorgar permisos. En materia fiscal se preveen diferentes depósitos que tienen el carácter de garantía.

3.- Judicial.- El depósito puede ser judicial en los casos en que la Ley lo requiera, tanto en materia penal como en civil un depósito en calidad de coacción, pero en estos casos se desvirtúa la naturaleza del contrato para convertirse en una prenda.

4.- Civil.- Se dá cuando el depósito no se encuentra regulado por el Código de Comercio o por la Ley Administrativa, sujetándose al Código Civil, y constituye un acuerdo entre dos o más personas con capacidad legal para contratar.

El depósito también puede ser regular o irregular, el primero se dá cuando el depositario no puede disponer ni usar de la cosa depositada, debiendo restituirla individualmente, el segundo opera, cuando si está autorizado para disponer del bien, en virtud de que se puede constituir sobre bienes fungibles, teniendo la obligación de devolver otro de la misma especie y calidad, en cuyo caso se convierte en mutuo.

Hay algunas figuras que se confunden con el contrato de depósito, como son el secuestro judicial y el secuestro convencional, el primero no es un contrato, sino un acto procesal, donde el depositario recibe el bien por decreto del Juez (arts. 2530 y 2544 del Código Civil); el segundo se dá, cuando los litigantes depositan la cosa disputada en poder de un tercero, que se obliga a entregarla, cuando haya concluido el

pleito al que resulte victorioso (art. 2541 del Código Civil). Además de que no puede liberarse de sus obligaciones antes de la terminación del pleito, a menos que sea por consentimiento de las partes o por una causa que el juez considera legítima, (art. 2542).

#### 4.3.- Figuras afines.

En algunos contratos, se presenta la situación de que una de las partes tiene las obligaciones y los derechos propios de un depositario, sin que exista un contrato autónomo o accesorio de depósito, así por ejemplo, en una prenda de una cosecha pendiente de recolectar (art. 2857 in fine), o en el mandato (art. 2559 in fine); también en el contrato de hospedaje, donde se incluyen dentro de éste, las normas sobre el depósito en hoteles y casas de huéspedes (arts. 2535 a 2537), en este caso se trata de una obligación del posadero, que se dá del propio contrato de hospedaje y no de un contrato de depósito autónomo o inmerso al contrato de hospedaje.

#### 4.4.- Elementos esenciales del depósito.

a).- Elementos reales.- Por lo que respecta al objeto, el Código Civil Vigente establece que puede recaer en muebles o inmuebles, comprendiendo también valores, documentos, títulos de crédito, según sea la naturaleza civil o mercantil del objeto.



Se requiere que el objeto no sea fungible, por que en este caso se trataría de un contrato de mutuo o del llamado depósito irregular, como ya lo vimos. Puede ser objeto de un contrato de depósito una cosa que no se encuentre dentro del comercio.

b).-Elementos de validez.- Capacidad, las partes que intervienen en el contrato son depositante y depositario, requiriendo ambos de la capacidad general para contratar. No se exige en el depositante la propiedad sobre el objeto, sino que basta que este tenga la posesión o el cuidado de ella; por lo que, el arrendatario, el usufructuario o el mandatario, pueden constituir el contrato de depósito, a no ser que la guarda de dicha cosa deba ser personal, como ocurre con el mismo depositario que no puede encargar a otro el depósito (art. 2516 y 2522).

Por lo que se refiere a la incapacidad de las partes, que trae como consecuencia la nulidad relativa del contrato, no los libera de sus obligaciones; es decir, si el depositario es el incapaz, tiene que devolver la cosa que recibió (art. 2520 y 2239) y solo debe pagar daños y perjuicios si procedió de mala fe (arts. 2520, 2521 y 640). Si el depositante es el incapaz, no

está obligado a pagar retribución al depositario, pero debe reembolsar los gastos que hubiere erogado por la conservación de la cosa.

La incapacidad de una de las partes, obliga al otro a indemnizarle los daños y perjuicios causados por dolo o por mala fe, por ejemplo, si el depositario capaz, por su dolo o malicia obtiene una cosa en depósito de un incapaz, además de sus obligaciones generales, tiene la de indemnizar de los daños y perjuicios causados.

La forma.- Es un contrato consensual, la formalidad se da solo como medida de seguridad de las partes, no como requisito para la validez del contrato.

La entrega de la cosa no es el medio para perfeccionar este contrato, sino una etapa de su ejecución después del acuerdo de las partes. Ordinariamente en el momento mismo de la celebración del contrato la obligación de recibir la cosa se cumple, debido a que en ese acto entrega la cosa el depositante al depositario, pero si pueden llegar a existir intervalos entre la celebración, entrega y recepción.

#### 4.5.- Obligaciones de las partes.

##### a).- Obligaciones del depositario.

Son cinco sus obligaciones: 1.- Recibir la cosa. 2.- Custodiar y conservar la cosa. 3.- Dar aviso al dueño de la cosa, o a la autoridad competente, en caso de que la cosa depositada haya sido robada. 4.- No usar la cosa depositada. y 5.- Restituir la misma cosa.

1.- Recibir la cosa.- (Art. 2516), ya quedó explicada al tratar la naturaleza consensual del depósito. Puede esta obligación implicar en ocasiones el deber de acondicionar o de alquilar bodegas, graneros, vasijas, etc., para la guarda de la cosa depositada.

2.- Custodiar y conservar la cosa.- En el derecho romano se establecía: "Que el depositario debe guardar y conservar la cosa depositada como si fuera propia, con el cuidado y diligencia que acostumbraba emplear en la guarda de sus propias cosas". Deduciendo que si el depositario que fuere extremadamente cuidadoso y vigilante de sus cosas, no empleare el mismo cuidado y vigilancia en la guarda de las cosas depositadas, sería responsable de los perjuicios que resultaren.

En otros términos, la ley no exige del depositario mayor vigilancia y cuidado que aquellos que emplea en sus propias cosas, por que el depositante tiene facultad de elegir la persona

a quien confiarle el depósito, teniendo en cuenta sus antecedentes y aún convenir con ella a que le preste el la guarda de la cosa, mayor diligencia que la determinada por la ley.

En efecto, ésta obligación implica la custodia material para conservar la integridad física de la cosa, y la custodia jurídica que consiste en la realización de actos para la conservación de la cosa; como por ejemplo: la interpelación judicial para evitar la prescripción extintiva de un crédito, el cobro de intereses o del crédito mismo.

El que recibe la cosa, asume voluntariamente la obligación de guardarla, se debe manifestar en forma expresa o tácita, sino no puede existir esta obligación, además es necesario que ésta obligación sea la causa principal de la entrega del bien.

Planiol dice que ésta obligación de custodia a cargo del depositario, es una obligación de resultado, por que salvo prueba en contrario, se presume la culpa del depositario tanto para el caso de pérdida como para el deterioro de la cosa.

