

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"A R A G O N"



LA LESION EN EL MUTUO

D-33

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
NOEL BALDEMAR CARDENAS TAMEZ

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX., 1983



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Der-145

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES QUÍMICAS

LABORATORIO DE QUÍMICA



LA LESIÓN EN EL MUTO

1 1 1 1 1

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES QUÍMICAS

LABORATORIO DE QUÍMICA

Con todo mi amor, agradecimiento
y respeto para mis padres -----
Roberto A. Cárdenas y -----
Olga Taméz de Cárdenas.

Para mis hermanos ----
Jorge Eliú -----
Sergio Ismael -----
Salomón Joel e ----
Isabel.

Para mi abuelita -----
Isabel González de Taméz
con gran cariño.

A mi maestro asesor, el -
Lic. Jorge Aranda Navarro
por su paciencia, orienta
ción, apoyo y comprensión
en la elaboración de esta
tesis.

A mis amigos -----
Victor Hugo Magdaleno G.
Gabriel Montiel Aguilar
Esperanza Puente G. ---
por su invaluable ayuda
en la labor mecanográfica,
muchas gracias.

A mis compañeros de la
E.N.E.P. Aragón.

A todos mis amigos.

- I N D I C E -

Introducción.

Capítulo Primero

I.- El Mutuo.

a).- Concepto. I. Principales Clasificaciones de los Contratos.....	1
2. Concepto.....	2
b).- Características.....	3

Capítulo Segundo

II.- Lesión.

Evolución Histórica del Concepto Lesión. 1. Derecho Romano. 2. Antiguo Derecho Español. 3. Derecho Intermedio. 4. Código Napoleón. 5. Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884. 6. Código Alemán. 7. Código Suizo de las Obligaciones. 8. Código Civil de Distrito y Territorios Federales de 1928.....	8
a) Concepto.....	20
b) Elementos.....	21
c) Requisitos.....	22

Capítulo Tercero

III.- Efectos.

1. Elementos de Existencia y Validez de los Contratos. 2. Clasificación de los Actos Jurídicos. 3. Elementos Esenciales del Acto Jurídico. 4. Requisitos de Validez del Acto Jurídico. 5. Vicios de la Voluntad..	23
a) Nulidad Absoluta.....	35
b) Nulidad Relativa.....	37
c) Rescisión.....	38
d) Reducción Equitativa.....	38

Capítulo Cuarto

IV.- El Mutuo y el Fraude Específico.

Antecedentes. 1. Código de Manú. 2. Código de Hammurabit. 3. Las Leyes Hebráicas. 4. Corán. 5. Derecho Romano. 6. Código Alemán. 7. Código Italiano. 8. Código Penal vigente en México.....	40
---	----

Fraude Civil y Fraude Penal.....	44
Objetividad Jurídica Tutelar y Ratio Legis del Delito.....	48
Elementos Constitutivos.....	49
Características del Delito de Fraude.....	51
a) Diferencia entre Fraude Específico y Générico.....	54
1. Fraude, Diferentes tipos de Delito.....	54
b) Características Propias de la Usura.....	65
c) Diferencia entre Usura y Lesión.....	69
d) El Préstamo Mercantil.....	
1. Apertura de Crédito. 2. El Crédito. 3. El Contrato de Préstamo Mercantil.....	70
Conclusiones.....	90
Bibliografía.....	87

LA LESION EN EL MUTUO.

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

A través de la historia nos hemos dado cuenta de que la humanidad, desde sus orígenes, ha tratado de obtener beneficios a costa de otros.

Esto, hasta cierto punto es válido, pues no todos los seres humanos han sido iguales, entendiéndose por esto, que son diferentes en cuanto a su cultura, preparación, educación y nivel social y no por su calidad de humanos.

Así, utilizando al hombre, se crearon los mas diversos tipos de objetos, monumentos, conquistas, etc., que han provocado el desarrollo y la grandeza de la civilización.

Mas no todo ha sido en forma brillante, para lograr lo anterior, muchas veces se utilizan metodos ilegales y hasta inhumanos, por ello el tema que me ocupa es el relativo al provecho que en forma excesiva, obtiene una persona de otra, aprovechándose de ciertas circunstancias. La doctrina califica esta situación como lesiva a los intereses de ese individuo, como de la comunidad.

Al llamarla lesiva, es obvio que se entiende, que se le llama así porque produce una lesión, un menoscabo, un daño en el patrimonio de otro, y esto se presenta en forma mas regular en el contrato de mutuo.

De esta forma, procederé a introducirlos brevemente en este tema, la lesión en el contrato de Mutuo.

En el capítulo I, analizaremos lo que es el contrato así como sus principales clasificaciones y características.

En el capítulo II, veremos la evolución histórica del Concepto de Lesión, desde el Derecho Romano, antiguo Derecho Español, Derecho Intermedio, Código de Napoleón, Código Aleman, Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884, Código Suizo, hasta el Código actual, también veremos como se presenta la lesión, los elementos de ésta, así como sus requisitos.

En el capítulo III, se analizan los efectos de la lesión en el contrato de Mutuo, así como las diferentes soluciones a esta figura que da el Código Civil actual, también se estudiará a los hechos jurídicos y sus clasificaciones así como

los elementos esenciales y los requisitos de validez del -
acto jurídico y finalmente, en el capítulo IV, veremos la -
relación entre el Mutuo y el Fraude, observaremos los orige-
nes del Fraude, desde el Código de Manu, Código de Hammura-
bit, las Leyes Hebráicas, El Corán, el Derecho Romano, Cód-
igo Aleman, Italiano, Suizo, así como el concepto de éste de-
lito en la actualidad.

Trataremos de establecer la diferencia entre el Fraude -
Civil y el Penal, así como las características del Fraude y
sus elementos constitutivos. También veremos la diferencia
entre el Fraude Específico y el Genérico, las característi-
cas de la Usura, la diferencia entre la Usura y la Lesión y
finalmente, el Préstamo Mercantil.

-- Capítulo Primero --

I. El Mutuo.

a).- Concepto.

I.- Principales Clasificaciones de los Contratos.

b).- Características.

CAPITULO I EL MUTUO.

Antes de tratar con profundidad el tema del contrato del Mutuo, es conveniente analizar lo que es el contrato y sus diferentes clasificaciones.

"El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio, lato sensu, es un acuerdo de voluntades, para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, por lo tanto el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos y otra negativa: modificarlos y extinguirlos. El convenio lato sensu comprende ambas funciones. El artículo 1792 del Código Civil vigente en el D.F., dice: convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones. El artículo 1273, dice: los convenios que producen o transfieren las obligaciones o derechos se llaman contratos, (1)".

Principales clasificaciones de los contratos.

1.- Contratos bilaterales y unilaterales.- El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra solo obligaciones por una parte y derechos para la otra; el contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones de ambas partes.

2.- Contratos onerosos y gratuitos.- Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. El gratuito es aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra.

3.- Comutativos y aleatorios.- Los contratos onerosos se subdividen en comutativos y aleatorios. Comutativos cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato y aleatorios, cuando los provechos y gravámenes, dependen de una condición o término de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término.

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael
"Compendio de Derecho Civil. Contratos". p. 7

4.- Reales y consensuales.- Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Cuando se dice que un contrato es consensual en oposición a real, simplemente se indica que no es necesaria la entrega de la cosa para la constitución del mismo.

5.- Formales y consensuales.- Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito como un requisito de validez de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. El contrato consensual en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y por lo tanto puede ser verbal o tácito.

6.- Contratos principales y accesorios.- Los principales son aquellos que existen por si mismos, mientras que los accesorios son aquellos que dependen de un contrato principal y siguen la suerte de ellos.

7.- Contratos instantaneos y de tracto sucesivo.- Los instantaneos, son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado.

(a) Concepto.

Antecedentes.- "El mutuo es otro contrato traslativo de dominio que indebidamente había sido estudiado en el Código Civil de 1884 junto con el comodato, pues este es traslativo de uso y no obstante ese ordenamiento bajo la dominación genérica de préstamo comprendió las dos especies: mutuo y comodato." (2)

El artículo 2661 del citado ordenamiento declaraba: "bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de resti---

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Ob cit.- p. 187.

tuir ésta en especie, y toda la concesión gratuita o a interés de cosa fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama comodato y en el segundo mutuo".

"El mutuo es una institución parecida al comodato, pero no idéntica, entre ellas existe la diferencia de que en tanto el mutuo constituye un préstamo de consumo, el comodato lo es simplemente de uso y es esencialmente gratuito, mientras que el mutuo puede ser oneroso.

El mutuo desde el punto de vista económico es un préstamo de consumo o sea, un préstamo que autoriza al mutuario a hacer uso cualquiera de la cosa, en el cual se incluye también la facultad extrema de la destrucción". (3)

Así concluimos que hay mutuo o préstamo de consumo cuando la propiedad de la cosa prestada se transfiere al deudor y éste después de haberla enajenado o consumido se libera mediante la prestación de una cosa de la misma naturaleza.

El artículo 2384 del actual ordenamiento nos señala: "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, quien se obliga a devolver o tanto de la misma especie y calidad".

(b) Características.

El mutuo es un contrato principal porque existe y subsiste por sí solo; no depende de otro contrato, es gratuito u oneroso, lo primero cuando no se pacta interés o compensación alguna por las cosas fungibles transmitidas al mutuario, es oneroso cuando este tiene la obligación de pagar un interés en dinero o especie, en este caso existen derechos y gravámenes recíprocos; provecho para el mutuario, porque recibe una cantidad de dinero o bienes fungibles y a la vez gravámen porque paga un interés.

(3) MUÑOZ, Luis.- "Derecho Civil Mexicano: Obligaciones y contratos"

"Según los textos romanos la palabra mutuo se derivó del MEUNYTUM TEUM, por cuanto este contrato lo mío se hace tuyo o, lo que es igual, se realiza una transferencia de propiedad; algunos romanistas modernos tachan de rebuscado esta etimología y enlazan la voz mutuum con el verbo MUTARE, cambiar" (4).

"El mutuo es un contrato bilateral y no unilateral como lo era en el Derecho Romano y en el Código de 1884, en virtud de que ya no es un contrato real, es decir, existe por el simple consentimiento, antes de la entrega de la cosa, y es obligación del mutante entregarla. Primero se forma el contrato sin que sea necesario entregar la cosa y ya una vez constituido nace la obligación en el mutante, de entregar en la forma y términos convenidos o en los que disponga la ley, en cambio en el anterior ordenamiento y en el Derecho Romano, el mutuo era un contrato real, es decir, no existía sino hasta el momento en que se entregaba la cosa. La entrega de la misma era elemento constitutivo del contrato y, por consiguiente no era una obligación nacida del mismo, a posteriori, pues sin la entrega no había contrato y, por lo tanto no podía formarse o nacer obligación alguna". (5)

"Carácter común a las dos especies de préstamo, bajo estas dos formas el préstamo es un contrato real en el sentido de que no existe como tal, sino por la entrega de la cosa, según la fórmula romana, pero en el préstamo de uso, esta entrega consiste en una simple entrega material de la cosa, de la que el deudor llega a ser detentador, en tanto que en el préstamo de consumo adquiere la propiedad de la misma, por tanto la entrega que se le hace es verdaderamente traslativa, como lo era la TRADITIO en el MUTUUM". (6)

También el mutuo era unilateral, pues no podía refutarse como una obligación a cargo del mutuante la relativa a entregar la cosa (cuya entrega se había ejecutado antes como un elemento constitutivo del contrato), y solo el mutuario tenía la obligación de restituir y pagar en su caso un interés por el simple acuerdo de las partes, para entregar y recibir respectivamente, es ya una obligación del mutuante entregar la cosa al mutuario, como lo dice el artículo res

(4) CASTAN TOBEÑAS.- Derecho Civil Español.- p. 187.

(5) CASTAN TOBEÑAS.- Ob. cit. p. 188.

(6) PLANIOL, Marcel.- Tratado elemental de Derecho Civil. p. 440.

pectivo que define el contrato y por lo tanto se ha convertido en bilateral.

El mutuo es consensual en oposición a formal, ya que no requiere para su validez de alguna formalidad escrita, también es consensual en oposición a real, pues existe aún -- cuando no se haya entregado la cosa y el consentimiento -- puede ser exteriorizado expresa o tácitamente; basta para su validez la expresión verbal, cuando de los comportamientos se desprende la voluntad tácita de dar o recibir en mutuo.

Es un contrato traslativo de dominio, pues el mutuuario puede disponer libremente de la cosa y solo se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Con esto se deduce que el objetivo del contrato es lo fungible o bien el dinero.

Son objeto del contrato las cosas fungibles tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primer uso, como los que no lo son. En éste, como en algunos otros -- contratos suele confundirse el carácter del bien consumible con el fungible y es que la fungibilidad generalmente corresponde a la consumibilidad. Por bien consumible, se entiende aquel que se agota con el primer uso y por fungible aquel que tiene un poder liberatorio equivalente en -- los pagos, es decir, que en el cumplimiento de las obligaciones tiene igual valor al de otro bien y por lo tanto debe intercambiarse, ser fungible, es decir fungir el uno -- por el otro. El mutuo debe recaer sobre bienes fungibles, aquellos bienes consumibles que no sean fungibles no pueden ser objeto de este contrato. Como ejemplo podemos citar el de la última barrica de vino de la última cosecha -- que es consumible y no es fungible porque no habrá otra barrica equivalente.

El mutuo puede ser civil y mercantil. Es mercantil según lo define el Código de Comercio cuando las cosas objeto del contrato se destinen exclusivamente a actos de comercio y se presume mercantil cuando se celebra entre comerciantes. Se sigue, básicamente un criterio objetivo y solo subjetivo para admitir una presunción iuris tantum. A este respecto dice el artículo 358 del Código de Comercio "se reputa mercantil el préstamo, cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a acto de comercio y no para necesidades ajenas a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre

comerciantes". El carácter mercantil del mutuo no depende de la naturaleza de los contratantes, es decir, de que --- sean comerciantes, sino de que las cosas dadas en mutuo se destinen exclusivamente a actos de comercio.

El mutuo civil se clasifica en simple y con interés. Es simple cuando no se estipula una compensación en dinero o algún otro valor por la transferencia de la cosa, de tal manera que el mutuuario solo reportará la obligación de reg tituir esta, y se llama con interés cuando si se pacta una compensación, obligandose al deudor a pagar una suma de di nero, generalmente por el disfrute de valor dado al mutuo, además de la restitución de la especie recibida. El inte rés no solo puede consistir en dinero, sino en cualquier o tra ventaja de orden económico, es decir en especie. A es te respecto del artículo 2393 del actual ordenamiento nos dice: "Es permitido estipular interés por el mutuo, ya con sista en dinero, ya en géneros".

Sobre el interés los artículos 2394 a 2397 declaran: "El interés es legal o convencional, el interés legal es el 9% anual, el interés convencional es el que fijen los contra tantes y puede ser mayor o menor que el interés legal, pe ro cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fun damentalmente creer que se ha abusado del apuro pecuniario de la inexperiencia o la ignorancia del deudor, a petición de este, el juez teniendo en cuenta las especiales circuns tancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal. Si se ha convenido con el interés -- más alto que el legal, el deudor, despues de seis meses, - contados desde que se celebró el contrato, puede reembol sar el capital cualquiera que sea el plazo fijado para e-- llo, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos. Las partes no pueden ba jo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses". (7)

La libertad del interés convencional existe en la mayoría de los países. En Italia (artículo 1831 Código Civil), En España (Ley 14 de marzo de 1856), Bélgica (Ley 5 de mayo - 1875), Alemania (Ley Federal 14 de noviembre de 1867) etc. pero en diversos países, principalmente en Italia, se toma ron algunas precauciones en favor de los deudores.

(7) Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Para el préstamo mercantil, cuando no se estipule un interés, el artículo 362 del Código de Comercio, estatuye el del 6% anual, pero solo será exigible cuando el deudor incurra en mora, bien sea porque no pague el capital en la fecha de vencimiento o treinta días después de la interpelación judicial o extrajudicial, cuando el mutuo fuese por tiempo indeterminado.

-- Capítulo Segundo --

II. La Lesión.

Evolución Histórica del concepto Lesión.

- 1.- Derecho Romano. 2.- Antiguo Derecho Español.
 - 3.- Derecho Intermedio. 4.- Código Napoleón.
 - 5.- Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884. 6.- Código --- Alemán.
 - 7.- Código Suizo de las Obligaciones. 8.- Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928.
- a).- Concepto.
 - b).- Elementos.
 - c).- Requisitos.

CAPITULO II
EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE LESION.

"Derecho Romano.-- En el Derecho Romano se consideraba que aquel que vendía por un precio ínfimo, lo hacia en forma no libre ó arrastrado por la necesidad o por las circunstancias.

Respecto de los menores, el Pretor estimó que por su ligereza o inexperiencia, solían sufrir quebrantos patrimoniales. Es así como la simple lesión objetiva no justificó en el fondo la rescisión del contrato, teniéndose que acudir a la verdadera causa o sea al vicio subjetivo.

La desproporción en las prestaciones sólo fué el síntoma que hizo presumir *Iuris et iure* un vicio de la voluntad.

La *lex plaetoria* concedió a los menores de 25 años la rescisión de los contratos en que sufrieran lesión. El pretor también concedió mediante la "*in integrum restituido*", por razones de equidad, un medio a los menores para lograr la devolución de aquello que hubiesen transferido por virtud del contrato lesivo a sus intereses". (1)

Felipe Gómez Aebo, en su estudio publicado en la revista de Derecho Privado sobre revisión del concepto de lesión y su estructura técnica, escribió: "el fundamento de la *restitutio* no era otro que una justa valoración de la ligereza e inexperiencia a que están sujetos los menores en los contratos frente a una pródiga concesión de capacidad por el legislador, tratándose de mayores no hay traza de lesión. El valor de las respectivas prestaciones solo puede ser determinado por las partes". (2)

El rigorismo jurídico romano es consecuente. Sólo existe una excepción particular en materia de usura, lo cual prueba que ahí donde el juzgador estima de orden público imponer un cierto valor a la prestación, surge el mecanismo de la lesión.

"Las tablas fijaron un interés máximo al interés del 10% (según Apleton) y del 8.33% (según Wetter).

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones.- pag. 370

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. p. 370.

La ley genérica de 341 A.C., prohíbe todo interés. En el año de 51 D.C. se fija como tasa legal el 12% aunque en la práctica se daban el 24 y 48%. Justiniano señala el 4% para los ilustres, el 6% para los ciudadanos, el 8% para los comerciantes y el 12% para "alphenus nauticum".

"El Código Justiniano atribuye a Diocleciano y Máximo 2 rescriptos que por primera vez estudian la lesión en una aplicación concreta.

Se estima que el rescripto de Diocleciano y Máximo, sanciona la lesión en el contrato de compra venta pero no atendieron exclusivamente al vicio objetivo, aún cuando la desproporción fuera de más de la mitad, pues solo se concedía al vendedor, lo que implica ya una valoración subjetiva, considerando que éste, por virtud de un estado de necesidad o privando circunstancias especiales, se veía obligado a vender en vil precio.

