

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE**

Escuela de Derecho

24

24

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Clave 879309

**Análisis a los Alcances y Eficacia del Pacto  
del Domicilio Convencional en los Contratos  
de Apertura de Crédito con Garantía  
Hipotecaria en Materia de  
Procedimiento Judicial**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

Presenta

*María Guadalupe Kinney García*

A s e s o r:

**Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdez**

**CELAYA, GTO.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**1992**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis 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.

# I N D I C E .

PAGINA

## INTRODUCCION.

### I. GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

|  |    |
|--|----|
| 1.- BREVE RESEÑA SOBRE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES. . . . .     | 2  |
| 1.1 Concepto y diversas acepciones de Garantía. . . . .            | 2  |
| 1.2 Elementos y naturaleza de las Garantías. . . . .               | 5  |
| 1.3 Clasificación de las Garantías. . . . .                        | 10 |
| 2.- GARANTIAS DE LEGALIDAD EN NUESTRA CARTA MAGNA. . . . .         | 11 |
| 3.- DERIVACIONES PROCESALES DE LAS GARANTIAS DE LEGALIDAD. . . . . | 20 |
| 4.- INSTITUCIONES PROCESALES Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL. . . . .  | 22 |

### II. CLAUSULAS QUE PUEDEN PACTARSE EN LOS CONTRATOS CIVILES.

|  |    |
|--|----|
| 1.- CLAUSULAS QUE DEBEN DISTINGUIRSE EN LOS CONTRATOS. . . . . | 27 |
| 2.- CLAUSULA PENAL. . . . .                                    | 29 |
| 3.- OBLIGACIONES MANCOMUNADAS. . . . .                         | 34 |
| 4.- DANOS Y PERJUICIOS. . . . .                                | 37 |

### III. CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL.

|  |    |
|--|----|
| 1.- NATURALEZA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES. . . . . | 40 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 2.- CLASIFICACION. . . . .                             | 45 |
| 3.- MODALIDADES. . . . .                               | 48 |
| 4.- PRINCIPIOS SOBRE OBLIGACIONES MERCANTILES. . . . . | 50 |
| 5.- PRINCIPIOS SOBRE EL CONTRATO MERCANTIL. . . . .    | 56 |
| 5.- REPRESENTACION MERCANTIL. . . . .                  | 61 |
| 7.- REENVIO. . . . .                                   | 63 |

IV. EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

|  |    |
|--|----|
| 1.- CONCEPTO DE CREDITO. . . . .   | 65 |
| 2.- OPERACIONES BANCARIAS. . . . .   | 67 |
| 3.- CONCEPTO DE APERTURA DE CREDITO. . . . .   | 74 |
| 4.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE APERTURA<br>DE CREDITO Y SU DIFERENCIA CON EL PRESTAMO -<br>MERCANTIL. . . . . | 75 |
| 5.- PARTES DEL CONTRATO Y CAPACIDAD. . . . .   | 84 |
| 6.- CLAUSULAS QUE SE PUEDEN FACTAR. . . . .  | 84 |
| 7.- DOMICILIO CONVENCIONAL. . . . .  | 91 |
| 8.- MODALIDADES DE LA APERTURA DE CREDITO. . . . .   | 94 |
| 9.- LA TRASCENDENCIA DE ORDEN PUBLICO PROCESAL -<br>DEL DOMICILIO CONVENCIONAL. . . . .                                | 97 |

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| CONCLUSIONES. . . . . | 114 |
|-----------------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA. . . . . | 122 |
|-----------------------|-----|

## " I N T R O D U C C I O N " .

Al mismo tiempo que cursaba mis estudios de Abogacia, se me brindò la estupenda oportunidad de ingresar a un prestigiado Despacho Juridico, lo que me permitiò ir conociendo diferentes aspectos y materias, entre los que destacan los contratos y el procedimiento sujetos al Derecho Mercantil.

Entre los asuntos de esta rama del Derecho, me llamó mucho la atención los Contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria celebrados con Instituciones Bancarias y me pude percatar de los obstáculos que es necesario salvar, en un momento dado, para poder realizar el requerimiento de pago, el embargo del bien hipotecado, en su caso, y el emplazamiento de la demanda cuando el acreditado, ya dentro del juicio deudor, cambiaba de domicilio por diferentes razones sin hacerlo del conocimiento de la Institución de Crédito correspondiente.

En tal virtud, dichas diligencias por regla general, se realizan por medio de publicaciones de Edictos, lo que origina gastos para el demandado y retrasos en el procedimiento judicial, cuando se puede utilizar legalmente el Domicilio Convencional, pactado de común acuerdo entre el acreditado y la Institución acreditante, que dicho sea

de paso, no es violatorio de los Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no deja en estado de indefensión como se pudiera pensar al acreditado deudor.

La posibilidad de poder usar dentro del proceso jurisdiccional este Domicilio Convencional, que da celeridad al mismo, me motivò para realizar este trabajo, en el que demuestro los beneficios de poder requerir de pago y en su caso embargar para posteriormente emplazar al demandado, y que esta serie de diligencias son totalmente válidas, pues como lo indico dentro de la presente tesis, son ya algunos Jueces quienes convencidos de la legalidad de la figura del Domicilio Convencional han autorizado que las diligencias a que antes he hecho referencia, en èl se practiquen.

C A P I T U L O I .

G A R A N T I A S C O N S T I T U C I O N A L E S .

# I. GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

## 1.- BREVE RESEÑA SOBRE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

### 1.1 CONCEPTO Y DIVERSAS ACEPCIONES DE GARANTIA.

La palabra "GARANTIA" proviene del término anglosajón WARRANTY o WARRANTY, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (TO WARRANT). Garantía equivale, pues, en su sentido lato a "ASEGURAMIENTO" o "AFIANZAMIENTO", pudiendo denotar también "PROTECCION", "RESPALDO", "DEFENSA", "SALVAGUARDIA" o "APOYO". (1)

El diccionario de la Real Academia Española define así el vocablo GARANTIA: "Acción o efecto de afianzar lo estipulado". (2)

En el lenguaje vulgar, usual, garantía es todo aquello que se entrega o se promete, para asegurar el cumplimiento de una oferta que puede ser lisa y llana o supeditada a la satisfacción de un requisito. Esa connotación expresa también el carácter accesorio de la garantía respecto de un

(1) BURGOA Ignacio, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, p. 161.

(2) BAZDRESCH Luis, GARANTIAS CONSTITUCIONALES, Editorial Trillas, S. A., México, 1990, p. 111.



acto principal e incluye los dos aspectos de la garantía, uno en interés de quien ofrece, y otro en interés de quien acepta.

En el ámbito jurídico existe primero la noción de la garantía en el derecho privado, que es el pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de alguna obligación, como la prenda, la hipoteca o la fianza. En el derecho público la noción de la garantía comprende básicamente una relación subjetiva, pero directa entre la autoridad y la persona, no entre persona y persona. Esa relación se origina, por un lado, en la facultad soberana de imponer el orden y regir la actividad social y, por el otro, en la necesidad de que las personas no sean atropelladas en sus derechos humanos por la actuación de la autoridad.

Así, Kelsen alude a "las Garantías de la Constitución" y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a los normas jurídicas secundarias, es decir, para "garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido". (3)

(3) KELSEN, citado por BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 163.

Para Bazdresch, las garantías no están restringidas a los individuos, sino que comprenden a las personas morales de derecho privado, y aun en ciertos casos a las de derecho público, y por lo tanto deben ser designadas como GARANTIAS CONSTITUCIONALES O DE DERECHO PUBLICO y no garantías individuales. (4)

Ignacio Burgoa las denomina como GARANTIAS INDIVIDUALES o GARANTIAS DEL GOBERNADO, en virtud de que la Constitución otorga garantías en favor de todo gobernado, asegurando, protegiendo, defendiendo o salvaguardando a éste frente al poder público, manifestado en multitud de actos de autoridad provenientes de los órganos del Estado. (5)

Nuestra Constitución, en su Título Primero, denomina al Capítulo I "GARANTIAS INDIVIDUALES".

Por su parte, el Lic. Roberto Navarro González, catedrático de nuestra Escuela de Derecho, denomina a las Garantías como TUTELAS CONSTITUCIONALES.

Como es de observarse, los doctrinistas no han llegado a una opinión uniforme en la acepción estricta y específica

(4) BAZDRESCH Luis, ob. cit., p. 19.

(5) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 165-166.

que debe tener el concepto de GARANTIA en el derecho público y, específicamente, en el constitucional.

De esta manera, para efectos de elaboración del presente capítulo, se designarán a las Garantías con el término de GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

## 1.2 ELEMENTOS Y NATURALEZA DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

### A) NATURALEZA:

En la vida de cualquier estado o sociedad existen tres fundamentales tipos de relaciones, a saber las de coordinación, las de supraordinación y las de supra a subordinación.

Las relaciones de coordinación son los vinculos que se entablan merced a una gama variada de causas entre dos o mas sujetos fisicos o morales dentro de su condición de gobernados. Esas relaciones pueden ser de indole privada o de carácter socioeconómico. El primer caso constituye el Derecho Privado y el segundo el Derecho Social.

Las relaciones de supraordinación se establecen entre

los diferentes órganos de poder o gobierno de un Estado o sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos. Esta normación configura el Derecho Constitucional y el Administrativo.

Las relaciones de supra a subordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea, que surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado, por el otro. Este tipo de relaciones constituyen las garantías constitucionales, que se traducen en relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro. (6)

#### B) SUJETOS:

La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía consta de dos sujetos, a saber, el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.

El sujeto activo o gobernado de las garantías, debe

(6) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 166-167.

entenderse a aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva.

Este sujeto activo puede darse en diferentes tipos de entes jurídicos, tales como las personas físicas o individuos en sentido estricto, las personas morales de derecho privado (sociedades y asociaciones), las de derecho social (sindicatos y comunidades agrarias), las de derecho público (personas morales y físicas) y los organismos descentralizados.

El sujeto pasivo está integrado por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo. Así los organismos descentralizados pueden ser también sujeto pasivo de la garantía, cuando dicho organismo realice frente al particular algún acto de autoridad, si la legislación respectiva prevé esta posibilidad. (7)

#### C) OBJETO:

La relación jurídica que existe entre los sujetos de la garantía genera para ellos, derechos y obligaciones que

(7) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 168-178.

tienen un contenido especial.

La garantía constitucional implica un derecho que hace valer obligatoriamente el sujeto activo frente al Estado y sus autoridades, surgiendo para el sujeto pasivo una obligación correlativa.

De esta manera, la garantía Constitucional se traduce en un Derecho Subjetivo Público: Derecho porque tiene el calificativo de jurídica, porque se impone al Estado y a sus autoridades, es decir, están obligados a respetar el contenido de la garantía que son las prerrogativas fundamentales del ser humano. Subjetivo porque implica una facultad que la ley otorga al sujeto activo para reclamar al sujeto pasivo determinadas exigencias, ciertas obligaciones. Público porque se hacen valer dichas garantías frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo. (8)

D) FUENTE:

La fuente formal de las Garantías es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es decir, las garantías son de creación constitucional conforme al

(8) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 178-184.

artículo primero de nuestra Ley Suprema, que a la letra expresa: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

**E) PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES:**

Son dos básicamente:

\* **SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:** en cuanto que tiene prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacia de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria.

\* **RIGIDEZ CONSTITUCIONAL:** en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el Poder Legislativo Ordinario, (o sea, por el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal y para el Distrito Federal, y por las legislaturas de los Estados), sino por un poder extraordinario integrado en los términos del artículo 135 de la Ley Fundamental. (9)

(9) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 187-188.

F) EXTENSION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN CUANTO A SU CONSAGRACION INSTITUCIONAL:

No sólo se debe identificar a las garantías constitucionales en los 29 primeros artículos de nuestra Carta Magna, pues éstos solamente las enuncian en forma más o menos sistemática, sino referirlas a todos aquellos preceptos constitucionales que vengán a complementar las primeras 29 disposiciones, toda vez que la declaración contenida en el artículo primero es lo suficientemente amplia para inferir que es a través de toda la Constitución como se consagran las garantías. (10)

1.3 CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

Existen diversas clasificaciones de las garantías constitucionales, según los puntos de vista de los diferentes doctrinistas, pero para efectos de elaboración de la presente tesis, se adoptará la clasificación de Ignacio Burgoa.

Así, las garantías constitucionales se clasifican en garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. (11)

(10) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 188.

(11) Idem., p. 195.



## 2.- GARANTIAS DE LEGALIDAD EN NUESTRA CARTA MAGNA.

Las Garantias de legalidad, son parte de las garantías de seguridad jurídica, de tal manera que para su mejor comprensión, se hará referencia primeramente a la seguridad jurídica.

La garantía del derecho humano de seguridad jurídica protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales, patrimoniales y cívicos de los particulares en su relación con la autoridad e incluye un conjunto bastante extenso de prevenciones constitucionales que tienden a producir en los individuos la confianza de que en sus relaciones con los órganos gubernativos, éstos no procederán arbitraria ni caprichosamente, sino de acuerdo con las reglas establecidas en la ley como normas del ejercicio de las facultades de los propios órganos, los cuales necesitan estar creados en una disposición legislativa y sus atribuciones necesitan a su vez estar definidas en textos legales o reglamentarios expresos.

El aludido conjunto comprende principalmente la exigencia de una orden fundada y motivada, por escrito de autoridad competente, para toda molestia a las personas y el debido proceso y juicio formal.

LA GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA comprende los articulos 1, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 26, 27 y 123 constitucionales, de ella se deriva la GARANTIA DE LEGALIDAD y las GARANTIAS ESPECIALES DE LOS PROCESADOS.

Dentro del panorama de la garantia de Seguridad Juridica, existen ciertos aspectos particulares que integran la GARANTIA DE LEGALIDAD. Esta garantia consiste, independientemente de la seguridad juridica que entraña, en la obligaci3n que tienen todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y a las atribuciones que la ley confiere, al expedir cualquier orden o mandato que afecte a un particular en su persona o en sus derechos, es decir, la garantia de legalidad requiere sustancialmente que las autoridades se atengan precisamente a la ley, en sus procedimientos y en sus decisiones que de cualquier modo se refieran a las personas o a sus derechos.

De esta manera, la garantia de legalidad est3 consignada en los preceptos constitucionales 13, 14 y 16.

ARTICULO 13.- "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporaci3n puede tener fuero, ni gozar m3s emolumentos que los que sean compensaci3n de servicios p3blicos y est3n fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los

delitos y faltas contra la disciplina militar: pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre las personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá el caso la autoridad civil que corresponda".

Este precepto abarca tanto la garantía de igualdad como la de legalidad en su primer párrafo: "NADIE PUEDE SER JUZGADO POR LEYES PRIVATIVAS NI POR TRIBUNALES ESPECIALES"; pero para poder comprender en dónde estriba la mencionada garantía de legalidad, es preciso determinar primeramente el contenido de la garantía de igualdad y así establecer que las LEYES PRIVATIVAS son las decretadas para casos aislados o para personas individualmente especificadas, esto es, son las que crean, modifican, extinguen o regulan una situación en relación con una sola persona moral o física, o con varias en número determinado. TRIBUNALES ESPECIALES son los establecidos para esos casos aislados o para esas personas individualmente especificadas. De esta manera, la garantía de igualdad radica en que todas las personas, todos los derechos, todos los hechos, todos los sucesos, todas las relaciones jurídicas, están sujetos a la ley común o general y deben ser juzgados en todos los aspectos que lo ameriten, por los tribunales ordinarios. Así, la garantía de legalidad estriba en los actos de autoridad que afecten a la personas,

deben provenir de preceptos de las leyes generales y, en su caso, de acuerdos o resoluciones de los tribunales ordinarios. Además, al decir el precepto "tribunales especiales", quedan comprendidas todas las autoridades que desempeñen normalmente una función jurisdiccional, haciéndose extensiva no sólo a los tribunales judiciales, sino a los administrativos y del trabajo.

