

301809<sup>1</sup>  
17  
2ej



**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

**PLANTEL SAN RAFAEL  
"ALMA MATER"**

**ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESTUDIO JURIDICO SOBRE LA NULIDAD  
EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE  
CRÉDITO BANCARIOS CON GARANTIA  
HIPOTECARIA**

**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**MIREYA RICO RAMIREZ**

**ASESOR  
LIC. LETICIA ARAIZA MENDEZ**

**REVISOR  
LIC. MARIO BALLADO PARRA**

**MEXICO, D.F.**

**1997**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

270232



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.

PRIMERAMENTE, AGRADEZCO A DIOS MI SEÑOR,  
POR PERMITIRME Y DARME LA FUERZA NECESARIA  
PARA LA CULMINACIÓN DE ESTA TESIS EN LOS  
MOMENTOS MAS DIFICILES DE MI VIDA.

A MIS MUY AMADOS PADRES ROBERTO Y OLIVIA,  
GRACIAS A ELLOS SOY QUIEN SOY, POR EL GRAN  
AMOR Y LA CONFIANZA QUE ME HAN BRINDARON  
SIEMPRE.

A MIS HERMANOS MARCO, CARLOS, ADRIANA,  
LAURA, JAIME, LUIS Y LILI, POR TENERLOS SIEMPRE  
A MI LADO

A MIS QUERIDOS SOBRINOS: DIANA, OLI, SAMARA,  
JAZMIN, A. LAURA, PAULINA, MARUCA, TOÑITO,  
CUQUIS, FELICIA, LAURITA, FERNANDO, VIRIDIANA,  
JACQUELIN, MONSEY LUIS (FEDERICO). POR TODO  
SU AMOR, RISAS Y ABRAZOS QUE ME  
FORTALECIERON PARA DEMOSTRARLES QUE SI SE  
PUEDE.

A MI ESPOSO VICTOR MANUEL POR TODO EL  
CORAJE QUE DESPERTO EN MI PARA NO  
CLAUDICAR AUN ENCONTRÁNDOME EN LOS  
MOMENTOS MAS DIFICILES DE MI VIDA.

A MI MAESTRO Y AMIGO LIC. FRANCISCO GONZALEZ  
ESTRELLA POR CONFIAR EN MI Y DARME SU APOYO  
INCONDICIONAL.

A MIS QUERIDOS AMIGOS JOSE JESUS, ANTONIO,  
IVONNE Y LUPITA POR SU GRAN APOYO.

A MIS DOS ASESORES DE TESIS LIC. LETICIA ARAIZA  
Y LIC. MARIO BALLADO GRACIAS A ELLOS HOY  
TERMINO ESTA SUFRIDA PERO ANHELADA TESIS.

## INDICE

## INTRODUCCION

|  |    |
|--|----|
| <b>CAPITULO I.</b> ....  | 15 |
| 1. MARCO JURIDICO DOCTRINAL.....   | 17 |
| 1.1. CONCEPTO JURIDICO DE CONVENIO Y CONTRATO.....                           | 17 |
| 1.1.1. Convenio.....   | 17 |
| 1.1.2. Convenio en sentido amplio.....                                       | 20 |
| 1.1.3. Convenio en sentido estricto.....                                     | 22 |
| 1.1.4. Contrato.....   | 23 |
| 1.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y ELEMENTOS DE VALIDEZ EN LOS<br>CONTRATOS..... | 24 |
| 1.2.1. Consentimiento.....   | 25 |
| 1.2.2. Objeto.....   | 31 |
| 1.2.3. Ausencia de vicios en el consentimiento.....                          | 35 |
| 1.2.4. Capacidad.....  | 42 |
| 1.2.5. Licitud en el objeto motivo o fin.....                                | 46 |

|   |           |
|---|-----------|
| 1.2.6. Forma.....   | 46        |
| <b>1.3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.....</b>                   | <b>48</b> |
| 1.3.1. Unilaterales Bilaterales.....                              | 49        |
| 1.3.2. Onerosos y Gratuitos; subdividiéndose los Onerosos en..... | 49        |
| ♦ Conmutativos.....   | 49        |
| ♦ Aleatorios.....   | 49        |
| 1.3.3. Instantáneos y de Tracto Sucesivo.....                     | 50        |
| 1.3.4. Principales y Accesorios.....                              | 50        |
| 1.3.5. Consensuales y Reales.....                                 | 51        |
| 1.3.6. Formales y Consensuales.....                               | 51        |
| <br>  |           |
| 1.4. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO CIVIL Y MERCANTIL.....            | 51        |
| <br>  |           |
| <b>CAPITULO II.....</b>   | <b>53</b> |
| <br>  |           |
| <b>2. CONTRATO APERTURA DE CREDITO.....</b>                       | <b>54</b> |
| 2.1. APERTURA DE CREDITO  |           |
| 2.1.1. Concepto.....  | 54        |
| 2.1.2. Clasificación.....   | 55        |
| 2.1.3. Importe del Crédito.....                                   | 59        |
| 2.1.4. Duración del Contrato.....                                 | 59        |
| 2.1.5. Obligaciones del Acreditado y Acreditante.....             | 61        |
| 2.1.6. Garantías.....   | 62        |

|  |           |
|--|-----------|
| 2.1.7. Término y Extinción.....                    | 62        |
| <b>CAPITULO III.....</b>                           | <b>69</b> |
| <b>3. EL PRESTAMO MERCANTIL.....</b>               | <b>70</b> |
| 3.1. Concepto.....                                 | 70        |
| 3.1.1. Mutuo Mercantil.....                        | 71        |
| 3.1.2. Devolución de la cosa prestada.....         | 73        |
| 3.1.3 Intereses.....                               | 74        |
| <b>CAPITULO IV.....</b>                            | <b>77</b> |
| <b>4. CONTRATO DE MUTUO.....</b>                   | <b>78</b> |
| 4.1. Concepto de Mutuo.....                        | 79        |
| 4.1.1. Clasificación del Concepto de Mutuo.....    | 80        |
| 4.1.2. Especies de Mutuo.....                      | 82        |
| 4.1.3. Obligaciones del Mutante o Prestamista..... | 83        |
| 4.1.4. Obligaciones del Mutuatario o Deudor.....   | 84        |

**CAPITULO V.....86**

**5. SEMEJANZAS ENTRE LA APERTURA DE CREDITO Y EL PRESTAMO  
MERCANTIL O MUTUO.....87**

**5.1. Semejanzas.....87**

**5.1.2. Diferencias.....88**

**5.1.3 Interpretación, confusión.....89**

**CAPITULO VI.....90**

**6. GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES.....91**

**6.1. Aplicación Supletoria del Código Civil para el Distrito Federal al Código de  
Comercio.....91**

**6.1.1. Aplicación e interpretación del artículo 77 del Código de Comercio.....94**

**6.1.2 Aplicación e interpretación del artículo 78 del Código de Comercio.....98**

**6.1.3. Análisis e interpretación de los artículos 79 al 88 del Código de  
Comercio.....103**

6.2. ANALISIS JURIDICO SOBRE LAS APERTURAS DE CREDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA..... 109

6.2.1. ¿Quién puede otorgar las aperturas de crédito? ..... 109

6.2.2. Requerimientos que se deben reunir para otorgar una apertura de crédito..... 110

6.2.3. ¿Qué es la garantía hipotecaria? ¿Qué debe cubrir y en que porción? .. 113

**CAPITULO VII..... 116**

7. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE APERTURA DE CREDITO..... 117

7.1.1. La nulidad de los contratos bancarios de la apertura de crédito con relación al Código de Comercio..... 117

7.1.2. La nulidad de los contratos bancarios de la apertura de crédito en relación con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..... 127

7.1.3. La nulidad de los contratos bancarios en relación con el Código Civil para el Distrito Federal..... 130

7.1.4. La nulidad de los contratos bancarios en relación con la Ley de Instituciones de Crédito..... 133



CONCLUSIONES.....138

BIBLIOGRAFIA.....140

## INTRODUCCION

Es indudable que el Sistema Bancario Mexicano no está funcionando. Se ha propiciado el desmantelamiento de la planta productiva.- Se ha sembrado angustia y desesperación entre los deudores.- Se ha incrementado como nunca la cartera vencida.- Se ha desencadenado un sin número de juicios.- Se ha deteriorado la relación de banco y cliente.- Se ha propiciado crisis económica, disminuyendo capacidad para el ahorro y minimizado significativamente el crédito, afectando con todo ello a todos los mexicanos por igual, dejando así de cumplir con su objetivo el cual está señalado en el artículo 4º de la Ley de Instituciones de Crédito *"El Estado ejercerá la rectoría del Sistema Bancario Mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una política económica soberana, fomentando El ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio Sistema, con apego a sanas prácticas y usos bancarios ..."*

Este problema se origina porque las instituciones de crédito del país, no se han apegado a la directriz bancaria contenida en su propia ley y, en consecuencia, no se han apegado a las sanas prácticas y usos bancarios, pero lo más lamentable y dramático es porque simplemente carecen del conocimiento que se requiere.

En efecto la Ley de Instituciones de Crédito está comprendida en la Legislación Bancaria y ésta, como una materia de Derecho Bancario, es optativa en la carrera de Derecho y, como tal, su contenido jurídico-financiero hace que los estudiantes de derecho por lo general, no la elijan en su plan de estudios y, por ello, no obtienen el conocimiento especializado que se requiere, propiciando que en las instituciones de crédito, se haya estructurado financieramente el crédito hipotecario e instrumentado jurídicamente los contratos, así como se hayan establecido programas con el ADE y los UDIS, sin considerar las directrices y las disposiciones contenidas en la citada Ley de Instituciones de Crédito.

Por lo tanto, sólo así se puede entender la forma tan extraordinaria como se ha transgredida el marco jurídico-financiero del crédito hipotecario: 1º. - El propio Presidente de la República, no acató a su exacta observancia, el plazo establecido en la ley especializada de los bancos para expedir los decretos de transformación de las instituciones de crédito, de sociedades nacionales de crédito a sociedades anónimas. 2º. - En la firma de los contratos, los representantes de los bancos se acreditaron con poderes que no cumplen con los requisitos de personalidad establecidas en su ley especializada. 3º. - Las instituciones de crédito establecieron en los contratos, términos y condiciones que les están prohibidos pactar según así lo dispone su ley especializada. 4º. - La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, no ha vigilado que las instituciones de crédito se apeguen a las disposiciones contenidas en su ley especializada y 5º. - Los notarios que intervinieron en la formalización de los contratos, no cumplieron con

su obligación de vigilar que los actos jurídicos que se celebren ante su presencia se ajusten estrictamente al marco de derecho.

Resulta así también entendible lo que está sucediendo, pues al haber las instituciones de crédito, estructurado los créditos fuera de su marco jurídico-financiero, propiciaron que a partir de la crisis económica que se inició a consecuencia de los acontecimientos de 1994, afloraran las irregularidades en las que incurrió la banca, ocasionando un incremento considerable en la cartera vencida, que aún a la fecha no se ha podido detener; teniendo que intervenir el gobierno destinando recursos económicos considerables a cargo desde luego de todos los mexicanos, por otra parte, se han generado fuertes controversias entre bancos y deudores (en lugar de generarse buenas relaciones), acabando por lo general, en juicios que como nunca, se están siguiendo en un número considerable en los diversos juzgados.

Al respecto cabe observar, que en la realidad, todos los deudores tienen problema con sus créditos y si no hacen nada judicialmente para que no les cobren lo que no les corresponde pagar, es por la fuerza de la tradición y la enorme influencia del poderoso, en este caso, del banco que les otorgó el crédito el cual los intimida y hasta los amenaza para que reestructuren sus créditos para que no se proceda judicialmente en su contra y pierdan así su patrimonio (basta que se le pregunte al familiar o amigo más cercano).

Lamentablemente, derivado también del desconocimiento de las directrices y normatividad contenida en la Ley de Instituciones de Crédito, se establecieron con recursos del gobierno, programas como el ADE y los UDIS, incurriendo también en desviaciones jurídico-financieras los cuales han ocasionado que se empeore el problema, elevándose aún más el monto de la cartera vencida al propiciar los propios bancos la "cultura del no pago" y obligándose el gobierno a destinar una mayor cantidad de recursos, dedicándose las instituciones de crédito, primordialmente en ver como cobrar lo incobrable y dejando de inyectar recursos a la planta productiva para cumplir con su objetivo de apoyo y promoción del desarrollo económico del país lo cual nos afecta a todos los mexicanos por igual.

Ante tan alarmante situación, se hace necesario que la banca regrese a LAS SANAS PRACTICAS Y USOS BANCARIOS, que es la disciplina bancaria bajo la que deben operar los bancos, por lo tanto es sumamente importante que ahora más que nunca, el PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION resuelva las discrepancias entre deudores y bancos con estricto apego al marco jurídico que rige las operaciones de crédito, para que propicie que la banca encuentre soluciones viables y razonables en beneficio de la mayoría, los acreditados y, no de la minoría, los banqueros. Al aplicar correctamente el derecho obligará a que los bancos recapaciten y reestructuren los créditos bancarios conforme a lo que dispone la LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO, permitiendo así que se puedan pagar por los acreditados y, que desde luego, los bancos puedan recuperar lo que prestaron para que lo vuelvan a "inyectar" a las fuerzas

productivas del país y se reactive en esta forma la economía en beneficio de todos los mexicanos.

Se hace necesario que hoy más que nunca, se establezca una "cultura de apego a la ley" sin permitir que nada ni nadie esté por encima de ella tal como así ha sido política que ha señalado el Dr. Ernesto Zedillo, bajo el entendido y convencimiento que precisamente el apego a la ley es la única solución a cualquier problema aún por severo que este sea. Sentencias a los deudores a que paguen lo impagable sólo por la obra de la costumbre y la fuerte influencia que ejercen los bancos haciendo creer que sería el caos para el sistema bancario mexicano si se empieza a fallar a favor de los deudores, pero lo que es peor, que sea ante el desconocimiento de lo que dispone la Ley de Instituciones de Crédito, es deplorable y altamente censurable amén que no favorece a nadie pues en esta forma las instituciones de crédito seguirán operando fuera de su marco jurídico-financiero dejando de cumplir con su objetivo institucional lo cual como ya se dijo, afecta a todos los mexicanos por igual, aunque no así a los banqueros deshonestos como los que hemos conocido, los "llamados de cuello blanco".

Afortunadamente a través de los juicios que se están siguiendo sobre créditos bancarios, tanto los litigantes como las autoridades judiciales, han venido finalmente aprendiendo e interpretando el marco jurídico bajo el que se debe juzgar la procedencia o improcedencia de los contratos respectivos, obteniendo cada vez más, un mejor conocimiento sobre lo que dispone la Ley de Instituciones de Crédito, aunque es lamentable que todavía a la fecha algunos juicios se estén

resolviendo sin ningún fundamento en esta ley especializada, coadyuvando a que los bancos sigan operando fuera de la ley dejando de cumplir con su objetivo que está más allá de sus controversias con los deudores.

## CAPITULO I.

### 1. MARCO JURIDICO DOCTRINAL

#### 1.1. CONCEPTO JURIDICO DE CONVENIO Y CONTRATO

1.1.1. Convenio

1.1.2. Convenio en sentido amplio

1.1.3. Convenio en sentido estricto

1.1.4. Contrato

#### 1.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y ELEMENTOS DE VALIDEZ EN LOS CONTRATOS

1.2.1. Consentimiento

1.2.2. Objeto

1.2.3. Ausencia de vicios en el consentimiento

1.2.4. Capacidad

1.2.5. Licitud en el objeto motivo o fin

1.2.6. Forma

#### 1.3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

1.3.1. Unilaterales y Bilaterales

1.3.2. Onerosos y Gratuitos; subdividiéndose los Onerosos en



- ◆ Conmutativos
- ◆ Aleatorios

1.3.3. Instantáneos y de Tracto Sucesivo

1.3.4. Principales y Accesorios

1.3.5. Consensuales y Reales

1.3.6. Formales y Consensuales

1.4. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO CIVIL Y MERCANTIL

## 1. - MARCO JURIDICO DOCTRINAL

### 1.1. CONCEPTO JURIDICO DE CONVENIO Y CONTRATO.

Desde los inicios del comercio ha existido un intercambio de bienes y servicios que fueron primero establecidos en base al trueque, y posteriormente al crearse lo que comúnmente llamamos dinero; se ha desarrollado una serie de compensaciones que han dado como resultado la creación de reglas para normar esos intercambios.

El Derecho formaliza esas reglas, sin las cuales la sociedad actual no tendría garantías en los negocios jurídicos (actos jurídicos), protegiendo a quienes los realizan. De esas figuras que son los instrumentos para poder salvaguardar sus intereses entre los que encontramos, *EL CONVENIO Y EL CONTRATO*.

#### 1.1.1. CONVENIO

El Derecho mismo como norma reguladora atribuye a la voluntad de los individuos refiriéndose a sus relaciones de orden privado una importancia relevante, la que consiste en regular la voluntad de ambas partes, cuando deciden crear derechos y obligaciones recíprocas. Es decir cuando los individuos desean plasmar su voluntad a cerca de un objeto o fin cierto para ambos, en ese momento surgen derechos y obligaciones, a esta situación se le denomina *Convenio*, partiendo de esa base se establece en el artículo 1792 del Código Civil vigente

para el Distrito Federal que: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir modificar o extinguir obligaciones". Por otra parte el artículo 1793 del mismo ordenamiento establece que: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

El maestro Manuel Borja Soriano señala en su obra la definición de Colín y Capitant: "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla".<sup>1</sup>

Otra definición de contrato sería la del maestro Rojina Villegas que determina: "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 es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y la otra negativa: modificarlos o extinguirlos."<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BORJA SORIANO, Manuel, Teoría general de las obligaciones, PORRUA, MEXICO, 1997, P. 111

<sup>2</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil contratos tomo IV, PORRUA, MEXICO, 1998 P 7

La mayoría de los autores coinciden con la definición del Código Civil unos cumplimentándola con algunas adecuaciones, como es el caso del maestro Gutiérrez y González que adicionalmente a las cuatro funciones ya establecidas de crear, transmitir, modificar y extinguir, considera debería incluirse la de Conservar derechos y obligaciones; considerando que las partes tienen la obligación de conservar los derechos o ciertas obligaciones pactadas por las partes; esta modalidad es distinta a las otras por lo tanto considera debería de tomarse en cuenta.

