

301509

23
rey



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE
APERTURA DE CREDITO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JESUS GARCIA GONZALEZ

MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1989



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

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

PAG.

CAPITULO PRIMERO

O B L I G A C I O N

A) Concepto	1
B) Evolución Histórica (Obligación Roma)	3
C) Tipos de obligación	7
D) Fuentes de la Obligación	10
E) Contrato	19

CAPITULO SEGUNDO

CONTRATO MUTUO

A) Concepto	54
B) Clasificación	56
C) Elementos Personales	57
D) Elementos de Existencia y de Validez del Contrato de Mutuo	60
E) Naturaleza Jurídica del Mutuo	64
F) Clases Específicas del Mutuo	66

CAPITULO TERCERO

PRESTAMO MERCANTIL

A) Concepto	70
B) Obligados	72
C) Tipos de Préstamo	72
D) Naturaleza Jurídica de Préstamo Mercantil	75

CAPITULO CUARTO

APERTURA DE CREDITO

A) Concepto	79
B) Naturaleza Jurfdica	83
C) Obligación de las Partes	88
C1. Acreditaria	
C2. Acreditado	
D) Importancia	91
E) Variantas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	93

CAPITULO QUINTO

APERTURA DE CREDITO EN INSTITUCION BANCARIA

A) Operaciones Bancarias	109
a.1 Activo	
a.2 Pasivo	
a.3 Servicio	
B) Operaciones Activas en el Contrato de Apertura de Crédito	115
C) Tipos de Contrato de Bancos Pivoteados en el Contrato de Apertura de Crédito.	117
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFIA	129

CAPITULO PRIMERO

OBLIGACION

- A) CONCEPTO**
- B) EVOLUCION HISTORIA (OBLIGACION ROMA)**
- C) TIPOS DE OBLIGACION**
- D) FUENTES DE LA OBLIGACION**
- E) CONTRATO**

O B L I G A C I O N

A) CONCEPTO

Es menester, antes de abordar el estudio de nuestro trabajo, precisar un concepto de obligación, habida cuenta, de que se trata una noción fundamental del Derecho, la cual como veremos posteriormente emerge de ciertas fuentes, entre las que encontramos al contrato, mismo que constituye la parte medular del presente análisis.

Así pues, legendariamente la obligación ha sido entendida como un vínculo jurídico, o bien, como una relación jurídica en la cual existe una persona denominada deudor, quien se encuentra constreñido jurídicamente a ejecutar o realizar alguna actividad en favor de otra persona llamada acreedor. En este sentido, " La obligación dicen las Institutas, es un vínculo jurídico por el que somos constreñidos por la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad " (1); es decir, se llama obligación.

" La relación jurídica existente entre dos o más personas en virtud de la cual una de ellas, llamada acreedor tiene la facultad de exigir a - - otra llamada deudor y ésta el deber de cumplir una prestación o obtención " (2).

Al respecto Aubry y Rau conceptúan a la obligación como: --
" La necesidad jurídica por cuya virtud una persona se halla constreñida --
con relación a otra, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa " (3).

Por su parte, Planiol, indica: " La obligación es un vínculo de derecho por virtud del cual una persona se encuentra constreñida a -
hacer, a dar, o a no hacer alguna cosa " (4). En el mismo orden de - -
ideas, Manuel Esquivel Sánchez, opina: " La obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acre-

ador, una prestación de dar, de hacer o de no hacer " (5). Por su parte, - Borja Soriano, nos dice:

" Obligación es la relación jurídica establecida entre dos personas por la cual una de ellas (llamada deudor) queda sujeta para otra (llamada acreedor) a una prestación o a una obtención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor " (6).

Aún más.

" La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas, de las cuales una o más (sujeto activo o sujetos activos) están facultados para exigir de otra, u otras, cierto comportamiento positivo o negativo (dare, facere, praestare, -- non facere, pati) mientras que el sujeto o los sujetos pasivos tienen el deber jurídico de observar este comportamiento, deber sancionado mediante una acción personal " (7).

En opinión de Ernesto Gutiérrez y González, la obligación es:

" La relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir, a otra llamada deudor, que debe cumplir, una prestación patrimonial de carácter pecuniario o moral " (8); finalmente, Juan Iglesias - refiere la obligación-obligatio-es " Un vínculo jurídico por virtud del cual una persona-deudor-es constreñida frente a otra-acreedor a realizar -- una determinada prestación " (9).

En síntesis, la obligación es un vínculo jurídico, mediante el cual una persona llamada deudor se obliga a ejecutar a favor de otra persona llamada acreedor una determinada actividad, llamada prestación (de dar o de hacer) o una obtención reductible a valor económico.

Del anterior concepto se desprende, que existen en la obliga-

gación forzosa y necesariamente, tres elementos:

A) Los sujetos que en ella intervienen (acreedor y deudor), esto es, sujeto activo y pasivo; haciendo notar en el caso de ambos sujetos podemos hablar de figuras singulares o plurales, según sea el acontecimiento específico en la obligación de que se trata.

B) El objeto que constituye la materia de la obligación y - que puede consistir en dar algo, en hacer algo o en no hacer algo.

C) La relación nexo o vínculo jurídico por virtud del cual uno o varios de los sujetos están autorizados a exigir y el otro u otros - constrañidos específicamente a cumplir con la prestación materia de la obligación.

De tal manera, que la obligación o también llamado Derecho - Personal Patrimonial implica un enfrentamiento de pretensiones y un sometimiento respecto de una cosa o un hecho; desde luego, la posición del que - tiene título para exigir la cosa o el hecho crédito, en tanto, la del que - debe someterse a entregar la cosa o cumplir el hecho se denomina deuda; - - siendo uno y otro sujetos de la relación en la cual el objeto, hecho o cosa, constituye el crédito o la obligación crediticia.

Ahora bien, Los derechos de crédito que también reciben el - nombre de obligaciones contiene implícitamente, una relación entre dos o - más personas, de las cuales alguna o algunas (acreedores), pueden exigir de la otra o de las otras (deudores), un hecho determinado, actividad o inacti- vidad apreciable en dinero. Generalmente, esta relación puede ser conside- rada desde dos puntos de vista diferentes, dependiendo del lado o de la po- sición en que pretenda analizarse la relación, ya que del lado del deudor, propiamente es una obligación, una deuda que figura en su pasivo y que debe saldarse o cumplirse; en tanto, que del lado del acreedor es un derecho de - crédito que conforma su patrimonio.

B) EVOLUCION HISTORICA (OBLIGACION ROMA)

En el antiguo Derecho Romano la idea de obligación es expresada con la palabra *nexum* que significa encadenar o atar. La propia palabra -- obligación proviene de la latina "Obligatio", y ésta de "Obligare", compuesta del prefijo "ob", que quiere decir alrededor, y de "ligare" que es ligar o atar. De ahí, que la obligación es una ligadura, esto es, una sujeción física o moral. "La obligatio es una atadura de la propia persona, un sometimiento personal al poder-manus-del acreedor propio o ajeno. La sujeción de la persona, en su mismo corpus, deriva de un deber" (10).

Así pues, en el Derecho Romano la obligación era un vínculo entre personas. La persona misma estaba comprometida y respondía de la obligación con sus bienes, con su libertad y aún con su cuerpo; de tal manera que - el deudor estaba a merced del acreedor que podía encadenarlo y tratarle como a su esclavo, e incluso podía ser entregado a su vez a sus acreedores quienes podían cortar lo hasta en pedazos. En este sentido, Pietro Bonfante, indica:

" La obligación Romana nació en tiempos arcaicos-dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza-eventualmente limitado por el principio del talión, el cual, mediante una "composición", podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia " (11).

Sin embargo, para garantizar la prestación, objeto de la obligación, un miembro de la familia del culpable quedaba obligado, o sea, físicamente atado o ligado en la familia de la víctima como una especie de rehén, hasta en tanto no se cumpliera con la prestación. De ahí, que la obligación en el antiguo Derecho Romano era una "atadura", que se realizaba precisamente en garantía del cumplimiento de las prestaciones originadas con motivo de la comisión de delitos.

Posteriormente, y con la propia evolución de la comunidad, se

generó el aumento de los contactos económicos entre las familias Romanas -- (domus), presentándose entonces la necesidad de que un jefe de familia (pater-familias) prestara valores a otro. Esta situación requería para el acreedor una garantía que, precisamente garantizara el pago o cumplimiento de las prestaciones, siendo desde luego, la "atadura" surgida en el campo delictual trasladada al rudimentario Derecho Privado.

" Poco a poco la obligatio pierde su viejo carácter de vínculo físico, para convertirse en - vínculo jurídico ideal. La nueva contratación pone en existencia derechos perfectos de crédito, haciendo personalmente responsable al deudor con todos sus bienes " (12).

En el mismo orden de ideas, en el antiguo Derecho Romano.

" Un miembro de la domus del deudor se ofrecía entonces al acreedor, éste pesaba en presencia de cinco testigos y de un portabalanza, el bronco que servía de dinero, entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Este negocio se llamaba el nexum sea, el nudo lo cual recuerda el acto de atar y era por tanto, un préstamo per aes et libram " (13).

Sin embargo, al irse acrecentando el aspecto comercial en la vida de los Romanos, el nexum se simplificó por que el deudor se ofrecía así mismo como responsable, pero el acreedor posponía la "atadura" (nexum) hasta el momento en que existiera el incumplimiento. Así pues, si el deudor no pagaba puntualmente, el acreedor podía encarcelarlo en una prisión privada y posteriormente exhibirlo en el mercado para que alguien lo liberara, previo el pago correspondiente; aunque también podía matarlo.

De tal manera, que en el Derecho Romano la obligación era un vínculo entre personas, en donde los deudores respondían con su libertad e incluso con su propia vida. Situación que fue severamente atacada por la --

Lex Postelia Papiria, en la cual se suprimió el encarceramiento privado por deudas civiles; lo cual viene a repercutir en una mutación de la naturaleza del concepto de obligación, ya que originalmente la obligación era un vínculo entre personas, actualmente es una relación jurídica que se establece entre patrimonios. De tal modo, que ahora el deudor responde solamente con sus bienes, pero ya no con su libertad o su vida, principio consagrado por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando indica en su artículo 17 que: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil".

C) TIPOS DE OBLIGACIONES

Existen infinidad de obligaciones dependiendo del punto de vista o enfoque con el que pretenda hacerse el estudio; empero debemos distinguir los siguientes tipos de obligaciones porque revisten mayor importancia en nuestro análisis.

1.- Una primera clasificación es la que se hace entre las obligaciones unilaterales y sinalagmáticas. " En la obligación unilateral, los deberes corren a cargo de una sola de las partes un sujeto es plenamente deudor, el otro plenamente acreedor " (14). En cambio, en las obligaciones sinalagmáticas, ambas partes en forma simultánea tienen deberes para con la otra parte, y por supuesto también derechos. Estas obligaciones sinalagmáticas se han subdividido en sinalagmáticas imperfectas y perfectas.

" Las obligaciones sinalagmáticas imperfectas son cuando al celebrarse el negocio solo surge deber para una de las partes, el deudor; pero por motivo del mismo acto puede surgir deber para el acreedor, por ejemplo, el comediante que a sabiendas presta vajillas en mal estado que hechan a perder el vino del comadartario. Las perfectas son aquellas que al realizarse el negocio crean deberes y derechos recíprocos para las partes " (15).

2.- Obligaciones *Stricti Juris* y Obligaciones *Bonae Fidei*. Las primeras, como su nombre lo indica, son aquellas en las que el deudor o sujeto pasivo se obliga únicamente a lo estrictamente pactado, sin que razones de justicia o equidad puedan aumentar o disminuir el volumen de su deber. Las Obligaciones *Bonae Fidei* nacen de los contratos bilaterales y el alcance de la obligación es susceptible de ser aumentado o disminuido por la justicia, la equidad, la interpretación del juez para fijar responsabilidades, esto es, tratándose de las obligaciones que venimos analizando, el deber del deudor debe interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del caso, de las prácticas comerciales y de la intención de los contratantes.

En este sentido, el Código Civil vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, preceptúa en su artículo 1798,

" Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la Ley".

De tal manera que como se desprende del precepto citado con antelación, el Derecho Civil moderno reconoce a las obligaciones el carácter de *Bonae Fidei* porque deben tomarse en consideración no solamente lo estrictamente pactado sino también las circunstancias concretas, los principios de justicia y equidad, y en su caso, la interpretación del juez para fijar responsabilidades a cargo de las partes. Sin embargo, en el Derecho Mercantil, continuamente regido por la seguridad jurídica, el principio de economía procesal y la rapidez en sus procedimientos especiales y, desde luego, no orientado hacia la equidad o la justicia; subsisten obligaciones *stricti iuris* como la cambiaria, la cual nos permite recordar el principio de lo estrictamente pactado a que se obliga el deudor.

3.- Obligaciones Civiles y Obligaciones Naturales. Las primeras eran obligaciones provistas de un acción, que permite al acreedor comparecer judicialmente al deudor en caso de incumplimiento, esto es, en las obligaciones civiles se le proporciona al acreedor o sujeto activo la posibilidad de una acción, cuando incumple el deudor o sujeto pasivo obligado. En cambio, las obligaciones naturales no generan derechos que se puedan ejercitar judicialmente; así pues, si el deudor incumple el acreedor carece de acción para forzarle u obligarle a cumplir el contenido del deber al sujeto pasivo o deudor. Aunque, en el Derecho Romano, el acreedor insatisfecho podía retener el importe de lo pagado voluntariamente por el deudor, sin que éste pudiera alegar pago de lo indebido e incluso podría asegurarse, en la obliga

ción natural, respecto del cumplimiento de la obligación mediante garantía real o personal, y finalmente, hasta podría ser novada o compensada con -- una obligación civil (16).

4.- Obligaciones Divisibles y Obligaciones Indivisibles. -

Una obligación es divisible cuando la prestación es posible ejecutarla en partes sin alterar su esencia, o sea, cuando el objeto de la prestación materia de la obligación es susceptible de cumplimiento parcial. " Se dice que la prestación es divisible cuando su cumplimiento o ejecución puede hacerse por fracciones, esto es, por partes, sin sufrir menoscabo o alteración su esencia y valor " (17). Consecuentemente, son divisibles aquellas obligaciones cuyo objeto consiste en un dare (el transferir la propiedad de la cosa o constituir un derecho real), ya que la propiedad y los demás derechos reales pueden constituirse por parte. Por el contrario, las obligaciones indivisibles tienen por objeto una prestación no susceptible de cumplimiento parcial, esto es, " Son indivisibles aquellas obligaciones que consisten en un facere (es llevar a cabo cualquier otro acto, o aún -- obtenerse) ejemplo: Pintar un cuadro, porque la prestación no puede fraccionarse " (18).

5.- Obligaciones Genéricas y Obligaciones Específicas.-

La obligación genérica es: " Aquella que admite la posibilidad legal de -- que la prestación sea realizada, no solo por el deudor, sino también por cualquier otra persona, que supla la actividad que aquel se encuentra obligado a desarrollar al efecto " (19), esto es, " Son obligaciones genéricas las que recaen sobre objetos no determinados individualmente, sino tan sólo por sus rasgos generales -- v gr., un esclavo, diez sacos de trigo " (20). En tanto, la obligación específica es: " Aquella en la que el cumplimiento de la prestación se reserva, exclusivamente, para el deudor, por haberse tenido en cuenta las calidades de éste " (21); o bien, la obligación específica, es la " Que versa sobre un objeto cierto, individual y concreto -- por ejemplo, el esclavo Stico " (22).

6.- Obligaciones Alternativas y Facultativas. La obliga --

ción alternativa " Es aquella en la que habiéndose el deudor obligado a -- uno de los hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas " (23), o bien, " Se lla --

man alternativas aquellas obligaciones en las que el deudor ha de cumplir - una sola prestación entre dos o más disyuntivamente indicadas " (24). En este sentido, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal se refiere a las obligaciones alternativas cuando preceptúa:

" Si el deudor se ha obligado a uno de dos - hechos o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de - esos hechos o cosas, más no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho " (Artículo 1862).

Las obligaciones facultativas tiene como característica principal: " La que no teniendo por objeto más que una prestación, atribuye al deudor la facultad de sustituirla por otra distinta " (25). Por su parte, Sabino Ventura Silva, indica al respecto:

" Las obligaciones facultativas son aquellas en que el deudor se obliga al cumplimiento - de una prestación determinada aunque reservando para sí la facultad de liberarse cumpliendo con otra distinta. Así, el obligado por un fallo condenatorio a resarcir los daños causados por un animal de su propiedad, podía liberarse haciendo entrega del animal" (26).

Así pues, en las obligaciones facultativas el deudor tiene - la facultad o aptitud de liberarse entregando otro objeto, hecho o cosa que no sea debida o contenido de la obligación, aunque la prestación recae sobre un objeto determinado.

D) FUENTES DE LA OBLIGACION

La norma jurídica cuando se elabora tiene por objeto regir -

La conducta del hombre en sociedad, y desde luego, hacer posible la vida gregaria de los individuos que integran la sociedad, reconociendo el Derecho -- tanto las propias conductas como las consecuencias jurídicas que emanan de -- las mismas. Sin embargo, no todas las conductas humanas producen consecuencias jurídicas; hay también ciertos hechos de la naturaleza que el Derecho, al relacionarlos con los seres humanos les atribuye ciertas consecuencias jurídicas.

De tal manera, que tanto las conductas humanas y los hechos -- naturales que encuentran reconocimiento de jurídicas a sus consecuencias por el propio Derecho constituyen la fuente primordial de donde brotan o emergen las obligaciones con carácter de jurídicas.

Etimológicamente la palabra fuente tiene su raíz en el término latino "fons", "fontis", con el cual se significa el manantial de agua -- que brota de la tierra. Ahora bien, esta palabra es empleada en sentido metafórico para designar el origen de las obligaciones. De ahí, las fuentes de las obligaciones son, precisamente, los hechos jurídicos que dan origen a ellas. Aún más, el orden jurídico exige que las obligaciones o los derechos de crédito tengan una fuente de donde nazcan o broten hacia el mundo jurídico.

Las instituciones de Gayo enseñaban, todavía a mediados del -- siglo II, que todas las obligaciones nacían de contratos o de delitos. Posteriormente, Justiniano, amplió las fuentes de las obligaciones, señalando cuatro: Contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos, aunque más tarde, -- se adicionaron dos más: La Pollicitatio y El Votum que eran ofertas hechas por justa causa a una ciudad o un templo. Sin embargo, también nacían obligaciones en el Derecho Romano de diversas situaciones, como son la vecindad -- (fuente de las obligaciones desde las XII Tablas), la paternidad (fuente de obligaciones mutuas entre padre e hijo desde fines de la época clásica), la tenencia de un testimonio (fuente del deber de mostrarlo a cualquier interesado). En estos casos, la obligación nace sin intervenir la voluntad del sujeto pasivo y sin que hubiera, por parte del sujeto activo, ningún acto de liberadamente orientado al nacimiento de una obligación. Otra fuente adicional de las obligaciones es la sentencia. Sobre todo cuando era equivocada, podía dar origen a nuevos deberes por parte del vencido en el juicio (27).

Cabe hacer notar, que la obligación Romana tenía perfiles distintos, ya que el origen de las prestaciones podríamos encontrarlo ya sea -- contractual o delictualmente.

Por otra parte, el Código Civil vigente admite como fuente general al contrato y como fuentes particulares la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, las obligaciones que nacen de actos ilícitos y el riesgo profesional o creado. Sin embargo, tal enumeración no es exhaustiva pues, además de las anteriores, existen otras fuentes de obligaciones, entre ellas el testamento y la sentencia.

Entre las fuentes de las obligaciones sobresale, por su importancia, el contrato, esto es, el acto jurídico por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses legales y que el propio Derecho Positivo vigente reconoce determinados efectos jurídicos, con base en la función económico-social del acto jurídico concreto. Sin embargo, a efecto de proporcionalizar un concepto de esta importante fuente de las obligaciones, debemos -- distinguir entre convenio y contrato propiamente.

Al respecto, nuestro Código Civil en vigor, en su precepto -- 1792, define al convenio como: " El acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones ". Ahora bien, hemos dicho, que la fuente más importante de las obligaciones es precisamente, el contrato; agregando, que la fuente de las obligaciones es el acto jurídico que produce efectos legales. De ahí, que el concepto de convenio que proporciona -- nuestra legislación es un concepto amplio, o bien, convenio lato sensu, ya -- que no solamente crea, transfiere o modifica obligaciones, sino que también extingue derechos de crédito o derechos personales. En tanto, el mismo ordenamiento, en su artículo 1793 conceptúa que: " Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos ".

Consecuentemente, el contrato es una especie de convenio, por que solamente produce o transfiere derechos y obligaciones. Por tanto, el -- contrato " Es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones " (28). Así pues, el Código Civil distingue el contrato del convenio, tomando en consideración que al primero, esto es, al contra

to le asigna el mismo ordenamiento una función positiva, la creación y transmisión de derechos y obligaciones; en cambio, para el convenio, le reconoce una función negativa: la de modificar o extinguir derechos y obligaciones. - Aunque, ambas especies de convenios quedan comprendidas dentro del concepto de convenio en sentido lato o amplio.

En conclusión, el contrato:

" Es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la Ley. Es una doble manifestación de voluntades; la de los contratantes que se ponen de acuerdo " (29).

En este sentido, el contrato como la fuente más importante de las obligaciones, es el acuerdo de voluntades de dos o más personas, a efecto de crear o ordenar derechos y obligaciones; y mediante el cual, se reconocen efectos jurídicos a los actos que celebran los individuos legalmente capacitados.

En otro orden de ideas, de acuerdo a la posición en que ha sido colocada la declaración unilateral de la voluntad en el Código Civil, es la segunda fuente de las obligaciones. Al respecto, Ernesto Gutiérrez y González la define como:

" La exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir por sí o por otro, voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si existe, aceptar " (30).

Desde luego, esta segunda fuente de las obligaciones, rompe con el concepto clásico de obligación en el sentido de que en la tradición -

se sostenía que la voluntad del hombre sólo era apta para engendrar obligaciones cuando existiere, presupuestalmente, el acuerdo entre los sujetos de acción (acreedor y deudor) mediante el convenio; ya que, el propio Código Civil vigente consagra la fuerza obligatoria de la manifestación de la voluntad de una sola persona. Situación que ha generado discusiones entre los tratadistas, mismas que al entrar a su análisis de tan apasionantes temas implicaría la exposición de múltiples opiniones que de acuerdo al plan inicialmente trazado, serían un tema inagotable y en nuestro estudio solamente apuntaremos que se trata de una verdadera fuente de las obligaciones la declaración unilateral de la voluntad porque, en estricto sentido, así lo reconoce el multicitado ordenamiento legal; reglamentando una serie de casos previstos en los artículos 1860 al 1881 del ordenamiento legal en cita.

Estos casos particulares de declaraciones unilaterales de la voluntad, son los siguientes:

A) Ofertas al público, mismas que se pueden subdividir en:

- 1.- Oferta de Venta
- 2.- Promesa de Recompensa y
- 3.- Concurso con promesa de recompensa;

B) Estipulación a favor de terceros y

C) Documentos civiles pagaderos a la orden o al portador.