ARTICULO 14.- "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Como es de observarse, este precepto constitucional comprende la garantía de legalidad en todas y cada una de

sus disposiciones:

a) Prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes en perjuicio del afectado. La retroactividad consiste en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor; así la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiera fuerza de regulación.

b) Requiere el seguimiento de un juicio formal y ajustado a las leyes preexistentes aplicables, para privar a una persona de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, pues solo con la satisfacción de esos requisitos será legal la actuación de la autoridad respectiva, ya que PRIVACION es una merma o menoscabo de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien, material o inmaterial, constitutivo de la misma, así como la impedición para ejercer un derecho. Al decir el precepto "MEDIANTE JUICIO", equivale a la idea de procedimiento, o sea, una secuela de actos concatenados entre sí afectos a un fin común que les proporciona unidad, de tal manera que dicho procedimiento es un elemento previo al acto de privación. Al referirse a "TRIBUNALES PREVIAMENTE ESTABLECIDOS", se entiende por tribunales no sólo los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente

adscritos al Poder Judicial Federal o Local, sino a cualquiera de las autoridades ante las que debe seguirse el juicio que pudiese provocar la privación. Por lo que toca a las "FORMALIDADES PROCESALES ESENCIALES", comprende la obligación que tiene la autoridad de otorgar a la persona que vaya a ser víctima de un acto de privación, la oportunidad de defensa para que externé sus pretensiones opositoras al mismo. Por tal motivo, cualquier ordenamiento adjetivo civil, penal o administrativo, debe estatuir la mencionada oportunidad de defensa u oposición, lo que se traduce en diversos actos procesales, siendo el principal la notificación al presunto afectado de las exigencias del particular o de la autoridad, en sus respectivos casos, tendientes a la obtención de la privación. Además, dentro del procedimiento, también se le debe conceder la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositoras (oportunidad probatoria). Al mencionar el precepto "CONFORME A LAS LEYES EXPEDIDAS CON ANTERIORIDAD AL HECHO" se corrobora la garantía de la no retroactividad legal analizada en el inciso a).

c) Prohíbe imponer por analogía o mayoría de razón una pena que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al caso de que se trate, lo cual significa que la legalidad de una pena requiere necesariamente la aplicación exacta y directa de la ley respectiva, esto es, que está prohibida la

aplicación de una sanción penal si no existe alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado que esté reputado materialmente como delito; en lo referente a la "ANALOGIA", ésta se traduce en la circunstancia de que la regulación se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en ella previstos, pero que representan con las hipótesis expresamente reguladas cierta similitud; y la "MAYORIA DE RAZON" impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad, antisocialidad, etc., que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto.

d) Sujeta la sentencia definitiva en materia civil a la letra o interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, a los principios generales de derecho, lo que quiere decir que la legalidad de una sentencia civil requiere que esté apoyada en el tenor literal o en el sentido jurídico de una ley, y si no hubiere ninguna aplicable, en los principios generales del derecho. Ahora bien, la sentencia debe versar sobre un juicio civil lato sensu, esto es, sobre juicios civiles stricto sensu, y sobre juicios mercantiles. Por lo que respecta a la interpretación literal, debe atenderse a los términos gramaticales en que su texto está concebido. Si el texto de la ley es equivoco o conduce a

conclusiones contradictorias o confusas, su letra no debe ser la fuente de las decisiones jurisdiccionales, sino que éstas deben fundarse en su interpretación jurídica que equivale a la determinación de su sentido utilizando métodos que deben coordinarse dentro de un sistema hermenéutico. Y en lo referente a los principios generales del derecho, se considera que son las normas que se obtienen inductivamente de uno a varios sistemas de derecho positivo, sistemas que a su vez están informados por múltiples factores culturales de los que participan los pueblos que reconozcan un común origen histórico. (12)

ARTICULO 16.- En lo conducente: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

La garantía de legalidad contemplada por este artículo constitucional, comprende las siguientes consideraciones: ACTO DE MOLESTIA por parte de la autoridad es una perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en el precepto, esto es, a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones. La garantía de la

(12) BAZDRESCH Luis, ob. cit., p. 162-170.



COMPETENCIA AUTORITARIA concierne al conjunto de facultades, con la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado. La FUNDAMENTACION consiste en que los actos que originen la molestia deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que exista una ley que lo autorice. Así, la exigencia de fundar legalmente todo acto de molestia impone a la autoridad diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes condiciones:

- \* En que el órgano del Estado del que tal acto provenga esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;

- \* En que el propio acto se prevea en dicha norma;

- \* En que su sentido o alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;

- \* En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.

El concepto de MOTIVACION indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco generado correspondiente establecido por la ley. MANDAMIENTO U ORDEN ESCRITOS, equivale a la forma del acto autoritario de molestia, consecuentemente cualquier orden o mandamiento verbal que contengan la molestia, es violatorio a la multicitada garantía de legalidad. (13)

(13) BURGOA Ignacio, ob. cit., p. 583-608.

Por lo que toca a las GARANTIAS ESPECIALES DE LOS PROCESADOS, que, como ya se mencionò, es la segunda derivaciòn de las garantias de seguridad jurídica, ùnicamente se mencionará que estàn consignadas detalladamente en los artículos constitucionales 18 y 19 en cuanto tratan del auto de formal prisiòn; el 21, que versa sobre la persecuciòn y sanción de los delitos; el 23, relativo a las instancias de los juicios criminales y que prohíbe la duplicaciòn de los procesos; y particularmente el 20, que consigna los derechos que la Constituciòn garantiza a los procesados durante el curso del procedimiento respectivo, y de lo cual no se analizará a fondo, en virtud de que no es materia de la presente tesis.

### 3.- DERIVACIONES PROCESALES DE LA GARANTIA DE LEGALIDAD.

Las principales derivaciones procesales de la garantía de legalidad son las normas jurídicas adjetivas, esto es, los Códigos de Procedimientos Civiles, Penales o Administrativos.

Como ya se mencionò en el punto anterior, el artículo 14 Constitucional contempla la garantía de legalidad consistente en que "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos,

sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..." De aqui es de donde surgen las leyes procesales de las distintas ramas del Derecho.

Las normas procesales tiene como finalidad establecer los medios para hacer efectivas las garantias de legalidad analizadas anteriormente, ya que mediante el juicio que dichas leyes regulan, los particulares obtienen justicia y no son privados de sus posesiones, propiedades y derechos, sino con los requisitos previamente establecidos y a través de una sentencia que sea conforme a la letra de la ley, a su interpretación jurídica o a los principios generales del derecho.

Ahora bien, estas leyes de procedimiento pueden ser de carácter federal o estatal, según sea su competencia; así se tiene el Código Fiscal, el Código de Comercio, la Ley Federal del Trabajo, el Código Federal de Procedimientos Penales, el Código Federal de Procedimientos civiles, entre otras, como las leyes que contienen el procedimiento a seguir en los juicios correspondientes a su materia y cuya creación compete al Congreso de la Unión, según lo dispone el artículo 73 Constitucional.

De competencia local, las principales leyes adjetivas son el Código de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Penales, que son creados por el Congreso Local de cada Entidad Federativa; en el caso concreto del Estado de Guanajuato, esas facultades se encuentran previstas en el artículo 63 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato.

Por otra parte, en el artículo 133 de la Constitución Federal, se establece la obligación a los jueces de no aplicar ninguna ley que sea contraria a dicha Constitución, cumpliéndose así el principio de Supremacía Constitucional.

#### 4.- INSTITUCIONES PROCESALES Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Tomando en cuenta que en el punto 2 se trató el tema relacionado con las garantías de legalidad en nuestra Constitución, ahora sólo se hará una breve referencia respecto a las principales instituciones procesales derivadas de las mencionadas garantías, esto es, la NOTIFICACION, el EMPLAZAMIENTO y la SENTENCIA.

##### A) NOTIFICACION:

"Acto mediante el cual, con las formalidades legales preestablecidas se hace saber una resolución judicial o

administrativa a la persona a la que se reconoce como interesada en su conocimiento o se le requiere para que cumpla un acto procesal". (14)

Las notificaciones hechas en forma distinta de la establecida legalmente son nulas y de aquí la importancia de cumplir con los requisitos legales para que los interesados tengan conocimiento de lo que se les notifica dando así cumplimiento a una de las formalidades esenciales del procedimiento, tal como lo consigna el artículo 14 Constitucional.

#### B) EMPLAZAMIENTO:

Se considera válida la definición que sobre el emplazamiento formula el maestro Cipriano Gómez Lara (15) cuando manifiesta que "es el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez que, al admitirla establece un término dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente".

Conveniente resulta comentar que la Institución del Emplazamiento cumple la garantía de audiencia establecida en

(14) DE PINA Rafael y De Pina Vara Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986, p. 362

(15) GOMEZ Lara Cipriano, TEORIA GENERAL DEL PROCESO, Editorial Harla, México, 1990, p. 320-321.

nuestra Constitución Política, fundamentalmente en los artículos 14 y 16, en la inteligencia que el artículo 14 es el más importante en este aspecto, toda vez que manifiesta que "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Al observarse las normas del emplazamiento se está respetando la garantía de audiencia que también se traduce en el derecho que todo ciudadano tiene de ser oído para ser vencido, en otras palabras, para condenar a una persona en un juicio hay que oírlo y vencerlo, y hay que tener presente que el debido proceso legal, comienza con un emplazamiento correcto, o sea, de ese llamamiento que el tribunal le hace para que comparezca a juicio. (16)

C) SENTENCIA:

"Resolución judicial que pone fin a un proceso o juicio en una instancia o en un recurso extraordinario". (17)

Dentro de los requisitos sustanciales de la sentencia, son de relevante importancia la motivación y la fundamentación, entendiéndose por MOTIVACION de la sentencia,

(16) GOMEZ Lara Cipriano, DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial Trillas, S. A., México, 1987, p. 44-45.

(17) DE PINA Vara y De Pina Vara Rafael, ob. cit., p. 437.

la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución.

En el régimen jurídico de nuestro país, la motivación y la fundamentación de los actos no es exclusiva de los órganos judiciales, sino que se extiende a todo órgano de autoridad, pues nuestra Constitución manifiesta en la parte conducente del artículo 16 "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que FUNDE Y MOTIVE la causa legal del procedimiento". La autoridad competente está obligada constitucionalmente a motivar y fundamentar sus actos, esto es, a expresar los preceptos o principios jurídicos en los que funde su actuación (fundamentación), y los motivos y razonamientos que lleven a la autoridad a aplicar ese principio jurídico al caso concreto (motivación). (18)

(18) GOMEZ Lara Cipriano, ob. cit., p. 130.

## C A P I T U L O    I I .

"CLAUSULAS QUE PUEDEN PACTARSE EN LOS CONTRATOS CIVILES".



## II. CLAUSULAS QUE PUEDEN PACTARSE EN LOS CONTRATOS CIVILES.

### 1.- CLAUSULAS QUE DEBEN DISTINGUIRSE EN LOS CONTRATOS.

Antes de entrar de lleno al estudio de las cláusulas que pueden pactarse en los contratos, se ha considerado necesario mencionar lo que se debe entender por contrato y convenio.

"Contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales". (1)

Partiendo de la base de que el CONSENTIMIENTO es uno de los elementos esenciales del contrato, y que éste se traduce en el acuerdo de voluntades para la creación o extinción de derechos y obligaciones, se desprende el principio de que en los contratos civiles PUEDEN PACTARSE LAS CLAUSULAS QUE LIBREMENTE ESTABLEZCAN LAS PARTES, con tal de que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, ni a lo substancial de la convención. Así nos lo establece el Código Civil Vigente del Estado de Guanajuato,

(1) ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS, T. IV, Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1988, p.7

concretamente en su artículo 1327, que en lo conducente dispone: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes..."

De esta manera, las normas del Código sobre el régimen de un determinado contrato, cuando se actualizan en una operación convencional, toman el carácter de cláusulas.

Ahora bien, en todo contrato hay que distinguir 3 tipos de cláusulas: ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES. (2)

**\* CLAUSULAS ESENCIALES:**

Son las que dan su clasificación jurídica al acto que se celebra y sin las cuales no se puede concebir la existencia del contrato, o bien, en su ausencia, el contrato tendrá una denominación jurídica diversa.

Estas cláusulas que se deben cumplir porque la ley las determina pueden o no consignarse expresamente en el contrato, pues las plasmen o no las partes, se requieren para la existencia misma del acto.

**\* CLAUSULAS NATURALES:**

Son aquellas que sin ser esenciales a la vida del acto,

(2) GUTIERREZ y González Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, Edit., José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue., p. 365-369

derivan del régimen legal complementario de éste, no obstante que los otorgantes nada hayan dicho al respecto, pero, también por acuerdo de éstos, se pueden excluir de la convención. En otras palabras, son aquellas que están sobreentendidas en el contrato, cuando las partes no se han explicado, pero que no siendo de la esencia del contrato pueden ser suprimidas en él por una estipulación formal.

**\* CLAUSULAS ACCIDENTALES:**

Son las que por regla general existen solamente cuando las partes las estipulan, esto es, que no estando en la naturaleza del contrato no pueden estar contenidas en él sino en virtud de una cláusula particular.

**2.- CLAUSULA PENAL.**

"La cláusula penal es una convención accesoria mediante la cual se estipula una prestación a cargo del deudor para el caso de que no cumpla en sus propios términos". (3)

Este tipo de convenio está autorizado por la propia ley, ya que en el artículo 2117 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "La responsabilidad civil puede

(3) DE PINA Vara y De Pina Vara Rafael, ob. cit., p. 152.

ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa..."

Y este principio general consignado en esa norma, se plasma en forma especial en el artículo 1840 del código señalado y en el 1328 del Código Civil del Estado: "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios".

#### UTILIDAD DE LA CLAUSULA:

En virtud de que en la práctica las indemnizaciones de daños y perjuicios son, en general, muy difíciles de lograrse, es conveniente emplear este tipo de cláusula siempre que se tenga la menor duda de que una de las partes incurrirá en el hecho ilícito de incumplir las cláusulas del contrato, de tal manera que su utilidad puede concretarse en lo siguiente:

\* Con ella se elimina la dificultad de tener que demostrar el daño y el perjuicio sufridos; así lo establece la legislación Civil para el Distrito Federal en su artículo 1842 y la local en el artículo 1330: "Al exigir el pago de la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de

satisfacerla. probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".

\* Cuando se produce una conducta ilícita, el perjudicado debe demostrar y probar que sufre el daño y el perjuicio, precisamente por causa de la conducta ilícita de su deudor. No basta demostrar el daño sufrido, sino que se debe probar así mismo que fue provocado por la conducta ilícita del deudor, que le es imputable a éste.

Pues bien, con la cláusula penal, el acreedor elimina la necesidad de probar que el daño fue causado por el incumplimiento de su deudor; basta que éste haya aceptado la cláusula penal para responder de su conducta ilícita e indemnizar.

