

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

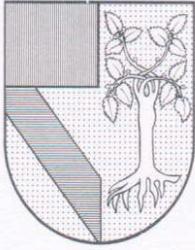
CAMPUS GUADALAJARA

MANUEL DE JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

**“Solución a la problemática de las instituciones de crédito por el
plazo que deben conservar los pagarés provenientes de las
tarjetas de crédito”**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco, Octubre de 2017.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. MANUEL DE JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO POR EL PLAZO QUE DEBEN CONSERVAR LOS PAGARÉS PROVENIENTES DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO”**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

DR. EDUARDO ISAIAS RIVERA RODRÍGUEZ

Guadalajara, Jalisco Junio, 2016

Mtra. María Isabel Álvarez Peña
Directora de la Licenciatura en Derecho
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Campus Guadalajara
Presente.

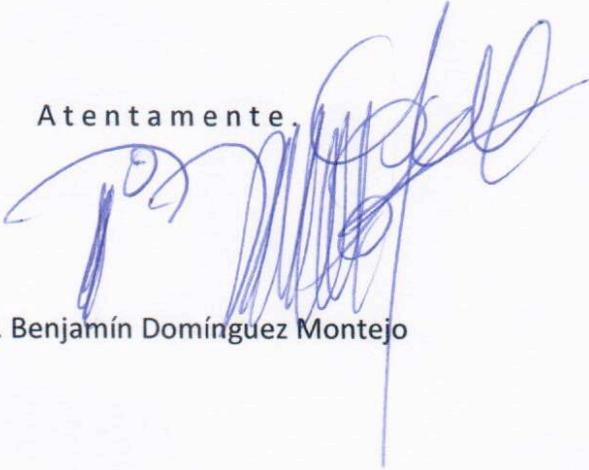
Estimada Mtra. Álvarez.

He leído cuidadosamente en mi carácter de Asesor de tesis, el documento titulado **"SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LAS INTITUCIONES DE CRÉDITO POR EL PLAZO QUE DEBEN CONSERVAR LOS PAGARÉS PROVENIENTES DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO"**, que como trabajo de recepción profesional presenta el pasante en derecho **MANUEL DE JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ**, tesis que en mi concepto y en los términos establecidos por la institución, reúne los requisitos previstos para un trabajo de tal carácter.

Por ello otorgo a dicha tesis mi VOTO APROBATORIO.

Sin más por el momento, me despido poniéndome como siempre a sus amables órdenes.

Atentamente,



Mtro. Benjamín Domínguez Montejo

ÍNDICE

Introducción	6
--------------------	---

Capítulo I.

La Banca y Crédito en México. Historia y actualidad

1. Brevísimas historia de los bancos en México	7
2. Servicios de la Banca y Crédito en México	10
3. Obligaciones de las sociedades de crédito	16
4. El concepto de operación bancaria	19
5. Autoridades, entidades y disposiciones protectoras de los intereses del público en el sistema bancario mexicano	21
A) Secretaría de Hacienda y Crédito Público	21
B) El Banco de México	26
C) La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros	27
D) El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario	27
E) Las Sociedades de Información Crediticia	28
F) Transparencia y ordenamiento de los servicios financieros	28
6. El objeto social de las agrupaciones financieras	29

Capítulo II.

Créditos bancarios

1. Elementos de los contratos bancarios	32
2. El crédito bancario	33
3. Los créditos de descuento	39

Capítulo III.

El contrato como origen de la obligación

1. Los contratos como fuente de obligaciones	41
2. Elementos esenciales y requisitos de validez de los contratos	48

3. Contrato de compraventa tradicional	53
4. La celebración de contratos por medios electrónicos	56

Capítulo IV.

El Juicio Ordinario Mercantil. Etapas y prueba

1. Juicio Ordinario Mercantil	65
A) La etapa expositiva	66
B) La etapa de excepciones procesales	69
C) La etapa probatoria	69
D) La etapa de alegatos	70
E) La Etapa resolutive	71
F) La Etapa ejecutiva	74
2. La Prueba	80
3. Carga de la prueba	83
4. Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	84
5. Prueba documental	95

Capítulo V.

Actualidad de las instituciones bancarias en el Juicio Ordinario Mercantil

1. Tratamiento actual en el sistema judicial mexicano	97
2. Prácticas comunes en las cláusulas bancarias	112
Conclusiones	116
Propuesta	117
Bibliografía	119

Introducción

En este trabajo de tesis se busca evidenciar la desigualdad procesal en la que se ve involucrada la banca cuando se actualiza el supuesto de los cargos no reconocidos por los usuarios de las tarjetas de crédito, si bien es cierto es un tema por demás controvertido en el sentido de que por el tipo de interés que cobran los bancos casi siempre se les ve como la entidad financiera abusiva, no menos cierto es la desigualdad procesal en la que se encuentran en el problema antes señalado, tampoco es menos cierto que tal cual como se encuentran los ordenamientos positivos es evidente la debilidad de la banca en esta problemática que es muy común en esa relación contractual cuando celebran en sus operaciones activas contratos de créditos en cuenta corriente con sus clientes para ser utilizados mediante el uso de las tarjetas de crédito, por lo tanto este trabajo esta encaminado a señalar las desigualdades procesales y al mismo tiempo hacer una propuesta de tal manera que se busque un equilibrio procesal entre usuarios y prestadores de servicios bancarios.

Durante el transcurso de la presente tesis se hablara de distintas resoluciones judiciales que evidencian dicha desigualdad procesal.

Por otro lado al final de la presente se encontrará una propuesta de adición a la Ley de Instituciones de Crédito.

Lo anterior enmarcado en una revisión breve de la historia de la banca en México así como la generación de obligaciones entre los prestadores y usuarios de dichos servicios.

I. La Banca y Crédito en México. Historia y actualidad.

1. Brevisima historia de los bancos en México

A fin de limitar brevemente la historia de la banca en México, tomaremos las etapas que establece el autor Acosta Romero quien, para efectos didácticos, propone las siguientes:

1. De la consumación de la Independencia de 1821 a 1867, restauración de la República. En esta época de graves disturbios y grandes problemas políticos y económicos rigieron cuatro Constituciones: la de 1824, la de 1836, la de 1843, la de 1857 y un Código de Comercio de 1854; sin embargo, no hubo actividad bancaria ni tampoco bancos.
2. Del periodo de 1867 a 1889, en que se promulgaron los dos primeros Códigos de Comercio, en vigor en la República.
3. De los años 1889 a 1897, en que se dio la primera Ley General de Instituciones de Crédito.
4. De 1897 a 1913, en que se inició el caos financiero, motivado por la Revolución.
5. De 1913 a 1925, en que se liquidó el sistema bancario anterior a la Revolución Mexicana y se inició la vigencia de la Constitución vigente, la de 1917.
6. De 1925 a 1982 (primero de septiembre), en que el sistema bancario mexicano se consolida y adquiere perfiles propios, convirtiéndose en uno de los sistemas bancarios más sólidos sistemas bancarios de Latinoamérica, pero se decreta la expropiación de los bancos privados.
7. De los años de 1982 a 1990 en que los bancos son del Gobierno.
8. Del año 1990 en adelante, en que se privatizan los bancos y se abre el sistema financiero mexicano con el Tratado de Libre Comercio.¹

Pues bien, del periodo de 1821 a 1867 se puede precisar como una etapa de inestabilidad, en que se restauró la República mexicana tras la invasión de Francia.

¹ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1998, p. 59.

En este lapso, y a raíz de la crisis económica del país y de la falta de preparación de la población, no existió propiamente una actividad bancaria, tampoco se desarrolló el crédito, pues éste era practicado por los comerciantes de la Colonia que lo practicaron, o bien, por sus descendientes.