En cambio no se concedía a la rescisión del contrato al comprador que debió haberla tenido si se hubiera atendido en el citado rescripto exclusivamente al vicio objetivo, pues tanto para comprador como para vendedor, se justifica en igualdad de condiciones, atendiendo sólo a la desproporción de los valores transmitidos, que por razones de justicia quede sin efecto el contrato". (3)

En cambio si la causa es objetiva, será considerado que es el vendedor el que generalmente se vé forzado a desprenderse de ciertos bienes por necesidades de orden económico o debido a ciertas circunstancias especiales. Es decir, interviene ya un dato en la apreciación subjetiva al tomar en cuenta circunstancias personales del vendedor, confirmándose así lo que ha sostenido al afirmar que aún cuando aparentemente sea objetivo la causa del mismo, tomada en cuenta por las distintas legislaciones es interna o subjetiva.

ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL.

Tomamos el estudio antes citado de Felipe Gómez y obtenemos los datos que siguen respecto a la lesión en el Fuero Real, en las Partidas y en la Novísima Recopilación.

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones.- p. 370

"En el Fuero Real, la ley 5a., Título X del Libro III, se disponía, "Ningún home non puede desfacer véndida que faga por - decir que vendió mal su cosa maguer que sea verdad fuera ende si la cosa valía quando la vendió más de dos tantos de por -- quanto la dió".

Las Partidas acogieron los conceptos del derecho romano y en cuanto a los menores, la in integrum restituito. En el título XIX de la Partida 5a. se dice así: "Menoscabos o daños reciben muchas vegadas los menores en sus bienes por mengua de sí, porque non han entendimiento cumplido en las cosas así como les sería meester, o por culpa o por engaño de sus guardadores o dotri..." (4)

"En quanto a los mayores de edad, la Ley 56, Título V de la Partida 5a., aceptó la lesión ultradimidium del derecho romano, en los siguientes términos: "Otro sí decimos decimos que se puede desfacer, la vendida que fuese hecha por menos de la mitad del derecho prescío que podiera valer en la sazón que la ficieron; ca si el vendedor podiere esto probar puede demandar al comprador que cumpla sobre aquello quel habie dado, tanto quanto la cosa podría entonces valer segunt derecho; si esto non quisiere facer el comprador debe desamparar la cosa al vendedor al rescibir del el prescío quel habie dado por -- ella. Otro sí decimos que si el comprador podiese probar que dió por la cosa más de la meytad del derecho prescío que pudiera valer en aquella sazón que la compró que puede demandar que se desfaga la compra o que baxen del prescío aquello que más dió..." (5)

"En la Ley 2a., título I Del Libro X de la Novísima Recopilación, se dijo lo siguiente: "si el vendedor o comprador de - dixere que fue engañado en más de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dixere que lo que valió diez vendió - por menos de cinco maravedís o el comprador dixere que lo que valió diez dió por ello más de quince, mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valía la cosa al tiempo que fué comprada o de la dexar al vendedor, tornándole el precio que rescibió y el vendedor debe tornar al comprador lo demás del derecho precio que le llevó o de tomar de la cosa que vendió o tornar al precio que rescibió; y esto -- mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables..." (6)

(4) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano.- p. 371

(5) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano.- Obligaciones.- p. 371

(6) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Obra Citada.- p.371-372

De acuerdo con el mencionado estudio de Gómez Aebo, las anteriores disposiciones del Fuero Real, Las Partidas y la Novísima Recopilación regulaban en sus manifestaciones más importantes el problema de la lesión en el antiguo derecho español. Posteriormente, el proyecto del Código Civil para España del año de 1851, introdujo reformas de trascendencia, estatuyendo en los artículos 1164 y 1165, lo siguiente: "Ninguna obligación o convenio se rescinde por lesión, aunque sea enormísima sino en los casos del artículo siguiente. "Las obligaciones pueden rescindirse: 1a., por vía de restitución a las personas sujetas a tutela o curaduría; 2a., por el fraude cometido en perjuicio de los acreedores en la enajenación de los bienes de su deudor; 3a., en los demás casos en que especialmente lo determina la ley". (7) En el artículo 1169 del mencionado proyecto se tomó en cuenta una desproporción relativamente mínima entre las prestaciones para que procediera la acción rescisoria por la lesión, toda vez que bastaba que el contrato se hubiera celebrado con perjuicio en un cuarto del valor de los bienes.

Tuvo importancia el sistema anterior, debido a que fue adoptado por el Código Civil español en sus artículos 1291 a 1293.

En este último precepto se repite la norma de que ningún contrato se rescindirá por lesión fuera de los casos mencionados en las fracciones I, II y V del artículo 1291, en los términos siguientes:—"Los contratos que pudieran celebrarse sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos". "Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior". "Los celebrados de cualquier otro tipo en que especialmente lo determine la ley". (8)

En cuanto a las peticiones hereditarias el artículo 1074 dispuso que: "Podrán también ser rescindidas las peticiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas".

(7) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones.- p.372

(8) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. p. 372

En el repetido estudio de Gómez Aedo, se dice lo siguiente: "Derecho Intermedio.- Es en el siglo XIV cuando la lesión - toma definitiva carta de naturaleza en el mundo del derecho. Es aquel el siglo de oro de las instituciones de equidad: el derecho se cristaliza; pierde sus briosos y puros contornos jurídico-clásicos, pero en cambio se hace flexible y moral".

"Los romanistas de la escuela de Bolonia, con rigurosidad -- técnica, dan a la lesión un fundamento subjetivo y llegan a la consecuencia obligada de esta justificación: la extensión de la laesio a todos los contratos y a ambas partes intervinientes. Acogen para ello el concepto *doctus re ipsa* (D. 45. 1. y v. o. 36), que proviene de la diferencia de valor de -- las recíprocas prestaciones. Puesto que la lesión se justifica como vicio de consenso, no hay razón para aplicarla al vendedor y no al comprador. Quizá éste merezca más la tutela jurídica, ya que nadie mejor que el vendedor conoce el valor de la cosa. "Inmediatamente se extiende la lesión a la venta de muebles, y después en forma insensible, a la permuta, dación de pago, arriendo, sociedad, partición, enfiteusis, - etc. Incluso en la donación remuneratoria era posible el error sobre los valores".

"El siglo XVI, que señala con la Reforma el ocaso de la influencia político-social de la Iglesia, marca también el declinar de la lesión. Poco a poco el dominio de la lesión se va reduciendo y retirándose la doctrina al punto de partida. Persiste, sin embargo, la fundamentación subjetiva asimilándola al dolo. Se amplía, en cambio, la laesio en la partición y se admite para ella diferencias inferiores a la mitad del valor; se exige que la lesión sea importante, pero no se señala tope fijo, y más tarde aparece el cuarto, que pasa al Código". (9)

La Revolución francesa, fundándose en la absoluta libertad - en la contratación, admitió la autonomía privada como regla fundamental en los convenios y, por lo tanto, concluyó en el sentido de reputar como precio justo aquel que las partes hubieren estipulado, aboliéndose así la lesión en los contratos a partir de 1790.

"Código Napoleón.- El primer proyecto de Código Civil francés no mencionó en lo absoluto a la lesión.

(9) ROJINA VILLAGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones.- p. 373

Portalis fue el primero que nuevamente volvió a defender - la acción rescisoria por lesión, estimando que la desproporción en las prestaciones y, especialmente, entre el precio y el valor de la cosa en el contrato de compra-venta, hacía perder su causa al negocio jurídico. Estimó que en los casos de lesión existe en el fondo un error en la manifestación de voluntad, debiendo ser ineficaz el contrato - sin que se ponga en peligro la estabilidad de las operaciones. Bajo la influencia de Domat, Pothier y Portalis, el Código Napoleón reguló nuevamente la lesión, pero la limitó a la compraventa y a las particiones hereditarias".(10)

Dicen así los artículos respectivos: "Art. 1118. La lesión no vicia los convenios sino en ciertos contratos o -- respecto de ciertas personas..." "Artículo 1647. Si el -- vendedor ha sido lesionado en más de siete doceavos en el precio de un inmueble, tiene el derecho de pedir la rescisión, aún cuando expresamente hubiera renunciado en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión de la venta.." "Artículo 1675. Para saber si hay lesión de más de siete doceavos hay que estimar el inmueble según su estado y su valor en el momento de la venta". "Artículo 1676. La demanda no es admisible después de la expiración de dos años a contar del día de la venta..."

Las disposiciones del Código francés, hacen notar que en -- cuanto a los menores se les proteja siempre que demuestren haber sufrido lesión, aún cuando sea mínima, disponiendo -- el artículo 1305 que es la simple lesión la que se toma en cuenta para conceder la acción rescisoria en favor del menor, quien no está obligado a probar que la otra parte tuvo el ánimo de perjudicarlo, ni que la desproporción sea -- enorme.

La jurisprudencia se ha empeñado en lograr un trato más -- justo en las relaciones contractuales, protegiendo a los -- perjudicados en el contrato de prestación de servicios en contra de honorarios excesivos de abogados, procuradores, notarios, arquitectos, médicos y agentes de negocios. Sin embargo, el sistema francés es incoherente e incompleto, -- sin tomar en cuenta en forma sistemática y de manera generalmente completa que el móvil de la lesión es siempre la explotación indebida.

Según ya hemos explicado, aun cuando en el Código Napoleón se atiende al vicio objetivo, la doctrina que lo ha inspirado tomó en cuenta causas internas o subjetivas, presumiendo error o violencia moral en los casos de lesión en las particiones hereditarias o en la compraventa, respectivamente.

Códigos Civiles de 1870 y 1884.- En la exposición de motivos del Código Civil de 1870, se hace referencia a la rescisión y nulidad de las obligaciones, se dice lo siguiente:

"Este capítulo contiene algunas reglas generales y las referencias conducentes porque en cada contrato, así como en los títulos procedentes, se han fijado ya los casos en que tiene lugar la rescisión. Sólo se hará observar el artículo 1771, en que se declara: que las obligaciones no se rescinden por causa de lesión; porque establecidas las reglas de los contratos en general y en particular, y debiéndose conocer el Código de todos los ciudadanos, cada uno debe cuidar de asegurarse al contratar. Además; se han establecido las reglas necesarias para la rescisión por dolo y por error, de donde resulta, que no hay necesidad de las relativas a lesión, pues cuando ésta se verifica, hay por lo común error y no pocas veces dolo. Así se cierra la puerta a cuestiones interminables y de muy difícil solución. Solo se exceptúa el contrato de compraventa en los términos que establece el artículo 3023, porque siendo dicho contrato el más frecuente e imposible en muchos casos valerse de él en la mediación de peritos, era preciso conservar al perjudicado la acción rescisoria por causa de lesión; mas como debe procurarse, en cuanto sea posible, la subsistencia en los contratos, se previene en el artículo 1772, que no se repite lesión, el daño que sufra cualquiera de los contratantes sino cuando el que adquiere da dos tantos más, o el que enajena recibe dos tercias partes menos del justo precio de la cosa. No habrá, pues, en lo sucesivo más que un género de lesión atendible y desaparecerán de nuestro foro los términos de enorme y enormísima". (11)

Los artículos 1770, 1771, 1772, 3022 y 3023 del Código de 1870, relativos a la lesión, fueron reproducidos con los números 1656, 1657, 1658, 2889 y 2890 del Código de 1884, en los siguientes términos; "No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas son válidas". "Ninguna -

(11) Código Civil de 1870.

obligación se rescinde únicamente por lesión, salvo lo dispuesto en el artículo 2890". "Solo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más, o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa". "El contrato de compraventa no podrá rescindirse en ningún caso a pretexto de lesión, siempre que la estimación de la cosa se haya hecho por peritos al momento de celebrarse el contrato". "Si la cosa ha sido valuada por peritos con posterioridad a la celebración del contrato, podrá rescindirse éste, si del dictamen de aquellos resulta que alguna de las partes ha sufrido lesión en los términos que establece el artículo 1658". (12)

Tomando en cuenta las razones que se dan en la exposición de motivos en el Código de 1870, cabe considerar que el de 1884, al reproducir los preceptos respectivos, aceptó la tesis de que cuando existe lesión hay por lo común error y no pocas veces dolo. Sin embargo, se exceptuó el contrato de compraventa por la circunstancia de que no siendo posible valerse de peritos en la mayoría de los casos, era conveniente dar al perjudicado la acción rescisoria cuando pagara dos tantos más o recibiera dos tercios menos del justo precio de la cosa.

Si juzgamos simplemente el sistema de nuestra legislación anterior, tal como se desprende textualmente de los preceptos ya transcritos habrá que concluir que la lesión se reguló exclusivamente como un vicio objetivo, equiparando al comprador y al vendedor y bastando la desproporción entre la cosa y precio ya antes indicada, para que se rescindiera el contrato.

Además, al estatuirse en el artículo 1657 del Código 1884 - que ninguna obligación se rescinde por lesión, agregándose en el 1656 que sólo pueden rescindirse las obligaciones que en sí mismas son válidas, resulta de estos textos que la lesión fue considerada en la compraventa, único caso en que se aceptó, como una causa de rescisión y no de nulidad. De esta suerte se le distinguió de los vicios del consentimiento que sí son causa de nulidad del contrato. Más aún, al rescindirse la compra-venta por lesión, es porque se reputa válida, pues solo se rescinden los contratos válidos.

Ahora bien, resulta contradictorio afirmar al propio tiempo que la lesión entraña un vicio del consentimiento y, no obstante ello, sólo motiva la rescisión de la compraventa, ya que siendo el contrato válido en sí mismo, no puede ser también nulo, porque en el fondo no exista error, dolo o violencia. Es así como desde un punto de vista estrictamente literal, los textos de los Códigos de 1870 y 1884, nos llevan a la conclusión, de que bastaba la desproporción matemática señalada por la ley, para que procediera la rescisión de la compraventa, aún cuando no hubiera habido algún vicio del consentimiento en la víctima, o bien, a pesar de que la misma no fuese ignorante, inexperta o se hubiere abusado de su estado de necesidad. Sólo se exceptuaba el caso previsto por el artículo 2869, relativo al previo avalúo de la cosa por peritos, pues entonces habría que considerar que si con conocimiento de causa, el perjudicado pagaba dos tantos más o recibía dos términos menos del justo precio o estimación pericial de la cosa, era porque tenía el ánimo de hacer una liberalidad a la otra parte.

Código Alemán.- El artículo 138 del mencionado Código dispone: "Un acto jurídico que ataca las buenas costumbres, es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación de tal suerte que, teniendo en cuenta la circunstancia, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación".

"Es importante hacer notar que el Código alemán considera expresamente que la lesión ataca las buenas costumbres y, por lo tanto, origina nulidad del contrato afectado por ese vicio. Aun cuando en el artículo 138 transcrito se habla en general de los actos jurídicos afectados por lesión, en rigor, ésta sólo puede presentarse en los actos bilaterales, ya sean contratos o convenios, pues supone necesariamente la reciprocidad de prestaciones, único medio a través del cual podrá existir la desproporción entre las mismas. Más aún, el contrato debe ser bilateral u oneroso, pues si es unilateral o gratuito, no podrá quedar afectado por lesión ante la falta de reciprocidad de prestaciones". (13)

El carácter ilícito que el Código alemán atribuye a la lesión, quede evidenciado en la segunda parte que supone, por una parte, la explotación indebida de las necesidades, la ligereza o inexperiencia de otro, y por la otra, la obtención de un lucro o de una ventaja patrimonial que excedan del valor de la prestación que se dé en cambio.

En el artículo 138 citado, se destacan el elemento objetivo y el subjetivo, de tal manera que la lesión resulta ser un vicio de naturaleza mixta o compleja. En efecto, la desproporción chocante entre las prestaciones que permite obtener a una parte ventajas patrimoniales excesivas sobre la otra, caracteriza el elemento objetivo de la lesión. A su vez, la explotación de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, entraña el elemento subjetivo por partida doble pues atiende tanto el ánimo ilícito del explotador como a la situación subjetiva de la víctima que es inoperata, ligera o se encuentra en estado de necesidad. No bastaría esta situación personal del perjudicado, si no hay el ánimo de explotar, es decir, de sacar provecho indebido de esa inferioridad económica, moral o espiritual de la víctima.

"En el Código alemán la lesión origina la nulidad del contrato. que equivale a nuestra nulidad absoluta, a diferencia de la impugnación que requiere que el perjudicado la denuncie en forma privada a la otra parte, y que es semejante a nuestra nulidad relativa desde el punto de vista de que el acto impugnado es susceptible de convalidación por una ratificación del perjudicado o de su representante legal. También la facultad de denunciar privadamente el contrato para que no surta efecto legal, es prescriptible.

Según lo expuesto, debe entenderse que al declarar el artículo 138 del Código alemán que es nulo el acto jurídico viciado por la lesión, ello significa que se le niega definitivamente toda consecuencia jurídica". (14)

De esto se desprende que en los casos de lesión bastará con acreditar los dos elementos (objetivo y subjetivo) a que nos hemos referido, para que el juez declare la nulidad, aún cuando la víctima no haya ejercitado la acción correspondiente, siendo además inconfirmable el contrato respectivo e irrenunciable el derecho de pedir la nulidad, pues ---

(14) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones.- p. 377

siendo el acto contrario a las buenas costumbres, se reputa de interés público su ineficiencia, en todo el tiempo.

Código suizo de las obligaciones.- El artículo 21 del mencionado Ordenamiento dice así: "En caso de evidente desproporción entre la prestación prometida de una parte y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el término de un año declarar que rescinde el contrato y reclamar lo que hubiese pagado, si la lesión hubiera sido determinada por el abuso de su penuria, de su ligereza o de su inexperience. El término del año empieza a contarse desde la conclusión del contrato".

"Tiene que existir una desproporción manifiesta entre la -- prestación y la contraprestación;... Pero, además de esta desproporción, hay que atenerse al valor objetivo de las -- prestaciones, calculando un arreglo a criterios generales -- en el momento de contratar, y habida cuenta de las coyunturas y de la mayor o menor seguridad que reina en el mercado... Pero, además de esta desproporción objetiva, ha de darse un elemento subjetivo, a saber, explotación de la penuria, inexperience o ligereza de la otra parte. No es necesario que la penuria sea precisamente económica; puede depender también de necesidades personales muy apremiantes de otro género;... El criterio de la inexperience o ligereza puede regir también con personas que no carezcan del todo -- de discernimiento. Por explotación habrá de entenderse el hecho de aprovecharse conscientemente de la penuria, inexperience o ligereza de la otra parte para arrancarle un provecho excesivo, siendo indiferente que la iniciativa del -- contratante favorecido o del perjudicado. La explotación * de la inexperience constituirá generalmente, a la par, un caso de dolo y la de la penuria un caso de vis compulsiva, cuando el logrero haya provocado intencionalmente la penuria o esté obligado por alguna razón a remediarla. El Código Civil alemán considera los negocios usurarios como inmorales y por consiguiente nulos; en cambio, el Código Obl., que a nuestro juicio está en esto más acertado, hace depender la validez del contrato de la voluntad de la parte perjudicada, autorizándola para impugnarlo, si lo estima oportuno en término de un año". (15)

Código Civil de Distrito y Territorios Federales de 1928.-- El artículo 17 del citado Código, está concebido en los siguientes terminos. "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, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en éste artículo dura un año".

El mencionado precepto tiene mayor semejanza con el artículo 21 del Código suizo de las obligaciones, que en el artículo 138 del Código alemán. En efecto, en nuestro artículo 17 se habla de "lucro evidentemente desproporcionado", en el Código suizo se parte también de una "evidente desproporción"; en cambio, el Código alemán trata de "ventajas que estén en desproporción chocante en relación con la prestación".