Ahora bien, estos tres diferentes tipos de oferta al público, se encuentran preceptuados en los artículos 1860, 1861 y 1866 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República Mexicana Federal, mismos que a la letra rezan así: " El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento " (Artículo 1860), " El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeña cierto servicio, contra la obligación de cumplirlo prometido "; (Artículo 1861), y " En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial

que se fije un plazo " (Artículo 1868).

De tal manera, que en estos supuestos, la obligación surge a cargo de la persona que promete (promitente) por el solo hecho de manifestar su voluntad en forma unilateral, con independencia de cualquier otra voluntad que viniera a adherirsele, toda vez que, como hemos asentado, no se trata de un contrato. Así pues, la persona que hace estas declaraciones -- asume el deber u obligación de respetar el ofrecimiento, y cuando surge el acreedor, a cumplir la prestación prometida, lo cual constituye una verdadera obligación en donde existe un deudor determinado y un acreedor indeterminado, pero que puede llegar a existir en un futuro eventualmente y presentándose, obviamente una prestación que constituye la materia de la consabida obligación.

Por otro lado, otra de las figuras que el Código Civil sitúa como caso específico de declaración unilateral de la voluntad, es la estipulación en favor de terceros, comprendida en el artículo 1868 del ordenamiento legal en cita, que a la letra dice; "En los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de terceros ". Del análisis del precepto en comento, se colige que se trata de una cláusula contractual en la que se concede un derecho, una facultad o una potestad para alguien que no ha intervenido en el acto jurídico y que tampoco ha sido representado, esto es, la estipulación a favor de tercero constituye una cláusula contenida en un contrato como una promesa de beneficiar a otro, acordando las partes en un acuerdo de voluntades hacer una prestación en favor de una tercera persona ajena al acto jurídico.

Finalmente, tratándose del último caso de las declaraciones unilaterales de la voluntad, tenemos a los documentos civiles pagaderos a la orden o al portador. Situación que se encuentra reglamentada en el artículo 1873 del Código Civil en cuestión, que preceptúa: " Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador ".

Cabe aclarar, que la reglamentación de otros títulos similares a los civiles, por otro ordenamiento legal de naturaleza mercantil, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha originado una supuesta

derogación de los títulos civiles, sosteniendo los tratadistas que todos los títulos civiles a la orden o al portador son mercantiles. Sin embargo, en la praxis jurídica los Tribunales reconocen e incluso conceden fuerza ejecutiva a los documentos civiles cuando se les reconoce la tramitación de su cobro - en el Juicio de Medios Preparatorios a Juicio Ejecutivo Civil, según se desprende de los artículos del 201 al 204 del Código de Procedimientos Civiles en vigor. Luego entonces, son válidos los documentos civiles a la orden o al portador.

De acuerdo con el orden trazado en el Código Civil vigente, - se tiene como tercera fuente generadora de obligaciones la que se conoce como enriquecimiento ilegítimo. En este sentido, el ordenamiento legal antes invocado, se refiere a la fuente en análisis precisamente, en sus artículos del 1882 al 1895.

El propio Código en comento, define al enriquecimiento ilegítimo como: " El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido " (Artículo 1882).

Desde luego, todo enriquecimiento experimentado a costa de -- otra persona, forzosa y necesariamente, debe tener una causa o razón jurídica que lo justifique o explique, pues nadie se empobrece sin motivo en beneficio ajeno; Empero, si esto ocurre, legalmente hablando, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido. -- Consecuentemente, el enriquecimiento ilegítimo es el acrecentamiento en un caso que obtiene una persona en su patrimonio en perjuicio de otra persona.

Otra fuente especial generadora de las obligaciones, es la -- gestión de negocios, que es una: " Actividad desarrollada por una persona, sin mandato y sin estar obligada a ello, para la atención de un asunto ajeno " (31); o bien,

" Es una conducta catalogada de hecho jurídico estricto sensu, en virtud del cual una persona que recibe el nombre de gestor, se encarga voluntaria y gratuitamente de un --

asunto de otra persona que recibe el nombre de dueño, con ánimo de obligarlo, sin ser su representante por Ley o por mandato" (32).

En opinión de Manuel Bejarano Sánchez, la gestión de negocios "Consiste en la intromisión intencional de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en los asuntos de otra, con el propósito altruista de evitarle daños o producirle beneficios " (33).

De los conceptos vertidos con antelación, se desprende que la gestión de negocios es una actividad o interferencia en la esfera jurídica de una persona llamada dueño, sin existir mandato por otra denominada gestor, quien actúa voluntaria y gratuitamente con el fin de producirle un beneficio o evitarle un daño al dueño. Esta fuente de las obligaciones tiene por fundamento el sentimiento de solidaridad social, reposando sobre una base de -- ayuda mutua y un espíritu de fraternidad.

Por otro lado, el ordenamiento legal en cita, propiamente nos proporciona un concepto de gestión en una sola norma, aunque del artículo -- 1898 al 1909 del mismo Código, se pueda inferir la reglamentación y concepto de esta Institución Jurídica. Al respecto, el precepto 1898 refiere: " El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio ".

Así pues, la gestión de negocios engendra obligaciones para -- ambas partes, el gestor y el dueño del negocio, que no son modificadas ni sueltas a modalidad alguna, sino que hasta el final, cuando se ha presentado -- esta figura jurídica (la gestión de negocios) surgen las obligaciones en forma concreta y al margen de la voluntad de los personajes de la referida fuente generadora de obligaciones.

Jurídicamente hablando, en cuanto al régimen de las gestiones de negocios, el gestor debe obrar conforme a los intereses del dueño, debe -- desempeñar su encargo con la diligencia que emplee en sus negocios propios; y finalmente, debe dar aviso al dueño y esperar su decisión (a menos que haya peligro en la demora). En tanto, las obligaciones del dueño consisten, -- en pagar los gastos realizados por el gestor y los intereses legales, deberá

cumplir las obligaciones contraídas por el gestor a nombre de él, y en su caso, pagar los gastos e indemnizarle los daños y perjuicios que haya causado al gestor el cumplimiento del mandato.

Finalmente, nos toca analizar, breve y concisamente, la quinta fuente de las obligaciones o derechos de crédito indemnizatorios, los hechos ilícitos, los cuales constituyen: "Una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y exigirá a su cargo la responsabilidad civil" (34); esto es, "Toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico estricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio" (35). Coligiendo, los hechos ilícitos generan la obligación de reparar los daños causados por haber incurrido en una conducta antijurídica y dañosa, ya sea dolosa o culpable; comúnmente, esta figura se conoce como la responsabilidad civil, habida cuenta, de que la obligación generada por la comisión de hechos ilícitos significa una necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a terceras personas.

En el mismo orden de ideas, la comisión de actos ilícitos genera una doble sanción, la civil y la penal. La primera como la reparación del daño en forma de sanción privada, desde luego, regida por el Código Civil aplicable; en tanto, la sanción penal implica el deber jurídico que tiene el infractor de responder por la comisión de su conducta dolosa y dañosa, ante el representante estatal, y en su caso, la imposición de una pena o medida de seguridad.

En este sentido, el Código Civil vigente, en su artículo 1910 preceptúa: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres ocu-se daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". De este precepto, se desprende la obligación de reparar el daño causado por la comisión de un acto ilícito.

Debe aclarar, que el propio Código en cita, establece la responsabilidad de los patronos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como riesgo profesional, el cual, obviamente produce obligaciones a cargo de los dueños de los negocios o fábricas. Dicho ordenamiento, se re

fiere a estos casos concretos en los artículos 1935, 1936 y 1937.

Por último diremos, que la responsabilidad por el riesgo creado de viene en el uso de maquinarias o implementos de trabajo, originando -- una responsabilidad civil para los responsables o dueños de las fábricas, -- que puede ser exigida civilmente.

E) CONTRATO

En líneas precedentes, distinguimos entre convenio y contrato; concluyendo, que el contrato es una especie de convenio, por que solamente -- produce o transfiere derechos y obligaciones, en cambio el convenio es el -- acuerdo de voluntades no solamente para crear o transferir derechos y obligaciones, sino también para modificar o extinguir derechos de crédito o derechos personales.

Hecha la aclaración anterior, debemos entender por contrato el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones; empero, como acto jurídico que es, tiene una serie de elementos de existencia o estructurales, y precisa además de ciertos requisitos para cuando ha nacido, produzca sus efectos jurídicos, esto es, la validez, o en su caso, la invalidez del mismo acto jurídico.

Desde luego, debemos aclarar que en virtud de que solamente -- analizaremos como tema del presente estudio la existencia y validez del contrato de apertura de crédito, nos abocaremos únicamente al aspecto positivo -- del contrato; es decir, a los elementos que permiten el nacimiento del acto -- jurídico; así como a los que lo revisten de validez jurídica y que se encuentran plenamente determinados en la Ley.

En este sentido, nuestro Código Civil vigente, precisamente en su artículo 1794 reñiere los requisitos de existencia del contrato, preceptuando: " Para la existencia del contrato se requiere: I.- Consentimiento y -- II.- Objeto que pueda ser materia del contrato". Los elementos de validez -- del contrato, legalmente hablando, es factible determinarlos, interpretando a contrario sensu, el artículo 1795 del ordenamiento legal antes invocado, que

a la letra reza:

" El contrato puede ser invalidado: 1.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, 2.- Por vicios del consentimiento, 3.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito y 4.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece".

Doctrinalmente hablando, en el contrato distinguimos dos tipos de elementos:

- A) Elementos esenciales y
- B) Elementos de validez.

Los primeros son esenciales o de existencia porque basta -- con que falte alguno de ellos para que el negocio o acto jurídico sea inexistente, esto es, son elementos fundamentales para que el contrato nazca y exista. Los elementos de validez, al contrario, no son necesarios para el nacimiento y existencia del contrato, pero la falta de alguno de ellos origina la nulidad, más no la inexistencia del acto jurídico.

Al respecto, los tratadistas han señalado como elementos de existencia o esenciales, los siguientes:

1.- El acuerdo de voluntades o consentimiento, sin olvidar, que la voluntad también se pueda presentar en forma unilateral,

2.- El objeto;

3.- En ciertos casos, la solemnidad. Ahora bien, cuando se han presentado estos elementos de existencia; es decir, cuando el contrato ha nacido precisa de otros requisitos determinados por la Ley, los elementos de validez, los cuales si faltan no originan la inexistencia del contrato sino sólo su nulidad. Dentro de los elementos de validez, encontramos:

- I.- La capacidad de las partes que intervienen en el acto,
- II.- La ausencia de vicios en la voluntad o en el consentimiento,
- III.- La licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra, y
- IV.- La forma requerida por la Ley en los casos específicamente determinados.

Ahora bien, conforme a los elementos de existencia o esencia - las, tenemos en primer término al consentimiento, el cual se define como:

" El acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y de rechos y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior, o en una forma más amplia, que sirve para el contrato y - el convenio, es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos - de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior "(36).

Sin embargo, para que se genere la voluntad o consentimiento - se precisa de dos, la oferta o peticitación y la aceptación, ya que precisamente, el análisis del consentimiento determina la existencia de dos manifestaciones de voluntad, concordantes en su objeto, que se encuentran en el tiempo y en el espacio.

La oferta o peticitación (primer elemento del consentimiento) es propiamente una declaración unilateral de la voluntad por medio de la - - cual una persona hace saber su intención de contratar y sobre todo las condiciones generales del contrato. La aceptación desde luego, debe ser idéntica en cuanto a su contenido con la oferta o peticitación para que se produzca el consentimiento, esto es, el acuerdo de dos o varias personas sobre la producción o transmisión de derechos y obligaciones.

Seguindo con el análisis del consentimiento, éste puede ser expreso o tácito " Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. Es tácito cuando resulta de hechos o de actos -- que lo presupongan o que autorizan a presumirlo " (Artículo 1802 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal).

Sin embargo, para que la voluntad consentimiento puede legalmente obligar y por ello producir los efectos jurídicos deseado por el autor o las partes debe ser expresado por persona capaz y que no esté viciado dicho acuerdo de voluntades. Aunque, en su momento oportuno analizaremos - la ausencia de vicios de la voluntad como elemento de validez.

El segundo elemento de existencia del contrato es el objeto - el cual, no consiste propiamente en la cosa que el obligado debe dar, hacer o no hacer, sino propiamente en la producción de consecuencias jurídicas, - ya sea mediante la creación, transmisión de derechos y obligaciones. De esta aseveración, es factible concebir que el objeto, elemento esencial del - contrato tiene tres acepciones a saber:

- 1.- La de objeto directo o inmediato del contrato, esto es, - la creación o transmisión de derechos y obligaciones.
- 2.- La de objeto indirecto o mediato del contrato, que es el objeto de las obligaciones generadas por él, es decir, - una prestación de dar, de hacer, o de no hacer y
- 3.- La cosa u objeto propio del contrato.

De estas tres acepciones, la primera es incorrecta ya que -- todos los contratos obviamente, tiene por objeto la creación o transmisión - de derechos y obligaciones. En cuanto a la segunda acepción, la más aceptable, el objeto de todos los contratos es precisamente, las obligaciones generadas por esta importante fuente, el contrato; de ahí, que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya engendrado. Consecuentemente, el objeto como elemento esencial es el contenido de la obligación, que puede - ser o consistir en una prestación de dar, de hacer, o de no hacer. Descartando la tercera acepción porque solamente comprende una especie de nuestro

elemento a estudio (el objeto) que es la de dar.

Ahora bien, la literatura mexicana, ha explicado el objeto del contrato distinguiendo entre prestación de cosa y prestación de hecho, desde -- luego, tomando en consideración la ejecución del contrato. La prestación de o sa puede consistir en:

- A) La traslación de dominio de cosa cierta;
- B) La enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; y
- C) La restitución de cosa ajena o pago de cosa indebida.
(Artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal - en Materia Común y para toda la República en Materia Federal).

En el mismo orden de ideas, la legislación civil señala dos - requisitos que debe satisfacer la prestación de la cosa. Estos son:

- a) La existencia del objeto;
- b) La determinación del objeto.

El objeto del contrato debe existir en la naturaleza en el mo mento de la conclusión del contrato. Sin embargo, el Código Civil vigente, - admite la posibilidad de que las cosas futuras pueden ser objeto de un contra to. En suma, el objeto del contrato debe ser físicamente posible, o bien, su ceptible de llegar a existir; ya que la imposibilidad física del objeto provo ca la inasistencia del contrato.

Por otro lado, el objeto del contrato debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie y que esté en el comercio; es decir, que - sea jurídicamente posible. La cosa es posible jurídicamente cuando se determi na en forma individual o por su especie, siendo factible la posibilidad de -- apreciar económicamente a la prestación de cosa. Desde luego, el cumplimiento del contrato es jurídicamente posible cuando es factible determinar el objeto - o la cosa, materia del contrato, puesto que la imprecisión sobre la especie de la cosa o sobre su medida, número o cantidad, impide el cumplimiento del con-

trato y, consecuentemente, origina la inexistencia del contrato, precisamente; por la falta de uno de los elementos esenciales del contrato.

La cosa debe también estar dentro del comercio para poder integrar el objeto del contrato. La noción de comercio debe entenderse en su acepción lata; esto es, que la cosa debe tener naturaleza patrimonial o bien un valor económico. Ahora bien, para entender cuales son las cosas que están en el comercio, basta transcribir los artículos 748 y 749 del ordenamiento legal antes invocado, mismos que a la letra, resan así: " Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley "; y

" Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo - exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular "

Consecuentemente, según lo establece la legislación civil, solamente pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén fuera del comercio. En este sentido, para distinguir las cosas que están fuera del comercio se establecen dos supuestos: Por una parte pueden estar las cosas por su propia naturaleza; es decir, aquellas que no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente; y por la otra, pueden estar fuera del comercio a aquellas respecto a las cuales exista una disposición de la Ley, es decir, a aquellas que la Ley declare irreductibles a propiedad particular.

La prestación de hecho por su parte, de acuerdo a la legislación civil, también debe satisfacer dos requisitos:

- A) La posibilidad del objeto; y
- B) La licitud del objeto.

El objeto del contrato debe ser posible, esto es, las prestaciones de hecho imposibles físicamente no pueden integrar el objeto de la obligación, ya que la imposibilidad absoluta deviene de una no ejecución por todos y no sólo por el deudor, precisamente, porque es imposible el hecho que no pueda existir ya que es incompatible con una Ley de la naturaleza o - - -

con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. (Artículo 1828 del Código Civil aplicable).

El objeto de la obligación puede también revestir la forma de prestación de hechos o de una abstención, por parte del deudor, la cual debe satisfacer los requisitos que establece el Artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal, mismos que son los siguientes Ser Posible y Lícito.

Ahora bien, el hecho o abstención, son posibles, cuando coinciden con las Leyes de la naturaleza y, desde luego, son jurídicamente posibles porque se adecúan a las Leyes de orden público. Al contrario, no podrán constituir el objeto de un contrato aquellos hechos o abstenciones que contravienen a las Leyes de la naturaleza, o bien, consuelen una norma jurídica cuyo obstáculo es insuperable. Consecuentemente, es inexistente el contrato cuando el hecho o abstención son física y jurídicamente imposibles, precisamente, en virtud de que los mismos son contrarios a las leyes de la naturaleza esto es, son incompatibles con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Desde luego, según hemos dicho la licitud del objeto no es un elemento de existencia, sino sólo un requisito de validez; por lo que, posteriormente, profundicemos respecto de los requisitos de validez del contrato.

Siguiendo con el orden inicialmente trazado, corresponde abordar el estudio del tercer elemento del contrato, la solemnidad misma que es preceptiva, eventual y esporádicamente, en la formación de los contratos, cuando, ciertamente la Ley en forma excepcional exige su cumplimiento. "La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles que rodean o cubren la voluntad de los que contratan, y que la Ley exige para la existencia del acto" (37).

Así pues, es factible advertir que en determinadas ocasiones, se impone la necesidad de que los actos se exterioricen mediante la realización de determinados ritos o ceremonias. De tal manera que el efecto de estos ritos o ceremonias, es darle existencia al acto jurídico celebrado, el cual si adolece de tales solemnidades no produce los efectos deseados por los contratan-

tes; y consecuentemente, el acto es inexistente. Aunque, son pocos los casos, en donde la ley exige este elemento de existencia.

El contrato de matrimonio, constituye sin lugar a dudas, un ejemplo típico en donde se presenta la solemnidad; ya que no basta para la formación del contrato, el consentimiento y el objeto, sino también de una solemnidad que revista el acto jurídico.

Sin embargo, el acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, mismos que en líneas precedentes han sido tratados deberá reunir, además otros requisitos necesarios para que el acto jurídico sea perfecto y produzca todos sus efectos jurídicos, esto es, requisitos fundamentales para alocar y producir la validez del acto. Estos requisitos han sido denominados en la doctrina como requisitos de validez del acto jurídico.

En este sentido, el legislador hace una enumeración de los requisitos de validez, en el artículo 1795 del Código Civil vigente interpretado a contrario sensu, cuando dispone son requisitos de validez del contrato:

- I.- La capacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II.- La ausencia de vicios en la manifestación del consentimiento;
- III.- La licitud del objeto, motivo o fin del contrato; y
- IV.- La voluntad debe exteriorizarse en la forma que la ley establece.

Ahora bien, de acuerdo con el orden establecido por el legislador sobre los requisitos de validez, tenemos en primer término a la capacidad de las partes contratantes. " La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes, y hacerlos valer "(38); esto es, " La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercerlos "(39). Consecuentemente, la capacidad es la facultad que tienen los particulares para adquirir derechos y en su oportunidad, para hacerlos valer ante las autoridades correspondientes, siendo, desde luego, aptos para --

poder contratar, siempre y cuando la ley no se los impida; ya que la norma jurídica específicamente determina los casos de incapacidad legal.

Cabe aclarar que en Derecho, no existe solamente una capacidad, - pues hay dos especies de ella: La de goce y la de ejercicio; en el sentido, de que a la goce se le llama también Capacidad de Derechos o Titularidad, y a la de ejercicio Capacidad de Obrar o Negociar, según la funcionalidad que cada una de ellas reviste.

En primer lugar, La Capacidad de Gocce: Es la facultad que tiene toda persona para ser titular de derechos y obligaciones; inclusive la ley concede esa aptitud a seres que aún no nacen, sino que sólo están concebidos, ya que cuando nazcan tendrán derechos como es el caso de los apellidos, en su caso ciertas sucesiones.

Por otro lado la Capacidad de Ejercicio: Es la facultad jurídica para ejercitar o hacer valer los derechos que se tengan y cumplir con sus obligaciones por el mismo es dable señalar que el artículo 450 del Código Sustantivo vigente establece los casos de personas que tienen incapacidad natural y legal - comprendiendo entre estas a:

- a) Los menores de edad,
- b) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos,
- c) Los sordomudos que no saben leer, ni escribir; y
- d) Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas empuerantes.

En el mismo orden de ideas el artículo 1798 del ordenamiento legal antes invocado, preceptúa: " Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley ".

De manera que a esta incapacidad de ejercicio es a la que se re-

fiere la ley civil como elemento de invalidez en los contratos; de ahí, que -- cuando en la literatura jurídica se habla de incapacidad o incapaz se supone -- que se trata de la incapacidad de ejercicio, ya que éstas, no impide que el acto jurídico exista porque solamente afecta la validez del mismo. Desde luego, en todo acto jurídico se exige que éste sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertas personas que por su naturaleza física pudieran ser víctimas de abusos; así pues, precisamente se les prohíbe obligarse, negociar u obrar, en estos términos para salvaguardar sus intereses.

Siguiendo con el análisis trazado, corresponde en estas líneas hablar acerca de los vicios del consentimiento, que según lo estipulado como -- causas de invalidez del contrato se refieren en la fracción II del Artículo -- 1725 del mencionado ordenamiento legal.

Así pues para que el negocio jurídico sea válido requieren entre otros requisitos, que la voluntad no esté viciada; lo que implica que la ausencia de vicios de la voluntad es un elemento de validez del contrato; ya que -- aún cuando el consentimiento exista en un acto jurídico éste puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es por la presencia de vicios que afectan la voluntad. Luego entonces, precisa saber que son los vicios de la voluntad, y cuáles sanciona la ley.

En este sentido, se puede entender por vicio " La realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución "⁽⁴⁰⁾, o bien, vicio de la voluntad es el " Efecto que el error la -- violencia o el dolo producen en el consentimiento, consistente en la invalidez del acto a cuya formación han concurrido "⁽⁴¹⁾. Consecuentemente los vicios del consentimiento son los efectos que produce la presencia de ciertos factores, enunciados por la ley civil, como son: El error, la violencia, la lesión y la reticencia, siendo principalmente la sanción del contrato con vicios de -- la voluntad la producción de la nulidad relativa del mismo.

Cabe aclarar que el artículo 1812 del Código Civil en vigor establece como vicios del consentimiento: El error, la violencia y el dolo, aun que de la lectura del artículo 17 del ordenamiento legal en cita podemos deducir que existe otro vicio del consentimiento, la lesión.

De acuerdo con el orden establecido por la Ley entratándose de los vicios del consentimiento, iniciaremos nuestro análisis siguiendo el citado orden.