Podemos anotar, someramente, intentos del gobierno mexicano de organizar los primeros bancos que hubo en nuestro país, los cuales fueron:

El Banco de Avío, creado por decreto del ejecutivo el 16 de octubre de 1830. Este banco tenía como objetivo el fomento a la industria, especialmente a la textil. Su capital era integrado por el 20% de los impuestos aduanales de importación sobre las telas de algodón. El Presidente del Banco era el Secretario de Relaciones Exteriores. Finalmente lo liquidó el gobierno del general Santa Anna por decreto de 23 de septiembre de 1842. También tenemos al denominado Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre, éste fue creado por la ley de 17 de enero de 1837 y el Presidente de la Junta de Administración era designado por el Congreso y, al igual que el anterior, fue liquidado por decreto de 16 de diciembre de 1841.²

Durante esta etapa analizada, no se determinó propiamente si la materia bancaria correspondía al Congreso Federal, por lo que se cree que a falta de una normatividad nacional propia, se siguió aplicando en materia mercantil las Ordenanzas de Bilbao, mismas que fueron aprobadas por Felipe III, el 2 de diciembre de 1737, y posteriormente confirmadas por Felipe VII, el 27 de junio de 1814.

El entonces Presidente de la República, general Antonio López de Santa Anna, expidió el 16 de mayo de 1854 un Código de Comercio, en el que se daban las bases para la actuación de los comerciantes en el que, fundamentalmente, el único requisito que tenían que llenar era obtener una patente del Tribunal Mercantil respectivo y matricularse en la secretaría del propio tribunal, haciendo una declaración en la que se expresaba su nombre y apellido, estado y naturaleza, ánimo de emprender la actividad mercantil y si la había de ejercer por mayor o menor.³

El Código de Comercio de 1854 constituye para México la primera legislación federal que reguló la materia bancaria y, a partir de entonces el establecimiento de

² *Ibidem*, p. 60.

³ *Ibidem*, p. 62.

bancos en el país requirió la autorización del Gobierno Federal y, además de ello, era necesario que se formaran sociedades anónimas compuestas por lo menos de cinco socios fundadores.

El 19 de marzo de 1897, en consecuencia de la proliferación de los bancos de emisión, el gobierno se vio en la necesidad de promulgar la primera Ley General de Instituciones de Crédito, la que estableció cuatro tipos de instituciones, a saber: 1. Bancos de Emisión; 2. Bancos Hipotecarios; 3. Bancos Refaccionarios; y, 4. Almacenes Generales de Depósito.

La Revolución Mexicana trajo una serie de cambios drásticos en el sistema bancario y muchos de los bancos quebraron a partir de 1912, por ello se creó la Comisión de Cambios y Moneda, surgiendo una serie de préstamos forzosos que hicieron los gobiernos revolucionarios, lo que obligó a los bancos a emitir billetes sin ninguna garantía.

La Constitución Federal de 1917, en su artículo 28, incorporó un principio importante reconocido en todos los estados modernos, en el sentido de que la emisión de billetes y monedas es una facultad del estado, al igual que la regulación del crédito, en este numeral se estableció el principio de que el monopolio de la acuñación de moneda y la emisión de billetes sería del Gobierno Federal, y se encargaría al banco central, continuando el ser facultad del Congreso Federal legislar sobre materia bancaria, conforme al artículo 73, fracción X.⁴

De 1982 a 1990 existió una abundante legislación en cuestiones bancarias, no obstante ello, quedaron muchas lagunas.

En 1982 mantienen las instituciones su carácter de banca múltiple. El 1 y 2 de septiembre del año en comento, se promulgó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que Establece la Nacionalización de la Banca Privada, que contenía los lineamientos corporativos, que sirvieran de base para la transformación de los bancos de sociedades anónimas a sociedades nacionales de crédito.⁵

A partir de los meses de mayo y junio de 1990, se tomó la decisión de volver al sistema mixto de operación de los bancos, se derogó el párrafo quinto del

⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 67.

comentado artículo 28, se promulgó la Ley de Instituciones de Crédito, se reformaron todas las leyes que regulan al sistema financiero mexicano para cambiar el concepto de concesión, por el de autorización y se expidió la ley para regular los grupos financieros.⁶

A partir de 1991 a la fecha, se han vuelto a reformar todas las leyes del sistema financiero para regular el capital social de las filiales y las diversas series en que está integrado el capital, y se incorpora el concepto de unidades especiales para atender consultas y reclamaciones de los usuarios. Después, el 28 de abril de 1995 es publicada la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; además, en 1996 se incorporan como intermediarios al Sistema Financiero Mexicano a las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES).

Finalmente, el 10 de enero de 2014, se promulgó en el Diario Oficial de la Federación el *“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras”*, con diversas modificaciones en materia de política monetaria y cambiaria, entre ellos, se facilita a los bancos cobrar las garantías de los préstamos incobrables.

2. Servicios de la Banca y Crédito en México

Como inicio, es conveniente dar una definición de lo que se entiende por las distintas *operaciones* que hacen posible la intermediación bancaria, estas son: activas, pasivas y de servicios.

Activas: Mediante estas operaciones los bancos colocan en el mercado nacional los recursos que mediante las operaciones pasivas captan del público ahorrador. *“Son las operaciones en las que los bancos destinan los recursos propios y captados para obtener una ganancia. Principalmente se refiere al otorgamiento de créditos a las personas, empresas u organizaciones que los soliciten. Por dar estos*

⁵ Cfr. MENDOZA MARTELL, Pablo E. y PRECIADO BRISEÑO, Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2007, p. 21.

*préstamos los bancos cobran, dependiendo del tipo de préstamo, intereses y comisiones.*⁷

Pasivas: Consisten básicamente en la transmisión al banco (depositario) de la propiedad de la suma de dinero depositada, haciendo con esto posible la intermediación bancaria, pues permiten jurídicamente que las instituciones de crédito presten al público el dinero que reciben en depósito de su clientela. Es cuando las instituciones de crédito reciben recursos del público. En virtud de dichas operaciones las instituciones de crédito contraen adeudos y por lo tanto se generan pasivos a su cargo.

De servicios: Son las llamadas operaciones neutras ó atípicas y no implican por sí mismas la existencia de activos o pasivos para la institución.

*“Son operaciones que a través de convenios en los que se establece entre cliente y un banco la obligación del primero de cubrir una cantidad de dinero (comisión) y el segundo el de prestar determinados servicios. En los mismos el banco no aparece como deudor o acreedor y se contabilizan en su gran mayoría en cuentas de orden y los resultados como utilidades.”*⁸

Bien, en nuestro País las instituciones de crédito, como actividades principales se puede apreciar que reciben recursos captando depósitos y préstamos de dinero que les otorga el público en general; asimismo, encauzan algunas de esas cantidades de dinero a favor de las personas que lo solicitan, esto quiere decir que, el dinero se canaliza en actividades del público en general. De esta manera, podemos decir que una de las características de la Banca es la de tratarse de operaciones realizadas por un intermediario, explicado de otra manera más simple, el Banco recibe el dinero pero no para sí, toda vez que lo vuelve a colocar entre quienes lo requieren; por esto se dice que los Bancos intermedian en los mercados

⁶ Cfr. *Op. Cit.*, ACOSTA ROMERO, p. 69.

⁷ Consultado el 31 de marzo de 2017 en: <http://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/BANCA-MULTIPLE/Paginas/Preguntas-Frecuentes.aspx>

⁸ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1999, p. 336

financieros, pues aceptan la oferta de dinero y satisfacen la demanda de estos recursos.

De igual manera que en otros lugares donde se compran y venden cualquier objeto, en el mercado financiero hay quienes ofrecen dinero y quienes lo necesitan, es decir, existe una oferta y demanda de recursos monetarios, y entre éstas, es donde se coloca la Banca, recaudando los fondos de quienes deciden dárselos en depósitos o préstamos, asimismo, los orientan en créditos o financiamientos que sean requeridos. Así, resulta que los Bancos, por una parte, reciben depósitos y préstamos de recursos monetarios por una parte de su clientela, y por otra, entrega recursos pecuniarios a quienes lo solicitan.