\* Además, la cláusula releva al acreedor de valuar y cuantificar el daño recibido; en otras condiciones, sin la cláusula, se vería precisado a demostrar la cuantía del daño.

#### CARACTER ACCESORIO DE LA CLÁUSULA:

Si esta cláusula tiene por meta preveer la cuantificación de la indemnización por una posible conducta ilícita, esto es, el incumplimiento del deudor, es lógico que no podrá subsistir la cláusula si resulta que esas

obligaciones no surten efectos o son nulas, esto es, la cláusula penal va ligada a la existencia de la obligación que puede llegar a violarse, de tal forma que ésta no puede sobrevivir sin aquéllas.

Ahora bien, si la cláusula no puede existir sin una obligación válida, es lógico que ello no suceda a la inversa, esto es, que si la cláusula resultare nula por cualquier motivo, ello no afecta para nada a la vida de la obligación a la cual se ligaba.

De ahí que para que opere la cláusula penal requiere del hecho ilícito de no cumplirse el contrato, ya que la cláusula no vale por sí, en forma autónoma de tal manera que si la obligación a la cual va anexa no surte efectos, la cláusula tampoco los surtirá.

Esta accesoriadad la dispone el Código Civil para el Distrito Federal y el Vigente en el Estado en su artículo 1841 y 1329 respectivamente: "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquel".

#### RELACION ENTRE EL VALOR DE LA OBLIGACION Y LA PENA:

La cláusula penal, por regla general no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación que pudiera

resultar violada por el hecho ilícito.

Esto encuentra su explicación lógica en la idea de que la cláusula penal se pacta como un equivalente que sustituye a la indemnización compensatoria, la cual no puede ser superior al valor que tenga la obligación que no se cumple en vista del hecho ilícito. Así se encuentra previsto en el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal y en el 1331 del Código Civil del Estado: "La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal".

Si el ilícito no implica el incumplimiento total de la obligación, la cláusula penal se modifica en parte, según lo establecido en el artículo 1844 y 1845 de la legislación Civil Federal y, 1332 y 1333 de la Local: "Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción". "Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el Juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación".

**NO ACUMULACION DE LA PENA CON EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA OBLIGACION:**

No se puede acumular la pena con el cumplimiento efectivo de la obligación, pues si como ya antes se dijo, la

cláusula sirve para substituir la posible indemnización compensatoria, y si ésta no se puede acumular con la ejecución efectiva de la obligación, habrá de obtenerse aquí el mismo resultado; tal y como lo prescribe el artículo 1846 del Ordenamiento Civil Federal y 1334 del Local en su primera parte: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos..."

En la segunda parte consigna la excepción al decir: "...a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida".

### 3.- OBLIGACIONES MANCOMUNADAS.

La mancomunidad se da cuando en una misma obligación hay pluralidad de sujetos acreedores, de deudores o de ambos, y el objeto a pagar se considera dividido en tantas partes cuantos acreedores o deudores haya. La Legislación Civil Federal en su artículo 1984 y la Local en su artículo 1427 considera a la mancomunidad como una modalidad de las obligaciones al expresar: "Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad".



**ESPECIES DE MANCOMUNIDAD:**

- a) Activa, cuando hay pluralidad de acreedores y un solo deudor.
- b) Pasiva, cuando hay pluralidad de deudores y un solo acreedor.
- c) Mixta, cuando hay pluralidad de acreedores y deudores simultáneamente.

**DERECHOS DE LOS ACREEDORES Y DE LOS DEUDORES:**

Los que les corresponden a cada uno de los acreedores o a cada uno de los deudores, están determinados por la forma en que se divida la deuda, y esa división puede ser de dos formas: por ley y convencional.

- a) Por ley: el artículo 1986 del Código Civil para el Distrito Federal y el 1472 y 1474 del Código Civil del Estado establece: "Las partes se presumen iguales a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario". "La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros".

b) División convencional: la deuda se puede dividir conforme a lo que se pacta en el momento de constituirse la obligación, y ahí los deudores y acreedores determinan cuánto debe cubrir cada uno de los deudores.

En consecuencia:

\* Si uno de los deudores resulta insolvente, su parte en la deuda no tiene que ser cubierta por los demás deudores, sino que la soportan los acreedores.

\* Si un deudor se constituye en mora, ello sólo le afecta a él, pero no a los demás.

\* Si en el contrato se pactó una cláusula penal, no la paga sino el codeudor que incurre en mora, y ello en la parte proporcional que le corresponde. (4)

Este tema se ha desarrollado con el objeto de ejemplificar lo que en su oportunidad quedó establecido respecto a que las modalidades de las obligaciones pueden ser pactadas en los contratos civiles como una cláusula accidental, atendiendo así al principio de libertad de las partes para contratar estudiado anteriormente.

(4) GUTIERREZ y González Ernesto, Ob. Cit., p. 721-723.

#### 4.- DANOS Y PERJUICIOS:

Por último, para concluir el presente capítulo, se hará referencia a los daños y perjuicios como una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos, haciendo simplemente la distinción entre lo que debe entenderse por daño y perjuicio.

DANO: "Es la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones, por un hecho ilícito o por un riesgo creado". PERJUICIO: "Es la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso. (5)

La definición legal nos la da el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2108 y 2109, así como el Código Civil del Estado en su artículo 1600 y 1601, al disponer: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el

(5) BEJARANO Sánchez Manuel, OBLIGACIONES CIVILES, Edit. Harla, México, D. F., 1983, p. 247-248.

cumplimiento de la obligación".

De esta manera, los daños y perjuicios deben ser, como ya se mencionò, consecuencia directa e inmediata de la conducta ilícita de acción u omisión, y no presentarse como una consecuencia indirecta o mediata. Además, debe considerarse que sólo que no sea posible volver las cosas al estado que guardaban, o sea, indemnizar, entonces se paga en dinero el importe de los daños y perjuicios.

## C A P I T U L O   I I I .

## C O N T R A T O S   M E R C A N T I L E S   E N   G E N E R A L

## I I I. CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL.

## 1.- NATURALEZA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Para analizar la naturaleza de los Contratos Mercantiles hay que partir del concepto de contrato civil que en el capítulo anterior se explicó y en el que se dijo que era el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, ya que este concepto es aplicable igualmente a los contratos mercantiles, en consecuencia, no hay un concepto de obligación mercantil distinto al de la obligación civil, de tal manera que la importancia de la expresión "contrato mercantil" radica en el concepto de contrato y no en el calificativo de mercantil.

Pero en cuanto a criterios de distinción, los doctrinistas atienden a diferentes puntos de vista:

Joaquín Garrigues (1) destaca el aspecto subjetivo de la obligación civil al considerarla como un vínculo de derecho, apreciando preferentemente su carácter personal subjetivo e intransferible. Lo esencial es la conducta del deudor, y así el Código Civil atiende por un lado a

(1) GARRIGUES Joaquín, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Editorial Porrúa S. A., México 1987, p. 4, 12 y 13.

determinar el contenido de la prestación, es decir, el objeto del deber del sujeto pasivo de la obligación (art. 1088), y por otro, a destacar que es el patrimonio del deudor el objeto de la responsabilidad en caso de incumplimiento (art. 1911). Más el patrimonio se considera aquí como una proyección de la persona, como un subrogado de la personalidad física del deudor.

Por el contrario, en el Derecho Mercantil se destaca el aspecto objetivo de la obligación y su modalidad económica. Lo que busca el acreedor y procura obtener, independientemente de la conducta del deudor, es la utilidad patrimonial de la obligación. La actividad del deudor no es un fin; es un medio para obtener esa satisfacción patrimonial. La concepción patrimonial o impersonal de la obligación se adapta mejor a las exigencias del tráfico mercantil por lo mismo que el Derecho Mercantil, que es el que rige este tráfico, tiende a eliminar toda nota individual y personalista.

Continúa explicando este autor que no es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil plantea el problema del concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Los contratos se

califican de mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio. Atendiendo a su naturaleza específica, se puede definir al contrato mercantil diciendo que es el que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Según nuestro Código de Comercio, para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio.

Además los contratos mercantiles se distinguen por las notas de la rapidez y del rigor. Rapidez en la conclusión exige ausencia de formalismo.

La opinión de Uría (2) coincide con la de Garrigues al decir que los contratos regulados paralelamente en el Código Civil y en el Código de Comercio no es posible basar la diferenciación en su naturaleza jurídica sino en los intereses económicos a que sirven. Así el contrato mercantil es una acto de empresa, un acto del empresario dirigido a servir a su actividad empresarial.

Por su parte Sánchez Medal y Cervantes Ahumada (3)

(2) URÍA, citado por IZQUIERDO Montoro Elias, TEMAS DE DERECHO MERCANTIL, Editorial Montecoruo, Leganitos, 35.- Madrid, 1971, p. 681.

(3) SANCHEZ Medal y CERVANTES Ahumada, citados por ARCE Gargolla Javier, CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS, Edit. Trillas, México, 1985, p. 18.



sostienen un criterio práctico de distinción al expresar que los contratos mercantiles son aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enunciados por el artículo 75 del Código de Comercio, o cuando recaen sobre cosas mercantiles. En algunas de las fracciones de este precepto se encuentra la palabra contrato (Fracciones IV, XV, XVI Y XXII); otras, la suponen indirectamente (Fracciones I, II, III, XIII Y XVII).

Esta última postura se apoya en la propia legislación mercantil, que coloca a las normas de los contratos mercantiles en el Libro Segundo, titulado "De los actos de comercio y de los contratos mercantiles en General". La regulación de los contratos en particular se encuentra en el mismo libro de los actos de comercio.

Por último, Javier Arce Gargollo (4), manifiesta que la importancia de distinguir las obligaciones y contratos civiles y las obligaciones y contratos mercantiles se complica en nuestro régimen jurídico en razón de que de acuerdo con el pacto federal establecido por nuestra Constitución, se asigna a la Federación la competencia para legislar en materia de comercio (artículo 73 Fracción X), mientras que la legislación civil se conserva como materia

(4) ARCE Gargollo Javier, ob. cit., p. 17.

propia de los Estados. La legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio nacional, la civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local. Por tanto, la necesidad de establecer una distinción clara para los contratos que son mercantiles obedece, entre otras, a dos razones básicas:

En primer lugar a la aplicación de determinadas normas sustantivas especiales para las obligaciones y contratos mercantiles, reglas especiales que derogan a las normas civiles de carácter general. El segundo motivo importante es la vía procesal para el caso de conflicto, que implica que las normas aplicables a cada procedimiento son también diferentes. Además el juez competente es en un caso el juez federal (mercantil) y en el otro el juez local (civil). La Constitución autoriza a los jueces locales a aplicar la materia federal sólo cuando se afecten intereses de particulares (artículo 104 Fracc. I).

Una vez analizadas las diversas posturas de los doctrinistas puede concluirse que no existe una clara división entre la fuente de la obligación mercantil y la civil; en todo caso se podría decir que el origen o la base es el derecho civil y sobre él destacan ciertas circunstancias accidentales que dan el carácter de mercantil a las obligaciones y en consecuencia a los contratos

mercantiles, pues como ya se dijo anteriormente, los conceptos de obligación y contrato civil son los mismos o se pueden igualmente aplicar a las obligaciones y contratos mercantiles.

## 2.- CLASIFICACION.

Los contratos mercantiles se clasifican en (5):

\* Contratos nominados: los regulados expresamente en el Código de Comercio. Ejemplo el de correduría, comisión, depósito, préstamo, compraventa, permuta, entre otros.

\* Contratos atípicos o innominados: los que teniendo o no un nombre específico, carecen de reglamentación expresa dentro de la ley, por ejemplo el suministro, el intercambio publicitario, etc.

\* Contratos bilaterales: hacen nacer obligaciones recíprocas para las partes.

\* Contratos unilaterales: hacen nacer obligaciones sólo para una de las partes.

(5) OLVERA de Luna Omar, CONTRATOS MERCANTILES, Edit. Porrúa S. A., México, 1987, p. 6-7.

\* Contratos onerosos: se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

\* Contratos gratuitos: el provecho es sólo para una de las partes.

Los contratos onerosos se dividen en:

\* Contratos conmutativos: las prestaciones que se deben las partes, son ciertas desde el momento mismo en que el contrato se perfecciona.

\* Contratos aleatorios: las prestaciones que se deben las partes dependen de un acontecimiento incierto: que las partes, una, otra, o las dos, obtengan ganancias o sufran pérdidas.

Por último, se deben mencionar los contratos de adhesión, en los que una de las partes fija las cláusulas y una o más partes no hacen sino aceptar dichas condiciones, adhiriéndose así al contrato.

Existe otra clasificación valiosa, basada en la finalidad económica que los contratos llevan consigo:

a) Contratos de colaboración asociativa, como el de

sociedad.

- b) Contratos de colaboración simple, como el de comisión.
- c) Contratos de cambio, en los que se transmiten bienes o servicios, como el transporte.
- d) Contratos de garantía, como la prenda.
- e) Contratos de cobertura de riesgos, como el seguro.
- f) Contratos de concesión de crédito, como el préstamo.
- g) Contratos atípicos y mixtos, que la doctrina y la jurisprudencia se ven forzadas a construir, para resolver problemas concretos que cada día generan, mediante la aplicación de la analogía, como el contrato leasing, o por integración, como el contrato de alquiler de cajas de seguridad.

Por lo que se refiere a los contratos de crédito en especial, que es al que pertenece el contrato que se analizará en el capítulo siguiente, se clasifican según las personas que los realicen en (6):

\* Contratos de crédito privados: en cuyo perfeccionamiento puede participar cualquier persona, sin otro límite que no estar disminuido legalmente de su capacidad para ejercer el comercio.

(6) DAVALOS Mejía Carlos L., TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS, Edit. Harla, México, 1984, p. 140.

\* Contratos de crédito bancarios: en cuyo perfeccionamiento, cualquiera que sea el lugar o rol que adopte, es necesaria a fortori legis la participación de una institución de crédito o de una organización auxiliar de las instituciones de crédito.

### 3.- MODALIDADES.

Omisio el Código de Comercio en punto a modalidades de las obligaciones, ha de entenderse (art. 2) que son las consignadas en el Código Civil (arts. 1938 a 2010), a saber: la condición, el plazo, la conjuntividad, la alternatividad, la mancomunidad, la solidaridad y la indivisibilidad. Empero, respecto de algunas de tales modalidades conviene hacer ciertas puntualizaciones, derivadas de los escasos dispositivos que sobre el tema consigna el Código de Comercio; pero es menester aclarar que sólo se acotará tales dispositivos; luego debe entenderse que, en todo lo demás, son aplicables a los contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil (7).

A) PLAZO: El artículo 83 del Código de Comercio, establece

(7) DIAZ Bravo Arturo, CONTRATOS MERCANTILES, Edit. Harla, México, 1983, p. 22-23.

que las obligaciones que no tuvieran término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución.

**B) MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD:** Ya en el capítulo anterior se explicó qué es la mancomunidad y la solidaridad, y para no entrar en repeticiones sólo se mencionará que en nuestro derecho, a falta de norma mercantil específica, el Código Civil exige que la solidaridad se pacte siempre de forma expresa o que derive de la ley (art. 1988). Sin embargo algunas de nuestras leyes mercantiles especiales contemplan la solidaridad en algunas obligaciones comerciales. Por ejemplo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece la presunción de solidaridad pasiva para las operaciones de crédito (art. 4). Así, si en un contrato mercantil se configura una pluralidad de deudores en simple mancomunidad, esto es, con división de la deuda en tantas partes cuantos sean los deudores, pero se conviene en documentarla con pagarés, suscritos por todos ellos, en su manifestación cambiaria, la responsabilidad asume carácter solidario, por disposición de los artículos 159 y 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; luego la forma en que deberán cumplir la misma obligación dependerá de la Vía Judicial que intente el acreedor a quien,

obviamente, convendrá promover la acción cambiaria, como medio para conformar la responsabilidad solidaria de sus deudores contractualmente mancomunados. Fuera de tal supuesto, que configura materia de excepción, son aplicables a las deudas colectivas mercantiles las disposiciones del Código Civil en punto a obligaciones mancomunadas.