En el Código suizo las causas son: abuso de la penuria, ligereza o inexperiencia; en el alemán: necesidad, ligereza o inexperiencia y en nuestro Código, suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. Fundamentalmente los tres ordenamientos coinciden en considerar a la lesión como un vicio objetivo y subjetivo a la vez. Además con un carácter francamente ilícito, debido a que en todos ellos se parte de un ánimo consciente de explotar a un semejante que se encuentra en condiciones de inferioridad por causas de orden mental o espiritual, por un estado de necesidad económica o de otro género, o bien, por una carencia absoluta de conocimientos en cuanto al negocio materia del contrato.

Existe evidente analogía entre el Código suizo y el nuestro por lo que ve a la acción rescisoria que se concede al perjudicado y que sólo dura un año. Sin embargo, en nuestro Código se incurre en una contradicción si se relacionan los artículos 17 y 2228, pues en tanto que en el primero se caracteriza la acción como rescisoria, en el segundo se le regula como una acción de nulidad relativa. Ahora bien, ya hemos dicho que la rescisión supone la validez de las obligaciones, por cuanto solo se rescinden las obligaciones que en sí mismas son válidas. Por tal motivo, no puede decirse que la lesión es causa al mismo tiempo de rescisión y de nulidad, pues en el primer caso se afirma que el contrato es válido y, en el segundo que es nulo, lo que evidentemente resulta contradictorio. Ningún contrato puede ser válido y nulo a la vez.

LESION

a) Concepto

¿Que es la lesión?

La lesión puede tener diferentes significados si consultamos el diccionario nos dice que es un daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad; o que es un delito que consiste en causar a otro un daño en el cuerpo o en la salud: pero ¿Cuál es el significado que tiene en nuestra materia?.

A la lesión se le considera como un perjuicio que sufre una de las partes en los contratos a título oneroso, y, más especialmente el daño que ese causa en las ventas por no hacerlas en su justo precio.

Como se observa tiene diferentes significados pero todos muy parecidos puesto que se coincide en que se causa un daño. El maestro Froylan Bañuelos nos dice que: "La lesión es el perjuicio que sufre una persona por efectos de un contrato que ha celebrado, perjuicio resultante del desequilibrio evidentemente desproporcionado en las respectivas prestaciones de las partes". (16)

Pero el precepto legal que sin duda nos da un concepto más real de lo que es la lesión, es, sin discusión el artículo 17 del actual ordenamiento civil que nos 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, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo es para un año y así, como ya observamos existen tres teorías que explican a la lesión 1) La que la considera como un vicio subjetivo, 2) la que la considera como un vicio objetivo y 3) la ecléptica. En nuestra legislación obviamente se considera dentro de la teoría ecléptica, esto es, deben de conjugarse los dos elementos o sea debe de existir la desproporción muy evidente y que el perjudicado tenga notoria inexperiencia o sea muy ignorante en los asuntos de carácter económico jurídicos o que se aprovechen de la miseria que sufre para que se considere

(16) BAHUELOS, Froylan. "De la interpretación de los contratos y testamentos".- p. 83

que existe lesión.

b) Elementos.

Tomando de base el mismo artículo 17 del Código Civil encontramos los elementos de la lesión y podemos dividirlos en objetivos y subjetivos.

Elemento Objetivo.

El elemento objetivo que encontramos en la definición es el "lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado".

Elemento Subjetivo.

En este renglón encontramos a tres elementos subjetivos que son:

- a) suma ignorancia.
- b) extrema miseria.
- c) notoria inexperiencia.

Ahora analicemos estos elementos ¿Que es la ignorancia?

La ignorancia puede ser de hecho o de derecho. La ignorancia de derecho es el desconocimiento de la ley que a nadie excusa, y a que rige la necesaria presunción de que habiendo sido aquella promulgada todos desean conocerla. La ignorancia de hecho es la que se tiene de un hecho, y puede ser tenida en cuenta en las relaciones jurídicas como vicio del consentimiento o como excusa en algunas ocasiones, siempre que sea excusable y no provenga de negligencia en quien la alega.

¿Que es la extrema miseria?

Se comprende a alguien que ha caído en desgracia o infortunio y se encuentra en una situación de pobreza extremada.

¿Que es notoria inexperiencia?

Se entiende de alguien que nunca ha tenido prácticas de algun tipo específico. Ser inexperto.

¿Que es lucro excesivo?

Obtener una ganancia muy superior a la normal.

c) Requisitos.

¿Cuáles son los requisitos para que se cumpla la lesión?

Para que exista la lesión se deben dar los elementos tanto objetivos como subjetivos puesto que no se podría alegar que existe lesión si existe un lucro excesivo pero no existe suma - ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia, así que - es necesario que se conjuguen los dos elementos para que exista la lesión.

Pero que sucede si solo existe media ignorancia, media miseria, media inexperiencia y si existe un lucro excesivo ¿Se podrá promover la rescisión o nulidad?. Este punto lo analizaremos en el siguiente capítulo.

Por lo tanto los requisitos de la lesión son: Que existan los elementos objetivo y subjetivo ya analizados en el contrato.

-- Capítulo Tercero --

III. Efectos.

- 1.- Elementos de Existencia y Validez de los Contratos. 2.- Clasificación de los Actos Jurídicos. 3.- Elementos Esenciales del Acto Jurídico. 4.- Requisitos de Validez del Acto Jurídico. 5.- Vigencias de la Voluntad.
- a).- Nulidad Absoluta.
- b).- Nulidad Relativa.
- c).- Rescisión.
- d).- Reducción Equitativa.

CAPITULO III EFFECTOS.

Antes de continuar, creo necesario aclarar que en este trabajo me referiré a la lesión y sus efectos en el contrato de mutuo ubicándola solamente en las materias civil y penal, pues aunque tenemos prácticas de carácter mercantil e inclusive relaciones jurídicas de particulares con instituciones de crédito, considero que si también analizara éstas me apartaría del objeto principal de este estudio.

En los capítulos anteriores se ha expuesto a grandes rasgos lo que es el contrato de mutuo, así como la figura jurídica de la lesión; ahora bien, en este tercer capítulo trataré lo referente a los efectos jurídicos que causa encontrar la lesión en el contrato de mutuo así como las diferentes soluciones que nos da nuestro ordenamiento civil vigente.

Como vimos anteriormente el actual Código Civil en su artículo 17 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, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato y de ser esta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo dura un año".

El artículo 2228, dice: "La falta de forma establecida por la ley si no se trata de actos solemnes, así como de error, dolo, violencia, lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

El artículo 2395, dice: "El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundamentalmente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia 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".

El Código Alemán, en su artículo 138 manifiesta que la lesión produce nulidad, una nulidad que es equiparable a la nulidad absoluta que rige en nuestro Derecho.

Antes de entrar de lleno a analizar estas cuatro figuras (nulidad absoluta, nulidad relativa, rescisión y reducción equitativa), creo conveniente mencionar los elementos de existencia y de validez para que los contratos surtan efectos y para analizar cómo surten efectos los contratos, debemos saber lo que son los hechos y los actos jurídicos.

"El acto y el hecho jurídicos constituyen las formas de realización de los supuestos de derecho". (1)

"El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico". (2)

"El hecho jurídico es una manifestación de voluntad que genera efectos de Derecho, independientemente de la intención del autor de la voluntad, para que esos efectos se traduzcan o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos". (3)

La doctrina francesa expone la teoría tripartita, que es la - que adoptó nuestro Derecho, nos muestra tres divisiones: hechos jurídicos lato sensu; actos jurídicos y hechos jurídicos stricto sensu.

Los hechos jurídicos lato sensu son "todas las conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas". El maestro - Gutiérrez y González nos expone un cuadro sinóptico de los hechos jurídicos lato sensu y sus clasificaciones.

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" p. 115.

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit.- p. 115

(3) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones".- p. 126

Como hemos visto los hechos jurídicos lato sensu se dividen en actos jurídicos y hechos jurídicos stricto sensu, como ya mencioné, el acto jurídico, es aquel que se realiza para producir consecuencias de Derecho, que pueden consistir, en crear, --- transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

"El acto jurídico es la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y que produce el efecto deseado por su autor porque el Derecho sanciona esa voluntad". (4)

"Hay acto jurídico en aquellos hechos voluntarios ejecutados - con la intención de realizar consecuencias de Derecho y por es to se define como una manifestación de voluntad que se hace -- con intención de originarla". (5)

CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS:

- a) Unilaterales.
- b) Bilaterales o Plurilaterales.

"Los actos jurídicos unilaterales son aquellos en que internie ne para su formación una sola voluntad o varias pero concurren tes a un idéntico fin.

En esta figura no importa el número de voluntades que interven gan sino la identidad de efectos jurídicos que se buscan". (6)
Ejemplo remisión de deuda.

"Los actos jurídicos bi o plurilaterales son aquellos que pa-- ra su formación requieren de dos o más voluntades, que buscan efectos jurídicos diversos entre sí, estos actos deben denomi- marse también convenios lato sensu y se definen como el acuer- do de dos o más voluntades para crear, modificar, transferir, extinguir derechos y obligaciones". (7)

El Código Civil en su artículo 1792, dice: "Convenio es el a-- cuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

- (4) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 124.
- (5) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit.- p. 116.
- (6) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. Cit.- p. 124-125.
- (7) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. Cit.- p. 125.

Los convenios se subdividen en: a) Contratos, b) Convenios -
stricto sensu.

Los contratos son los acuerdos de dos o más personas para --
crear o transferir derechos y obligaciones.

El Código Civil en el artículo 1793, nos señala: "Los conve-
nios que producen o transfieren las obligaciones o derechos,
toman el nombre de contratos".

Los convenios stricto sensu son los acuerdos de dos o más vo-
luntades para modificar, o extinguir derechos y obligacio---
nes, este concepto se obtiene por exclusión del análisis del
artículo 1793.

Los hechos jurídicos en stricto sensu.

"Se considera que existen cuando por un acontecimiento natu-
ral o por un hecho del hombre, en el que no interviene la -
intención de originar consecuencias de derecho, se originan
no obstante éstas". (8)

Estos hechos pueden ser de dos clases:

- a) Voluntarios o del ser humano.
- b) De la naturaleza.

"Los hechos voluntarios o del ser humano son las conductas -
humanas que generan consecuencias jurídicas de manera inde--
pendiente a la voluntad de su autor, para que esas consecuen-
cias se produzcan o no". (9)

Estos hechos a su vez se subdividen en:

- a) Hechos voluntarios lícitos.
- b) Hechos voluntarios ilícitos.

Los hechos voluntarios lícitos son "aquellas conductas que -
van de acuerdo con las leyes de orden público o las buenas -
costumbres". (10)

(8) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit.- p. 116

(9) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 120

(10) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 127

"Los hechos voluntarios ilícitos son aquellas conductas que - van en contra de una ley de orden público o de las buenas costumbres, y en donde la voluntad del autor, haya querido o no el hecho y haya querido o no las consecuencias, éstas se generan independientemente de su voluntad. A estos hechos se les da el nombre de delitos". (11)

Los hechos de la naturaleza "son los acontecimientos de la naturaleza en donde para nada interviene la voluntad humana y - que el derecho considera como lato para que se generen cierto tipo de consecuencias jurídicas". (12)

De esta forma hemos analizado **soberamente** los hechos y actos jurídicos.

El contrato de mutuo está ubicado dentro de los actos jurídicos bilaterales que crean o transfieren derechos y obligaciones. Pero ¿que necesitan estos actos para que sean totalmente legales?. Analizaremos los elementos esenciales y los requisitos de validez del acto jurídico así como sus efectos en caso de ausencia de alguno de estos.

Elementos esenciales del acto jurídico:

- a) Objeto.
- b) Consentimiento (manifestación de voluntad).

Sin estos elementos el acto jurídico no puede concebirse.

Objeto.

"El objeto debe de ser física y judicialmente posible. En -- los actos jurídicos debemos dividir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto.

El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El objeto indirecto es en sí, la cosa o el hecho materia de - un convenio". (13)

(11) GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 127

(12) GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 127

(13) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit.- p. 129

"Si no se producen estas consecuencias el acto no existe desde el punto de vista jurídico. El acto en el que el acuerdo de voluntades o la manifestación intencional no tenga como objeto esas consecuencias, no es acto jurídico". (14)

Consentimiento.

"El consentimiento es la manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando se exterioriza por el lenguaje oral, escrito o mímico. Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje". (15)

Requisitos de validez del acto jurídico.

"Una vez que el acto existe por darse la voluntad o reunirse las voluntades y referirse a un objeto, se precisan otros requisitos para que el acto valga; así, la ley ha establecido que no basta la creación de un acto si no se requiere además que la voluntad o voluntades que en él intervinieron, sean capaces las personas y conscientes de lo que hacen.

Pero no basta que las partes sean capaces, se requiere además que externen su voluntad de manera libre y nunca forzada y se necesita también para que el acto valga, a más de intervenir en él voluntades capaces y libres que éstas persigan un objeto, les guíe un motivo o persigan un fin de los que la ley o las buenas costumbres de la época consideren como lícito.

Por último, una vez que esas voluntades capaces y libres persiguen un objeto, se guía por un motivo o persiguen un fin lícito, se deben exteriorizar al mundo del Derecho, en la forma o manera que este lo determina.

De lo anterior, se desprende que la ley exige cuatro requisitos para que el acto valga". (16)

(14) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" p. 129

(15) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" p.- 120

(16) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit. p. 132

- 1).- Capacidad.
- 2).- Ausencia de vicios en el consentimiento.
- 3).- Forma.
- 4).- Objeto motivo o fin ilícitos.

Analizaremos estos cuatro puntos: ¿Que es la capacidad?.

La incapacidad y la capacidad pueden ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona por el hecho de serlo tiene siempre capacidad de goce. Puede haber una capacidad - total o parcial, pero por el hecho de ser persona, el sujeto tendrá capacidad total o por lo menos parcial.

"La capacidad de ejercicio, consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o cumplir sus obligaciones para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicios como actor o demandado por su propio derecho. La capacidad de ejercicio supone la de goce, si no hay la capacidad de goce, no puede haber de ejercicio relativamente a los derechos y obligaciones. En donde no exista la capacidad de goce, menos puede ejercerse un derecho, porque la ley lo impide. Quien no pueda contraer una obligación es lógico que no tendrá capacidad para cumplirla.

La incapacidad de ejercicio consistirá en la falta de aptitud para hacer valer directamente los derechos o las obligaciones". (17)

"Tienen incapacidad de ejercicio los menores de edad, los privados de inteligencia o idiotismo o imbecilidad o quienes padecen perturbaciones en sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes; también los sordomudos que no sepan leer ni escribir". - (18)

¿Que es la forma?.

Es uno de los actos que se requieren para darle validez al acto. Los actos jurídicos se clasifican en consensuales, formales y solemnes, "son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad; por lo tanto toda ma

(17) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" p. 136

(18) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. p. 138

nifestación de voluntad es válida, ya se haga verbalmente, - por escrito o por señas o se desprenda de actos que hagan -- presumir la voluntad". (19)

"Los actos formales son aquellos que necesariamente requieren para su validez de la forma escrita. No admiten por ende, el consentimiento tácito ni el manifestado por mímica o verbalmente, sino solo el expreso y por escrito". (20)

Aquí, la voluntad expresada a través del lenguaje oral o del mímico, no obstante para los actos formales.

Dentro de la expresión escrita, caben dos formas: El documento Público y el documento privado.

Se llama documento público "aquel que se otorga ante el funcionario que tiene fé pública, ejemplo, Notario, Secretario de acuerdos de un Juzgado, en ciertos casos la ley requiere que la voluntad se exteriorice en documento público.

Se llama escritura pública cuando la voluntad se otorga ante Notario". (21)

"Los actos solemnes son aquellos que requieren de una formalidad escrita especial, pero de rango tal, que si falta, el negocio jurídico no llega a tener existencia de ahí la radical diferencia entre la solemnidad y la forma, pues aunque - ambas son formalidades escritas de los negocios jurídicos, - fundamentalmente se distinguen porque la solemnidad es elemento esencial del negocio en tanto que la forma es solo un elemento de validez. Es decir, si la forma falta, el negocio existe, solo que herido de nulidad; mientras que si falta la solemnidad, el negocio no llega jurídicamente a existir, como ejemplo tenemos al matrimonio, si este no se otorga ante el Oficial del Registro Civil, inscribiéndose en el libro que determina la ley, no hay matrimonio". (22)

¿Cuáles son los vicios de la voluntad?.

(19) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" p. 138

(20) ORTIZ URQUIDI, Raúl. "Derecho Civil" p. 336

(21) ROJINA VILLEGAS, Rafael. OB. cit.- p. 138

(22) ORTIZ URQUIDI, Raúl. "Derecho Civil" p. 336

Los vicios de la voluntad son: Erros, dolo, violencia y lesión.

Pero antes debemos saber que es un vicio.

"Se entiende por vicio la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución", (23)

Error.- "Es el mayor vicio de las convenciones, pues las convenciones son formadas por el consentimiento de las partes y no puede haber consentimiento cuando las partes se han equivocado sobre el objeto de su convención". (24)

"El error es una creencia contraria a la realidad, es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el Derecho el error es la manifestación de voluntad, y vicia a ésta, por cuanto que el sujeto se obliga a partir de una creencia falsa o bien pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones". (25)

Otro concepto de error es el que nos da el maestro Gutiérrez y González: "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". (26)

El Dolo.- El Código Civil determina en su artículo 1815 que: "se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sustracción o artificios que se empleen para inducir a error o mantener en él a algunos contratantes".

Se llama dolo a todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico.

Violencia:- La violencia "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". (27)

23) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". p. 272

24) POTIER. "Tratado de las Obligaciones" p. 21

25) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit.- p. 139-140

26) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 273

27) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit.- p. 305

El Código Civil en su artículo 1819 dice: "Hay violencia cuando se emplea 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".

Lesión.- (figura en Estudio)

Y, finalmente que el objeto, motivo o fin del contrato no estén en contra del Derecho ni de las buenas costumbres del lugar.

Pero, ¿que sucede cuando faltan en los actos jurídicos alguno de los elementos esenciales o de los requisitos de validez?.

El artículo 1794 de nuestro actual ordenamiento civil, dice: "Para la existencia del contrato se requiere:

- I.- Consentimiento.
- II.- Objeto que puede ser materia del contrato."

El artículo 1795 dice: "el contrato puede ser invalidado:

- I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- II.- Por vicios del consentimiento.
- III.- Porque su objeto, motivo o fin, es ilícito.
- IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

Con esto, tenemos que si la conducta de una o unas personas no reúnen los elementos de existencia y los requisitos de validez, o no existirá esa conducta como acto jurídico, o si existe, no tendrá valor como acto jurídico.

"Una conducta humana es inexistente para el derecho o es un acto inexistente cuando le falta un elemento esencial en ausencia del cual es lógicamente imposible concebir su existencia jurídica. El maestro Gutierrez y Gonzalez, opina que está mal utilizado el término acto inexistente y si se califica de acto no puede ser inexistente y si es inexistente, no puede ser acto".

"Cuando en un acto jurídico falta uno de esos elementos decimos que en el acto jurídico es inexistente para el Derecho, es la nada jurídica".

De manera que la inexistencia se produce por falta de voluntad en un acto unilateral o por falta de consentimiento en el acto plurinatural.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades. Si las voluntades no se ponen de acuerdo, no llega a formarse el contrato.

Es inexistente también el acto jurídico por falta de objeto, el cual puede ser imposible desde el punto de vista físico o jurídico y esta imposibilidad del objeto equivale a la no existencia del mismo. Se dice que es materialmente imposible físicamente, cuando el objeto jamás podrá realizarse en virtud de que factores de la naturaleza constituyen el obtáculo insuperable de su realización o también que el objeto es imposible desde el punto de vista jurídico: físicamente puede realizarse, pero una norma jurídica impide su realización de manera absoluta.