Esta intermediación realizada por las instituciones de crédito implica la práctica habitual de actos de comercio, que así se define en el artículo 75, en su fracción XIV, del Código de Comercio, que a la letra dice: *“Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:... XIV. Las operaciones de bancos;...”*. Y toda vez que, dicha actividad se desarrolla de manera habitual o profesional, esto da a las instituciones de crédito la calidad de comerciantes, puesto que tal carácter lo reciben del numeral 3, fracción I, del Código en cita, que establece: *“Artículo 3. Se reputan en derecho comerciantes: I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;...”*.

Esto es, cualquier agrupación que realice actos de interposición en el cambio adquiere de manera habitual bienes de cualquier naturaleza pero no los obtiene para sí, sino para transferirlos a quienes tienen necesidad de los mismos, como se ha explicado; por esta razón, se dice que son intermediarios, puesto que permanentemente practican operaciones de mediación en el cambio de bienes de unas manos hacia otras. Esta es la actividad bancaria, mediante ésta los bancos adquieren bienes, específicamente dinero, pero no para utilizarlo directamente, sino para transferirlo a otros.

El beneficio de los Bancos consiste en el diferencial que perciben entre las tasas de intereses que cubren por el dinero que reciben y las que cobran a quienes se lo entregan. Este es el lucro (ganancia) que obtienen las instituciones de crédito al

practicar sus operaciones como actos de comercio atendiendo y persiguiendo un fin de lucro.

Al gozar dichas instituciones de una calidad de comerciantes, el arábigo 6 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que, en lo no previsto por la mencionada ley o por la diversa Ley Orgánica del Banco de México, se aplicarán en el siguiente orden:

I. La legislación mercantil;

II. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles, y

III. La legislación civil federal.

IV. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo respecto de la tramitación de los recursos a que se refiere esta Ley, y

V. El Código Fiscal de la Federación respecto de la actualización de multas.

Esto es, que de igual manera que con las Leyes de Sociedades Mercantiles y de Títulos y Operaciones de Crédito, tenemos como supletoria, en primer orden, la legislación mercantil.

Y, previendo lagunas en las leyes arriba mencionadas, en segundo término se establece los usos y prácticas bancarias y mercantiles; después, encontramos de una manera supletoria al derecho común a través de la legislación civil Federal y finalmente, se aplica el Código Fiscal de la Federación.

El comentado artículo 6, en su párrafo final, establece que las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en ese numeral.

Sin embargo, es preciso señalar que no solamente los Bancos están facultados por las leyes nacionales para captar directamente recursos del público, otros intermediarios como las casas de bolsa pueden hacerlo también. La Ley del Mercado de Valores las faculta para actuar como intermediarios en el llamado mercado bursátil de acuerdo al numeral 113, fracción I, de la ley en comento.

Los inversionistas que buscan hacer crecer su capital monetario pueden llevarlo a los Bancos o a las denominadas casas de bolsa, es por ello que en México se les ha llamado "*banca paralela*", pues reciben recursos del público y lo destinan a su colocación lucrativa, igual que los bancos.

Aunque existen precisiones legales que diferencian uno del otro, pues las casas de bolsa reciben los recursos del público para la celebración de operaciones con valores que se les encomienden, es decir, reciben los fondos para el cumplimiento de un encargo, para la realización de un mandato, para la ejecución de una comisión. Así se desprende del segundo párrafo, del artículo 190, de la Ley del Mercado de Valores, que menciona que por medio del contrato de intermediación bursátil *“el cliente conferirá un mandato para que, por su cuenta, la casa de bolsa realice las operaciones autorizadas por esta Ley, a nombre de la misma casa de bolsa, salvo que, por la propia naturaleza de la operación, deba convenirse a nombre y representación del cliente, sin que en ambos casos sea necesario que el poder correspondiente se otorgue en escritura pública”*.

De esta manera, las casas de bolsa reciben recursos del público en general para cumplir un mandato o comisión consistente en la adquisición de valores, esto quiere decir, que el dinero lo reciben de una manera precaria, pues no lo reciben a título de dueños sino solo como provisión para cumplir las instrucciones de los clientes.

Y si por alguna razón la casa de bolsa no puede aplicar el dinero al fin encomendado, está obligada a registrar los fondos como un bien ajeno, en una cuenta distinta de las que forman parte de sus activos.

En cambio, las instituciones de crédito al obtener recursos del público mediante la aceptación de depósito, no reciben los fondos a título precario, sino a título de dueño. Así se desprende del numeral 267, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que enmarca que *“El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie...”*, es decir, el depósito bancario de dinero transfiere la propiedad de los recursos al depositario, quien asume la obligación de restituirlos en los términos pactados. El banco se hace dueño del dinero que el público le deposita, por esta razón al depósito bancario se le llama *depósito irregular*, pues al contrario de lo que sucede con el depósito tradicional (en el que no se transfiere la propiedad de lo depositado, y el depositante conserva su calidad de dueño) en el depósito bancario,

por disposición del artículo en comento, sí se transfiere la propiedad del dinero al banco.

De igual manera sucede con el mutuo o préstamo de dinero, el mutuante transfiere la propiedad de una suma de dinero al mutuario, según lo establece el arábigo 2384, del Código Civil Federal, mismo que establece que el mutuo es un contrato *“por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.”*

De esta manera, los Bancos al captar recursos del público ya sea mediante depósitos que reciban a través de los préstamos que acepten, adquieren fondos a título de dueño, mientras que las casas de bolsa al recibir el dinero del público en general, lo reciben en concepto de mandatarios o comisionistas, solo para aplicarlo al cumplimiento de las instrucciones del cliente.

De esta manera, logramos caracterizar la operación bancaria como *“...aquella actividad de intermediación mercantil a través de la cual las instituciones de crédito reciben recursos pecuniarios del público a título de dueño, para encauzar el dinero a quienes requieren de fondos para el cumplimiento de sus actividades”*⁹.

Por otra parte, encontramos a las *sociedades de inversión*, que son aquéllas que, según el artículo 5 de la Ley de Sociedades de Inversión, tienen por objeto *“...la adquisición y venta de Activos Objeto de Inversión con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social entre el público inversionista, así como la contratación de los servicios y la realización de las demás actividades previstas en este ordenamiento...”*

De acuerdo a las leyes de la materia, estas sociedades venden al público las acciones que representan su capital social y de esta manera obtienen recursos de la colectividad; con estos fondos adquiridos, las sociedades de inversión adquieren valores, tales como: *“acciones, obligaciones, papel comercial, certificados de participación, aceptaciones y otros títulos emitidos por la banca, certificados de tesorería y otros títulos gubernamentales”*¹⁰ todos los cuales vienen a constituir el

⁹ HERREJÓN SILVA, Hermilo, *El servicio de la banca y crédito*, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 16.

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

patrimonio de la sociedad de inversión, de tal forma, que quien adquiere estas acciones, adquiere la calidad de socio y con ella el derecho a una parte alícuota del patrimonio de la sociedad, esto es, al “conjunto de valores que integran sus activos”¹¹.

Es claro que estos valores proporcionan ganancias que adquieren las sociedades de inversión, ya sea al obtener los rendimientos de los valores o al venderlos si éstos suben de precio en el mercado, en estos dos supuestos, las ganancias las percibe la sociedad y con ellas adquiere nuevos valores, por lo tanto, se incrementa su patrimonio social, con lo que se aumenta la cuota a que tiene derecho cada socio, además de que se financia a las empresas que emiten los valores adquiridos.

Bien, las sociedades de inversión reciben también recursos del público a título de dueño, razón por la cual disponen de ese dinero para la adquisición de los valores que integrarán sus activos, esto es, los invierten lucrativamente.

Por estas razones, encontramos empresas diferentes de los bancos, que sin embargo, encontramos algunas similitudes, pues tanto las sociedades de inversión como los bancos, captan recursos del público, ambos lo adquieren en propiedad pues ingresan a su patrimonio, y ambos lo invierten lucrativamente.