Debido a que esta obligación tiene un carácter "intuitu personae" esta debe cumplirse por el depositario (Art. 2516 y 2522 del Código Civil), sin perjuicio de valerse de auxiliares o

empleados, pero no puede delegarse a un tercero a través de un subcontrato de depósito, a menos de estar facultado expresamente por el depositante para hacerlo.

En la obligación de conservar la cosa, el depositario esta obligado a responder de todos los daños y perjuicios que sufra la cosa y que le sean imputables. Si perece la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, perece para su dueño; si perece por culpa grave del depositario, éste debe cubrir su valor.

En el caso que haya necesidad de hacer gastos para la conservación de la cosa, el depositario debe avisar al depositante para que éste le otorgue los fondos necesarios, si a pesar del aviso no lo hace, no hay responsabilidad por la inactividad del depositario, por no haber en él malicia o negligencia (Art. 2522 in fine); pero si se trata de gastos urgentes que no sea posible el aviso previo, debe erogarlos el depositario, con el derecho de exigir después su reembolso (Art. 2532). A éste respecto, la diferencia que tiene con el comodato, es que los gastos de conservación ordinaria de la cosa en el depósito son por cuenta del depositante y en el comodato por cuenta del comodatario.

3.- Dar aviso al dueño de la cosa o a la autoridad competente en caso de que la cosa depositada haya sido robada:

Al respecto, los artículos 2523 y 2524 del Código Civil establecen:

Art. 2523.- "Si después de constituido el depósito tiene conocimiento el depositario de que la cosa es robada y de quién es el verdadero dueño, debe dar aviso a éste o a la autoridad competente, con la reserva debida".

Art. 2524.- "Si dentro de ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que por ello quede sujeto a responsabilidad alguna".

**4.- No usar la cosa depositada.**

El código civil de 1884, establecía que en este caso, el contrato mudaba de especie y se convertía en mutuo, comodato, uso o usufructo (Art. 2561 del Código Civil de 1884). Sin embargo, aunque no se haya autorizado el uso de la cosa, hay que determinar en cada caso en interés de que parte se celebró el contrato, si del "tradens" o del "accipiens", o sea del depositante o del depositario; es decir, en el depósito no hay obligación, ni derecho de usar la cosa, salvo pacto en contrario y solo para cuidar mejor la conservación de la cosa.

**5.- Restituir la misma cosa.**

El depositario deberá devolver la misma cosa depositada en el estado en que la recibió (Art. 2522), salvo que la cosa se hubiere deteriorado o perdido por caso fortuito o fuerza mayor y que el depositario pruebe éstas circunstancias.

Existe la restitución por un objeto equivalente; cuando se haya perdido por malicia o negligencia del depositario; o si la cosa depositada se hayaba asegurada y se perdió, la indemnización que cobre por ella el depositario debe devolverla al depositante.

La restitución de la cosa debe hacerse al depositante, sea o no el dueño de ella, a menos que el depositario descubra que la cosa es robada y conozca a su dueño, entonces debe dar aviso a la autoridad competente o al dueño, con la debida reserva, pero en este caso, si en el plazo de ocho días siguientes al aviso, no existe orden judicial para que el depositario retenga o entregue la cosa, podrá sin ninguna responsabilidad devolverla al depositante. (Art. 2523 y 2524).

Cuando son varios los depositantes, si no existe acuerdo respecto a quien debe restituirse, se requiere del consentimiento de la mayoría de ellos, por sus intereses, no por personas, pudiéndose pactar que se entregue a cualquiera de los

depositantes (Art. 2525). El depositario podrá entregar una parte de la cosa a cada depositante, si al celebrarse el depósito, se señaló la que a cada uno correspondía (Art. 2526).

También el depositario no puede entregar la cosa cuando judicialmente se haya mandado retener o embargar (Art. 2528), Pero no puede retener la cosa como prenda para garantizar un crédito que tenga contra el depositante (Art. 2534). A diferencia del derecho Francés, donde se autoriza al depositario a retener la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le debe. (26).

El tiempo para la entrega de la cosa depositada, está al arbitrio del depositante, aunque exista un plazo; es decir, el depositante se puede pedir su devolución en cualquier momento aunque el contrato se encuentre fijado un término (Art. 2522), en virtud, de que éste contrato se celebre por regla general en beneficio del depositante. También el depositario puede devolver la cosa cuando quiera (en el caso de que no se haya fijado plazo para devolverla), con la condición de que le avise con anticipación al depositante cuando necesite prepararse para la guarda de la cosa (Art. 2531). Igualmente puede devolver el depositario la cosa, cuando exista justa causa para hacerlo (enfermedad, un viaje, etc.), aún cuando se haya fijado plazo (Art. 2529). Sólo en estos casos puede el depositante obtener

---

(26).- Jossierand, Ob. cit, Tomo II, V. II, página 282.



una reducción de la retribución convenida, no así cuando el depositante haya solicitado la devolución anticipada del depósito (Art. 2522).

No existe el derecho de retención de la cosa a favor del depositario para garantizar un crédito a su favor y a cargo del depositante, sea derivado del depósito o de otro origen (Art. 2533 y 2534), a menos que judicialmente se haya ordenado o autorizado la retención de la cosa (Art. 2530 y 2533).

El lugar donde debe hacerse la restitución, es el lugar pactado, a falta de éste, debe devolverse en el lugar en donde se encuentra la cosa, siendo los gastos de entrega por cuenta del depositante (Art. 2527).

#### **b).-Obligaciones del depositante.**

Son principalmente dos: 1.- La de remunerar al depositario. y 2.- Indemnizar al depositario.

La primera obligación se dá como consecuencia natural de este contrato, donde se debe retribuir al depositario por el monto convenido y a falta de pacto conforme a los usos del lugar en que se constituya el depósito. (Art. 2517).

La retribución a cargo del depositante debe pagarse íntegra, aunque hubiere pedido la devolución anticipada del depósito.

También es obligación del depositante, la de indemnizar al depositario de todos los gastos necesarios que hubiere erogado en la conservación de la cosa, así como de los perjuicios que haya sufrido con motivo del depósito (Art. 2532). Antes de hacer dichos gastos, debe dar aviso al depositante para que lo provea de fondos, a menos que se trate de gastos urgentes que no sea posible el aviso, en cuyo caso debe erogarlos el depositario sin perjuicio de que después se le reembolse su importe (Art. 2532). Esta obligación es eventual y de realización posterior al contrato, es decir, no nace con el contrato.

#### 4.6.- Modos de terminación.

En la terminación de éste contrato, además de las normales, existen las siguientes causas especiales:

1.- La denuncia o desistimiento del depositante, aunque no haya llegado el plazo estipulado (Art. 2522).

2.- La denuncia o desistimiento del depositario, cuando no se ha fijado plazo (Art. 2531), o cuando se hubiere estipulado plazo, siempre y cuando el depositario tenga justa causa para devolver el depósito con anticipación al plazo (Art. 2529).