#### 4.- PRINCIPIOS SOBRE OBLIGACIONES MERCANTILES.

A) PROHIBICION DE TERMINOS DE GRACIA Y CORTESIA: La rapidez y la rigidez en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles tienen un reconocimiento expreso en el artículo 84 al disponer que " en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia y cortesía..."

B) TERMINOS: La legislación mercantil señala que para el cómputo de los términos se entiende " el día de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días".

C) CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: el Código de Comercio nos proporciona algunas reglas especiales en cuanto al plazo de cumplimiento de las obligaciones en su artículo 83, que ya han quedado precisadas anteriormente en el punto



referente a las modalidades de las obligaciones. Ahora sólo se tratará lo referente al lugar de pago. La Ley Mercantil en su artículo 86 ordena que sea determinado el lugar de pago en el contrato y a falta de ello " en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial".

D) CAPACIDAD MERCANTIL: A las incapacidades de minoría de edad y estado de interdicción prescritas por el Código Civil, deberán agregarse las siguientes limitaciones de naturaleza mercantil:

- \* La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados e individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad, (arts. 12 y 69 Fracc. I del Código de Comercio).

- \* La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social, (arts. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 26 del Código Civil).

- \* Las taxativas impuestas por la Ley de Inversión Extranjera a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley.

- \* La prohibición a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar los

bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge, (art. 9 del Código de Comercio).

\* La posibilidad de restringir el ejercicio del comercio a los extranjeros, de modo general o dentro de ciertas áreas, por razones de política o de tratados internacionales, (art. 13 del Código de Comercio).

E) MORA: En términos generales es el retardo en el cumplimiento de una obligación, esto es, cuando se debe una prestación y no se efectúa oportunamente por el deudor. En las obligaciones de naturaleza civil, los requisitos de la mora son el vencimiento de la obligación, la falta de la prestación por el deudor e interpelación del acreedor al deudor. En derecho Mercantil no es requisito de mora la interpelación del acreedor, respecto de los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o de la ley. En este caso los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente del vencimiento del plazo. Principio que obedece a la idea de que en el comercio, el comerciante no puede tener improductivo su dinero, no es compatible con las exigencias de la vida comercial y, en consecuencia, la mora implica pago de intereses. (8)

(8) VAZQUEZ del Mercado Oscar, CONTRATOS MERCANTILES, Edit. Porrúa, S. A., México, 1989, p. 145-146.

Se entra en mora sin necesidad de requerimiento judicial y el artículo 85 del Código de Comercio marca los efectos de la morosidad: "I.- En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento; II.- Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante escribano o testigos."

F) PRESCRIPCION: La prescripción es la pérdida del derecho por el mero transcurso del tiempo, mientras que la caducidad es la pérdida de un derecho, por el no ejercicio del mismo.(9)

El Artículo 1038 del Código de Comercio expresamente dispone que las acciones que se deriven de actos mercantiles, prescribirán conforme a reglas especiales, que el propio código señala.

Los términos fijados para el ejercicio de acciones procedentes de actos mercantiles, serán fatales, sin que contra ellos se dé la restitución. (Art. 1039 C. Com.)

En materia de prescripción no hay términos

(9) OLVERA de Luna Omar, ob. cit., p. 12.

prorrogables; los términos o plazos se establecen a favor del deudor, según se desprende del artículo 1040, que al referirse a la prescripción negativa señala que los plazos comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio.

La prescripción se interrumpe cuando se presenta la demanda por cualquier interpelación judicial al deudor, amén del reconocimiento de las obligaciones por el propio deudor o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, según lo establece el artículo 1041, y se considerará la prescripción no interrumpida por la interpelación judicial si el actor desiste de ella o fuese desestimada su demanda.

Interrumpida la prescripción, dice el artículo 1042 del propio Código, empezará a contarse nuevo término después de los actos que la interrumpieron, esto es, en caso de reconocimiento de las obligaciones desde el día en que se haga; en el de renovación desde la fecha del nuevo título, y si en él se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido.

Las acciones prescriben en un año, en tres, en cinco y en diez años, según sea el caso, conforme al Código de Comercio, en sus artículos 1043, 1044, 1045 y 1047,

respectivamente. La diversas leyes mercantiles, además del Código, también se refieren a la prescripción de las acciones, como por ejemplo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 165; la Ley Sobre el Contrato de Seguro en su artículo 81, entre otras.

G) INTERESES: Sin mayores reparos, se ha venido sosteniendo, desde hace muchos años, que el interés legal mercantil es del 6% anual. Empero, cabe dudar de que tal afirmación tenga un verdadero fundamento legal, por cuanto se sustenta en un solo precepto, el artículo 302 del Código de Comercio, que ciertamente lo proclama, pero sólo para el contrato de Préstamo Mercantil, pues está colocado en el Título y Capítulo que regulan tal contrato, y dentro de un contexto del que no puede inferirse pretensión alguna de generalidad, ya que en su redacción se emplea dos veces el vocablo préstamo. Existe, pues, un interés legal mercantil, pero sólo para el aludido contrato; ninguna ley proclama el interés legal mercantil, con pretensiones de generalidad.

De manera, pues, que el reiterado criterio jurisprudencial y la sostenida práctica, en favor del 6% como interés legal, ni pueden invocar, en su apoyo, más que un criterio de analogía.(10)

(10) DIAZ Bravo Arturo, ob. cit., p. 34 y 34.

H) **NORMAS PROCESALES:** El Código de Comercio contiene disposiciones especiales para las controversias que se deriven de los actos comerciales. Los juicios mercantiles tienen reglas procesales más ágiles y menos formales que las del procedimiento civil; así en general, los plazos en los procedimientos mercantiles son más cortos y hay menor variedad de vías procesales que en los civiles. Los términos judiciales empiezan a correr antes, por lo que la contestación de la demanda, en juicio ordinario y ejecutivo mercantil, debe producirse en un plazo menor que para los juicios civiles. Sin embargo, el derecho procesal mercantil debe complementarse con los Códigos de Procedimientos Civiles Locales, como lo ordena el artículo 1054 del Código del Comercio.

#### 5.- PRINCIPIOS SOBRE EL CONTRATO MERCANTIL.

A) **INTERPRETACION DEL CONTRATO MERCANTIL:** Siendo la voluntad de las partes la esencia del contrato, desentrañarla del contenido de éste, debe ser actitud y operación previa a cualquier otra, como será en su caso, la interpretación judicial o legal, naturalmente ejercitada por el juzgador, quien deberá respetar en todo caso, la buena fe como norma para su labor; así se ha dicho que sería equivocado por

parte del órgano judicial, iniciar su interpretación de un contrato, aplicando supuestos y construcciones jurídicas; es sólo hasta que ha agotado ese criterio emanado de la buena fe de los contratantes cuando el intérprete podrá llevar el instrumento a lo que corresponda conforme a la ley, a la doctrina jurídica, y a los usos y costumbres mercantiles.

Sin embargo la voluntad de las partes para contratar, tiene ciertos límites, como son la ilicitud, que significa la contravención de las leyes o a la moral; y la prohibición expresa de la ley en sus modalidades administrativa, hacendaria, civil, etc. (11)

B) PERFECCIONAMIENTO: Los contratos mercantiles se perfeccionan cuando la propuesta de una parte y la aceptación de la otra coinciden, esto es, con el consentimiento manifiesto de las partes.

Ahora bien, tratándose de contratos celebrados entre ausentes, que sería el caso que contempla el artículo 80 del Código de Comercio, concretamente el celebrado por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. En tratándose de correspondencia

(11) OLVERA de Luna Omar, ob. cit., p. 4-5.

telegráfica, sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.

C) CONTRATOS EN QUE INTERVIENEN CORREDORES: Específicamente el artículo 82 de la Legislación Mercantil dispone que en los contratos en que intervengan corredores, quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmaren la correspondiente minuta de la manera prescrita en el título respectivo.

D) FORMA: La forma en los contratos mercantiles es el modo de manifestar el negocio en su forma exterior, pública. Con base en esto, existen contratos formales y no formales; en nuestro derecho se da la primera acepción a aquellos contratos a los que expresamente la ley impone para su validez, determinada forma. Así, las formalidades se refieren a plasmar por escrito la voluntad de cada uno de los contratantes y elevarlo a escritura notarial, no siendo supuesto indispensable del primer aspecto, el segundo.(12)

El artículo 78 del Código de Comercio especifica que

(12) OLVERA de Luna Omar, ob. cit., p. 3-4.



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

Sin embargo, existen ciertos casos que constituyen la excepción al principio de la libertad de forma en los contratos mercantiles, de los que se mencionarán, entre otros, los siguientes:

\* La comisión mercantil debe constar o ratificarse por escrito; (Art. 274 del Código de Comercio).

\* El contrato de transporte exige que el porteador extienda una carta de porte; (Arts. 582 a 587 del Código de Comercio).

\* El Contrato de sociedad requiere de escritura pública; (Art. 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

\* El contrato de asociación en participación debe constar por escrito; (Art. 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

\* Las relaciones y actos jurídicos que tengan vinculación con títulos de crédito -emisión, endoso, aval, etc.- deben constar en el documento; (Art. 5 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

\* Algunas operaciones de Crédito que regula la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como el reporto, cartas de crédito, descuento de crédito en libros, crédito confirmado, créditos de habilitación o avío y refaccionario, prenda irregular, deben constar por escrito;

\* La emisión de obligaciones requiere de acta notarial; (Art. 213 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

\* El fideicomiso debe celebrarse por escrito; (Art. 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

\* El contrato de seguro, para fines de prueba, debe hacerse por escrito; (Art. 19 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

E) CLAUSULA PENAL: Esta cláusula ya fue objeto de estudio en el capítulo anterior, referido exclusivamente a los contratos civiles. Ahora sólo se mencionará que en materia mercantil el artículo 88 dispone que "en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra".

Como es de observarse, las normas sobre la pena convencional del derecho civil son aplicables

supletoriamente a los contratos mercantiles, y puede estipularse que el retardo en el cumplimiento de la obligación dé origen al derecho del acreedor a exigir el cumplimiento forzoso del contrato y/o el resarcimiento de daños, además de que también es aplicable el límite de la cláusula penal que señala el Código Civil al derecho mercantil, en cuanto que no puede exceder del monto de la obligación principal.

F) LESION: "En los contratos mercantiles no cabe la lesión" (13), en el sentido de que los supuestos, objetivo y subjetivo, de esta institución difícilmente se producen en negocios mercantiles.

#### 6.- REPRESENTACION MERCANTIL.

En forma general, se puede decir que las normas y principios de la representación civil son aplicables en materia mercantil, aunque en ésta es más rígida, en el sentido de que la ley determina muchas veces el contenido de las facultades del representante estableciendo reglas especiales, por ejemplo:

(13) SANCHEZ Medal, citado por ARCE Gargolla Javier, ob. cit., p. 26-27.

\* El contrato de comisión mercantil contempla que el comisionista actúe en nombre propio o en el de su comitente; (art. 283 y sigs. del Código de Comercio).

\* Los factores y dependientes son representantes para determinados actos de comercio, por el hecho o circunstancia de su función, y sólo para esos efectos; (art. 309 a 311 del Código Mercantil).

\* En materia de sociedades mercantiles, la representación corresponde a los administradores designados, quienes podrán realizar las operaciones relacionadas con el objeto de la sociedad, (art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), sin necesidad de que éstas se otorguen expresamente.

\* Los accionistas podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios y la representación se otorga por escrito; (art. 192 de la ley anterior).

\* Respecto a los títulos de crédito, existen formalidades para conceder la representación (art. 9 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); así mismo, existe la figura de la llamada representación aparente (art. 10 de la misma ley).

\* La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito otorga a los administradores y gerentes facultades para suscribir letras de cambio, pagarés y cheques, por el hecho de su nombramiento (arts. 85, 174 y 176).

## 7.- REENVIO.

Se entiende que se toma a la Legislación Común como fuente de inspiración de la Legislación Mercantil y otras más, sin embargo, al carecer la mercantil de plenitud y configuración total de la fuente, es que el legislador permite la regresión o reenvío al Derecho Civil.

Así, en el desarrollo del presente capítulo, se observa que en algunos casos es necesaria la aplicación del Derecho Civil al Mercantil, ya que específicamente, como en su oportunidad se comentó, el concepto de contrato y las normas generales aplicables a los contratos mercantiles están contenidos en ciertas disposiciones del Derecho Común.

Este principio se enuncia en el artículo 81 del Código de Comercio, que a la letra expresa: "Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos"; esto aunado a la regla de supletoriedad general del Código Civil para la materia mercantil, contemplada en el artículo 2 del Código de Comercio que dispone: " A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común ".

## C A P I T U L O   I V .

## C O N T R A T O   D E   A P E R T U R A   D E   C R E D I T O

## I V .    C O N T R A T O   D E   A P E R T U R A   D E   C R E D I T O .

## 1.- CONCEPTO DE CREDITO.

Existen un gran número de definiciones de la palabra CREDITO, pero para su mejor comprensión, se comenzará con la definición Etimológica y luego se anotarán los conceptos de algunos tratadistas de la materia.

La palabra CREDITO viene del latin CREDERE, que significa confianza. Cervantes Ahumada (1) comenta que de una persona en quien se cree, a la que se le tiene confianza, se dice que es persona digna de crédito.

En sentido juridico, habrá negocio de crédito cuando el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslade al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero en el plazo convenido.(2)

(1) CERVANTES Ahumada Raúl, TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Editorial Herrero, S.A de C.V., México, 1988, p. 213 y 214.

(2) KOCH Arwed, cit. por CERVANTES Ahumada Raúl, ob. citi.

En sentido moral, para Pablo Greco (3) "crédito es la buena reputación de que goza una persona. En sentido jurídico indica el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria que se contrapone al débito que incumbe al sujeto pasivo de la relación"

Octavio A. Hernández (4), define al crédito como "una institución económica jurídica en cuya virtud una persona entrega a otra un bien presente a cambio de la promesa de que se lo entregará al vencimiento de la obligación, otro bien o su equivalente".

Para Rafael de Pina (5), crédito es "el derecho que tiene una persona (acreedora) de recibir de otra (deudora), la prestación a que ésta se encuentra obligada". "Solvencia". "Garantía".

Por último, en opinión de Acosta Romero (6), "puede decirse que el crédito es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado, por una persona a otra, para ser devuelta a futuro, en un plazo señalado y generalmente con

(3) GRECO Pablo, cit. por ACOSTA Romero Miguel, DERECHO BANCARIO, Editorial Porrúa S. A., México, 1991, p. 526.

(4) HERNÁNDEZ A. Octavio, cit. por BAUCHE Garcíadiego Mario, OPERACIONES BANCARIAS, Editorial Porrúa S. A., México 1987, p. 28.

(5) DE PINA Rafael y De Pina Vara Rafael, ob. cit., p. 192.