3. Obligaciones de las sociedades de crédito

La diferencia más importante que encontramos entre estos dos intermediarios financieros, es la obligación que asumen como contraprestación por los recursos recibidos del público.

Toda vez que, en los contratos bilaterales en general, las partes adquieren derechos pero también los dos asumen obligaciones recíprocas; por ejemplo, en la compraventa, el comprador tiene derecho a recibir la cosa, así como a pagar el precio, y el vendedor a su vez, a recibir el precio pactado y entregar dicha cosa.

En tanto que, en las relaciones jurídicas que nacen de las operaciones bancarias y de las sociedades de inversión también existen contraprestaciones de

¹¹ *Idem.*

las partes. El banco adquiere en préstamo o depósito las sumas de dinero de sus clientes, pero a la vez debe restituirlas con las cargas financieras a las que se obligó. Por su parte, las sociedades de inversión reciben el precio a cambio de las acciones representativas de su capital social, sin embargo, deben reconocer al inversionista su calidad de socio, que es la contraprestación por la cual se obligaron.

A esto se le conoce en la doctrina como *contraprestación homogénea*, es decir, aquella que consiste en entregar bienes de la misma especie y calidad de los recibidos,¹² y como *contraprestación heterogénea* cuando se restituye un bien diferente del aceptado como prestación.¹³

Es en esta contraprestación donde reside la deferencia más importante entre bancos y sociedades de inversión. Toda vez que, los bancos asumen frente a sus clientes contraprestaciones homogéneas, pues se obligan a restituir el dinero que inicialmente se les entregó en depósito o préstamo, en tanto que las sociedades de inversión asumen contraprestaciones heterogéneas, pues no están obligadas a restituir los mismos recursos recibidos previamente del cliente, sino a reconocer al inversionista la calidad de socio que amparan las acciones adquiridas.

Esto mismo sucede con las operaciones que celebran las casas de bolsa, toda vez que éstas reciben fondos del público pero no se obligan a su restitución, sino que se encuentran obligados a entregar los valores adquiridos por cuenta del cliente, es decir, asumen contraprestaciones heterogéneas, pues reciben dinero y están obligados a entregar bienes diferentes, que son los valores adquiridos por virtud del mandato o comisión.

Hacemos diferencia a esto, pues no es solamente teórico, ya que se refleja en el patrimonio del inversionista. En el caso de operaciones bancarias, éstos reciben al término de la inversión el mismo bien entregado, es decir, la misma cantidad de dinero más las cargas financieras pactadas en su favor. En cambio, quien invierte en valores (por medio de las casas de bolsa o sociedades de inversión), adquiere estos valores y si lo vende para recuperar su dinero puede recibir más o menos de lo que invirtió, según el precio del valor si aumentó o disminuyó.

¹² *Ibidem*, p. 18.

¹³ *Idem*.

Es por esta razón, que de acuerdo al comentado artículo 267, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el depositario (Banco) se obliga a restituir en la misma especie los recursos recibidos del depositante, esto para algunos autores, significa que la banca actúa con plena responsabilidad, pues “se constituye en deudor de aquéllos que le confían los capitales”¹⁴.

Esta obligación de restitución, se rige además por algunas previsiones de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 8, primer párrafo, establece que “*Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.*”; pero tratándose de depósitos bancarios, el numeral en comento establece que se solventarán de la misma manera “*Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.*”.

Así, tratándose de obligaciones en moneda extranjera, las restituciones que los bancos están obligados a realizar por sus operaciones pasivas, deben exhibirse en moneda nacional, al menos que se trate de depósitos bancarios en que expresamente se hayan obligado a restituir precisamente en dicha moneda extranjera, pues en este supuesto deberán entregar en devolución en dicho tipo de moneda, siempre que las autoridades bancarias hayan autorizado tales operaciones y sin perjuicio de que se observen las disposiciones que pudieran existir en materia de control de cambios en vigor.

¹⁴ ALDRIGHETTI, Angelo, *Técnica bancaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, p. 8.

Esto es consecuencia de las características de las operaciones de los bancos, recogida del artículo 267, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice *“El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”*; en el sentido de que en su calidad de depositarios, aquéllos se obligan a la restitución de la suma depositada en la misma especie.

Finalmente, comentamos que mediante la operación bancaria las instituciones de crédito reciben en propiedad recursos del público, los destinan a su inversión lucrativa y se obligan a restituirlos con las cargas financieras pactadas.

No hay otro intermediario financiero que esté facultado por su régimen legal para actuar de esta manera, por lo cual podemos afirmar que en estas cualidades reside lo esencial de la Banca.

4. El concepto de operación bancaria

La operación bancaria, esto es, el servicio de banca y crédito, lo podemos definir como *“una actividad de intermediación mercantil, que consiste en recibir, a título de dueño, recursos pecuniarios directamente del público y encauzarlos a inversiones lucrativas, asumiendo la obligación de restituirlos en la misma especie, con los accesorios pactados.”*¹⁵

Así, mediante ésta se practican funciones de intermediación mercantil, recibiendo a título de dueño recursos directamente de la colectividad y encausándolos a su inversión lucrativa, con la obligación de restituirlos con los accesorios convenidos.

Nuestra legislación nacional ha regulado a las operaciones de banca y crédito de diferente manera. En una primera etapa, la ley dio lugar a un sistema de pluralidad de bancos de emisión privados, que operaban junto a instituciones financieras e hipotecarias, hasta que el Constituyente de 1917 monopolizó en el Banco Central, bajo el control del Gobierno Federal, las emisiones de billetes.

Con el transcurso del tiempo, se consolidaron otras instituciones de depósito, financieras e hipotecarias, que operaron primero como bancos especializados con departamentos de ahorro y fiduciarios, para formar posteriormente, grupos bancarios o financieros y, finalmente, dar lugar a la actual banca múltiple.

Para vigilar que las instituciones de crédito se ajustaran a las disposiciones legales, durante la Revolución Mexicana, en 1915 se creó la Comisión Nacional Reguladora e Inspectoría de Instituciones de Crédito, que es el antecedente de la Comisión Nacional Bancaria, constituida en 1925. Después, en 1970, se le confirieron iguales atribuciones en materia de seguros, por lo que cambió su denominación a Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. En 1993, se concentraron sus funciones de regulación y supervisión en las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares y vuelve a ser Comisión Nacional Bancaria y, finalmente en 1995, se transformó, junto con la Comisión Nacional de Valores, en la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.¹⁶

En 1982, se nacionalizó la banca privada y se reorganizó el sistema bajo el pleno control patrimonial y operativo del Estado, regulando también, a la operación bancaria como un servicio público prestado de manera exclusiva por sociedades nacionales de crédito. En 1990, se regresó al esquema de banca comercial o múltiple, en manos de los particulares y de banca de desarrollo, con inversión casi exclusiva del Estado, suprimiendo del texto legal su reconocimiento como servicio público no obstante que la Administración Pública conserva facultades para dirigir, regular, orientar, controlar, vigilar e inclusive intervenir en la prestación de las actividades bancarias.¹⁷

Por su parte, la legislación mexicana ha buscado recoger los rasgos fundamentales de la función de la banca. La ley bancaria vigente, Ley de Instituciones de Crédito, establece en su artículo 2º que *“Para efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a*

¹⁵ *Op. Cit.*, HERREJÓN SILVA, Hermilo, p. 21.

¹⁶ *Ibidem*, p. 22.

cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados...”; por otra parte, en el numeral 111, de la citada legislación, se sanciona rigurosa pena de prisión y con multa, a las personas que practiquen estas operaciones sin estar facultadas para hacerlo, lo cual da a estas disposiciones la calidad de tipo penal, pues al efecto, el artículo en comento establece que “Será sancionado con prisión de siete a quince años y multa de quinientas a cincuenta mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, quien realice actos en contravención a lo dispuesto por los artículos 2o. o 103 de esta Ley.”.