## CAPITULO V

### FRAUDE EN EL DEPOSITO

#### 5.1. El dolo civil y dolo penal.

Para entrar al estudio del presente tema, considero necesario hacer un análisis sobre las diferencias y semejanzas que actualmente encontramos entre el dolo civil y el dolo penal, ya que el dolo viene a ser un elemento primordial para poder determinar el engaño en la celebración de un acto jurídico, conocer las consecuencias del mismo (daño causado), así como la vía, ya sea penal o civil según proceda, para hacer valer nuestros derechos en contra del sujeto activo de la relación.

##### a).- Concepto.

Dolo.- Denota una deliberada intención de causar injustamente un mal a alguien; es decir, la acción ha de ser violatoria del deber jurídico de ajustar nuestra conducta a las normas de rectitud y buena fé. (Podría ser una definición en sentido amplio para ambas materias).

Enrique Ferri.- Dice que en el dolo concurre la intención de lesionar el derecho de otro con un fin antisocial y antijurídico.

**b).- Especies de dolo.**

Se clasifica en dos tipos:

1.- Dolo bueno.

2.- Dolo malo.

1.- El dolo bueno.- Son todas las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración del contrato, por ejemplo.- Los "merolicos" que expenden sus productos en la vía pública y hacen alabanza de ellos, tan exagerada pero hábil que inducen a la compra del objeto.

2.- El dolo malo.- En este tipo de dolo, se distinguen los ilícitos penales y los ilícitos civiles, siendo necesario distinguir: El dolo Civil y el dolo Penal.

**c).- El dolo civil.**

Es el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa en la celebración de un acto jurídico.

En materia civil, se distingue al dolo como un vicio de la voluntad y por otro lado como un elemento de la responsabilidad civil.

En el primer caso, es decir, el dolo como un vicio de la voluntad, consiste en toda clase de artificios o sugerencias tendientes a provocar el error en el autor del acto o en cualquiera de las partes que en él intervienen, de manera tal que si el sujeto conociera ese falso conocimiento no habría celebrado el acto jurídico o cuando menos habría otorgado su voluntad de otra manera diferente a aquella que fue emitida en condiciones de engaño.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 1815, establece:

"Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fé la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

De la anterior definición se desprende que para el legislador el dolo se produce:

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

1.- Por medio de sugerencias o artificios que se empleen para inducir a error.

2.- Por medio de sugerencias o artificios que se empleen para mantener en el error a alguno de los contratantes.

3.- Disimulación del error por uno de los contratantes, una vez conocido, (mala fé).

d).- Características del dolo en materia civil.

1.- Se presenta en el momento de la celebración del contrato.

2.- Las maniobras o sugerencias empleadas tienden a sorprender la voluntad de uno de los contratantes creando en él un error.

3.- El error así inducido debe recaer sobre el motivo que determina al autor del acto a declarar su voluntad para celebrarlo.

En efecto, la parte que ha sido víctima de las maniobras dolosas, otorga su voluntad debido al ese falso conocimiento de la realidad al que ha sido inducido para celebrar el acto.

El dolo se distingue de la mala fé, en que en ésta el sujeto activo no ha provocado el error en el pasivo, sino que se beneficia de esta situación en que ya se encuentra el pasivo y se limita a disimular el conocimiento de ese error; es decir, el dolo requiere de una conducta, de una acción y la mala fé de una conducta omisiva de simulación de un error. En éste último el sujeto activo no incurre con engaño, pero se conduce con perfidia, manteniéndolo en el error y así celebrar el contrato. Ambas nulifican el contrato.

Para el derecho es igualmente reprochable una conducta positiva o negativa, ya que ambas impiden que la voluntad se forme en los contratantes de manera plena y conciente de la realidad.

**e).- El dolo como elemento de la responsabilidad civil.**

Surge en la etapa de ejecución de la obligación contraída en forma voluntaria o derivada directamente del ordenamiento jurídico. A diferencia del dolo como vicio de la voluntad que actúa en el momento de la celebración del contrato.

En la responsabilidad civil, el dolo no requiere de una conducta insidiosa, ni tiende a producir error alguno, basta que el agente de una manera intencional cause sin derecho un daño a otro, ya en su persona o en sus bienes. En este caso, el daño



causado por dolo es intencional, donde el agente ha actuado ilícitamente y por eso surge la responsabilidad civil de reparar el daño así originado.

Otro elemento a distinguir dentro de la responsabilidad civil, es el de culpa, en el cual se produce una lesión originada por la falta de atención o de cuidado en la persona que lo ha causado, pero en ambas el que actúa compromete su responsabilidad frente a la víctima.

f).- El dolo en materia penal.

En materia penal, el dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico o la omisión de una acción esperada con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto u omitir la acción debida y con representación del resultado que se quiere o consiente.(27)

El dolo denota la volición, apoyada en el conocimiento correspondiente que preside la realización de la conducta descrita en los tipos de delito que requieren esa forma de

---

(27).- Jiménez de Azua, Luis. Tratado de Derecho Penal: Tomo V, Página 417, Editorial Lozada. S.A. Buenos Aires, Argentina.

referencia psicológica del sujeto a su hecho. Es el propósito o intención de cometer el delito. El Código Penal utiliza la palabra intención igual a dolo.

El Código Penal en su artículo 9o., define al dolo, como sigue:

"Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley". Es decir, el dolo importa un saber (conocimiento) y un querer (volición), que apunta a los elementos de la correspondiente figura delictiva.

El agente actúa con dolo cuando sabe o conoce lo que ejecuta, ese conocimiento abarca los elementos normativos del tipo.

Zaffaroni dice: "La Previsión del resultado pertenece al dolo, si va acompañado de una previsión de la casualidad que no se separe en forma sustancial de la causación de ese resultado por parte del autor".

Al conocimiento se suma un querer (volición), que es la desición que realiza la acción; es decir, la voluntad que preside la realización del delito doloso. Querer es determinación a un propósito y no sólo desear.

g).- Clasificación del dolo en materia penal.

El dolo se clasifica en:

- 1.- Dolo directo.
- 2.- Indirecto o mediato, y
- 3.- Eventual.

1.- El dolo Directo.- La voluntad del sujeto va dirigida a todo aquello que constituye el delito. (intención).

2.- El dolo Indirecto y el eventual.- El resultado delictuoso que al autor se le impuso en estos títulos no es la meta, si no el resultado, aparece en su meta vinculado a ella de modo necesario o positivo, con independencia de que el agente lo desee o no. Produce consecuencias accesorias, representadas como de ocurrencia posible o segura; esta última en el dolo indirecto, y posible en el dolo eventual. Ambas cuentan con la voluntad y la aparición de la consecuencia accesoria.

De este análisis, llegamos a la conclusión, de que el dolo en su doble aspecto, tanto civil como penal, participa del carácter de la intención y del fin que pretende alcanzar el agente que en última instancia lesiona el derecho de otra persona.