Mucho se ha dicho con relación a la diferencia entre Contrato y Convenio, pero no es así, porque de acuerdo a las definiciones que se han analizado, ambas figuras cumplen con las mismas funciones, por lo que se considera que no existe tal diferencia entre el significado de una y otra, inclusive hay autores que se atreven a mencionar que en lo único que estriba esta diferencia entre contrato y convenio, esta en el nombre mismo, otra diferencia podría ser en su aplicación en sentido amplio o estricto según sea el caso. Considerando que dicha distinción es puramente doctrinal más no práctica, pues en nuestra legislación los dos términos vienen a ser sinónimo uno del otro, en nuestra costumbre se hace uso de uno u otro indistintamente sin marcar diferencia alguna entre ellos.

De esta forma puede considerarse que tanto el contrato como el convenio son un acto jurídico, interpretado como la manifestación de la voluntad, la cual trae como consecuencia la producción de efectos de derecho sancionados por la ley; cuando la voluntad se expresa entre dos o más personas se está dando lugar a un

acto jurídico bilateral, como lo es la compraventa en la que ambas partes expresan su voluntad para celebrar el contrato, el caso de que dicha voluntad sea expresada por una sola de las partes se estará en presencia de un acto jurídico unilateral como lo es la figura del testamento, en la que sólo el testador expresa su voluntad.

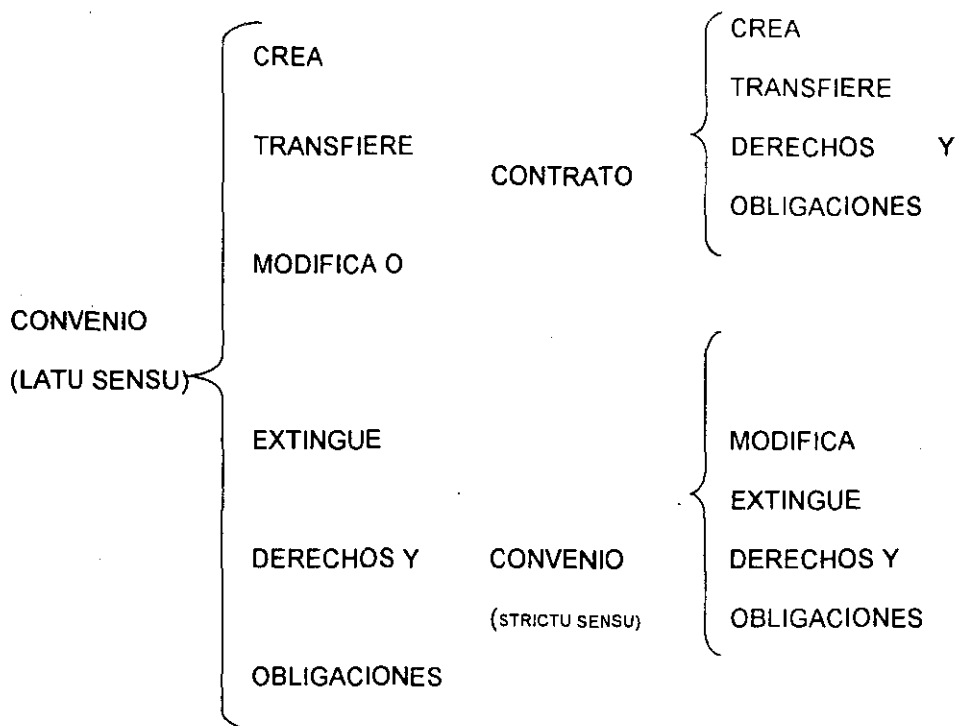
Considera la sustentante, que la definición más completa, es la que expone el maestro Gutiérrez González y en su obra por tanto debía contemplarse esta quinta función la de "Conservar" los derechos y obligaciones, porque en realidad las partes se ven comprometidas a conservar la cosa, por ejemplo en el caso de un contrato de arrendamiento, el arrendatario tiene la obligación de conservar el bien inmueble en perfectas condiciones.

#### 1.1.2. CONVENIO EN SENTIDO AMPLIO.

El concepto de convenio en sentido Amplio; de igual forma encontramos que la finalidad es la de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; debiéndose aclarar que el artículo 1792 del Código Civil, únicamente se refiere a las obligaciones no así a los derechos; al respecto debemos recordar que toda norma jurídica es bilateral, es decir, lo que para una parte es obligación, para la otra es derecho, lo que implica que no puede existir una obligación si enfrente no está un derecho, ni tampoco puede existir un derecho si no existe una obligación; luego entonces hemos justificado porque a la definición de convenio vertida con anterioridad le agreguemos que también pueda ser objeto del convenio

en sentido amplio los derechos, aclarándose que sirven de fundamento a lo anterior lo dispuesto en el artículo 1793 del Código Civil, en el que se establece, que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos; de lo que claramente se desprende, que para el propio legislador son objeto de convenio en sentido amplio tanto los derechos como las obligaciones; ya que resulta obvio que todo contrato es un convenio.

Nuevamente tomando como referencia la definición establecida en el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra establece *“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones”* y en su artículo 1793 del mismo ordenamiento *“Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”*. De estas definiciones se desprende que:



De acuerdo al esquema antes expuesto el Convenio en el sentido amplio sería tomando las cuatro funciones que son crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

### 1.1.3. CONVENIO EN SENTIDO ESTRICTO.

La inmensa mayoría de los estudiosos del derecho de igual forma definen al convenio por lo que de la definición anterior se desprende que convenio en sentido amplio tiene las cuatro funciones por lógica convenio en estricto sentido

será tomando sólo dos de las funciones que son: modificar y extinguir derechos y obligaciones.

#### 1.1.4. CONTRATO EN SENTIDO ESTRICTO.

##### DEFINICION DE CONTRATO.

Debemos recurrir al artículo 1793 del Código Civil, a falta de disposición similar en el Código de Comercio o en cualquier otra legislación mercantil para poder dar un concepto sobre contrato.

CONTRATO es el acuerdo de voluntades que producen o transfieren las obligaciones y derechos.

En la definición anterior encontramos los dos requisitos de existencia que debe reunir todo contrato mismo que a saber son el consentimiento y el objeto.

El consentimiento puede ser expreso o tácito; será expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; será tácito cuando existan hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.



El objeto Directo de todo contrato será el producir y/o transferir derechos y obligaciones; a diferencia del convenio en sentido amplio en el que, no solo se producen o crean, sino también se modifican o extinguen derechos y obligaciones.

## 1.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y ELEMENTOS DE VALIDEZ EN LOS CONTRATOS.

Existen al respecto diversas opiniones sobre cuáles son los elementos de existencia de un contrato, de acuerdo a nuestro Código Civil en su artículo 1794, establece cuales son estos elementos:

I.- El Consentimiento.

II.- El objeto que pueda ser materia del contrato.

En este sentido, no hay una unificación de criterios de cuántos son los elementos esenciales o de existencia de un contrato; aunque hay que recordar que el Código Civil en su artículo 1794 sólo establece al consentimiento y al objeto.

Algunos autores como los maestros Bejarano Sánchez y Gutiérrez y González consideran a *LA SOLEMNIDAD* como un tercer elemento y otros más como el Licenciado Arturo Puente, a *LA FORMA* que comparativamente sería como la solemnidad opinando que un contrato requiere de cierta formalidad, por

ejemplo la compraventa de un bien inmueble que sea elevada a rango de escritura pública.

### 1.2.1. CONSENTIMIENTO.

De acuerdo al maestro Garrido considera que el consentimiento:

La Voluntad y la declaración.-

"Un amplio sector del derecho privado asegura a los individuos, una esfera de libertad y autonomía, que les permite regular sus propios intereses en sus relaciones con terceros. Dentro de ese ámbito de libertad jurídica, la voluntad de los particulares, puede crear validamente, relaciones normativas obligatorias y puede así mismo, crear derechos y situaciones jurídicas a favor o en contra de los autores del acto que se haya celebrado."<sup>3</sup>

"No basta la existencia de la voluntad, ni que la voluntad sea declarada, sino que dicha voluntad y la declaración, deben reunir ciertos requisitos... Así pues, el poder de la voluntad, la llamada autonomía de la voluntad o autonomía privada, no significa como se pretendió en alguna época, sea absoluta, ni la voluntad soberana, porque encuentra como ya sea ha visto, ciertos límites que

---

<sup>3</sup> GARRIDO GARFIAS Ignacio, Derecho civil, PORRUA, MEXICO, 1996 P. 215

establece el orden público y las buenas costumbres y que circunscriben el concepto de licitud”<sup>4</sup>

“Lo que jurídicamente se denomina voluntades consta de dos momentos:

a) voluntad de querer realizar determinado negocio, b) la voluntad de declarar por medio de una conducta externa realizada, lo que el sujeto quiere”.<sup>5</sup>

Para lograr que un contrato pueda existir, es necesario contar con el consentimiento de las partes, el cual lo exteriorizarán, manifestando libremente su voluntad para obligarse, de no darse esta voluntad, no habría consentimiento, por lo tanto no existiría contrato. Es decir, es la manifestación de la voluntad que debe ser libre esto es, sin vicios (error, mala fe, dolo, violencia y lesión), por lo que una persona da su aprobación para celebrar un contrato.

El consentimiento, tiene claramente que expresarse sin que exista interpretación que pudiese dársele, además el contenido de esa voluntad deberá responder a una conducta posible y lícita, tanto en el orden natural como en el jurídico.

Podría decirse que el consentimiento se forma cuando ambas partes exteriorizan su voluntad, siendo ésta primeramente unilateral, posteriormente cuando cada una ha decidido obligarse a celebrar un contrato y ambas voluntades

---

<sup>4</sup> IBID. P 216

<sup>5</sup> IBID. P. 217

se exteriorizan en un sólo sentido, es decir, cuando una oferta o propuesta es planteada (cuando se vende una cosa) y ésta es aceptada por la otra parte se puede hablar en ese momento de que ambas partes están dando su consentimiento.

Como ya hemos dicho el consentimiento, es el acuerdo de voluntades celebrado entre dos o mas personas para crear o transferir derechos y obligaciones.

Existen dos formas de consentimiento que puede ser *Expreso o Tácito* según lo dispone el artículo 1803 del Código Civil.

El consentimiento, *EXPRESO O TÁCITO*, entendiéndose por Expreso, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o con signos inequívocos la voluntad de las partes contratantes. Por lo que el Tácito resultará de hechos o actos que lo presupongan o que permitan presumirlo, excepto en los casos en que por disposición legal expresa o por convenio, la voluntad debe manifestarse expresamente.

Cuando los contratos se celebran entre presentes, no existe problema de saber en que momento se plasma la voluntad de las partes de igual manera se perfeccionan en el momento mismo en el que exterioriza la voluntad. En caso contrario los contratos celebrados entre ausentes, la ley no puede precisar en que

momento se perfeccionan, teniendo la duda de en que momento se da el consentimiento.

De acuerdo al artículo 80 del Código de Comercio que señala que *"los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta a las condiciones con que está fuere modificada."*

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

De acuerdo a lo que el mencionado en el artículo anterior tomando en cuenta el punto de vista de la doctrina y el de esta legislación (Código de Comercio), admiten al respecto diversas Teorías, como lo son la *Declaración, la Recepción, la Expedición* y se podría considerar una cuarta Teoría, que sería la *Información*.

La doctrina ha considerado diversas posibilidades que sustentan estas Teorías:

Entre ellas cuando el destinatario de la oferta la acepta y exterioriza su voluntad de cualquier forma, en ese momento se da la *Teoría de la Declaratoria*.

En el momento que el destinatario de la oferta contesta expidiendo su aceptación, enviando ya sea el correo o telégrafo el documento que contiene su aceptación en ese momento se da la *Teoría de la Expedición*.

Cuando el proponente recibe en el domicilio que para estos efectos fijo, la respuesta a su oferta enviada por el aceptante, entonces se estará dando la *Teoría de la Recepción*, y por último.

Si el oferente se ha informado del contenido de la respuesta de su aceptante y la misma es considerada como favorable, en ese momento se da la *Teoría de la Información*.

En la materia civil se considera aplicable la Teoría de la Recepción, es decir de acuerdo al artículo 1807 del Código Civil que establece "*El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes*". Perfeccionándose el consentimiento cuando se recibe la propuesta por el oferente. Para la materia mercantil es la Teoría de la Declaración, según el artículo 80 del Código de Comercio.

Se considera que un contrato es inexistente, cuando existe la ausencia del consentimiento, para sustentarlo se explicarán a continuación el porque:

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

En el primer supuesto: Para saber en que momento existe el error, es necesario que ambas partes celebren un contrato dando su consentimiento, ejemplo: en el caso de una venta de cierto objeto, la parte vendedora transmite la cosa, a la parte compradora, esta a su vez lo recibe, creyendo que la otra parte se lo ha dado a título gratuito; es decir como una donación, cabe hacer hincapié que ambas partes dan su consentimiento para celebrar la operación, pero con un animo y pensamiento diferente al que realmente se pretendió dar, por lo que en este caso, aunque si se contó con el elemento esencial de un contrato, "el consentimiento", no puede considerarse como tal, en virtud de que existe un error en su otorgamiento.

Segundo supuesto: en este supuesto se da cuando uno está adquiriendo una cosa y la otra parte cree que está vendiendo otra. De igual manera como en el supuesto anterior, existe un error, pero en este caso en el objeto materia de la operación, ejemplo: la venta de un coche, una de las partes le ofrece un coche sin decirle a la otra que coche, la otra acepta y da su consentimiento creyendo que es el coche que tiene esta persona y ofrece cierta cantidad por ese coche, cuando se lleva a cabo la operación se da cuenta el comprador que no es el coche que él creía, por lo tanto como en el supuesto anterior existe un error, pero es este caso en el objeto materia de la operación

Tercer supuesto: este se da, cuando las partes falsamente declaran, esperando que no se dé la conducta es decir, que lo hacen con la intención de que no se surtan los efectos, relacionados con la operación, este aparentemente es un acto simulado ya que la voluntad que expresaron las partes tienen vicios, siendo falsa desde su origen, por lo tanto la manifestación de la voluntad no tiene validez, y consecuentemente puede considerarse la inexistencia del acto

### 1.2.2. EL OBJETO

El Código de Comercio y toda la legislación mercantil es omisa en cuanto a definir y caracterizar al objeto de los contratos motivo por el que es imprescindible y con fundamento a lo dispuesto por el artículo segundo del Código de Comercio necesariamente debemos recurrir al Código Civil Para el Distrito Federal, que dispone en el artículo 1824, que son objeto de los contratos "la cosa" que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Se debe hacer notar, que los estudiosos del derecho dividen el objeto de los contratos en objeto derecho y objeto indirecto.

EL OBJETO DIRECTO, de todo contrato es el previsto en el artículo 1793 del Código Civil Para el Distrito Federal; es decir crear y/o transmitir derechos y obligaciones.



EL OBJETO INDIRECTO de los contratos es el previsto en el artículo 1824 del Código Civil Para el Distrito Federal, es decir, la cosa que el obligado debe de dar y/o el hecho que debe hacer o no hacer.

#### REQUISITOS QUE TIENE QUE REUNIR EL OBJETO DEL CONTRATO.

Los requisitos que tiene que reunir el objeto de los contratos, deben estudiarse por separado en cuanto a la cosa motivo del contrato, así como en cuanto al hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

En cuanto a la cosa.

El artículo 1825 del Código Civil dispone que la cosa objeto del contrato debe:

- 1º.- EXISTIR EN LA NATURALEZA.
- 2º. SER DETERMINADO O DETERMINABLE EN CUANTO A SU ESPECIE.
- 3º.- ESTAR EN EL COMERCIO.

1º.- EXISTIR EN LA NATURALEZA.- Estar en la naturaleza implica que se tenga la certeza de que existe.

2º.- SER DETERMINADO O DETERMINABLE.- Todo el bien u objeto materia del contrato debe estar bien identificado o precisado o por lo menos ser susceptible de ser precisado en algún momento de la relación contractual.

3º.- ESTAR EN EL COMERCIO.- Hay bienes que están en la naturaleza y están determinados, pero no están en el comercio, por prohibirlo así alguna disposición normativa, ejemplo El Castillo de Chapultepec, El Palacio Nacional, El Parque Nacional de la Marquesa; 10 kilos de Cocaína, etc. Luego entonces, estar en el comercio significa que no está prohibido por alguna disposición normativa hacer objeto del contrato un bien determinado.

Existe de acuerdo al artículo 1827 del Código Civil, el que dispone que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser: en cuanto al hecho que debe hacerse o no hacerse.

1º.- DEBE SER POSIBLE

2º.- DEBE SER LICITO

1º.- La posibilidad del objeto consiste en que este sea compatible con las leyes de la naturaleza y con las normas jurídicas que deben regirlo necesariamente; La imposibilidad del objeto, en los términos del artículo 1828 del Código Civil será cuando sea incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regularlo necesariamente y que además constituye un obstáculo insuperable Para su realización; resultando importante aclarar, que no será imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona.

2º.- La licitud del objeto consiste en que la conducta de hacer o no hacer no sea contraria al derecho ni a las buenas costumbres; ya que si resulta contraria al derecho o a las buenas estaremos frente a un hecho ilícito; es decir el obligado o deudor debe estar en armonía jurídicamente, y las obligaciones no tengan ninguna prohibición o que no estén sancionadas por la ley, esta obligación no producirá efecto alguno y como ya se dijo este viene siendo un acto ilícito y por consiguiente será invalidado.

## LA SOLEMNIDAD

La solemnidad conforme a nuestro sistema jurídico es aplicable al matrimonio, en cuanto a que el consentimiento se debe manifestar ante el Juez del Registro Civil, agotándose todas y cada una de las formalidades, que la ley señala Para antes, durante y una vez efectuado el acto ante dicho funcionario; debiéndose aclarar, que la doctrina uniforme no reconoce otro acto o contrato solemne.

## ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO

Son elementos de validez del contrato: La ausencia de vicios en el consentimiento son;

EL ERROR

DOLO

MALA FE

LA VIOLENCIA

LA LESIÓN

CAPACIDAD,

LICITUD EN EL OBJETO MOTIVO O FIN

LA FORMA.

### 1.2.3. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

Se ha considerado que la voluntad de las partes se expresa con el consentimiento, el cual debe ser expreso o tácito, cumpliendo con cualesquiera de estas dos formas se puede decir que se ha expresado la voluntad, ( la voluntad como elemento esencial del acto jurídico, debe formarse de manera consiente y libre), aún en ese caso la voluntad debe estar exenta de vicios, no afectando la inteligencia ni la voluntad misma de las partes, por ende la presencia de algún vicio puede invalidar un contrato ya celebrado.

**LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO:** son: el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión, a continuación se dará una breve explicación de cada uno.

**EL ERROR** en términos generales: es aquel concepto falso de la realidad, en un contrato podría ser la voluntad para obligarse a una cosa y resultando otra la declarada, cuando el error vicia un contrato provoca la nulidad del acto.