(6) ACOSTA Romero Miguel, ob. cit., p. 227 y 228.



el pago de una cantidad, por el uso de los mismos. Es de aclararse que el crédito no sólo puede otorgarse en dinero, sino también en especie".

Así, considera que los elementos del crédito son:

\* La existencia de los bienes.

\* La transferencia de ellos o de su disposición jurídica, de su titular a otra persona (la que lo disfruta).

\* El lapso de tiempo durante el que se usan los bienes,

y

\* La obligación de restitución de los mismos, con el pago de la cantidad pactada para su uso.

Hay quien afirma que también la confianza forma parte importante del concepto del crédito.

## 2.- OPERACIONES BANCARIAS.

### A) OPERACION DE CREDITO Y OPERACION BANCARIA.

La operación de crédito se refiere al negocio jurídico por virtud del cual el acreedor (acreditante) transmite un valor económico al deudor (acreditado), y éste se obliga a reintegrarlo en el término (7).

(7) DE PINA Rafael, y De Pina Vara Rafael, ob. cit. p. 259.

De esta forma, dichas operaciones de crédito no son, técnicamente, operaciones sino contratos y es en esta figura donde debe buscarse y encontrarse su perfeccionamiento esencial; la denominación "operación" debe considerarse como medio de identificación de los contratos mercantiles que se regulan en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o en sus leyes complementarias.

La operación de banco no se encuentra definida en el ordenamiento legal mercantil, sin embargo el Artículo 75, Fracción XIV, alude expresamente a ellas al reputarla acto de comercio.

Estas operaciones o contratos bancarios no presentan caracteres intrínsecos que las distingan de otros negocios jurídicos, ya que consisten en un negocio jurídico de tipo general, que se califica de bancario sólo por el sujeto (8). Se caracterizan por ser realizadas por un tipo especial de empresas, que reciben el nombre de bancos o instituciones de crédito.

Según Rodríguez Rodríguez (9), las operaciones bancarias se caracterizan por ser operaciones de crédito

(8) CERVANTES Ahumanda Raúl, ob. cit., p. 215.

(9) RODRIGUEZ Rodríguez Joaquín, DERECHO BANCARIO, Editorial Porrúa S. A., México, 1976, p. 21.

realizadas profesionalmente. Los bancos son en definitiva, empresas que se encuentran en el centro de una doble corriente de capitales; los que afluyen del banco para ir a manos de aquellos que se encuentran precisados de ellos. En tomar dinero barato y en proporcionarlo un poco más caro, con carácter profesional, es decir, de un modo habitual y como finalidad de existencia, consiste la sustancia de un banco. Las operaciones por las que el banco recibe dinero son operaciones de crédito; aquellas por las que el banco entrega dinero son también de crédito.

#### B) CLASIFICACION DE LAS OPERACIONES BANCARIAS.

Las operaciones jurídicas que realizan los bancos pueden clasificarse desde diversos puntos de vista, el economista, el contador y el jurista. Ahora sólo se considerará el aspecto jurídico de la materia bancaria, siguiendo la clasificación de varios autores citados por Joaquin Rodriguez (10):

Ehrenberg las clasifica en 5 grupos:

- 1) Adquisición y enajenación de títulos valores.
- 2) Cambio de dinero.

(10) RODRIGUEZ Rodriguez Joaquin, ob. cit., p. 31-34.

- 3) Operaciones de admisión y entrega de dinero.
- 4) Atención de pagos.
- 5) Operaciones de administración patrimonial.

De un modo semejante Gierke distingue los siguientes grupos:

- 1) Adquisición y enajenación de efectos.
- 2) Operaciones bancarias de custodia.
- 3) Adquisición y enajenación de medios de pago.
- 4) Algunas operaciones de crédito.
- 5) Pagos.

De todos los autores que han tratado de hacer una clasificación jurídica de las operaciones de banco, el esfuerzo más notable corresponde a Greco, que las divide del siguiente modo:

#### I. Contratos de Custodia.

- a) Los depósitos bancarios.
- b) Cajas de seguridad.

#### II. Subrogación de moneda.

- a) Billetes de banco.
- b) Cheques.
- c) Otros títulos.

#### III. Contratos de préstamo.

- a) Apertura de crédito.
- b) Descuento.

- c) Anticipos.
- d) Crédito inmobiliario.
- e) Crédito agrario.

#### IV. Delegaciones y pagos de banca.

- a) Delegaciones bancarias.
- b) Pagos de banca.

Pero la clasificación seguida por la inmensa mayoría de los tratadistas de Derecho Bancario, es la CLASICA que distingue:

- a) Operaciones Activas.
- b) Operaciones Pasivas.
- c) Operaciones Neutrales.

#### C) OPERACIONES PASIVAS, ACTIVAS Y NEUTRALES.

\* OPERACIONES PASIVAS: Son aquellas por las que los bancos reciben crédito, obtienen capitales de diversas procedencias, para invertirlos lucrativamente en las condiciones y términos permitidos por la ley. Así, el origen de los fondos puede ser:

- a) Del público en general, a través de los instrumentos que la Ley de Instituciones de Crédito permite a las instituciones.

- b) De otras instituciones del país.
- c) Directamente del Gobierno Federal o de organismos descentralizados o del instituto central, y
- d) De bancos extranjeros, previo cumplimiento de los requisitos que señale el Banco de México y en su caso la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De tal manera que la operación pasiva no sólo consiste en que el banco recibe dinero en efectivo, sino que también puede ser en bienes o servicios estimables en numerario, pagadero a futuro.

\* OPERACION ACTIVA: Es aquella que realizan las instituciones, en la que prestan dinero, o conceden crédito, o servicio, estimados en numerario, pagaderos a futuro a cualquier persona, mediante la utilización de los contratos, o instrumentos, que para ese efecto señala la ley, esto es, las instituciones ponen a disposición del público que los necesite, fondos pecuniarios. En este caso el banco es el acreedor y el cliente es deudor.

\* OPERACIONES NEUTRALES: Consisten generalmente en la atención de negocios ajenos. Jurídicamente se realizan mediante contratos de prestación de servicios, de comisión, de mandato o mediación.

Esta clasificación tiene ante todo un valor eminentemente práctico, tiene un sentido jurídico en cuanto expresa que las instituciones de crédito tienen deudores o acreedores. Estas operaciones, dado el estado actual de la práctica bancaria, requieren igual grado de intensidad en la propaganda y en el reclutamiento de clientes.

Atendiendo a esta clasificación clásica, Joaquín Rodríguez da el siguiente cuadro sistemático de Operaciones de Crédito:

I. Operaciones de intermediación en el crédito (bancarias, en sentido propio).

I') PASIVAS.

- a) Depósitos bancarios.
- b) Emisión de obligaciones y de otros títulos.
- c) Redescuentos, aceptaciones, préstamos.
- d) Emisión de billetes.

II') ACTIVAS.

- a) Apertura de Crédito simple y en cuenta.
- b) Anticipos y créditos sobre mercancías.
- c) Créditos de firma.
- d) Créditos comerciales.
- e) Créditos especiales.

## II. Operaciones neutrales (bancarias, por accesoión).

I') Transferencias, giros.

II') Comisiones. Intervenciones en las emisiones.

Intervenciones en la emisión de obligaciones.

III') Cobros.

IV') Cartas de crédito.

V') Cajas fuertes.

VI') Fideicomiso.

### 3.- CONCEPTO DE APERTURA DE CREDITO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 291, lo define de la siguiente manera: "En virtud del Contrato de Apertura de Crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste, una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen".



#### 4.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO Y SU DIFERENCIA CON EL PRESTAMO MERCANTIL.

Como ya se analizó, en su oportunidad se estableció que las operaciones de crédito no son sino contratos, y que en la práctica se les llama operaciones de crédito; así mismo se asentó que las operaciones bancarias se caracterizan por ser operaciones de crédito. De tal manera que el Contrato de Apertura de Crédito es una operación de crédito que no sólo puede ser celebrado con la intervención de un banco, sino que también entre particulares. Sin embargo, en la práctica normalmente los bancos son quienes lo celebran.

Para poder explicar su naturaleza jurídica, se expondrán las siguientes teorías (11):

##### a) Teoría del Mutuo:

Siguiendo la ley del menor esfuerzo, los juristas han pretendido enmarcar la figura jurídica del contrato de apertura de crédito dentro del tradicional marco del mutuo. A esta teoría, hace tiempo superada, se adhiere la jurisprudencia francesa, que ve en la apertura de crédito un préstamo condicional. Sin embargo, el préstamo mercantil es un contrato real, traslativo de la propiedad de la cosa prestada, el prestatario. Claramente se ve, por la

(11) CERVANTES Ahumada Raúl, ob. cit., p. 252-254.

transcripción del artículo 291, que en la apertura de crédito no se da el fenómeno de transmisión de dominio, cuando menos en el primer momento del contrato, y menos aún cuando el objeto del mismo es la firma, es decir, el crédito que el acreditante pone a disposición del acreditado al asumir obligaciones por cuenta de éste.

b) Teoría del mutuo consensual y de los actos ejecutivos:

Para superar las objeciones de la teoría del mutuo, se pretendió que la apertura es un mutuo consensual, seguido de actos ejecutivos (los actos de disposición del crédito). En realidad las objeciones no fueron superadas, ya que la teoría, por una parte, desnaturaliza al mutuo, y por otra no explica los efectos inmediatos de la apertura de crédito.

c) Teoría del mutuo-depósito:

La apertura de crédito, ha dicho Rocco, es en realidad un mutuo, con simultáneo depósito de la suma mutuada: el mutuante, en vez de entregar la suma al mutuario, se constituye depositario irregular de ella y la pone por tanto a disposición del mutuario. La aguda teoría de Rocco no resiste el golpe del análisis: es demasiado artificiosa. De ser válida la teoría, se tendría en realidad, dos mutuos: en el primero, el acreditante prestaría al acreditado el importe del crédito pactado; y el acreditado, en un segundo

tiempo, prestaría el mismo importe al acreditante. Además, la teoría no explicaría el crédito llamado de firma, o sea cuando el acreditante no pone a disposición dinero, sino su propia firma, para contraer una obligación por cuenta del acreditado.

d) Teoría del Contrato Preliminar:

Esta teoría ve en la apertura de crédito un contrato preliminar, o promesa de contrato de celebrar en el futuro un contrato de préstamo. Se trataría de una promesa de mutuo. A esta teoría prestan su adhesión autorizados tratadistas. La doctrina ha sido vigorosamente combatida por Messineo. El contrato preliminar da sólo derecho a exigir la celebración de un contrato futuro, y en la apertura de crédito se producen desde luego los efectos de un contrato definitivo: por un lado, la obligación del acreditante de poner el crédito a disposición del acreditado; y por otro, la obligación del acreditado de pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen. Estas prestaciones, excluidos los intereses, se deberán pagar aun en el caso de que el acreditado no haga uso del crédito.

e) Teoría del Contrato Preliminar Mixto:

Ante las objeciones hechas a la teoría del contrato preliminar, se ha pretendido que se trata de un contrato

preliminar mixto, que produciría por un lado y de inmediato el efecto de acreditar la suma al acreditado, y prepararía los actos de disposición, como contratos definitivos. Puede objetarse que en esta teoría el contrato preliminar queda desnaturalizado.

f) Teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo:

Se puede concluir, con la que se considera mejor doctrina, que el contrato de apertura de crédito es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo, en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos, y de contenido complejo, esto es, que produce un doble efecto: el primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer), y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado.

#### DIFERENCIA CON EL PRESTAMO MERCANTIL:

Estrían básicamente en un elemento de objetividad, independientemente de las teorías analizadas; este elemento objetivo se trasluce en una finalidad, que es la del comercio; reza el legislador en el artículo 358 del código de comercio diciendo lo siguiente:

ESTA TESIS HA DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

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

Bajo este aspecto, primero se comentará que es clara la intención del legislador de que se dé el carácter de préstamo mercantil al que sea realizado para efectos de comercio; muchos juzgadores han caído en el error de estimar la aplicación de los preceptos del préstamo mercantil a toda la categoría de título de crédito olvidándose de la finalidad expresada y ya transcrita. No se olvide que existe también la presunción para el caso de que sea entre comerciantes.

En el caso del Contrato de Apertura de Crédito, aun cuando ambos puedan revestir la formalidad contractual escrita, éste no determina la intención ni la finalidad última de los celebrantes o contratantes. Esta situación queda totalmente expuesta si se acude al grueso de los contratos que manejan las Instituciones Bancarias, (independientemente que no sea eminentemente ni de exclusividad bancaria) donde queda reflejado que aquellas sólo exigen que el acreditado, exprese la finalidad del destino del dinero o la obligación a contraer por cuenta

del mismo. dicho en otra forma, puede tener utilización comercial o no, esto es, puede ir desde el refaccionamiento de un comerciante no industrial, hasta para lograr la terminación de la casa habitación de ese mismo comerciante, o de un industrial, donde nada tiene que ver la finalidad del lucro o comercio.

Por otra parte, una segunda diferencia se encuentra, en que el legislador en el caso del préstamo mercantil ha puesto una regulación especial atendiendo a la forma del pago de los intereses o su ausencia de la misma:

Art 361.- "Toda prestación pactada a favor del acreedor que conste precisamente por escrito se reputará interés"

Art 362.- "Los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o en su defecto el 6% anual..."

Art 363.- "Los Intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán sin embargo capitalizarlos".

Se comenzará el comentario relativo a estos preceptos en los mismos términos que en el caso anterior; ha habido un criterio indiscriminado por parte de los juzgadores, el

aplicar las reglas del préstamo mercantil a otros actos que en la mayoría de los casos ni son de comercio netamente, o no son para efectos de comercio; bien, en el presente caso no es la excepción, ya que algunos jueces han llegado al grado de querer aplicar el artículo 363 -ya transcrito- a las regulaciones de la Apertura de Crédito, en el caso de los pagos parciales o "a cuenta"; este comentario se ampliará enseguida de establecer la diferencia en este aspecto con la apertura de crédito, que por medio del artículo 294 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice:

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

La obligación le nace o deviene al acreditado, una vez que éste ha dispuesto de la suma en su favor o ha hecho uso del crédito concedido a través de una obligación contraída

por el acreditante, esto quiere decir que a partir de este momento el acreditado, no sólo queda obligado a devolver la suma en los plazos y términos convenidos, sino también a pagar intereses en la forma y terminos convenidos, en este caso el legislador no pone limitaciones a las formas, condiciones y términos en que los intereses deban de ser pagados, esto es, las partes quedan en la mayor de las libertades de pacto o convenio, que puede ir desde la capitalización de intereses, hasta la tasa de variabilidad de los mismos sujeta a elementos externos (esto no sólo lo hacen los bancos también lo previó el legislador civil al fijar el C.P.P.), tan es así que sólo este artículo y el 300 de la misma ley hablan de este aspecto, dando por entendido el precepto de origen elemental de derecho que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, y en el caso particular de la Apertura de Crédito de ningún modo se les prohíbe pactar determinadas tasas o modos y condiciones.