5. Autoridades, entidades y disposiciones protectoras de los intereses del público en el sistema bancario mexicano

A) Secretaría de Hacienda y Crédito Público

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la dependencia del Ejecutivo Federal que encabeza al sector bancario. En el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se determina el despacho de los siguientes asuntos a la mencionada Secretaría:

- Proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar, con la participación de los grupos sociales interesados, el Plan Nacional correspondiente;
- Proyectar y calcular los ingresos de la federación, del Gobierno del Distrito Federal y de las entidades paraestatales, considerando las necesidades del gasto público federal, la utilización razonable del crédito público y la sanidad financiera de la administración pública federal;
- Estudiar y formular los proyectos de leyes y disposiciones fiscales y de las leyes de ingresos de la federación y del Gobierno del Distrito Federal;

¹⁷ *Ídem.*

- Manejar la deuda pública de la federación y del Gobierno del Distrito Federal;
- Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público;
- Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito;
- Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito;
- Determinar los criterios y montos globales de los estímulos fiscales, escuchando para ello a las dependencias responsables de los sectores correspondientes y administrar su aplicación en los casos en que lo compete a otra Secretaría;
- Establecer y revisar los precios y tarifas de los bienes y servicios de la administración pública federal, o bien, las bases para fijarlos, escuchando a la Secretaría de Economía y con la participación de las dependencias que correspondan;
- Cobrar los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las leyes aplicables y vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones fiscales;
- Organizar y dirigir los servicios aduanales y de inspección;
- Representar el interés de la Federación en controversias fiscales;
- Proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la administración pública paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional;
- Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos a la consideración del Presidente de la República;

- Normar, autorizar y evaluar los programas de inversión pública de la administración pública federal;
- Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera el control y la evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los programas y presupuestos de egresos, así como presidir las instancias de coordinación que establezca el Ejecutivo Federal para dar seguimiento al gasto público y sus resultados;
- Formular la Cuenta Anual de la Hacienda Pública Federal;
- Coordinar la evaluación que permita conocer los resultados de la aplicación de los recursos públicos federales, así como concertar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal la validación de los indicadores estratégicos, en los términos de las disposiciones aplicables;
- Fijar los lineamientos que se deben seguir en la elaboración de la documentación necesaria para la formulación del Informe Presidencial e integrar dicha documentación;
- Coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, y emitir las normas para que los recursos humanos y patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados, respectivamente, con criterios de eficiencia y simplificación administrativa;
- Emitir políticas, normas, lineamientos y procedimientos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas y servicios relacionados con las mismas de la Administración Pública Federal; emitir y en su caso opinar sobre las normas relacionadas con la desincorporación de activos; administrar el sistema COMPRANET, llevar los procedimientos de conciliación en dichas materias, en términos de las disposiciones respectivas y aplicar la Ley de Firma Electrónica Avanzada;

- Vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación;
- Conducir las políticas, establecer las normas y emitir las autorizaciones y criterios correspondientes en materia de planeación y administración de recursos humanos, contratación y remuneraciones del personal, Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, estructuras orgánicas y ocupacionales, y ejercer el control presupuestario de los servicios personales, con las respectivas normas de control de gasto en ese rubro;
- Llevar y normar el registro de servidores públicos de la Administración Pública Federal, incluyendo sus declaraciones patrimoniales y su seguimiento, así como la información sobre las sanciones administrativas que, en su caso, les hayan sido impuestas, en los términos de los ordenamientos aplicables;
- Determinar los perfiles que deberán cubrir los titulares y personal de las auditorías preventivas de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como las disposiciones generales para su organización, funcionamiento y régimen disciplinario; señalar los órganos desconcentrados o entes similares que se consideren que deban contar en forma directa con unidades de auditoría preventiva, o determinar los órganos desconcentrados y entidades paraestatales que por su dimensión puedan ser auditados por la unidad de auditoría preventiva de su sector correspondiente;
- Coordinar y supervisar el sistema de control gubernamental, establecer las bases generales para la realización de auditorías internas, transversales y externas, y expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos en dichas materias en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

- Designar a los comisarios de las entidades de la Administración Pública Federal, así como normar sus atribuciones y desempeño;
- Conducir la política inmobiliaria de la Administración Pública Federal, salvo por lo que se refiere a las playas, zona federal marítimo terrestre, terrenos ganados al mar o cualquier depósito de aguas marítimas y demás zonas federales; administrar los inmuebles de propiedad federal cuando no estén asignados a alguna dependencia o entidad, así como llevar el registro público de la propiedad inmobiliaria federal y el inventario general correspondiente;
- Regular la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles de la Administración Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación; expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios, para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes, así como expedir normas técnicas, autorizar y, en su caso, proyectar, construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros, los edificios públicos y, en general, los bienes inmuebles de la Federación;
- Coordinar políticas de desarrollo de indicadores por dependencia y entidad que estimulen el desempeño y cumplimiento de resultados de los órganos y servidores públicos de la Administración Pública Federal;
- Emitir normas, lineamientos y manuales que integren disposiciones y criterios que impulsen la simplificación administrativa;
- Reivindicar los bienes propiedad de la Nación, en los términos de las disposiciones aplicables; y
- Los demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.

Asimismo, se encuentra regulada por el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la que se establecen las facultades de la unidad y

direcciones generales de: 1. Unidad de Banca y Ahorro; 2. Dirección General de Banca y Desarrollo; y, 3. Dirección General de Seguros y Valores.¹⁸

De la ley mencionada en el párrafo anterior, se desprenden disposiciones generales, pero debido a esta generalidad no revelan las facultades específicas de la dependencia del Ejecutivo Federal, en cambio, se originan en su mayoría de la Ley de Instituciones de Crédito.

Además de las facultades descritas en la normatividad reseñada, la mencionada Secretaría cuenta también con otras atribuciones, como lo es la de proporcionar la orientación de la política financiera y crediticia a todas las instituciones y organizaciones auxiliares, de conformidad con los lineamientos que sobre el particular le establezca el Titular del Ejecutivo Federal.¹⁹

B) El Banco de México

Corriendo el año de 1993, el presidente Carlos Salinas de Gortari modificó por decreto el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionándole los actuales párrafos sexto y séptimo, los que establecen la naturaleza jurídica, funciones primordiales y organización del banco central. A raíz de esta reforma constitucional, en el mismo año, se publicó la Ley del Banco de México, que desarrolla los principios y lineamientos del mencionado artículo 28.

Del artículo 28 Constitucional comentado, así como de los artículos 48 y 108 de la Ley de Instituciones de Crédito, y en los diversos 24 y 26 de la Ley del Banco de México, se desprende que:

“...el Banco de México cuenta con facultades para emitir disposiciones y de sancionar a quienes no las cumplan. Es interesante destacar que el Banco Central es la única autoridad que, en la mencionada materia, cuenta con las facultades expresas, en el plano constitucional, para regular los cambios, la intermediación y servicios financieros; además el propio texto de la Norma Suprema precisa que el mencionado Instituto Central cuenta con las atribuciones para llevar a cabo dicha

¹⁸ Cfr. Op. Cit., MENDOZA MARTELL y PRECIADO BRISEÑO, p. 23.

¹⁹ *Ibidem*, p. 25.