**ERROR:** para el maestro Sánchez Medal existen 4 clases de error:

1. - **ERROR OBSTACULO O IMPEDIENTE:** cuando el error recae en la naturaleza misma o la identidad de la cosa.
2. - **ERROR IN NEGOCIO, ERROR IN CORPORE** ambos hacen la inexistencia misma del contrato (consentimiento artículo 1794 fracción I del Código Civil).
3. - **ERROR NULIDAD O VICIO** como su nombre lo dice anula el contrato. Puede consistir en un error de hecho o de derecho (artículo 1813 del Código Civil).
4. - **ERROR RECTIFICABLE** no anula el contrato, acepta la corrección al mismo en donde se encuentra el error.

Otra clasificación del error por el maestro Bejarano Sánchez que distingue a este como: **ERROR INDIFERENTE Y ERROR DE NULIDAD**, considerando una más el **ERROR OBSTACULO**, como se puede observar no están muy distantes ambos autores en sus clasificaciones.

**ERROR INDIFERENTE:** el error indiferente no afecta al acto, este se da por circunstancias no previstas ocasionales, las cuales no afectan al acto.

Se considera **ERROR DE CALCULO** es indiferente ya que con solo rectificar se libra el problema.

**ERROR NULIDAD;** es aquel que invalida el acto cuando el error recae sobre el objeto de la voluntad de cualquiera de las partes, trayendo como consecuencia la nulidad relativa de los contratos

El error se puede clasificar por sus consecuencias jurídicas en (artículo 1813 Código Civil):

1. El error de hecho
2. El error de derecho
3. El error obstáculo (este no lo establece la ley es solo doctrinal).

**EL ERROR DE HECHO:** consiste en la equivocación aunque este no tiene una influencia sobre el acto, si recae sobre cosas circunstanciales o personales que no trascienden en la celebración del acto, ejemplo: cuando se compra una crema de marca reconocida, creyendo que por ese simple hecho la crema hará milagros mismos que no se dan.

**EL ERROR DE DERECHO:** recae sobre la existencia o interpretación de las normas, en este caso se vicia la voluntad y puede producir la nulidad relativa del acto, ejemplo: en la compra de un reloj rolex en una cantidad muy elevada, lamentablemente el reloj se descompone y al llevarlo al taller para su reparación el relojero informa que no es un autentico rolex.

**EL ERROR OBSTACULO:** cuando recae el error en la voluntad misma de las partes, le impide la formación del acuerdo de la voluntad obstaculizando la formación del contrato, ejemplo: cuando una persona renta un inmueble de determinada calle y numero se firma el contrato de arrendamiento, pero en el momento mismo de la mudanza la calle corresponde a otra colonia.

## **DOLO Y MALA FE**

El artículo 1815 del Código Civil define al DOLO "se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y, por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

EL DOLO es cualquier sugestión o artificio que emplea uno de los contratantes, o un tercero para inducir el error o mantener en el a alguno de los contratantes: El dolo anula el acto jurídico si ha sido la causa determinante para la celebración del acto jurídico pero si ambas partes proceden con dolo no podrá alegarse la nulidad del acto o reclamarse indemnización; tampoco es objeto de nulidad las consideraciones generales que los contratos expresen sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del acto jurídico siempre y cuando no importen engaño (dolo bueno).

No es renunciable Para lo futuro la nulidad que resulte del dolo; habiendo conocido el dolo, el que sufrió el engaño rectifica el contrato no puede reclamarse la nulidad por dichos vicios.

**DOLO:** es el engaño, maniobra, artificio, error utilizado por alguna de las partes para obtener ventaja sobre la otra al momento de celebrar un contrato.

**LA MALA FE.**- el artículo 1815 del Código Civil a define diciendo, que es la disimulación del error de uno de los contratantes, Para aprovecharse del desconocimiento de la realidad en que el otro de los contratantes se encuentra.

La mala fe anula el contrato, si ha sido la causa determinante Para la celebración del acto jurídico.

**MALA FE:** cuando una de las partes a sabiendas que existe un error en el objeto lo mantiene oculto disimulándolo y aprovechándose de el.

Tanto el dolo como la mala fe producen la nulidad relativa de un contrato debido a la conducta maliciosa que el derecho no puede pasar por alto por lo que lo sanciona de esa manera.

Existe **DOLO PRINCIPAL Y DOLO INCIDENTAL;** el primero nulifica el contrato y el segundo carece de efectos en cuanto a la validez del mismo.

**DOLO MALO Y DOLO BUENO:** el primero trae como consecuencia se ejerza una acción penal, mientras que en el segundo cuando se induce a una persona a celebrar un contrato argumentando sobre ello una exagerada cualidad del objeto, ejemplo: el vendedor ofrece al comprador una crema que quita las arrugas en segundos además deja la piel tersa y suave como piel de quinceañera.



## VIOLENCIA:

El artículo 1819 del Código Civil establece que *"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"*.

La violencia es la fuerza física o amenaza de que se vale una parte o un tercero que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, a 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, que logren arrancar el consentimiento anulan el contrato.

El artículo 1822 del Código Civil Para el Distrito Federal prohíbe reiniciar Para lo futuro la nulidad que resulta de la violencia, sin embargo habiéndose cesado la violencia, el que la sufrió puede ratificar el acto jurídico, con lo que se convalida, sin que en lo sucesivo se puedan reclamar la nulidad por dicho vicio.

La violencia consiste en presionar a una persona ya sea en forma física o moral con amenazas, golpes con el fin de inducirlo para que de su consentimiento el cual no desea manifestarlo, obviamente al sentirse presionado presa del temor causado por los golpes el cual lo reprime psicológicamente, no quedándole otra alternativa más que dar su consentimiento.

Existen dos clases de violencia:

1. - Violencia física y

2 - Violencia moral

La violencia física es cuando se emplea la fuerza física a fin de obtener el consentimiento del contratante ya sea con golpes, movimientos bruscos que le indiquen lo que tiene que hacer o que lo induzcan a manifestar su consentimiento.

La Violencia Moral, esta se da cuando por medio del miedo, temor, amenazas en su persona o en contra de su familia, de su patrimonio, etcétera, para otorgar el consentimiento de una de las partes, o de ambas.

## LESION

El Código Civil en su artículo 17 define a la lesión como *"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 elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.*

*El derecho concedido en este artículo dura 1 año"*

Se presenta la Lesión, cuando existe una notoria desventaja para alguna de las partes, cuya prestación es sumamente inferior con relación a la de la otra; la lesión no invalida el contrato, pues frecuentemente en la mayoría de los contratos siempre existe una parte en desmedida proporción con relación a la otra por lo que es muy difícil en cierto sentido, de que exista una equidad en las prestaciones reciprocas que se deben las partes, en el sentido que ambas obtengan exactamente el mismo beneficio.

#### 1.2.4. LA CAPACIDAD.

CAPACIDAD *"Aptitud para adquirir un derecho, o para ejercerlo y disfrutarlo"*.<sup>6</sup>

CAPACIDAD JURIDICA: *"Aptitud o idoneidad para ser sujeto de relaciones de esta naturaleza"*<sup>7</sup>

Realmente no existe una definición clara y precisa que indique que es la capacidad, en el Código Civil en su artículo 459 sólo establece quienes *"tienen capacidad natural como legal"*

I.- *Los menores de edad*

II.- *Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afectación*

---

<sup>6</sup> DE PINA, Y DE PINA Rafael, Diccionario de Derecho, PORRUA, MEXICO, 1988 P.139

<sup>7</sup> IDEM

*originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos y los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto le provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".*

La capacidad en sentido amplio es la aptitud del tener derechos y obligaciones; debiéndose en capacidad de goce y de ejercicio.

¿QUÉ ES LA CAPACIDAD? " La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer"<sup>8</sup>

Existen dos tipos de capacidad:

La capacidad de goce.

La capacidad de ejercicio

-CAPACIDAD DE GOCE: "es la aptitud jurídica para ser sujetos de derechos y deberes"<sup>9</sup>.

La capacidad de goce de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, sin embargo, desde el momento de la concepción, la persona entra bajo la protección de la ley.

---

<sup>8</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, OP, CIT P 393

<sup>9</sup> IDEM.

Partiendo de esa base se puede considerar que la capacidad de goce es la que le confiere derechos a todo individuo solo por el hecho de serlo, es un atributo de la personalidad con la cual se nace y la poseen todos los individuos sin excepción, incluso aquellos que aún no han nacido, bastando con el solo hecho de que hayan sido fecundados, por ejemplo: cuando en una familia el padre fallece dejando en cinta a la madre el producto que aún se encuentra en el vientre materno tiene ya la *CAPACIDAD DE GOCE* porque puede heredar los bienes de su padre, el apellido, etcétera, (artículo 1798 del Código Civil).

La capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años, cuando se alcanza la mayor edad, lo que implica que se puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, es decir, la persona puede hacer valer por si misma sus derechos y obligaciones; salvo que sea declarado en estado de interdicción.

Como en toda regla existen excepciones, en el sentido que aunque se ha dicho que todo individuo tiene derechos, no es así para algunos, en por razón de su nacionalidad, tienen *incapacidad de goce* para celebrar algunos contratos como ejemplo: los extranjeros no pueden adquirir tierras en algunas partes específicas del territorio nacional como lo es en las fronteras y en las playas en un perímetro de 100 y 50 kilómetros respectivamente (cláusula Calvo). Otro ejemplo: podría ser el de un nacional, aunque en este caso sé esta hablando de una persona que nació dentro del territorio nacional pero éste comete un delito en contra del patrimonio de otro, luego entonces tendrá la incapacidad de ser tutor o albacea.

Se considera que tienen incapacidad de goce, (artículo 27 constitucional interpretado a contrario sensu, fracciones I, II, III, IV):

1. - Los extranjeros
2. - Las asociaciones religiosas.
3. - Las instituciones de beneficencia, pública o privada.
4. - Las sociedades mercantiles por acciones.
- 5- Las personas físicas por sentencia civil o penal (artículo 1680 Código Civil)

La capacidad que se requiere para contratar es la de ejercicio, y si no se tiene necesariamente se tendrá que actuar por conducto de un representante, de tal forma que si el contrato es celebrado por un incapaz, o por una persona que no es su representante estará viciado de una nulidad relativa.

En cuanto a la *CAPACIDAD DE EJERCICIO* el maestro Gutiérrez y González considera que; *"es aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir por sí mismo, deberes jurídicos"*<sup>10</sup>. Interpretando a contrario sensu el artículo 450 del Código Civil, se puede decir que la *capacidad de ejercicio* es aquella que tiene toda persona capaz de sujetarse por sí misma o a través de otros para contraer derechos y obligaciones.

---

<sup>10</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. PORRUA MEXICO 1998. P 393

### 1.2.5. LICITUD EN EL OBJETO MOTIVO O FIN.

De acuerdo a lo que la ley exige el objeto motivo o fin del acto deberá ser lícito artículo 1795, nos establece las causas de porque un contrato puede ser invalidado, entre ellas la que enuncia en su fracción III que significa, que el objeto del contrato se equipara a la conducta del deudor, a lo que se esta obligando, mientras que el motivo o fin vendría a ser el propósito que lo lleva a celebrar el contrato, el porque se obliga.

Para que un contrato tenga validez, es indispensable que la conducta del deudor, es decir a lo que se obligo, y el porque se obligo, sea lícita es decir no contraria a lo dispuesto por las leyes del orden público. Cuando un contrato es contradictorio a lo que establecen las leyes este no tendrá validez, por tanto será nulo.

El artículo 1830 del Código Civil dispone que *“es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden publico o a las buenas costumbres”*.

### 1.2.6. LA FORMA

La formalidad puede considerarse como elemento de validez, debido a que si la ley así lo estima conveniente puede exigir se celebre un contrato con la formalidad requerida por la ley misma, debe hacerse de esa manera, de no cumplir con este requisito se podría impugnar la nulidad relativa de ese contrato;

existe confusión al respecto en el sentido de que la misma ley se contradice cuando exige cierta formalidad que deben de contener algunos contratos ¿por qué? La respuesta es simple, si cuando hablamos del consentimiento de las partes se dijo que era el acuerdo de dos voluntades para contratar y el consentimiento puede darse en forma Expresa o Tácita, ambas partes pueden obligarse por cualquiera de las dos opciones, sin ser necesaria una formalidad específica como lo marca la ley.

Tratando de interpretar que se quiso decir la ley, en el sentido de que ciertos contratos debían de contener una formalidad específica, considera la sustentante que lo que la ley pretende al hacer estas observaciones, es con el simple deseo de proteger los intereses de las partes, en el sentido de que si se le da cierta formalidad a un contrato, protege y plasma el sentir de las partes contratantes.

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias, en su obra Derecho Civil, define a la relación jurídica como: "El vinculo de derecho que existe entre dos sujetos de los cuales uno de ellos (el acreedor) esta facultado para exigir coactivamente del otro sujeto (deudor) una determinada prestación."<sup>11</sup>

---

11 GALINDO GARFIAS Ignacio, OP. CIT. P. 199



"En la relación jurídica, la prestación del deudor y la prestación del acreedor, se encuentran tuteladas por el derecho, y su cumplimiento enfatizado por medio de la sanción establecida en la norma jurídica para lograr su eficacia; sanción que tiene diversa naturaleza y puede llegar a la ejecución forzada en contra del deudor recalcitrante"<sup>12</sup>

### 1.3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS:

A diferencia el Código Civil, al de Código de Comercio, este ordenamiento no tiene propiamente una clasificación para los contratos, por lo que el Código Civil solo contempla esta clasificación:

1. Contratos Unilaterales, Bilaterales o Sinalagmaticos,
2. Contratos Gratuitos Onerosos que a su vez se subdividen en
  - ◆ Conmutativos
  - ◆ Aleatorios,
3. Consensuales Reales y Formales,
4. Principales Y Accesorios
5. En Instantáneos Y De Tracto Sucesivo.

---

<sup>12</sup> IBED P 199

### 1.3.1. UNILATERALES Y BILATERALES O SINALAGMATICOS

**UNILATERALES:** son contratos que sólo generan obligaciones a cargo de una de las partes, mientras que la otra no asume compromiso alguno.

**BILATERALES:** es necesario que no sólo existan obligaciones derivadas del contrato a cargo de una de las partes, sino que dichas obligaciones sean recíprocas para ambos contratantes. (Artículo 1836 del Código Civil).

### 1.3.2. ONEROSOS Y GRATUITOS:

**ONEROSOS:** es cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, dividiéndose estos a su vez en **CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS**.

- ◆ **CONMUTATIVOS:** cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento en que se celebre el contrato, esto es que las partes conocen desde un principio los beneficios o pérdidas que se derivan de este.
- ◆ **ALEATORIOS:** cuando las prestaciones que se conceden una de las partes, o ambas dependen de un acontecimiento incierto, ya sean por su existencia, el azar, etcétera; de tal forma que no se puede precisar si se obtendrán benéficos o pérdidas, sólo se verá hasta que se realice la condición o término, para saber el resultado.

**GRATUITOS:** cuando el provecho es solamente para una de las partes.

### 1.3.3. INSTANTANEOS Y DE TRACTO SUCESIVO

**INSTANTANEOS.** Son aquellos que en el mismo momento nacen y se extinguen, se forman en el momento y en ese preciso momento que se aceptan se extinguen. Ejemplo. El pago de contado de una cosa en ese momento se acepta, se paga y se extingue.

**DE TRACTO SUCESIVO:** Son aquellos que se van cumpliendo paulatinamente, o sea escalonadamente, con el solo transcurso del tiempo, por ejemplo: una venta en abonos.

### 1.3.4. PRINCIPALES Y ACCESORIOS

**PRINCIPALES:** surgen en forma independientemente, es decir por si mismos, no requiere de la existencia de otro contrato para subsistir (ejemplo: el arrendamiento).

**ACCESORIOS:** estos dependen de un principal para su existencia, no tienen existencia independiente, siendo parte complementaria de otro ejemplo: la fianza, hipoteca.

### 1.3.5. CONSENSUALES Y REALES

**CONSENSUALES:** como su nombre lo dice estos se perfeccionan sin ninguna formalidad con sólo exteriorizar el consentimiento de cualquier manera que se exteriorice la voluntad.

**REALES:** son aquellos que se perfeccionan con la simple entrega de la cosa.

### 1.3.6. FORMALES Y CONSENSUALES

**FORMALES:** son aquellos contratos que requieren de una formalidad para su validez.

**CONSENSUALES:** son aquellos contratos que se perfeccionan con la manifestación de la voluntad ya sea verbal o tácita.

### 1.4. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO CIVIL Y CONTRATO MERCANTIL.

Con relación, a la diferencia que pudiera existir entre los Contratos Civiles y los Contratos Mercantiles, se puede decir que realmente no existe tal diferencia porque se ha de recordar que en la definición propia de lo que es *contrato*, esta no hace distinción o referencia en forma particular a uno de ellos, simplemente da el concepto sobre lo que es contrato, quizá entre las diferencias que se podrían

aplicar al caso esta en la esencia misma de cada contrato a celebrarse, las partes que intervienen en estos, el objeto mismo del contrato, podría considerarse también por la ley que regula a los contratos mercantiles una más que los contratos mercantiles de acuerdo a su esencia son regulados por el Código de Comercio mientras que los Civiles por el Código Civil.

## CAPITULO II

### **ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO Y EL CONTRATO DE PRESTAMO MERCANTIL O MUTUO.**

#### 2.1. APERTURA DE CRÉDITO

##### 2.1.1 Concepto

##### 2.1.2. Clasificación

##### 2.1.3. Importe del Crédito

##### 2.1.4. Duración

##### 2.1.5. Obligaciones del Acreditado

##### 2.1.6. Garantías

##### 2.1.7. Términos y Extinción

## 2. CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

### 2.1. - APERTURA DE CRÉDITO

#### 2.1.1. - CONCEPTO

El contrato de apertura de crédito, también conocido en nuestra práctica bancaria mexicana como "Línea de Crédito" término adoptado de la práctica bancaria de la norteamericana, se define como, aquel contrato por medio del cual un sujeto llamado *acreditante* se obliga ante otro llamado *acreditado* a contraer obligaciones por cuenta de este en la forma y términos pactados. Por su parte el *acreditado* se obliga a que una vez transcurrido el plazo convenido a devolver la suma entregada como préstamo o a restituir por lo menos un día antes del vencimiento de las obligaciones contraídas por el *acreditante* por cuenta de este, el pago de la suma entregada a su nombre, de igual manera a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones pactadas en el cuerpo del contrato.