Así pues, el error " Es una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad " (42). " En ese sentido Rafael de Pina, establece que el error es " " Un conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho, que invalida el acto producido con tal vicio " (43). " Al respecto Salerlier opina, el error " " La discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada " (44). " Por su parte Masasud entiende por error ". " La opinión subjetiva contraria a la realidad " (45). " En el mismo orden de ideas, Raúl Ortíz Urquide considera al error como " " El falso concepto de la realidad " (46). Consecuentemente, en forma coloquial al error es un falso concepto de la realidad, o bien es una creencia no conforme con la realidad, es decir, el error consiste en creer verdadero lo que es falso, lo falso lo que es verdadero. Sin embargo, ocasionalmente, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y produce la nulidad del mismo acto, pero no todo error produce tales efectos jurídicos. De manera que en derecho no todo error tiene trascendencia jurídica; ya que hay errores que no tienen repercusión alguna sobre la vida del contrato y otros que provocan la nulidad del mismo al viciar la voluntad, aunque doctrinalmente se agregue una tercera categoría: Los errores que impiden la formación del consentimiento.

En este sentido, deben distinguirse, esencialmente tres grados de error: El error-obstáculo o error-obstativo, el error-nulidad y el error-indeferente. El error-obstáculo como su propio nombre lo indica impide el nacimiento del negocio y desde luego la formación del acto jurídico; generando la inexistencia del contrato porque precisamente recae sobre la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento. Verbi Gratia el error en la cosa que constituye el objeto materia del contrato, o bien, también conocido como error en el negocio porque en este caso las voluntades de las partes no coinciden debido al error en que se encuentran, ya sea por tratarse de cosa distinta o diferente a la naturaleza jurídica de la prestación. Por lo tanto, falta el consentimiento y el contrato no llega a efectuarse.

Por otro lado el error-nulidad constituye propiamente hablando el error realmente importante en la cuestión que estamos analizando, o sea - en los elementos de validez del negocio jurídico, porque su ausencia constituye uno de tales elementos y su presencia, desde luego no impide que el negocio se efectúe, pero eso sí está herido de nulidad. En nuestro derecho este error es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente; es decir el error-nulidad versa sobre la substancia del objeto del contrato o sobre la persona; Verbi Gratia en el caso del error sobre la substancia de la cosa ocurre cuando los contratantes no se ponen de acuerdo en cuanto a las características fundamentales del objeto, como en el caso de que alguien compra un objeto; como en el caso de que alguien compra un objeto creyendo adquirir una cosa de oro, cuando en realidad es de cobre. En el caso del error en la persona esta se da cuando una parte contrata creyendo convenir específicamente acerca de las características naturales de una persona y en realidad esta contratando a otra persona para la prestación de un servicio.

En este sentido, el artículo 1813 del ordenamiento legal antes invocado, consagra, el error-nulidad, estableciendo:

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

En estos términos se desprende que tanto el error de hecho, como el de derecho origina la nulidad del contrato, siempre y cuando se exprese el motivo determinante sobre el que recae el vicio de la voluntad o se prueben las circunstancias mismas del contrato. Consecuentemente para que el error constituya un vicio de la voluntad es necesario que el mismo reúna dos requisitos:

1.- Que el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan,

2.- Que ese motivo haya trascendido exteriormente, esto es - que haya sido objetivado y sea comprobable (47).

Ahora bien el motivo determinante de la voluntad de cualquier de los que contratan como la propia naturaleza de la palabra "Determinante" de nota la causa decisiva del contrato y el motor principal del mismo. Sin embargo, no hay que confundir al "Motivo Determinante" que se tuvo, para celebrar el contrato, con el móvil interno o subjetivo que indujo a las contratantes a la celebración del contrato.

De la lectura del referido artículo 1813 del ordenamiento legal en citas es factible distinguir dos tipos de errores: el error de Derecho y el de Hecho. El error de Derecho es la falsa comprensión de las consecuencias jurídicas de la obligación que surgió con motivo de la celebración del contrato; desde luego aquí, adquiere especial relevancia lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil vigente en comento, cuando estipula " La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento ". De manera que aún cuando lo estipula en ordenamiento legal de referencia, como un vicio del consentimiento, estrictamente hablando, no es causa de nulidad del contrato, y precisamente en la literatura jurídica contemporánea el error de Derecho ya no figura como una categoría especial del error.

Por otro lado el error de hecho, y que en un principio fue clasificado desde tres puntos de vista diferentes:

- A) error-obstáculo
- B) error-nulidad y
- C) error- diferentes.

Situaciones que han sido explicadas por las cuales y en ob -
 vio de reflexiones ya no ahondaremos sobre los mismos. Resta hablar sola -
 mente del error indiferente al cual no es ni error obstáculo, ni error nul -
 tidad; es decir, no impide la formación del contrato ni recae sobre el motivo
 determinante de la voluntad. Este error se encuentra contemplado en el ar -
 tículo 1814 del mencionado ordenamiento legal, cuando dispone " el error -

de artículo sólo da lugar a que se rectifique ", es decir, de ninguna manera da lugar a la nulidad, ni tampoco a la inexistencia del contrato porque estas cosas sobre circunstancias accidentales que no trascienden en la celebración del acto jurídico.

Por último diremos que el error como vicio relevante de la nulidad, consiste:

" En la creencia inexacta, respecto de algún dato que se valora como motivo principal del negocio, conforme a la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio "(48).

Federico de Castro y Bravo, porque como hemos dicho el error para que sea considerado como vicio del consentimiento debe recaer sobre el motivo determinante que se tuvo para contratar.

De acuerdo con el análisis realizado del error como vicio de la voluntad, para su mejor comprensión consideramos prudente, pedagógicamente hablando, remitirnos al cuadro sinóptico marcado en este trabajo con el número uno y que a continuación se anexa al presente (ver cuadro sinóptico No. 1).

Otro vicio de la voluntad es el Dolo mismo que es explicado en el artículo 1815 del Código Civil vigente cuando preceptúa " Se entiende por Dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratados ".

Hemos dicho, que el error pudo haber sido provocado o mantenido en él a alguno de los contratados en forma deliberada mediante maniobras o artificios realizados por la otra parte contratante o por un tercero con ausencia o autorización de ella. Esta actitud de pretender aprovecharse de un error ajeno, ya provocándolo, o bien manteniéndolo, engañosamente, es el contenido del Dolo en materia Civil. De ahí que oertemente el Código vigente define al Dolo como la sugestión o artificio que se emplea para inducir a error, o mantener en él alguno de los contratados. Sin embargo - el Dolo es explicable en función del error porque éste no es una noción in-

ERROR. - Es una oronencia contraria a la realidad que esta en discrepancia con la propia realidad.

A) Error-Obetdsulo u Obetativo.

Es el que impide la formacion del consen timiento o consen tido de voluntades, debido a que las partes no se ponen de acuer do respecto a la nat uralidad del contra to o la identidad -- del objeto, de tal -- manera que hacen sus respectivas manifes taciones de voluntad.

B) Error-Nullidad.

El que vicia la voluntad y que motiva la nulidad relativa. - se presenta -- cuando la voluntad si -- llega a manifestarse de tal manera que el acto -- o uno de los contrati -- tes sufre un error res -- pecto al motivo determi nante de su voluntad, -- siendo este error de tal naturaleza que de haber sido conocido, no se hu biera celebrado el Acto.

C) Error de Cdfi culo o Indife rentu.

Es el que se comete en una operacion aritmsti ca, y conforme a la -- ley, no afecta a la vi da del contrato, sino que s6lo da derecho a su rectificaci6n.

- 1.- Error de hecho.- puede reoocer sobre algunos elementos constitutivos del contrato, como error en la co sa o en la persona por ser diferente a lo que cual -- quiera de las partes ore -- obligares.
- 2.- Error de Derecho.- Se pre senta cuando una persona -- tiene una falsa oronencia -- sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretaci6n, esto es -- respecto de una regla jurf dica aplicable al contrato.

Dependiente sino que precisamente se explica en función del error. Aún más el Dolo denota artificios que se emplean para inducir a error. Al respecto Ernesto Outerraz y González, comentando sobre el Dolo opina,

" Considero sin embargo, que es equivocado ese parecer porque la actividad o la pasividad -- del Dolo y la mala intención, no se deben considerar sino para los efectos de que el sujeto caiga o no en error. Si se induce al -- error, será activa la conducta para llevar a ese estado, pero si las maquinaciones son, no para llevar, sino para mantener en él, hay -- sin duda una actividad, pero no se puede estimar sea el tipo de la que sirve para considerar al Dolo activo pues el sujeto ya está en error "(48).

Por otro lado, los elementos del Dolo es factible apreciar -- los a través de la realización material de sugerencias artificiosas, con la intención de provocar el error, o mantenerlo en el mismo, practicados por -- una de las partes o por un tercero sabiéndolo aquellas, y que definitivamente hayan sido determinantes para la conclusión del contrato.

Doctrinalmente se distinguen en el Dolo dos tipos de este:

I.- Dolo incidental y,

II.- Dolo principal

" El Dolo principal, es el que emplea para determinar la voluntad de una persona a celebrar un negocio jurídico, de tal modo que si las maquinaciones o artificios en que Dolo consiste no se hubieran empleado para inducir a error o mantener en él a esa persona, el negocio no se habría celebrado "(50).

Es decir,

" Son las maquinaciones que se emplean para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no lo habría celebrado "(51).

De manera que el Dolo principal es el que procede al error y origina la nulidad del acto jurídico, ya que ha sido determinante para la -- realización y ejecución del contrato; por lo que, también se le denomina Dolo determinante o Dolo causante puesto que da causa o motivo a la nulidad -- del negocio celebrado en presencia de este vicio de la voluntad.

En cambio al Dolo incidental.

" Son maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar, pero que en vista de tales maquinaciones otorga su voluntad en situación desventajosa de la que hubiere aceptado sin mediar el error por Dolo " (52).

Así pues el Dolo incidental no induce a la persona contra -- quien se emplea a la celebración del negocio jurídico, toda vez, que ya tenía voluntariamente decidido concertar el contrato, sino solamente ha celebrado en condiciones distintas de las que sin él se habría admitido, de ahí que este tipo de Dolo no produce la nulidad, careciendo de efectos en cuanto a su validez y solamente origina un error de importancia secundaria.

Finalmente y por la importancia que reviste, consideramos de jar citado la definición que de Dolo realiza Ernesto Gutiérrez y González.

" En su obra Derecho de las Obligaciones - Dolo Civil es el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error, y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situaciones desventajosa -

en la celebración de un acto jurídico "
(53)

Siguiendo con el fin de nuestro trabajo recepcional, amenable didáctico, a continuación comenzamos al presente un cuadro sinóptico del Do lo y sus formas. (Ver cuadro sinóptico No. 2)

Otro vicio de la voluntad es la Mala Fe, la cual también se encuentra conceptualizada en nuestro ordenamiento civil, en su artículo 1815 In - fin, cuando dispone " Y por mala Fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido ", esto es a través de la mala Fe o mala intención se conoce la actitud pasiva del contratante, que habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él. En cuanto a los efectos jurídicos que produce la mala Fe coinciden con los del Dolo, ya que ambos vicios de la voluntad originan la nulidad del Acto jurídico.

La violencia constituye otro vicio de la voluntad de acuerdo al Código Civil en comento; aunque cabe aclarar que el verdadero vicio de la voluntad es el miedo o temor y no la violencia como generalmente se afirma, ya que en todo caso la violencia, viene a ser la fuente del miedo, pero no - el vicio mismo.

Hecha la aclaración anterior, el Artículo 1819 del multicitado ordenamiento legal indica que.

" Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

" Así pues la fuerza física o amenazas que

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

A).- **Dolo Principal.**- Son las maquinaciones que se emplean para hacer o hacer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no lo habría celebrado. Es el que produce el error y origina la nulidad del acto jurídico ya que ha sido determinante para la realización y ejecución del contrato.

B).- **Dolo Incidental.**- Son las maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar pero no produce la nulidad.

se ejerzan sobre una persona, con la finalidad de debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, es la violencia a que se refiere -- nuestro ordenamiento legal en comento. -- De manera que acertadamente, Ernesto Gutiérrez y González la define como ".

" Es el miedo originado por la amenaza -- de sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que lleva a dar la voluntad de realizar un acto jurídico "(64).

Escuetamente, siguiendo la clásica distinción Romana, respecto de la violencia esta puede ser violencia física o *Vis absoluta*, cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que priva de la libertad al contratante, esto es mediante el Dolor producido por alguna cosa o agente externo se coacciona la voluntad a efecto de que se extorquiere en la obediencia de un acto jurídico y hay violencia moral, intimidación o miedo cuando por medio de amenazas o de fuerza física se coloca al contratante en la disyuntiva de aceptar esas consecuencias o la celebración del contrato, desde luego esta violencia no suprime la voluntad sino solamente la vida, obligando al contratante a preferir entre una cosa o la otra.

Por otro lado la violencia da origen a la nulidad relativa del contrato, es decir la sanción que se establece al acto generado por el empleo de la fuerza física o amenazas, es que la persona violentada o afectada puede invocar la nulidad del otro jurídico; nulidad de tipo relativo porque el acto se puede convalidar cuando haya cesado la violencia o el que la haya cometido y padecido ratifique posteriormente el contrato.

De lo anteriormente expuesto, es necesaria la presencia de una intimidación de un mal considerable y presente (no ilusorio, ni ridículo), intencional e ilegítimo que provenga, ya sea de alguna de las partes o de un tercero y que sea causa suficiente que induzca a aceptar la celebración del contrato. Aún más el temor reverencial no basta para violar el consentimiento ni constituye propiamente hablando un acto de violencia.

Siguiendo con el análisis pedagógico de los vicios de la voluntad, para una mejor comprensión anexamos un cuadro sinóptico de la violencia y de sus diferentes clases. (ver cuadro sinóptico No. 3).

La reticencia, constituye otro vicio de la voluntad, que aún cuando la legislación civil no prevé en su artículo 1812 como vicio del consentimiento se precisa hablar de ella porque la verdadera naturaleza jurídica de esta figura representa un aspecto científico que debemos agotar cuando analizamos los vicios de la voluntad.

En el mismo orden de ideas, la reticencia según Planiol es:

" El silencio voluntariamente guardado por una de las partes acerca de un hecho o circunstancia que la otra parte tendría interés en conocer para estar en plena aptitud consciente de celebrar el negocio "(55).

Lo bien la reticencia es:

" El silencio que voluntariamente guarda uno de los contratantes al exteriorizar su voluntad, respecto de alguno o algunos hechos ignorados por su cocontratante, y que tiene relación con el acto jurídico que se celebra " (56).

De manera que la reticencia origina la producción de mantener en la voluntad de los contratantes la ignorancia de ciertos hechos que de haberlos conocido no habría contratado o lo habría hecho bajo una situación diferente.

La doctrina ha confundido al error con la reticencia como vicios de la voluntad considerando que en ambos casos existe una falsa creencia de la realidad y al efecto a ambas instituciones jurídicas les conceden efectos de nulidad relativa. Sin embargo el error y la reticencia son dos cosas diferentes como acertadamente lo expone Ernesto Gutiérrez y González en su obra Derecha de Las Obligaciones cuando escribe.

VIOLENCIA.- Es el empleo de la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante de su cónyuge de sus ascendientes de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (Artículo 1819 Código Civil Vigente).

- A) FISICA.- Esta se da cuando se emplea la fuerza física o algún agente que priva de la libertad al contratante esto es, mediante el dolor por una causa o agente extraño se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración del contrato.
- B) MORALES.- Esta se da por medio de amenazas en donde se coloca al contratante en la disyuntiva de aceptar esas consecuencias o la celebración del contrato.

" El error es una falsa creencia de la realidad, pero implica ciertamente un conocimiento aunque equivocado, por parte del que lo sufre. El que está en error, tiene una noción en su mente, aunque equivocada de algo del mundo exterior. En cambio la víctima de la reticencia, ignora en forma definitiva lo que no le dice su contraparte. En este caso no hay error, sino que hay ignorancia, sino que hay ausencia de creencia, hay ausencia de conocimiento "(57).

Otro de los vicios de la voluntad es la lesión, la cual es factible, legalmente hablando, desprende su concepto, en términos de lo dispuesto por el artículo 17 del Código Civil Vigente, que a la letra dice:

" Cuando alguno, explotando la suma ignorancia notoria inexperiencia o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga ".

De manera que la lesión implica una desproporción exagerada de las prestaciones que los contratantes están obligados a darse mutuamente por motivo del contrato celebrado.

Ahora bien la doctrina ha establecido que la lesión es " El perjuicio que en un contrato comutativo experimenta una parte que recibe -- una prestación muy inferior a lo que ella a su vez proporciona a la otra parte " (58).

Por su parte Damontes, dice que la lesión " Es el perjuicio que experimenta en un contrato comutativo uno de los contratantes por no recibir de la otra un valor igual al de la prestación que suministra " (59).

Acertadamente Ernesto Gutiérrez y González, refiere: " La lesión es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su inex-

perencia, extrema necesidad o suma miseria, en un contrato comutativo "(60)
Así pues, la lesión como vicio de la voluntad implica una inequivalencia o --
desproporción entre las prestaciones que las partes se deben con motivo de la
celebración del contrato.

En término de lo dispuesto por el citado artículo 17 del Or -
denamiento legal antes invocado el perjudicado en el caso de lesión tiene de-
recho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa
de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. San-
ción que entrándose del vicio de la voluntad es la de la nulidad relativa -
pudiéndose convalidar el acto por caducidad al no ejercitar la acción respec-
tiva dentro del término legal de un año.

Cabe agregar, que en derecho mercantil la lesión no se estima
vicio, excluyéndola definitivamente de las causas productoras de la nulidad -
del contrato por vicios de la voluntad; según se desprende del precepto marca-
do con el número 385 del Código de Comercio, el cual determina: " Las ventas
mercantiles no se reanulieren por causa de lesión " desde luego en materia -
mercantil no existe protección legal para los débiles por causa de lesión, ya
que los principios de la oferta y la demanda exigen una liberalidad económica
y un libre albedrío en la celebración de los contratos mercantiles; y además
por la propia naturaleza de la materia mercantil que es eminentemente comer -
cial.

Por último, precisando del establecimiento de los vicios de --
la voluntad en forma clara y precisa, consideramos prudente realizar el si --
guiente cuadro sinóptico (ver cuadro sinóptico No. 4).

De conformidad con el orden establecido por el legislador so -
bre los requisitos de validez del contrato corresponde hablar de la licitud -
del objeto motivo o fin del acto jurídico.

En el mismo orden de ideas, cuando hablamos sobre los elemen -
tos esenciales del contrato y específicamente cuando nos referimos al objeto
anotamos que propiamente es la cosa que se debe dar o bien el hecho que el --
obligado debe hacer o no hacer. También se dijo que cuando se trata de la --
prestación de una cosa esta debe existir en la naturaleza y ser determinada o

VICIOS DE
LA
VOLUNTAD

- A) **ERROR.-** Es una creencia contraria a la realidad que se da en discrepancia con la propia realidad.
- B) **DOLO.-** Es el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa en la celebración de un acto jurídico.
- C) **MALA FE.-** La disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.
- D) **VIOLENCIA.-** Es el empleo de la fuerza física o amenazas -- que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad la Salud o una parte considerable de los bienes del contratante de su cónyuge de sus ascendientes de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.
- E) **RETICENCIA.-** Es el silencio que voluntariamente guarda uno de los contratantes al exteriorizar su voluntad, respecto de alguno o algunos hechos ignorados por su contratante, y que tiene relación con el acto jurídico que se celebra.
- F) **LESION.-** Es el perjuicio que en un contrato comutativo experimenta una parte que recibe una prestección muy inferior a lo que ella a su vez proporciona a la otra parte.

determinable además de estar en el comercio. Pero si se trata del objeto en la forma de prestar un hecho se refirió que este debe ser posible y lícito.

Sin embargo como característica de existencia del objeto este hecho o abstención deben ser posibles física o jurídicamente, o física y jurídicamente; pero no corresponde a la esencia formativa del objeto la licitud.

De ahí, que al iniciar el estudio de este requisito de validez debemos establecer, en obvio de repeticiones, solamente la licitud del objeto motivo o fin del contrato. Al respecto, la licitud podemos desprender la interpretando a contrario sensu el artículo 1830 del multicitado ordenamiento legal, cuando dispone: " Es ilícito el hecho que es contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres ". Así pues, lo lícito respecto del hecho es precisamente lo que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

En este sentido, la ilicitud del objeto, no es un elemento de existencia es sólo un requisito de validez que exige la ley, ya que no obstante que sea ilícito, no deja de ser objeto posible del contrato, independientemente de las consecuencias que de ella derive.

Ahora bien, para saber que es lo ilícito debemos conocer que son las Leyes de Orden Público y las buenas costumbres, puesto que los hechos que son contrarios o vulnerantes de estos conceptos serán o constituirán la ilicitud en el objeto motivo o fin del contrato. Planiol, define a las leyes de orden público diciendo que son:

" En primer lugar y necesariamente, todas las -- Leyes de Derecho Público (Constitucionales, Administrativas, Penales Procesales, Internacionales Públicas) es decir, aquellas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, de impuestos, servicio militar etc "(61).

De manera que las leyes de orden público son todas aquellas - que constituyen en régimen político de un país y son superiores a la voluntad de los particulares; correspondiendo única y exclusivamente al derecho Público que es totalmente distinto del Derecho Privado que regula la actividad de los particulares. Aún más las leyes de orden público son parte integrante -- del Derecho Público que se encarga de regular la estructura y funcionamiento del estado o la función de tutela y garantía que el estado presta al orden jurídico, reprimiendo las violaciones más graves o dañosas al orden o convivencia social; permitiendo a los particulares mediante la expresión de la ley todos aquellos actos que no trastornan o lesionan el orden jurídico; estableciendo consecuentemente en forma expresa y terminante, prohibiciones a los particulares y guiando su voluntad através del Derecho Civil y mediante el principio de que " Todo lo que no está prohibido está permitido ". Por tanto las leyes de orden público son normas de tipo prohibitivo que impiden la realización de ciertos actos porque estos afectan los intereses de la colectividad.

En el mismo orden de ideas, el Código Civil en Vigor en su artículo 8 establece los actos contrarios a las leyes, identificando plenamente las leyes de Orden Público con las leyes prohibitivas, cuando estipula lo siguiente:

" Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas ; de interés público serán nulos excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario ".

Por otro lado las buenas Costumbres son:

" El conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto "(62).

O bien, como dice Manuel Bejarano Sánchez; Las buenas costumbres implican:

" El concepto de moralidad prevaleciente en -

una comunidad, en un tiempo y un espacio determinados. Es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juega moral. No se trata de la moral individual, sino de la moral social. No es tampoco la de cierto grado religioso, sino la conciencia que predomina como el común denominador "(63).

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la ilicitud del objeto motivo o Fin del acto jurídico (requisito de validez del contrato) implica la trasgresión o violación a las leyes prohibitivas que se encargan de regular el interés público y será contrario a las buenas costumbres toda conducta que la opinión prevaleciente en la época y espacio repruebe como inmoral. Luego entonces serán ilícitos aquellos actos jurídicos que sean contrarios con las buenas costumbres y en cabal cumplimiento de las leyes prohibitivas o de interés público.