En efecto, en el momento de celebrar el acto jurídico, en ocasiones una de las partes está en error, no porque haya caído fortuitamente en él, sino que, por el contrario fue llevado o inducido a ese error por su co-contratante, o bien por una persona ajena al acto jurídico a celebrar. Por lo que, el error producido por dolo se reduce exclusivamente a la oposición de que se induzca a él, no al caso de que se mantega (mala fe).

Si se induce al error, será activa la conducta para llevar al pasivo ese estado, constituyendo una conducta malévola que debe ser reprimido por el derecho, ya que el acto jurídico no debe ser un medio para la consagraciones de actos consumados por intenciones maliciosas o inmorales.

## 5.2. Ilícito civil y fraude penal.

A continuación, presento algunos de los estudios referentes a éste punto, que ha sido muy discutido por muchos juristas de todas las épocas y de diversas escuelas, donde se tratan de establecer los límites entre el fraude civil y el fraude penal; es decir, cuando el incumplimiento de un acto jurídico de naturaleza obligacional, como lo son los contratos, incurre el sujeto activo en responsabilidad civil y cuando en responsabilidad penal.

La tendencia del derecho romano, considera que esta indagatoria no es absolutamente de derecho, sino que implica casi exclusivamente una apreciación de hecho. (28)

El problema ha surgido en la propia existencia del delito de fraude, ya que éste se engendra en ocasión de una relación jurídica de naturaleza obligacional, sea en su motivación, nacimiento, en su ejercicio o ejecución; y no como sucede en el delito de robo, que es una marcada violación directa contra el derecho real de propiedad o posesión.

El Derecho Romano estableció que para que existiera la criminalidad, era necesario un "engaño magno"; en este mismo sentido Giuliani, decía que el engaño fuera de tal naturaleza que pudiera ilusionar a un diligente padre de familia, (29); Pessina, afirmaba que era elemento necesario del fraude penal, la ordinaria prudencia de que, dado su grado intelectual, la víctima debió hacer uso y con la que hubiera fácilmente evitado el engaño (30) y Bochiolini, concluía que había fraude penal si el engaño era de tal naturaleza y entidad que impedía a la víctima valerse de la cautela privada para defenderse. (31).

El maestro Francisco Carrará, afirma: "Que cuando se ha logrado estafar a la víctima, elocuentemente se evidencia su delictuicidad, ya que entre las malas artes del culpable está

---

(28).- Mancini, La truffa en el Código Penal Italiano, Pág. 19.

(29).- Istituzione di diritto criminale, 1840 vol.II, Pág. 593.

(30).- Elementi di diritto penale, parágrafo 120.

(31).- Sulla Dottrina del dolo civile e della frode punibile, 1884

precisamente incluida la de elegir como víctima a un individuo tan crédulo e idiota que aún la más grosera impostura podría abrir brecha en su ánimo".(32)

El profesor Jiménez Huerta, establece: "Que no existen engaños magnos ni engaños sútiles, además de que es imposible medirlos objetivamente, ya que se proyectan sobre la inteligencia de la víctima". En efecto, para que se dé el delito de fraude, nuestra legislación penal vigente no toma en cuenta si la prudencia o diligencia de la víctima pudo o no descubrir el engaño, por lo que la doctrina queda lejos del fraude señalado en la legislación, que además del engaño incluye la del aprovechamiento del error.

La jurisprudencia francesa desde la sentencia dictada el cuatro de abril de 1862, establece el criterio de que se debe hacer una distinción entre artificio material y artificio verbal, diciendo que el fraude penal no puede consistir en simples palabras mentirosas sino que necesita de un apoyo material: una mise en scene, un hecho exterior o la intervención de una tercera persona que corrobore las palabras mentirosas; por ejemplo, dicen que no basta que alguien al dar a otro una pieza de cobre por oro, le afirme ser de este último precioso metal, si a la par no emplea artificios para que la pieza de cobre aparezca con el color del oro. Concluyen diciendo que hay que marcar una diferencia entre la mentira y el artificio, donde el primero no

---

(32).- Programma, parágrafo 2343.

puede constituir delito, ya que nadie puede creer con facilidad en las palabras de otro y si en ellas cree, sufra su torpeza y reclame de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos por su error. Por otro lado, dicen que el artificio, cuando no tiende simplemente a una inocente broma, sino a un injusto despojo, proporciona las condiciones objetivas del delito y para que exista el artificio, no basta el solo discurso, aunque fuera elocuente, mediado y persuasivo, sino necesitase además, que se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas. (33)

La doctrina francesa, habla del medio empleado para la constitución del ilícito, pero no marca la diferencia esencial del fraude civil y fraude penal; es decir, en que momento se dá uno y el otro, siendo que hasta la fecha no se ha podido establecer alguna diferencia lo suficientemente aceptable, e inclusive otros autores han considerado como un fracaso estos esfuerzos, por el hecho de tratar de fijar una distinción entre el ilícito civil y fraude penal, estableciendo la imposibilidad de encontrar una separación ontológica, por ejemplo: Beling afirmaba que no hay antijuridicidad que lo sea tan sólo para el derecho penal y no para el ordenamiento jurídico general (34). Mezger dice: que el derecho forma una unidad cerrada y lo justo y lo injusto es común a todos sus distintos ámbitos (35).

---

(33).- Programma, parágrafo 2344.

(34).- "Der heutige stand der lehre von der Rechtswidrigkeit", en Festschrift, Binding, tomo II, Lleipzig, 1911, pág 360.

(35).- Strafrecht-ein studienbuck, Allegemeiner Teil, 1954, parágrafo 30.

Ahora bien, en la legislación vigente, los elementos del fraude civil y del fraude penal son semejantes, como lo observamos si analizamos los artículos 1815 del Código Civil y el primer párrafo del artículo 386 del Código Penal, que dicen:

Artículo 1815: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se empleen para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes;..."

El artículo 386 del Código Penal establece:

"comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

En el primero, además de la actitud engañosa se requiere el artificio, y agrega el mantenimiento del error; y en el segundo se requiere el simple engaño o el aprovechamiento del error. A simple vista, vemos que pareciera que los elementos del fraude civil se ven más fuertes que los del fraude penal, ya que el primero establece que para el engaño se requiere, además de un artificio, y el segundo sólo marca el engaño, pero si analizamos este último, observamos que en la práctica también se dan los artificios o conductas de los infractores para llegar al engaño.



De igual forma, el fraude civil emplea "el mantenimiento del error" como una actitud más agresiva y continua, ya que el sujeto activo sigue actuando para aquél continúe en su error, y el fraude penal sólo marca "el aprovechamiento del error para alcanzar un lucro indebido o hacerse ilícitamente de una cosa"; es decir, simula que no conoce el error y se aprovecha de él; si analizamos en este sentido las consecuencias de ambos, nos encontramos que los dos causan un perjuicio a los bienes o derechos de la víctima, que es lo que castiga el derecho privado, aunque el derecho penal, establece el lucro indebido o el hacerse ilícitamente de alguna cosa, en la práctica, en la celebración de actos jurídicos, principalmente en aquellos en donde se pone en juego el patrimonio, siempre en todos los casos se observa a la parte ofendida con un quebranto en su patrimonio, por lo que en ambos siempre se va a dar un perjuicio o daño sobre los bienes o derechos de la víctima. De todo esto concluyo y bajo estos razonamientos, que no está muy alejado de la realidad que en estos casos, el delito de fraude constituye contemporáneamente un ilícito civil.