La apertura de crédito de acuerdo al artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual la define como *"En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que*

*contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen".*

Las partes que intervienen en este contrato se denominan de la siguiente manera:

**ACREDITANTE:** *"persona que otorga un crédito. // Persona que adquiere un crédito de vencimiento futuro mediante la entrega al poseedor de una cantidad de dinero al efecto convenida"*<sup>13</sup>

**ACREDITADO:** *"Persona a la que se ha concedido un crédito. // Persona que transmite a otra (acreditante) un crédito de vencimiento futuro a cambio de una suma convenida de dinero"*<sup>14</sup>

## 2.1.2. CLASIFICACIÓN

De acuerdo a su clasificación la apertura de crédito puede ser *Simple* o en *Cuenta Corriente*, pues bien a continuación tratare de explicar en que consiste cada una de estas; se sobre entiende que toda apertura es simple y caso contrario si se quisiera en cuenta corriente es necesario e imprescindible se exteriorice en forma expresa, porque de lo contrario sería simple considerando que, ambas en sus pretensiones son diferentes; por ejemplo la apertura de crédito simple (artículo

---

<sup>13</sup> DE PINA, Y DE PINA Rafael, OP. CIT. P. 44

<sup>14</sup> IDEM.



295 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), como ya se mencionó en párrafos anteriores se da cuando el acreditante pone a disposición del acreditado una suma convenida de dinero con el fin de que el acreditado durante un lapso determinado de tiempo pueda disponer en cualquier momento cuantas veces lo requiera de entregas parciales hasta agotar el saldo, o bien pedirlo en una sola exhibición, si el acreditado en ese lapso efectuó una o varias disposiciones, agotando su saldo o en el caso de que no halla dispuesto de la totalidad de su saldo, no podrá disponer más de este porque el plazo durante el cual el acreditado estaba obligado feneció esta obligación la cual termina cuando se agota la cantidad puesta a disposición sin haber concluido el plazo o bien por la extinción del término convenido.

Una de las formas más usuales de efectuar las disposiciones es a través de una cuenta de cheques que para tal efecto abrió la Institución de Crédito a favor del acreditado.

La otra forma de utilizar este contrato de apertura de crédito, es cuando el acreditado asume la "obligación" por cuenta del acreditado, con respecto aun tercero, comprometiéndose el acreditante a suscribir pagares, letras de cambio respaldando las obligaciones del acreditante; ejemplo: cuando un comerciante surte su negocio de mercancía teniendo el compromiso de liquidarla posteriormente pero el vendedor que le surtió la mercancía tiene desconfianza de que este no le pague por lo que le solicita una garantía, el comprador (acreditado) puede solicitar al acreditante otorgue en su nombre y representación un pagaré.

Por su parte el acreditante y acreditado celebrarán un contrato de apertura de crédito con la obligación de que el acreditado por lo menos un día antes del vencimiento del documento liquide dicho importe más intereses, prestaciones y gastos si se hubieren pactado. Si el acreditado una vez que haya dispuesto todo o en partes de ese dinero y pretenda devolverlo en forma anticipada, es decir antes del vencimiento no podrá hacerlo tendrá invariablemente que esperar a que se cumpla el término, en caso contrario de efectuar algunas remesas anticipadamente no podrá retirarlas posteriormente.

*Apertura de Crédito Cuenta Corriente:* este contrato consiste en que el término permanece invariable, pero el acreditado puede disponer en cualquier momento ir haciendo remesas totales o parciales de manera tal que aunque disponga de la totalidad de su saldo este contrato no se extinguirá hasta que no se extinga el plazo convenido por las partes, pero si en ese ínter como ya se menciono el acreditado efectúa remesas al acreditante podrá disponer del saldo autorizado, este será proporcional a las remesas que haga, por ejemplo: si se le otorgó un crédito por mil pesos y el acreditado a dispuesto de quinientos pesos, entonces podemos suponer que le quedan quinientos pesos pero si efectúa remesas antes del plazo convenido pudiendo ser totales o parciales, podrá posteriormente hacer disposiciones pero solo del saldo que tenga a su favor si el contrato no ordena o dispone lo contrario. (Artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Esta modalidad de contrato a sido aceptado por las instituciones bancarias, instrumentándola para diversos tipos de crédito, aunque cabe mencionar que este instrumento no es exclusivo de estas instituciones porque puede darse también entre personas de derecho privado, de tal manera que sucede en una variedad de convenios, ejemplo: las tarjetas de crédito con casas comerciales (Liverpool, Sears, Sanborns, Gigante etcétera).

El objeto del contrato de apertura de crédito simple consiste en que el acreditado pueda disponer no solamente en una exhibición sino de manera diferida de las cantidades depositadas y en el plazo convenido, por su parte el objeto del acreditante es cobrar los intereses y comisiones, que se hayan estipulado en el clausurado del contrato.

Por lo que se refiere a la apertura de crédito en cuenta corriente el objeto del acreditado es disponer permanentemente del saldo el cual no terminará su vigencia sino hasta que haya transcurrido el plazo pactado, igual que el contrato anterior, el objeto del acreditante es el cobro de los intereses más otros gastos derivados de la operación.

### 2.1.3. IMPORTE DEL CRÉDITO.

El importe del crédito, viene a ser la suma en dinero que el acreditante pone a disposición del acreditado, de otra forma expresado sería el monto de las obligaciones contraídas por ambas partes, debe entenderse de antemano que se consideraron los intereses, comisiones y gastos generados con motivo de la celebración del contrato. En el caso de que no se haya fijado el monto de la operación materia del contrato para que el acreditado pueda hacer disposiciones, este puede fijarse en cualquier momento, ya sea por el acreditante o por ambas partes de común acuerdo, (artículo 293 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

### 2.1.4. DURACIÓN DEL CONTRATO

La duración que tiene un contrato de Apertura de Crédito puede variar en relación con las necesidades de las partes, desde luego el acreditado puede hacer uso del crédito en el plazo estipulado para ello.

En el caso de que no se haya fijado algún plazo determinado no existe problema, ya que ambas partes pueden fijarlo de común acuerdo, pero si existe algún problema al respecto, el acreditante puede hacerlo si el mismo contrato contempla una solución al respecto, en este caso se abocarán al contrato, de no ser así con el simple hecho de notificarlo el acreditante al acreditado a través de notario o corredor y dos testigos, si en el lugar de residencia del acreditado no

existiera un notario o corredor, entonces sería por medio de la primer autoridad política del lugar, en consecuencia el acreditado ya no podrá hacer uso de los recursos que anteriormente se habían puesto a su disposición si es que quedará saldo a su favor debido a que el contrato en el momento en que se ha notificado el vencimiento al acreditado, se extingue la obligación.

Hasta ese momento, y a menos que otra cosa se estipule, el acreditado deberá pagar las comisiones y gastos correspondientes a las sumas no dispuestas, salvo cuando la denuncia o modificación procedan del acreditante.

Si no se fija el plazo para la devolución de las sumas dispuestas, así como de los gastos, comisiones y demás prestaciones (incluyendo intereses), se entenderá que la restitución la debe hacer el acreditado al vencerse el plazo para la disposición del crédito, o en su defecto, dentro del mes siguiente al mismo vencimiento.

Cuando no se establezca un plazo determinado para el pago del préstamo, este pago solo se podrá exigir treinta días después de efectuada la interpelación al deudor, sea judicial o extrajudicial, en esta última será ante notario público o ante testigos.

## 2.1.5. OBLIGACIONES DEL ACREDITADO Y ACREDITANTE

Las obligaciones recíprocas de las partes derivadas del contrato de apertura de crédito, son convencionales (de acuerdo al artículo 3° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), en relación con la capacidad de contratar (artículos 78 y 81 del Código de Comercio), ya que solo requieren la voluntad de las partes, por tal motivo este contrato se considera es consensual.

### OBLIGACIONES DEL ACREDITADO:

I.- La devolución de la suma dispuesta o reintegrar las mismas que el acreditante hubiera erogado, devolución de los títulos o valores prestados por cuenta del acreditado, devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones o sus equivalentes, si los inicialmente entregados hubieran vencido, a no ser que se hubiera pactado otra cosa.

En los casos de préstamos en especie deberá de devolverse otros tantos de la misma especie y calidad o su equivalente en moneda, en caso de extinción de la especie, salvo pacto en contrario.

II.- El pago de intereses, prestaciones, gastos y comisiones estipuladas.

## OBLIGACIONES DEL ACREDITANTE:

- I.- Poner una suma determinada de dinero a favor del acreditado la cual debe de incluir ya los intereses pactados.
- II.- Contraer por cuenta del acreditado la obligación ante un tercero.

### 2.1.6. GARANTÍAS

Existen dos clases de garantías: La Personal y la Real.

**PERSONAL:** puede brindarse a través de una fianza la cual garantizará el cumplimiento cabal de la obligación por parte del acreditado, esta garantía es la más usual en la práctica con ella el acreditado o deudor garantiza el cumplimiento de su obligación (artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

**REAL:** esta a su vez puede darse a través de la prenda o bien de la hipoteca.

### 2.1.7. TÉRMINO Y EXTINCIÓN

Cuando no se haya pactado el plazo, las partes de común acuerdo o sólo una de ellas podrá darlo por terminado en cualquier momento, debiendo notificarlo de acuerdo a lo previsto en el cuerpo del contrato, en caso contrario podrá hacerlo

con la concurrencia de un notario público o un corredor, o a través de la primera autoridad política del lugar, quedando la obligación para el acreditado de cubrir los gastos derivados de la operación, como son los intereses, comisiones y otros gastos inherentes a la operación. (Artículo 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Las causas por las cuales se puede extinguir un crédito son de acuerdo a lo que establece el artículo 301 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

I.- Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su crédito simple.

II.- Por haberse cubierto el plazo estipulado o convenido o faltando este por la notificación por parte de cualquiera de las partes para darlo por concluido artículo 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

III.- Por la denuncia que el contrato se haga en términos de ley.

IV.- Porque las garantías otorgadas sean insuficientes pudiendo en su caso el acreditado sustituirlas por otras y continuar con el contrato.

V.- Por hallarse cualquiera de las partes en suspensión de pagos, liquidación judicial o de quiebra.



VI.- Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado o por disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito.

Salvo las especificaciones antes referidas que deben atenderse como mínimo en toda apertura de crédito, las demás condiciones contractuales quedan a la libre negociación de las partes, sujetándose únicamente a las formas legales y a los principios generales de derecho, de justicia y de equidad. Aunado a ello en el caso de las Instituciones Bancarias, a los usos y practicas bancarias que determina la Comisión Nacional Bancaria.

Tipos de aperturas de crédito como se ha mencionado en párrafos anteriores. En la practica encontramos que existen dos tipos de contratos de apertura de crédito, según su disposición, pueden ser simple o en cuenta corriente. Es importante destacar que estos tipos de apertura no tienen ninguna garantía propia de su naturaleza.

Las aperturas de crédito simple y en cuenta corriente pueden documentarse con pagares o sencillamente con asientos contables, sin embargo es sumamente recomendable utilizar pagares por las ventajas que el mismo proporciona en eventuales recuperaciones, siendo que además así es la forma señalada en los formatos de contratos de apertura de las instituciones bancarias.

Es conveniente señalar que en los casos en que se utilicen estas operaciones de apertura de crédito simple y en cuenta corriente para reestructurar

o renovar adeudos anteriores, se deberá de soportar adecuadamente dichas operaciones con las correspondientes fichas contables de abono por pago a los créditos anteriores y de cargo por la disposición de las nuevas aperturas, ya que de lo contrario los acreditados pueden alegar que si bien suscribieron nuevos pagares nunca recibieron cantidad alguna, desconociendo por ende sus adeudos y entorpeciendo severamente los tramites judiciales en los casos de eventuales incumplimientos.

*Apertura de Crédito Simple.*- Si bien en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no se precisa este tipo de apertura, se puede dar una definición interpretando en sentido contrario la definición del crédito en cuenta corriente que nos da el artículo 296 de la citada Ley y con el apoyo de la doctrina jurídica, en base a ello el crédito simple es aquel que termina cuando se agota la cantidad puesta a disposición lo que suceda primero.

Es de suma importancia destacar que este tipo de apertura de crédito simple no tiene garantías propias de su naturaleza; en la práctica hemos observado que frecuentemente se estipula esto en las líneas de crédito, sobre todo cuando se establece un destino específico para la utilización de los recursos, como compra de vehículos o maquinaria, sin embargo este tipo de garantías sobre bienes que apenas se van a adquirir, únicamente es viable para los casos de los créditos refaccionarios y de habilitación o avío; resultando por ende, jurídicamente improcedente, señalar garantías propias para los créditos simples.

Lo anterior sin perjuicio de destinar estos créditos a la compra de bienes inmuebles en donde en virtud de que los contratos de compraventa y de apertura de crédito se deben firmar conjuntamente, de preferencia en una misma escritura, no existe el problema de no tener identificados plenamente los bienes en garantía; o, en caso de destinarlos a la adquisición de bienes muebles, se deberá contar primero con la factura correspondiente y todos los datos que permitan una identificación indubitable de dichos bienes; pero de cualquier forma estas garantías no deben ser identificadas como propias de la naturaleza de esta forma de apertura.

Apertura en cuenta corriente.- Para la apertura en cuenta corriente, a diferencia de la apertura simple, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito si da una definición en su artículo 296 que a la letra dice: "La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor."

Es precisamente esta posibilidad del acreditado de disponer nuevamente del saldo que exista a su favor, dentro del límite del crédito, en la forma pactada, por que diferencia esta forma de apertura con la simple.

La inscripción en cuenta de un crédito contra terceros como pago o remesa, se entiende definitiva y a riesgo de quien lo reciba, salvo expresa reserva para el caso de insolvencia del tercero deudor. Este tipo de remesa con títulos de crédito se entiende hecha salvo buen cobro, si el crédito no es pagado a su vencimiento y existe la cláusula "salvo buen cobro", el acreditante podrá a su elección ejercer las acciones que se deriven del título o restituirlo asentando en la cuenta la contrapartida correspondiente. Es decir, que si se le acepta al acreditado algún título de crédito como pago de su crédito, estos deben ser tomados "salvo buen cobro", pudiendo el acreditante en caso de que los títulos no sean cobrados debidamente, restituir en el saldo insoluto las cantidades no pagadas o ejercer las acciones procedentes a los propios títulos.

Los contratos de apertura de crédito en cualquiera de sus modalidades, se deben formalizar atendiendo principalmente al tipo de bienes que afecten en garantía, de acuerdo con lo siguiente:

- a). En escritura pública ante notario, cuando se otorguen garantías sobre bienes inmuebles, tales como hipoteca, fideicomiso, etc., cabe destacar que no debe confundirse la simple ratificación ante notario, con la protocolización de un contrato en escritura pública.
- b).-En póliza de corredor público o en contrato privado ante dos testigos y ratificado ante notario, corredor, juez de primera instancia en funciones de notario o encargado del registro público correspondiente; cuando no se otorguen

garantías sobre bienes inmuebles o se otorguen únicamente garantías personales y/o mobiliarias.

## CAPITULO III

### 3.-EL PRESTAMO MERCANTIL

#### 3.1. Concepto

##### 3.1.1. Mutuo Mercantil

##### 3.1.2. Devolución de la cosa prestada

##### 3.1.3 Intereses

### 3.- EL PRESTAMO MERCANTIL

#### 3.1. CONCEPTO

*"Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el contrato y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes"* (artículo 358 del Código de Comercio).

Nuestro Código Civil no contempla al préstamo como tal sino a la figura del Mutuo definiéndolo *"Como un contrato por el cuál el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero a otras cosas fungibles al mutuatario, quienes se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad"* (artículo 2384 del Código Civil).

Así mismo lo podemos definir como: el préstamo sea destinado por el deudor para satisfacer sus necesidades personales y no para realizar actos de comercio, a pesar de que provenga de una apertura de crédito.

### 3.1.1. EL MUTUO MERCANTIL

Consiste, en un contrato por el cual una de las partes entrega dinero, títulos, valores; cosas fungibles, que son transmitidas del prestamista al prestatario, que las adquiere con el firme compromiso de devolverlas al prestamista en la misma forma, especie o su equivalente.

Se considera mercantil, de acuerdo al acto principal objeto de la operación, de igual manera a la actividad de las partes; en el caso del prestamista cuando este se dedique a la concesión de préstamo; o cuando la otra parte que recibe el beneficio la destine al comercio.

Puede decirse que es un contrato gratuito y oneroso o a interés, sólo en el caso de que se haya pactado y serán por cuenta del prestatario; puede ser DETERMINADO e INDETERMINADO, esto es en cuanto al plazo fijado para cumplir con su obligación si es que se ha fijado por las partes. El objeto puede ser en especie, dinero o títulos

Las partes que intervienen en este contrato se designa como *prestamista a la persona* que presta y *prestatario* al que recibe el préstamo, de acuerdo al préstamo mercantil, otra forma para referirnos a las partes sería como usualmente se conocen como *Mutuante* y *Mutuatario* así los define el Código Civil; o por último otra manera de identificarlos como *Acreedor* y *Deudor*, para el Código de Comercio.



En el caso de las obligaciones claramente se puede ver que la mayoría corren a cargo del prestador o mutuuario o simplemente deudor, de acuerdo a que en él recaer la obligación de devolver lo prestado, los intereses si es que estos se pactaron, y a falta de estipulación, al legal, en el lugar y fecha indicados, y la especie que se haya pactado

El artículo 359 del Código de Comercio establece *“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 hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador”*.

Lo mismo es aplicable al Código Civil cuando la prestación se haya hecho en moneda extranjera, siendo el daño o el beneficio para el mutuuario.

En este sentido considera la sustentante, que el daño o beneficio es para ambos, es decir si el tipo de cambio de la moneda que se pacta se ha elevado, el daño sería para el mutuuario y el beneficio para el mutuante porque este recibe más, en caso contrario si el tipo de cambio se cotizara bajo sería el beneficio para el mutuuario y el daño para el mutuante, como ejemplo si la prestación fue por cincuenta dólares la cantidad no cambia sólo el tipo de cambio.

### 3.1.2. DEVOLUCIÓN DE LA COSA PRESTADA.

El artículo 359 del Código de Comercio en su segundo párrafo determina *"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 hubiese extinguido, salvo pacto en contrario"* y el tercer párrafo establece: *"Si los préstamos fueren en especie deberá el deudor devolver, al no 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"*

El mutuuario debe devolver el objeto del préstamo a su valor este se hará en el lugar y fecha convenidas, si el objeto del préstamo consistió en dinero, se tendrá que devolver dinero, si fueron títulos devolverá en la misma especie y en condiciones idénticas, de no ser posible en su equivalente; si fueran muebles tendrán que ser otros de la misma especie calidad y cantidad.