Así el artículo 2224 concluye: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto no puede ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por la confirmación, ni por la prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado". (30)

Así la ley nos manifiesta cuando algún acto jurídico tiene ausencia de los elementos esenciales del mismo, ello dará lugar a que se declare la inexistencia del mismo. Pero ¿que sucede si en el acto se dan los elementos pero de un modo imperfecto?. Al respecto la doctrina dice lo siguiente: "El acto en que si se dan los elementos de existencia, pero de modo imperfecto, es nulo, por este motivo es que ó no produce ningún efecto jurídico al igual que el inexistente o produce sus efectos en forma provisional, pues éstos serán destruidos de manera retroactiva cuando se determine la nulidad por la autoridad".

De aquí se deduce que para esta tesis hay dos clases de nulidad:

- a).- La absoluta.
- b).- La relativa.

NULIDAD ABSOLUTA.- Se origina con el nacimiento del acto cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley de orden público (o sea ilícito).

NULIDAD RELATIVA.- Al igual que la absoluta, nace con el acto o se vicia desde su nacimiento (puede consistir en que una de las partes no tenga la capacidad de ejercicio o no tenga la forma prevista por la ley o que su consentimiento este viciado).

El Código vigente regula la nulidad absoluta y la relativa en el artículo 2225, ya no se dice que la nulidad absoluta tiene por regla general, como causa, el hecho ilícito, sino que la ilícitud en el objeto, en el fin, es la condición del acto, produce efectos de nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley. Aquí tenemos una solución muy interesante que da nuestro Derecho a este problema: el criterio es distinto para el legislador que para el Juez. El legislador, soberanamente establece cuando el acto es ilícito o esta afectado de nulidad absoluta o relativa.

El legislador toma en cuenta la causa para clasificar la nulidad y fijan sus características de nulidad absoluta o relativa. Si la causa lo es el hecho ilícito, le da características de nulidad absoluta y excepcionalmente puede darle alguna relativa, con lo que entonces, el acto se presenta afectado de dicha nulidad.

En cuanto a la nulidad relativa, el legislador toma también en cuenta las causas: falta de forma, incapacidad o vicios de la voluntad y entonces fija las características de la misma". (31)

El artículo 2228 estatuye: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de los actos solemnes, así como el, error, dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa -- el mismo". (32)

El artículo 2226 dice: "La nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad de ella, puede hacerse valer por el interesado, no desaparece por la confirmación o por la

31) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil".
p. 125-126

32) Código Civil vigente.

prescripción". (33)

El artículo 2227 señala: "La nulidad relativa es cuando no reune todos los caracteres enumerados en el artículo anterior, siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". (34)

Analizaremos ahora los efectos que produce la presencia de la lesión en el contrato del mutuo.

a).- NULIDAD ABSOLUTA.

Ya hemos analizado lo que significa la nulidad absoluta y el único Código que considera la presencia de la lesión en el contrato de mutuo origina la nulidad absoluta del acto, es el Código Alemán: "Entró en vigor este famoso ordenamiento el día 1 de enero de 1900, pero fué promulgado casi cuatro años antes: el 18 de agosto de 1896 y publicado el 24 del mismo agosto, bajo el concepto de que su formación se remonta varios años atrás, pues el 28 de febrero de 1874, se encargó a una comisión de cinco eminentes juristas, la llamada comisión previa, que dictaminasen sobre el plan del método de formación de un proyecto de ley sobre el Derecho Civil y sobre otras propuestas. El Consejo Federal acordó el 22 de junio de 1874 instituir otra comisión de once miembros misma que a fines de 1887 concluyó el primer proyecto, sometido por acuerdo del propio consejo federal dictado el 4 de diciembre de 1890. A una comisión compuesta de diez miembros permanentes y doce no permanentes cuyos trabajos de revisión constitutivos del llamado segundo proyecto, pasaron el 17 de enero de 1896 como una memoria al Ministerio de Justicia del Reich, al Reicstag, nombrándose una comisión de 21 miembros que aceptó el proyecto con modificaciones importantes, después de un atento examen en 51 sesiones. El Bundesrat, sancionó la ley el 14 de junio de 1896. El Emperador la firmó el 18 de agosto, publicándose el 24 del mismo mes de 1896". (35)

En el Código Civil alemán, existe un precepto que siguió el suizo, pasando a nuestro actual Código, que consagra el principio de que es ilícito el acto por virtud del cual alguien explota la ignorancia, miseria o necesidad de otro, obteniendo lucro desproporcionado en relación con el gravámen que reporta.

(33) Código Civil vigente.

(34) Código Civil vigente.

(35) ORTIZ URQUIDI, Raúl. "Derecho Civil". p. 404

En este Código claramente se dice que no se trata de una nulidad relativa, sino absoluta; que es un acto ilícito, por cuanto que hay una explotación indebida a sabiendas de que la otra parte se encuentre necesitada o su estado de ignorancia o de inexperiencia le impide calcular los efectos perjudiciales del acto que realiza, dice así el artículo 131 de dicho ordenamiento: "un acto jurídico que ataca las buenas costumbres es nulo". Es nulo en particular, un acto jurídico con el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se presentan promesas o se suministran ventajas, estén en desproporción chocante en relación con la prestación". (36)

"Es importante hacer notar que el Código Alemán, considera expresamente que la lesión ataca las buenas costumbres y por lo tanto, origina la nulidad del contrato afectado de este vicio. Aún cuando el artículo 138 transcrito se habla en general de los actos jurídicos afectados por lesión, en rigor, ésta solo puede presentarse en los actos bilaterales, ya sean contratos o convenios, pues supone necesariamente la reciprocidad de prestaciones, único medio a través del cual podrá existir la desproporción entre las mismas. Más aún el contrato debe ser bilateral u oneroso, pues si es unilateral o gratuito, no podrá quedar afectado por lesión ante la falta de reciprocidad de prestaciones.

El carácter ilícito que el Código Alemán atribuye a la lesión queda evidenciado en la segunda parte del precepto que supone por una parte la explotación indebida de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro y por la otra, la obtención de un lucro o de una ventaja patrimonial que exceda del valor de la prestación que de en cambio.

En el artículo 138 citado, se destacan el elemento objetivo y subjetivo, de tal manera que la lesión resulta ser un vicio de naturaleza mixta o compleja. En efecto, la desproporción chocante entre las prestaciones que permite obtener una parte de las ventajas patrimoniales de la otra, caracteriza el elemento objetivo de la lesión. A su vez, la explotación de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, entraña el elemento subjetivo por partida doble pues atiende tanto al ánimo ilícito del explotador como a la situación subjetiva de la víctima que es inexperta, ligera o se encuentra

abemos que los atributos o características de la nulidad relativa son: que se causa por medio de vicios internos en el contrato y que puede ser ratificable, prescriptible, produce efectos y que la acción corresponde a la parte interesada, y ¿acaso no vimos en el inciso anterior que el Código Penal ubica a la lesión como un acto ilícito y por consecuencia los hechos y los actos jurídicos ilícitos producen la nulidad absoluta del acto?. Aquí, definitivamente, existe una contradicción en nuestra legislación, que no para ahí, sino que también el mismo Código Civil vigente nos da otras dos respuestas para solucionar el problema de la lesión en los contratos.

).- RESCISION.

Produce la rescisión del contrato la presencia de la lesión en el mismo?.

El artículo 17 del Código Civil dice:

Quando alguno, explotando la suma ignorancia, la notoria inesperienza o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y de ser éste imposible, la reducción equitativa de su obligación". (39)

El derecho concedido en este precepto dura un año.

Partiendo del principio de que solo se rescinden las obligaciones válidas nos encontramos con otra contradicción, pues como vimos anteriormente, la lesión (cuyo concepto se obtiene precisamente de este artículo 17), en los contratos nos da una idea de que el contrato está viciado y que por lo tanto el efecto será de nulidad. Así pues, no puede decirse que la lesión es causa al mismo tiempo de rescisión (artículo 17) y de nulidad (artículo 2228), pues en el primer caso el contrato es válido y en el segundo es nulo y aquí la contradicción pues ningún contrato puede ser válido y a la vez nulo.

).- REDUCCION EQUITATIVA.

La reducción equitativa es otra de las soluciones que nos da nuestro ordenamiento civil al encontrar la lesión en los contratos de mutuo.

39) Código Civil vigente.

El respecto el artículo 17 expresa: "Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema ignorancia de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo dura un año".

También encontramos que en el artículo 2395 del mismo Código Civil se hace referencia a la reducción equitativa.

Artículo 2395: "El interés legal es del nueve por ciento anual y el interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundamentalmente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el Juez teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir el interés hasta el de tipo legal".

Después de analizar estos cuatro criterios (nulidad absoluta, nulidad relativa, rescisión y reducción equitativa) ¿cual es el que debe prevalecer sobre los demás?

-- Capítulo Cuarto --

IV. El Mutuo y el Fraude Específico.
Antecedentes.

- 1.- Código de Manú. 2.- Código de Hammurabi.
- 3.- Las Leyes Hebráicas. 4.- El Corán. 5.- Derecho Romano. 6.- Código Alemán. 7.- Código Italiano. 8.- Código Penal vigente en México.

Fraude Civil y Fraude Penal.

Objetividad Jurídica Tutelar y Ratio Legis del Delito.

Elementos Constitutivos.

Características del Delito de Fraude.

a).- Diferencia entre Fraude Específico y Genérico.

1.- Fraude, diferentes tipos de Delito.

b).- Características Propias de la Usura.

c).- Diferencia entre Usura y Lesión.

d).- El Préstamo Mercantil.

1.- Apertura de Crédito. 2.- El Crédito. 3.- El Contrato de Préstamo Mercantil.

CAPITULO IV.

EL MUTUO Y EL FRAUDE ESPECIFICO.

Antes de hacer la diferencia debemos de saber lo que es el fraude así como sus orígenes.

Las primeras manifestaciones legislativas del delito de fraude, se encuentran en las disposiciones estatuidas por los pueblos antiguos para tutelar la honestidad en las relaciones comerciales y evitar en ellas alteraciones de calidades, pesas y medidas y la exigencia de un precio mayor al debido. El Código de Manú, castigaba al que vendía grano malo por bueno, cosa vil por fragante, cristal de roca colorado por piedras preciosas, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc.; el Código Hammurabit sancionaba las falsificaciones de pesas y medidas; las leyes hebraicas, a los comerciantes -vidos de abusar de los compradores necesitados; y el Corán, a los que abusaban y se aprovechaban de las condiciones del comprador para venderle, o del vendedor para comprarle, a precio, respectivamente mayor o menor del justo valor de la cosa hacían uso de cualquier artificio dirigido a acrecentar el aparente valor de la mercancía. Falta, empero, en todas esas legislaciones una noción técnica, un principio conceptual de fraude. Sólo por razones de oportunidad o necesidad y para hacer posible la represión se previnieron casuísticamente los citados hechos fraudulentos e incluso, algunos otros que, sin serlo, se estimaban igualmente turbadores del orden en las relaciones comerciales. Y que aunque los hechos fallosos y engañosos matizan la esencia antijurídica del delito de fraude, también fueron tomados en cuenta por el Derecho romano para integrar algunos compendiosos y difusos crímenes, como el de "futum", "falsum" y "stellionatus". (1)

En el Derecho romano fué imposible establecer la naturaleza de los fraudes que se agrupan bajo acción privada. La precisión de estafa, delito que se perseguía bajo acción privada. La precisión de los hechos que lo constituyeron se obtuvo en parte por la ley atribuible a Sila sobre los testamentos y la moneda. "La jurisprudencia de los tiempos posteriores reunió bajo la palabra "falsum", que el lenguaje moderno tradujo por falsificación, la serie de los hechos a que nos referimos, añadiéndola con frecuencia. Dicha palabra, que por su derivación etimológica (de fallare) significa fraude, y quem según uso común del lenguaje quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra, podía aplicarse a los más importantes he-

) JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano" p. 123

chos delictuosos conminados en aquella ley y en las aplicaciones que se hicieron de ella". (2)

"El desarrollo fáctico de aquel delito y su completa estructuración sólo se alcanza cuando a partir de la mitad del siglo XIX, el comercio jurídico y el tráfico mercantil se desarrollan intensamente en las relaciones humanas. El delito de fraude es, un producto malo de nuestra civilización que únicamente en la actualidad adquiere sustantividad técnica y autonomía típica. El delito en exámen es conocido con el nombre de estafa en los Códigos Penales de Francia, Alemania y España. El Código Penal de México le denomina fraude, siguiendo la tradición legislativa que iniciara el Código toscano de 1853.

Lo que constituye, en verdad, la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia. Diversos son los criterios seguidos por las legislaciones para tipificar este delito. Viejos Códigos todavía vigentes, como el francés, emplean el método casuístico y en forma cerrada enumeran los diversos comportamientos fácticos que según la revisión prevista por el legislador puede integrar el delito". (3)

Esto provocaba que si alguna persona se las ingeniara y pusiera en práctica o experimentara una forma o un método diferente que la ley no hubiera previsto, lograría quedar impune.

De esta forma la cuestión que tanto atormentaba a los viejos juristas, de separar y deslindar con fronteras claras e inequívocas el fraude civil y el fraude penal, hallaban fácil solución, pues toda conducta fraudulenta que no estubiere casuísticamente comprendida en la enumeración de la ley, sólo podía constituir un fraude de naturaleza civil.

"Antiguas legislaciones se esforzaron en hallar una forma de conciliar la enumeración casuística de las conductas de fraude y la necesidad sentida de abrir una vía para también sancionar aquellas otras no descritas en la ley, pero matizadas de la misma esencia antijurídica. Carrara recordaba que el legislador de las Siete Partidas percibió sagazmente que el delito en estudio no podía definirse, aunque se le podía e-

(2) A. de P. MORENO. "Derecho Penal Mexicano" p. 185

(3) JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano". p. 124

emplificar en algunas de sus formas, de las cuales los juzadores podrían extraer un criterio para distinguir y separar en el tráfico humano los artificios criminosos de los que no lo eran. Por eso, las legislaciones contemporáneas para resolver esta dificultad ya percibida y confesada por el viejo legislador de la península Ibérica, han seguido el sistema de ejemplificar algunas formas de delito, advirtiendo a los magistrados que dicha ejemplificación no era exhaustiva sino demostrativa. Y así, el legislador toscano, después de destacar algunos casos especiales de fraude, se vio obligado a declarar genéricamente que también incurre en este delito, "el que sorprendiendo de buena fe ajena con artificios, maniobras o ardidés deversos de los específicamente mencionados, obtiene una ganancia injusta en provecho de otro". Este es asimismo el sistema seguido por el vigente Código de España y también, aunque en forma invertida, por el Código Penal de México, habida cuenta de que tras de formular en el artículo 386 un concepto general y compendioso del delito de fraude, en las veinte fracciones del 387 que posteriormente mencionaremos, específicamente se describen otras tantas conductas fraudulentas. En realidad aquellos escritos que creen posible diferenciar el fraude penal y el fraude civil han de hallarse en situación difícil al intentar trazar las fronteras ideales que separan esos dos territorios de lo ilícito". (4)

endencia de los modernos Códigos, es formular una definición del concepto amplísimo del delito de fraude, en el que pueden subsumirse todos los casos que presenta la viva realidad, nunca agotada por las previsiones fácticas específicas siempre más rica que la causística contenida en las leyes.

En el artículo 263 del vigente Código Penal alemán se consideró culpable de este delito a "quien, con la intención de procurarse o de procurar a un tercero una ventaja pecuniaria ilícita, perjudique el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error, sea presentado como ciertos hechos que no son, sea deformado o disimulado el esconder los hechos verdaderos". (5)

Este es el criterio que impera también en los actuales Códigos Penales de Italia y Suiza. En el artículo 640 del Código italiano, se declara inmerso en el delito en estudio, a quien "con artificios en engaños induce a alguno en error, para obtener para sí o para otro un provecho injusto en daño

4) JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano". pº 125

5) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit.- p. 125

ajeno"; y en el artículo 145 del Código suizo se establece - que comete el expresado delito "el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo astutamente haya inducido en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladores de hechos verdaderos, o haya explotado el error en que se hallaba, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero". Mediante estas amplias definiciones se evita que escapen a la sanción penal hechos notoriamente fraudulentos no previstos por la legislación legal. Empero, el ansiado anhelo que tanto tortura a algunos juristas, de separar el fraude penal del fraude civil, encuentran insalvables obstáculos.

La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, radica en los engaños, ardidés, artificios y maquinaciones de que se valen los sujetos activos para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial. Y esta genuina esencia del delito trasciende a la consideración penalística en los diversos sistemas y criterios conceptuales seguidos por los Códigos. Las notas conceptuales que singularizan esta especie típica consisten, pues, en la obtención de una cosa o en el logro de un lucro indebido a través de engaños, maquinaciones o artificios, como elocuentemente se pone en relieve en el Código Penal Mexicano, al establecerse en el párrafo primero del artículo 386 que "comete el delito de fraude el que engañando a uno..., se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido", y al señalarse también en el último párrafo del mismo artículo una agravación de pena para "cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega de hayan empleado". Ya en la génesis romana del "stellionatus" influyeron y dejaron su huella las notas conceptuales que hemos señalado, habida cuenta de que motivó la "ratio essendi" del nuevo delito y engendró su existencia autónoma, fue la comprobada realidad de que algunos conductos lesivos del patrimonio ajeno, ni eran "futum", dado que la cosa se obtenía con el consentimiento del dueño arrancado con engaños, ni tampoco "falsum" aunque tuviesen con la falsedad la misma naturaleza mendaz y engañosa, dado que eran especialmente ideológicas estas alteraciones de la verdad. En la actualidad la naturaleza del fraude se ha hecho más compleja al acrecentarse extraordinariamente su ámbito delictivo; las descripciones típicas de algunos Códigos -

enales no solamente abaracan los enriquecimientos ilícitos --obtenidos mediante engaños, maquinaciones, artificios, astucias o ardides, sino también aquellos otros que se alcanzan --manteniendo --párrafo 263 del Código Penal alemán--, explotando --artículo 146 del Código Penal suizo-- o aprovechando --artículo 386, párrafo primero, del Código Penal de México--; el error en que la persona se halla. En estos Códigos las --fronteras del fraude penal y del fraude civil resultan todavía más hipotéticas y difíciles de trazar. Empero antes de seguir adelante, necesario es examinar el valor y el alcance que las tantas veces aludida diferenciación tiene en la actualidad, pues dicha investigación forzosamente ha de esclarecer y precisar la esencia natural del delito de fraude y la singular o plural significación jurídica que ante el ordenamiento jurídico revisten las conductas fraudulentas". (6)

FRAUDE CIVIL Y FRAUDE PENAL.

"La cuestión más ardua y más discutida y que más ha fatigado a los juristas de todas las épocas y de todas las escuelas, es la que se refiere a los límites entre el fraude civil y el fraude penal. La tendencia que se manifiesta como prevalente desde el Derecho romano a nuestros días y que por esto presenta una cierta continuidad tanto histórica como doctrinal, considera que esta indagación no es absolutamente de derecho, sino que implica, casi exclusivamente, una apreciación de hecho.