*regulación y proveer a su observancia, lo que puede ser válidamente interpretado en el sentido de que no sólo cuenta con facultades para hacer cumplir sus normas, sino también para emitir disposiciones de carácter reglamentario, por analogía con el artículo 89, fracc. I de la Constitución...*²⁰

C) La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

A virtud de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, se creó la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Esta dependencia asumió algunas de las funciones que le correspondían a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, funciones entre las que destacan, la relativa al trámite de los procedimientos de conciliación y arbitraje. Además, esta Comisión tiene como finalidad, que no tenía la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la de fomentar la cultura financiera entre los usuarios, brindar el servicio de defensoría para éstos que acrediten ante la Comisión no contar con los recursos suficientes para emprender su defensa legal, así como operar el Registro de Prestadores de Servicios Financieros.²¹

D) El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario

El antecedente inmediato para el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario es el Fondo Bancario de Protección al Ahorro Bancario, conocido como FOBAPROA, éste se encontraba regulado en el artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito, dicho precepto fue derogado con motivo de la entrada en vigor de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

Esta ley comprende tres aspectos fundamentales: 1. Las reglas y procedimientos para la operación del Sistema de Protección al Ahorro Bancario; 2.

²⁰ *Ibidem*, pp. 28 y 29. Citando a Ruíz Torres, Humberto E., *Derecho Bancario*, México, Oxford University Press, 2003, p. 282.

²¹ *Cfr. Ibidem*, p. 29.

Apoyos financieros que se otorguen a las instituciones de banca múltiple para la protección de los intereses del público ahorrador; y, 3. Las bases para la organización y funcionamiento de la entidad pública de estas funciones.²²

Los principales objetivos del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario son la protección de los intereses del público, que comprende las operaciones de captación celebradas por las instituciones de banca múltiple con el público ahorrador; el financiamiento de la cobertura de las cuotas ordinarias y extraordinarias que establezca la Junta de Gobierno, en función a la exposición a riesgo y nivel de capitalización de cada institución; y, la regulación de los apoyos financieros en el supuesto de que las instituciones de banca múltiple presenten problemas financieros o de captación, podrán acceder a los apoyos y programas de liquidez previstos en la Ley del Instituto.

E) Las Sociedades de Información Crediticia

Las Sociedades de Información Crediticia se encuentran organizadas por la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia que regulan a las sociedades que pueden ser consideradas como auxiliares de crédito, que tienen por objeto la prestación de servicios consistentes en *“la recopilación, manejo, y entrega o envío de información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales, así como a operaciones crediticias y otras de naturaleza análoga que éstas mantengan con entidades financieras y empresas comerciales”*²³, estas actividades solamente las podrán llevar a cabo las sociedades que obtengan la autorización que otorgue la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

F) Transparencia y ordenamiento de los servicios financieros

En este punto, se tiene por objeto regular el cobro de comisiones, cuotas interbancarias y otros aspectos relacionados con la prestación de los servicios

²² *Ibidem*, p. 35.

²³ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

financieros con el fin de propiciar la transparencia y proteger los intereses del público. La entidad regulatoria es el Banco de México, el que promoverá el desarrollo de los sistemas de pagos y está facultado para regular, mediante disposiciones de carácter general el cobro de comisiones y cuotas interbancarias que llevan a cabo las entidades financieras. Asimismo, se contemplan diversas sanciones para el caso de incumplimiento.²⁴

6. El objeto social de las agrupaciones financieras

Toda sociedad mercantil constituida con arreglo en lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene la obligación de precisar cuál es su giro que pretende desempeñar.

Al buscar una agrupación financiera constituirse bajo la forma de Sociedad Anónima, se exigirá que inserte dentro de su acta constitutiva que su objeto social será la adquisición y administración de acciones emitidas por los integrantes del grupo que pretende formar.

El numeral 3 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, establece que las entidades que formen parte del grupo financiero, es decir, de las empresas controladas por el mismo, podrán ejecutar las siguientes:

- 1. *Actuar de manera conjunta frente al público ofreciendo servicios complementarios.*
- 2. *Usar denominaciones iguales o semejantes que las identifiquen como integrantes de un mismo Grupo Financiero, o bien, conservar la denominación que tenían antes de formar parte de dicho Grupo Financiero. En todo caso deberán añadirle las palabras Grupo Financiero y la denominación del mismo.*
- 3. *Llevar a cabo operaciones que les son propias en las oficinas y sucursales de otras entidades financieras del mismo grupo.*²⁵

Ahora, conviene analizar las Reglas para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de

²⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 45 a 48.

²⁵ CARVALLO YÁÑEZ, Erick, *Nuevo derecho bancario y bursátil mexicano*, Editorial Porrúa, Novena Edición, México, 2014, p. 20.

1991, que establecen criterios para las operaciones que una entidad financiera pueda realizar en otra entidad del mismo grupo, los cuales son:

1. Notificar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores con una anticipación mínima de diez días.

2. Si las operaciones requieren de intervención de persona autorizada para tales fines, podrán celebrarse en las oficinas de otra entidad del mismo grupo, únicamente por aquellas personas que cuenten con dicha autorización.

3. Las oficinas de las entidades en las que se realicen operaciones de otras entidades están obligadas a cumplir con los requisitos que deben reunir las oficinas de las entidades que celebran tales operaciones.

4. Las operaciones que se celebren serán documentadas en papel membretado de la entidad que presta el servicio, y deberán ser registradas conforme a los criterios contables que les son aplicables, aun realizándose en una oficina que no es suya.

5. La entidad en cuyas oficinas otras entidades presten servicio, tendrá la obligación de permitir las visitas del Organismo de Inspección y Vigilancia.

6. Tratándose de operaciones con divisas y metales preciosos, sólo podrán realizarse las operaciones si la oficina de la entidad en donde se pretende otorgar el servicio cuenta con la correspondiente autorización del Banco de México.²⁶

Estas Reglas para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, establece que las acciones representativas del capital social de las Entidades Financieras y de las empresas que sean propiedad de la Controladora, además de permanecer depositadas en un instituto para el depósito de valores, no podrán ser retiradas de tales institutos ni ser otorgadas en garantía, si tales operaciones no le permiten a la Controladora que las acciones libres de gravamen de la entidad o empresa de que se trate sean de por lo menos del 51% de capital pagado de las propias entidades o empresas, ya que lo anterior significaría perder el control de las mismas.

De lo anterior, podemos determinar que el Grupo Financiero podrá otorgar en garantía acciones de entidades y empresas de su propiedad, siempre que conserve

el 51% de su participación en el capital social de la sociedad de que se trate y que al efecto cuente con la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

En resumen, y siguiendo al autor en cita Carvallo Yáñez, podemos determinar que las agrupaciones financieras pueden celebrar las siguientes operaciones:

“a) Adquirir acciones de sus Entidades Financieras Controladas (objeto social preponderante).

b) Realizar inversiones en acciones de otras sociedades del sector financiero, siempre que estas deriven de fusión o incorporación al Grupo Financiero.

c) Adquirir inmuebles para sus fincas y el correspondiente mobiliario.

d) Realizar inversiones en valores gubernamentales y de captación bancaria...

e) Adquirir títulos representativos de entidades financieras del exterior.

f) Contraer pasivos directos o contingentes y dar en garantía sus propiedades cuando se trate del convenio de responsabilidades que firma con las entidades controladas... o cuando los realice con el Instituto para la Protección del Ahorro Bancario (IPAB).

g) Emitir obligaciones.²⁷

²⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 21-22.

²⁷ *Ibidem*, pp. 23-24.

II. Créditos bancarios.

1. Elementos de los contratos bancarios

Para una mejor comprensión del contrato bancario, hemos de dividir sus elementos en subjetivos, objetivos y formales.

Pues bien, los elementos subjetivos, a su vez, los dividimos en dos incisos: a) La entidad de crédito; y, b) La clientela.

Por el inciso a), nos referimos a aquéllas entidades que son capaces de *“captar fondos reembolsables del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos, cualquiera que sea su destino.”*²⁸

En lo que respecta al segundo inciso, la clientela, podemos definirla en sentido amplio y estricto; por cliente bancario en sentido amplio, podemos entender *“aquel que ha contratado efectivamente con la entidad de crédito, como el que mantiene contactos con ella, si bien con la finalidad de realizar una operación puntual, o de informarse sobre los distintos servicios ofertados por aquella, en orden a una futura contratación”*²⁹ En tanto que, por cliente bancario en sentido estricto, entendemos *“aquel que ha contratado con la entidad de crédito (por lo general a través de la apertura de una cuenta), manteniendo una relación contractual normalmente duradera”*³⁰.