Después de este estudio, de lo que estamos seguros, es de que el delito de fraude protege el patrimonio en las relaciones de los individuos en su vida diaria; es decir, un interés individual de carácter patrimonial que ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad.

El delito de fraude constituye una conducta falaz, donde siempre hay un procedimiento de empujar la voluntad humana por una falsa vía y determinarla a hacer algo que parece provechoso cuando en realidad es perjudicial, provocado un desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición o el lucro indebido por parte del agente.

El fraude, actualmente se ha acreditado como más lucrativo y de menores riesgos que los métodos ya superados por la violencia o habilidad manual, perpetrándose en ocasión de una sutil relación jurídica de naturaleza obligacional, ya sea en su motivación, nacimiento, ejercicio o en su ejecución.

### 5.3. Incumplimiento de las obligaciones en materia civil.

El incumplimiento de la deuda.- O sea lo contrario del pago. Esto es que si una persona está obligada a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo presta conforme a lo convenido, la Ley lo señala como responsable de los daños y perjuicios en los siguientes términos, el artículo 2104 del Código Civil, establece:

"El que estuviera obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080 -(30 días)-.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención".

Si la obligación es de dar y tiene plazo fijo la responsabilidad se finará al vencimiento y si no tuviera plazo cierto en 30 días, tal como lo dispone el mencionado artículo 2105 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

La responsabilidad se basa, además de la devolución de la cosa o su precio, la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios, los cuales deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación; ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Que debe entenderse por daños y perjuicios. El artículo 2108 del ordenamiento citado, define al daño como la "pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". En cuanto al perjuicio el artículo 2109 dice: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". Cabe señalar que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de hacerla efectiva es nula.

Para el cumplimiento de las obligaciones hay excepciones, como por ejemplo, el caso fortuito o fuerza mayor, si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave, en estas circunstancias, el daño lo sufren directamente el dueño, y no será calificado como incumplimiento. Esto desde luego en las obligaciones de dar alguna una cosa.

La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos que la Ley disponga expresamente otra cosa. El artículo 2117 en su segundo párrafo prevee lo siguiente:

"Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultaren de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario".

En efecto, la manera de responder en materia civil, es mediante la reparación de los daños; esta obligación de reparar los daños y perjuicios causados se llama responsabilidad civil.

La responsabilidad civil, es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo; esa reparación se hace a través de una indemnización.

Existen dos formas de indemnizar el daño: La reparación por naturaleza y la reparación por un equivalente.

La primera restablece las cosas al estado que tenían antes del acto dañoso, devolviendo a la víctima al pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

Al no ser posible la reparación del daño en naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados; es decir, se le pagan los daños y

perjuicios, previa estimación legal. Ambas indemnizaciones se contemplan en el primer párrafo del artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que establece:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios".

La obligación de reparar el daño o perjuicio sufrido, debe ser compensatorio; es decir, ser sustituto de los bienes o derechos que se han perdido o deteriorado.

La responsabilidad civil tiene su fuente en un hecho ilícito o en un riesgo creado.

El hecho ilícito.

Nuestro Código Civil en su Artículo 1910 plasma lo siguiente:

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

En este precepto se nota claramente la responsabilidad y la culpa para la persona que comete un acto ilícito, también se observa, un riesgo creado y el hecho de que no es necesario, que exista un delito o un cuasidelito desde el punto de vista penal, ya que basta que el hecho vaya contra las buenas costumbres.

El recordado maestro Rojina Villegas, clasifica los hechos ilícitos inspirado, desde luego, en el Código Civil, como sigue:

a).- Delito penal. Es un hecho doloso que causa daño, sancionado por el Código Penal, y que tiene como sanción la pena corporal y pecuniaria. Esta definición es para el efecto civil de la responsabilidad.

b).- Delito civil. Es un hecho doloso que causa daño y esta sancionado en el Código Civil, y por lo tanto, sólo tiene como consecuencia la reparación del daño, pero no una pena o sanción pública.

c).- Cuasidelito penal. O sea hecho culposo que causa daño y que esta sancionado por una norma del Código Penal, que en consecuencia tiene una pena y una sanción pecuniaria consistente en la reparación del daño.

d).- Cuasidelito civil. Es un hecho culposo que causa un daño, que no tiene sanción penal y que sólo engendra Responsabilidad Civil.

e).- Hechos ilícitos, que no son ni delitos penales ni civiles, porque no tienen sanción pública y porque no originan daño de carácter patrimonial o moral; por consiguiente, no son fuente de obligaciones desde el punto de vista civil.

La teoría subjetiva de la responsabilidad, se encarga del estudio de los hechos ilícitos como fuentes de las obligaciones, y se funda en un elemento de carácter psicológico que es la intención de dañar, obrar con dolo o proceder sin intención de dañar pero si con culpa, por no haberse prevenido los hechos, o por descuido o negligencia, lo que constituye la base de la responsabilidad en los cuasidelitos tanto penales como civiles. En la actualidad la noción de culpa se ha suprimido, para fundarse en la responsabilidad del que causó el daño, ya que basta con acreditar el daño o el uso de una cosa peligrosa, y el nexo causal entre el hecho y el daño, aún cuando no exista culpa.

A continuación enumeramos los elementos de la responsabilidad civil que se dan en el Derecho Mexicano y son los siguientes:

a) La comisión de un daño.



b) La culpa.

c) La relación causa efecto entre el derecho  
y el daño.

Esto se traduce en que la responsabilidad civil supone que se cause un daño, que alguien haya causado ese daño procediendo con dolo o con simple culpa y que medie una relación de causalidad entre el hecho determinante del daño y éste último. Ahora bien, el daño debe ser privado y patrimonial o moral, el cual será reparado; cuando es daño patrimonial podrá repararse en su totalidad o según lo estime la autoridad, y cuando el daño es moral se considera que los valores espirituales de la persona una vez que han sido lesionados, jamás podrán ser devueltos a su estado primitivo, cualquiera que sea la protección jurídica que se les conceda y la sanción que se imponga; sin embargo, el Código Civil en su artículo 1915 señala que cuando sea imposible alcanzar el restablecimiento de la situación anterior al daño, la reparación consistirá en el pago de daños y perjuicios causados, los cuales deberán ser consecuencia directa del hecho ilícito.

Es importante hacer notar, que en la responsabilidad civil no basta la existencia de culpa, si ésta no produce un daño, para que nazca la acción correspondiente, y el derecho para exigir la reparación del daño nace en el instante mismo en que se integran los tres elementos mencionados, culpa, daño y nexa causal.