Volviendo al punto donde se ha hablado que los juzgadores han pretendido aplicar regulaciones del préstamo mercantil a la Apertura de Crédito, se ha visto dentro de la práctica, que frecuentemente los acreditados que se actualizan como demandados llegado el caso, hacen abonos al adeudo de su crédito, y en gran parte de ellos los comprobantes no estipulan para que será destinado, y



posteriormente pretenden usarlos en juicio alegando en su favor el artículo 363 del código de comercio, SABIENDO QUE EL CONTRATO QUE CELEBRARON ES APERTURA DE CREDITO, pero hasta ese momento no sería tan criticable dicha situación, lo que si es rotundamente reprobable, es que los jueces lo apliquen. Donde estriba el fundamento del comentario, se basa en que si el propio legislador está dejando en libertad a las partes para convenir sobre los intereses, es que esto quede regularmente plasmado en el contrato mismo en donde invariablemente se pacta que cualquier pago que haga el acreditado, si tiene intereses pendientes de pagar, dicha suma se aplicará primero a intereses y si resta será a capital. La situación práctica sin embargo se da y algunos jueces, -como ya se dijo- lo aplican indiscriminadamente sin hacer el análisis respectivo.

Una tercera diferencia, es un caso especialísimo contemplado por el legislador y es la de las posibles causas de terminación anticipada, cosa que el legislador mercantil no hace en el préstamo mercantil; incluso llega el legislador, en la Apertura de Crédito, a regular una figura igual de especial que es la DENUNCIA, que no es más que el equivalente -en una forma personal de ver- a una causal "sin causa", otorgada para el uso de ambas partes y no solamente del acreditante.

## 5.- PARTES DEL CONTRATO Y CAPACIDAD.

La apertura de crédito se trata de un contrato bilateral cuyos participantes están claramente identificados como acreedor y deudor.

\* Como acreedor, el acreditante, que es la persona física o moral que se obliga durante determinado tiempo a poner cierta cantidad de dinero a disposición de la otra parte.

\* Como deudor, el acreditado, que es la persona que puede disfrutar de las cantidades puestas a su disposición, durante el tiempo pactado, contra su devolución en el principal e intereses, en los términos del contrato mismo.

La capacidad que deben tener las partes para la celebración del contrato es la normal y general en materia mercantil, es decir, que no deberán estar disminuidos en sus capacidades de ejercicio en el comercio, en los términos del derecho mercantil, bancario, y en su caso, del civil. (12)

## 6.- CLAUSULAS QUE SE PUEDEN PACTAR.

Ya se ha analizado en el capítulo 2 y 3, que en materia

de contratos rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, así que, en general, las obligaciones recíprocas de las partes en el contrato de apertura de crédito, deriva de las cláusulas que se pacten, son meramente convencionales y no tienen en principio, otro límite que la libre autonomía de la voluntad, legalmente expresada.

Sin embargo, las cláusulas más importantes que se pueden pactar en este contrato son las siguientes:

\* IMPORTE DEL CREDITO: es el monto de las sumas que el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado o la cuantía de las obligaciones que se obliga a contraer por cuenta del mismo acreditado.

Para determinar el importe del crédito se atiende, en primer lugar, al límite fijado por las partes en el que, salvo pacto en contrario, quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado. Si en el contrato no se señaló un límite a las disposiciones del acreditado, el importe del crédito se determina por el objeto a que éste se destina o de algún otro modo convenido por las partes. Por último, si el importe del crédito no puede determinarse por alguno de los medios anteriores, se entiende que el acreditante está facultado para fijar ese

limite en cualquier tiempo (Art. 293 LGTOC). En todo caso, puede convenirse que las partes queden facultadas para restringir el importe del crédito a partir de una fecha determinada.

\* DURACION DEL CONTRATO: El acreditado tiene derecho a hacer uso del crédito en el plazo estipulado en el contrato y el plazo puede reducirse a voluntad de cualquiera de las partes, si así se convino. Si no se estipuló término, se entiende que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en la forma prevista en el contrato, o a falta de ésta, por ante notario o corredor, y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia. Notificada la terminación del contrato, se extingue el crédito en la parte de que no haya hecho uso el acreditado hasta ese momento (Art. 143 y 294 LGTOC).

\* DENUNCIA: La apertura de crédito es uno de los contratos que puede denunciarse.

La denuncia consiste en que una de las partes dé por terminado un contrato bilateral, por su voluntad, aun cuando la otra parte esté cumpliendo las obligaciones a su cargo. El acreditante y el acreditado pueden convenir en que cualquiera, o uno solo de ellos, estará facultado para

denunciar el contrato a partir de una fecha determinada o en cualquier tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en los mismos términos indicados en el punto anterior. Denunciado el contrato, se extingue el crédito en la parte de que no haya hecho uso el acreditado hasta el momento de la denuncia; pero el acreditado no queda liberado de pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no dispuso, sino cuando la denuncia proceda del acreditante (Art. 294 LGTOC).

**\* OBLIGACIONES DEL ACREDITADO:**

a) Devolver las sumas de que dispuso o reintegrar las cantidades que el acreditante pagó por cuenta del mismo acreditado: la devolución o el reintegro al acreditante tiene que hacerse en el plazo fijado por las partes. Si no se estipuló plazo, la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción del crédito. Esta misma regla se aplica respecto al pago del saldo que resulte a cargo del acreditado al extinguirse el crédito en cuenta corriente (Art. 300 LGTOC).

b) Pagar al acreditante los intereses, prestaciones, gastos y comisiones estipulados. Los intereses son las cantidades que el acreditado paga como compensación por el

disfrute de las cantidades de dinero que le entregó el acreditante o que éste pagó por cuenta del acreditado. Los intereses sólo se causan sobre las sumas de que disponga el acreditado o sobre las que realmente supla el acreditante; si el acreditante no hace uso del crédito, no está obligado a pagar intereses. Las comisiones son las cantidades que percibe el acreditante en pago del servicio que ha prestado al acreditado al obligarse en los términos del contrato; la comisión se gradúa en relación con el importe del crédito y se causa en todo caso, aunque el acreditado no haga disposiciones, ni llegue el caso de que el acreditante contraiga obligaciones por cuenta de él. Los gastos son erogaciones que se hacen a consecuencia del contrato, por ejemplo impuestos, gastos de escritura, inscripción del contrato en el Registro Público de la Propiedad si hay garantía hipotecaria, etc. (13)

Para el pago de los intereses, comisiones, gastos y demás prestaciones a cargo del acreditado se aplican las mismas reglas expuestas en el párrafo anterior (Art. 330 LGTOC).

\* GARANTIAS: La apertura de crédito simple y en cuenta

(13) PUENTE y Flores Arturo y Calvo Marroquin Octavio, DERECHO MERCANTIL, Editorial Banca y Comercio S. A., México, D. F., 1976, p. 326 y 327.

corriente pueden pactarse con garantía personal o real para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del acreditado: la garantía personal es la fianza, en virtud de la cual una persona se obliga a pagar en caso de que el acreditado no lo haga. La garantía real puede constituirse en prenda o hipoteca. La garantía se entiende extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito (Art. 298 LGTOC).

\* EXTINCIÓN DEL CRÉDITO: Hace cesar el derecho del acreditado para hacer uso de él, en lo futuro. El crédito que se concede en virtud de una apertura de crédito se extingue por las siguientes causas:

a) Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad del importe del crédito, a menos que éste se haya abierto en cuenta corriente.

b) Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato cuando no se hubiere fijado plazo.

c) Por la denuncia del contrato.

d) Por la falta o disminución de las garantías pactadas

a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o substituya debidamente la garantía en el término que se convenga.

e) Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra.

f) Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, por la disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito (Art. 301 LGTOC).

\* DOCUMENTACION DEL CREDITO: A veces, el acreditado, como reconocimiento del adeudo a su cargo y a favor del acreditante, puede otorgar o transmitir a éste un título de crédito o cualquiera otro documento. En tales casos el acreditante no queda facultado para descontar antes de su vencimiento el crédito así documentado, a no ser que el acreditado lo haya autorizado expresamente para hacerlo (Art. 299 LGTOC).

Debe entenderse que cuando sin estar autorizado, el acreditante descuenta o ceda indebidamente el crédito, será responsable de los daños y perjuicios que se causen al acreditado.



## 7.- DOMICILIO CONVENCIONAL.

Se ha dejado esta cláusula por separado, porque es la materia objeto del presente trabajo. De esta manera se comenzará por analizar qué es el domicilio:

El domicilio (14) es un atributo de la persona. Se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él. De esta definición se desprenden 2 elementos: 1) La residencia habitual, o sea, el dato objetivo, y 2) El propósito de establecerse en determinado lugar, o sea, el dato subjetivo.

El Código Civil del Estado estatuye en su artículo 28: "El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar donde se halle".

La diferencia que tiene con la residencia es que el domicilio es permanente y se impone por la ley a determinadas personas, en cambio la residencia es temporal y no es impuesta por la ley.

El domicilio de las personas morales se determina de

(14) ROJINA Villega Rafael, ob. cit., INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA, T. I, p. 188-194.

acuerdo con la ley que las haya creado o reconocido; a falta de disposiciones relativas en dicha ley, de acuerdo con lo dispuesto en su escritura constitutiva, en sus estatutos o reglas que regulen su funcionamiento, y a falta de todos ellos, se determina su domicilio por el lugar donde operen (Art. 33). Las personas morales que tengan su domicilio fuera del estado, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su territorio, se considerará domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado en todo lo que a esos actos se refiera. Las sucursales en lugares distintos de donde radica la casa matriz, se considerarán domiciliadas en los lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales (Art. 34).

El domicilio convencional es conceptualizado por el tratadista mexicano Eduardo Pallares (15) como aquel que los contratantes designan en los convenios o contratos que celebran para el cumplimiento de las obligaciones. Similar definición contiene el artículo 34 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por su parte, el artículo 35 del Código Civil vigente en el Estado, a la letra dice: "Las reglas sobre domicilios

(15) PALLARES Eduardo, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial Porrúa S. A., México, 1984, p. 303.

establecidos en los artículos que preceden no privan a las personas físicas o morales del derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones".

Así, los efectos del domicilio son:

- 1) Determina el lugar para recibir comunicaciones, interpelaciones y notificaciones en general.
- 2) Determina el lugar de cumplimiento de las obligaciones.
- 3) Determina la competencia de los jueces en la mayoría de los casos.
- 4) Determina el lugar en que habrán de practicarse ciertos actos del estado civil.
- 5) Determina el lugar de centralización de todos los intereses de una persona en los casos de quiebra, concurso o herencia.

Ahora bien, la Cláusula del Domicilio Convencional, suele pactarse en los contratos de Apertura de Crédito de la siguiente manera:

"Para todos los efectos judiciales y extrajudiciales relativos al presente contrato, el cliente señala como su domicilio en \_\_\_\_\_, de esta ciudad, mientras el

cliente no notifique por escrito al Banco el cambio de domicilio, los emplazamientos y demás diligencias judiciales o extrajudiciales se practicarán en el domicilio señalado en la presente cláusula".

#### 8.- MODALIDADES DE LA APERTURA DE CREDITO.

##### \* CREDITOS DE DINERO Y CREDITOS DE FIRMA:

Según que por virtud del contrato de apertura de crédito el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma de dinero o se obligue a contraer una obligación por cuenta del acreditado, se habla de créditos de dinero o de créditos de firma. El crédito de firma puede adoptar la forma de crédito de aceptación, de aval, etc.

Siempre que en virtud de una apertura de crédito, según lo estipula el artículo 297 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el acreditado se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o, en general, a aparecer como endosante o signatario de un título de crédito, por cuenta del acreditado, éste, salvo pacto en contrario, quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento

aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo.

La aceptación, el endoso, el aval o la suscripción del documento -añade el precepto citado-, así como la ejecución del acto de que resulte la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, deba éste o no constituir la provisión de que antes se habla, disminuirán desde luego el saldo del crédito, a menos que otra cosa se estipule; pero, a parte de los gastos, comisiones, premios y demás prestaciones que se causen por el uso del crédito, de acuerdo con el contrato, el acreditado sólo estará obligado a devolver las cantidades que realmente supla el acreditante al pagar las obligaciones que así hubiere contraído y a cubrir únicamente los intereses que correspondan a tales sumas.

**\* CREDITO SIMPLE Y EN CUENTA CORRIENTE:**

Salvo convenio en contrario -dice el artículo 295 de la LGTOC-, el acreditado podrá disponer a la vista de la suma objeto del contrato (crédito simple). Una vez dispuesto el crédito en su totalidad, el mismo se extingue.

Por el contrario la apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho,

quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor (Art. 296). Son aplicables en esta materia los artículos 306, 308 y 309 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

**\* CREDITOS DESCUBIERTOS Y GARANTIZADOS:**

Se habla de crédito descubierto cuando no se pacta garantía específica, que asegure su restitución. De créditos garantizados, cuando si la tienen.

El Artículo 298 de la LGTOC establece que la apertura de crédito simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con la garantía personal (por ejemplo la fianza), o real (hipoteca, prenda). La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.

**\* CREDITOS LIBRES Y DE DESTINO:**

En los créditos libres el acreditado podrá usar el crédito para los fines que mejor le convengan. Los créditos de destino son aquellos en los que el acreditado debe disponer del crédito en la adquisición de determinados bienes o en fines previamente establecidos, por ejemplo los refaccionarios y de habilitación.

\* APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE MEDIANTE  
EXPEDICION DE TARJETAS DE CREDITO:

En este tipo de contrato, la institución acreditante se obliga a pagar por cuenta del acreditado (tarjetahabiente), los bienes o servicios que proporcionen al propio acreditado los proveedores previamente convenidos, y poner a su disposición dinero en efectivo en las oficinas de la propia institución, en las de sus corresponsales bancarios y, en su caso, a través de equipos o sistemas automatizados.

9.- LA TRASCENDENCIA DE ORDEN PUBLICO PROCESAL DEL DOMICILIO  
CONVENCIONAL.

Son variadas las tesis que sostienen la ineficacia procesal del domicilio convencional, pero otras tantas se dan en favor de éste; primero se tratarán aquellas que son opositoras del presente trabajo, para enseguida mencionar las razones y tesis de apoyo:

ARGUMENTOS EN CONTRA.

I.- El emplazamiento es una formalidad tan esencial en el procedimiento, que si no se practica como lo determina la ley, deja sin defensa al demandado, con violación notoria del artículo 14 constitucional.

II.- Los derechos que conceden las disposiciones legales que se refieren al emplazamiento, no son renunciables ya que dichas disposiciones además de ser de procedimiento están relacionadas con un precepto de rango constitucional.

III.- Una cosa es el domicilio convencional y otra totalmente distinta es el domicilio en que deben hacerse el emplazamiento y demás notificaciones en caso de juicio.

IV.- Tanto el derecho mercantil como el derecho civil son ramas del derecho privado en tanto que el derecho procesal es una rama del derecho público.

#### ARGUMENTOS DE APOYO Y DETRACCION DE LOS ANTERIORES.

I.- El caso que se presenta a través de esta tesis, está debidamente delimitado por el clausulado y circunstancias siguientes:

- a).- Es únicamente para realizar emplazamiento en caso de créditos hipotecarios marcantilmente hablando.
- b).- Para contratos donde se pacte que el acreditado tenga la obligación y la facultad de avisar si cambia de



domicilio, so pena de que todas las diligencias y notificaciones que fueren necesarias se practicarán en el domicilio previamente señalado.

c).- Por ende no se pretende llevar a cabo el embargo de bienes que no sean propiedad del actor, sino únicamente la garantía hipotecaria.