La forma, último de los elementos de validez analizados en el presente trabajo recepcional " Es la manera en que debe externarse y o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo dispongan o permita la Ley "(64), es decir la forma es la manera de exteriorizar la voluntad de las partes que concurren en la celebración del acto jurídico, o sea el requisito de que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley lo establece.

El principio que rige en nuestra legislación Civil es el del consensualismo por virtud del cual el consentimiento puede exteriorizarse de cualquier manera, lo cual constituye eminentemente un aspecto importante de la autonomía de la voluntad. Certamente el artículo 1832 del Ordenamiento Legal antes invocado, al referirse a la forma, estipula:

" En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados -- por la ley ".

Sin embargo por excepción la Ley determina ciertas formas para que el contrato sea válido; ya que la funcionalidad de la forma responde a varios motivos; fijan la atención de las partes en el contrato que están otorgando, consideran que la sociedad tiene un interés específico en la esteriorización de los contratos y preconstituye la prueba de existencia del acto. Sobre todo existen estas formalidades en el derecho sucesorio, como es el caso de testamento que se menciona como uno de los actos jurídicos solemnes de nuestro derecho. Por lo que respecta a la materia contractual la Ley no hara depender la obligatoriedad del contrato de la observancia de una forma especial, según lo estipula el propio artículo 1833 de la Ley en cita -- cuando cualquiera de las partes puede exigir que se dé al contrato la forma legal si la voluntad de ellos consta de manera fehaciente y no se trata de actos renunciabiles en términos de lo dispuesto por el artículo 2232 del referido Código Civil Vigente, que a la letra reza así:

" Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha qu dado constante de una manera indubitabile y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorge en la forma prescrita por la Ley ".

El contrato por lo tanto es obligatorio para las partes, de tal suerte que surte sus efectos legales entre ellos, obligándose los contra tantes a lo estrictamente pactado en la forma y en los términos convenidos.

Tratándose de los últimos requisitos de validez analizados -- como son la ilicitud del objeto motivo o fin del contrato y la falta de forma exigida por la ley producen en cuanto a sus efectos jurídicos la nulidad relativa de los actos o negocios celebrados bajo la presencia de estos requi sitos (la ilicitud en el objeto motivo o fin del contrato y la falta de forma establecida en la Ley).

C I T A S

	<u>PAGINAS</u>
1.- <i>Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A. M. TOMO VI. México 1984.</i>	267
2.- <i>Soto Flores Ricardo, Nociones de Derecho Positivo Mexicano. Editorial Esfinge, S. A. México 1978. 9a. ed.</i>	170
3.- <i>Citado por Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones, 4a. ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.</i>	10 11
4.- <i>Citado por Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones, 4a. ed.; Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.</i>	11
5.- <i>Obligaciones Civiles. Editorial Harla, S.A. de C.V., México 1980.</i>	07
6.- <i>Citado por De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho; 8a. ed. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1979.</i>	350
7.- <i>Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano; 11a. ed. Editorial Esfinge, S. A. México 1982.</i>	309
8.- <i>Derecho de las Obligaciones. 5a. ed.; Editorial Cajica, -- S.A. Puebla, México, 1982.</i>	44
9.- <i>Derecho Romano 8a. ed.; Editorial Ariel, México 1979.</i>	369
10.- <i>Iglesias, Juan. Ob. Cit.</i>	370 371
11.- <i>Citado por Floris Margadant S. Guillermo Ob. Cit.</i>	308
12.- <i>Iglesias, Juan. Ob. Cit.</i>	374

	<u>PAGINAS</u>
13.- Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit.	309
14.- Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit.	309
15.- Bravo González Agustín et al. Segundo Curso de Derecho Romano Editorial Pax -México.	22
16.- Cfr. Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Curso de - Derecho Privado. Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.	269
17.- Iglesias, Juan Ob. Cit.	378 379
18.- Bravo González Agustín et al. Compendio de Derecho Romano. Editorial Pax-México.	97
19.- De Pina Rafael et al. Diccionario de Derecho 8a. ed.; Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.	350
20.- Iglesias, Juan Ob.cit.	379
21.- De Pina, Rafael Ob. Cit.	350
22.- Iglesias, Juan. Ob. Cit.	380
23.- De Pina, Rafael Ob. Cit.	350
24.- Iglesias, Juan. Ob. Cit.	380
25.- De Pina, Rafael. Ob. Cit.	350
26.- Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. Editorial -- Porrúa, S.A. México, 1975.	271 372
27.- Cfr. Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit.	315
28.- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligacio-	

	<u>PAGINAS</u>
nas. Sn. Cd.; Edit. Cajico, S.A. Pua, México, 1982	182
29.- <i>Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla México, 1980.</i>	30
30.- <i>Derecho de las Obligaciones. Ob. Cit.</i>	397 398
31.- <i>De Pina, Rafael. Ob. Cit.</i>	274
32.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	432
33.- <i>Ob. Cit.</i>	305
34.- <i>Bejarano, Sánchez Manuel. Ob. Cit.</i>	215
35.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	441
36.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	208
37.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	241
38.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	327
39.- <i>Bejarano Sánchez, Manuel Ob. Cit.</i>	125
40.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	327
41.- <i>De Pina, Rafael. Ob. Cit.</i>	464
42.- <i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	273
43.- <i>De Pina, Rafael. Ob. Cit.</i>	246
44.- <i>Citado por Sánchez Nadal, Ramón. De los Contratos Civiles, Quinta Edición Editorial Porrúa, S.A. México 1980.</i>	32

PAGINAS

45.-	<i>Citado por Ramón Sánchez Meda. De Los Contratos Civiles, Quinta Edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.</i>	32
46.-	<i>Derecho Civil, Parte General. Primera Edición Editorial Porrúa, S.A. México 1977.</i>	316
47.-	<i>Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. Cit.</i>	94
48.-	<i>Citado por Sánchez Meda, Ramón. Ob. Cit.</i>	23
49.-	<i>Ob. Cit.</i>	325
50.-	<i>Ortiz Urquide, Raúl. Ob. Cit.</i>	325
51.-	<i>Gutiérrez y González Ernesto. Ob. Cit.</i>	300
52.-	<i>Gutiérrez y González Ernesto. Ob. Cit.</i>	301
53.-	<i>Gutiérrez y González Ernesto. Ob. Cit.</i>	300
54.-	<i>Ob. Cit.</i>	305
55.-	<i>Citado por Ortiz Urquide, Raúl. Ob. Cit.</i>	315 318
56.-	<i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	318
57.-	<i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	320
58.-	<i>Sánchez Meda, Ramón. Ob. Cit.</i>	42
59.-	<i>Citado por Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	310
60.-	<i>Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.</i>	310
61.-	<i>Citado por Ortiz Urquide, Raúl. Ob. Cit.</i>	331 332

PAGINAS

62.-	Planisí citado por Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.	268
63.-	Ob. Cit.	113
		114
64.-	Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit.	247

CAPITULO SEGUNDO**CONTRATO MUTUO**

- A) CONCEPTO
- B) CLASIFICACION
- C) ELEMENTOS PERSONALES
- D) ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ
- E) NATURALEZA JURIDICA DEL MUTUO
- F) CLASES ESPECIFICAS DEL MUTUO

1922.11.10.0

EL CONTRATO DE MUTUO

A) CONCEPTO

En el capítulo anterior hablé acerca de las obligaciones deteniendo especialmente al contrato como la base total de las obligaciones. De acuerdo al plan inicialmente trazado, corresponde hablar sobre el Contrato de Mutuo.

La palabra mutuo se derivó de *Muon* y *Tuam*, denotando a través de este contrato, lo mío se hace tuyo esto es la realización de una transferencia de propiedad.

Sin embargo, algunos romanistas consideran a la voz *Mutuum* con el verbo *mutare* que significa cambiar o moverse de lugar (*mudar*); de donde resulta que el mutuo implica un cambio; es decir una transmisión de dominio para que el deudor pueda utilizar o consumir las cosas recibidas.

Ahora bien el mutuo en sus inicios tuvo como origen el nacimiento del derecho romano. De manera que por medio del cobre y la balanza (*Per aes et libram*); se permitió la simple transmisión oral de las cosas y el consentimiento de las partes eran suficientes para dar nacimiento al incipiente contrato de mutuo. Así pues, históricamente el contrato de mutuo surgió en el Derecho Romano como un contrato por virtud del cual una persona llamada mutuante, entrega a otra denominada mutuario o mutuuario una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de ésta de restituir otro tanto del mismo género y calidad.⁽¹⁾ En este sentido el contrato de mutuo precisaba de ciertos requisitos como:

- a) El mutuante debe ser dueño de las cosas o tener facultad para enajenarlas;
- b) Entrega efectiva de las cosas;

- c) Que existiese el acuerdo entre las partes, es decir consensus de que de el mutante para que se la devuelva y mutuario recibe para restituir.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, en su artículo 2384 proporciona un concepto legal del mutuo, considerando que:

" Es un contrato por el mutante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad ".

Sin embargo, esta definición legal se olvida de prever una posibilidad legal de doble manifestación del mutuo, en la cual el mutuo puede existir con interés o sin el.

De ahí que, esta definición se más completa cuando considera al mutuo:

" Como un contrato por el cual el mutante se obliga - a transferir, mediando o no interés, la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad "(2).

En resumen el mutuo es un contrato por virtud del cual una persona llamada mutante se obliga a transferir o transmitir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles a una persona llamada mutuario o mutuario, con la obligación a cargo de este último de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, mediando o no interés, según el caso específico. Finalmente debemos destacar que el mutuo, propiamente es un préstamo de cosas fungibles, o bien de suma de dinero para ser, consumidos, a diferencia del comodato, que es un contrato de uso, en el cual solamente se permite el uso y disfrute de los bienes materia de la obligación, obligándose a la devolución necesariamente de la cosa entregada, objeto del contrato.

Por último, la doctrina en la actualidad señala carácter de estrictamente económica al mutuo, cuyo aspecto fundamental, por otra parte, es el de constituir un instrumento útil a la administración comercial; y consiguientemente originan la intensificación del crédito. Por tanto, las Instituciones Bancarias de Crédito utilizan frecuentemente para darle auge al desarrollo Industrial y Comercial, una serie de Contratos de mutuo, precisamente, por que dichas Instituciones prestan fuertes cantidades de dinero a las empresas en apoyo del desarrollo Industrial y Comercial.

B) CLASIFICACION DEL CONTRATO DE MUTUO.

Este contrato, de acuerdo al Código Civil vigente se clasifica como un contrato traslativo de dominio, gratuito u oneroso, bilateral, consensual en oposición a real y a formal. Diferenciándose del Derecho Romano y del Código Civil de 1884, en donde el mutuo era considerado como un Contrato traslativo de dominio, gratuito u oneroso, pero siempre unilateral. Desde luego, esta consideración conforme a lo citado con antelación en el capítulo precedente es factible de crítica, toda vez que los contratos requieren para su perfeccionamiento de la manifestación exterior de voluntades.

En el mismo orden de ideas, el mutuo es un contrato principal y no accesorio por que existe y subsiste por sí solo, sin estar supeditado a la celebración de otro contrato, es decir la perfección de este contrato se da precisamente con la propia traslación de dominio de la cosa fungible, o bien de la suma en dinero, con la subsiguiente obligación de restituirlo en otro tanto de la misma especie y calidad de acuerdo al consumo por el uso.

Por otro lado el contrato de mutuo puede ser gratuito cuando no se pacta interés o compensación alguna por las cosas fungibles transmitidas al mutuario o mutuuario y que constituyen el objeto del propio contrato; esto es el mutuo es gratuito cuando las partes no establecen remuneración extra por las cosas fungibles o el dinero transmitido. Situación que matiza la especie de mutuo simple, que en líneas posteriores haremos de explicar. Ahora bien, será oneroso el mutuo cuando el mutuuario tiene la obligación de pagar un interés en dinero o en especie, como precisamente lo alude el Artículo 2393 del

Código Civil en vigor, cuando preceptúa la especie de mutuo con interés. En el contrato de mutuo con interés u oneroso, existen provechos y gravámenes recíprocos, ya que el mutuuario obtiene un provecho cuando recibe una cantidad de dinero o de bienes fungibles, pero gravamen por cuanto que está obligado al pago de un interés extra, que puede consistir en dinero o en géneros; provecho para el mutuante porque recibe un interés, gravamen porque se desprende de una suma de dinero de bienes fungibles transmitidos al mutuuario.

Por otro lado, en la actualidad, el mutuo es bilateral y no unilaterial como sucedía en el antiguo Derecho Romano y en el Código Civil de 1884; en virtud de que ya no es un contrato real, sino que se trata de un contrato formal que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. En cambio anteriormente para que se formara el contrato, de acuerdo con el Código Civil de 1884 que seguía al Derecho Romano era necesaria la entrega de una cosa, lo cual hacía consistir al mutuo como un acto real.

Así pues, el mutuo en antaño era unilateral porque engendraba una sola obligación a cargo del prestatario, quien quedaba obligado a restituir el equivalente de lo que había recibido. Al contrario el Código Civil vigente considera al contrato de mutuo con la característica de bilateral porque ésta existe por el simple acuerdo de voluntades manifestadas por las partes.

Finalmente, el mutuo es consensual porque basta el simple consentimiento manifestado por las partes sin la observancia de alguna formalidad escrita que le dé validez al mismo contrato consecuentemente, el mutuo es consensual en oposición a formal, también el mutuo es consensual por oposición a real, ya que no se requiere de la entrega física y material de la cosa u objeto del contrato para el perfeccionamiento del mismo, sino que basta con la simple estereorización del acuerdo de voluntades de las partes para el perfeccionamiento del contrato del mutuo.

C) ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DEL MUTUO.

De conformidad con la definición vertida respecto del contrato del mutuo, podemos desprender que en este tipo de contrato existen dos elemen-

tos, partes u obligaciones. Estos obligados o elementos personales son: el mutante y el mutuario o mutuatario.

El mutante, propiamente es la persona que hace entrega de las cosas fungibles o de la suma en dinero; es decir es quien entrega al préstamo de ahí que también es le ha denominado de prestamista.

Escuetamente, el mutante está obligado a transmitir el dominio de la cosa fungible a otra persona denominada mutuario o mutuatario. En estos términos el mutante tiene a su cargo tres obligaciones:

1.- La obligación de entregar la cosa, aunque esta entrega pugna de hacerse en forma real cuando físicamente hablando transmite la cosa determinada, esto es, cuando hace entrega física de la misma; o bien se trata de una entrega jurídica virtual, cuando sin transmitir físicamente la cosa de lo gra la perfección del contrato. Desde luego, la entrega de la cosa, ya sea real o virtual debe hacerse en el lugar y tiempo pactados; empero cuando no se pacte sobre esta situación deben observarse las reglas señaladas en el precepto 2387 fracción I del Código Civil vigente, que indica que la cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre al momento de celebrarse el contrato de mutuo;

2.- Transmitir la propiedad de la cosa, mediante la individualización de la misma, por tratarse de género; y

3.- Obligación de responder por los vicios ocultos; pero con la atenuante de que esta responsabilidad existe cuando dichos vicios o defectos fueron conocidos del mutante y no dio aviso oportuno de ellos al mutuario, conforme a lo dispuesto por el Artículo 390 del ordenamiento legal antes invocado.

Sin embargo, la obligación de saneamiento por evicción que es propia de todo enajenante, en el contrato materia del presente estudio, en tratándose de la moneda es solamente una teoría, por que en términos de lo dispuesto por el Artículo 800 del Código Civil, la moneda no es reivindicable de un adquirente de buena fe; y la posesión de bienes fungibles se presume de buena fe, y de ahí que la tiene la presunción de ser propietario, como lo -

establecen los Artículos 798 y 807 respectivamente del multicitado Código Civil. Aclarando que de acuerdo a la naturaleza del contrato de mutuo, generalmente es un contrato gratuito, en donde la buena fe se presume siempre.

Por último, el mutuante puede serlo únicamente quien tenga facultad de disposición sobre los bienes fungibles, porque precisamente a través del contrato del mutuo el mutuario o mutuuario adquiere la propiedad de dichos bienes y por tanto quedan fuera del patrimonio del mutuante.

En cuanto a la entrega de la cosa, obligación del mutuante esta debe hacerse de acuerdo con las normas generales relativas al contrato de compra-venta, sobre todo aplicándose el principio de exactitud en los pagos, tiempo, lugar, modo y substancia de la compra-venta.

Otro elemento personal u obligado en el contrato de mutuo, conforme el concepto legal, es el mutuario o mutuuario, quien se obliga a devolver o restituir otro tanto de la misma especie, cantidad y calidad de la transmitida o prestada. En este sentido, podemos resumir la obligaciones a cargo del mutuario o mutuuario en los términos siguientes:

1.- Devolver el objeto materia del contrato, de la misma especie, cantidad y calidad de los recibidos, haciendo también entrega y transmitiendo la propiedad de la cosa en el plazo, lugar y términos convenidos; si - - - - -guiendo en caso de falta de convenio expreso referente a la entrega o devolución de lo prestado, lo dispuesto en el Artículo 2385 del Código Civil en vigor. Ahora bien, cuando el préstamo consiste en dinero el deudor pagará devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago; pero si se pacta que el pago debe hacerse en Moneda Extranjera, la alteración que esta experimente en valor, será en daño o beneficio del mutuuario (Artículo 2388 del Código Civil en vigor). Si se pactaran intereses, estos también deben liquidarse;

2.- La obligación de responder por los vicios ocultos y garantizar el saneamiento en caso de evicción situación que en obvio de repetición ya analicé cuando abordé las obligaciones del mutuante;

3.- Por último en el mutuo con interés hay obligación de pagar

el crédito, de acuerdo al monto fijado libremente por las partes, y en caso de omisión se regirá conforme al interés legal establecido en el Artículo 2395 del ordenamiento legal en cita.

Dabo hacer énfasis que las partes o elementos personales del contrato de mutuo requieran una y otra parte de capacidad general para contratar, empero si el mutuario o mutuuario es un menor y requiere del establecimiento de ciertas deudas para proporcionarse alimentos el contrato será válido cuando esté ausente su representante legítimo. Situación establecida en el Artículo 2392 de nuestro Código Civil vigente como excepción a las reglas generales para contratar.

D) ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ.

En principio habremos de determinar que el contrato de mutuo requiere como elementos de existencia, los siguientes:

- A) El consentimiento, mismo que se presenta cuando ambas partes, en el contrato de mutuo, exteriorizan su voluntad, respecto una de transmitir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles (mutuante), y la otra en devolver otro tanto de la misma especie y calidad (mutuario);
- B) En tratándose del objeto, de acuerdo a la distinción establecida en el Capítulo correspondiente, éste puede ser directo o indirecto. En el contrato de mutuo el objeto directo consiste propiamente en un dar, ya que la conducta o prestación concreta que se deben las partes, implica una transmisión o transferencia de una propiedad de cierta suma de dinero o de bienes fungibles. En tanto, el objeto indirecto en nuestro contrato en cuestión, propiamente es la cosa material impregnada de una característica especial, el ser fungible. Característica que implica la posibilidad de ser reemplazada por otra de la misma especie, calidad y cantidad (Artículo 783 parte primera del Código Civil en vigor), en suma el bien fungible es aquel que tiene un poder

liberatorio equivalente a los pagos, es decir que en el cumplimiento de las obligaciones tiene igual valor al de otro bien, o sea fungir el uno por el otro. También los bienes fungibles sobre los cuales pueda recaer el contrato de mutuo pueden ser corporales o incorporales. Los corporales como su nombre lo indica son aquellos que tienen una corporidad física, tangible y apreciable a través de los sentidos. En tanto los incorporales son aquellos que aun que no tienen corporidad, generalmente tienen un valor económico abstracto, como es el caso de los Títulos de Crédito, acciones, valores, mismos que tienen el mismo poder liberatorio en la bolsa. Consecuentemente, el deudor o mutuario cumple su obligación entregando Títulos de Crédito del mismo poder liberatorio, situación que se encuentra plasmada en el Código de Comercio y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando reglamentan el mutuo sobre esta clase de valores fungibles incorporales o incorpóreas, precisamente, en su Artículo 359 párrafo segundo en relación con 362 párrafo primero del Código de Comercio.

Al respecto, el Artículo 275 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito obliga en el Depósito Bancario de Títulos a la estipulación expresa de la facultad del Banco Depositario para disponer de los mismos, obviamente con la obligación de restituir Títulos de la misma especie, calidad y cantidad. Rigurosamente este tipo de Depósito Bancario constituye un contrato de mutuo porque la propia naturaleza del mismo implica una devolución de bienes fungibles como es el caso de los Títulos de Crédito:

- C) Por lo que se refiere a la solemnidad, que excepcionalmente ha considerado como un elemento de existencia en el contrato, en nuestro contrato a estudio no se presenta porque basta con el simple acuerdo de voluntades en donde exista una transferencia y una devolución para hablar de un contrato de mutuo sin que el mismo requiera para su perfeccionamiento de alguna formalidad especial.

Los elementos de validez siguiendo el orden determinado en el capítulo inmediato anterior son:

- a) La capacidad legal de las partes, en nuestro contrato, en ambas partes requieren de capacidad general o especial para enajenar, a efecto de dar y recibir en mutuo ya que el propio contrato de mutuo es de naturaleza translativa de dominio, y a su vez el mutuario o mutuuario, se obliga a restituir, motivando el requerimiento de una capacidad especial para contratar. Aunque como anote en líneas precedentes, existan validez de las deudas contraídas por el menor, excepcionalmente, para proporcionarse alimentos.

Desde luego, el consentimiento puede ser anteriorizado expresa o tácitamente, pero en nuestro caso basta para la validez del mismo la sola expresión verbal de dar y recibir en el contrato del mutuo. Aun más en el mismo comportamiento de las partes se puede desprender la presencia de la voluntad tácita por el simple hecho de dar o recibir en mutuo;

- b) Dentro de los requisitos de validez que se presentan en este contrato, es preciso hacer referencia a la ausencia de vicios en la manifestación del consentimiento; sobre todo por la presencia de la lesión. La lesión es un vicio del que resulta afectado en un contrato, cuando existe en el una desproporción inequitativa entre las prestaciones respectivas de las partes susceptibles la causa a una de ellas un daño o perjuicio; en donde el afectado precisamente está plena y legalmente facultada para exigir la nulidad del contrato en cuestión.

La lesión ha sido especialmente reglamentada por el Código Civil vigente en el contrato de mutuo con interés, concretamente en el Artículo 2395 del ordenamiento legal citado con antelación se preceptúa:

" El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijan los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando el interés sea tan despropor-

porcionado que haga fundamento creer que se ha abusado del apuro pecuniario de la inesperienza o de la ignorancia del deudor a petición de éste el Juez teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal".

Como se aprecia en el Artículo en ésta, la legislación civil ha combatido severamente los contratos leoninos de mutuo con interés porque éstos representan casos típicos de lesión en donde adquiere especial significación la usura.

La lesión como vicio del consentimiento presupone que sea concomitante con la propia celebración del contrato para que surta efectos de nulidad relativa en el mismo. En este sentido el Artículo 2228 del Código Civil en vigor refiere los efectos de los vicios del consentimiento generando o produciendo la nulidad relativa del mismo, procederá la invocación del que ha sufrido en el vicio del consentimiento; es decir que ha sido perjudicado por la lesión en la celebración del mutuo con interés.