Resumiendo, la persona incurre en responsabilidad civil por un hecho ilícito, cuando realiza una acción antijurídica, culpable y dañosa; y por riesgo creado cuando utiliza un objeto peligroso con el cual produce un daño. En ambos casos, el agente esta obligado a reparar los daños, a través de una indemnización que consiste en restablecer las cosas a la situación anterior al daño o bien pagado el valor de los daños y el perjuicio, tomándose en cuenta para su cuantía: los daños económicos, daños en la integridad personal o los daños morales.

Son excluyentes de responsabilidad civil: La cláusula de no responsabilidad, caso fortuito o fuerza mayor y la culpa grave de la víctima.

#### Hechos ilícitos penales.

En materia penal, los delitos pueden causar daños como los hechos ilícitos civiles, los cuales deben ser reparados por el responsable, quien además de ser acreedor a una sanción represiva penal, queda obligado a la responsabilidad civil, consistente en la necesidad de indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios sufridos.

La reparación del daño impuesta al delincuente, tiene el carácter de pena pública, salvo cuando se exiga a terceros, donde tendrá el carácter de una responsabilidad civil. Esta reparación

del daño proveniente de un delito, será exigida de oficio por el Ministerio Público. (Artículo 34 del Código Penal). A su vez, el ofendido pondrá a disposición del Ministerio Público y del juez todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño, (Artículo 9 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal).

El artículo 30 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, dispone la reparación de los daños económicos sufridos por la víctima del delito, imponiendo al causante la restitución de la cosa que hubiere obtenido, o de su precio, y la reparación de los daños materiales. También señala, la indemnización del daño moral causado a la víctima o a su familia. El importe de todos los daños económicos o morales, será fijado por la autoridad judicial, que deberá tomar en cuenta su alcance comprobado y la capacidad económica del causante obligado a la reparación.

Cabe señalar, que en materia penal, la lesión individual queda relegada a segundo término y la sociedad aparece como primera ofendida. Surge la necesidad de la tutela penal observando una diferencia entre el interés público y el del ofendido.

Los actos ilícitos pueden producir los daños siguientes:

1.- Daño inferido por el delito a la sociedad. Merece inmediata y preponderantemente protección punitiva.

2.- Daño contingente inferido por el delito sobre un interés privado. Merece tutela accesoria de la Ley penal.

3.- Perjuicio que resulta de la violación de relaciones contractuales o extrcontractuales privadas. Ninguna tutela ni intervención de la Ley ni de la autoridad penal.

La dignificación y realce de la reparación del daño, proveniente del delito, encuentra así mismo, apoyo en estas palabras del penalista Argentino Sebastian Solar: (36).

"Aún las consecuencias del delito que tradicionalmente han sido considerados por naturaleza civil, como es la indemnización del daño causado por el delito, han superado esta concepción meramente privada, para cobrar una valoración nueva, que las aproxima a instituciones de carácter público; el problema social que ello plantea, trasciende el puro interés individual, pues se sistematiza no solamente desde el punto de vista del interés de la víctima, si no también como medio de

---

(36).- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipográfico Editora Argentina, Buenos Aires 1956, Tomo I, página 296.

prevención y como procedimiento general para resolver el problema económico social creado por el conjunto de los perjudicados por la delincuencia".

#### 5.4.- Incumplimiento en el depósito.

Para entrar al estudio del presente tema, es necesario aclarar que me baso sólo al incumplimiento por parte del depositario, ya que partimos de la hipótesis de que el depositante ya hizo entrega del bien al depositario y así analizar la responsabilidad en que incurre éste por su incumplimiento.

Ahora bien, el depositario al recibir la cosa, asume voluntariamente la obligación de guardarla, siendo la causa principal del contrato de depósito la custodia del bien. De igual forma, asume la obligación de conservar la cosa en el mismo estado en que le fué entregada, realizando todos los actos necesarios para cuidar mejor la conservación de la misma; por lo que, responderá de los daños y perjuicios que sufra la cosa por su culpa o negligencia, salvándose de esta obligación cuando los daños sean producidos por caso fortuito o fuerza mayor. Esta obligación produce exclusivamente una responsabilidad civil.

Otra de las obligaciones del depositario, es la de restituir la misma cosa depositada en el mismo estado en que la recibió al depositante, salvo, como lo señale con anterioridad, si se hubiere deteriorado por caso fortuito o fuerza mayor y que se pruebe esta circunstancia; si la cosa se perdió por malicia o negligencia del depositario, se restituirá por una equivalente y si esto no fuere posible, se indemnizará por una cantidad equivalente más el pago de los daños y perjuicios.

Cuando el depositario se niega a entregar la cosa depositada al depositante sin causa justificada, se pueden presentar las siguientes hipótesis:

1.- Que el depositario retenga la cosa para garantizar un crédito a su favor y en contra del depositante.

2.- Que ya no la tenga en su poder por haber dispuesto de la cosa como si fuera el propietario.

3.- Que pretenda adueñarse del bien.

En el primer supuesto, el Código Civil vigente para el Distrito Federal en sus artículos 2533 y 2534, establecen que no existe el derecho de retención de la cosa a favor del depositario para garantizar un crédito a su favor y a cargo del depositante, sea derivado del depósito o de cualquier otro origen, a menos que

judicialmente se haya ordenado o autorizado la retención de la cosa, la responsabilidad es civil, obligando al depositario a devolver el bien al depositante en las mismas condiciones y estado en que le fué entregado. Si existe responsabilidad penal, consistente en el abuso de confianza que se establece en el artículo 384 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que dice:

"Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la Ley".

En el segundo supuesto; es decir, que se niega a restituir la cosa, debido a que no la tiene en su poder, por haber dispuesto de ella como si fuera su dueño, en este caso incurre en responsabilidad penal.

Analizando esta hipótesis, sabemos que disponer de una cosa ajena, tanto significa como apropiársela, esto es, hacerse dueño de ella de propia autoridad, beneficiándose con su posesión o disfrute, como si fuera el propietario, o enajenarla o gravarla mediante un acto jurídico que presupone la presencia de una previa apropiación o la coexistencia de una apropiación

simultánea, en vez de atenerse a la simple posesión, custodia o cuidado del bien, sabiendo que no se tiene derecho para tal disposición por no ser el legítimo propietario.

Este supuesto es castigado por el Código Penal vigente en el Distrito Federal en su artículo 382, que establece:

"Al que, con perjuicio de alguien, disponga para si o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio..."

De igual forma, en el tercer supuesto, que consiste en que el depositario pretenda adueñarse del bien comete el delito de abuso de confianza.

Ahora bien, se puede constituir el delito de fraude si se celebra el contrato de depósito a través del engaño por parte del depositario; es decir, haciendo creer al depositante, al momento de celebrar el acto jurídico, que es una persona honesta, amigable, correcta, etc. y de esta manera logra la celebración del contrato, en donde el depositante hace la entrega del bien, logrando así el depositario su objetivo que es la de obtener el bien para su propio beneficio, no dándose cuenta de esto el depositante sino hasta que requiere al depositario para la entrega del bien, negándose éste a dicha entrega.