Al efecto y previamente a contrargumentar lo ya escrito se transcribe la redacción del clausulado que regularmente se anota en los contratos:

" La parte acreditada y los garantes hipotecarios, en su caso, señalan como domicilio para recibir diligencias judiciales o extrajudiciales relacionados con este contrato, el ubicado en calle \_\_\_\_\_, de esta ciudad. Mientras el acreditado o los garantes hipotecarios, en su caso, no notifiquen por escrito a la Institución el cambio de su domicilio, los emplazamientos y demás diligencias judiciales o extrajudiciales se practicarán en el domicilio señalado en la presente cláusula".

Ahora, una vez planteada la problemática y exposición del tema, circundado por las referencias de este capítulo, se hará la contrargumentación a lo ya visto, según se refirió al inicio de este punto:

I.- Por lo que hace al estado de indefensión, no existe tal, ya que si una persona que ha pactado concientemente sobre el cumplimiento de las obligaciones y deliberadamente omite avisar al Banco su cambio de domicilio, es precisamente para evadir no sólo el cumplimiento, sino sus obligaciones en general, y esto regularmente después de haber hecho un "traspaso" del crédito del departamento o casa hipotecada. En otras palabras tiene la facultad de consolidar su situación de defensión mediante el cumplimiento del aviso de cambio de domicilio.

II.- Efectivamente la tesis sostenida sobre la irrenunciabilidad del derecho a ser emplazado es totalmente válida, más sin embargo, en el caso que se trata no se basa en renuncia alguna a este derecho, más aún como ya se dejó anotado, se le conceden en sus manos al acreditado el medio para mantener siempre su estado de defensión en contra de cualquier posible pleito o litigio con el banco. Lo que sucede es que cuando una persona deja su domicilio bajo esas circunstancias (sin avisar), esto debe ser sancionado, desde el punto de vista del derecho público y del derecho privado. Y, se reitera, el clausulado transcrito en ningún momento pacta la renuncia a este derecho que, se coincide, es irrenunciable.

III.- Los que sostienen la distinción entre el domicilio convencional y el domicilio real de las personas, lo anotan desde un punto de vista subjetivo netamente, puesto que para considerar contemporáneo el derecho mercantil o el civil, deben existir pactos válidos de voluntad en los que las partes precisen las sanciones a las omisiones, y son totalmente irrelevantes los argumentos sobre el domicilio, ya que en el caso que se maneja, regularmente el domicilio convencional es el domicilio donde el demandado acreditado ubica la vivienda familiar.

IV.- Es razonado el argumento sobre la distinción entre el derecho público y el derecho privado, sólo que los alcances que tiene el pacto previsto por el propio Código de Comercio o de Procedimientos Civiles es acorde a una antetesis que estos manejan al permitir que las partes pueden fijar por medio de un instrumento privado, la jurisdicción de un juez determinado, aunque no vivan ahí, pero según la corriente del derecho público no pueden pactar un domicilio convencional que también es de derecho privado y que afecta ordenamientos de orden público, por tanto no es razón suficiente para desvirtuar la validez del domicilio convencional.

Se exponen dos razones más de índole práctico: si a

una persona, a la que se le ha buscado en el domicilio convencional, -desde luego sujeto este supuesto a las circunstancias delimitadas arriba- no se le encuentra, se le pone en conocimiento al juez de que efectivamente ya no vive en él, éste autorizará en su caso con fundamento en el domicilio convencional que ahí se lleve a cabo el emplazamiento y embargo de la garantía inmobiliaria, ES MAYORMENTE POSIBLE QUE A LA POSTRE SE ENTERE EL PROPIO DEMANDADO, DEL JUICIO EN SU CONTRA, ya que regularmente en este tipo de casos o lo TRASPASO o lo arrendó y cambió de ciudad, por tanto la persona que habite la casa podrá ser el vehículo idóneo para comunicarle el juicio en su contra, en tanto que para el caso de recurrir a los edictos es menos probable de que se entere, aún cuando sea por medio del periódico de mayor circulación de la localidad. Es mi intención dejar claro que lo que se pretende para los casos que se exponen, se delimite precisamente a éstos siguiendo este criterio, el cual se encuentra por razones de interpretación contenidas en las tesis jurisprudenciales que a continuación se transcriben:

DOMICILIO DEL DEMANDADO.- "Si en la escritura base de la acción deducida en un juicio ejecutivo mercantil, se convino que las notificaciones se hicieran al deudor en el predio hipotecado, debe estimarse que se aplicaron correctamente los artículos 1051, 1393 y 1396 del Código de

Comercio, si se considerò que estuvo bien hecho el emplazamiento en el domicilio señalado en esa escritura, aun cuando el demandado no radicara en el lugar del juicio; y no puede decirse que carece de validez la estipulación relativa a las notificaciones, pues conforme al artículo 1051 citado, el procedimiento mercantil preferente es el convencional, por haberse renunciado a una formalidad esencial del procedimiento, ya que el demandado si fuè oído en el juicio, por habersele notificado personalmente en el domicilio señalado al efecto, que es lo que requiere la garantía de audiencia consagrada en el mencionado artículo 14, y si posteriormente cambiò su domicilio, este hecho le es en todo caso imputable y no puede motivar que la parte actora tenga la obligación de investigar su nuevo domicilio, para que la notificación se le hiciera en el mismo". Abitia Oleynick Emilio. Tomo C. Página 958. 1949. (16)

DOMICILIO CONVENCIONAL.- "Es perfectamente legal designar un domicilio convencional, tanto para el cumplimiento de las obligaciones, como para que se practiquen en èl las diligencias conducentes, por ser la voluntad de las partes la suprema ley de los contratos. Este

(16) ULLOA Tèllez Marco Antonio, JURISPRUDENCIA MERCANTIL MEJICANA, T. II, C-F, Editorial Sufragio, S.A. de C.V., Hermosillo, Son., 1983, p. 956-957.

principio del domicilio convencional, tiene por fin facilitar las transacciones mercantiles, obteniendo su debida sanción en el artículo 37 del Código Civil del Distrito Federal; por tanto, las notificaciones y diligencias que se practiquen en el domicilio convencional, señalado en un contrato, no pueden ser atacadas de nulidad". Rosales de Velero Josefina.- 25 de noviembre de 1929.- 5ª Epoca. Tomo XXVII. (17)

A continuación y por analizar uno de tantos, se expondrá un caso sobre el particular, haciendo la aclaración de que se utilizarán nombres ficticios, pero el número de expediente es el real. Para tal efecto se transcribirán los acuerdos correspondientes.

**ANTECEDENTES:** La C. Lourdes Torres Martinez celebró un contrato de Apertura de Crédito Simple con Garantía Hipotecaria con el Banco Nacional de México S.N.C. (ahora S. A.) en el que se pactó precisamente un domicilio convencional para que se llevaran a cabo en él los emplazamientos y demás diligencias judiciales o extrajudiciales que fueren necesarias y con motivo del contrato mismo, mientras no notificara el cambio de

domicilio. Así pues en esta cláusula se convino el domicilio ubicado en calle Fray Bartolomé de las Casas N° 108, de esta ciudad, como convencional. También se pactó como garantía hipotecaria el inmueble ubicado en calle Rubi N° 612 de esta ciudad. Al incurrir en incumplimiento la parte acreditada, se presentó, previa denuncia del contrato, la demanda en el Juzgado, misma que fué radicada de la siguiente manera:

**AUTO DE RADICACION:**

"Celaya, Gto., a 2 dos de Enero de 1991 mil novecientos noventa y uno.-----

Con el escrito de cuenta, documentos y copias simples que se acompañan, se tiene a Pedro Figueroa Padilla, apoderado de Banco Nacional de México, S.N.C. y autorizado para recibir notificaciones al Lic. Jerónimo Zárate González, promoviendo el Juicio Ejecutivo Mercantil, en ejercicio de la acción cambiaria directa en contra de Lourdes Torres Martínez, quien tiene su domicilio ubicado en Fray Bartolomé de las Casas N° 108 de esta ciudad, sobre el pago de la cantidad de \$890,064.00 (OCHOCIENTOS NOVENTA MIL SESENTA Y CUATRO PESOS 00/100 M.N.) como suerte principal más anexidades legales, con fundamento en los artículos 1930 y 1936 del Código de Comercio. Se admite la demanda en la Vía propuesta, dèse entrada y registrese en el libro

respectivo, f6rmese el expediente correspondiente. Se tiene como domicilio señalado para oír y recibir notificaciones en el mencionado en su escrito de cuenta, se despacha el presente con efectos de mandamiento en forma para que se requiera al demandado en el domicilio señalado sobre el pago inmediato de la cantidad y anexidades legales que se reclaman, y en caso de no hacerlo embárguensele bienes de su propiedad suficientes a cubrir lo reclamado, poniéndolos en dep6sito de la persona que bajo su responsabilidad designe el actor, hecho lo anterior emplácese al demandado con las copias simples de la demanda y documentos presentados, haciéndole saber que dispone del término de cinco días, para que acuda a este Juzgado a hacer el pago de lo reclamado y oponerse a la ejecución, si tuviere excepciones legales que hacer valer, se designan como Ministros Ejecutores a las C.C. Irma Herrera Mendoza, Luz Maria Gasca Flores y Magdalena de Santiago Chávez, Gabriela Martinez Garcia y Ma. Guadalupe Carrera Tamayo, Ministros Ejecutores de este Tribunal, con facultades para solicitar el auxilio de la fuerza pública y el rompimiento de cerraduras de ser necesario.-----

Notifiquese personalmente Únicamente al actor.-----

Así lo resolvió y firma la ciudadana Licenciada Ma. Claudia Barrera Rangel, Juez de Primera Instancia Tercero de lo Civil de este Partido Judicial, que en legal forma actúa con secretaria que autoriza.- Doy Fe.----- "



Dias despuès se acudiò al domicilio señalado y se dejó citatorio para el dia siguiente, levantándose la siguiente constancia:

" En la ciudad de Celaya, Guanajuato, la suscrito Ministro Ejecutor designada por el Juzgado Tercero de lo Civil de este Partido Judicial, siendo las 10:00 horas del dia 8 del mes de marzo de 1992, mil novecientos noventa y dos, me constituí en compañía del actor, Lic. Jerónimo Zárate González, al domicilio de la parte demandada Lourdes Torres Martinez, cito en Fray Bartolomé de las Casas N° 108 de esta ciudad de Celaya, habiendo estado tocando insistentemente la puerta de dicho domicilio, acudiendo a mi llamado el Señor Santos Aguilar, estando completamente vacia y el Señor Santos Aguilar está arrendándola, informándome que dicha persona que busco no vive ahí, informándome con otros vecinos, quienes me manifestaron que efectivamente dicho demandado ya no vive ahí, por lo que se levanta la presente para constancia.- Doy Fe.- - - - -

Y además me manifestó el señor Santos Aguilar que está arreglando la casa con su esposa, que está completamente vacia y que la estan pintando, y al preguntarles por la demandada Lourdes Torres Martinez me dijeron que ni la conocen, además investigué con ambas vecinas de los lados y también me dijeron que no conocen a la persona de la que preguntan, por no ser su vecina. Levantándose la presente

para constancia.- Doy fe. - - - - -"

**AUTO QUE APROBO LA DILIGENCIA ANTERIOR:**

" Celaya, Guanajuato, a 12 doce de marzo de 1991 mil novecientos noventa y uno. - - - - -"

Vista en revisión de oficio la diligencia de razón de fecha 8 ocho de marzo, del año en curso, practicada por el Ministro Ejecutor autorizada por este Juzgado y no encontrando errores u omisiones que subsanar, se aprueba en todas y cada una de sus partes, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 69 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Estado. - - - - -"

Notifiquese por lista sólo a la actora. - - - - -"

Lo proveyò y firma la Ciudadana Licenciada Ma. Claudia Barrera Rangel, Juez de Primera Instancia Tercero de lo Civil de este Partido Judicial, que actúa en legal forma con secretaria, Caritina Gasca Montoya.- Doy Fe. - - - - -"

Posteriormente y en virtud de la ausencia de la demandada, se solicitò al Juez la autorización para llevar a cabo la diligencia de embargo y emplazamiento en el domicilio convencional, fundamentando tal promoción con la primera de las tesis jurisprudenciales ya citadas anteriormente, a lo que el Juez acordo:

"Celaya, Guanajuato, a 21 veintiuno de abril de 1991

mil novecientos noventa y uno. - - - - -

A sus autos el escrito suscrito por el Lic. Jerónimo Zárate González, presentado en la Secretaria de este Juzgado el día 18 de los corrientes. - - - - -

Se le tiene al ocursoante por hechas las manifestaciones de su ocurso, y por señalando el domicilio contenido en la cláusula XVII del contrato base de la acción, de la demandada Lourdes Torres Martínez, el ubicado en calle Fray Bartolomé de las Casas N<sup>o</sup> 108 de esta ciudad, a efecto de que se de cumplimiento al auto de Exequendum.- - - - -

Notifiquese por lista sólo a la actora.- - - - -

Lo proveyò y firma el Ciudadano Licenciado Gerardo López Cepeda, Juez de Primera Instancia Tercero de lo Civil de este Partido Judicial, que actúa en legal forma con secretaria Caritina Gasca Montoya.- Doy Fe.- - - - - "

En tal virtud se acudiò nuevamente al domicilio y se dejó citatorio por no encontrarse la demandada en los siguientes términos:

"En la ciudad de Celaya, Guanajuato, siendo las 14:30 horas del día 12 doce del mes de Agosto de 1991 mil novecientos noventa y uno, la suscrita Actuaría del Juzgado Tercero de lo Civil de Primera Instancia de este Partido Judicial, me constituí en compañía del Lic. Jerónimo Zárate González al domicilio de la parte demandada Lourdes Torres

Martinez, cito en Fray Bartolomé de las Casas N<sup>o</sup> 108 de esta ciudad y cerciorada previamente de que es el domicilio correcto del demandado, por afirmármelo Santos Aguilar Trejo, quien dijo que el demandado no se encuentra ahí y no lo conoce, por lo que procedo a dejar citatorio en su poder, para que se lo entregue al demandado y éste nos espere el día 13 del mes de Agosto del año en curso, a las 14:30 horas para la práctica de una diligencia de carácter judicial urgente, con el apercibimiento de ley que en caso de no esperar, ésta se entenderá con quien se encuentre o con el vecino más próximo, manifestando Santos Aguilar Trejo que recibió el citatorio, pero no firma por no creerlo necesario, haciéndolo únicamente la suscrita.- Doy Fe.- - -"

De tal suerte que se llevó a cabo la diligencia en el domicilio convencional en los siguientes términos:

#### DILIGENCIA DE EMBARGO Y EMPLAZAMIENTO:

"En la ciudad de Celaya, Guanajuato y siendo las 14:30 horas del día 13 del mes de Agosto de 1991 mil novecientos noventa y uno, la suscrita Ministro Ejecutor designada por el Juzgado Tercero de lo Civil de este Partido Judicial, me constituí en compañía del actor Lic. Jerónimo Zárate González al domicilio de la parte demandada Lourdes Torres Martinez cito en calle Fray Bartolomé de las Casas N<sup>o</sup> 108 de esta ciudad, y cerciorada previamente de que es el domicilio

correcto por afirmármelo el señor Santos Aguilar y solicitando la presencia del demandado Lourdes Torres Martínez, y no econtrándolo presente, procedo a entender la presente diligencia con Santos Aguilar, en virtud del citatorio que antecede, haciéndole saber el motivo de nuestra presencia, y dándole lectura íntegra del auto que cumplimiento de fecha 2 de enero de 1991, requiero al demandado para que en éste acto haga pago inmediato al actor de la cantidad de \$890,064.00 (OCHOCIENTOS NOVENTA MIL SESENTA Y CUATRO PESOS 00/100 M.N.) como suerte principal, y demás anexidades legales, y en caso de no hacerlo, señale para su Embargo, bienes de su propiedad, suficientes a cubrir todas las prestaciones reclamadas, haciéndole saber que de no hacerlo, ese derecho pasará a la parte actora, a lo que manifestó: Que desconoce de los asuntos que haya tenido la demandada así como las deudas, por lo que no hace el pago de lo reclamado, ni señala bienes para su embargo. En uso de la voz el actor haciendo uso del derecho que la Ley le concede, señala para su embargo: el mismo bien dado en garantía hipotecaria, por la demandada, y cuyos datos son los siguientes: Vivienda marcada con el NQ 612 de la calle Rubi de esta ciudad, que tiene las siguientes medidas y linderos: Al Norte 15 metros con la calle de su ubicación; al Sur 15 metros con el señor Seferino Parra Jiménez; al Oriente 15 metros con la señora Josefina Alvarez Hernández; al Poniente 15 metros con el señor Juan González Rodríguez;

que fue inscrita en el Registro Público de la Propiedad bajo la partida N<sup>o</sup> 79, del Tomo CIV, Sección Propiedad de este Municipio, de fecha 26 de Enero de 1984, y que es todo lo que señala para su embargo.- - - - -

Acto seguido, la suscrita Ministro Ejecutor, declaro, BIEN Y FORMALMENTE EMBARGADOS, los bienes antes descritos y que tengo a la vista, en cuanto basten a cubrir lo reclamado, y tengo como depositario de los mismos al C. Lourdes Torres Martinez previa su aceptación y protesta del cargo conferido, y tengo como lugar de depósito en el mismo de su ubicación. Acto seguido corro traslado con las copias simples de la demanda a la parte demandada, EMPLAZANDOLO, para que dentro del mínimo de 5 cinco días - - - ocurra al Juzgado Tercero de lo Civil a hacer el pago de lo reclamado, u oponerse a la ejecución si tuviere excepciones legales que hacer valer, manifestando el señor Santos Aguilar, recibir las copias de la demanda, y darse por enterado del término que se le da, requiriéndole además para que señale domicilio en esta ciudad para recibir notificaciones, apercibiéndoles de que en caso de no hacerlo, se harán por medio de lista en dicho juzgado.- Con lo anterior se da por terminada la presente diligencia que firman los que en ella intervinieron a excepción del señor Santos Aguilar por no creerlo necesario.- Doy Fe.- - - - - "

Después esta diligencia fue aprobada por el Juez de la

siguiente manera:

"Celaya, Guanajuato, a 20 veinte de Agosto de 1991 mil novecientos noventa y uno. - - - - -"

Vista en revisión de oficio la diligencia de EMBARGO Y EMPLAZAMIENTO de fecha 13 trece de agosto del año en curso, practicada por la Ministro Ejecutor autorizada por este Juzgado Maria Irma Herrera Mendoza, y no encontrando errores u omisiones que subsanar, se aprueba en todas y cada una de sus partes, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 69 del Código de Procedimientos Civiles. - - - - -"

Notifiquese por lista. - - - - -"

Lo proveyó y firma el Ciudadano Licenciado Gerardo López Cepeda, Juez de Primera Instancia Tercero de lo Civil de este Partido Judicial, que actúa en legal forma con Secretaria Caritina Gasca Montoya.- Doy Fe. - - - - -"

Cabe señalar que en el caso expuesto el domicilio convencional era distinto al del inmueble dado en garantía, sin embargo también es factible que se lleve a cabo la diligencia de embargo en el primero, ya que NO se pretende en ningún momento embargar bienes que no sean del demandado, y en el caso particular se embargó la garantía del crédito.

C O N C L U S I O N E S .



## C O N C L U S I O N E S .

1.- La Garantia de Legalidad contemplada en el articulo 14 Constitucional, que lleva implicita la de Seguridad Juridica, obliga a toda las autoridades a ajustar su actuaci3n a los preceptos legales que reglamentan sus actividades, es decir, requiere primordialmente que las autoridades se sujeten precisamente a la ley tanto en sus procedimientos como en sus decisiones. De manera que cuando 3stos se refieran a las personas o a sus derechos, precisa de un juicio que se ajuste a las leyes expedidas con anterioridad al hecho de que se trate y ante los tribunales previamente establecidos, m3xime si se trata de la privaci3n de la vida, de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos de una persona, procedimiento en que deber3n observarse todas las formalidades procesales esenciales.

2.- La Garantia de Legalidad prevista en el Articulo 16 Constitucional, implica como requisito la motivaci3n de la causa legal del procedimiento, es decir, la aplicaci3n de la norma juridica existente, al caso concreto respecto del que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, por una parte, y por otra la fundamentaci3n que no es otra cosa que la cita de las disposiciones normativas generales aplicables a ese o a esos

actos que originan la molestia del gobernado.

3.- De las instituciones procesales, notificación, emplazamiento y sentencia, sólo se hará mención en esta conclusión al emplazamiento por relacionarse con el tema central de este trabajo de tesis y que siendo el acto formal por virtud del cual se hace del conocimiento del demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez que al admitirla establece un término dentro del cual el demandado debe comparecer a contestar el libelo correspondiente, se da cumplimiento a los numerales 14 y 16 de nuestra Constitución, pues en esta forma se está respetando la garantía de audiencia que también se traduce en el derecho que tiene todo ciudadano de ser oído para ser vencido o condenado, haciendo hincapié en que el proceso legal se inicia con un emplazamiento o llamamiento que el tribunal formula para que comparezca a juicio.

4.- En los contratos civiles la ley suprema es la VOLUNTAD DE LAS PARTES en tanto se ajusten a la ley, en consecuencia, se pueden establecer tres tipos de cláusulas: esenciales, naturales y accidentales; estas últimas son las que por regla general existen únicamente cuando las partes las estipulan sin estar en la naturaleza del contrato, observándose que es en éstas en donde se

aprecia plenamente la voluntad de las partes contratantes.

5.- En la doctrina no existe una clara división entre la fuente de la obligación mercantil y la civil, pero tal parece que el origen es el derecho civil distinguiéndose ciertas circunstancias meramente accidentales que dan el carácter de mercantil tanto a las obligaciones como a los contratos.

6.- A falta de disposición expresa en el Código de Comercio, en sus artículos 2 y 80 se contempla la aplicación supletoria del Código Civil, y en estas condiciones se puede afirmar que la voluntad de las partes es la esencia del contrato mercantil y que para desentrañarla del propio pacto debe ser labor del juzgador respetar en todo caso la buena fe como norma para su actuación, pudiendo llevar el instrumento a lo que corresponda conforme a la ley, a la doctrina jurídica, a los usos y costumbres mercantiles, y no iniciar la interpretación de este contrato aplicando supuestos y construcciones jurídicas improcedentes.

7.- La Operación de Crédito se traduce en un contrato por virtud del cual el acreedor transmite un valor económico al deudor y éste se obliga a reintegrarlo en el término establecido; se le llama "operación" por ser el

medio de identificación de los contratos contemplados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de tal manera que el Contrato de Apertura de Crédito es una operación de crédito que no sólo puede ser celebrado con una Institución Bancaria.

8.- La diferencia fundamental que existe entre el Préstamo Mercantil y el Contrato de Apertura de Crédito, radica en que el primero debe ser realizado para efectos de comercio, y el segundo puede tener utilización comercial o no, ya que sólo bastará que el acreditado exprese el destino del dinero o la obligación a contraer por cuenta del acreditado.

Por otra parte, en el Préstamo Mercantil el Código de Comercio hace una regulación específica sobre la forma de pago de los intereses, mientras que en el Contrato de Apertura de Crédito existe plena libertad para convenir sobre los intereses, que generalmente, en la práctica, se estipula que cualquier pago que haga el acreditado, si tiene intereses pendientes de pagar, la suma se aplicará primero a los intereses y si resta al capital.

Por último, en la Apertura de Crédito existe la figura de la Denuncia para dar por terminado anticipadamente el contrato, no siendo así en el préstamo mercantil.

9.- En la práctica, en los contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria, el domicilio convencional se pacta para realizar, llegado el caso, el emplazamiento, teniendo el acreditado la obligación y la facultad de avisar si cambia de domicilio, y si no lo hace las diligencias y notificaciones que fueren necesarias, tanto judiciales como extrajudiciales, se practicarán en el domicilio previamente señalado.

10.- De vital importancia resulta señalar que todas las reglas del domicilio se encuentran contenidas en el Artículo 35 del Código Civil Vigente en el Estado y como es de explorado derecho que ante las lagunas existentes en la legislación mercantil, resulta aplicable el Derecho Civil, razón por la cual al encontrarse inmerso en el numeral mencionado el domicilio convencional, es por lo que en los contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria se pacta que mientras el acreditado o los garantes hipotecarios no notifiquen a la Institución Bancaria el cambio de su domicilio, los emplazamientos y demás diligencias judiciales o extrajudiciales se practicarán en el domicilio señalado en la cláusula correspondiente, toda vez que aquí, al igual que en los contratos civiles, la ley suprema es la voluntad de las partes y en consecuencia es totalmente legal designar un domicilio convencional tanto para el cumplimiento de las

obligaciones como para la práctica de las diligencias conducentes, precisamente por ser esa la voluntad de las partes.

11.- A mayor abundamiento y por razones prácticas, existe una mayor posibilidad que el propio demandado se entere que existe un juicio en su contra cuando ha sido emplazado precisamente en el domicilio convencional, ya que en la generalidad de los casos el demandado traspasó o arrendó dicho inmueble y cambió de ciudad, o bien, señaló otro diferente a aquel que está sirviendo de garantía hipotecaria, de manera que la persona que habite la finca puede ser el vínculo idóneo para comunicarle que existe ese juicio en su contra, pues en caso de recurrir a los Edictos, se considera, en lo personal, que es menos probable que se entere aun cuando sea por medio del periódico de mayor circulación de la localidad, ya que se ve que sólo al que le interesa se fija en este tipo de publicaciones, y en la especie tal parece que el demandado no lo tiene, pues incluso ni siquiera avisó el cambio de su domicilio como era su obligación hacerlo.

12.- El emplazamiento de la demanda respectiva realizada en el domicilio convencional, en los Contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria, es absolutamente legal y no deja en estado de indefensión

al demandado, puesto que éste tiene la facultad de consolidar su situación de defensa mediante el aviso de cambio de domicilio.

13.- Por último, el emplazamiento realizado en el domicilio convencional no es violatorio de Garantías Constitucionales, en virtud de que esta forma de emplazar fue pactada previamente por las partes en el contrato respectivo, por tanto no hay ausencia de emplazamiento. Desde este punto de vista, el Derecho Privado si puede influir en el Derecho Público, tan es así, que las partes pueden fijar la jurisdicción y las normas de un procedimiento convencional, tal y como lo establecen los artículos 1054, 1090, 1091, 1092, 1093 y 1094 del Código de Comercio.

## " B I B L I O G R A F I A "



## " B I B L I O G R A F I A " .

## I. TEXTOS:

- 1.- ACOSTA Romero Miguel, DERECHO BANCARIO, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- 2.- ARCE Gargollo Javier, CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS, 2ª Edición, Editorial Trillas, S. A., México, 1985.
- 3.- BAZDRESCH Luis, GARANTIAS CONSTITUCIONALES, 4ª Edición, Editorial Trillas, S. A., México, 1990.
- 4.- BAUCHE Garcíadiego Mario, OPERACIONES BANCARIAS, 5ª Edición, México, 1985.
- 5.- BEJARANO Sánchez Manuel, OBLIGACIONES CIVILES, 2ª Edición, Editorial Harla, México, 1983.
- 6.- BORJA Soriano Manuel, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, 8ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.
- 7.- BURGOA Ignacio, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 21ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.
- 8.- CERVANTES AHUMADA Raúl, TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, 14ª Edición, Editorial Herrero, S. A., México, D. F., 1988.
- 9.- DAVALOS Mejía Carlos L., TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS, Editorial Harla, S. A. de C. V., México, 1984.
- 10.- DE PINA Rafael y De Pina Vara Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, 14ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986.

- 11.- DE PINA Vara Rafael, DERECHO MERCANTIL MEXICANO, 21ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1990.
- 12.- DIAZ Bravo Arturo, CONTRATOS MERCANTILES, Editorial Harla, México, 1983.
- 13.- GARRIGUES Joaquin, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, 7ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.
- 14.- GOMEZ Lara Cipriano, DERECHO PROCESAL CIVIL, 3ª Edición, Editorial Trillas, S. A., México, 1987.
- 15.- GOMEZ Lara Cipriano, TEORIA GENERAL DEL PROCESO, 8ª Edición, Editorial Harla, México, 1990.
- 16.- GUTIERREZ y González Ernesto, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 5ª Edición, Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue., 1974.
- 17.- IZQUIERDO Montoro Elias, TEMAS DE DERECHO MERCANTIL, Editorial Montecouro, Leganitos, 35.- Madrid, 1971.
- 18.- MUNOZ Luis, DERECHO BANCARIO MEXICANO, 1ª Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1974.
- 19.- MUNOZ Luis, DERECHO MERCANTIL, T. II, Libreria Herrero, México, 1952.
- 20.- OLVERA de Luna Omar, CONTRATOS MERCANTILES, 2ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.
- 21.- PUENTE y Flores Arturo y Octavio Calvo Marroquin, DERECHO MERCANTIL, 21ª Edición, Editorial Banca y Comercio, S. A., México, D. F., 1978.
- 22.- PALLARES Eduardo, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 16ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.

- 23.- RODRIGUEZ Joaquin, DERECHO BANCARIO, 4a Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1976.
- 24.- ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS, T. IV, 19a Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.
- 25.- TELLEZ Ulloa Marco Antonio, JURISPRUDENCIA MERCANTIL MEJICANA, T. II, C-F, 1a Edición, Editorial Sufragio, S. A. de C. V., Hermosillo, Son., 1983.
- 26.- TELLEZ Ulloa Marco Antonio, JURISPRUDENCIA MERCANTIL MEJICANA, Apéndice N° I, 1a Edición, Editorial Sufragio, S. A. de C. V., Hermosillo, Son., 1992.
- 27.- VAZQUEZ del Mercado Oscar, CONTRATOS MERCANTILES, 3a Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1989.
- 28.- ZAMORA Pierce Jesús, DERECHO PROCESAL MERCANTIL, 5a Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

## II. LEYES Y CODIGOS:

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edición de la Secretaría de Gobernación, México, 1987.
- 2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 55a Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986.
- 3.- CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS, 56a Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- 4.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, 1a Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1989.
- 5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUANAJUATO, 3a Edición, Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue., 1987.

## III. FUENTES DIVERSAS:

- 1.- JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.- 4/91  
Banco Nacional de México, S. N. C.  
VS.  
Lourdes Torres Martinez.  
Juzgado Tercero Civil de Primera Instancia, Celaya, Gto.
- 2.- JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.- 7/91  
Banco Nacional de México, S. N. C.  
VS.  
Eugenia Martinez Segura.  
Juzgado Tercero Civil de Primera Instancia, Celaya, Gto.
- 3.- JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.- 1799/91  
Banca Serfin, S. N. C.  
VS.  
Juan Manuel Ayala Colin y Otros.  
Juzgado Tercero Civil de Primera Instancia, Celaya, Gto.
- 4.- JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.- 1800/91  
Banca Serfin, S. N. C.  
VS.  
Felix López Valadez.  
Juzgado Tercero Civil.