Al respecto, Leopoldo Aguilar Carbajal, considera que las consecuencias de la lesión vicio del consentimiento, en la celebración del contrato de mutuo con interés son las siguientes:

1.- Constituir un delito y mediante la reparación del daño obtener el resarcimiento del perjuicio, ya que se nulifica el acto.

2.- En el Derecho Civil, la lesión puede ser un vicio del consentimiento, y en este caso es un motivo de la anulabilidad y una vez declarada, opera con efecto retroactivo, con las salvedades expuestas.

3.- Puede la lesión originar la rescisión del contrato, que -- por supuesto queda válido, y solo obtener la reducción en el monto de los intereses.

4.- Puede, por último producir la insubsistencia del plazo es-

tipulado, pero en este supuesto no habrá devolución de las sumas pagadas en exceso de intereses (3).

Con base en lo anterior, el legislador acertadamente trata de impedir los préstamos usurarios y remediar las injustas consecuencias de la presencia de la lesión en el mutuo con interés. Destacando que la Legislación Civil Mexicana prohíbe el pacto de anatocismo, esto es la capitalización de intereses, sancionando con la nulidad el contrato de mutuo con interés en donde se prevenga que los intereses se capitalicen y produzcan interés situación a que se refiere concretamente el Artículo 2397 del mencionado legal. -- Sin embargo, el legislador mexicano no únicamente combate la usura con las medidas establecidas y comentadas en el presente capítulo, sino que además la previene mediante la consideración de una figura regulada en el Artículo 387 -- fracción octava de la Ley Penal para el Distrito Federal y territorios Federales convirtiéndola como un delito de fraude específico para aquel que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contrato o convenio en los cuales se estipulen réditos o lueros superiores a los usuales en el mercado.

- c) Siguiendo con la presunción de los elementos o requisitos de validez tenemos que la licitud del objeto motivo o fin del contrato, es factible apreciarla cuando la prestación a dar (objeto directo), y el objeto concreto materia del contrato, es decir cosas fungibles o sumas de dinero (objeto indirecto), sean lícitos y estén conformes con la Ley, la moral y las buenas costumbres.
- d) En cuanto a que la voluntad debe exteriorizarse en la forma que la Ley establece, (requisitos de validez), el contrato de mutuo no requiere una forma determinada sino que basta con que la voluntad de las partes se exteriorice en forma tácita en el sentido de dar y recibir en mutuo.

E) NATURALEZA JURIDICA DEL MUTUO.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 2384 del multi

citado ordenamiento legal, se desprende claramente que el contrato de mutuo - es principal, bilateral, comutativo y consensual; es además, en razón de su finalidad, un contrato traslativo de la propiedad. Característica a las que nos hemos referido en forma escueta en el presente capítulo razón por la cual solamente abordaremos las mismas, determinando que el mutuo es un contrato -- obligatorio, el cual de inmediato no transmite la propiedad de la cosa objeto del mismo determinando que el de mutuo es un contrato obligatorio, el cual de inmediato no transmite la propiedad de la cosa objeto del mismo, sino que solo genera la obligación de transmitirla en un momento posterior; esto es en la etapa de ejecución del contrato y no al momento mismo de perfeccionarse o de celebrarse como sucedía dentro de la concepción realizada por el Derecho Romano y por el Código Civil de 1889 que consideraban al mutuo como un contrato real que para perfeccionarse requería de la entrega física y material de la cosa objeto de la obligación en el momento mismo de perfeccionarse o celebrarse dicho contrato.

Ahora bien, para la transmisión de la propiedad en el mutuo se requiere dada luego, necesariamente y forzosamente la entrega de la cosa, y sea material, virtud o jurídica.

Ciertamente, el objeto del mutuo se refiere a géneros o bienes determinados en cuanto a su especie, siendo indispensable la individualización y concretización de las cosas, propiedad del mutuante, con conocimiento del mutuario o mutuataria para recibirlos en forma determinada y devolverlos en el momento oportuno, lo cual ocurre solamente con la entrega de la cosa, material, jurídica o virtual.

En síntesis la naturaleza jurídica del mutuo implica una entrega transmisión o transferencia ya sea material, jurídica o virtud del objeto mismo del contrato. Entrega que deberá hacerse no tan solo en el momento de la celebración o del perfeccionamiento del contrato del mutuo sino también -- cuando se presente el momento de la ejecución de dicho contrato. El mutuo, -- desde el punto de vista económico es un préstamo de consumo porque a través del consentimiento se faculta al mutuario o mutuataria para que use o consuma la cosa objeto del mismo.

F) CLASES ESPECIFICAS DEL MUTUO.

El contrato de mutuo, en primer término se clasifica en Civil y Mercantil. Lógicamente, el Civil es el que corresponde a nuestra exposición doctrinal y misma que se encuentra regulado en el Código Civil vigente; en cambio el contrato de mutuo mercantil está regulado por la legislación de la misma naturaleza.

Desde luego, el Código de Comercio considera como Mercantil - al mutuo o 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, en términos de lo dispuesto por el Artículo 358 del Código de Comercio. Se considera el mutuo mercantil cuando se celebre entre comerciantes, o bien cuando algunas operaciones pasivas de los Bancos, concretamente ciertos depósitos bancarios de dinero, depósitos irregulares a plazo fijo, - porque el mutuante busca una custodia segura para su dinero y por ello lo -- presta a un Banco, aunque la verdadera naturaleza del contrato y el móvil -- del cliente configuran la existencia de un mutuo con interés; en virtud de -- que el cliente o mutuante transmite o entrega al Banco o mutuario cierta cantidad de dinero y a su vez el Banco se obliga a devolver otra suma igual al cabo de cierto plazo y a pagar entre tanto un determinado Crédito. Así pues el verdadero móvil del cliente o mutuante es el de obtener un lucro por su -- préstamo, independientemente de que por esencia todos los préstamos mercantiles constituyen préstamos con interés.

En la legislación mercantil se establece en forma especial y bajo nombres diferentes diversas clases de préstamos como ocurre con los créditos de Habilitación o Avío y con los créditos Refaccionarios, mismos que guardan la estructura básica de un préstamo aunque tengan una garantía obligada y una finalidad específica que determina la naturaleza de los propios - contratos; según lo estipulado en los Artículos 321 a 324 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Otra distinción entre el mutuo la establece el propio Código Civil vigente clasificando al mutuo en mutuo simple (Préstamo Gratuito) y mutuo con interés (Préstamo Oneroso) a mayor abundamiento el mutuo es simple -

cuando no se estipula una compensación extra, en dinero o en algún otro valor, sino que basta con la sola transferencia del dominio de la cosa para -- que se perfecciona dicho contrato. De tal manera que el mutuario o mutuuario responde solamente con la obligación de restituir la cosa materia del -- presente contrato, siempre y cuando sea de la misma especie, calidad y cantidad.

Por otra parte el mutuo con interés implica que el pacto origine un interés, ya sea en dinero o en géneros. De tal manera que el deudor o mutuario está obligado a pagar cierta suma de dinero, generalmente por el uso y disfrute del valor prestado, además de la restitución de la especie recibida. El interés, en este caso no solamente puede consistir en dinero sino en cualquier otra ventaja de tipo económico, es decir en géneros o en especie.

Hemos dicho que el mutuo con interés se encuentra regulado en los Artículos 2393 del Código Civil en vigor. En el mismo orden de ideas se establece la posibilidad de que el interés sea legal o convencional; determinado que el interés legal es el 9% anual, en tanto el convencional como su nombre lo indica, es el que fijan los contratantes y puede ser mayor o menor -- que el interés legal.

C I T A S

	<u>PAGINAS</u>
1.- Iglesias, Juan Ob. C. T.	406
2.- De Pina Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano (contratos en Particular. Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.	89
3.- "Contratos Civiles" Editorial Porrúa, S.A. 2da. Edi- ción, México, 1977.	138

CAPITULO TERCERO**PRESTAMO MERCANTIL**

- A) CONCEPTO
- B) OBLIGADOS
- C) TIPOS DE PRESTAMO
- D) NATURALEZA JURIDICA DEL PRESTAMO
MERCANTIL

PRESTAMO MERCANTIL

A) CONCEPTO

En el capítulo inmediato anterior asentamos que el mutuo es - un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de - una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario o mutuuario, quien a su vez se obliga a devolver otro tanto de la especie y calidad.

Ahora bien, el préstamo es un:

" Contrato en virtud del cual una persona mediante interés o sin ellos transfiere a otra una suma de dinero o cosas fungibles quedando ésta obligada a devolver otro tanto de la misma especie "(1).

O bien el préstamo en concepto de Benito Lorenzo es un:

" Contrato por el cual una persona cede a - otra temporalmente, mediante precio o sin él, el uso adecuado de una cosa determinada con - la obligación por parte de ésta de devolverla en el estado en que se encuentra, transcurrido que sea el tiempo convenido, o devolver - otro tanto del mismo género y cantidad, si se trata de cosas que se consumen por el uso " - (2).

Aún más, al respecto Omar Olivera de Luna, considera que el - - préstamo es un:

" Contrato por el cual una de las partes entrega dinero, títulos, mercaderías, cuya propiedad es transferida del prestamista que la pierde, al prestatario que la adquiere, con el com

so de devolver éste o otros tantos efectos de la misma clase o sus equivalentes "(3).

En consecuencia de lo anterior, es factible desprender que el Préstamo Mercantil, propiamente hablando es un mutuo con la salvedad de que -- para que considere mercantil, es necesario que las cosas u objetos materia -- del contrato se destinen definitivamente a actos de comercio o bien que inter vengan en el préstamo personal con la calidad de comerciantes. En este senti do, el Código de Comercio vigente estableca en su Artículo 358 lo siguiente:

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

Así pues el préstamo o mutuo mercantil es un contrato por el cual una persona, mediante interés o sin ellos, transfiere a otra una suma de dinero o cosas fungibles, mismas que se destinarán al comercio, quedando ésta obligada a devolver otro tanto de la misma especie o calidad, aclarando que -- el préstamo o contrato aún cuando no se destinen las cosas para actos de comercio, quienes intervienen en dicho acto jurídico, forzosa y necesariamente tendrán que ser comerciantes.

De dicha definición podemos desprender que para que el mutuo o préstamo adquiera el carácter de mercantil, es necesario que concurren al mismo dos elementos:

- a) Que alguna o algunos de los contratantes sean comerciantes;
- b) Que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. -- Sin embargo, basta con que se presente alguno de estos requisitos para que el préstamo se reputa mercantil, aunque se -- trictamente la existencia de uno de ellos permita así ex-- cepcionalmente desprender el otro requisito.

B) OBLIGADOS

En este contrato, préstamo mercantil, intervienen forzosa y necesariamente dos partes:

1.- El prestamista, que es la persona que transfiera la suma de dinero o las cosas fungibles, que en ocasiones quizás también sea comaricante; es decir concretamente el prestamista es quien presta;

2.- El prestatario, que es la persona receptor del préstamo, esto es la persona que recibe el dinero o las cosas fungibles y que a su vez está obligado a devolverlas.

De lo anterior colegimos que en virtud de que nos encontramos ante la presencia de un contrato (Préstamo Mercantil) existen obligaciones y sus correlativos derechos para las partes que intervienen en el mutuo mercantil. En este sentido el prestamista, propiamente tiene la obligación de transferir o entregar el objeto sobre el que versa el contrato, pudiendo ser dicha entrega, real y jurídica. La entrega deberá hacerse, deuda luego, en el lugar y tiempos pactados y a falta de convenio expreso, dicha entrega a - de hacerse, precisamente en el lugar donde el dinero o la cosa fungible se encuentre al momento de celebrarse el contrato.

Las obligaciones del prestatario, podemos resumirlas en las siguientes:

1.- La devolución de lo prestado en el tiempo y lugar convenidos:

2.- Si el préstamo consiste en dinero, el prestatario tiene la obligación de devolverlo en la especie de la moneda que se haya pactado;

3.- Si el préstamo es de Títulos y Valores, el deudor o prestatario tiene la obligación de devolver otros tantos de la misma especie y calidad; pero si estos se hubieran extinguido, deberá devolver sus equivalentes;

4.- Ahora bien, si se trata de cosas fungibles, pero no dinero en Títulos y los que generalmente serán consumibles por su propia naturaleza, el deudor o prestatario tiene la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad prestadas; o bien su equivalente en numerario si así se hubiere pactado;

5.- Finalmente, el prestatario o deudor está obligado a devolver el importe de los intereses señalados en el contrato, aunque naturalmente esta obligación constituye una obligación convencional y accesoria de la principal que es la de devolver lo pactado.

Es preciso señalar que el interés es la retribución accesoria a la cosa prestada. Existen dos tipos de interés el Legal y el convencional. Será Legal como su propio nombre lo indica es el interés fijado por la Ley y corresponde al 6% anual. En tanto el interés convencional es el pactado por las partes pudiendo ser mayor o menor que el establecido en la Ley.

Escuetamente hablando, el Préstamo Mercantil tiene o requiere de la conformación de dos elementos personales, el prestamista o acreedor y el prestatario o deudor.

C) TIPOS DE PRESTAMO.

Existen infinidad de tipos de préstamos dependiendo la naturaleza de los mismos y al punto de vista, con el que se analice estableciéndose diferentes clasificaciones en la doctrina. Una primera clasificación es la que el propio Código de Comercio vigente, establece, en su Artículo 359 a saber:

A) Préstamo de dinero. En este caso el préstamo, obviamente - consiste en dinero, mismo que el prestatario o deudor pagará devolviendo una cantidad de dinero igual a la recibida, y de acuerdo con la Ley Monetaria vigente en la República, al tiempo de hacerse el pago, sin que las partes del contrato puedan renunciar al ordenamiento legal antes invocado. -

Sin embargo, si en el contrato se acuerda una especie de Moneda Extranjera para el pago, la alteración que experimente en su valor La Moneda será en daño o en beneficio del prestador esto es del prestamista;

- B) Préstamo de Títulos o Valores. En este supuesto el préstamo se realiza en Títulos o Valores, estando el prestatario o deudor obligado a devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubieran extinguido, salvo pacto en contrario realizado por las partes;*
- C) Préstamo en Especies, aquí el deudor deberá devolver, salvo pacto en contrario, igual cantidad en la misma especie y calidad o su equivalente en numerario si la especie debida se hubiera extinguido.*

Otra clasificación es la que se desprende de la propia retribución en el Préstamo Mercantil, pudiendo ser el préstamo gratuito y a interés. El Préstamo gratuito ha sido previamente explicado en el Capítulo inmediato anterior cuando nos referimos al mutuo simple regulado en el Código Civil en vigor. En tanto el préstamo a interés denota el pago de una cantidad adicional a la cosa debida, según el pacto expresado por las partes. En este caso toda prestación pactada en favor del acreedor que conste precisa - mente por escrito se reputará interés (Artículo 361 Código de Comercio vigentes).

Por otro lado, en cuanto a su objeto el Préstamo Mercantil - puede ser:

- a) De Dinero,*
- b) De Títulos o Valores,*
- c) De Especies.*

Clasificación que en líneas precedentes ya analizamos y que se

encuentra establecida en el Artículo 359 del Código de Comercio vigente.

El Préstamo Mercantil de acuerdo a su duración, pueda ser por tiempo determinado o indeterminado, lo cual está presente en el Artículo 360 del ordenamiento legal antes invocado; resultando obvio considerar que en el caso del préstamo por tiempo determinado el deudor está obligado a cumplir, con su adeudo al día y hora establecidos, en tanto en el préstamo por tiempo indeterminado no podrá exigirse al deudor el pago sino después de los 30 días siguientes a la interpolación que se haga ya sea judicial o extrajudicial.

Finalmente existe otra clasificación del Préstamo Mercantil - dependiendo el aseguramiento o depósito que tenga que realizarse para garantizar el adeudo. En este sentido tenemos que el Préstamo Mercantil puede ser con garantía o sin garantía. En el primer caso, esto es en los préstamos con garantía el deudor antes de celebrar el contrato o bien al momento de la celebración del mismo tiene la obligación de exhibir o depositar algún bien mueble o inmueble a satisfacción del acreedor para que se formalice y perfeccione el contrato, como es el caso de la prenda regulada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En tanto en los préstamos sin garantía no es necesario tal requisito para el perfeccionamiento del contrato; entre estos créditos tenemos el de la Apertura de Crédito, Cuenta Corriente y el de Fidejucio regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ahora bien, existen otros contratos en donde los créditos al deudor los destinara única y exclusivamente en la adquisición de las materias primas y materiales y demás gastos necesarios para los fines de su empresa, - es el caso de los créditos de Habilitación o Avío y de los Refaccionarios.

Por último, diremos que ahondaremos respecto de la explicación de este tipo de Préstamos Mercantiles en el capítulo subsecuente porque en -- nuestra opinión son tipos de Contratos en Bancos pivotados en el contrato de Apertura de Crédito.

D) NATURALEZA JURIDICA DEL PRESTAMO MERCANTIL.

De conformidad con lo explicado en presente capítulo es factible desprender que jurídicamente hablando el Préstamo Mercantil es un contrato real, bilateral, comutativo y desde luego mercantil.

El Préstamo Mercantil es un contrato real porque él mismo solamente se perfecciona mediante la entrega o transferencia de las cosas fungibles o suma de dinero. De tal manera que la entrega de la cosa es esencial y básica para la celebración del Préstamo Mercantil, siendo importante la naturaleza de la cosa o bienes prestados dentro del contrato de Préstamo Mercantil, en virtud de que dicha naturaleza determinará las condiciones específicas del contrato en cuestión.

La bilateralidad del Préstamo Mercantil deviene en virtud de que las partes contratantes, prestador y prestatario adquieren derechos y obligaciones recíprocamente. Obligaciones que ya analizamos en un inciso del presente capítulo y mismas que en obvio de repeticiones nuevamente nos remitimos a ellas.

Es comutativo el préstamo Mercantil porque hay reciprocidad y equivalencia en las prestaciones de una y otra parte, inclusive en determinados casos, salvo pacto en contrario, se faculta al dador para devolver otro tanto en la misma especie y calidad.

Finalmente el Préstamo Mercantil de acuerdo a la propia esencia del mismo implica que este tipo de contratos sea celebrado entre comerciantes, o bien para cosas destinadas al comercio. Requisitos que como hemos considerado matizan al préstamo con el carácter de Mercantil.

CITASPAGINAS

- | | | |
|-----|---|-----|
| 1.- | De Pina Rafael Et. al Ob. Cit. | 376 |
| 2.- | "Manual de Derecho Mercantil" Editorial Victoriano S&A-
res, Madrid, 1924. | 429 |
| 3.- | Contratos Mercantiles, Editorial Porr&A, M&A, 1982. | 215 |

CAPITULO CUARTO**APERTURA DE CREDITO**

- A) CONCEPTO
- B) NATURALEZA JURIDICA
- C) OBLIGACIONES
- D) IMPORTANCIA ACTUAL
- E) VARIANTES EN LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

APERTURA DE CREDITO

A) CONCEPTO

Es preciso aclarar que La Apertura de Crédito, propiamente hablando es un contrato que tuvo su origen en la práctica bancaria, aunque también puede ser celebrado entre particulares. Sin embargo para efectos del presente estudio habremos de determinar contrato de Apertura de Crédito conforme a los usos y costumbres bancarios. Ahora bien, el análisis de la Apertura de Crédito en las Instituciones Bancarias es parte del presente trabajo receptivo que será analizado detenidamente en el siguiente capítulo.

No obstante lo anterior, en este capítulo determinaremos el -- concepto del contrato de Apertura de Crédito, su naturaleza jurídica, las -- obligaciones de las partes, la importancia de dicho contrato en la época actual y las variantes a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En este sentido, Miguel Martínez y Flores, en su obra Derecho Mercantil Mexicano conceptúa al contrato de Apertura de Crédito, diciendo que

" Es un contrato por medio del cual 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 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 a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen "(1).

Por su parte, Joaquín Rodríguez Rodríguez, opina que la Apertura de Crédito

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

" Es un contrato mediante el cual una persona (el acreditante, banco o particular) se obliga con otra (el acreditado) a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada, o a emplear su crédito en beneficio de aquél " (2)

Es decir la Apertura de Crédito es un contrato

" Mediante el cual un sujeto (Acreditante) se obliga a poner a disposición de otro (Acreditado) una determinada cantidad de dinero, o bien a contraer, durante ese tiempo, una obligación a su nombre " (3)

De tal manera que la Apertura de Crédito es un contrato mediante el cual una persona, que puede ser el acreditante o el banco, se obliga -- con otra, el acreditado o cliente a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada.

Al respecto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Artículo 291, preceptúa:

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

De conformidad con el concepto de Apertura de Crédito que pro-

porciona la legislación mercantil podemos desprender que la Apertura de Crédito tiene las siguientes características:

- a) Es normalmente un contrato Bancario porque generalmente interviene el Banco o una Institución Bancaria en su carácter de acreditante a efecto de obligarse y poner a disposición del oliente ciertas sumas de dinero; aunque como hemos dicho la Apertura de Crédito no es un contrato exclusivamente bancario.
- b) Es de carácter consensual en oposición a formal puesto que se perfecciona y desde luego genera obligaciones y derechos por el simple consentimiento de las partes; claro está expresado el consentimiento de acuerdo a lo establecido por los Artículos 78 y 79 del Código de Comercio, los cuales preceptúan las reglas tratándose de los contratos mercantiles en que los contratantes se obligan en la manera y términos que aparezcan que quisieron obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Cabe aclarar que generalmente el Contrato de Apertura de Crédito se hace constatar por escrito.

Por otro lado la Apertura de Crédito es también un contrato consensual, en oposición a contrato real porque como hemos dicho este contrato se perfecciona por el simple consentimiento, sin tomar en consideración la ejecución del mismo.

- c) Es esencialmente bilateral, porque en él intervienen generalmente dos partes: el acreditante quien se obliga a entregar dinero o a asumir una obligación a favor de otro -- que es el acreditado, quien a su vez se obliga arrebolsar a aquel y a pagarle como precio del contrato la comisión pactada. Sin embargo en ciertas ocasiones en el contrato de Apertura de Crédito se agregan una estipulación a favor de tercero como sucede en los casos de aceptación, de aval o del crédito documentado.

- d) Es un contrato sinagmático, ya que su celebración produce obligaciones y derechos para ambas partes, las cuales en forma breve han sido analizadas; pero que posteriormente de terminaremos en forma específica en uno de los incisos subsecuentes que integran el presente capítulo.
- e) Es Oneroso y Gratuito, en virtud de que el acreditado está ineludiblemente obligado a restituir al acreditante las sumas de dinero que haya dispuesto y a reembolsar las que tenga que pagar por haber sido pactadas en el contrato, independientemente de la comisión a que está obligado el acreditado como retribución para el acreditante por el hecho de abrir el crédito. Así pues, la Apertura de Crédito será un Contrato Oneroso o Gratuito según que, en el primer caso -- produzcan provecho y gravámenes recíprocos o que en el segundo produzcan solo provechos para una parte y solo cargas para la otra parte.
- f) Es un contrato comutativo, en virtud de que las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde el preciso momento de la celebración del contrato de manera que las partes cuando celebran el contrato inmediatamente pueden apreciar el beneficio o la pérdida que les cabe el mismo.
- g) Es un contrato Intuitus Personae La Apertura de Crédito ya que el crédito es concedido tomando en consideración la calidad, aptitudes, solvencia económica y moral y otras características personales tanto del que lo concede como del que lo solicita.
- h) Es un contrato de duración con prestaciones repetidas, ya que la propia naturaleza de la Apertura de Crédito implica una especie de las operaciones de crédito en donde se establece la necesidad de un transcurso más o menos largo de tiempo entre la concesión de crédito y la restitución del mismo.

i) Finalmente La Apertura de Crédito es un contrato mercantil. Sabido es que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Artículo 1o. establece que las operaciones de crédito que la misma regula son actos de comercio, encontrando precisamente al Contrato de Apertura de Crédito entre dichas operaciones de crédito, según lo establecido por el Artículo 211 del ordenamiento legal antes invocado.