El problema ha surgido, en efecto, de la realidad fáctica que engendra la propia existencia del delito de fraude; pues por ejemplo, en contra de lo que acontece en el delito de robo, --cuya realidad se manifiesta en la violación de un derecho --real de propiedad o posesión, el delito de fraude engendra en ocasión de una sutil relación jurídica de naturaleza obligacional, en su nacimiento, en su ejercicio ó en su ejecución. Enmarcado de ésta forma el problema, brota de inmediato esta interrogante que tanto inquieto a los penalistas antiguos";

7) ¿Que condiciones, requisitos, matices, ha de revestir la conducta engañosa para que pueda constituir delito de fraude?

El derecho romano afirmó que para que existiera criminalidad necesario era un engaño magno, y los prácticos de consumo exigieron que el engaño por su entidad pudiera embaucar y burlar a un prudente padre de familia. Posteriormente, en este mismo sentido, Carmignani hallaba la diferenciación en que de la

6) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. p. 126

7) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. p. 127

impóstura pudiera o no escapar un prudente padre de familia; Giuliani en que el engaño fuere de tal entidad que pudiere - lusionar a un diligente padre de familia; Pessima considera a elemento necesario del fraude penal, la ordinaria prudencia de que, dado su grado intelectual, la víctima debió haber uso y con la que debiere fácilmente evitado el engaño; y Occhialini concluía que hay un fraude penal si el engaño era de tal naturaleza y entidad que impedía a la víctima valerse de la cautela privada para defenderse." (8)

Para Carrara la fórmula de lo grosero y sutil del engaño es vaga y elástica, pues cuando con el engaño se ha logrado escafar a la víctima, elocuentemente se evidencia su delictuosa entidad, ya que entre las malas artes del culpable está precisamente incluida la de elegir como víctima a un individuo tan rédulo e idiota que aún la más grosera impostura podía abrir brecha en su ánimo. Y en verdad, no existen engaños magnos y engaños sutiles. Los engaños no pueden medirse objetivamente sí, la doctrina es en estudio, además, totalmente extraña a nuestro ordenamiento positivo, hábida cuenta de que en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal, no solamente se estructura el delito de fraude a base del engaño sino también del aprovechamiento del error, esto es, de la más sutil y venial astucia de que el hombre se puede valer. Por otra parte, en torno a si la prudencia y diligencia de la víctima usado o no descubrir el engaño, ello implicaría introducir en el delito de fraude algo que su concepto no exige, máxime cuando dicho descubrimiento no es una cuestión de prudencia o diligencia, sino de una mediana inteligencia cuya ausencia en manera alguna puede imputarse a reprocharse al engañado. También aquí en México, la doctrina en crítica es inoperante en el ordenamiento jurídico, pues en el artículo 386 se estructura el delito, como acaba de exponerse a base del aprovechamiento del error en que la víctima pudiera hallarse por cualquier causa, mil veces es error oriundo de su propio descuido o su diligencia". (9)

Tampoco tiene consistencia alguna la diferenciación que quisieron establecer CHaveau y Hélie a base de asignar el fraude civil todas aquellas astucias y artificios que, aunque reprobables en sí mismos son empleadas mas que con el fin de perjudicar a otro, con el de servir los intereses de quienes los practican y el fraude penal a aquellos otros que solo tienen por fin el de perjudicar los intereses ajenos. Pues en la in

(8) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. p. 127

(9) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. p. 128

tegración del delito de fraude es totalmente extraña esa supuesta intención de dañar los intereses ajenos a Chaveau y Hélie ha con referencia. La finalidad única que impulsa la conducta engañosa del estafador, es la de lograr un lucro o enriquecimiento ilegítimo. Nuestro Código Penal subraya claramente este tor tico beneficio cuando en su artículo 386 expresa que por el - engaño o el aprovechamiento del error en que la víctima se ha--
lla, el fraudador ilícitamente "se hace de alguna cosa o alzan--
za un lucro indebido" y, al propio tiempo deja en las más pro--
fundas tinieblas esa supuesta intención de dañar los intereses
ajenos que, según Chaveau y Hélie, constituye la nota específica del llamado fraude penal". (10)

"Defiende Carrara y hace suyo el criterio diferenciador de la - mise en scene establecido constantemente por la jurisprudencia francesa desde la sentencia de 4 de abril de 1862. La base de esta doctrina radica en distinguir entre artificio material y - artificio verbal. El fraude penal no puede consistir en sim--
ples palabras mentirosas, sino que exige algún apoyo material; una mise en scene, un hecho exterior o la intervención de una - tercera persona que corrobore las simples palabras. No basta, según esta doctrina que alguno afirme ser Caballero de la Le--
gión de Honor, si además, no ostenta en el ojal de su solapa un distintivo que aparente ser de la mencionada Orden; ni que algu--
guién al dar a otro una pieza de cobre por oro, afirme ser de - éste precioso metal, si, a la par no encierra artificios para - que la pieza de cobre aparezca con el color del oro. No basta que un sujeto manifieste ser un acaudalado señor, si no corrob--
ra su dicho mendaz vistiéndose con ricas ropas ajenas o hacien--
dose acompañar de una corte de falsos servidores. En resumen: Debe distinguirse entre mentira y artificio. La primera, no -- puede constituir delito porque nadie debe creer con facilidad - en las palabras de otro, y si en ellas cree sufra su torpeza y reclame de los Tribunales civiles la reparación de los perjui--
cios sufridos por su error. Por el contrario, el artificio, -- cuando no tiende simplemente a una inocente broma sino a un in--
justo despojo, proporciona las condiciones objetivas del delito pero para que exista artificio no basta el solo discurso, aunque fuere elocuente, meditado y persuasivo; necesitase, además, que se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas. La ante--
rior doctrina es inaceptable pues, como Impallomeni ha puesto de relieve confunde la esencia del fraude con la naturaleza del medio empleado. La naturaleza del medio empleado podrá ser de interés para indagar la consistencia e intensidad fraudulenta - del engaño, pero no constituye la esencia ontológica del fraude penal y el dato que le diferencia del fraude civil. La doctrina de la mise en scene carece además, de bases dogmáticas en --

uestro ordenamiento positivo, pues las maquinaciones o artificios que para obtener la entrega de la cosa se hayan empleado, entran solamente en función en el párrafo último del artículo 186 para aumentar la pena señalada de las tres fracciones de este mismo artículo para el fraude de simple engaño o de aprovechamiento de error que define su primer párrafo". (11)

Por último, Garraud estima que los dominios del derecho civil y del derecho penal quedan claramente trazados, si se abandona el primero los artificios, maquinaciones y demás procedimientos engañosos surgidos en materia de convenciones y se consideran delictivos los que sirven para obtener el bien de otro. Esta distinción, calificada de magistral por González de la Vega no encierra en realidad más que vacuas palabras, pues se olvida, en primer término, que el delito de fraude se perpetra casi siempre al socaire de una convención propia del tráfico comercial; y en segundo lugar, en el llamado fraude civil de naturaleza causal, también el engaño sirve de medio antijurídico para obtener la cosa ajena". (12)

La quiebra patente de todas estas distinciones y el fracaso -convicto de cuantos esfuerzos dialécticos se han hecho para fijar la distinción entre el llamado fraude civil y el denominado fraude penal, evidencia la imposibilidad de establecer una separación ontológica entre estas pretendidas provincias del amplio territorio de lo ilícito. Esta imposibilidad ontológica no es una particularidad surgida en el ámbito antijurídico de lo fraudulento, sino es la que informa y preside todo el territorio de lo ilícito. Ya Beling afirmaba que no hay una antijuricidad que lo sea tan solo para el derecho penal y no para el ordenamiento jurídico general. También Nagler subraya que no existe una antijuricidad específica del derecho penal, y que en la afirmación contraria debe incidirse en inseguridad metódica y en olvido del principio de unidad del ordenamiento jurídico. Mezger estima que el derecho forma una unidad cerrada y lo injusto es común a todos sus distintos ámbitos. Antoliceí, afirma que el fracaso de todas las teorías que han sido formuladas para distinguir el injusto penal del civil o administrativo, induce a concluir que no existe entre ellos una diversidad sustancial. Y Jiménez de Asúa juzga que no existe más que un solo injusto originario, ya que todo él, proviene de idéntica fontana. También desde puntos de vista pragmáticos, Manzini y Soler niegan la distinción. Sostiene el primero que la "distinción entre fraude civil y penal no solo es su

(11) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. p.129

(12) JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. p. 130

erflua y arbitraria, sino también productora de confusiones perjudiciales pues, induce en el error que hacer creer que no obstante concurrir en un hecho todos los requisitos del delito de estafa puede el hecho de ser considerado, con base en una de las innumerables teorías formuladas al respecto como un mero fraude civil. Y el segundo concluye que distinguir el fraude civil del fraude penal significa ocuparse de un falso problema." (13)

La diferenciación se hace imposible conforme el ordenamiento vigente habida cuenta de que los elementos estructurales del llamado fraude civil y del denominado fraude penal son semejantes, como se comprueba si se relacionan o comparan los artículos 1815 del Código Civil que describe el fraude contractual y el párrafo del artículo 386 del Código Punitivo. E incluso, si se nos exigiera una mayor precisión en nuestras afirmaciones, podríamos agregar que quizá son más intensos los elementos integrantes que según el artículo 1815 del Código Civil se exigen en el fraude contractual que los constitutivos del delito de fraude existen descritos en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal. Pues en tanto que en este último basta el simple engaño se necesita en aquel, alternativamente con la gestión engañosa del artificio; mientras que en el primero se requiere el mantenimiento de un error, esto es, una actividad agresiva, en el segundo, es suficiente el simple aprovechamiento del error o séase una actividad astuta. El delito de fraude constituye contemporaneamente un fraude civil. Y cuando en un hecho concurren los elementos propios de dicho delito ningún interés o valor tienen las diversas teorías, plenas de doctrinarismo escolástico, elaboradas para dividir, metafísicamente y artificiosamente, en regiones diversas, el ámbito de lo ilícito.

OBJETIVIDAD JURIDICA TUTELADA Y RATIO LEGIS DEL DELITO.

"La objetividad jurídica protegida en el delito de fraude es el patrimonio en cuanto este bien jurídico se proyecta y refleja en las relaciones existentes entre los individuos en su vida diaria en común. Existe en los miembros de la comunidad un interés jurídico en que las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios que puedan inducir en error y en que los errores en que pudieran hallarse determinadas personas no sean aprovechados por otras con fines torticeros. Un interés individual de naturaleza pa-

rimonial cuya trasgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad, es pues, el bien jurídico protegido en el delito de fraude.

En un documento legislativo de la penúltima década de la pasada centuria se hacía elocuente referencia a la retio legis de éste delito; "el mayor desenvolvimiento del comercio y los milagrosos progresos de la industria así como las maravillosas invenciones del genio, si bien han enriquecido a la humanidad con preciosos inventos y nuevos factores de público y privado bienestar, han ocasionado al mismo tiempo otras modalidades de actividades oriundas de la astucia y favorecidas por los nuevos conocimientos y el mayor refinamiento de las mentes. Si el ataque a las fortunas se manifestaba en los tiempos pasados preerentemente en la violencia brutal, por las razones antes dichas y además, porque los caminos son más frecuentados, las caas más seguras y diversas las condiciones de los viajes y de los transportes, en la actualidad debienen más difíciles las aresiones en la antigua forma, por lo cual, la aspiración de los delincuentes, ávidos de la riqueza ajena, la sustituyen por la astucia y el fraude manifestados en formas jamás pensadas, tan nuevas, sagaces, ingeniosas y versátiles que difícilmente a ellas se sustrae la ordinaria prudencia de una persona culta y de despejada mente". (14)

Con tintes alarmantes en nuestros días la creciente expansión del delito de fraude. "todo el mundo ha sido estafado alguna vez. Por doquiera está el delito en pleno avance. Su rendimiento hace palidecer a los demás delitos. Se reviste de mil tonalidades, se acomoda ductil y maleablemente a cualquier cambio. Es el delito contra la propiedad del mundo moderno. El procedimiento de empujar la voluntad humana por una falsa vía y determinarla a hacer algo que parece provechoso cuando en realidad es perjudicial, se ha acreditado como más lucrativo y de menores riesgos que los metodos ya superados de la violencia o de la habilidad manual".

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

"La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 ponen en relieve, que sus elementos constitutivos son: a) una conducta falsaz; b) un acto de disposición; y c) un daño y un lucro patrimonial. Pero, en las veinte fracciones de que consta el artículo 387 se describen otras falsas conductas sancionadas con "las mismas penas señaladas en el artículo anterior", esto es,

on las fijadas en el 386 para el delito de fraude. En puridad la mayoría de las conductas enumeradas y descritas en las diversas fracciones del artículo 387 no tienen otra significación penal que la de ser casuísticas especificaciones de las más conocidas formas en que el delito de fraude concretamente se manifiesta en la vida real y que, por quedar ya subsumidas en la definición recogida en los párrafos primero y último -- el artículo 386, eran innecesarias. Por la indicada razón, examinaremos estas concretas especificaciones al exponer las formas de engaño, maquinaciones, artificios o aprovechamiento de error en que tienen su entronque y raíz penalística. Y como en otras fracciones del artículo 387 se sancionan también con las penas del fraude algunas conductas en las que, en realidad, no concurren los elementos conceptuales integradores de dicho delito --igual acontece en la conducta que el artículo 389 "equipara al delito de fraude"--, examinaremos estas residuales formas delictivas separadamente y bajo la común denominación de fraudes espurios". (15)

El delito de fraude es un delito material o de resultado, -- pues su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que indica el acto de disposición. Este nexo causal, como se desprende de la propia estructura típica del artículo 386, se puede fraccionar o desdoblar en dos momentos diversos: El primero consiste en la conexión si psicológica existente entre la conducta engañosa y la causación del error; y el segundo, en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza. Empero, esto no significa la -- existencia de dos nexos causales, sino simplemente destacar -- la total ruta del mismo y el diverso y genuino carácter de dichas instantes o fases. En el término "engañando" a que hace referencia el párrafo primero del artículo 386, se hace concreta referencia al primer momento. Las frases "se hace ilícitamente de la cosa o alcanza un lucro indebido" --que se -- lee en el mismo párrafo-- y ...entregue la cosa de que se trata... contenida en el párrafo in fine del propio artículo, ayudan al segundo. La consumación material del fraude queda integrada cuando las dos fases concurren. La tentativa puede presentarse tanto cuando el engaño se despliega pero no penetra en la mente de la víctima, como si, por el contrario, capta y determina a ésta a efectuar el acto de disposición, el cual, no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente". (16)

15) JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano" p. 133

16) JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano" p. 134

Sammarco a puesto en relieve la perspectiva contractual del delito de fraude. "se puede viciar la voluntad de la contraparte --escribe-- formulando una propuesta aparentemente ventajosa, esto es, emitiendo una declaración negocial que evidencia la intención de obligarse a determinadas condiciones, mientras que por el contrario se sabe bien que dicha declaración no corresponde a la realidad, pues representa una situación -- que se conoce bien que es inexistente o, al menos, no corresponde del todo a la declaración formulada. En este caso, la eficacia de éste comportamiento sobre la parte contraria, se manifiesta e identifica en el momento de la declaración negocial y no en un momento anterior o sucesivo. Empero, el engaño puede también manifestarse precedentemente a la propuesta. En entonces la conducta deberá concretarse en provocar también una declaración. Se piensa en el caso en que presentada artificialmente una situación del mercado que no corresponde a la realidad, se induce a otro a formular una propuesta para el, -- decisivamente perjudicial. Así mismo, el engaño puede ser relevante cuando se despliega sucesivamente a la formulación de la propuesta la cual es aceptada sin que la voluntad fuese en ningún modo viciada. En este caso, el engaño adquiere significado referido solamente a la rescisión de la propuesta contractual y no a la propuesta verdadera y propia. Así acaece -- en el caso de que después de haber concertado el contrato sin que hubiere concurrido vicio alguno, el sujeto pasivo, condicionado por el engaño, no ejercita el derecho de rescisión debido a haber sido inducido en error por el ilícito comportamiento del sujeto activo en orden a la mutación de alguna de las situaciones de hecho, que de haber sido por aquél conocida hubiera ciertamente aducido como causa de rescisión contractual". (17)

CARACTERISTICAS DEL DELITO DE FRAUDE.

a) Conducta Falaz.- Una conducta falaz es el punto de partida del proceso ejecutivo del delito de fraude. Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. La conducta falaz puede revestir una rica variedad de modalidades, clasificables empero, en tres diversos grupos, según su antijurídica intensidad fraudulenta. Antiguamente se consideraba que solo integraban el delito en estudio aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo se ponían en juego maquinaciones o artificios; posteriormente se

admitió que el simple engaño, que no fuera acompañado de aquel aparato externo y corpóreo bastaba para inducir en error y en la actualidad también se admite en algunos Códigos, como en el nuestro, que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo es ya suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude.

).- Maquinaciones y artificios.- La forma más densa de manifestarse la conducta ejecutiva del delito en examen es aquella que se exterioriza en una falsa apariencia externa simuladora o disimuladora de la realidad. Al amparo de ésta corporeidad material se a sostenido que el fraude es un delito constructivo, queriéndose indicar con esa frase, que el delito surge cuando - las afirmaciones falsas y mendaces aparecen arquitecturadas en hechos externos y corpóreos que las prestan una aparente realidad ilusoriamente visual y tangible. En su acepción gramatical aplicable al problema en estudio, maquinación significa acechán a artificiosa; y artificio, maquina o aparato puesto en juego para lograr con más facilidad o perfección embaucar a la víctima y determanarla a hacer un acto de disposición patrimonial.

Las maquinaciones o artificios empleados para obtener la entrega de la cosa a que hace mención el párrafo último del artículo 386 del Código Penal han de tener la suficiente corporeidad y visibilidad o tangibilidad para impresionar la mente y los sentidos e ilusoriamente hacer aparecer la mentira como una costada realidad, o, de otra manera dicho, para engendrar en la mente del sujeto pasivo una alteración de la verdad que devenga el presupuesto erróneo de la determinación de su voluntad o enervación viciada de la misma. Empero, no existe maquinación o artificio en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueren, preciso es que vayan acompañadas previa, simultánea o sucesivamente por algún hecho material o corpóreo que dé apariencia de realidad a la mendaz afirmación. "Ya Carrara expresó que para que exista artificio no basta el solo discurso aunque fuere elocuente meditado y persuasivo, necesitase, además que se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas. Dado el sistema de nuestro Código en el que claramente se distingue entre simple engaño --párrafo primero del artículo 386-- maquinaciones y artificios --párrafo último del artículo 386-- para conectar a uno y otros diversas consecuencias penales la conducta fraudulenta artificialmente maquinada exige conceptualmente la puesta en juego de trucos o tingrados de evidente percepción corpórea. Sería, en verdad, labor agotadora y condicta siempre de insuficiencia notoria, mencionar las múltiples formas en que los sacrificios maquinados a que se refiere el pá

rafo último del artículo 386 se manifiestan en la praxis criminal". (18)

Por vía ejemplificadora puede afirmarse que cuando las simples palabras van acompañadas de falsificaciones de sellos, marcas, patentes o nombres comerciales existentes o ficticios, para acreditar la procedencia de las mercancías; de amañadas reliquias de incalculable valor emotivo; de aparatos, artefactos o máquinas demostrativas de "sorprendentes inventos"; del concurso de otras personas para materializar y hacer verosímil la afirmada existencia de empresas o negociaciones inexistentes; de documentos o certificados apócrifos; de contabilidades alteradas o balances ficticios o ilusorios; de procedimientos judiciales simulados y basados en probanzas espurias; de la ostentación de simulada riqueza; mediante la exhibición de un cofre repleto de falsificadas piedras preciosas o barras de cobre -- con la apariencia y los contrastes del oro o de un portafolio paquete repleto de valores o billetes falsos, de títulos, insignias, uniformes, cartas o documentos falsos acreditativos -- de un nombre, profesión, industria, comercio calidad o carácter que no se tiene de enfermedades o mutilaciones supuestas -- de aparatos mecánicos artificialmente alterados como taxímetros o contadores de gas y de agua, de artefactos para juegos de asar --ruletas, caballitos, etc.-- con alteraciones que disminuyen o anulan la posibilidad de ganar; de barajas marcadas entresacadas o de cualquier trampo o tongo para en el juego ganar, etc., nos hallamos ante verdaderas maquinaciones o artificios puestos en juego para hacer más verosímil el comportamiento engañoso. Lo que caracteriza estos casos, conocidos en la vida judicial con el nombre de fraudes maquinados, son, precisamente las estrategias o maniobras desplegadas sobre otro, con más o menos destreza ingenio o arte, para sorprenderle o deslumbrarle, despertar su ilusión y vencer sus naturales desconfianzas o psicológicas resistencias. Y como estas fraudulentas maniobras, dado su realístico suasorio, disminuyen las naturales reservas de la inteligencia y desvanecen las dudas que pudieran surgir en el sujeto pasivo incontrovertiblemente en--tierran una mayor potencialidad agresiva para los bienes jurídicos que una correcta tutela de los mismos no debe despreciar olvidar. Estas consideraciones explican que el párrafo último del artículo 386 disponga que "cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años".