La diferencia que en este caso se da, entre el delito de abuso de confianza y el delito de fraude, es que en el primero el Código Penal establece el elemento de la disposición del agente en perjuicio del depositante y en el fraude la obtención del bien, es a través del engaño o aprovechando el error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo.

Por otro lado, el delito de fraude no sólo se presenta en la celebración del contrato, si no que este puede ser posterior; por ejemplo: en el caso de que el depositario pretenda disponer de la cosa para así alcanzar un lucro o se adueñe de ella, siendo estas conductas posteriores a la celebración del contrato, donde realiza una serie de actos o maquinaciones tendientes a hacer creer al depositante que el bien depositado se ha perdido, cuando en realidad esto no es cierto, en este supuesto esta incurriendo en un verdadero fraude, perpetrándose en el incumplimiento del contrato en el momento de ser requerido para la entrega del bien; es decir, si además de la disposición del bien, realiza una serie de actos tendientes a engañar al depositante para entregarle el bien, incurre en el delito de abuso de confianza.

También se puede llegar a tipificar el llamado fraude de administración, cuando el depositario falsifica o altera notas de gastos inexistentes, esto se encuentra contemplado en nuestra legislación penal. De igual forma, el fraude puede ser cometido a una tercera persona y que sea derivado del contrato de depósito

y no directamente al depositante; por ejemplo: en la custodia de un automóvil, donde el depositario extendiendo una carta factura, vende el vehículo a cualquier comprador de buena fe; en este caso lo está engañando, haciéndole creer que el bien es de su propiedad, dándose el engaño al momento de celebrar el acto y el comprador de buena fe se dá cuenta de tal falacia hasta después, causándole de esta forma un perjuicio.

- CONCLUSIONES -

Visto el contenido de los argumentos señalados con anterioridad, se pueden llegar a concretar como tales, las siguientes:

**PRIMERA.-** Para la configuración del delito de fraude se precisa el resultado material, que consiste en el daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo y en el enriquecimiento para si o para otro, logrado por el sujeto activo, valiéndose del engaño o aprovechándose del error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo.

**SEGUNDA.-** En todos los contratos interviene la voluntad de las partes en la realización del conocimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas.

Las reglas sobre contratos son aplicables a todo tipo de convenios y a ciertos actos jurídicos, siempre y cuando no se opongan a su naturaleza o a disposiciones legales especiales sobre los mismos.

**TERCERA.-** En las relaciones contractuales, la obtención del resultado, que funda el interés del cumplimiento, constituye siempre el objeto de la obligación.

La obtención de ese resultado depende casi exclusivamente de la conducta debida del deudor, si en su incumplimiento incurre en responsabilidad penal, se hace acreedor a un castigo o pena pública, además de una sanción pecuniaria por afectar el patrimonio ajeno consistente en la reparación del daño causado; si el incumplimiento sólo acarrea responsabilidad civil, el deudor está obligado al pago de los daños y perjuicios sin ser acreedor a una pena corporal.

CUARTA.- El daño ocasionado en el patrimonio de las personas produce, en quien lo infiere, la obligación de repararlo en favor del ofendido, a quien la ley le otorga una acción para hacer valer sus derechos a la reparación del daño sufrido; por tal motivo, por daño reparable se debe entender sólo aquel que admite la restitución del bien cuando todavía existe o una indemnización equivalente a su valor cuando ha desaparecido; desde este punto de vista, por daño debemos entender la disminución del patrimonio ajeno como consecuencia del delito.

Ahora bien, exigen reparación no sólo los daños causados por dolo, si no también todos aquellos producidos por toda clase de culpa, aún levisima. En estas circunstancias, para el resarcimiento del daño ocasionado por culpa leve o levisima, sin mezcla alguna de dolo, sólo se puede obrar por la vía civil.

En materia penal, cuando existe dolo en la realización del delito, el agente está obligado a reparar los daños causados además de una pena corporal. Si el delito no fué consumado; es decir, quedó en grado de tentativa, el agente también se hace merecedor a una pena corporal y en su caso a pagar los daños causados.

QUINTA.- Al analizar al dolo, tanto en materia civil como penal, se llega a la conclusión de que en ambas participan la intención y el fin que pretende alcanzar el sujeto activo; es decir, este lleva o induce al error al sujeto pasivo y de esta manera obtiene lo que desea, causando perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo.

Ahora bien, los doctrinarios no han podido delimitar cuando un incumplimiento de un contrato, constituye un ilícito civil y cuando un fraude penal, en el caso de que el incumplimiento se ha efectuado con dolo, ya que al analizarlos, parece ser que el dolo que marca el artículo 1815 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, es más fuerte que el estipulado en el artículo 386 del Código Penal de la misma entidad; por lo que concluyo, que el incumplimiento de un contrato, revestido con dolo, constituye al mismo tiempo tanto un ilícito civil como un fraude penal, dejando al arbitrio del sujeto pasivo la vía en que quiera actuar para hacer valer sus derechos, siendo que, un sujeto que actúa con dolo que se

manifiesta en cualquier momento del contrato; es decir, ya sea en su motivación, nacimiento, ejercicio o ejecución, debe ser castigado penalmente, y con esto evitar que se respalden en un escudo civil, como lo es el contrato, para obtener un enriquecimiento ilegítimo en perjuicio de una persona y en consecuencia de la sociedad, ya que el delito de fraude constituye una conducta falaz, donde siempre hay un procedimiento de empujar la voluntad humana por una falsa vía y determinarla a hacer algo que parece provechoso, cuando en realidad es perjudicial, provocando un desplazamiento o disminución del patrimonio en perjuicio del ofendido, además de que la configuración del delito de fraude, no está sujeta a la forma que se le haya dado al acto o contrato civil celebrado, sino a la actuación dolosa realizada en términos de la ley penal.

Cabe distinguir que la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

SEXTA.- La ley penal no sanciona el incumplimiento en los contratos, ya que no alcanza a perturbar el orden público, aunque es reprobable social, moral y jurídicamente que el deudor

rompiendo su compromiso se niega a cumplir con su obligación, cuando se ha vencido el plazo o se ha efectuado la condición a que se encuentra sujeto el contrato.

Sin embargo, considero que el incumplimiento del contrato no es otra cosa que la consumación de la conducta fraudulenta, siendo que el sujeto pasivo no se da cuenta de tal falacia, si no hasta que requiere al agente para el cumplimiento de lo convenido, el dolo se puede presentar en cualquier momento, no sólo se dá en su nacimiento, sino que puede ser posterior a la celebración del contrato y así exista responsabilidad penal; es decir, el acto jurídico de naturaleza obligacional nació limpio, sin vicios, es perfectamente válido, pero uno de los contratantes realiza una serie de maquinaciones o actos tendientes a no cumplir con su obligación o impedir que se cumpla, en este caso observamos que el engaño es posterior, no en el momento de celebrar el acto jurídico, y esta conducta de igual forma, se debe considerar como un fraude, por lo que debe ser castigado penalmente el sujeto activo.