Por último, diremos que el contrato de Apertura de Crédito es el acuerdo mediante el cual una persona llamada acreditante se obliga con otra a poner a su disposición ciertas sumas de dinero determinadas. Siendo el objeto del contrato y, desde luego la esencia del mismo la posibilidad de obtener crédito en dinero o de firma dentro de cierto tiempo, si el contrato se ha celebrado a plazo, o bien en forma indefinida si ésta es la modalidad adoptada en el acuerdo. Así pues, la disponibilidad puesta por el Banco a favor del cliente de sumas de dinero o de medios de pago en general, constituye la máxima expresión para el cliente, ya que tiene a su disposición la caja del Banco como si fuera propia, pudiendo éste hacer extracciones hasta el límite previamente pactado.

B) NATURALEZA JURIDICA.

En este inciso abordaremos el punto Total de nuestro trabajo recepcional que es, precisamente determinar la naturaleza jurídica de la Apertura de Crédito, la cual constituye como lo asevera Erico Colagrosso una cuestión " Tormentosa y Atormentada " (4). Aunque es difícil determinar la naturaleza jurídica del contrato de Apertura de Crédito y en la doctrina se ha discutido y se han vertido infinidad de criterios desde este momento es preciso aclarar la regulación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 291 y 301 respecto del multicitado contrato de Apertura de Crédito concediéndole el carácter de contrato nominal.

Ahora bien, para explicar la naturaleza jurídica de la Apertura de Crédito debemos hacer referencia de las siguientes teorías:

A) Teoría del Mutuo.- Esta Teoría es la primera que intentó ex

plicar el contrato de Apertura de Crédito, como una forma de contrato de mutuo, es decir, durante el tiempo los juristas han considerado a La Apertura de Crédito como una especie de préstamo, contrato a que hemos hecho referencia en líneas precedentes y que propiamente tiene por función principal la de permitir a una persona el goce de una cosa ajena.

Sin embargo, esta teoría, básicamente por la disponibilidad como elemento distintivo del contrato de Apertura de Crédito fue abandonada -- por los juristas que pretendían enmarcar la figura jurídica del Contrato de Apertura de Crédito dentro del Tradicional marco del mutuo (5).

Ciertamente, existen varias diferencias entre el mutuo y la Apertura de Crédito: el mutuo es un contrato real, en tanto como hemos afirmado la Apertura de Crédito es consensual porque hasta con la manifestación del consentimiento por las partes en la celebración del contrato para que éste produzca sus efectos jurídicos. Caso contrario del mutuo que es un contrato real en virtud de que es necesaria la entrega física y material de la suma de dinero para el nacimiento del contrato. Otra diferencia es que el contrato de Apertura de Crédito propiamente es un contrato de trato sucesivo, con prestaciones repetidas o de ejecución repetida, ya que el acreditante está obligado a pagar la suma en que consiste el crédito en una o más partidas según la voluntad del acreditado quien está obligado a restituirla dentro de los límites del contrato, pudiendo restituirla cuando y como quiera. El mutuo por el contrario es un contrato de trato sucesivo pero de ejecución instantánea, en virtud de que el mutuante no tiene más obligación que la de pagar la suma convenida, y el mutuario la de restituirla, en una o más partidas. Finalmente el mutuo genera únicamente obligaciones de dar: la de transferir la propiedad de los bienes sobre los que deba recaer el mutuo; en tanto la Apertura de Crédito puede dar nacimiento no solo a obligaciones de dar: entregar al acreditado o a un tercero la suma convenida; sino también a obligaciones de hacer; celebrar con terceros negocios jurídicos unilaterales o bilaterales, conjuntos con el acreditado, Verbi y Gracia aceptaciones, de cuantos cuales.

De manera que en nuestra opinión coincidiendo con el autor en

cimiento estamos en desacuerdo con la teoría del mutuo para explicar la naturaleza jurídica del Contrato de Apertura de Crédito; haciendo hincapié que la disponibilidad del acreditamiento que crea la Apertura de Crédito es la diferencia fundamental del contrato del mutuo. Situación que corrobora Raúl Cervantes Anzures en su obra *Títulos y Operaciones de Crédito*, cuando afirma:

"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 "(6).

B) Teoría del Mutuo Consensual. Ciertos juristas para superar las obligaciones hechas a la Teoría del Mutuo, consideraron que la Apertura de Crédito es un mutuo consensual, perfeccionable por el simple acuerdo de voluntades y no por la entrega de la cosa.

En este caso también es criticable esta teoría por que desvirtúa la esencia del mutuo que es precisamente la de ser un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa objeto del contrato, agregando que esta teoría no explica los efectos inmediatos de la Apertura de Crédito que son precisamente los de la disponibilidad, citados con antelación. Aunque es factible aceptar esta teoría para el caso de la Apertura de Crédito en dinero; pero no resultaría en los sistemas que lo regulan como real.

C) Teoría del Mutuo.- Depósito. Esta teoría según ha dicho Alfredo Rocco, considera a la Apertura de Crédito que 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. (7) En otras palabras, en la teoría del mutuo depósito, el Banco otorga un crédito y lo entrega constituyendo un depósito irregular a favor de su cliente en el mismo Banco, del cual puede disponer de ese momento.

Desde luego esta teoría es demasiado engañosa o fingida porque la admisión de esta teoría implicaría la celebración de un doble contrato de mutuo uno a favor del cliente y otro a favor del Banco. Independientemente de que como afirma Raúl Cervantes Ahumada esta teoría no explica el crédito llamado de firma, o sea cuando el acreditante no pone a disposición dinero si no su propia firma para contraer una obligación por cuenta del acreditado. (8)

D) Teoría del Contrato Preliminar.- Esta teoría considera a la Apertura de Crédito como un contrato preliminar o promesa de contrato para celebrar posteriormente un contrato de préstamo en forma definitiva. Así pues, como afirma Raúl Cervantes Ahumada en su obra Títulos y Operaciones de Crédito, simplemente se trataría de una promesa de mutuo. (9) -- Sin embargo, a esta teoría se han adherido importantes tratadistas. Desde luego, esta teoría es criticable porque el contrato preliminar solamente produce el derecho a exigir la celebración de un contrato futuro y en la Apertura de Crédito se producen efectos definitivos, es decir en el contrato de Apertura de Crédito no hay tal contrato preliminar toda vez que los contratos que el Banco celebra, con los particulares producen en su desarrollo la más variada especie sin que exista una identidad, con la naturaleza jurídica del supuesto contrato preliminar. Aún más las consecuencias jurídicas del contrato de Apertura de Crédito son definitivas y no para celebrar posteriormente otro contrato, ya que generan, 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 estipulan en el contenido de dicho contrato; prestaciones, que el acreditado debe cubrir aun cuando no haga uso del crédito, a excepción de los intereses pasados.

E) Teoría del Contrato Definitivo.- Esta Teoría refiere que el contrato de Apertura de Crédito es Definitivo porque se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades de las partes, del cual surge una disponibilidad a favor del acredita

do y que se realizan eventualmente en una serie de actos sucesivos, surgidos de la decisión unilateral de este último y que corresponden a la obligación contratada por el acreditante. (10) Desde luego esta teoría ha sido la más aceptada en la actualidad por los tratadistas, ya que efectivamente el contrato de Apertura de Crédito es un contrato definitivo que como hemos dicho es perfecciona por el simple acuerdo de voluntades de las partes, del cual resulta un doble efecto, el primero inmediato y esencial que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición del acreditado y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado.

Por otro lado la naturaleza jurídica de la Apertura de Crédito es la de un contrato además de definitivo, *Swignaris*, nominado en nuestro sistema jurídico, según se desprende del propio Artículo 231 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De ahí que el contrato de Apertura de Crédito es un contrato especial, diverso de otros contratos y sobretodo autónomo en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos, aunque de contenido complejo, ya que produce un doble efecto, según hemos dicho, y que consiste, por un lado en que el acreditante pone una cantidad a disposición del acreditado y el segundo efecto que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditante.

En resumen, el contrato de Apertura de Crédito es un contrato Bancario, consensual, bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, intuito personae, de ejecución sucesiva o de duración con prestaciones repetidas, por lo menos potencialmente hablando, pues las obligaciones de las partes están concebidas para que se cumplan durante un período de tiempo más o menos largo y no en una sola vez. Es preciso señalar que es bilateral porque al momento de su celebración surgen obligaciones para ambas partes. Finalmente no es real porque no se requiere la entrega de cosa alguna para su perfeccionamiento, sino basta el simple acuerdo de voluntades de las partes para producir consecuencias jurídicas. Características que ya han sido explicadas y que en esencia determinan la naturaleza jurídica del contrato de Apertura de Crédito

que es la de un contrato *Suigeneris* o especial con efectos jurídicos propios y determinados.

C) OBLIGACIONES.

Hemos dicho que el contrato de Apertura de Crédito es un negocio jurídico bilateral; consecuentemente, las partes que intervienen en la celebración del mismo son dos:

- a) El acreditante,
- b) El acreditado.

El acreditante o acreedor, es la persona física o moral que concede el crédito, obligándose a entregar una suma de dinero, en forma de un pago actual (como en el crédito directo o de caja), o un pago, futuro o eventual (como en el crédito de aceptación y el crédito de Aval), como posible consecuencia de las obligaciones que contraiga por cuenta del acreditado. En otras palabras el acreditante es la parte que se obliga a poner cierta cantidad de dinero a disposición de otra parte durante determinado tiempo u generalmente es una Institución Bancaria.

El acreditado o deudor es la persona física o moral a quien se concede el crédito y quien se obliga a restituir las sumas de dinero que reciba del acreditante o a reintegrarle las que pague por su cuenta, con motivo de las obligaciones que contraiga frente a los terceros, esto es el acreditado es la parte en el contrato de Apertura de Crédito 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. Generalmente, el acreditado es el beneficiario del crédito, pero en algunos casos sucede que el acreditante deberá entregar sumas de dinero o asumir obligaciones frente a una persona distinta del acreditado, como sucede en el caso de los contratos de Apertura de Crédito a favor de terceros.

La capacidad que deben tener las partes para la celebración del contrato de Apertura de Crédito es la normal y general en materia mercantil, esto es que no deberán estar disminuidos en sus capacidades de ejercicio en el comercio en términos de lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley General

de Títulos y Operaciones de Crédito.

Los derechos y obligaciones que genera la Apertura de Crédito son recíprocos ya que el contrato de Apertura de Crédito es sinalagmático.

De conformidad con la definición legal de la Apertura de Crédito, el acreditante está obligado a poner la suma de dinero a disposición del acreditado, o a contrar por cuenta de éste obligaciones frente a terceros. - En este sentido, el Artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establecen la obligación de acreditamiento para el acreditante en el contrato de la Apertura de Crédito que es inmediato y esencial. Esta Obligación nace en el momento de la celebración del contrato y es pura y simple, pero su ejecución está sujeta a una condición suspensiva potestativa consistente en la demanda futura y eventual, que le formule el acreditado, según convenga a sus intereses, de ejecución del acreditado mediante los correspondientes actos de utilización.

En términos generales las obligaciones recíprocas de las partes del contrato de Apertura de Crédito son meramente convencionales y no tienen en principio más limitaciones que la libre autonomía de la voluntad legalmente expresada. Situación que se corrobora en términos de lo dispuesto por los Artículos 3 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 y 81 del Código de Comercio. Aún cuando el contrato de Apertura de Crédito puede prever diferentes formas de utilización de la disponibilidad y del crédito pactado, a continuación citamos en forma limitativa algunas obligaciones del Acreditante en los términos siguientes:

- a) Entrega en efectivo de las cantidades que solicite el acreditado dentro del límite convenido.
- b) Pago en nombre y por cuenta del acreditado de deudas contraídas por éste, (recibos, facturas, etc.).
- c) Pago de cheques que el acreditado le gire. (La provisión de fondos va implícita en la disponibilidad que nace del contrato de Apertura de Crédito.

- d) Descuento de letras de cambio que el acreditado le presente como tenedor.
- e) Aceptación de letras de cambio para facilitar al cliente el descuento en otro Banco o para permitirle realizar por medio de letras el pago del precio de la compra de mercancías o para cualquier otra finalidad similar.
- f) Constitución de fianzas a favor del cliente, sea bajo la forma de depósito de garantía, sea bajo la forma específica del cual garantizando el pago de las letras libradas o aceptadas por el cliente.
- g) Otorgamiento al cliente de la prórroga de una deuda vencida.
- h) Facilitando al cliente o al tercero que éste indique una carta de crédito, cuyo importe se anotará en el debe de aquél.

Respecto de las obligaciones del acreditado en el contrato de Apertura de Crédito deben distinguirse varias clases.

Una obligación es esencial y típica, y precisamente su esencia cambiaría la naturaleza del contrato de restitución. Esta obligación es la de restituir al acreditante las sumas entregadas al acreditado y la de reintegrar las que haya pagado por su cuenta a un tercero, en ejecución directa de la Apertura de Crédito o en ejecución indirecta de las obligaciones asumidas frente a terceros, como consecuencia de las demandas del acreditado. En otras palabras la obligación típica del acreditado consiste en pagar la comisión pactada como contraprestación de la concesión de crédito. Desde luego esta obligación proviene directamente del contrato de Apertura de Crédito y no de las operaciones de utilización o disposición del crédito concedido. Y es precisamente la obligación de restitución lo que hace sinalagmático el contrato de Apertura de Crédito.

Independientemente de que en materia contractual opera el prin

cepto de la autonomía de la voluntad y las obligaciones puedan pactarse en los términos y en el número que pacten las partes, en las siguientes líneas resumiendo brevemente las obligaciones del acreditado en los términos siguientes:

- 1) Restitución o reembolso de las sumas entregadas al acreditado por el acreditante.
- 2) Reintegrar las sumas que haya pagado por su cuenta el acreditante a un tercero.
- 3) Cubrir oportunamente por la obligación que contrajo el acreditado y las sumas de dinero pagadas correspondientes.
- 4) Constituir en poder de acreditante la provisión de fondos suficientes a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el descuento aceptado otorgado o suscrito daba hacer se efectivo.
- 5) Realizar el pago de intereses en los términos pactados.
- 6) Realizar el pago de las comisiones como remuneración en favor del acreditante, reembolsar los gastos en que incurran el acreditante con motivo de los actos de utilización o disposición del crédito solicitado por el acreditado.

D) IMPORTANCIA ACTUAL.

El contrato de Apertura de Crédito en sus diversas modalidades o variantes que explicaremos en el siguiente inciso, constituyen la base en que está sostenida la funcionalidad de los negocios a través de prestaciones en dinero que se realizan en cualquier sector; de ahí que actualmente la importancia de este contrato es relevante. Verbigraoia el contrato de Apertura de Crédito en su variante de Cuenta Corriente es el soporte de apoyo del funcionamiento de La Tarjeta de Crédito, tanto comercial como Bancaria.

Por otro lado en los créditos que agrupamos las posibilidades

de crédito Bancario se instrumentan en un contrato de Apertura. Quizá los -- ejemplos más relevantes en los créditos Quirografarios son los denominados -- créditos Personales ya sea a corto plazo, los concedidos bajo líneas de crédito, que consisten en analizar el balanceo y las Carteras por cobrar de los -- clientes de un Banco y así fijar un máximo que el Banco se compromete a des -- contar (comprar Títulos de Crédito). Desde luego, la importancia de todos -- los créditos, comerciales a corto y mediano plazo, los Hipotecarios y los -- Prerrogativos sirven para obtener el auge y el financiamiento que requiere un -- país como el nuestro en vías de Desarrollo.

En el sector de la iniciativa privada el contrato de la Apertu -- ra de Crédito ha tenido una importante significación, sobretodo en el aspecto de los créditos concedidos a los clientes en la compra de artículos, muebles al menudeo por las grandes empresas. La importancia es basta en el sector -- privado puesto que dicho contrato es utilizado en la venta de automóviles, ar -- tículos eléctricos, e inclusive servicios como viajes o asistencia médica, ya que indudablemente las empresas acreditantes se obligan con sus clientes a po -- ner a su disposición determinada cantidad de dinero, en efectivo o en bienes, o en contratar en su nombre la adquisición de servicios, e incluso de mercan -- cías vendidas por otra empresa a la cual ella se obliga a pagar en nombre del acreditado. Aspectos que conyuban al fomento de actividades comerciales y -- que en la mayoría de los casos constituyen el fomento de los negocios de prós -- pecto de dinero que se realizan en cualquier sector, lo que lo convierte en -- uno de los contratos más relevantes e importantes de la época.

Aún más la Banca en el contrato de Apertura de Crédito brinda una solución al mundo de los negocios, pues sin tener que soportar los costos financieros que resultarían de un desarrollo inmediato, el cliente tiene la -- certeza de contar con el dinero en el instante en que las circunstancias así lo indiquen.

En este sentido y dada la importancia que reviste el contrato de Apertura de Crédito, en un estudio práctico, debemos referirnos a las va -- riantes de dicho contrato establecidas en la Ley General de Títulos y Opera -- ciones de Crédito, lo cual constituye la materia de estudio del siguiente in -- ciso.

E) Variantes en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.— La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su título o intitulado de Las Operaciones de Crédito en su Capítulo IV señala cuales son las variantes de la -- Operación fundamental, como la Apertura de Crédito, y son las siguientes:

- a) Cuenta Corriente,
- b) Cartas de Crédito;
- c) Crédito Confirmado;
- d) Créditos de Habilitación o Avós;
- e) Crédito Refaccionario;
- f) La Prenda.

Siguiendo con el análisis de nuestro trabajo resepcional abor daremos el estudio de dichos variantes analizando jurídicamente los aspectos más relevantes en la constitución de tales operaciones de crédito.

En primer término el contrato de Cuenta Corriente es producido cuando se convenga de modo expreso que el acreditado podrá disponer del importe del mismo en uno o en varios actos, al mismo tiempo que tiene el derecho de reembolsar total o parcialmente la parte del crédito que haya dispuesto para aumentar la cuantía de la cantidad disponible. (11)

En otras palabras el contrato de Cuenta Corriente se da cuando entre dos personas y en particular dos comerciantes se realizan actividades que paracon deudas susceptibles de compensarse, consiguiendo con esto utilizar sólo el dinero en efectivo indispensable que, desde luego, será el saldo que resulte una vez hecha la compensación. Así pues la Cuenta Corriente no es un contrato exclusivamente Bancario, sino que puede ser celebrado por particulares, el cual en la práctica tiene bastante uso cuando los comer

cientes celebran una Cuenta Corriente sin celebración previa del contrato; y entonces todos los negocios pierden su individualidad para entrar al mercado de la cuenta.

Esta variante del contrato de Apertura de Crédito se encuentra establecida en el Artículo 302 de la mencionada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, y que a la letra dice:

" En virtud del contrato de Cuenta Corriente los -
Créditos derivados de las remesas recíprocas de --
las partes se anotan como partidas de abono o de -
cargo en una cuenta y sólo el saldo que resulte a
la clausura de la cuenta constituye un crédito exi-
gible y disponible ".

Al respecto Pedro Mario Giraldi concibe en amplio sentido a la Cuenta Corriente en la siguiente forma:

" Cuenta Corriente es pues, una cierta manera de -
anotar, entre el debe y el haber, las relaciones -
económicas y término de duración que mantienen --
dos personas. Se trata de una cuenta que registra
una serie continua de operaciones y que no se cie-
rra, que se considera siempre abierta y que, por -
lo tanto, hasta su clausura no arrojará sino resul-
tados previsionales "(12).

Ahora bien en la Cuenta Corriente, la remesa se entiende como todo envío de cualquier tipo de mercancía o dinero que haga un comerciante a otro por cualquier conducto, y que no se pague inmediatamente sino que se anote como crédito en una cuenta creada especialmente para ese fin.

Cabe hacer notar que las remesas no solo son de un comerciante a otro, sino que es factible que se den simultáneamente en los dos sentidos y, desde luego, como ninguno de los comerciantes pagar la remesa ésta deberá anotarse en la deuda a favor de quien se la envió: y al término de un plazo convenido entre las partes, cada comerciante sura las remesas que ha enviado y ha recibido, compensando los totales y el saldo que resulte deberá pagarse en efectivo.

Por su parte el artículo 363 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito estipula " Las comisiones y los gastos por los negocios a que la cuenta se refiere, se incluirán en ésta, salvo convenio en contrario ". En ese sentido dentro del total de cada remesa además de valor de la mercancía o del total del dinero enviado se sumarán los gastos y comisiones que la propia remesa o las propias mercancías causen en efectivo como son -- fletes, seguros, embalajes y recipientes, entre otros, salvo que se halla establecido expresamente pacto en contrario.

En cuanto a los elementos del contrato no existen preceptos -- específicos sobre la capacidad, consentimiento y forma del mismo; por el deberán observarse las disposiciones o los requisitos esenciales para todo contrato. Sin embargo, no es necesario para su existencia que conste en documento escrito, ya que basta el consentimiento tácito derivado de la actuación -- de las partes para que produzca sus efectos jurídicos.

Por otro lado las partes que intervienen en el contrato de -- Cuenta Corriente son los cuentacorrentistas, quienes se conceden crédito recíprocamente y asimismo quienes convienen que el crédito que resulta a cargo de cada uno pierda su exigibilidad a fin de que sólo sea exigible el saldo -- final.

Desde luego el objeto de este contrato de Cuenta Corriente lo constituyen las remesas recíprocas de los cuentacorrentistas que existen de

rante la vigencia del contrato. Hemos dicho que la remesa comprende todo envío de mercancías, dinero y en general todo lo que pueda motivar un costo susceptible de considerarse como crédito en la cuenta del destinatario.