El fraude también existe cuando las maniobras o artificios van dirigidos a conmover los sentimientos humanitarios y caritativos del sujeto pasivo, mediante simulaciones de enfermedades, mutilaciones, deformaciones, infortunios o desgracias. El engaño opera aquí tanto sobre la inteligencia como sobre el sentimiento de caridad del sujeto pasivo. Y cuando ante la presencia de aparentes mutilaciones, enfermedades, deformaciones o infortunios, éste efectúa un acto de disposición patrimonial y lo hace en virtud de los sentimientos de humanidad que en él despiertan las desgracias ajenas que ante él se exhiben artísticamente para sumergir a su inteligencia en un error, provocar astutamente la reacción de sus nobles sentimientos y determinarle a realizar un acto de disposición, que, en manera alguna, hubiere afectado si hubiere sabido que los infortunios que se le exhibían y que se le demandaba socorrer o auxiliar eran ímprobos farsas. No hay razón alguna para excluir estas estafas mendicantes del tipo de fraude, pues la circunstancia apuntada de que la disposición patrimonial se hubiere realizado a impulso de los sentimientos de caridad que provocan los engaños o los artificios simuladores de enfermedades o deformaciones, no aporta ningún elemento psicológico, ético o jurídico para que pueda llegarse a la atipicidad del hecho, máxime si se tiene presente que en todos los demás fraudes la disposición patrimonial se hace también en virtud de los sentimientos --codicia, riqueza, lucro-- que mueven al sujeto pasivo a realizar el acto de disposición patrimonial que motiva el engaño o el artificio que le sume en el error de hacerle creer que realiza un negocio más o menos fantástico. La nobleza del sentimiento de humanidad cuya reacción se espera y explota en la estafa mendicante, no solamente no obstaculiza la integración típica del delito, sino que, por el contrario, nutre y circunda a éste de una mayor densidad antijurídica, cuanta habida de que en él se explotan los sentimientos más puros y sanos del sujeto pasivo. Estuvo en lo cierto Carrara al sostener que la mendicidad puede asumir los caracteres de un verdadero delito cuando va acompañada de maquinaciones mendaces tendentes a excitar la piedad de los cristianos con falsos certificados de incendios o desastres sufridos, totalmente falsos o pertenecientes a otra persona.

DIFERENCIA ENTRE FRAUDE ESPECIFICO Y GENERICO.

a) FRAUDE, DIFERENTES TIPOS DEL DELITO.

Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que, engañando uno o aprovechándose del error en que se halla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido".

Siempre la disposición de las correspondientes a los artículos 413 y fracción 1 del 1151 de los Códigos de 1871 y 1929, en que fue suprimida en aquella la frase "con perjuicio de a-
uel".

Donzález de la Vega dice respecto al uso de la frase y a la supresión actual de la misma, "que su empleo implicaba necesariamente que el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado, siendo así que es frecuente que el error se cause a una persona para obtener la cosa o el lucro a costa de otra distinta". La observación es certera y es atinente la supresión de la frase.

Los elementos materiales del delito son:

- .- Engañar a alguno o bien aprovecharse de su error.
- I.- La acción consumativa: que el sujeto se haga ilícitamente de la cosa ajena o alcance un lucro indebido.

La relación o presupuesto lógico de causalidad que debe unir inseparable y fatalmente la actitud engañosa o el aprovechamiento del error, primer elemento; y al resultado perjudicial, el final menoscabo del patrimonio de otro, segundo elemento objetivo del delito, no forma parte de los elementos materiales de la figura". (19)

El engaño, el error, la inexacta apreciación de los hechos y de sus circunstancias específicas deben ser causados o aprovechados por el sujeto activo del delito, en los dos distintos supuestos que contempla el elemento material del delito, diferenciados en el inciso I. Es imposible describir certeramente todas las formas, todos los matices, todos los medios posibles de que se vale el delincuente para engañar a su víctima. Es imposible también diferenciar todos los modos de aprovechamiento del error de otro, de que se vale el activo para llevar a feliz término sus propósitos de codicia y enriquecimiento ilegítimos. Uno de ellos; y no el menos usual, es el de la selección de la víctima y la explotación de sus fallas o defectos peculiares y sintomáticos.

Estimo que el sujeto activo siempre asume actitud o acción -

malaz positiva, tanto cuando crea en la víctima el estado psíquico de engaño, como cuando aprovecha el de error en que se encuentra ésta. Actúa en el instante en que juzga idóneo hacerlo, para lograr sus propósitos criminosos. El hacerse ilícitamente de una cosa y el obtener o alcanzar un lucro indebido exigen dinamismo intelectual y físico.

Procuramos diferenciar las acciones consumativas de los delitos de robo, abuso de confianza y fraude en el apartado C del párrafo 131 correspondiente al capítulo decimonoveno. "Abuso de Confianza", de nuestra presente exposición. En el fraude y en la estafa el sujeto activo atrae la cosa hacia sí, para lograr su entrega, por el pasivo en forma aparentemente voluntaria, porque su consentimiento está viciado por el engaño o por el error.

El segundo elemento del delito, de acuerdo con el texto legal, comprende dos hipótesis distintas, o una disyuntiva: a) El sujeto activo "se hace ilícitamente de alguna cosa". b) "o alcanza un lucro indebido".

a).- Hacerse de una cosa es tanto como ponerla bajo su dominio, ingresarla o aumentarla al patrimonio propio. El legislador no distingue entre cosas muebles o inmuebles; y por consiguiente, el objeto materia del delito puede ser mueble o inmueble. La apropiación o ingreso ilícito de la cosa al patrimonio del delincuente se logrará por la aprehensión material de la cosa o por la entrega con el concurso del acto adecuado, en apariencia jurídico, pero delictuoso en realidad.

Los lucros indebidos a que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos beneficiosos, utilidades o ganancias económicas que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia, en la usurpación fraudulenta de bienes incorporales (diferentes a las cosas), tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos".

Lucro es ganancia o provecho que se saca de una cosa. Indebido es ilícito, injusto y falto de equidad.

Lucro indebido, por consiguiente, es la ganancia o provecho que se saca a una cosa en forma ilícita, injusta o inequitativamente, o en una forma contraria a las buenas costumbres.

Lo dicho es bastante para presentar certeramente la relación de causalidad en el delito de fraude, lógica, no jurídica, e independiente de los elementos materiales, propiamente dichos,

ue le son peculiares.

l elemento subjetivo del delito es la intención dolosa del agente. No puede cometerse éste, culposa e imprudentemente. --o es admisible la posibilidad de que la prueba en contrario, destruya la presunción juris tantum del artículo noveno del Código Penal". (20)

os elementos normativos los proporciona la necesaria comparación de los elementos sui géneris del fraude, con las normas culturales básicas. Ejemplos: engaño, aprovechamiento del error; obtención ilícita de la cosa; alcance de un lucro indebido; cosa mueble o inmueble.

El fraude específico o calificado no es otra cosa que una variedad del fraude genérico, que ha sido cometido a un régimen de agravación de la pena, porque revela una mayor astucia, reflexión y cuidado en la presentación del engaño; un especial poder de convencimiento objetivo, al que el agente del delito comete dolosamente a su víctima, en procura del mínimo de posibilidades de fracaso de sus intenciones aviesas.

l artículo 414 del Código de 1871 denomina al fraude "estafa", cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero... o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entre---uen por medio de maquinaciones o artificios que no constituan un delito de falsedad".

l Código de 1929 fué ilógico, puesto que bajo el nombre de --estafa", especie de fraude, comprendió también el genérico --fraude".

l texto original del Código de 1931 describe típicamente la --estafa", en forma lisa y llana, como uno de los supuestos del fraude, en el artículo 389. Conserva el texto enumerativo del Código de 1871 y suprime la frase final, que no considera a --as maquinaciones o artificios como constitutivas del específico delito cuando estas mismas sean el resultado "de un delito de falsedad".

l párrafo final del vigente artículo 386, que fué consecuencia de la reforma legislativa de 31 de diciembre de 1945, en vigor a partir del 12 de marzo de 1945, dice textualmente: ---

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata en virtud no solo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará". (21)

ocurre en tautología, con el fin de hacer notoria la diferencia que existe entre el simple engaño y el objetivo o sensorial. Cabe hacer las observaciones siguientes:

El engaño en el fraude específico, antigua "estafa" origina la distorsión de la verdad. Seduce al paciente del delito para que caiga en una falsa apreciación de los hechos y de las circunstancias peculiares que les son propias. El fraude maquinado se destaca por la fuerza de convencimiento que imprime el agente - el engaño, mediante el empleo de su inteligencia, audacia y artemañas. Selecciona las de eficacia máxima, en atención a la - insincricia de la víctima o de las víctimas posibles, que conoce o que intuitivamente capta; y los medios objetivos de convencimiento.

Presente el engaño como realidad sensorial.

Puede decirse que la maquinación, en general, es el empleo de medios eficaces para sorprender la confianza de una persona; - pero el delito no comienza sino cuando la maquinación produce una fuerte impresión en el espíritu del engañado, para lo que requiere que se objetivice, esto es, que se revele en una - forma exterior, visible y casi tangible: "Que el ojo lo vea o la razón lo perciba; que se muestre o se demuestre".

Los artificios comprenden los disimulos, las celadas, las caídas en general; mas esos artificios, aunque se diferencian - de las maquinaciones en la habilidad de la trama empleada para engañar, se confunden y deben confundirse con las maquinaciones en que se requiere, para la existencia de la estafa, HE--- COS MATERIALES Y TANGIBLES que les den forma precisa y suficiente para sorprender la buena fé aún con la ayuda del buen - sentido".

La Enciclopedia enseña "Maquinación.- (del latín Maquinatio).- Proyecto o asechanza artificiosa y oculta, dirigida regularmente a mal fin. Artificio.- (del latín Artificium; de ars, arte, y facere, hacer).- Máquina o aparato para lograr un fin -- con mayor facilidad o perfección que por los medios ordinarios comunes...".

Nuestra ley acude a una prevalencia diferenciadora del engaño que es rasgo común, para colocar en planos diferentes de perversión y de peligrosidad, a quienes son responsables del fraude de simple engaño, hipótesis del primer párrafo del artículo 186 del Código y a los que actúan generando el fraude maquinado o artificioso, especial o calificado que supone el párrafo final del mismo precepto.

troizard, comentando ésto don Francisco González de la Vega, - expresa:

La medida que el estado social progresa, cambian y se transforman los delitos según los pueblos van alcanzando una mayor cultura, los robos van perdiendo poco a poco los caracteres brutales y sangrientos con que casi siempre aparecen en las sociedades embrionarias o en los pueblos semisalvajes. La astucia reemplaza a fuerza y cuando, al impulso del fomento de la agricultura, extensión del comercio adelantos de la industria y difusión de las ciencias, se engendra un desarrollo intelectual, también es aprovechado por los malvados que sienten estimulado su ingenio para conseguir éxitos de codicia, inventando maquinaciones, mentiras, fraudes, con menos riesgos y más facilidades y en mayor escala que los que podrían cometerse utilizando los recursos propios de los robos y de los hurtos".

Ciertamente el fraude es el aristócrata de los delitos que atacan el patrimonio. Desgraciadamente en el último tercio del siglo XX en que vivimos, tenemos que soportar toda la gama de los delitos en contra del patrimonio. Los violentos y los astutos. Todos son válidos en nuestra crisis de valores sociales. Como los adelantos innegables de la ciencia y el atesoramiento de sus descubrimientos, que dejaron a la zaga a las predicciones de Julio Verne, debieran tener, como contrapartida al egoísmo humano, cuya única finalidad es la de un rápido enriquecimiento aún cuando sea menester emplear los medios más reprochables, ética y socialmente considerados". (22)

Los artículos 414, 1151 Fracción II de los Códigos de 1871 y de 1929 y el original 389 del de 1931 coinciden en asignar como único objeto material del delito de fraude específico; dinero en numerario, en papel moneda o en billete de banco; o documentos que importen obligación, liberación o transmisión de derechos; o cualquiera otra cosa ajena, mueble.

Dice el maestro González de la Vega que la fórmula es "limitativa y no comprende ninguna suerte de bienes inmuebles. La --

ley exige la entrega de los muebles corporales o documentarios que enumera". Los documentarios, según asignación de Pardo -- Aspe "son los títulos que acreditan los respectivos derechos".

Transcribimos íntegramente, sin mutilación, el final apartado del artículo 386, vigente, que permite pueda ser dicho objeto material, indistintamente, mueble o inmueble:

"Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años".

El objeto material del delito puede serlo, indistintamente, un bien mueble o inmueble.

El sujeto activo debe obtener la entrega de la cosa, no ya a consecuencia del engaño genérico, sino de maquinado o artificioso.

La entrega 'formal' de la cosa mueble no se lleva a cabo por su simple tradición". La entrega material de la misma sí puede llevarse a término instantáneamente.

El fraude, como el robo y el abuso de confianza, atacan al patrimonio de las personas en la posesión de las cosas; y no en la propiedad legítima de las propias cosas". (23)

El texto de los artículos 386 y 387 nos señalan:

Artículo 386.- (Este artículo fué reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945 publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, en vigor 3 días después como sigue):

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

Reformada por decreto de 29 de diciembre de 1975 publicado en el Diario Oficial de 30 del mismo mes, en vigor 3 días después como sigue):

.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de ésta última cantidad.

I.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediere de diez veces pero no de quinientas, el salario.

II.- Con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata en virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años.

Artículo 387.- (Este artículo fué reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945 publicado en el Diario Oficial de 8 de marzo de 1946, en vigor tres días después como sigue):

Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán".

.- Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;

I.- Al que por título oneroso enajena alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arrienda, hipoteca, empeña o grave de cualquier otro modo, si no recibe el precio, el alquiler, la cantidad en que la grava, parte de ellos o un lucro equivalente;

II.- Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle;

V.- Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe;

III.- Al vendedor de materiales de construcción o cualquiera especie, que habiendo recibido el precio de los mismos, no los entregare en su totalidad o calidad convenidos;

IV.- Al que venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que éstos últimos resulten insolutos. Cuando la enajenación sea hecha por una persona moral, serán plenamente responsables los que autoricen aquélla y los dirigentes, administradores o mandatarios que la efectúen;

V.- Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones;

VI.- Al que efectúe actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas;

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

VIII.- Al que habiendo recibido mercancías con subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distrajere de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia;

IX.- A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro. Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dispuesto, en todo o en parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no se realiza su depósito en Nacional Financiera, S. A. o en cualquier Institución de depósito, dentro de los treinta días siguientes a su recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado, dentro de ese término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o de---

vuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen.

Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

El depósito se entregará por Nacional Financiera, S. A., o la Institución de Depósito de que se trate, a su propietario o al comprador.

Cuando el sujeto activo del delito devuelve a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días a seis meses de -- prisión.

XX.- A los constructores o vendedores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Es aplicable a lo dispuesto en esta fracción, lo determinado en los párrafos segundo a quinto de la fracción anterior.

Las Instituciones y Organismos Auxiliares de Crédito, las de Finanzas y las de Seguros, así como los Organismos Oficiales y Descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX". (24)

"La fracción VII del artículo 387 del Código Penal, dice: "Al que, valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen créditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

El artículo 17 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República, en materia federal, 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, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equi

ativa de su obligación".

El derecho concedido en éste artículo dura un año." Este artículo, más preciso que la fracción, materia de nuestro estudio, sanciona el abuso, con fines de usura, de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro. La ley penal lo sanciona con la pena privativa de libertad y reparación del daño". (25)

La intención dolosa del agente se manifiesta en uno o en el otro caso, porque ejecuta su acción con el propósito preconcebido de aprovechar las ventajas que le prestan las condiciones especiales del sujeto, que conoce y explota, puesto que se vale de ellas.

Aún cuando pudiera juzgarse complementario del artículo 17 -- del Código Civil el 2395 del ordenamiento, tan sólo lo es en cuanto a que fija el monto del interés legal, en el nueve por ciento anual. El interés convencional fijado es por los contractantes. Es complementario también del primero de los preceptos citados en el caso del mutuo con interés, cuando se abusa del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor". (26)

Los réditos o lucros usuales en el mercado se fijan en lo general, por los informes de la Comisión Nacional Bancaria y de la Cámara de Comercio. Este informe sirve para resolver si los pactados pueden considerarse como usurarios.

2) CARACTERISTICAS PROPIAS DE LA USURA.

Antecedentes:

"Prohibición canónica.- La estipulación de usura era permitida en Roma; pero las exigencias de los acreedores de dinero causaban abusos aun número. Fue el derecho canónico el que prohibió, como una especie de pecado, el hecho de prestar dinero a interés. El punto de partida es una frase de Cicerón: mutuum date, nihil inde sperantes (s. Luc., IV, 35) Esta prohibición principió a aparecer en la legislación civil, en el tiempo de Carlo Magno (capitular de 789, art. 5 Boretius, - I. pág. 54), y se mantuvo hasta la Revolución.

Monopolio judío.- Lo que los cristianos no podían hacer quedó permitido a los judíos. Estos, en gran número, se convirtieron en prestamistas sobre prendas, ganado con ello a la vez --

25) A. de P. MORENO. "Derecho Penal Mexicano". p. 200

26) A. de P. MORENO. Ob. cit. p. 201

que grandes provechos, el odio popular; el nombre del judío - llegó a ser sinónimo de usurero. Las ordenanzas reales reglamentearon el ejercicio de la usura por los banqueros judíos. - La ordenanza del 13 de marzo de 1360 v. st., 1361 n. st. (art. 10), les permitió percibir cuatro denarios a la semana por -- una libra o 20 sueldos.

Consecuencia.- La prohibición del préstamo con interés era - una de esas leyes que están destinadas a ser violadas, por la imposibilidad de conformarse con ellas. El monopolio de los judíos no bastaba, pues los cristianos querían también prestar sus capitales recibiendo del deudor una justa retribución del servicio prestado". (27)

"Reglas especiales del préstamo a interés. a) Indicaciones - históricas.- Tres principales sistemas han seguido las legislaciones para resolver el problema social, siempre arduo, que plantea el préstamo a interés; el de la prohibición absoluta, el de la prohibición limitada (mediante la fijación de una ta sa máxima para el interés) y el de la libertad completa en la estipulación de intereses.