En estos casos, en el área civil cuando el dolo se dá en su nacimiento, produce los efectos de nulificar el acto por encontrarse la voluntad viciada, cuando es posterior trae como consecuencia la rescisión del contrato y en ambas el agente esta obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados al no cumplir con las obligaciones asumidas.



SEPTIMA.- En estas circunstancias, considero necesario que el Ministerio Público, en su carácter de representante social, exiga en beneficio del ofendido la reparación del daño ocasionado por la conducta delictiva del agente.

Por otro lado, el Ministerio Público encargado de la investigación y persecución de los delitos, así como de los presuntos responsables, debe en estos casos; es decir, en aquellos donde exista una relación contractual, realizar una verdadera investigación para determinar si hubo o no engaño, ya que en muchas ocasiones hemos observado que cuando presentamos una denuncia de hechos, donde suponemos que existe el delito de fraude derivado de un incumplimiento contractual, nos encontramos que el Ministerio Público sin entrar todavía al fondo del asunto, por el simple hecho de observar el contrato, determina que no hay delito que perseguir y que el denunciante tiene la vía civil o mercantil para hacer valer dicho incumplimiento, situación que afecta mucho, ya que provoca pérdida de tiempo, más trabajo y lo que es más importante el perjuicio causado en el patrimonio del ofendido.

En efecto el Ministerio Público antes de tomar cualquier determinación, tiene que estudiar a fondo el caso que se pone en sus manos, así como solicitar al denunciante todos aquellos elementos que sirvan de base para llegar a la convicción plena de

que en el caso efectivamente existe dolo y por lo tanto el delito de fraude; pero si no son presentados y probados dichos elementos, entonces si podrá determinar el no ejercicio de la acción penal, y el ofendido hará valer sus derechos por la vía civil o mercantil.

OCTAVA.- Considero que es necesario lo anterior, en virtud de que en la actualidad el delito de fraude adquiere tal fisionomía y perfeccionamiento que el delincuente no corre el menor riesgo, al no existir la violencia en la celebración del acto jurídico o contrato, conducta regulada en principio por el derecho privado, por lo que tal postura, no obstante el dolo o mala fe de que este viciado el contrato, y al no poder ser regulado por el derecho penal, traería consecuencias drásticas, ya que el delincuente se apoyaría en un escudo puramente civil, como lo es el contrato, y así, con el pretexto de celebrar convenios civiles, obtenga un lucro indebido en perjuicio de su co-contratante y en consecuencia en perjuicio de la sociedad, ya que por su intencionada conducta escaparían de la reponsabilidad penal, por lo que considero necesario que se debe tomar más atención y cuidado al manejar denuncias penales, donde tengan que ver relaciones de índole civil como son los contratos, no siendo dable separar la materia civil de la penal, y así evitar se cometan delitos apoyados en un escudo civil.

NOVENA.- El objeto principal del contrato de depósito, es la guarda y custodia de un bien, ya sea mueble o inmueble, teniendo el depositario la obligación de conservarla en el mismo estado en que le fue entregada y de restituirla cuando el depositante se lo pida, siendo responsable por la pérdida o daños que sufra el bien, siempre y cuando no sean ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor.

En estas circunstancias, cuando el depositario incumple con sus obligaciones, además de la responsabilidad civil, incurre según el caso, en una responsabilidad penal, tipificándose el delito de Abuso de Confianza señalado por el artículo 382 del Código Penal vigente para el Distrito Federal; es decir, el incumplimiento en este contrato, se encuentra tutelado en materia penal, pero esto no impide que el depositario pueda incurrir en un delito de fraude, debido a su incumplimiento. En efecto, cuando se comprueba que el depositario actuó con dolo, manifestándose éste en cualquier momento del contrato, y debido a esta actuación, que puede llegar a afectar inclusive a una tercera persona ajena al contrato de depósito, incurriendo en un fraude; siendo que en todos los contratos civiles se puede llegar a manifestar el dolo en cualquier momento y bajo estas circunstancias se llegue a tipificar un delito de fraude y no sólo acarrea una responsabilidad civil.

- BIBLIOGRAFIA -

- 1.- Carmignani, Giovanni. "Elementos de Derecho Criminal". Edit. Temis, 10a. Edición, Bogotá Colombia, 1979.
- 2.- Carranca y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa, 15a. Edición, México, D.F., 1986.
- 3.- Castellanos, Fernando. "Lineamientos Elementales del Derecho Penal". Parte Gral. Edit. Porrúa, 24a. Edición, Méx., D.F. 1987.
- 4.- Castro, Juventino V. "El Ministerio Público en México". Edit. Porrúa, 6a. Edición, México, D.F., 1985.
- 5.- Díaz De León, Marco Antonio. "Tratados sobre las Pruebas Penales". Edit. Porrúa, 2a. Edición, México, D.F., 1988.
- 6.- Díaz De León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Edit. Porrúa, 2a. Edición, México, D.F., 1988.
- 7.- Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil, Primer Curso", Parte General. Edit. Porrúa, 8a. Edición, México, D.F., 1987.
- 8.- Gaudement, Eugene. "Teoría General de las Obligaciones". Edit. Porrúa, 2a. Edición, México, D.F., 1984.
- 9.- González De La Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". Los Delitos, Edit. Porrúa, 22a. Edición, México, D.F., 1988.

- 10.- Jiménez Huerta. "Derecho Penal Mexicano", Volúmen IV, Edit. Porrúa, 4a. Edición, México, D.F., 1988.
- 11.- Osorio y Nieto, César. "La Averiguación Previa". Edit. Porrúa, 3a. Edición, México, D.F., 1986.
- 12.- Pina, Rafael De. "Obligaciones Civiles". "Contratos", Tomo III. Edit. Porrúa, 6a. Edición, México, D.F., 1983.
- 13.- Pina, Rafael De y Pina Vara, Rafael De. "Diccionario de Derecho", Edit. Porrúa, 14a. Edición, México, D.F., 1988.
- 14.- Rojina Villegas, Rafael. "Compendido de Derecho Civil" Tomo III Y IV. Edit. Porrúa, 18a. Edición, México, D.F., 1987.
- 15.- Sánchez Medel, Ramón. "De Los Contratos Civiles" Edit. Porrúa, 9a. Edición, México, D.F., 1988.
- 16.- Zannoni, Eduardo A. "El Daño en la Responsabilidad Civil". Edit. Astrea, 2a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1987.

#### LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.

- 2.- Código Civil vigente para el Distrito Federal.
- 3.- Código Penal vigente para el Distrito Federal.
- 4.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- 5.- Jurisprudencia Civil y Penal.

#### OTRAS FUENTES

- 1.- Revistas Jurídicas.