El efecto principal de la inclusión de un crédito en la cuenta es que el crédito incluido pierde su exigibilidad, o sea estos créditos dejan de ser individualmente exigibles porque son exigibles en el saldo que resulta cuando se cierra la cuenta correspondiente; inclusive el cuentacorrientista que incluya en la cuenta un crédito garantizado, con prenda o hipoteca tiene derecho a hacer efectiva la garantía por el importe del crédito garantizado, en cuanto resulte acreedor del saldo, en términos de lo dispuesto por el Artículo 305 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La clausura del contrato de cuenta corriente termina por la -- presentación de cualquiera de las siguientes causas:

- a) Por terminación del plazo pactado expresamente en el contrato.
- b) Cuando no habiendo plazo expresamente convenido, con días -- días de anticipación uno de los cuentacorrientistas denuncia el contrato al otro lo cual producirá días días más de vigencia y después se dará por terminado.
- c) Por muerte o incapacidad superveniente de alguno de los -- cuentacorrientistas, cuando así lo decidan sus herederos, -- representantes, además del otro cuentacorrientista.
- d) Para obtener la liquidación del saldo cuando no se previno en el contrato, la cláusula se operará cada seis meses, sin que esto signifique que se termina, ya que el saldo que resulta podrá llevarse a nueva cuenta en la que se considerará como la primera remesa y causará interés al tipo convenido y a falta de convenio, al tipo legal (Art. 308 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Finalmente, en materia procedimental prescriben en seis meses,

contados a partir de la correspondiente cláusula las acciones para rectificación de los errores de cálculo, de las omisiones o duplicaciones que hayan -- afectado la liquidación respectiva. Ahora bien, en virtud de que el saldo de cada cláusula es disponible, sino se pacta otra forma de exigibilidad, la cual comenzará a correr hasta que el cuentacorristista acreedor reclame el indicado saldo.

En segundo término tenemos las CARTAS DE CREDITO y que es:

" Una operación de crédito que consiste en la orden de pago expresada en un documento girado por una persona llamada dador, al destinatario, para que éste ponga a disposición de persona determinada el beneficiario, una cantidad fija o varias -- cantidades indeterminadas; pero comprendidas en un máximo cuyo límite se señala en el mismo momento "(13).

Este concepto encuentra su fundamento en lo dispuesto por el -- Artículo 311 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y del --- cual podemos desprender dos principios:

1.- Introducir al portador de la carta con el destinatario, -- identificándolo como el acreedor del derecho que de la propia carta se desprende; y

2.- Contiene la solicitud que hace el remitente al destinatario, de entregar al portador un derecho o bien una cantidad de dinero en efectivo.

El Artículo 312 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, concibe a las cartas de crédito como verdaderos contratos mercantiles, no aceptables ni protestables carentes de autonomía y de ninguna manera confieren a sus tenedores derecho alguno, contra las personas a quienes van -- dirigidas.

Por otro lado, en este tipo de contrato, intervienen tres ele-

mentos personales, que a continuación se enuncian:

- A) El dador, que es la persona que omite o suscribe la Carta de Crédito.
- B) Tomador, portador o beneficiario, es la persona designada en la Carta de Crédito a quien el pagador o destinatario entregará el dinero objeto de la misma y quien recibirá la carta del dador para que la presente al pagador.
- C) El destinatario (pagador) es la persona a quien la carta de Crédito se dirige, y será el encargado de cumplir la función consistente en la entrega al beneficiario de la cantidad de dinero pactada.

En el caso del beneficiario tiene que ser siempre persona determinada, eliminando la facilidad de las Cartas de Crédito al portador, ya que - Las Cartas de Crédito no son negociables y deberán expedirse en favor de determinada persona.

Las obligaciones de las partes se desprenden de lo dispuesto en el Artículo 313 del referido ordenamiento legal. Así pues, el dador tiene el derecho fundamental de que el beneficiario le restituya el importe del crédito que por la carta le conceda, y además el importe de los daños y perjuicios causados.

Aún más el dador tendrá la obligación de pagar al destinatario de la carta o a los destinatarios de la misma el importe de las cantidades que aquellos hubieren abonado al beneficiario por cuenta de aquel. Este reembolso generalmente en la práctica se da cuando el beneficiario gira letras a favor del destinatario y a cargo del dador, en el momento de recibir el pago y por el importe de éste, letras de cuyo giro se toma nota en la propia Carta de Crédito.

Finalmente, la Carta de Crédito se extingue por su utilización, por la revocación y por su caducidad. El Artículo 316 del ordenamiento legal antes aludido estipula un término de 6 meses para las Cartas de Crédito conta-

dos desde la fecha de su expedición; señalando que después de haber transcurrido este término la carta quedará cancelada.

Siguiendo con el plan trazado en este trabajo recepcional, corresponde hablar del Crédito Confirmado.

En este sentido el Artículo 317 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

" El crédito confirmado se otorga como obligación directa del acreditante hacia un tercero; debe constar por escrito y no podrá ser revocado por el que pidió el crédito ".

De tal manera que en el crédito confirmado existe una obligación directa del acreditado así el beneficiario de pagar o aceptar letras por cuenta del acreditado, contra la prestación de documentos anezgos generalmente a letras documentadas. Es decir el crédito es confirmado cuando el beneficiario queda notificado de la concesión del crédito hecha por el banco acreditante por conducto de otro banco que confirma la concesión del crédito. De ahí que el banco confirmante responde subsidiariamente del cumplimiento del contrato del crédito en cuestión.

En este contrato existen tres partes integrantes siendo las siguientes:

- a) El acreditado,
- b) El acreditante;
- c) El beneficiario.

Brevemente citaremos cuales son las obligaciones que cada una de las partes tiene en el crédito confirmado. Así pues, el acreditado o comprador tiene obligación de hacer provisión de fondos a la Institución que asume el pago con bastante anticipación desde luego, su incumplimiento no perju-

dica las relaciones entre acreditante y beneficiario si se trata de Crédito - Confirmado, pero el acreditado debe pagar además los intereses y comisiones - pactadas.

En cambio el acreditante tiene la obligación de poner a disposición del acreditado la suma convenida para que sea entregada al beneficiario o bien, está dispuesto a asumir las obligaciones que resultan de la aceptación de documentos cambiarios y de acuerdo con las reglas del mandato.

No obstante lo anterior el acreditante podrá oponer al beneficiario las excepciones que nazcan del escrito de confirmación, y, salvo lo -- que en el mismo escrito se estipule, las derivadas de las relaciones entre dicho tercero y el que pidió el crédito, pero en ningún caso podrá oponerle las que resulte de las relaciones entre este último y el propio acreditante, conforme a lo establecido por el Artículo 320 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por último, el beneficiario o tercero a cuyo favor se abre el crédito deberá cumplir las obligaciones que se estipulan en el escrito de confirmación del crédito. El beneficiario salvo estipulación en contrario podrá transferir el crédito abierto a su favor; aunque quedará sujeto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el escrito de confirmación.

Debido a la importancia que reviste este contrato de crédito - confirmado en las operaciones bancarias a continuación señalamos la mecánica de operación de dicho contrato. Así pues el acreditado importador firma una solicitud de crédito dirigida al banco, solicitando que habrá una carta comercial de crédito a favor del vendedor siguiendo con la mecánica de operación, el banco enviará al beneficiario o tercero a cuyo favor se constituye el crédito una comunicación participándole el otorgamiento de un crédito comercial, especificando las características en el mismo, pudiendo ser confirmado dicho crédito, y determinando el nombre del beneficiario, el importe del crédito, - la fecha máxima de utilización, los documentos que deberán entregarse contra aceptación o pago de las correspondientes letras de cambio. En caso de que - el Banco previo el estudio de la solicitud conceda el crédito deberá dirigirse a un Banco correspondiente para que se ponga a disposición del beneficiario o tercero la suma convenida.

Otra variante en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo constituye el crédito de Habilitación o Avío y el Crédito Refaccionario mismos que analizaremos en forma breve y precisa.

Los créditos de Habilitación o Avío y los Refaccionarios, son destinados al apoyo y soporte de la producción en los sectores Industriales, Comerciales y Agropecuarios; por lo que constituyen una variante del Contrato de Apertura de Crédito, sumamente útiles en el desarrollo y progreso del Estado.

Estos créditos además de cualquier garantía real o personal, deben garantizar el crédito básicamente y típicamente con las mercancías, productos o frutos conseguidos mediante el crédito y las maquinarias, instrumentos, plantas industriales o empresas en que se haya invertido el crédito.

De tal manera que los contratos de Habilitación o Avío y Refaccionarios, en relación a los contratos de Apertura de Crédito constituyen una forma de Contratos Suigeneris porque el crédito se garantiza mediante los mismos productos adquiridos en el empleo de dichos créditos.

De acuerdo a lo anterior la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su Artículo 321 en que consiste el crédito de Habilitación o Avío, estipulando lo siguiente:

" En virtud del contrato de crédito de Habilitación o Avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa ".

De conformidad con el concepto antes descrito, en el Crédito de Habilitación o Avío existen dos elementos personales a saber:

A) El que concede el crédito llamado avudador;

B) El que lo recibe denominado Auiado.

El crédito de Habilidadación o Aulo es un contrato de Apertura de Crédito seigñeris ya que tiene el crédito un destino especial que sirve como garantía prendaria legalmente establecida. Así pues, se trata de un crédito destinado a la adquisición de materias, materiales y al pago de jornales, salarios y en general, gastos diversos de explotación de una actividad empresarial.

No obstante lo anterior, el dador o auiado pueda otorgar otras garantías adicionales a favor del acreditante o auiador como es el caso de la forma de pagarés aunque estos deben datos suficientes para indicar la procedencia del crédito y la relación, contractual.

Sabido es que los contratos de apertura de crédito deberán otorgarse mediante escrito privado que cumpla con los requisitos esenciales y de validez de cualquier contrato. Desde luego la variante del contrato de Apertura de Crédito en análisis o sea el contrato de Habilidadación o Aulo, además de reunir todos los elementos que debe contener cualquier contrato deberá consignarse por escrito privado que se firmará por triplicado ante testigos conocidos y se ratificará ante el encargado del Registro Público de Comercio donde deberán ser inscritos, aunque es válido que también se celebren en escritura notarial.

La mecánica que se despliega en este tipo de contratos o variante de apertura de crédito es sumamente sencilla y simplemente es poner a disposición del acreditado, auiado o deudor, la cuenta total en un solo acto pero también se puede constituir mediante la combinación del crédito en cuenta corriente, o sea, el auiado puede cumplir su obligación de pago haciendo abonos y cargos en la forma que se haya convenido en el contrato.

Otra variante del contrato de apertura de crédito es el Crédito Refaccionario al cual se caracteriza porque los recursos deben ser destinados única y exclusivamente a la adquisición de la maquinaria y a la realización de obra necesaria para la producción de la empresa, tales como adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, realización de plantaciones

o cultivos eflores, compras e instalación de maquinaria, construcción de - - obras materiales para el fomento de la empresa.

De lo anterior, es factible establecer la importancia del empleo del crédito Refaccionario sobre todo para el desarrollo de la actividad industrial y crecimiento y desarrollo del estado.

Al respecto el Artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

" En virtud del contrato de Crédito Refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la -- realización de plantaciones o cultivos eflores o permanentes; en la apertura de tierras para -- el cultivo, en las compras o instalaciones de -- maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de empresa del acreditado ".

De tal transcripción de la definición legal del contrato de -- Crédito Refaccionario podemos desprender que los elementos personales que participan en el mismo son los siguientes:

- a) Refaccionador el que concede el crédito, o sea el acreedor
- b) Refaccionado que es quien lo recibe, es decir el deudor.

La forma como se debe otorgar el crédito Refaccionario, es - - idéntica a la del crédito de Habilitación o Avío. En esta forma deberán observarse las reglas establecidas en el Artículo 328 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; ordenamiento al que nos remitimos en obvio de -- repeticiones.

Escuetamente el crédito Refaccionario deberá expresar; objeto de la operación, duración y forma que el refaccionado, en su caso podrá disponer del crédito los bienes que se afectan en garantía y los demás términos y condiciones que convengan a las partes.

Generalmente los créditos Refaccionarios quedaran garantizados en términos de lo dispuesto por el Artículo 324 del multicitado ordenamiento legal esto es, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles y con los frutos productos futuros -- pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo.

En tratándose del crédito Refaccionario, por su duración y -- por el destino que se le da, básicamente de adquisición de bienes de capital para la producción, las garantías pueden ser prendarias, pero generalmente -- son hipotecarias, por lo que, su obtención es especializada para su tramitación y adquisición.

Finalmente debemos analizar la última variante de la apertura de crédito establecida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es precisamente la prenda o que propiamente en materia de comercio existen reglas específicas, estipuladas en el Artículo 334 del multicitado ordenamiento legal mismo que dado su importancia debemos citar literalmente " En materia de comercio, la prenda se constituye ":

1.- Por la entrega al acreedor de los bienes o títulos de crédito, si estos son al portador;

2.- Por el endoso de los Títulos de Crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son de los mencionados en el Artículo 24;

3.- Por la entrega al acreedor del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no -- sean negociables, con inscripción del gravamen en el Registro de emisión del

Título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro:

4.- Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor;

5.- Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aún cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor;

6.- Por la entrega o endoso del título representativo de los bienes objetos del contrato, o por la emisión o el endoso del bono de prenda relativo;

7.- Por la inscripción del contrato de crédito Refaccionario o de Habilitación o Avío, en los términos del Artículo 326; de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

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

Generalmente la prenda constituye un contrato de crédito en garantía en donde se entregan de determinadas cosas u objetos que sirven para garantizar el crédito que tiene el deudor prendario, sin embargo, en materia mercantil conforme al análisis del citado artículo 334 debe cumplir o ser constituida mediante otras características.

Los elementos personales de este crédito prendario son: el acreedor Prendario, el deudor prendario, el primero está obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debiendo ejercitar todos los derechos inherentes, a ellos y debiendo aplicar en su oportunidad al apoyo del crédito todas las sumas que sean percibidas, salvo pacto en contrario.

En tanto el deudor prendario tiene la obligación de entregar

previa la disposición del crédito los bienes que sirven para garantizar el cumplimiento de su obligación del pago o satisfacción del acreedor prenda-rio.

Desde luego, el estudio de las variantes del contrato de - -
Apertura de Crédito establecidas en la Ley General de Títulos y Operaciones
de Crédito ha sido breve y sencillo, en virtud de que el tema capital de --
nuestro trabajo recepcional es la Naturaleza Jurídica del susodicho contra-
to de Apertura de Crédito misma que ya determinamos en los incisos preceden-
tes.

C I T A S

	<u>PAGINAS</u>
1.-	Primera Edición; Editorial Paz México. Librería Carlos Casarman, S.A. México, 1980. 158
2.-	Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, Quinceava Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, -- 1980. 85
3.-	Dávalos Mejía L. Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras y Editorial Harla, S. A. México, 1984. 292
4.-	Citado por Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, Décima Segunda Edición Editorial Herrero, S. A., México 1982. 245
5.-	Cfr. Rodríguez Asuero Sergio. Contratos Bancarios su significación en América Latina, primera Edición. Biblioteca Felaban, Columbia, 1977. 382
6.-	Ob. Cit. 246
7.-	Citado por Cervantes Ahumada Raúl Ob. Cit. 246
8.-	Ob. Cit. 247
9.-	
10.-	Cfr Nassino, Citado por Rodríguez Asuero Sergio. Contratos Bancarios. Primera Edición, -- Editorial Presencia, Colombia, 383
11.-	Pro. Rodríguez Rodríguez Joaquín, Ob. Cit. 89
12.-	Cuenta Corriente Bancaria y Cheque, Editorial Atria, Buenos Aires, 1973. 42

CAPITULO QUINTO**APERTURA DE CREDITO EN INSTITUCION BAN-
CARIA.****A) OPERACIONES BANCARIAS****ACTIVO****PASIVO****SERVICIO****B) OPERACIONES ACTIVAS EN EL CONTRATO DE
APERTURA DE CREDITO****C) TIPOS DE CONTRATO DE BANCOS PIVOTEA -
DOS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRE
DITO.**

APERTURA DE CREDITO EN INSTITUCION BANCARIA

A) OPERACIONES BANCARIAS.

En este capítulo abordaremos al contrato de Apertura de Crédito en las Instituciones Bancarias, enfocándolo directamente a la práctica Bancaria que se presenta en dichas Instituciones mediante las operaciones - que realizan los Bancos; debiendo definir primeramente lo que vamos a entender por Operación Bancaria.

Al respecto, Joaquín Rodríguez Rodríguez, afirma que: " La operación Bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa - Bancaria en masa y con carácter profesional " (1).

De tal manera que las operaciones Bancarias implican la realización de una operación de crédito en una Institución Bancaria, por lo que se caracteriza por ser una transmisión actual de la propiedad sobre la cosa de una persona a otra con cargo para esta última de devolver posteriormente - una cantidad equivalente de la misma especie y calidad; es decir se trata de un negocio de crédito en el cual se transmite la propiedad de una cosa obligando al deudor a devolver posteriormente dicho préstamo.

Por su parte el Código de Comercio en la Fracción XIV del Artículo 75 reputa como actos de comercio a las operaciones de Bancos, aunque no nos proporcionan una definición de que debemos entender por operaciones - Bancarias. En este sentido la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a las operaciones de crédito como elementos de contenido conocido, pero - sin especificar, lo que hace necesario referirnos al concepto de Operación - Bancaria vertido con antelación, en el sentido de que las operaciones Bancarias implican la realización de una operación o de un negocio de crédito, es decir un contrato de apertura de crédito, mismo que ya hemos analizado en otros capítulos y que en obvio de repetición nos remitimos a la vertida - con antelación.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, en su artículo 1 se refiere al ejercicio de las operaciones de Banca y Crédito.

Actualmente la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que entró en vigor a partir del 15 de enero de 1985, la cual sustituyó y abrogó a la Ley de 1982 y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, contiene en el Título Segundo las reglas generales de operaciones de crédito y la clasificación de las operaciones en Pasivos, Activos y de Servicio, que antes era puramente doctrinal y que a continuación analizaremos. Consecuentemente, la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito tampoco proporciona una definición legal de lo que debemos entender por operación Bancaria. De ahí, que como hemos dicho la operación bancaria o negocio de crédito es un préstamo en donde se transmite la propiedad de una cosa a una persona, - quien se obliga a devolverla posteriormente la misma especie calidad y cantidad de la recibida, y en su caso a cumplir las condiciones pactadas en el contrato de apertura de crédito que lo confiere válidas a dicha operación.

Ahora bien, la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito realiza una clasificación de las operaciones Bancarias, tomando en consideración la realización a la función que desempeñan los intermediarios en el comercio del dinero y del crédito, por lo que los Bancos celebran gran variedad de negocios y operaciones mismas que según la actividad, la doctrina tradicional y actualmente la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito vigente a clasificado en: Operaciones Activas, Operaciones Pasivas, Operaciones de Servicio; mismas que a continuación analizaremos.

Así pues, las operaciones Activas son todas aquellas que realizan los Bancos, y en donde se presta dinero o concede crédito a los clientes que previamente han hecho la solicitud para la autorización del Préstamo Bancario, y por tanto las operaciones activas constituyen un grupo o salida de los capitales captados o admitidos, así las empresas mercantiles, - industriales o bien a los particulares que han hecho su solicitud correspondiente para emplearlos en las necesidades que determinan sus actividades.

En otras palabras, las operaciones activas son aquellas mediante las cuales las Instituciones Bancarias se obligan a poner a disposición -- del público, ya sean particulares o Industriales, que previamente han solicitado, fondos pecuniarios o recursos económicos para solventar sus necesidades, es decir las operaciones activas bancarias simplemente son un contrato de Apertura de Crédito específicamente de dinero en efectivo.

En este sentido en la operación bancaria activa el Banco se -- convierte en acreedor y el cliente en deudor, con las consecuentes obligaciones que según su cardatar le corresponde a cada uno de ellos, esto es el Banco se obliga a poner a disposición del cliente la suma convenida y a su vez -- el cliente convertido en deudor ha de devolver dicha cantidad en los términos y condiciones estipuladas en el contrato de Apertura de Crédito. De ahí que serán operaciones bancarias activas las siguientes:

- a) Créditos Refaccionarios o de Habilidadación o Avío
- b) Apertura de Crédito
- c) Descuento de Crédito en Libros
- d) Crédito documentario
- e) Préstamo Personal
- f) Prenda sobre bienes y valores
- g) Apertura de Crédito documentario
- h) Préstamo Hipotecario

Desde el punto de vista económico esta operación genera un doble beneficio tanto para el Banco, Institución Bancaria consiste en la diferencia existente entre el interés que pagan en la operación pasiva y el interés que cobra en la operación activa; mientras el cliente-deudor solventa sus necesidades y le permite emplear el crédito conferido en desarrollo particular o empresarial. Así pues la utilidad de esta operación en las Institucio-

nes Bancarias es importantísimo porque genera el desarrollo económico.

Esta operación activa bancaria se encuentra regulada precisamente en el Capítulo IV del Título II de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Las operaciones pasivas bancarias son las que representan la corriente de capitales que son atraídos hacia las Instituciones de Crédito; es decir en las operaciones pasivas los Bancos captan dinero en efectivo, bienes o servicios estimables en numerario pagaderos a futuro para invertirlos lucrativamente; por lo que en esta operación el Banco se convierte en deudor, ya que está obligado a recibir, aceptar o admitir los capitales depositados para hacer los trabajos e invertir lucrativamente buscando un beneficio económico para el cliente, o sea el acreedor en este tipo de operación.

Regularmente, las características más importantes del Derecho Bancaria que representan una operación pasiva son las siguientes:

A) Depósitos Bancarios

B) Emisión de obligaciones y de otros títulos

C) Redescuentos Préstamos

D) Emisión de Billetes (Atribución exclusiva de Banco de México de acuerdo al Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sabido es la captación de recursos del público por las Instituciones de Crédito, para que éstas los inviertan y hagan producir un beneficio económico para los depositantes. Situación que representa un aspecto importante en la vida cotidiana del público inversionista.

La regulación de esta operación bancaria pasiva la encontramos en el Capítulo III del Título segundo de la citada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Finalmente las operaciones de Servicio o también conocidas como neutras propiamente ocurren dentro del contexto de los servicios que sólo

puedan ser prestados por las Instituciones de Crédito en términos de lo dispuesto por el Artículo 30 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de -- Banca y Crédito. Así pues, en las operaciones de servicio no existe la concesión de un crédito por las partes contratantes, sino simplemente la prestación de un servicio y, desde luego, en ningún momento estas operaciones presuponen la necesidad de un movimiento de capital, ya que son operaciones en las que las Instituciones Bancarias no cumplen la función típica que tienen conferida, que es la de especular sobre los créditos y el dinero en efectivo.

En síntesis las operaciones neutras o de Servicio se distinguen porque más que intermediación crediticia existe una mediación por parte del Banco en los cobros, en los pagos, en el desempeño de ciertos servicios por cuenta de sus clientes o en ellos los bancos se limitan a recibir bienes en simple custodia o administración.

Las operaciones bancarias de servicio generalmente utilizadas en la práctica son las siguientes:

- 1.- Recibir depósitos bancarios de dinero;
- 2.- Aceptar préstamos y créditos;
- 3.- Emitir bonos bancarios;
- 4.- Emitir obligaciones subordinadas
- 5.- Constituir depósitos en Instituciones de Crédito y entidades financieras del extranjero.
- 6.- Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos.
- 7.- Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito.
- 8.- Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos.

9.- Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente Ley.

10.- Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades.

11.- Operar con documentos mercantiles por cuenta propia.

12.- Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas.

13.- Prestar servicio de Cajas de Seguridad

14.- Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe.

15.- Practicar las Operaciones de Fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

16.- Recibir depósitos en Administración o custodia.

17.- Actuar como representante común de los tenedores de Títulos de crédito.

18.- Hacer servicio de caja y Tesorería.

19.- Llevar la contabilidad y libros de actas y registro de sociedades y empresas.