El Código Civil establece que los bienes que se señalan como muebles pueden ser fungibles o no fungibles, recordemos que los fungibles son aquellos que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie y características.

Retomando la entrega, que como ya se dijo tiene que ser en el lugar y plazo determinado en el contrato por las partes, el Código de Comercio establece que si es por tiempo indeterminado no podría exigirse al deudor el pago sino hasta después de treinta días siguientes a la interpelación o requerimiento de pago ya

sea por vía judicial o por extrajudicial. (Artículo 360 del Código de Comercio)  
(Artículo 2080 del Código Civil se refiere al requerimiento de pago cuando se considera por tiempo indeterminado).

### 3.1.3. INTERÉSES

Con relación al interés, el Código Civil en su artículo 2393 dispone que es permitido estipular intereses pudiendo ser este legal o convencional.

Por otra parte el Código de Comercio en su artículo 361 dispone que toda prestación que sea a favor del acreedor tendrá como formalidad constar por escrito a lo que se le puede considerar como intereses.

En el caso de mora se pagará desde el día siguiente a su vencimiento el interés pactado, o en su caso el legal que viene a ser el seis por ciento anual, artículo 362 del Código de Comercio; en forma distinta el Código Civil en su artículo 2395 señala como interés legal el nueve por ciento anual.

Para el caso de que el préstamo hubiese sido en especie el interés se regirá por el valor del precio del bien en el mercado, o en su caso se determinara por un perito. Para el caso de que sean valores, el interés por mora será el valor mismo que devenguen los títulos en el mercado.

En el artículo 2397 del Código Civil que a la letra dice *"Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan interés"*, este quiere decir que la ley prohíbe que los intereses devengados sean capitalizados y que vuelvan a producir interés sobre interés esto es lo que se llama **ANATOCISMO** puede decirse que en contradicción a este precepto el Código de Comercio en su artículo 363 establece *"Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán sin embargo capitalizarlos"*.

Como puede observarse en este artículo menciona que los intereses devengados no producirán intereses, hasta este punto considero lógico el precepto, pero cuando dice que los contratantes, sin embargo podrán capitalizarlos, que significa, que entonces los intereses devengados y no pagados que en su primera parte no producirán intereses mientras que en la segunda parte al capitalizarlos si devengarán porque el capital se le aplica un interés, luego entonces si hay **ANATOCISMO**, porque si se devengan intereses sobre intereses.

El cobro de accesorios no podrá ser superior al principal de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil, en sus artículos 1843 *"La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal."* y 1846 *"El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos a menos que aparezca haberse estipulado la pena por simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera*

convenida.", más sin embargo encontramos que en la mayoría de los préstamos los intereses son por arriba de lo prestado.

## CAPITULO IV

### 4.- CONTRATO DE MUTUO

#### 4.1. Concepto de Mutuo

##### 4.1.1. Clasificación del Concepto de Mutuo

##### 4.1.2. Especies de Mutuo

##### 4.1.3. Obligaciones del Mutante o Prestamista

##### 4.1.4. Obligaciones del Mutuatario o Deudor

#### 4. CONTRATO DE MUTUO

Tratando de definir en este caso en que consiste el Contrato de Mutuo, de acuerdo a la investigación que la sustentante ha realizado sobre este punto nos hemos percatado que varios autores coinciden en esta clasificación, el Mutuo se le ha considerado como un Contrato TraslATIVO de Dominio, mientras que al de Comodato se le considera como TraslATIVO de Uso.

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González establece que puede celebrarse este contrato a lo largo del territorio nacional e inclusive internacionalmente, considerando que este puede darse más que el de la misma compraventa por lo que el contrato de mutuo versa sobre dinero o cosas fungibles de ahí que pueda dársele la categoría de contrato Internacional, el cual es conocido más comúnmente con otro nombre, pero con el mismo significado y fin, refiriéndose en este caso al "EMPRESTITO", contrato que para nuestro estudio no viene al caso.

Considerando de mucha utilidad para la mejor comprensión de el contrato que nos ocupa en este estudio, tomaremos la definición que el citado maestro da para Cosas fungibles, y Poder Liberatorio.

"COSA FUNGIBLE.- Es la que no se puede substituir por otra al momento de hacerse un pago, porque ambas tienen el mismo poder liberatorio"<sup>15</sup>

"La fungibilidad no es un elemento o característica de las cosas en sí mismas, sino que la fungibilidad resulta de la comparación de una cosa con otra. Una cosa no es ni puede ser en sí misma fungible o no, sino que resultará esa calidad por la comparación que de ella se haga con otra cosa".<sup>16</sup>

"El poder liberatorio es la aptitud jurídica o económica que se le atribuye a las cosas o bienes para liberar a un deudor de sus obligaciones, mediante la entrega de ellos al hacer el pago"<sup>17</sup>

#### 4.1. CONCEPTO DE MUTUO.

De acuerdo al artículo 2384 del Código Civil, que a la letra nos establece que mutuo es: "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 mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".

---

<sup>15</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto OP. CIT. P 1216

<sup>16</sup> IDEM

<sup>17</sup> IDEM.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**



En los Códigos anteriores de 1870 y 1884 clasificaban al Mutuo y al Comodato como dos especies del PRESTAMO EN GENERAL, por consiguiente llamaron al Comodato como "Préstamo de Uso" y al Mutuo como "Préstamo de Consumo".

Nuestro Código vigente se apartó de esta clasificación situando al mutuo como un contrato traslativo de dominio (hipoteca, permuta, donación, compraventa etc.), y ubica al comodato en traslativo de uso (arrendamiento).

Hay que considerar que este contrato para que se pueda perfeccionar tiene que transmitirse la propiedad, no siendo suficiente la entrega de una suma de dinero o de una cantidad en bienes fungibles, a su vez es indispensable, que la entrega de tales cosas preceda siempre e invariablemente de un ACUERDO DE VOLUNTADES que nos precise del alcance al que se han comprometido las partes, explicando fehacientemente en relación a la entrega de la cosa.

#### 4.1.1. CLASIFICACION DEL CONTRATO DE MUTUO.

De acuerdo a la clasificación que hace el maestro Gutiérrez y González, el contrato es:

a). Bilateral: nacen derechos y obligaciones para ambas partes, es decir para los que intervienen en este contrato.

b). Oneroso: en el caso del Mutuo con Interés como lo llama la ley el mutuante obtiene un provecho, un fruto y por su parte el mutuuario también se ve favorecido con el provecho de recibir la cosa dada por el mutuante, claro esta la obligación del mutuuario es restituir la cosa de igual cantidad y calidad.

c). Gratuito: cuando se esta hablando del mutuo simple en este caso solo una de las partes se ve favorecida siendo el mutuuario ya que recibe la cosa y no le paga intereses al mutuante.

d). Consensual: en este caso la ley no contempla o determina una forma de plasmar la voluntad de las partes, cabe mencionar que aunque la ley no establezca la forma sería conveniente se hiciera mediante un documento público, por aquello de las dudas.

e). Principal: no requiere para su validez de otro contrato, lo hace por sí mismo.

f). Traslativo de dominio: como su nombre lo dice sirve para trasladar la propiedad.

g). De tracto Doble y de Tracto Sucesivo: Consiste en que el mutuante entrega en ese acto al mutuuario la cosa en primer acto, y posteriormente o en lo sucesivo el mutuuario restituye la cosa al mutuante.

#### 4.1.2. ESPECIES DE MUTUO

El mutuo se clasifica en Mutuo Simple y Mutuo con Interés.

El Mutuo Simple, es aquel que se considera como un préstamo gratuito, es decir cuando se estipula una compensación en dinero, o algún otro valor, originado por la transmisión de la cosa, por lo que el mutuuario sólo tendrá como obligación el de restituir ésta.

Mientras que el Mutuo con Interés es aquel préstamo oneroso, consiste en que se pacta una compensación, obligándose al deudor a pagar una suma determinada de dinero, esto generalmente obedece al disfrute de la cosa.

El interés no sólo puede versar en dinero, sino en cualquier otro tipo de compensación que deje una ventaja económica para el mutuante, pudiendo ser esta en especie.

Establece en este sentido los artículos 2393 a 2395: "Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros", (artículo 2393), "El interés es legal o convencional", (artículo 2394) "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 fundadamente 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", (artículo 2395).

#### 4.1.3. OBLIGACIONES DEL MUTUANTE O PRESTAMISTA.

1. Transmitir la propiedad ya sea en dinero o de la cosa fungible que se haya comprometido a entregar al mutuuario
2. Entregar la cosa fungible o el dinero en el lugar tiempo y forma convenidos, conforme al artículo 2386 del Código Civil, en el caso de que no se haya pactado o convenido se podría abocar a lo dispuesto en el artículo 2387 del Código Civil, que a la letra establece: "Cuando no se ha señalado lugar, se observan las reglas siguientes:
  - I.- La cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre,
  - II.- La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos, en el lugar donde se recibieron. Si consiste en dinero, en el domicilio del deudor, observándose lo dispuesto en el artículo 2085".
- 3.- En el caso de que el mutuante entregue cosas fungibles, y no dinero esas cosas deben tener las mismas características que las dadas en préstamo.
- 4.- Cuando se trata de cosas fungibles debe responder del saneamiento por evicción y por vicios ocultos.

5.- Si el mutuo se pacto con interés, pagará al mutuante lo correspondiente y pactado en el contrato.

#### 4.1.4.OBLIGACIONES DEL MUTUATARIO O DEUDOR

1.- Devolver otro tanto de la misma especie y calidad, es decir la obligación de devolver los bienes en la misma calidad y cantidad que los recibió.

2.- devolver los bienes fungibles, en el tiempo y lugar convenidos, para el caso de que no se haya pactado tanto tiempo como el lugar la entrega se hará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2387, transcrito en párrafos anteriores.

3.- Si el mutuo fue con intereses, entonces en ese caso el mutuuario hará entrega de éstos.

4.-Y si devuelve una cosa fungible debe de garantizar que es suya y que no tiene vicios ocultos, por lo tanto estará obligado al saneamiento por vicios ocultos y por evicción.

Debe quedar claro que ciertamente, para que el mutuuario pueda devolver una suma de dinero o una determinada cantidad de bienes fungibles es indispensable que previamente se la haya entregado otro tanto de esos bienes, pero tal observación sólo significa que hay contratos en que la obligación de una

las partes; debe por fuerza ejecutarse antes que la obligación de la otra parte; pero no quiere decir que sea la entrega misma de la cosa lo que perfecciona el contrato, ya que es el **CONSENTIMIENTO O ACUERDO DE VOLUNTADES** lo que perfecciona también este contrato.

## **CAPITULO V**

### **5. SEMEJANZAS ENTRE LA APERTURA DE CREDITO Y EL PRESTAMO MERCANTIL O MUTUO**

5.1. Semejanzas.

5.1.3. Diferencias.

5.1.4 Interpretación, confusión

## 5. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA APERTURA DE CREDITO Y EL PRESTAMO MERCANTIL O MUTUO.

### 5.1. SEMEJANZAS

Para tratar de encontrar las semejanzas que existen entre el préstamo y la apertura de crédito se debe entender bien que es la apertura y que es el préstamo partiendo de esa base a continuación cada uno de estos.

*Apertura de Crédito: "podría ser el contrato en virtud del cual el banco se obliga a poner una suma determinada de dinero a disposición del cliente, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo pueda hacer uso del crédito concedido, cuando lo desee, en la forma, términos y condiciones establecidas; quedando el cliente obligado a restituir al banco las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y, en todo caso se estipulen"*<sup>18</sup> (Artículo 291 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

*Definición de Mutuo Bancario "Es el contrato por virtud del cual el banco se obliga a transferir la propiedad de una suma determinada de dinero a su cliente, quien se obliga a devolverla, junto con los intereses estipulados, dentro del plazo convenido (artículos 2384 y 2393 del Código Civil)".*<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Derecho bancario y contratos de crédito. HARLA, MEXICO. 1992. P. 770

<sup>19</sup> IDEM.



Partiendo de esta base se podrá hacer un comparativo entre ambos contratos y fijar cuales son sus semejanzas:

- A. La primera que se desprende de estas definiciones es la relacionada al objeto de la operación a lo propiamente ECONOMICO, porque en ambos contratos el acreditante (banco) pone a su disposición una suma de dinero a favor del acreditado (cliente).
  
- B. Considero que las partes que intervienen en ambos contratos son las mismas Acreditado y Acreditante, Acreedor o Deudor o como en la práctica bancaria también se conocen como Banco y Cliente.

#### 5.1.2. DIFERENCIAS

Las diferencias entre estos dos contratos derivan de la distinta función comercial, es decir en la apertura de crédito el acreditante se obliga a entregar al acreditado una vez firmado el contrato una suma cierta de dinero en un plazo determinado, pero a través de remesas, mientras que en el de préstamo esta cantidad se entrega al acreditado en el momento de la firma.

### 5.1.3. INTERPRETACIÓN, CONFUSIÓN

La confusión radica en que no se interpreta el sentido mismo de cada uno de estos contratos, con sólo el hecho de que en ambos se recibe una cantidad de dinero, obviamente esto obedece a las necesidades de las personas, el tiempo y en que forma lo necesitan, muchas veces se cree que con sólo contar con la autorización de esta suma puede hacer uso de ella, sin pensar en las modalidades de cada contrato (contratos que ya se explicaron en párrafos anteriores), no porque cada uno ellos son diferentes, en esencia misma para el cual fueron creados, por lo tanto se deben de sujetar a estas disposiciones.

## CAPITULO VI

### 6. GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES

6.1. Aplicación Supletoria del Código Civil para el Distrito Federal al Código de Comercio

6.1.1. Análisis e Interpretación del artículo 77 del Código de Comercio

6.1.2. Análisis e Interpretación del artículo 78 del Código de Comercio

6.1.3. Análisis e Interpretación de los artículos 79 al 88 del Código de Comercio.

6.2. ANALISIS JURIDICO SOBRE LAS APERTURAS DE CREDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA.

6.2.1. ¿Quién puede otorgar las Aperturas de Crédito?

6.2.2. Requerimientos que se deben reunir para otorgar una Apertura de Crédito

6.2.3. ¿Qué es la Garantía Hipotecaria? ¿Qué debe cubrir y en que porción?

## 6. GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES

### 6.1.- APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL AL CÓDIGO DE COMERCIO.

La importancia de este tema es relevante, en la práctica en algún aspecto, siendo necesario determinar cuándo el Derecho Civil está por encima del Derecho Mercantil. El problema es que la sustentante a través de su práctica forense, se ha percatado de que algunos o varios de los juzgados del fuero común tanto como del fuero federal sostienen que no es aplicable el Código Civil al Código de Comercio, tal criterio despertó en la sustentante el deseo de investigar la certeza de esa actitud.

Encontrándose que el artículo segundo del Código de Comercio reformado en 1986 establece enteramente que en defecto de lo que ordena este Código es aplicable el Código Civil; de igual forma se encontró que el artículo 81 de Código de Comercio claramente establece que tratándose de la capacidad de las partes, a las reglas que invalidan o rescinden los contratos será aplicable los que establece el Código Civil, con las modificaciones que establece el Código de Comercio.

Aunado a lo anteriormente es aplicable el criterio jurisprudencial siguiente:

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION

1ER. CD-ROM SEPTIEMBRE DE 1993

Fuente: TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Epoca: 8ª

Tomo: VII MAYO

Tesis: 1, 3º. A. 53K

Páginas: 305

### SUPLETORIEDAD DE LEYES, CUANDO SE APLICA.

La supletoriedad solo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integra con los principios generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementara ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello la referencia a la ley supletoria es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece. De esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico.

El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializado con leyes de contenido general. El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; implica un principio de economía e integración legislativa para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida.

PRECEDENTES: Amparo Directo 173/91.- María Verónica Juárez

Mosqueda.- 3 de Abril de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente; Genaro David Gongora Pimentel.- Secretaria: Guadalupe Margarita Ortíz Blanco.

El siguiente paso es establecer cuales fueron las modificaciones que establece el Código de Comercio encontrando que tan solo el capítulo de los contratos mercantiles en general se regula del artículo 77 al 88, es decir tan solo 12 artículos, donde se procedió analizar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dentro de esta ley no se encontró capítulo alguno que se refiera a las obligaciones, también se analizó la Ley de Instituciones de Crédito en donde tampoco se encontró un capítulo respecto a obligaciones en general con relación a los contratos mercantiles, luego entonces se concluye que efectivamente tal como lo dispone el artículo 2° y 81 del Código de Comercio, si es aplicable el Código Civil al Código de Comercio ya que este ultimo como se menciona en párrafos anteriores no contiene un capítulo sobre obligaciones, sobre sus fuentes,

sus modalidades, de sus formas de extinción se concluye que si es aplicable el Código Civil, tomando en consideración la problemática actual que existe entre bancos y acreditados se da cuenta que de igual forma el Código de Comercio no tiene un capítulo de nulidad y de inexistencia del acto jurídico conteniéndolo si el Código Civil, motivo por el cual se refuerza la hipótesis antes mencionada de que si es aplicable el código de civil al Código de Comercio.

#### 6.1.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 77 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Con relación al análisis e interpretación de este artículo 77 del Código de Comercio, cabe destacar que igualmente la sustentante se ha encontrado que la mayoría de los juzgados civiles; aún los criterios de la Suprema Corte establecen que los contratos mercantiles no se pueden nulificar; el texto del artículo 77 del Código de Comercio establece lo que a la letra dice que *“Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio”*.

Este artículo relacionado con el 81, nos permite concluir contrario a lo que han venido sosteniendo las autoridades jurisdiccionales, que en los contratos mercantiles si son posible de anularse, requisito sine quanon es que existan convenciones ilícitas, e incluso se puede contemplar la nulidad por otras razones, tal como lo expone el propio artículo 81 ya que claramente se establece que es aplicable sobre las causas que rescindan o invaliden los contratos, además, la

voluntad de las partes, en ningún momento puede estar por encima de las leyes prohibitivas, que por su naturaleza atañen al orden público.

Hay que hacer notar que el Código Civil establece de una manera muy amplia cuales son los requisitos que debe reunir un contrato, estos fueron analizados en nuestro capítulo primero; de tal forma de que si un contrato carece del consentimiento o del objeto debe ser sancionado con *la nulidad de la inexistencia* tal y como lo establece el Código Civil, y si le falta algún elemento de validez, como lo es la capacidad, la forma, o se presenta un vicio en el consentimiento, o existe ilicitud en el objeto motivo determinante de la voluntad, de igual forma se obtendrá la *nulidad*; cabe destacar que lo único que origina la nulidad absoluta es la ilicitud de la voluntad.