El primero de ellos fue el propio derecho canónico. El segundo fué el adoptado por el derecho romano en todo el curso de su evolución.

El tercero impera en la generalidad de las legislaciones modernas, influidas por los principios de la economía liberal. Pero en algunas de ellas, como la alemana, se ha conciliado - la libertad de tasa de interés con la represión de la usura, sobre la base de conceder al juez una facultad soberana para apreciar el carácter usurario de los préstamos.

En nuestra patria, el Fuero Juzgo y el Fuero Real establecieron tasas para el interés; las Partidas, influidas por el derecho canónico, adoptaron el sistema de prohibición absoluta; las leyes recopiladas volvieron a señalar diversas tasas; y - finalmente, la ley de 14 de marzo de 1856 abolió éstas, inaugurando el sistema de amplia libertad en cuanto al tipo de in terés convencional, que subsiste todavía, aunque atenuado por las consecuencias de la ley de Represión de la usura de 23 de julio de 1908". (28)

"Legislación sobre préstamos usurarios; Por iniciativa de Azcarate, se dictó la ley contra la usura de 23 de julio de ---

(27) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" p. 488

(28) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. p. 488

1908", inspirada en laudables principios, pero que, como es lógico, sólo en una corta medida contribuye a combatir esta plaga social, que únicamente en el fomento de las instituciones de crédito puede encontrar un antídoto eficaz.

Son nulos, según esta ley: 1°. Los préstamos en que se estipula un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulten leoninos, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales; 2°. Los contratos en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sea su identidad y circunstancia (art. 1°). Además está incluida en la ley toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se hayan ofrecido (art. 9°.).

Los tribunales forman libremente su convicción en cada caso, acerca de si el contrato es usurario (art. 2°.).

Declarada la nulidad de un contrato, el prestatario está obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista debe devolver al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, excede del capital prestado (art. 3°.)." (29)

Se transcriben a continuación los artículos 1° al 9° de la mencionada ley de 1908:

"Artículo 1°.- Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales, que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.

(29) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". p. 489

Artículo 2º.- Los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes.

Artículo 3º.- Declarado con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

Artículo 4º.- Si el contrato cuya nulidad se declare, es de fecha anterior a su promulgación, se procederá a liquidar el total de lo recibido por el prestamista en pago del capital prestado e intereses vencidos; y si dicha cantidad iguala o excede al capital e interés normal de dinero, se obligará al prestamista a entregar carta de pago total a favor del prestatario, sea cual fuere la forma en que conste el derecho del prestamista.

Si la cantidad es menor que dichos capitales e interés normal la deuda se contraerá a la suma que falte, la que devengará el interés legal correspondiente hasta su completo pago, y si no se hubiere satisfecho por el prestatario cantidad alguna, se reducirá la obligación al pago de la suma recibida y el interés normal.

Artículo 9º.- Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.

La constitución de renta.- En nuestro antiguo derecho, el préstamo a interés estaba prohibido por influencia del derecho canónico, que había adoptado, a este efecto, una máxima de Cristo: "Matuum date, nihil inde sperantes". Dicha prohibición era verdaderamente antinatural; fue transgredida oblicuamente mediante estratagemas diversas; se recurría, para ello, al contrato pignorativo (préstamo que revestía el aspecto de una venta con derecho de retracto), a la venta con derecho de retracto mismo al contrato mohatra (compra al contrato a bajo precio, acompañada de una venta a término, es decir, celebrada a alto precio), y también a la constitución de renta, al contrato por el cual una persona --el acreedor de renta-- en

rega a otra persona, llamada deudor de renta, un capital en dinero cuyo reembolso no podrá ser exigido y esto mediante el establecimiento de una renta cuyos plazos deberán ser pagados en las condiciones estipuladas entre las partes". (30)

Los negocios usurarios en donde existe precisamente la lesión, son calificados contrarios a las buenas costumbres, extendiendo este concepto a todo acto por virtud del cual se explota a un semejante. Las formas de explotación pueden ser variadísimas, debiendo citarse en primer término los actos examinados a obtener ganancias excesivas durante la guerra, -- reguerra o postguerra; el abuso de los monopolios hechos, la inducción a los juegos de azar, el contrato quota litis, para repartir los resultados de un litigio entre el litigante y su procurador o abogado.

La usura tiene, pues, un doble supuesto objetivo y además uno subjetivo. Objetivamente presume: primero, la promesa o la concesión de ventajas patrimoniales que exceden de tal modo el valor de la prestación (al tiempo de la conclusión del negocio) que existe una desproporción extraordinaria, dadas las circunstancias entre la prestación y la contraprestación, segundo, que otro (que por general, es otra parte contratante, pero que puede ser también un tercero) se encuentre en situación de necesidad, o sea, ligero o inexperto. Subjetivamente requiere la explotación, o sea, el aprovecharse conscientemente (no es menester la intención) de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia. Todos los negocios onerosos pueden ser usurarios. Antes eran más frecuentes los mutuos usurarios y las prórrogas usurarias de deudas en dinero; hoy son más corrientes como usurarios los negocios de compraventa y los negocios de préstamo, sobre todo las ventas y préstamos de ganado, pero tampoco son raros los contratos usurarios de trabajo (salario de hambre), los contratos de arrendamientos, los contratos de sociedad, etc.

El mejor medio para combatir la usura lo constituyen las compañías de crédito que se limitan a pequeños territorios, y -- que, por tanto, pueden conocer y vigilar las relaciones". (31)

) DIFERENCIA ENTRE USURA Y LESION.

30) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". p. 490

31) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. Obligaciones p. 378

Al haber analizado la lesión y la usura podemos señalar que sus dos figuras son muy similares pues como vimos, en la lesión, una de las partes se aprovecha de las condiciones en que se encuentra la otra para obtener un lucro excesivo por la prestación y en la usura también se obtiene un interés - excesivo por la prestación.

Por lo tanto, la única diferencia existirá en el concepto o forma, pues el resultado objetivo (ganancias excesivas) es esencialmente el mismo.

d) EL PRESTAMO MERCANTIL.

La apertura de crédito.- ¿Que es la apertura de crédito?
"Muchas veces, tanto los comerciantes como quienes no lo son, saben que van a necesitar dinero, pero no saben cuándo ni cuánto necesitarán. La obtención de un préstamo en estas condiciones es desventajosa para ellos, pues si se calcula por bajo no será satisfactorio ni satisfecha la necesidad de dinero, y si se calcula con exceso, el prestatario estará obligado a abonar unos intereses que no tendrán justificación. Para eludir estos inconvenientes, las personas necesitadas de crédito acuden a los bancos como negociantes de crédito, y en vez de concertar un préstamo, conciertan una apertura de crédito, es decir, un contrato cuyo objeto no va a ser el dinero, sino el crédito mismo como bien económico". (32)

"Garrigues sólo encuentra la mención de la apertura de crédito en el número 7 del artículo 175 del Código de Comercio Español, por lo que acude a las ideas acuñadas por la práctica bancaria, para definirla como: "Aquel contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente.

De la práctica bancaria han nacido muchos contratos que --- después han sido reglamentados por el legislador. Tal aconteció con esta operación activa de la banca: la apertura de crédito, que en nuestro país se reglamentó por primera vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en Italia, en el Código Civil de 1942". (33)

(32) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 256

(33) BAUCHE GARCIA, Diego. Ob. cit. p. 256

"Nuestra ley citada lo define en su artículo 291, como sigue: 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 convenidas, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrae, y en todo caso a pagarle los intereses prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen". (34)

"Salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a LA VISTA, es decir, de inmediato, de la suma objeto del contrato (artículo 395), en cuyo caso estaremos frente a una apertura de crédito "simple". Ahora bien, si ha habido convenio especial, el crédito podrá ser utilizado mediante sucesivas disposiciones con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan recuperar al crédito su cuantía primitiva, y mientras el contrato no concluya, para disponer del saldo que resulte a su favor (artículo 296). Este segundo caso es el de la apertura de crédito "en cuenta corriente".

El que se ponga a disposición, es claro, no significa transmisión de propiedad de la suma de dinero. Esta permanece en el patrimonio del banco, confundida con las otras sumas de dinero que le pertenecen". (35)

Como el contrato tiene por objeto una cosa genérica (suma de dinero u obligación) y no una cosa específica (éste caballo, ésta silla), no puede implicar transmisión de propiedad ni tampoco atribución de un poder de disposición, en el sentido en que se habla en el campo de los derechos reales.

"Como dice Giuseppe Ferri, de disponibilidad de la suma, de parte del acreditado, se puede hablar solamente en sentido económico. Jurídicamente, la puesta a disposición de la suma implica solamente que el acreditado puede pretender de la banca la prestación de la suma solicitada por él, implicando por lo tanto sólo un derecho de crédito". (36)

Sin embargo, económicamente, es como si tuviese la disponibilidad de la suma de dinero, ya que siendo debida la prestación por un banco, el acreditado sabe que puede contar con el

(34) "Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

(35) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 257

(36) BAUCHE GARCIA, Diego. Ob. cit. p. 257

cumplimiento de la prestación en el momento oportuno. Por lo tanto, la situación que se verifica con la puesta a disposición, es, económicamente, equivalente a tener la suma de dinero al acreditado en su propia casa.

El objeto del contrato no es el goce de una suma, sino el goce de una disponibilidad. La disponibilidad tiene en sí y -- por sí misma un valor, prescindiendo de la efectiva utilización de la suma; y como el goce de una suma puede ser objeto de un contrato, así también puede ser objeto de un contrato -- el goce de una disponibilidad.

"La disponibilidad es anterior a la utilización, pero según -- Ferri, la utilización es un hecho autónomo respecto de la a--- apertura de crédito y crea una nueva y distinta relación entre el acreditado y el banco. Esta relación que surge del acto -- de utilización puede ser estimada en sí y por sí, o refiriéndola a la apertura de crédito.

Puede ser estimada en sí y por sí, a fin de establecer sus -- propios efectos, que serán diversos según la diferente natura--- leza del negocio puesto en existencia. Así, es claro, que la posición del banco y del acreditado es distinta en la hipóte--- sis en la cual se haya entregado una suma de dinero al acredi--- tado o a un tercero por cuenta del acreditado, a aquella en -- la cual el banco solamente haya prestado su aval o su garan--- tía". (37)

"Para Garrigues es un contrato consensual, principal, bilate--- ral y atípico, cuyo objeto consiste en atribuir al acreditado una variada disponibilidad sobre los fondos del banco.

Respecto a la naturaleza jurídica, mucho se ha discutido entre los mas destacados doctrinistas y de la tesis del contrato --- preparatorio y la doble forma el contrato preliminar y del con--- trato normal, a la tesis del contrato definitivo calificable -- como mutuo consensual, o como contrato típico, y aquella de la operación completa resultante de la conuinación de dos contra--- tos --de mutuo y de depósito--, hay toda una gama de diversas teorías.

Ferri supera todas con argumentos convincentes, que sería suma--- mente largo transcribir para decirnos que la esencia del con--- trato de apertura de crédito se sustancia en la atribución al

acreditado del poder pretender un determinado comportamiento del banco (prestación de una suma, asunción de garantías, -- etc.)".

Más adelante termina diciendo que "la apertura de crédito -- tiene como función típica la creación de la disponibilidad". (38)

Se adhiere al concepto de disponibilidad o poder de disponer, "Francesco Messineo al decirnos que la disponibilidad -- consiste en el poder de empleo de una suma ajena, en los modos más variados, entre los cuales culmina la enajenación de ella y la posibilidad de convertirse en su propietario.

Agrega, que antes del ejercicio del mismo, el poder de disponer no atribuye un derecho real, sino un derecho de crédito; sin embargo, se trata de un derecho de crédito de particular eficacia, puesto que depende únicamente de la voluntad de quien está investido del mismo la posibilidad de convertirse en derecho real. Desde el punto de vista del efecto práctico, quien tiene la disponibilidad, tiene para sí uno de los atributos normales de la propiedad, aún no siendo propietario.

Harrigues indica que la disponibilidad no es aquí consecuencia de una previa entrega de fondos, como lo es en el depósito, sino como consecuencia de la concesión de crédito. El cliente tiene a su disposición los medios de pago que el banco le ha ofrecido al concederle el crédito". (39)

Joaquín Rodríguez, distingue entre el momento de su perfección jurídica del de su ejecución. Indica que la perfección del contrato se realiza por el cambio de consentimiento sobre la cantidad, interés y demás cláusulas propias del mismo; el contrato se ejecuta cuando el acreditante cumple la obligación de hacer, que consiste en poner a disposición del acreditado la cantidad prometida o asumir por él, una obligación lo que también equivale a lo mismo". (40)

- (38) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 258
- (39) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 258
- (40) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 258

EL CREDITO.- Su concepto. La palabra crédito viene del latín creditum, que significa tener confianza, tener fe en algo. --- Paolo Greco nos dice que "en sentido moral, crédito es la bue reputación de que goza una persona. En sentido jurídico -- crédito indica el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria y se contrapone "al débito", que incumbe al sujeto pasivo de la relación. En sentido económico-jurídico - significa cuando en una relación de dar o poseer existente entre dos sujetos, se da un primer tiempo para recobrar después un segundo tiempo, lo que se ha dado para la doctrina.

Para Stuart Mill, el crédito es el permiso de utilizar el capital de otras personas en provecho propio; Charles Gide, nos die, que es el cambio de una riqueza presente por una riqueza - futura; Kleinwachter, entiende por crédito la confianza en la capacidad de prestación de un tercero, o, más concretamente, - la confianza en la posibilidad, o la voluntad y solvencia de - un individuo por lo que se refiere al cumplimiento de una obligación contraída". (41)

En términos generales, puede decirse que crédito es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado, y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los - mismos. Es de aclarar que el crédito no sólo puede otorgarse en dinero, sino también en especie y en la posibilidad de disposición del dinero.

Elementos y características del Crédito.- Estimamos que los - elementos del crédito son: La existencia de ciertos bienes, la transferencia de ellos, o de su disposición jurídica, de su titular, a otra personal (la que lo disfruta), el lapso de tiempo durante el que se usan esos bienes y la obligación de restitución de los mismos, con el pago de la cantidad pactada por - su uso. Hay quien afirma que también la confianza forma parte importante del concepto del crédito.

El crédito, como ya se dijo, puede apreciarse respecto de a--- aquel que lo recibe, operaciones pasivas, y respecto de aquel - que lo otorga, operaciones activas.

Se han ensayado numerosas clasificaciones del crédito y se le puede considerar, desde el punto de vista de las entidades que lo reciben: crédito a la industria, a la importación, al comercio, al consumo, etc. Por la finalidad a que está destinado: -

para adquisición de bienes de consumo duradero, para obras - públicas, para importación y exportación, para la agricultura, para la industria, etc. Según el plazo a que se con--- trae: a corto, medio y largo plazos". (42)

"Operaciones activas y pasivas.- El problema fundamental -- cuando se estudia la materia del crédito, es determinar al - concepto de éste y lo que la doctrina en general estima que deben llamarse operaciones activas y pasivas, con cierto cri--- terio contable, porque reflejan como si fuera en un balance, los registros del activo y del pasivo, o sea saldos acreedo--- res y deudores.

Estimamos conveniente hacer un comentario general, el crédi--- to en nuestra opinión, es un concepto genérico que puede a--- barcar una serie de operaciones específicas o ramas que han ido especialmente afinándose y que van tipificando las dis--- tintas actividades de las instituciones de crédito, es decir, en nuestra opinión, hay operaciones de crédito que son funda--- mentales y que pueden resultar comunes, como son la capta--- ción de recursos del ahorro público y el otorgar préstamos a los sectores de la población que lo necesitan.

Ahora bien, esas operaciones fundamentales pueden adoptar u--- na serie de modalidades específicas conforme a la estructura jurídica que rige en México y que pueden ser: depósitos en - cuenta de cheques, depósitos a plazo, de ahorro, de capitali--- zación, emisión de bonos financieros e hipotecarios, en el - aspecto que llaman pasivo o sea de asunción de los recursos del público o de otras entidades por parte de las institucio--- nes y una serie de créditos muy diversos y con modalidades muy peculiares, cuando la institución es la que proporciona el dinero a quien lo necesita". (43)

"Puede afirmarse que aquellas operaciones en las que las --- instituciones reciben dinero de terceros, es decir, que és--- tos son acreedores y las instituciones deudoras, son las que la doctrina califica como pasivas y el origen de los fondos puede ser el siguiente: a) Del público en general, a través de los instrumentos de la Ley Bancaria permite a cada tipo - de instituciones; b) De otras instituciones del país; c) Di--- rectamente del Gobierno Federal o de organismos descentrali--- zados o del instituto central; y d) De bancos extranjeros, - previo aviso y cumplimiento de los requisitos que señale el

(42) ACOSTA ROMERO, M. "Derecho Bancario". p. 295

(43) ACOSTA ROMERO, M. Ob. cit. p. 296

Banco de México y en su caso, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Operación pasiva no sólo consiste en que el banco recibe dinero en efectivo, sino que consideramos que también puede ser en bienes o servicios estimables en numerario, pagaderos a futuro". (44)

Operación activa en este orden de ideas, serán todas aquellas que realizan las instituciones, en las que se presta dinero, o conceden crédito, o servicios estimados en numerario, pagaderos a futuro a cualquier persona, mediante la utilización de los contratos, o instrumentos, que para ese efecto señala la ley.

Los autores han llamado a las operaciones que no son el recibir, ni otorgar crédito al público, operaciones neutras, esta terminología puede resultar confusa, por lo que es preferible utilizar la palabra servicios bancarios para designar toda aquella serie de operaciones que prestan los bancos y que no necesitan forzosamente de una operación activa o pasiva, como por ejemplo, las operaciones fiduciarias, o las cobranzas.

EL CONTRATO DE PRESTAMO MERCANTIL.

Concepto.- "El préstamo (o mutuo) es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al otro, el que se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

En su caso, el Código de Comercio considera mercantil a un contrato de préstamo cuando éste se contrae en el concepto y con la expresión de que las cosas prestadas se destinarán a actos de comercio (art. 358). Además, se presume que el préstamo es mercantil cuando se contrae entre comerciantes. (arts. 75, --- Dec. XXI y 358 Cód. Com.)". (45)

Obligación de Restitución.

Forma.- El que recibe en préstamo (mutuario) una suma de dinero u otra cosa fungible, tiene la obligación de devolver al mutante otro tanto de la misma especie o calidad.

La obligación de restitución debe ser cumplida en forma distinta, según el carácter de la cosa prestada (art. 359 Co. Com.), así: a) si se trata de préstamos en dinero, el mutuario cumpli

44) ACOSTA ROMERO, M. "Derecho Bancario". p. 297

45)

rá su obligación devolviendo una cantidad igual a la recibida, conforme a la ley monetaria vigente; b) si se cumple el tratamiento de préstamos de títulos o valores, el mutuuario cumple devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido salvo pacto contrario; c) cuando se trata de préstamos en especie, el mutuuario devolverá, salvo pacto contrario, igual cantidad de la misma especie y calidad, o su equivalente en numerario si se hubiere extinguido la especie debida.

) Plazo.- La cosa prestada deberá devolverse en el tiempo -- convenido en el contrato. En los préstamos por tiempo indeterminado no podrá exigirse al mutuuario la devolución de la cosa prestada, sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se le haga, judicialmente o en forma extrajudicial ante notario o dos testigos (art. 360 Código de Comercio).