El segundo de los elementos del contrato bancario, es el objetivo, es decir, el servicio prestado por la entidad de crédito. Dicho objetivo, lo encontramos en cada supuesto en particular, esto es, en el servicio prestado concreto por la entidad de crédito al cliente.

Por el tercer elemento anotado, los elementos formales, pues bien, el contrato, junto a la normativa bancaria, no tiene, como única finalidad, la de probar la existencia del contrato, *“sino que cumple asimismo una finalidad de tutela de las partes y de corrección de las relaciones contractuales, en el ámbito de los*

²⁸ ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (Director), *Contratación y Servicio Financiero*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2000, p. 57.

²⁹ *Ibidem*, p. 58,

³⁰ *Idem*.

*denominados –buenos usos mercantiles-, cuya traducción a este ámbito de la contratación podrían ser las –buenas prácticas bancarias-”.*³¹

2. El crédito bancario

Al establecer las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito, el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que: *“Artículo 46. Las instituciones de crédito solo podrán realizar las operaciones siguientes:... VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;...”*. Esta disposición es tan amplia que dentro quedan comprendidas algunas de las diversas fracciones del mismo artículo 46.

Es menester, diferenciar a los préstamos de los créditos, una nota característica que encontramos en ambos, es la existencia de un pacto entre las partes que realizan las operaciones, para la transmisión de un valor actual del acreedor al deudor, así como la contrapartida, que se realiza con posterioridad, del deudor hacia el acreedor, que es el diferimiento de la contraprestación. Pero, al margen de esta nota característica, tenemos algunas diferencias. Primeramente, el Código de Comercio se refiere a los préstamos mercantiles y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula las diferentes clases de créditos.

El Código de Comercio, al establecer las reglas sobre el préstamo mercantil, se remite a su vez al Código Civil Federal, el que en su numeral 2384, establece *“El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.”* Esto significa que pueden ser objeto de mutuo el dinero u otros bienes fungibles, es decir, aquéllos que pueden intercambiarse unos por otros, por tener igual valor.

Por su parte, en el Código de Comercio se refiere al préstamo mercantil, y en su artículo 358 dispone que *“Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo*

³¹ *Ibidem*, p. 60.

que se contrae entre comerciantes.”, en tanto que el numeral que le sigue, se refiere a las diferentes posibilidades del objeto del préstamo, al prever normas según se trate de préstamo de dinero, de préstamos de “*títulos o valores*”, o de préstamos “*en especie*”.

Este precepto dispone que cuando se trata de préstamos de 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...*”.

Al tratarse de préstamos de títulos o valores, el artículo en comento establece que “*...pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase é idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario...*”.

Finalmente, si se trata de préstamos en especie “*...deberá el deudor devolver, á 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.*”.

En cuanto al interés del mutuo o préstamo, dispone el artículo 2393, del Código Civil Federal, que “*Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros.*”. Por su parte, el diverso 361, del Código de Comercio, dice que “*Toda prestación pactada a favor del acreedor que conste precisamente por escrito, se reputará interés.*”.

Si el deudor incurre en mora en el pago del mutuo, debe satisfacer el interés pactado y en su defecto “*o en su defecto el seis por ciento anual*”, pues así lo establece el arábigo 362, del Código mencionado en último término. Aunque, el siguiente artículo del cuerpo normativo en comento, prohíbe el anatocismo al determinar que “*Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses...*”.

Cuando el acreedor recibe el capital sin reservarse expresamente derecho a los intereses, se extingue la obligación del deudor respecto de los mismos, en atención al contenido del primer párrafo, del arábigo 364, del Código mercantil, que reza “*El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a*

los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos...”.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que este precepto no es aplicable cuando se trata de contratos de apertura de crédito, en atención al artículo 291, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues así se desprende de la tesis emitida por la entonces Tercera Sala del Máximo Tribunal del País, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 71, Cuarta Parte, Página 23, de la Séptima Época, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente: *“CRÉDITOS REFACCIONARIOS. RENUNCIA A INTERESES PACTADOS, POR ABONO AL CAPITAL. TIENE QUE SER EXPRESA. En materia de préstamos refaccionarios, el artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito remite a la Sección Primera del Capítulo IV, Título Segundo, de la misma, en la que aparece el artículo 291, en el que, entre las obligaciones que se imponen al deudor, está la de 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", o sea; que de admitirse que las instituciones de crédito puedan hacer renuncia a intereses y accesorios en los préstamos refaccionarios, conforme al sistema de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, esta renuncia, a diferencia de la establecida por el Código de Comercio para el préstamo en general tendría que ser expresa, nunca tácita, pues la expresión "en todo caso" que emplea el legislador en el precitado artículo 291, no permite suponer excepciones. En tales condiciones, el hecho de que la institución de crédito reciba del acreditado el pago del capital, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, no extinguen la obligación del acreditado de pagarlos, puesto que el artículo 291 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que es la aplicable tratándose del préstamo refaccionario, por ser la ley especial y excepcional que prevé el caso y no el artículo 364 del Código de Comercio que establece una regla general, impone al deudor la obligación de pagar "en todo caso" los intereses pactados o debidos.”.*

El artículo 364 en comento, posteriormente establece en su segundo párrafo, que *“Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán*

en primer término al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital.”.

Dicha disposición ha sido igualmente objeto de interpretación jurídica, de acuerdo a la tesis sustentada por el entonces Primer Tribunal Colegiado del Decimo Séptimo Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Enero de 1991, Página 339, de la Octava Época, que a la letra dice: *“PAGO PARCIAL. CASO EN QUE DEBE APLICARSE AL CAPITAL. Aun y cuando el artículo 364 del Código de Comercio, expresamente dispone: “... las entregas a cuenta cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital”, ello debe entenderse así, sólo cuando el monto de los intereses adeudados se encuentra líquido y determinado, pero no cuando faltan tales requisitos, pues en tal hipótesis, deben aplicarse las entregas a cuenta al pago del capital adeudado.”.*

Estas son las diferentes disposiciones que logramos encontrar en el Código de Comercio sobre el préstamo mercantil. Por su parte, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula las siguientes operaciones en su Capítulo IV del Título Segundo: la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, el crédito confirmado y los créditos de habilitación o avío refaccionarios.

La apertura de crédito, es aquella, donde de acuerdo al numeral 291, de la Ley General de Títulos y Operaciones 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.”.* A esta apertura de crédito, es lo que se conoce comúnmente como *“línea de crédito”*, expresión adoptada por nuestros medios bancarios. *“Esta operación se perfecciona jurídicamente desde que se da el*

*consentimiento de las partes para que una de ellas se obligue a poner a disposición de la otra una suma de dinero, o bien asumir la obligación pactada.*³²

Puede ser que el acreditado no llegue a disponer del dinero en la forma prevista, pero la operación ya habrá existido legalmente con la sola voluntad de las partes de asumir las obligaciones correspondientes. En lo anterior reside la diferencia entre el préstamo y la apertura de crédito, *“en el préstamo o mutuo hay transferencia de la propiedad del dinero o bienes prestados, en tanto que en la apertura de crédito puede ser que no llegue a darse la transferencia a pesar de lo cual el contrato tiene existencia legal con la sola obligación asumida por el acreditante de poner el crédito a disposición del acreditado.”*³³

Esta apertura de crédito puede tener por objeto una suma de dinero que el acreditante ponga a disposición del acreditado, o una obligación que el primero asuma por el segundo, en este segundo supuesto, lo que el acreditante pone a disposición del acreditado es su capacidad de contraer obligaciones frente a terceros.

Puede versar sobre el otorgamiento de una aceptación, o de un aval, o de cualquier otra garantía. En el caso de apertura de crédito en dinero, el acreditado debe restituir la suma de que disponga.