En estas condiciones debemos establecer contrario a los criterios que han tenido las autoridades jurisdiccionales con relación a la interpretación del artículo 77 del Código de Comercio, que si se puede obtener la nulidad de un contrato mercantil, obviamente no solo por la ilicitud tal como establece el artículo 77 sino por cualquier otra causa, tal y como lo dispone el artículo 81 del ordenamiento legal en comento.

Al aplicar erróneamente la interpretación judicial los tribunales pasaron por alto lo dispuesto por los tribunales federales, sobré todo el siguiente criterio jurisprudencial



TITULO: CONTRATOS ILICITOS.

TEXTO: El artículo 77 del Código Mercantil establece expresamente que "las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio" y lo mismo puede decirse de las Convenciones Civiles cuando se celebran contra el tenor de leyes prohibitivas o de interés público.

PRECEDENTES: SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE. VOL. XLIX, PAG. 32 A.D.  
2753/60. JAIME MANUEL ALVAREZ DEL CASTILLO, 5 VOTOS.

FUENTE: CIVIL.

SECCION:

NUM.

TESIS.

APENDICE.

PAGINA: 555.

VOL.

TOMO: LI.

EPOCA: 5ª.

TITULO: CONTRATOS NULOS, EFECTOS DE LOS.

TEXTO: El artículo 2226 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, previene que la nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto se produzca, provisionalmente, sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente, cuando se pronuncie por al juez la nulidad, y agrega que de ello puede

prevalecerse todo interesado y que no desaparece por la confirmación o por la prescripción, pero de ello no se deduce el que precisamente tenga que oponerse como excepción por el demandado, cuando forma parte de la acción, prestaciones estipuladas en algunas cláusulas de un contrato, que puedan contravenir las normas establecidas por un precepto de interés público, que las limita.

PRECEDENTES: BOVADILLA NAVA JUAN. PAG. 555.

Por otro lado, es de explorado derecho que las disposiciones de orden público deben tomarse en consideración al entrar al análisis de la demanda, y el juez del conocimiento debe apreciar el orden público en los actos jurídicos que se le sometan a su consideración, según lo establecen las siguientes jurisprudencias:

1235-1 ORDEN PUBLICO, LEYES DE.

TEXTO: El orden público que tiene en cuenta la ley y la jurisprudencia, para establecer una norma sobre las nulidades radicales, no puede estar constituido por una suma de intereses meramente privados. Para que el orden público este interesado, es preciso que los intereses de que se trate sean de total manera importantes, que no obstante no se cause ningún perjuicio y aún con la aquiescencia del interesado, el acto prohibido pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación. Quinta Epoca Tomo XXXVII.

Página 1834. Díaz Rubin Pedro y Coags.

1658- ORDEN PUBLICO.

## 6.1.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 78 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

En relación con el análisis e interpretación del artículo 78 del Código de Comercio las autoridades jurisdiccionales de igual forma han venido sosteniendo que el artículo 78 que a la letra dice *“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidad o requisitos determinados”*, esta disposición normativa se ha venido interpretando en el sentido de que una vez firmado el contrato por las partes, estas deberán sujetarse a lo estrictamente convenido, criterio por demás equivocado desde el punto de vista de la sustentante, ya que la disposición en comento es una norma que regula la forma en la que se ha de expresar el consentimiento en los contratos mercantiles, disposición idéntica a la prevista en el artículo 1832 del Código Civil, establecida en el capítulo de la forma, para una mejor claridad y se pueda observar que hay identidad entre ambas disposición se transcribirá el artículo 1832 del citado ordenamiento que a la letra dice *“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”*.

FUENTE: CIVIL.

SECCION: JURISPRUDENCIA

NUM:

TESIS:

APENDICE:

PAGINA: 1236.

VOL:

TOMOXXXV.

EPOCA: 5ª:

TITULO: CONTRATOS, VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS.

TEXTO: Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la Suprema Ley de los Contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas, ineludibles: la primera que se deriva del Interés Público que esta por encima de la Voluntad Individual, y la segunda de la Técnica Jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes.

PRECEDENTES: QUINTA EPOCA, TOMO XXXV, PAG. 1236, ESPINOSA MANUELA Y COAGS., TESIS RELACIONADA CON LA JURISPRUDENCIA 107/85.

FUENTE: CIVIL.

SECCION: JURISPRUDENCIA.

NUM.

TESIS:

APENDICE:

PAGINA: 877.

VOL.

TOMO XXXVI.

EPOCA: 5ª.

TITULO: RENUNCIAS LEGALES.

TEXTO: Las leyes prohibitivas que por naturaleza atañen al Orden Público no pueden ser renunciadas. Por otra parte, la renuncia de las leyes no puede hacerse en forma general y las prohibitivas no puede ser renunciadas ni aún de modo especial.

PRECEDENTE: QUINTA EPOCA. TOMO XXXVI. PAG. 877. ARANDA VDA. DE BARQUIN VIRGINIA.

TESIS RELACIONADA CON LA JURISPRUDENCIA 260/85.

FUENTE: CIVIL

SECCION: JURISPRUDENCIA.

NUM.

TESIS

APENDICE.

PAGINA: 32

VOL.

TOMO: XLIX.

EPOCA: 6ª.

TEXTO: si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador dictar una ley, no es ajeno a la función de juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que les someten para su resolución. Resulta pues indudable que los jueces en casos determinados pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y podrán declarar esto, que no siendo ya aplicable una ley en los conceptos que la informaron, por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades. Quinta Epoca, Página: Tomo XXVI.- INCLAN GENOBIO C. 1533. TOMO XXXI.- GONZALEZ CESAREO L. 570 PRIEGO ROSENDO Y COAGS. 2807 VEGA BERNAL MIGUEL 2807 MENDIETA PEDRO V. 2807.

JURISPRUDENCIA 131. (QUINTA EPOCA) PAGINA 238, SECCION PRIMERA, VOLUMEN JURISPRUDENCIA COMUN PLENO Y A LAS SALAS. APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 A 1965.- EN LA COMPILACION DE FALLOS DE 1917 A 1954 (TOMO CXVIII), SE PUBLICO CON EL TITULO NUMERO 278, PAGINA 1340.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION

3er.- CD-ROM JUNIO DE 1993.

INSTANCIA: TERCERA SAL.

FUENTE: APENDICE 1985. PARTE IV.

TESIS: 106.

PAGINA: 300

Del análisis comparativo de ambos artículos, claramente se desprende que esto es una disposición relativa a la forma en que se debe expresar el consentimiento, y la interpretación que se le da, es en el sentido de que los contratantes se encuentran obligados sin importar la manera o forma en que se hubiere expresado el consentimiento, ya que las reglas de interpretación que por cierto no las contiene el Código de Comercio, sino que tenemos que aplicar supletoriamente el Código Civil, están previstas en los artículos 1851 al 1857 de los que claramente se desprende, que debe estarse a lo expresado, a de la voluntad de las partes, esto amerita un estudio de lo que se entiende por voluntad, esto es un acto volutivo en el que se debe escudriñar el porque se esta efectuando el acto a celebrar de tal forma, que si las cláusulas expresadas resultan contrarias a la intención de la voluntad de las partes las mismas no surtirán efectos en contra de una parte.

En este orden de ideas debemos de recapitular, que la interpretación del artículo 78 únicamente es la manera que se tenga que manifestar el consentimiento, y no así a una disposición normativa, en el sentido de que si se firmo por las partes, como vulgarmente se dice se "*amolaron*", robustece lo anterior el hecho de que el Código Civil establezca un capítulo de inexistencia y nulidad de los contratos lo que nos hace establecer los siguientes lineamientos; para que un contrato exista se requiere necesaria y totalmente del acuerdo de voluntades, es decir, del consentimiento el que se expresa ante un fedatario público, o bien un contrato privado celebrado entre las partes requisito necesario para que sea acto jurídico, el acuerdo de voluntades, luego entonces no se puede

decir que por el hecho de haber firmado las partes, ya se "amolaron" a lo que esta establecido ahí, cuando se pueden dar cláusulas que son contrarias a derecho, y en este caso procede la nulidad, para establecer una manera más clara, daremos un ejemplo en el sentido de que Juan se obliga ante Pedro a matar a Luis, resulta obvio que la conducta de Juan a lo que se esta obligando Juan es ilícita por estar contemplada en la legislación penal, y por lo tanto no habrá juez alguno que lo condene a que cumpla con dicha obligación, no importando que este acto jurídico se haya celebrado ante notario, luego entonces es posible tener nulidad de esto, claro por estar en contra de una ley de orden público cabe destacar que es un ejemplo muy burdo, en el que cualquier gente puede establece la ilicitud de la conducta a que se esta obligando, lo importante es establecerla en otros tipos de contratos, que aparentemente pueden estar bien, este es el problema que la sustentante quiere o pretende resolver con esta tesis, pero será motivo del capitulo siguiente.

### 6.1.3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 79 AL 88 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

El mismo Código de Comercio como ya se ha dicho anteriormente, regula de una manera muy eficientemente las disposiciones generales de los contratos, que establece cual son los casos en que las partes no se encuentran vinculadas expresamente a lo convenido, y estas son causas de excepción las previstas en las dos fracciones del artículo 79 que a saber son: I.- que no se cumpla con la forma que establece el propio código, o a la fracción II.- se refiere a los contratos



celebrados en el extranjero en el que las leyes respectivas exigen escrituras públicas, esto viene a confirmar la hipótesis de la sustentante, sostenida en el punto anterior, en el que el artículo 78 es el que únicamente se refiere a la forma, tan es así que el 79 establece los casos de excepción de cómo se tiene que manifestar la forma, la que tiene que ser escrita y en que casos.

En relación con el artículo 80, se refiere al perfeccionamiento de los contratos en cuanto al consentimiento, cuando las personas no se encuentran presentes estableciéndose del sistema que se perfecciona desde el momento en que se contesta aceptando la propuesta, de igual forma en su segundo párrafo del artículo 80, que establece las posibilidades de que un contrato se pueda perfeccionar por correspondencia telegráfica, estableciéndose como requisito que las partes hubiesen convenido este medio como medio de expresar su consentimiento, además con los signos convencionales que hayan previsto.

Para que este surta sus efectos, al respecto se deba mencionar que el Código de Comercio que data de 1888, el cual considero debe ser reformado primeramente, en virtud que las condiciones que regula son de acuerdo al tiempo en que se promulgo, las que han cambiado notoriamente, además, en la actualidad tenemos otras formas de comunicación; tales como son el *FAX*, *TELEX*, *INTERNET*, donde las reglas que se toman en cuenta para otorgar el consentimiento deben ser consideradas por el legislador, por tanto se propone que se agreguen algunas palabras al artículo 80, en el sentido de que cuando el consentimiento es expresado por *FAX O POR INTERNET* se considere una oferta

entre presentes, claro sujetándose a las reglas respectivas; con relación a si tiene plazo o no.

Si la oferta es con plazo, pues obviamente el ofertante se tendrá que sujetar y quedar obligado hasta que venza el plazo, cuando no lleva plazo, se da a entender que si no se ha aceptado en el mismo momento se tendrá este por no-hecho, o en el peor de los casos, dar 3 días a la persona que reciba la oferta para que responda si la acepta o no, si no lo hace en ese término de tres días, tiene por perdidos sus derechos de ejercer la acción en contra del acreditante.

El artículo 81 ya ha sido motivo de estudio en renglones anteriores el que como ya se determino es una disposición que nos establece claramente la aplicación supletoria al Código de Comercio tratándose de reglas de capacidad o de las que invalidan los contratos o aquellas causas que lo rescinden.

El artículo 82 se refiere; al fedatario de los actos de comercio, que es el corredor público, estableciéndose que se perfeccionan cuando se firma la minuta que ante el celebraron, al respecto cabe establecer que existe una Ley General de la Correduría Pública, que regula la actividad como es de suponerse del corredor público.

El artículo 83 nos establece, que con relación al término, como ya había mencionado en relación con la oferta y con el término, y estableciendo el supuesto de las ofertas sin término en las obligaciones que no tuvieran término prefijado, en tal caso cuando la obligación sea exigible en la vía ordinaria debe hacerse dentro de los 10 días siguientes y cuando acción sea en la vía ejecutiva, será exigible al día inmediato anterior, luego entonces este artículo 83 debe establecer, que se tienen las reglas de cuando es exigible una obligación, cuando no se estableció el plazo para su cumplimiento, repitiéndose que cuando es en la vía ejecutiva es al día siguiente, mientras que por la vía ordinaria será dentro de los 10 días siguientes a la celebración del acto jurídico.

El artículo 84 nos establece lo que caracteriza al Derecho Mercantil en cuanto a su agilidad para recuperar el dinero que se invierte y en el que se prohíben los términos de gracia o cortesía. La forma en que se pueden computar los términos estableciéndose una regla semejante a la del Código Civil en cuanto a que los días son de 24 horas, los meses según sean asignados en el calendario y año de 365 días

Artículo 85 nos establece: los efectos de la morosidad o del retardo en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, estableciéndose cuando deben hacerse, en su caso desde que momento deben de correr los daños y perjuicios, en la fracción primera de este artículo se establece, que los contratos que tuvieran señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes por ley, al día siguiente de su vencimiento, esto quiere decir que cuando se ha establecido un plazo o

término el en contrato, la exigibilidad de la obligación se hace una vez que se venció el término establecido en el mismo, en tanto los que no tengan vencimiento establecido, puede ser desde el día en que el acreedor lo reclame o al requerimiento, ya sea judicial o extrajudicial ante un fedatario ó testigos; hay que aclarar que este código al ser del siglo pasado es inoperante, por lo que es conveniente se reforme entre otros este artículo, respecto a, que el requerimiento, se pueden hacer ante un corredor o fedatario público y valdría la pena se precise cuantos testigos, pudiendo establecer que son suficientes dos, esta problemática esta relacionada o tiene por generalidad establecer a partir de cuando se puede exigir a la parte que incumpla el pago, el exigir esta obligación de pago así como de los daños y perjuicios.

El artículo 86 establece el lugar en donde se deben cumplir las obligaciones previéndose estar en tiempo en el lugar señalado por el contrato y si no hay lugar determinado, se debe hacer exigible en el que la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuarlo al efecto, o bien o en su defecto por aquella, que determine el juez.

El artículo 87 se refiere, cuando al celebrarse un contrato sobre cosas que no se han determinado con toda precisión o indeterminables, estableciéndose que el obligado o deudor cumplirá su obligación entregando las que sean de mediana calidad.

Artículo 88 nos establece una situación de suma importancia que merece un análisis adecuado el artículo 88 a la letra dice *“En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra”*.

Hemos notado que con suma frecuencia los juzgados, los juzgadores condenan tanto al pago del cumplimiento, o el cumplimiento del contrato, como al pago de la pena convencional o de daños y perjuicios, el artículo 88 Código de Comercio prohíbe expresamente que se condene al pago de la pena cuando se esta demandando y se obtiene el cumplimiento, luego entonces la sustentante sugiere que se reforme dicho artículo 88 a efecto de que no exista duda alguna de que en todo juicio se deba de condenar al que incumple con una obligación al pago de daños y perjuicios, ya que esto es acorde con nuestra legislación actual y vigente considerando que el Código de Comercio de es de más de 100 años dicha disposición impide de una forma muy clara que cuando se tiene el incumplimiento de un contrato también se condene al pago de daños y perjuicios, de tal forma de que cualquier parte que alegue en un asunto en donde se le condeno el incumplimiento y luego al pago de daños y perjuicios pueda obtener la revocación.

## 6.2. ANALISIS JURIDICO SOBRE LAS APERTURAS DE CREDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA.

### 6.2.1. ¿QUIÉN PUEDE OTORGAR LAS APERTURAS DE CRÉDITO?

Había que establecer que la apertura de crédito esta prevista en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dentro del capítulo de las operaciones de crédito, lo que nos hace establecer que dichos contratos pueden ser celebrados única y exclusivamente por una institución bancaria ya sea múltiple o de desarrollo, lo anterior encuentra apoyo en la Ley de Instituciones de Crédito, que reserva dichas operaciones para los bancos, de tal forma de que alguna otra persona que no cuente con la autorización de la Secretaria de Hacienda incurre en delito. Cabe destacar que de acuerdo a nuestro sistema financiero, en 1990 se les da mucho auge a las Uniones de Crédito, a las Empresas de Factoraje, las que se encuentran previstas en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de esto, aunque dicen no se afirmado, corresponde a los bancos, también establecer que es factible que dichas Instituciones puedan realizar este tipo de operaciones, al grado de que en los años 90 las Uniones de Crédito tomaron mucho auge y otorgaron a diestra y siniestra diversas aperturas de crédito con garantía hipotecaria, dichas operaciones fueron protocolizadas ante corredor público, situación que a la larga fue lo que las llevo a la banca rota a estas Uniones de Crédito.

Conforme a la Ley de la Correduría Pública a estos corredores les esta prohibido intervenir sobre actos de bienes inmuebles y surgiendo así un sin fin de problemas por haber protocolizar esas operaciones ante corredores.

Por otra parte cabe mencionar que en el Factoraje también se les ha permitido a las empresas que se dedicaban a esto, a que hagan prestamos, aunque en el capitulo respectivo de la Ley de Organizaciones Actividades y Auxiliares del Crédito, claramente se desprende que únicamente de acuerdo a sus funciones sólo pueden realizar la compra de cartera o documentos, y no así prestamos, en la práctica se ha venido utilizando como un factoraje con recursos pero en realidad no es un préstamo, cuestión muy pero muy discutible, luego entonces, el punto en cuestión ¿es quien puede otorgar las aperturas de crédito?, esencialmente esta función esta reservada para los bancos, además de las Uniones de Crédito, las empresas de Factoraje y aquellas otras que conforme a la ley también están facultadas para celebrar este tipo de operaciones.