Intereses.- Las partes pueden estipular y, normalmente se hace así en materia mercantil, un interés. El interés es el legal o convencional. El interés legal es del 6% anual. El interés convencional es el fijado por los contratantes y puede ser mayor o menor que el legal (arts. 362 Cód. Com. y 2394 y 395 Código Civil).

En caso de mora, el mutuuario deberá pagar al mutante, desde el día siguiente al del vencimiento del plazo estipulado para la devolución, el interés pactado para este caso, o en su defecto, el del 6% anual (art. 362 Código de Comercio).

Cuando el préstamo se hiciera en especie, los intereses se calcularán sobre el valor que las cosas prestadas tengan en la plaza en que debe hacerse la devolución, el día siguiente al vencimiento o por el que determinaren peritos, si la mercancía estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valoración (Art. 362 del Código de Comercio).

Si el préstamo fuere de títulos o valores, el interés moratorio será el que los mismos devenguen, o, en su defecto, el legal del 6% anual, determinándose el valor de los títulos por el que tengan en bolsa, si fueren cotizables, o, en caso de no serlo, por el que tuvieren en la plaza en que deba hacerse la devolución al día siguiente al del vencimiento (Art. 362 del Código de Comercio).

Considera el artículo 361 del Código de Comercio que toda prestación pactada a favor del mutante, que conste precisamente -- por escrito, se reputará a interés.

Los intereses vencidos y no pagados devengarán intereses. Sin embargo, los contratantes podrán capitalizarlos (art. 363 del Código de Comercio).

Cuando el mutante reciba el capital prestado, sin reservarse - expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, se extinguirá la obligación respecto a los mismos (art. 364 del - Código de Comercio).

Cuando el mutuario efectúe entregas a cuenta, y no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término el pago de los intereses por orden de vencimiento, y después, el capital (art. 364 del Código de Comercio)". (46)

"Prestamos directos.- En las relaciones entre el banco y sus clientes, la figura jurídica del préstamo nace unas veces directamente y otras como consecuencia de operaciones diversas.

Moreno Castañeda indica que la finalidad de los prestamos directos que hacen los bancos, es la de "suministrar capital a - aquellos individuos o empresas que confrontan una necesidad -- justificada de crédito, pero que carecen de títulos cambiables susceptibles de prestar al descuento". El maestro Garcia Diego está en desacuerdo con Moreno Castañeda respecto a la carencia de títulos cambiables, ya que los individuos o empresas -- pueden tener títulos para su financiamiento, pero pueden preferir el préstamo directo, porque su interés se paga a su vencimiento, o por así requerirlo sus necesidades operativas respecto al plazo.

El contrato adopta una estructura similar a la del mutuo y se documenta generalmente mediante la suscripción de un pagaré - mercantil por parte del cliente. El vencimiento máximo por lo general es de 180 días, con renovación hasta de un año.

Con excepción de los casos en que el cliente es un sujeto idóneo de crédito, el banco exige firmas colaterales de garantía. En tal caso, Garrigues los llama prestamos con garantía personal, "en razón a que la póliza se suscribe también por un fi...

por que asume con carácter solidario las obligaciones contraídas por el prestatario, con renuncia expresa al beneficio de "excusión y división".

Se trata pues, de un préstamo de dinero con su contenido típico de obligaciones, a saber: Obligaciones de restitución de la suma prestada y obligación de pagar intereses. Para Garrigues se trata de un contrato bilateral precisamente porque el banco cede su dinero para recibir intereses, y este recibo de intereses constituye, por tanto, la causa del contrato para el banco.

Es práctica usual de nuestra banca, que los sujetos idóneos de crédito gocen de determinada cantidad de préstamos directos y de otra determinada cantidad de descuentos, dentro de su línea de crédito". (47)

Prestamos Personales.- "En los préstamos personales el banco no persigue de inmediato la conveniencia de saldos en Cuentas de Cheques, sino más bien la promoción e incremento de las Cuentas de Ahorro y el cumplimiento de una función de promoción y ayuda al negocio en pequeño, al artesano, al profesionalista, etc. y, en cierto sentido, apoyo al "crédito de consumo", es decir, al crédito consuntivo, entendiéndose por tal, a aquel en que los fondos se emplean en bienes o servicios que se consumen o acaban, sin producir riqueza.

Por lo tanto, se distinguen tres categorías que son:

- 1.- Créditos personales de promoción o ayuda financiera a pequeños negocios;
- 2.- Créditos personales de consumo; y,
- 3.- Créditos personales para gastos específicos.

Es muy importante que el banco compruebe el destino que se le dé al préstamo, para que esta clase de préstamo no degeneren en crédito de complacencia para fines indeterminados a que no deba atender el banco, evitando así, el uso indebido de este servicio por parte del solicitante, que le imposibilite después a cumplir debidamente con su adeudo.

Debido a su índole especial, los bancos no juzgan esta clase de préstamos con el mismo criterio que aplican a las operaciones de carácter comercial o industrial, ni tampoco exigen co-

o requisito indispensable la presentación de estados financieros en la forma acostumbrada para las operaciones de crédito en general.

Para el otorgamiento de créditos personales, los bancos tienen como elemento de juicio, la solvencia moral del solicitante determinada por una encuesta especial; su arraigo en una actividad productiva determinada, de la que dependan sus ingresos fijos o básicos; sus aptitudes en dicha actividad, sea profesional o no; la cuantía de sus ingresos fijos periódicos; su capacidad económica para liquidar el crédito solicitado, con base en dichos ingresos fijos, frente a los gastos fijos; sus fuentes adicionales de ingresos; y las garantías personales o reales que pueda ofrecer, etc.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 'b' de la Fracción II del artículo 19 de la Ley General de Instituciones de Crédito, las instituciones de ahorro pueden concertar estas operaciones de crédito para ser reembolsadas a plazo de noventa y trescientos sesenta días (reforma de enero de 1975), por lo cual, los bancos han organizado el servicio de préstamos personales dentro de sus Departamentos de Ahorro, además de que es más adecuada esta inversión a sus recursos, sin contar que el factor psicológico del préstamo personal debe provecharse en la promoción de Cuentas de Ahorro.

En el manual de instrucciones sobre Préstamos Personales de una de las más importantes instituciones de Crédito del país se reglamenta el servicio de préstamos personales, desde el punto de vista de los usuarios, como sigue:

P. No se otorgarán esta clase de préstamos a sociedades.

P. Esta clase de operaciones, en principio, no podrán tener como finalidad cubrir adeudos contraídos por el solicitante salvo casos especiales;

P. El crédito tendrá un propósito productivo o de ayuda financiera, al negocio en pequeño, al profesionista, etc., o para atender necesidades legítimas de las personas dentro de sus capacidades y posibilidades;

P. Cuando el crédito tenga finalidad de consumo, se destina preferentemente a la adquisición de artículos o bienes útiles que mejoren el estándar de vida familiar y cuando su destino sea cubrir gastos, éstos deberán tener un objeto útil para el usuario, como reparación de casas, coche, gastos

personales escolares, atención médica, pago de seguros, vacaciones, etc. Siempre se evitará otorgar este préstamo para finalidades y gastos superfluos, pues la inexperiencia ha -- mostrado que ésto, desequilibra la economía de las personas y los presupuestos familiares;

5°. Esta clase de préstamos se otorgarán con o sin garantía, y el plazo máximo para su amortización será de 11 meses y -- fracción.

6°. Para que estos préstamos tengan efecto psicológico deseado, deberán ser económicos para el usuario y sencillos en su trámite; devengando un interés de acuerdo con las normas establecidas cuyo tipo promedio es del 18% anual;

7°. El importe máximo del préstamo a una sola persona no podrá exceder de \$10, 000, 00. pesos; salvo casos especiales -- hasta \$20, 000, 00, ya sea como responsabilidad directa o in -- directa;

8°. Los créditos deberán resolverse en un plazo máximo de -- 3 días;

9°. Siempre será necesario que el usuario abra una cuenta de ahorro e incremente la que tenga para que, en su caso, sirva como fondo de amortización;

10°. La amortización se hará mediante pagos periódicos men-- suales; y

11°. Requieren investigaciones concretas y especializadas".
(48)

CREDITOS PARA OBTENER BIENES DE CONSUMO DURADERO.- "La política tradicional de la banca para el otorgamiento de crédito ha sido la de concederlo a aquellos sujetos que con el préstamo puedan crear riqueza. Es decir, el enfoque de la política hacendaria y bancaria ha sido la de no comprometer los fondos de las instituciones de crédito en préstamos consuntivos, o sea en créditos en que los fondos se emplean en bienes o servicios que se consumen o se acaban, sin producir riqueza.

Sin embargo, ya desde 1962, por reformas a la ley bancaria -- publicadas en el Diario Oficial del 31 de diciembre, se modi

(48) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 259

ficó el artículo 19, Fracción III, inciso 'c', introduciendo la posibilidad de que las instituciones de ahorro intervengan en operaciones de crédito para adquisición de bienes de consumo duradero, con sujeción a las reglas y dentro de los límites que fijase el Banco de México, hasta por el diez por ciento del pasivo de los depósitos de ahorro.

Posteriormente, por reformas publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1965, se extendió la misma posibilidad a las Instituciones de Depósito y a las Sociedades Financieras hasta por el diez por ciento del pasivo exigible de las primeras y hasta el veinte por ciento del pasivo exigible de las segundas. (artículo 10, Fracción III; artículo 11, Fracción VI, artículo 26, Fracción VIII; y artículo 28, Fracción V).

El propósito de la medida ha sido el de impulsar en forma importante la adquisición de bienes de consumo duradero no su tuarios, para un extenso sector de la población que normalmente no tiene acceso al crédito bancario, pero que está --- constituido por un grupo muy numeroso. Se ha cuidado que esta operación tenga características bancarias sanas, que cuente con las garantías adecuadas y que pueda efectuarse a plazos y tipo de interés razonables.

Por sendas circulares del Banco de México, números 1528/65 y 1529/65 dirigidas, respectivamente, a las Sociedades Financieras y a los Bancos de Depósito y Ahorro, de fecha 19 de marzo de 1965, se fijaron las reglas, a las cuales deben sujetarse, de conformidad con la Ley Bancaria, los préstamos y créditos que otorguen estas instituciones para la adquisición de bienes de consumo duradero.

Los préstamos de crédito sólo pueden ser otorgados a personas físicas, por lo que se excluye a las personas morales, es decir, a corporaciones y sociedades. Deben ser destinadas exclusivamente a la adquisición de bienes de consumo duradero de los que la terminología comercial se denominan de "línea blanca" y "línea negra".

Dentro de los conocidos como "línea blanca", las circulares dan como ejemplos: los refrigeradores, las estufas, las lavadoras, los muebles para cocina y otros artículos similares. Por lo que respecta a los denominados de "línea negra", las citadas circulares ejemplifican: los radios, los televisores, los artículos eléctricos para el hogar y otros simila-

res, así como equipos e implementos para profesionistas, agricultores o artesanos, mobiliario en general, vehículos de motor, bicicletas, etc.

Es también requisito indispensable, que los bienes objeto del financiamiento deben ser adquiridos en empresas productoras o dedicadas a la venta de esta clase de bienes.

El monto de los préstamos y créditos no podrá ser mayor de -- VEINTICINCO MIL pesos por persona y por institución de crédito, salvo el caso de adquisición de vehículos de motor, sin comprender motocicletas o similares, en el que se podrán conceder hasta CINCUENTA MIL pesos adicionales. Sin embargo, sólo podrán otorgarse para cubrir hasta el ochenta por ciento del precio de compra de los bienes de que se trate, por lo -- que el veinte por ciento restante debe cubrirlo quien solicita el crédito. En los límites referidos no quedan comprendidos los intereses.

Para los Bancos de Depósito y Ahorro los préstamos y crédito no podrán ser a plazo mayor de dos años, y para las sociedades Financieras no podrán ser a plazo mayor de tres años. En ambos casos, deberán amortizarse mediante exhibiciones mensuales o trimestrales iguales, salvo en el caso de los agricultores en que podrán ser anuales.

En el caso de Bancos de Depósito y Ahorro, la tasa de interés no será superior al doce por ciento anual sobre saldos insolutos, comprendiendo cualesquiera otros cargos. Sin embargo, en razón de que la pequeña cuantía de los créditos eleva, por lo general, los gastos de investigación y de cobranza, podrá efectuarse un cargo inicial único de un 1% sobre el monto total de la operación en préstamo a seis meses; de 1,5% en préstamos de un año; de 2% en préstamo a 18 meses; y de 2.5% en préstamos de 24 meses. Es curioso que la circular 1528/65 dirigida a las Sociedades Financieras, nada dice al respecto del cobro de intereses ni del cargo inicial único, pero por analogía debe entenderse que rigen las mismas reglas.

La garantía de estos préstamos o créditos es la de prenda, en favor de la institución acreditante, de los mismos bienes que se adquieran, hasta la liquidación del adeudo. El propio acreditado quedará en posesión de los bienes con el carácter de depositario, que no podrá revocarsele, en tanto esté cumpliendo con los términos del contrato de préstamo.

La institución acreditante, después de recibir del acreditado no menos del 20% del precio del artículo, pagará directamente el precio íntegro de la mercancía a la empresa que intervenga como vendedora y conservará en su poder la factura correspondiente, anotada en los términos del artículo 111 bis. de la Ley Bancaria y la entregará al deudor a la liquidación del préstamo.

Cuando se trate de operaciones para adquisición de vehículos de motor o de otros bienes susceptibles de ser asegurados contra robo total o daños importantes al propio bien, la institución acreditante deberá tomar el seguro correspondiente por cuenta del acreditado y dicha institución de crédito será la beneficiaria preferente del seguro.

Antes de otorgar el préstamo o crédito, la institución acreditante deberá verificar los antecedentes del acreditado en cuanto a ingresos regulares, permanencia en el empleo o su ocupación y solvencia moral.

Tanto los bancos de depósito y ahorro, como las sociedades financieras, deben proporcionar oportunamente al Banco de México todos los datos relativos a estos préstamos, para incluirlos en la modalidad del sistema de "créditos múltiples".

Los créditos que otorguen estas instituciones para la adquisición de bienes de consumo duradero, no serán computados como créditos al comercio para los efectos de las proporciones que exige el Instituto Central". (49)

(49) BAUCHE GARCIA, Diego. "Operaciones Bancarias". p. 261

ODIGO DE COMERCIO.

Artículo 358.- Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que -- las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes.

Artículo 359.- Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacer el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se trata de pactar en moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente el valor será en su favor o beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.

Si los préstamos fueren en especie deberá el deudor devolver, sin mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente, en metálico si se hubiese extinguido la especie debida.

Artículo 360.- En los préstamos por tiempo indeterminado no podrá extinguirse al deudor el pago, sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial ante un notario o dos testigos.

Artículo 361.- Toda prestación pactada a favor del acreedor, si conste precisamente por escrito, se reputará con interés.

Artículo 362.- Los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto, el seis por ciento anual.

Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercancías -- prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la mercancía o mercadería estuviere extingui

a al tiempo de hacerse su valuación.

si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito o mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, recio de los valores por el que tengan en la bolsa, si fueren cotizables o, en caso contrario, por el que tuvieran en plaza el día siguiente al del vencimiento.

artículo 363.- Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

artículo 364.- El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos.

las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital.

artículo 1050.- Cuando conforme a los expresados artículos 75 y 76 de las dos partes que intervienen en un contrato una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil y ese contrato diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, - si la parte que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que celebra un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las reglas del derecho común.

CONCLUSIONES

.- Para que exista la lesión en el contrato de mutuo, deben darse los elementos subjetivos y objetivos, esto es: Como elementos subjetivos, la suma ignorancia, la extrema miseria - la notoria inexperiencia y como elemento objetivo, un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado.

.- El efecto de la lesión en el contrato de mutuo debe de ser el de nulidad relativa, pues si coordinamos los artículos 17 con el 2228 del Código Civil, se deduce que está sujeta a - rescrición.

.- Tomando en cuenta que la lesión en los contratos puede -- constituir un delito de fraude, en este caso, una vez que se - declare por sentencia la comisión de ese delito cambiará de -- nulidad relativa a nulidad absoluta a efecto de que la acción imprescriptible y el contrato no pueda convalidarse por una ra ratificación expresa o tácita.

.- La lesión es equiparada con el fraude específico (artículo 17 del Código Civil y 387 F. VII del Código Penal).

.- Actualmente las instituciones bancarias no conceden préstamos personales. El interés que se cobraba anteriormente --- (33%) no era usurario pues estaba autorizado por la Comisión - Nacional Bancaria.

.- Para hacer la diferencia entre el fraude específico y genérico, se obtiene por exclusión; todos los no específicos son genéricos.

.- No existe diferencia (más que en el término) entre la usu raria y lesión, las dos persiguen lucros desmedidos.

.- Como la fracción VIII del artículo 386 del Código Penal - no comprende el caso de lesión por notoria inexperiencia a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, ni el de necesidad moral, opino que en éstas dos últimas hipótesis no puede confi- gurarse el delito de fraude y la acción de nulidad sí tendrá - todas las características que señala el artículo 17, o sea, se - rá prescriptible dentro de términos de un año y también el con- trato podrá convalidarse por una ratificación expresa o tácita-- a.

.- Cuando la lesión constituya un fraude, se otorgara una --
cción irrenunciable pues es éste caso, la ley no solo prote--
e a la víctima sino también al interés general que de otra --
anera resultaria lesionado por un hecho delictuoso, persiguién--
ose de oficio el delito.

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

- Acosta Romero Manuel "Derecho Bancario"
Editorial Porrúa. México. 2a. Edición.
- Antonio de Padua Moreno "Derecho Penal Mexicano"
Editorial Porrúa México. 2a. Edición. 1968.
- Bañuelos Froylan "De la Interpretación de los Contratos"
Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 2a. Edición. 1979.
- Bauche García Diego "Operaciones Bancarias"
Editorial Porrúa México. 3a. Edición. 1978.
- Código Civil para el D. F. de 1928.
Leyva Gabriel y Cruz Ponce
Editorial Miguel Angel Porrúa México. 3a. Edición. 1983.
- Código Civil de 1870.
- Código Civil de 1884.

- 8.- Código Penal vigente.
Colección Porrúa México. 35ava. Edición. 1982.
- 9.- De Pina Vara Rafael "Derecho Mercantil Mexicano"
Editorial Porrúa México. Décimo-primer edición. 1974.
- 10.- Gutiérrez y González Ernesto "Derecho de las Obligaciones"
Editorial Cajica Puebla, Pue. 5a. Edición. 1979.
- 11.- Jiménez Huerta Mariano "Derecho Penal Mexicano"
Editorial Porrúa México. 2a. Edición. 1970.
- 12.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Colección Porrúa México. Trigésimo-novena edición. 1981.
- 13.- Muñoz Luis "Derecho Civil Mexicano, Obligaciones y Contratos".
Cárdenas Editor y Distribuidor México. 1a. Edición. 1971.
- 14.- Ortiz Urquidi Raúl "Derecho Civil"
Editorial Porrúa México. 1a. Edición. 1971.
- 15.- Rojina Villegas Rafael "Compendio de Derecho Civil"
--Contratos--
Editorial Porrúa México. 3a. Edición. 1977.

- 16.- Rojina Villegas Rafael "Derecho Civil Mexicano"
--Obligaciones--
Editorial Porrúa. México. 3a. Edición. 1976.