20.- Desempeñar cargo de Abogado.

21.- Desempeñar la sindicatura.

22.- Encargarse de hacer avalíos.

23.- Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto.

Cabe hacer notar la importancia que representa en la vida cotidiana la operación bancaria de servicios toda vez que en la prestación de dichos servicios de la Institución Bancaria así el cliente se propicia la -- fluidez de la captación de recursos, la administración y el manejo; y sobre todo la agilidad en los negocios de los clientes por parte de la Institución Bancaria; lo que permite en la vida moderna un auge comercial prioritariamente preponderante.

Por último, la regulación jurídica de estas operaciones bancarias de servicio la encontramos en el capítulo V Título II de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

B) OPERACIONES ACTIVAS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

Hemos dicho que las operaciones activas consisten básicamente en la transmisión actual de la propiedad sobre una cosa de una persona a otra con la obligación para esta última de devolver con posterioridad la cantidad convenida en los términos y condiciones pactadas por las partes. La importancia que representan estas operaciones activas en los bancos es vital por que a través de éstas se pone a disposición del público los fondos pecuniarios suficientes para solventar las necesidades de los particulares en los diferentes aspectos del contorno socio-económico; de ahí que las Instituciones Bancarias se preocupan por divulgar, informar, estudiar y conceder los créditos a los clientes; en fin, a instrumentar la realización de las operaciones activas bancarias en el contrato de apertura de crédito.

Básicamente la instrumentación de las operaciones activas en la Instituciones Bancarias se establece a través de 3 medios;

- a) Títulos de Crédito,
- b) Por contrato y
- c) Mixto.

Desde luego, la instrumentación de las operaciones activas en -

los bancos mediante la firma de los Títulos de Crédito respectivos implica -- una seguridad para la Institución Bancaria que precisamente tiene la obligación de recuperar el crédito en los términos y condiciones pactadas por las partes.

Por otra parte en las operaciones activas bancarias instrumentadas por contrato se determinan en porcentaje del 80% al 90% en los contratos de apertura de crédito celebrados en las instituciones bancarias. Generalmente los bancos han preferido la celebración del contrato de apertura de crédito por ser uno de los más funcionales y dinámicos y sobre todo de mayor seguridad para salvaguardar los intereses de las Instituciones Bancarias; por lo que la instrumentación de los créditos bajo la esfera contractual es preponderante y prioritaria en la solicitud y aprobación de los créditos bancarios.

El contrato de apertura de crédito es el típico contrato jurídico para regular los préstamos bancarios por sus principios de seguridad y validez jurídica; lo que ha generado que el contrato de apertura de crédito tenga variantes que la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha establecido y que nosotros hemos analizado en páginas precedentes. Así -- pues este contrato permite la instrumentación de la mayoría de los créditos bancarios en las operaciones activas; y sobre todo porque este tipo de contrato implica la existencia de una disponibilidad a favor de una persona y en su caso la facultad o el derecho de demandar jurídicamente la entrega de una suma de dinero o el cumplimiento de una obligación contractual ante las autoridades correspondientes y, precisamente el contrato de apertura de crédito permite la solución jurídica, moral de las partes.

De ahí que si hablamos de un crédito hipotecario de descuento simple de un préstamo para adquirir un bien inmueble de consumo duradero entre otros, el contrato que utilizarán las partes será el de la apertura de crédito o cualquiera de las variantes establecidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y por tanto, las instituciones bancarias han adoptado este contrato de apertura de crédito en las operaciones activas preponderantes como el contrato base para una serie de otorgamiento de crédito con finalidad muy técnicas y definidas.

En consecuencia de lo anterior, las instituciones bancarias y la propia legislación han adoptado medidas o variantes del contrato de apertura de crédito y así podemos regular los actos de comercio celebrados en términos de los ordenamientos legales aplicables.

Sin embargo, si los actos de comercio constituyen la parte capital de las instituciones bancarias debe regularse en funciones mercantiles, - pero a través de orientación estrictamente comercial a los usuarios de los créditos bancarios.

C) TIPOS DE CONTRATOS EN BANCOS PIVOTEADOS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Hemos dicho que la apertura de crédito en las instituciones bancarias tienen la finalidad económica esencial de proporcionar al cliente - la posibilidad de adquirir dentro de un término y condiciones prefijadas una suma de dinero o bien que el banco contraiga por cuenta del cliente una obligación pactada en dicho documento.

En términos generales, las características más importantes del contrato de apertura de crédito son las siguientes:

- A) Hace innecesaria la inmediata entrega de la suma de dinero al cliente.
- B) Deja en libertad al cliente para elegir, según sus necesidades, la forma en que utilizará los fondos.
- C) Da libertad al cliente para dejar de usar el crédito concedido.
- D) Después de celebrado el contrato, el cliente queda obligado al pago de las comisiones.
- E) Celebrado el contrato, el banco se obliga a dar el crédito

al cliente en las condiciones establecidas.

En líneas precedentes hemos manifestado que los créditos simples o en cuenta corriente comúnmente son derivados del contrato de Apertura de Crédito, por lo que este da lugar a operaciones fundamentalmente de fomento de los negocios bancarios de préstamos de dinero, lo que da significado a adquirir la categoría de ser uno de los contratos más importantes en esta época comercial.

Desde luego, la importancia actual del contrato de apertura de crédito le ha permitido que sirva para la instrumentación de la mayoría de los créditos bancarios tales como un crédito hipotecario, de un crédito documental, préstamos personales, préstamos para la adquisición de bienes de consumo duradero, descuentos de crédito en libros, créditos de Habilitación o Auto y Refaccionarios entre otros. Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha establecido ciertas variantes o modalidades del contrato de Apertura de Crédito; empero la práctica bancaria y la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito han determinado varios tipos de contratos en bancos pivoteados en el contrato de Apertura de Crédito, y que aún no han sido reglamentados. Nuestra inquietud es realizar en forma breve y sucinta un estudio de los principales tipos de contrato en bancos pivoteados por el contrato de Apertura de Crédito, con el objeto de que sean tomados en consideración, y en caso reglamentarlos en la Ley correspondiente; sobre todo por la utilidad y costumbre con que se producen en la práctica bancaria. Estos tipos de contratos son los siguientes:

I.- Préstamo Directo, Personal o Quirografario.

II.- Préstamo Prendario.

III.- Créditos para el consumo de bienes duraderos o A.B.C.D.

En primer término, los préstamos Directos, Personales o Quirografarios, consisten en la entrega por una institución de crédito, de cierta cantidad de dinero o corto plazo a una persona (Prestatario) sin ninguna garantía real o tangible; por lo que se conoce como préstamo Quirografario, ya

que su garantía descansa únicamente en la solvencia, del suscriptor o suscriptores del pagaré mediante el cual se otorga. En otras palabras en el préstamo Quirografario, la operación no se resume a la entrega de dinero al prestatario, sino que éste es el típico crédito que se documenta o garantiza mediante un pagaré suscrito por el cliente, desde luego a favor del Banco y en el que se obliga al pago de dicho crédito por la sola suscripción; descansando - el cumplimiento de este contrato, en la Teoría General de los Títulos de Crédito.

El préstamo se otorga básicamente en función a la solvencia moral del acreditado y en la práctica las instituciones bancarias solamente - otorgan estos créditos a las personas perfectamente identificadas y que obran con la seguridad de que cubrirán el crédito en el plazo pactado.

Las características generales de los préstamos en comento son las siguientes:

- A) La cantidad concedida en préstamo, da origen a una obligación estrictamente personal sin una garantía específica.
- B) La forma en que se documenta la deuda es la suscripción de un pagaré por la cantidad prestada, en la que se consideran los intereses que causará el préstamo, y que se descuentan por adelantado al momento de entregar la cantidad al cliente.
- C) En caso de incumplimiento de pago, el banco intentarla acción cambiaria directa contra el deudor, con base a los pagarés que hayan documentado la deuda y contra el aval.

Por otra parte, el préstamo Prendario es una operación de crédito mediante la cual el banco presta al cliente, una determinada cantidad de dinero, y esta garantiza el pago entregado al banco bienes de fácil realización sobre los que se constituye prenda; es decir a diferencia del crédito Quirografario en el préstamo Prendario se otorga el crédito contra una garantía mueble, que quedan en poder y custodia del acreedor bajo su estricta res-

ponsabilidad.

En otras palabras, el crédito se documenta mediante la suscripción de pagarés y la prenda entregada al banco se otorga como un elemento adicional de seguridad. Este crédito es muy utilizado por particulares, ya que se solicita para solventar necesidades, o bien para la adquisición de bienes destinados al uso personal o familiar.

Las características principales del crédito prendario son las siguientes:

- a) Además del contrato, la deuda, al igual que el crédito Quirografario, deberá documentarse en un pagaré.
- b) El bien dado en garantía se constituirá en los términos que señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito - (Artículo 334).
- c) Si la prenda sobre bienes valores se constituye en la forma prevista en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito bastará que se consigne los datos necesarios para identificar los bienes dados en garantía.

Finalmente, el préstamo para la adquisición de bienes de consumo duradero, denominado por las instituciones bancarias como préstamo ABC es da cuando un banco, facilita a una persona física una cantidad para adquirir bienes de consumo duradero (Línea Blanca, Línea Negra y Vehículos de motor). Generalmente los créditos concedidos para la adquisición de bienes de consumo duradero podrán constituirse entregando al banco la factura que acredita la propiedad de la cosa comprada.

Por otro lado, a diferencia de los préstamos prendarios, los préstamos de consumo duradero, podrán garantizarse con la sola factura que acredita la propiedad del bien mueble sin hacer la entrega de dicha cosa al banco.

En los préstamos de consumo duradero básicamente los requisi-

tos que se toman en cuenta para el otorgamiento del crédito son las siguientes:

- A) Ser mayor de edad y de preferencia que no exceda de 65 años.
- B) Tener ingresos fijos comprobables mensuales.
- C) Tener capacidad de pago para el monto que solicita.
- D) Arraigo mínimo de un año en su domicilio actual.
- E) Arraigo mínimo de un año en su empleo o actividad.
- F) Proporcionar mínimo 3 referencias.
- G) Únicamente se podrá entregar al suscrito.

Por último, en los préstamos de Consumo Duradero la garantía son los bienes propios, objeto del préstamo, los cuales en su caso está debidamente asegurados mediante la entrega al banco de la factura que acredita su propiedad; y además en algunos casos las instituciones bancarias requieren la constitución del aval correspondiente.

CONCLUSIONES .

PRIMERA.- La obligación es un vínculo jurídico mediante el cual una persona - llamada deudor se obliga a ejecutar a favor de otra persona llamada acreedor una determinada actividad, llamada prestación (dar o hacer) o una abstracción reductible a valor económico. La obligación tiene tres elementos forzosos y necesarios los cuales son:

- a) Los sujetos que en ella intervienen (Acreedor y Deudor);
- b) El objeto que constituye la materia de la obligación;
- c) La relación, nexo o vínculo jurídico por virtud del cual uno o - varios sujetos acreedores están autorizados a exigir y el otro u otros deudores obligados a cumplir, con la prestación materia de la obligación.

SEGUNDA.- Básicamente al Código Civil vigente distingue como fuentes de las - obligaciones las siguientes: El contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios las obligaciones que nacen de actos ilícitos y el riesgo profesional. Sin embargo aún cuando nuestra legislación no les reconoce este carácter, existen otros hechos jurídicos que de acuerdo a - sus efectos también generan derechos y obligaciones, tal es el caso del testamento y de la sentencia; figuras que aunque no tienen reconocido expresamente el carácter de obligaciones en nuestra opinión en determinado momento constituyen una obligación.

El contrato es la fuente más importante de las obligaciones, entendiendo por éste el acuerdo de voluntades de dos o más personas a -- efecto de crear o ceder derechos y obligaciones. La declaración -- unilateral de la exteriorización, propiamente de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cum-

plir por sí o por otro, voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral, en favor de un tercero que eventualmente puede llegar a existir o si existe aceptar.- El Código Civil vigente reconoce como cosas particulares de declaración unilateral de voluntad las siguientes:

- A) Ofertas al Público;
- B) Oferta de Venta;
- C) Promesa de recompensa;
- D) Concurso con promesa de recompensa;
- E) Estipulación en favor de terceros;
- F) Documentos civiles pagaderos a la orden o al portador.

TERCERA.- La tercera fuente de las obligaciones se conoce con enriquecimiento ilegítimo y se produce cuando una persona obtiene un beneficio económico o moral en detrimento de otro, desde luego estando obligado a indemnizar tomando en consideración el empobrecimiento causado.

La gestión de negocios como cuarta fuente generadora de obligaciones es una actividad de interferencia en la esfera jurídica de una persona llamada dueño, sin existir mandato o instrucción específica, por otra denominada gestor quien voluntaria y gratuitamente a efecto de producirle un beneficio o evitarle un daño al dueño del negocio. Por otra parte los hechos ilícitos como fuente generadora de obligaciones generan un derecho para exigir una reparación de daño en virtud de la comisión de una conducta humana culpable, ya sea en forma dolosa o negligente. En cambio los riesgos creados denominados riesgos profesionales preceptuados en el Código Civil generan una responsabilidad específica en tratándose de los patronos, responsables o dueños de las fábricas propiedad precisamente en el uso de maquinaria o implementos de trabajo.

CUARTA.- El mutuo es un contrato por virtud del cual una persona llamada mutuante se obliga a transferir o transmitir la cantidad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles a una persona llamada mutuario o mutuuario con la obligación a cargo de este último de devolver -- otro tanto de la misma especie y calidad, mediando o no interes, según el caso específico; es decir el mutuo es un préstamo de cosas -- fungibles o bien de sumas de para ser consumidos, obligándose a la devolución necesariamente de la cosa pactada conforme las estipulaciones o convicciones pactadas por las partes. El contrato de mutuo tiene dos elementos personales que son: El mutuante o el mutuario o mutuuario; el mutuante es la persona que hace entrega de las cosas fungibles o de la suma en dinero; y el mutuario o mutuuario que es la persona obligada a devolver o restituir otro tanto de la misma especie, cantidad y calidad de la recibida, transmitida o prestada.

QUINTA.- En cuanto a los elementos de existencia el contrato de mutuo requiere de los siguientes requisitos:

- a) El consentimiento, mismo que se presenta cuando ambas partes en el contrato de mutuo exteriorizan su voluntad; y
- b) En tratándose del objeto este puede ser directo o indirecto.- Se ra directo cuando de la conducta o prestación concreta que se deben las partes, implica una transmisión o transferencia de una -- propiedad, de cierta suma de dinero o de bienes fungibles. En -- tanto el objeto indirecto en nuestro contrato es la cosa material impregnada de una característica especial de ser fungible.

Los elementos de validez en el contrato de mutuo, son los siguientes:

- A) La capacidad legal de las partes porque estas requieren de aptitudes para enajenar, es decir, para dar y recibir las cosas objeto -- de dicho contrato.
- B) La ausencia de vicios en la manifestación del consentimiento;

C) La licitud del objeto o motivo o fin del contrato, esto es la necesidad de que los objetos del presente contrato sean lícitos y estén conformes con la Ley, la moral y las buenas costumbres; y de la exigencia de que la voluntad se exteriorice conforme a la forma que establece la Ley; debiendo aclarar que el contrato de mutuo no requiere de una forma determinada sino que basta con la exteriorización de la voluntad de las partes.

SEXTA.- La naturaleza jurídica del mutuo implica una entrega, transmisión o transferencia ya sea material, jurídica o virtual de las cosas fungibles o de las sumas determinadas en dinero.- Desde el punto de vista económico el mutuo es un préstamo de consumo económico, ya que en él se faculta al mutuario o mutuuario para que consuma los bienes fungibles.

SEPTIMA.- El préstamo mutuo mercantil es un contrato por el cual una persona, mediante interés o sin él transfiere a otra una suma de dinero o cosas fungibles las cuales se destinaron al comercio, quedando esta obligada a devolver otro tanto de la misma especie o calidad. El Préstamo Mercantil específicamente requiere de los siguientes elementos.

- a) Que algún o algunos de los contratantes sean comerciantes.
- b) Que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio.

En el préstamo mercantil intervienen dos partes:

- 1.- El prestamista que es la persona que transfiere la suma de dinero o las cosas fungibles, que en ocasiones tiene el carácter de comerciante;
- 2.- El prestatario que es la persona receptor del préstamo, esto es la persona que recibe el dinero o las cosas fungibles para destinarlos al comercio y que está obligada a devolverlos.

La naturaleza jurídica del Préstamo Mercantil está determinada por - las características propias de dicho contrato como son: Real, bilateral, comutativa y desde luego mercantil.

OCTAVA.- *El contrato de apertura de crédito es el acuerdo mediante el cual -- una persona llamada acreditante se obliga con otra a poner, a su disposición cierta suma de dinero, siendo el objeto de este contrato la posibilidad de obtener crédito en dinero en efectivo o de firma, dentro de cierto tiempo pactado por las partes; según las modalidades - específicas del contrato.*

La naturaleza jurídica de la apertura de crédito es la de un contrato definitivo, sui generis, nominado de acuerdo a lo establecido por el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Más aún el contrato de apertura de crédito es un contrato bancario - consensual, bilateral sinalagmático, oneroso, comutativo, intuito - personae, de ejecución sucesiva o de duración, con prestaciones repetidas, ya que las obligaciones de las partes están determinadas para que su cumplimiento ocurra durante un período de tiempo establecido.

NOVENA.- *La importancia del contrato de Apertura de Crédito en sus diversas - modalidades o variantes es fundamental en la vida moderna porque - - constituye la base de la funcionalidad de los negocios realizados en todos los sectores, tanto comerciales como bancarios. En el sector de la iniciativa privada el contrato de Apertura de Crédito ha tenido una importante significación sobre todo en el aspecto de los Créditos concedidos a los clientes en la compra de artículos, muebles - al menudeo por las grandes empresas. En suma la banca en el contrato de Apertura de Crédito brinda una solución al mundo de los negocios, ya que el cliente tiene la certeza de contar con el dinero al instante en que las circunstancias así lo indiquen.*

DECIMA.- *Las operaciones bancarias implican la realización de una operación - de Crédito en una institución bancaria; caracterizándose éstas por - la transmisión actual de la propiedad sobre cosas o bienes fungibles de una persona a otra con cargo para esta última de devolver ulte -*

riormente la cantidad equivalente y conforme a las condiciones pactadas en los negocios de crédito. Mas aún en las operaciones bancarias, las instituciones bancarias se obligan a poner a disposición del público ya sea particulares o industriales los fondos pecuniaros o recursos económicos suficientes para solventar su necesidad, previa la solicitud correspondiente por los particulares.

DECIMA PRIMERA.- Las principales operaciones bancarias son las siguientes:

- A) Créditos Refaccionarios o de Habilitación o Auto;
- B) Apertura de Crédito;
- C) Descuento de Crédito en libros;
- D) Crédito documentario;
- E) Préstamo Personal;
- F) Prnda sobre bienes y valores;
- G) Apertura de Crédito documentario;
- H) Préstamo Hipotecario.

DECIMA SEGUNDA.- La importancia actual del contrato de Apertura de Crédito le ha permitido a dicho contrato para que sirva en la instrumentación de la mayoría de créditos bancarios, como en el caso de los Créditos Hipotecarios, Crédito Documentario, Préstamo personal, Préstamo para la adquisición de bienes de consumo duradero, los descuentos de Crédito en libros y Refaccionario los cuales constituyen el soporte fundamental en el mundo de los negocios. De ahí la necesidad de que estos contratos se encuentren reglamentados en leyes especiales, en virtud de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito explícitamente engloba a las variantes clásicas del contrato de apertura de Crédito como son: Apertura de Crédito, Descuento de Créditos en

libros, Créditos confirmados, Créditos de Habilitación o Avío y Créditos Refaccionarios. Olvidando establecer la reglamentación de -- otras operaciones fundamentales en el desenvolvimiento social.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, *Derecho Bancario*.
- 2.- Aros Gargollo Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, 1a. Ed. Editorial - Trillas, México 1985. Pág. 258.
- 3.- Barrera Graf Jorge, *Nueva Legislación Bancaria, Breves Comentarios sobre Las Leyes del 14 de enero de 1985*, 1a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México 1985. Pág. 188.
- 4.- Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, Colección de Textos Jurídicos, México 1980. Pág. 599.
- 5.- Bouche García Diego, *Operaciones Bancarias*, Edit. Porrúa, S.A., México -- 1982.
- 6.- Cervantes Ahumada Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, 12a. Ed., Editorial Herrero, S.A., México 1982. Pág. 422.
- 7.- Dávalos Mejía L. Carlos, *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*, Editorial Harla, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México 1984, -- Pág. 640.
- 8.- De Pina Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano. (Contratos en particular) Volumen Cuarto 3a. Edición*, Editorial Porrúa, S.A., México 1974. - P.P. 387.
- 9.- Floria Margadant S. Guillermo, *El Derecho Privado Romano como Introducción a La Cultura Jurídica Contemporánea*, 11a. Ed. Editorial Esfinge, S.A. México 1982. P.P. 530.
- 10.- Garrigues Joaquín, *Contratos Bancarios* Madrid 1958.
- 11.- Garrigues Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil* Edit. Porrúa, S.A., México 1981, Tomo II.
- 12.- Gutiérrez y González Ernesto, *Derecho de Las Obligaciones*, 5a. Ed. Editorial Cajica, S.A. Puebla, México 1982. Pág. 948.

- 13.- *Herrera Curial Humberto, Aspectos Legales del Crédito PIGSC (Plan Integral de Capacitación en Crédito), Bancomer, S.N.C., 6a. Ed., Bancomer, S.N.C. México 1986. Pág. 225.*
- 14.- *Iglesias Juan, Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, 6a. Ed. Editorial Ariel Barcelona, España 1979. P.P. 752.*
- 15.- *Martínez y Flores Miguel, Derecho Mercantil Mexicano Editorial Paz-México, Librería Carlos César Mon, S.A. México 1980. Pág. 199.*
- 16.- *Ortiz Urquidí Raúl, Derecho Civil, Parte General 1a. Ed. Editorial Porrúa S.A., México 1977. Pág. 827.*
- 17.- *Petit Eugens, Tratado Elemental de Derecho Romano, 1a. Ed. Editorial Editora Nacional, México 1978. P.P. 717.*
- 18.- *Rodríguez Anusero Sergio, Contratos Bancarios, Su significación en América Latina, 1a. Ed. Editorial Biblioteca Falabán, Colombia, 1977. Pág. 896.*
- 19.- *Rodríguez Rodríguez Joaquín Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 15a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1980. Pág. 489.*
- 20.- *Rodríguez Rodríguez Joaquín, Derecho Bancario, 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1976.*
- 21.- *Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto, Obligaciones Volumen I, 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México Pág. 813.*
- 22.- *Sánchez Medel Ramón, de Los Contratos Civiles 6a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México 1980. Pág. 604.*
- 23.- *U.N.A.M. Introducción al Derecho Mexicano, Tomo II, 2a. Ed. La Gran Enciclopedia Mexicana, S.A. de C.V., México 1985. Pág. 1543.*

LEGISLACION CONSULTADA

- *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y toda la República en Materia Federal.*
- *Código de Comercio.*
- *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.*
- *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.*
- *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Bancos y Crédito.*