#### 6.2.2. REQUERIMIENTOS QUE SE DEBEN DE REUNIR PARA OTORGAR UNA APERTURA DE CRÉDITO.

Aquí podemos establecer el estudio por lo que hace a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y a la Ley de Instituciones de Crédito; establecer o subrayar los lineamientos que para tal efecto establece el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito: dada la importancia de esta disposición normativa nos permitimos transcribirla, artículo 65 de la Ley General de Títulos y Operaciones de

Crédito que a la letra dice; *“Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las reclamaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.*

*La Comisión Nacional Bancaria y de Valores vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo”,*

De la disposición antes transcrita se desprende que una apertura de crédito para que se pueda otorgar un crédito se requiere, ya sea en apertura de crédito o en crédito simple:

- a) que la institución bancaria exija un proyecto económico
- b) vea la viabilidad económica del proyecto
- c) establezca los plazos de recuperación de estos créditos.
- d) establezca las relaciones que guardan entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, e
- e) incluso debe considerar la calificación administrativa y moral de los acreditados



- f) deben considerarse que las garantías que se están otorgando que deben de ser proporcionales al crédito que se está dando

Se ha de considerar los montos, plazos y regímenes de amortización estableciendo una obligación directa entre los mismos y el proyecto de inversión, con la práctica la sustentante se ha dado cuenta que las Instituciones de Crédito no exigen un proyecto económico y mucho menos establecen la relación que debe existir entre el proyecto y el crédito que se está otorgando, lo anterior es de vital importancia para poder establecer así los montos que se van a prestar y los periodos de recuperación e incluso a concluir que la tasa de interés debe estar en función al proyecto económico, a efecto de que el préstamo sea un beneficio para el acreditado en el sentido de que permite el crecimiento de su empresa o de su familia, beneficio que obviamente no va a repercutir sólo en la persona de la necesidad del crédito, sino en la nación misma, lo anterior está de acuerdo con lo que dictan los artículos 1° y 4° de la Ley de Instituciones de Crédito, ya que la función de la banca, según se desprende de estas disposiciones, es la de fomentar la planta productiva, debiendo destacar que con la práctica del otorgamiento de los créditos actualmente en vez de fomentarse este desarrollo económico y social del acreditado lo está bloqueando y por lógica ha llevado inclusive a la quiebra a un sin fin de empresas, luego entonces debemos concluir que los bancos no están cuidando con las disposiciones que establecen los artículos 1,4 y 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.

### 6.2.3. ¿QUÉ ES LA GARANTÍA HIPOTECARIA? ¿QUE DEBE DE CUBRIR Y EN QUE PORCIÓN?

Se debe de establecer que este es un contrato accesorio, donde el acreditado se obliga a otorgar una garantía obviamente para asegurar el cumplimiento de esa obligación.

Se puede decir que la garantía hipotecaria es un derecho real que permite al acreedor perseguir lo que se dio en garantía ante cualquier persona que la tenga, ya que el bien dado en garantía queda sujeto al pago de la obligación contraída, para el caso de que el deudor incumpla con su obligación, debiéndose establecer que la garantía según lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2896 que: *"La hipoteca se extiende aunque no se exprese:*

*I.- A las accesiones naturales del bien hipotecado;*

*II.- A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados;*

*III.- A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;*

*IV A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados".*

Esto es en base a lo que abarca la hipoteca, en cuanto a lo que se están garantizando establece que el Código Civil que abarca hasta los intereses generados en 3 años debiéndose notar que en los contratos se establece un término mayor, la disposición que establece el monto o el periodo de 3 años de intereses a juicio de la sustentante es una norma que puede ser renunciable por lo tanto si se establece un periodo mayor para cubrir los intereses generados, para la sustentante no existe violación a la disposición.

En cuanto a qué porción debe garantizar la hipoteca se debe establecer que debe ser suficiente y acorde al préstamo que se esta otorgando, en la práctica hemos venido observando que los créditos que otorgan los bancos sobre todo en los créditos para la otorgación de vivienda, nos hemos percatado que la suma aperturada es muy superior en 5 o 6 veces al valor de la garantía otorgada, conducta que evidentemente si afecta en un momento dado los intereses del Banco, en este caso se debe concluir que los bancos están vulnerando el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece que la garantía tiene que ser proporcional o suficiente para garantizar lo que se esta otorgando a efecto de evitar un detrimento en el patrimonio del banco, en caso de incumplimiento del deudor. En estas condiciones resulta claro que los bancos al otorgar un crédito con una garantía inferior a la suma que se esta dando o aperturando, el funcionario que lo haga esta vulnerando la Ley de Instituciones de Crédito, incluso puede ser sujeto de un delito, motivo que hace concluir a la sustentante que hay ilicitud en dicha conducta, y en su caso a la cláusula que la contenga, al grado se insiste, que el funcionario puede ser sancionado penalmente por verlo así la propia

Ley de Instituciones de Crédito en el capítulo respectivo de los delitos de los funcionarios.

## CAPITULO VII

**7. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE APERTURA DE CREDITO**

7.1.1. La nulidad de los contratos bancarios de la apertura de crédito con relación al Código de Comercio.

7.1.2. La nulidad de los contratos bancarios de la apertura de crédito en relación con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

7.1.3. La nulidad de los contratos bancarios en relación con el Código Civil para el Distrito Federal.

7.1.4. La nulidad de los contratos bancarios en relación con la Ley de Instituciones de Crédito.

## 7. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE APERTURA DE CREDITO

Antes de iniciar el estudio de la nulidad de los contratos bancarios de apertura de crédito, es preciso analizar previamente las causas por las que puede darse la nulidad de los mismos.

Sobre el particular, encontramos que la doctrina determina la nulidad inexistencia, por lo que primeramente realizaremos un estudio sobre dicho tema.

### 7.1.1. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE LA APERTURA DE CRÉDITO CON RELACIÓN A L CÓDIGO DE COMERCIO.

Aquí debemos establecer, en primer término que existe una discusión; los bancos sostienen claro en defensa de sus intereses, que no es aplicable el Código Civil al Código de Comercio ya que este último ordenamiento no establece la ilicitud de los contratos mercantiles, por cierto, criterio apoyado por muchos jueces y magistrados, pero hay que ver que tan exacto y legal es este criterio, el artículo 2° del Código de Comercio señala que el Código Civil para el Distrito Federal es aplicable al Código de Comercio, el artículo 77 del mismo ordenamiento; dispone que las convenciones ilícitas mercantiles no producen acciones ni obligaciones; a su vez el artículo 81 del propio Código de Comercio establece que tratándose de las reglas que rescinden e invalidan los contratos mercantiles son aplicables las del Código Civil para el Distrito Federal.

En estas condiciones tenemos, que pese al esfuerzo desmedido de los jueces de proteger los intereses de los bancos, no se puede tapar el sol con un dedo, y es claro que el Código de Comercio, prevé claramente la posibilidad de que se anule un contrato mercantil, tan claro esta que el artículo 77 establece que éstos no producen acción ni obligación; tan es así que la sustentante se atrevería a decir, que existe una nulidad que ni siquiera se requiere de la declaración judicial como sucede en materia civil; retomando el artículo 77 en donde establece que las convenciones ilícitas mercantiles no producen ninguna acción ni obligación; resulta claro que ni siquiera se requiere de declaración judicial, pero es triste ver como se han empeñado los tribunales sobre todo los del Distrito Federal, para querer establecer y hacer creer a la gente que no existe la ilicitud de los contratos mercantiles, pues se vuelve a repetir tal y como se desprende de los artículos 77, 81, 2º del Código de Comercio, claro que el Código de Comercio si contempla la posibilidad de que un contrato mercantil sea anulado no sólo por ilicitud como lo establece claramente el artículo 77, sino por otra causa; como lo es la falta de capacidad, la falta de forma, la presencia de algún vicio en el consentimiento, e incluso se puede declarar inexistente, por la falta del consentimiento o del objeto, entonces conforme al Código de Comercio se puede declarar que un contrato mercantil puede ser inexistente o puede ser nulo, estableciéndose de una nulidad absoluta o una nulidad relativa, esto es por disponerlo así el propio artículo 81.

Al remitirnos al Código Civil respecto de las reglas que rescinden o invalidan los contratos mercantiles, de tal forma, que debemos concluir necesariamente que si está prevista la ilicitud de los contratos mercantiles y por tanto pueden ser sancionados con una *nulidad absoluta* misma que como se ha dicho es incombaldable e imprescriptible.

En relación con los actos jurídicos o negocios jurídicos tienen su origen en la voluntad de los particulares o voluntad privada. Estos son libres de poder realizar actos jurídicos; en la manera que mejor les convenga, mas sin embargo es de destacar que dicha voluntad no actúa en forma libre, al encontrarse limitada y con restricciones, en el respeto a la libertad de los demás, en el interés colectivo y a las buenas costumbres, por ello el derecho objetivo de ninguna manera permite su celebración con fines responsables desde el punto de vista la moral, las buenas costumbres y que no sean contra el interés general de los individuos que habitan un estado (interés público).

Dicha libertad sabe ser respetada por sus particulares, ya que el interés público va por encima de aquel, por lo que ningún acto puede ir más haya de lo dispuesto en el campo del Derecho en ese aspecto podemos encontrar tanto en el derecho positivo mexicano, como en la doctrina limitaciones a los actos jurídicos.

En el campo doctrinal.- El maestro Ignacio Galindo Garfias en su obra "Derecho Civil", determina "prescindiendo por el momento de los conceptos del interés de los terceros y del interés social que limitan o restringen la autonomía de



la voluntad, no basta que una persona se proponga la realización de una cierta finalidad para que tal expresión de voluntad encuentre adecuada sanción en el orden público. Se requiere que ese acto de voluntad haya sido realizado en tal manera, que en el concurren todos los supuestos de hecho para que sea jurídicamente eficaz...el negocio invalido por defectos en su formación, no es idóneo para producir consecuencias jurídicas.<sup>20</sup>

En ese tenor encontramos que existen diversas causas para que no produzcan consecuencias jurídicas, tales como son: la inexistencia y nulidad.

Para el maestro Manuel Borja Soriano "Inexistencia. Acto inexistente es el "que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia" [Aubry et Rau, t.I, párrafo 7 págs 118 y 119; Planiol, t I, núm.345]. O en otros términos: "El acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia. Falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, por qué organizar la teoría de la nada"[Baudry-Lacantinerie, Précis, t I, números 102- 12]. "Hay un elemento que es esencial a todo acto jurídico, cualquiera que sea, es la voluntad en el autor o en uno de los autores del acto...La ausencia de voluntad en el autor o en uno de los

---

<sup>20</sup>GALINDO GARFIAS Ignacio. OP. CIT. P 233.

autores del acto lo hará, pues inexistente... Los otros elementos esenciales varían según los diversos actos jurídicos... En la venta, el precio es un elemento esencial; una venta hecha sin precio sería inexistente" "[Baudry-Lacantinerie, Précis, t I, números 102- 12; Colin et Capitant, t.I, núms. 326].

**Nulidad.** A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley "[Baudry-Lacantinerie, Précis, t I, números 102- 14; Planiol, t.I, núms. 326]."<sup>21</sup>

## **LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL ACTO JURIDICO**

El Código Civil Para el Distrito Federal, en sus artículos 224 al 2242 regula la inexistencia del Acto Jurídico, así como su nulidad ya relativa o absoluta; cabe aclarar que todo contrato es un acto jurídico.

En primer término debemos establecer que lo que caracteriza al acto jurídico, es precisamente la manifestación de la voluntad, para su celebración; y aceptar sus consecuencias de tal forma que si no existen las manifestaciones de la voluntad como acuerdo de voluntades.

Para celebrar el acto jurídico o para asumir las consecuencias que este implica, simple y sencillamente no estaríamos frente a un acto jurídico; resulta importante hacer la aclaración, ya que equivocadamente, diversas autoridades judiciales y abogados han sostenido, que no es posible demandar y obtener la declaración de inexistencia o de nulidad de un acto jurídico.

<sup>21</sup> MANUEL BORJA SORIANO p. 94 y 95

Cuando existe acuerdo de voluntades, argumentado espuriamente que la voluntad de las partes es la norma suprema que debe regular el acto jurídico; tan se puede demandar y obtener la nulidad de un acto jurídico, (siempre y cuando falte un requisito de existencia o elemento de validez de un acto jurídico), que el propio Código Civil lo contempla y regula. En estas condiciones sostener lo contrario sería tanto como desconocer e ignorar el título de la Inexistencia y de la Nulidad que contiene el Código Civil Para el Distrito Federal y similares en cada una de los Códigos Civiles de cada uno de los Estado que integran la República Mexicana.

## **LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURIDICO**

El acto jurídico será inexistente por la falta de consentimiento u objeto.

### **Características de la inexistencia**

A).- No produce efecto legal alguno, es decir es la nada jurídica, por lo tanto si no hay consentimiento tampoco habrá acto jurídico, sucediendo lo mismo si no existe el objeto materia del acto jurídico, es decir no habrá acto jurídico si la cosa objeto del contrato no existe en la naturaleza, si no esta determinado o es determinable en cuanto a su especie, si no esta dentro del comercio. En cuanto al hecho que el obligado debe hacer o no hacer, como ya hemos precisado, tiene que ser compatible con la leyes de la naturaleza o con las normas jurídicas, de tal forma que si resulta incompatible el hecho con alguna ley de la naturaleza o una norma jurídica del acto jurídico será inexistente; ya por imposibilidad o por o litud en el objeto.

Al respecto la suscrita sostiene la tesis de que la ilicitud en el objeto origina la inexistencia del acto jurídico, ya que el Código Civil de una forma por demás imprecisa y confusa establece que la ilicitud en el objeto motivo a fin determinante de la voluntad como elemento de validez y por otra parte establece

que si el acto jurídico es incompatible con una ley de la naturaleza o jurídica será imposible, luego entonces Para el suscrito debe prevalecer la imposibilidad del objeto cuando este es incompatible con una ley natural o otra jurídica, con la sanción de la inexistencia, y en cuanto a la ilicitud en el motivo o fin determinante de la voluntad como se verá más adelante debe ser sancionada con la nulidad absoluta o relativa según lo disponga la ley.

B).- No es susceptible de valer con confirmación inexistente, si las partes tratan de convalidar el acto mediante diversas conductas, dicho acto jamás podrá convalidarse, de tal forma que les resultará más conveniente realizar un nuevo acto acatándose los requisitos de existencia, que tratar de convalidar el acto inexistente, ya que se corre el grande riesgo, de que en cualquier momento se declara inexistente.

C).- No es susceptible de valer por prescripción.

En primer término debemos establecer que la prescripción es un medio de adquirir derechos o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones ahora estamos en posibilidad de establecer , que un acto jurídico inexistente jamás se convertirá en existente por el simple transcurso de el tiempo.

D).- Puede invocarse por todo interesado.- Es decir la inexistencia puede ser invocada por cualquiera de las partes e inclusive por el Ministerio Público, a diferencia de la nulidad relativa en la que únicamente puede hacerse valer por las personas que refiere el Código Civil.

## LA NULIDAD ABSOLUTA

El artículo 2225 del Código Civil establece que la nulidad se origina por la ilicitud en el objeto; en el fin o en la condición del actor.

Al respecto cabe destacar que de la sana y recta interpretación de los artículos 1794, 1795, 1824, 1825, 1826, 1827, 1828, 1829, 1830, 1831, 2224, 2225, 2226 y demás relativos del Código Civil Para el Distrito Federal claramente se desprende que la ilicitud en el objeto origina la inexistencia, y la nulidad en el motivo a fin determinante de la voluntad así como de la condición origina la nulidad absoluta o relativa según lo disponga la ley, en mérito de que en los términos del artículo 1828 del Código Civil un objeto en cuanto al hecho positivo o negativo resulta ser incompatible con una norma jurídica se deberá tener como imposible, lo que debe ser sancionado con la inexistencia; por lo tanto con apoyo a lo dispuesto en el artículo 131, 1943 y 2225 la ilicitud en el motivo, fin y/o condición originan la nulidad absoluta o relativa del Código Civil.

Ahora es procedente establecer las reglas a seguir a efecto de poder determinar en que casos la ilicitud en el motivo, fin determinante de la voluntad o en la condición, origina la nulidad absoluta y en que casos origina la nulidad relativa, la regla general a seguir es que toda la ilicitud produce la nulidad absoluta salvo que la ley determine que origina la nulidad relativa; Para poder determinar la procedencia de una u otra nulidad se deberá revisar escrupulosamente las disposiciones normativas que regulen el acto jurídico o contrato a efecto de determinar si se establece la nulidad relativa, y si no es así, ver si se establece algún término para hacer valer la nulidad, o alguna otra forma de convalidación y si no es así, resulta claro que estaremos frente a una nulidad absoluta.

## **CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA**

a).- No impide que el Acto produzca sus efectos provisionalmente.- A diferencia de la inexistencia en este caso si se producen consecuencias de derecho, sin embargo el decretarse la nulidad dichas consecuencias serán destruidas retroactivamente cuando el juez pronuncie la nulidad.

b).- La nulidad puede ser denunciada por cualquier interesado al igual que la inexistencia, por lo tanto se deberá tener por reproducido dicho apartado.

c).- No desaparece por confirmación, ni por prescripción, son las mismas características de la inexistencia por lo tanto se deberá tener por reproducidos los apartados respectivos.

## **LA NULIDAD RELATIVA**

La nulidad relativa se origina por la falta de forma establecida por la ley siempre y cuando no se trate de actos solemnes; el error el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto.

## **NULIDAD RELATIVA**

La nulidad relativa siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, identificándose además, cuando la ley establece que el acto se puede confirmar o convalidar, o que es prescriptible, o establece que personas la pueden hacer valer; puede ser confirmada mediante el cumplimiento voluntario, novación o por cualquier otro motivo, extinguiéndose la acción de nulidad.

La nulidad proveniente de falta de forma es convalidable dándose la forma que exige la ley, la acción y excepción por falta de forma la puede hacer valer cualquier interesado; debiéndose aclarar que si la voluntad de las partes ha

quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto irrevocable cualquiera de los interesados puede exigir que se otorgue la forma prescrita por la ley.

La nulidad proveniente por error, dolo, violencia, lesión, solo puede invocarse por el que ha sufrido dichos vicios, dicha causa de nulidad puede ser convalidadas una vez cese el vicio o motivo de nulidad.

La nulidad por error puede intentarse en los plazos previstos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende debiendo tener presente lo dispuesto en los artículos 1158 a 1164 del propio Código Civil; cabe aclarar que si el error se conoce antes de que transcurran dichos plazos la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.

La acción Para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses, contados desde que cese dicho vicio.

La nulidad por falta de capacidad solo puede ser intentada por el incapaz por conducto de su representante legal; puede ser confirmada cuando cese la incapacidad o por su representante; la nulidad debe intentarse en los mismos plazos de la nulidad por causa de error.

## **EFFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD**

a).- Obliga a las partes, a restituirse mutuamente lo que han recibido por consecuencia del acto anulado.

b).- Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consistentes ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos se hará la restitución respectiva de intereses y/o frutos desde la fecha de presentación de la demanda

de nulidad; quedando compensados por tratos o intereses percibidos hasta esa época.

C).- Mientras uno de los contratantes no cumpla con la devolución a que esta obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte.

### 7.1.2. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE LA APERTURA DE CRÉDITO EN RELACIÓN CON LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, regula al contrato de *apertura de crédito*, en sus artículos 291 al 301; podría considerarse como el artículo medular al 291, que define claramente a la apertura de crédito: el dispositivo en mención que a la letra establece *"en virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen"*.



Encontrándose que el contrato de apertura de crédito, como todo los demás contratos debe de contener los siguientes elementos: los de existencia que a saber son el consentimiento, que estriba en el acuerdo de voluntades, por virtud del cual el banco se compromete a poner a disposición una suma de dinero a favor del acreditado, y este a su vez se obliga a pagar la cantidad que recibió; la obligación del acreditado tendría que ser pagar el crédito concedido en la forma, términos y condiciones que se establecieron en el propio contrato; el objeto obviamente es la puesta a disposición del dinero, la transmisión misma: cuando se ejerce esta cantidad en esas condiciones, estamos en presencia ahora si de establecer si realmente se cumple con las finalidades del contrato de apertura de crédito.

En cuanto a poner a disposición del acreditado la suma de dinero, en estos contratos nos hemos dado cuenta que, jamás se pone a disposición del acreditado la suma que supuestamente se está aperturando, haciéndose notar que la única cantidad que realmente se ejerce, es lo que se está otorgando o transmitiendo para que el acreditado haga el pago de la casa que pretende adquirir con el préstamo, pero en realidad jamás como ya se mencionó, se pone a disposición la suma de dinero, tan es así que no se encuentra en los estados el registro del banco, en términos del artículo 99 de la Ley de Instituciones de Crédito, luego entonces al no existir una puesta a disposición, tal y como lo ordena el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tenemos que concluir necesariamente que no estamos ante un *CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO*, sino simple y sencillamente ante un *MUTUO O*

*PRÉSTAMO*, que por sus características, ni siquiera será mercantil, donde el banco está transmitiendo una suma de dinero, para que el acreditado lo utilice para la adquisición de la vivienda.

Se ha de hacer notar que los bancos han pretendido establecer que hay un crédito adicional; es decir, que la diferencia que resulte entre el capital que se ejerció para la compra de la casa y la diferencia de la suma aperturada prevista en la cláusula primera del contrato, tal y como se desprende en los contratos celebrados con Bancomer, lo cual se puede comprobar con el ejemplo que se anexó en el capítulo anterior, obviamente la cantidad de crédito adicional que mes con mes se supone el acreditado está ejerciendo, no se está transmitiendo en realidad en propiedad a favor del acreditado, ni mucho menos se está tomando de la cuenta que se supone el banco abrió, ni en la que se considera o debe considerar que se puso a disposición del acreditado la suma aperturada, por lo tanto volvemos a estar frente a un **acto simulado**, en el que no hay refinanciamiento alguno; sino que simple y sencillamente se están capitalizando los intereses que se dejaron de pagar por obra del propio contrato.

En estas condiciones, bien podemos establecer que los contratos de apertura crédito que supuestamente otorgan los bancos, para adquisición de vivienda, esencialmente contravienen en todas sus partes el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo tanto podríamos estar frente a un **ACTO INEXISTENTE** que no se debe considerar apertura de crédito sino simple y sencillamente un mutuo, ya que el banco simula que apertura una

cantidad de dinero y simula mes con mes sigue prestando, cuando en realidad no aperturó nada ni está prestando nada mes con mes.

### 7.1.3. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS EN RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

Hay que establecer en primer término, si es aplicable el Código Civil al Código de Comercio, se ha venido sosteniendo por los bancos apoyados por algunos jueces con algunos intereses mezquinos y miserables, con un evidente interés de proteger los "intereses" de la clase poderosa, han sostenido que no es aplicable el Código Civil al Código de Comercio, tal aseveración resulta por demás equivocada e ilegal, contraria a derecho y hasta pueril, ¿por qué?, pues simple y sencillamente basta con darle lectura al artículo 2° del Código de Comercio que claramente dice que es aplicable al Código de Comercio supletoriamente el Código Civil para el Distrito Federal.

De igual forma, el artículo 81 del Código de Comercio, dispone, que es aplicable el Código Civil, tratándose de las reglas de capacidad o que invaliden o rescindan a los contratos, eso es de vital importancia señalarlo, por lo que basándonos en las disposiciones del Código de Comercio, estaremos en actitud de poder establecer o aplicar el Código Civil al Código de Comercio basta con dar lectura a este último, para darnos cuenta que no tiene un capítulo tan amplio como lo tiene el Código Civil, sobre lo que son fuentes de las obligaciones, lo que son las modalidades de la obligación, como lo es términos, plazo, pluralidad de objetos, sujetos; tampoco están previstas en el Código de Comercio las formas de

extinción de las obligaciones, transmisión de las obligaciones, luego entonces resulta claro que si es aplicable el Código Civil, y sobre todo debe destacar que el Código de Comercio, ni ninguna otra legislación mercantil tiene regulado un capítulo sobre la nulidad e inexistencia del acto jurídico, y no lo tienen previsto no porque el legislador no lo hubiera querido establecer en el Código de Comercio o porque hubiese considerando que los contratos mercantiles no se pueden nulificar; esta cuestión es muy desdeñable ya que resulta claro que todo acto jurídico es susceptible de ser anulable, siempre y cuando se den los supuestos que nos permitan llegar a esta conclusión, y así se demande.

Cabe mencionar que el Código Civil, dispone cuales son los elementos de existencia y los de validez de los contratos, cosa que no hace el Código de Comercio, luego entonces tendremos que aplicarlo, lo que está previsto en los artículos 1792 al 1834, aquí vamos a encontrar, sobre lo qué es, cuáles son los elementos de existencia, los de validez del acto jurídico, cuáles son los vicios del consentimiento, qué es la forma, la capacidad, cuál es el objeto, para no hacer repeticiones inútiles de todo lo antes mencionado se tendrá por reproducido, lo que se ha establecido en el capítulo primero del presente trabajo, para establecer con toda base y conocimiento de causa que el Código Civil si es aplicable al Código de Comercio respecto de los elementos de existencia y las causas que lo rescinden o invalidan también.

En el Código Civil encontramos que un acto jurídico puede anularse, debiéndose establecer que hay dos tipos de *nulidad la relativa* y la *nulidad absoluta*.

La nulidad relativa puede ser covalidable debido a que pueden surgir posteriormente algunos actos que hagan que la causa que origina la nulidad desaparezca los actos siguientes, o bien por el transcurso del tiempo se pierda el derecho para obtener la nulidad, también la puede hacer valer, el interesado señalado por la ley.

La nulidad absoluta es inconvalidable, imprescriptible y la puede hacer valer cualquier interesado, a diferencia de la nulidad relativa, esto quiere decir, que pase lo que pase, hágase lo que se haga, el contrato o el acto jamás se va a convalidar, haya pasado el tiempo que haya pasado y obviamente, la pueden demandar y obtener cualquier otra persona.

Estas características, también son propias a la inexistencia del acto jurídico, que la corte, ha sostenido en reiteradas ocasiones, que tiene un tratamiento de nulidad absoluta, bien con esto nos damos cuenta que los contratos bancarios, los contratos de apertura de crédito pueden nulificarse, tomando como base las disposiciones del Código Civil que aquí se han enumerado, todo lo relativo a los elementos de inexistencia, a las causas de nulidad y a la inexistencia del acto jurídico, también incluso a la cuestión de las modalidades de las obligaciones, debiéndose destacar que la nulidad absoluta

esta prevista en los artículos 2225 y 2226 del Código Civil y al nulidad relativa en los artículos 2227 y hasta el 2242 del mismo ordenamiento, encontrándose las diferencias supuestas que originan una y otra nulidad, así como la inexistencia del acto jurídico.

#### 7.1.4. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS BANCARIOS EN RELACIÓN CON LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Debemos mencionar que la ley es muy clara al disponer en el artículo 1° que el que considera, es un conjunto de normas que cuida el interés del público en general, por otra el artículo 4° tiene como función el que la banca fomente el desarrollo de la planta productiva, el artículo 65 establece: *"Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos, plazos regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados"*.

Este artículo nos dice claramente cuáles son los requisitos que deben reunirse para poder otorgar un crédito ya sea apertura de crédito o cualquier otra

figura, nos hemos percatado a través de práctica que la banca no cuida que se cumplan con los extremos del artículo 65 y de este artículo considera que el crédito se debe otorgar tomando como base en primer término un "proyecto", con el cual será autorizado el préstamo. Además se debe de considerar la situación económica presente y previsible del acreditado para poder establecer los montos y las amortizaciones según se desprende del artículo 65 todo esto se basa en las investigaciones previas que el banco tiene la obligación de hacer al acreditado, por ejemplo un estudio socioeconómico para incluso poder establecer la solvencia tanto económica y moral a que se refiere dicha disposición, pero nos hemos encontrado con profunda tristeza que el banco si cobra este estudio socioeconómico que aparentemente hace y en realidad no lo elabora, ya que debe cuidar que el préstamo que está otorgando esté debidamente garantizado.

Ahora bien, analicemos el primer punto si el banco otorga el crédito realmente basándose a un proyecto socioeconómico con el cual se ha autorizado el crédito. De nuestra investigación hemos concluido que no se obtiene un estudio sobre el proyecto económico, claro es de destacar que tratándose para la adquisición de una vivienda no es estrictamente necesario que se haga un proyecto socioeconómico, sin embargo debe establecerse que tan conveniente es la suma que está prestando el banco o que dice está aperturando para la adquisición de la vivienda son cantidades respetables, hemos visto varios casos en que el valor de la vivienda es de tan solo 200 ó 300 mil pesos y la suma que está aperturado por el banco sobrepasa los 2'000 de pesos, es obvio que nos hemos dado cuenta que el adeudo de esta cantidad se va a deber si se sigue con

la forma que está convenida en el contrato esto hace que sea inviable y sea incosteable para una gente pedir para comprar una casa de 3'000 en las que va a deber poco más de 2'000 de pesos, es decir esto hace que el crédito sea absolutamente impagable, y obviamente es una cuestión que el banco si visualiza induce al error al acreditado pensando y diciéndole que nunca va a llegar a ese saldo, incluso le manifiesta que es porque no más el esta pensando en su seguridad para el caso de cualquier problema que se suscita duración del crédito, pero la cuestión es de que desde siempre el acreditado lo único que ve es que su adeudo crece mes con mes, también el banco tiene que hacer un estudio socioeconómico nos hemos dado cuenta que el banco no efectúa tal estudio, o si lo efectúa a veces el mismo banco induce al acreditado a que altere ciertos informes y hasta le dice como, a efecto de que cuando se presente el estudio aparente a sus superiores que la persona si es solvente, eso se ha visto y se tiene que comprobar, tan así que la sustentante fue motivo de un crédito.

En relación con la garantía resulta claro que el banco al otorgar una supuesta Apertura de Crédito multimillonaria recibe como garantía única y exclusivamente una vivienda de 200 ó 3000 mil pesos, está violando la propia Ley de Instituciones de Crédito y por lo tanto aquí debemos concluir que la Apertura que se está dando es ilegal de igual forma no se prevé la situación económica presente y previsible del acreditado el banco al realizar el contrato, hemos llegado a esta conclusión que pienso en como realizar una pequeña inversión para sujetar al acreditado a atenerlo pagando la vida de este un crédito que mes con mes va crecer para el acreditado viéndose cada día más lejos la posibilidad de que éste



pueda liquidarlo y el banco ve con mucho gusto que cada mes el adeudo se va incrementando.

Lo más grave es que el banco no contempla la situación del acreditado ya que establece plazos demasiado largos y los montos son excesivos, excesivos, lo triste es ver como cada vez se paga más pero lamentablemente cada vez se debe más lo que nos hace suponer y lo hemos visto porque en una encuesta que realizó la sustentante de 100 créditos otorgados el 99% de la gente no puede pagar el monto de la mensualidad que le fija el banco sumando los ingresos de ambos cónyuges y es triste ver como todo el esfuerzo que hace una familia para poder pagar al deudor y al mes siguiente ver con profunda pena que éste se ha incrementado, lo que nos hace concluir necesariamente que el banco no está contemplando la situación económica ni siquiera presentes ya no la previsible del acreditado y aún más en esta época de crisis en la que se está redactando la tesis pues en principios de septiembre de 1998 nos hemos dado cuenta que día con día nuestra moneda se está devaluando los intereses están subiendo y esto va en perjuicio directo de los bolsillos de los acreditados si de por sí el crédito en la forma contratada es impagable con estas tasas tan altas que se están disparando a la fecha se torna materialmente imposible en estas condiciones tenemos que el banco al no considerar esta situación económica impredecible está violando el artículo 65 ya que de haberlo considerado es obvio que la tasa de interés sería mucho más baja a la establecida no importando que las tasas el estado las fije muy altas ya que los créditos tienen por finalidad fomentar el desarrollo de la planta productiva. En el caso de la adquisición de la vivienda,

ayudar a los acreditados a que obtengan una casa que debe ser algo posible y que el estado debe dotar a las familias mexicanas, y sin embargo no cumple con esta función el estado y que tristemente que ni siquiera se preocupe de vigilar a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que los bancos cumplan con esta finalidad debe lucharse e impugnarse porque las tasas de interés bajen y se otorguen en los créditos para la obtención de vivienda o fomentar la planta productiva tasas muy bajas o interés muy blando a falta de que el acreditado pueda cumplir realmente con sus obligaciones de pago ya que de otra manera es llevarlo a lo imposible.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA :** Considero que hay ilicitud en los contratos mercantiles pueden y deben ser sancionados con la NULIDAD ABSOLUTA.

**SEGUNDA :** Cuando se habla del consentimiento de se dice que este se perfecciona cuando se manifiesta por las partes o desde el momento en que se contesta aceptando la propuesta, de acuerdo al artículo 80 del Código de Comercio, segundo párrafo establece las posibilidades de que un contrato se pueda perfeccionar por correspondencia telegráfica, etcétera, considero que este artículo podría ser reformado incluyendo otros medios como lo son: el FAX, INTERNET, TELEX que son otras formas de comunicación actuales.

**TERCERA :** Considero que en base a los artículos 2° y 81 del Código de Comercio se aplica supletoriamente el Código Civil.

**CUARTA :** Considero que estamos frente a un ACTO SIMULADO cuando el banco hace creer al acreditado que ha aperturado una cuenta en la cual ha depositado una suma de dinero a favor del acreditado.

**QUINTA :** De igual forma considero que estamos frente a un ACTO INEXISTENTE cuando el banco supuestamente celebra un contrato de apertura

de crédito para la adquisición de vivienda, cuando en realidad lo que celebro fue un simple contrato de mutuo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 291 del Código de Comercio.

**S E X T A** : Existe dolo (vicio del consentimiento) cuando el banco hace creer al acreditado que la cantidad que se menciona en el contrato, cláusula primera es solo en forma previsiva ya que nunca este va requerirla.

**S E P T I M A** : de acuerdo a la obligación que tiene el banco el elaborar el estudio de un proyecto socioeconómico del acreditado nos encontramos que nunca fue elaborado tal estudio, precisamente con el objeto de saber si el acreditado era sujeto de crédito es decir el banco no contemplo la situación económica presente ni previsible del acreditado.

**O C T A V A** : El banco esta vulnerando el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito en el sentido de que la garantía que otorga el deudor tiene que ser proporcional o suficiente para garantizar el crédito que se esta otorgando.

**N O V E N A** : La ilicitud en la conducta del funcionario bancario que otorga el crédito sin haber cubierto los requisitos de Ley, incluso ayuda al acreditado para que aparentemente cumpla con los requisitos.

## BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, MIGUEL, Derecho bancario, tercera edición, PORRUA, MEXICO, 1986, 823 P.

ATHIE GUTIERREZ, AMADO, Derecho mercantil, MCGRAW-HILL, MEXICO 1997, 396 P.

BARRERA GRAF, JORGE, Instituciones de derecho mercantil, segunda reimpresión, PORRUA, MEXICO 1998, 866 P.

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL, Obligaciones civiles, colección textos jurídicos universitarios, cuarta edición, OXFORD UNIVERSITY PRESS, HARLA MEXICO, MEXICO, 1997, 1984, 1983, 1980, 545 P.

BORJA SORIANO, MANUEL, Teoría general de las obligaciones, décima quinta edición, PORRUA, MEXICO, 1997, 732 P.

CALVO M., OCTAVIO, LIC. Y PUENTE Y F., ARTURO, LIC., Derecho mercantil, BANCA Y COMERCIO, MEXICO 1997, 409 P.

DAVALOS MEJIA, CARLOS FELIPE, Títulos y contratos de crédito, quiebras, tomo II, derecho bancario y contratos de crédito, colección de textos jurídicos universitarios, segunda edición, HARLA, MEXICO, 1992, 1984, 1015 P.

DE J. TENA, FELIPE Derecho mercantil mexicano, incluye títulos de crédito, decimoséptima edición, PORRUA, MEXICO 1998, 606 P.

DE PINA, RAFAEL, DE PINA VARA, RAFAEL, Diccionario de derecho, PORRUA, MEXICO, 1988, 509 P.

DE PINA VARA, RAFAEL, Elementos de derecho mercantil mexicano, vigésimo sexta edición, PORRUA, MEXICO 1998, 569 P.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho de las obligaciones, PORRUA, MEXICO, 1998, 577 P.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho de las obligaciones, tomo II, PORRUA, 1998, 577-1225 P.

HERREJON SILVA, HERMILO, El servicio de la banca y crédito, PORRUA, MEXICO, 1988, 210 P.

OLVERA DE LUNA, OMAR, Contratos mercantiles, PORRUA, MEXICO 1991, 381 P.

QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA, Panorama del derecho mexicano, derecho mercantil, MCGRAW-HILL, MEXICO, 1997, 112 P.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de derecho civil, tomo III, teoría general de las obligaciones, vigésima edición, MEXICO, 1997, 543 P.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de derecho civil, tomo IV, vigésima quinta edición, MEXICO, 1998, 548 P.

RUIZ TORRES, HUMBERTO, Elementos de derecho bancario, MCGRAW-HILL, MEXICO, 1997, 179 P.

SANCHEZ MEDAL, RAMON, De los contratos civiles, PORRUA, MEXICO, 1997, 629 P.

SOTO ALVAREZ, CLEMENTE, Prontuario de derecho mercantil, LIMUSA, NORIEGA EDITORES, MEXICO, 1998, 426 P.

VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR, Contratos mercantiles, séptima edición, PORRUA, MEXICO, 1997, 601 p.

## LEYES

### CÓDIGO CIVIL

#### CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

#### LEGISLACION DE BANCA, CREDITO Y ACTIVIDADES CONEXAS

Ley de Instituciones de Crédito

Ley General de Organizaciones y Actividades