Por su forma de disposición, la apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente. *“Es apertura de crédito simple aquella en la que el acreditado dispone del crédito sin que tenga facultad de hacer reembolsos para restituir la cuantía del crédito”*,³⁴ en cambio, es en cuenta corriente, si el acreditado tiene derecho *“a hacer remesas antes de la fecha fijada para la restitución de las disposiciones, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer del saldo que reconstituya con sus reembolsos”*³⁵

Bien, para documentar las disposiciones del crédito por parte del acreditado, es frecuente que éste suscriba títulos de crédito en favor del acreditante. Al respecto, es aplicable el artículo 299 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su primer párrafo, menciona que *“El otorgamiento o transmisión de un título*

³² *Op. Cit.*, HERMILO HERREJÓN, Silva, p. 53.

³³ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Editorial Herrero, México, 1976, p. 246.

³⁴ *Op. Cit.*, HERMILO HERREJÓN, Silva, p. 54.

³⁵ *Idem.*

de crédito o de cualquier otro documento por el acreditado al acreditante, como reconocimiento del adeudo que a cargo de aquél resulte en virtud de las disposiciones que haga del crédito concedido, no facultan al acreditante para descontar o ceder el crédito así documentado, antes de su vencimiento, sino hasta cuando el acreditado lo autorice a ello expresamente...”.

En cuanto al monto y al plazo del crédito, el artículo 294, primer párrafo, de la legislación en comento, dispone que *“Aun cuando en el contrato se hayan fijado el importe del crédito y el plazo en que tiene derecho a hacer uso de él el acreditado, pueden las partes convenir en que cualquiera o una sola de ellas estará facultada para restringir el uno o el otro, o ambos a la vez, o para denunciar el contrato a partir de una fecha determinada o en cualquier tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en la forma prevista en el contrato, o a falta de ésta, por ante notario o corredor, y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia...”*; asimismo, continua en su segundo párrafo, estableciendo que *“Cuando no se estipule término, se entenderá que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, notificándolo así a la otra como queda dicho respecto del aviso a que se refiere el párrafo anterior...”*.

Por otra parte, el numeral 300 del ordenamiento en cita, dispone que *“Cuando las partes no fijen plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción de este último...”*

De acuerdo al artículo 301 de la multicitada ley, la apertura de crédito se extingue, cesando, en consecuencia, el derecho del acreditado a hacer uso de él en lo futuro

- I.- Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente;*
- II.- Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato, conforme al artículo 294, cuando no se hubiere fijado plazo;*
- III.- Por la denuncia que del contrato se haga en los términos del citado artículo;*
- IV.- Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o substituya debidamente la garantía en el término convenido al efecto;*

V.- *Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de 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 crédito.”*

Ahora bien, en cuanto a las garantías de los créditos, el artículo 298, de la legislación anotada, señala que *“La apertura de crédito simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.”*

Esto es, los Bancos *“pueden hacer la operación activa de crédito sin más seguridad que la garantía que ofrecen todos los deudores con su patrimonio. Pero lo más frecuente es que el banco busque para su crédito una ‘cobertura’, es decir, una garantía específica que lo sitúe en posición de privilegio frente a los demás acreedores de su deudor. Esto se consigue recurriendo a procedimientos variadísimos, que van desde la hipoteca a la transmisión fiduciaria, pasando por todas las formas imaginables de la garantía mobiliaria.”*³⁶

Esto es, en los créditos con garantía personal tenemos obligaciones a cargo del acreditado, y posiblemente, de avalistas o deudores solidarios. Estos obligados responden con todo su patrimonio, pero dicho patrimonio responde también de los otros adeudos de su titular, por lo que puede ser que los acreedores, en el supuesto que sean varios, tengan necesidad de participar en procedimientos de concurso para definir en qué medida pueden recuperar sus créditos.

3. Los créditos de descuento

La fracción VI, del artículo 46, de la Ley de Instituciones de Crédito, establece que las instituciones de crédito están facultadas para *“Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos.”* Estas son operaciones que pueden formalizarse como

³⁶ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1984, p. 166.

contratos de apertura de crédito, ésta *“es sin duda la operación más importante, dentro de las operaciones activas de crédito bancario”*.³⁷

En estos contratos de apertura de crédito, el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero a cambio de un título de crédito de vencimiento ulterior. Es la adquisición al contado de un crédito a plazo, en donde la obligación de restitución se satisface al transmitir el acreditado el título de vencimiento ulterior, en el que *“el endoso constituye el instrumento jurídico del descuento siendo la pieza esencial de la operación.”*³⁸

Así pues, si una empresa recibe títulos de crédito que documentan las ventas de sus productos o servicios, pueden celebrar con una institución de crédito un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente para descuento de dichos títulos, los cuales les endosará al banco acreditante la propiedad, recibiendo una parte del valor nominal, una vez deducida la tasa de descuento y las comisiones o gastos pactados.

Es frecuente que los Bancos mismos sean descontatarios de su propia cartera, porque, por su parte, también las instituciones de crédito reciben de sus acreditados títulos de crédito que éstos suscriben a su favor y esos títulos pueden los bancos descontarlos para recibir su importe antes del vencimiento de los documentos, mediante su endoso a otros Bancos, que tienen a su vez, la calidad de descontadores de los títulos de las instituciones de crédito.

Al respecto, el artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que las instituciones de crédito *“podrán ceder o descontar su cartera crediticia con cualquier persona.”*, y en el segundo párrafo, del mencionado numeral, se establece que *“Tratándose de cesiones o descuentos de cartera crediticia que se celebren con el Banco de México, otras instituciones de crédito, fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico o fideicomisos que tengan por objeto emitir valores, se llevarán a cabo sin restricción alguna...”*.

³⁷ BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias*, Editorial Porrúa, México, 1974, p. 239.

³⁸ *Op. Cit.*, GARRIGUES, Joaquín, p. 175.

III. El contrato como origen de la obligación.

1. Los contratos como fuentes de obligaciones

En este apartado, trataremos de ver a los contratos como fuente de las obligaciones, pero antes de abordar el estudio de los temas contractuales, es necesario indagar en lo relativo a las obligaciones jurídicas obligatorias.

Pues bien, la corriente doctrinal iniciada en países europeos, específicamente en Alemania, y seguida por Italia y España, precisa que la obligación *“debe entenderse como un ente o todo orgánico que contiene o engloba a sus elementos constitutivos, de tal forma que las partes, junto con el objeto de la obligación, conforman un sistema debidamente organizado para la consecución de un fin económico, y tanto la parte acreedora como la deudora son titulares de derechos y deberes que se determinan por la situación o posición en que se encuentran en la relación jurídica.”*³⁹

De esta manera, la obligación se centra en dos posiciones en donde se encuentran vinculadas las partes, una activa y una pasiva, pero dichas posiciones no se encuentran aisladas o es independiente una de otra, sino que existe una relación total, global y orgánica, dirigida a la realización de los intereses y fines que impulsaron en un inicio a las partes a obligarse, y por tanto, se les considera merecedores de una tutela jurídica.

En este campo de las obligaciones, encontramos tres características específicas que las diferencian de otras relaciones jurídicas, a saber: patrimonialidad, complejidad y carácter total.

Por la primera característica de la relación jurídica obligatoria, patrimonialidad, nos referimos *“a la diferencia más significativa de las relación jurídica y lo que principalmente la distingue de otras relaciones jurídicas.”*⁴⁰ Esta patrimonialidad deriva del hecho de que la obligación es el cauce idóneo para satisfacer los intereses económicos de las personas.

³⁹ ROBLES FARIAS, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Oxford, México, 2014, p. 11.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 15.

Aun cuando puede existir alguna prestación en la que un deudor esté ligado al acreedor, con carácter afectivo, moral, intelectual o espiritual, es requisito indispensable que en las obligaciones formen para una relación jurídica con un claro contenido patrimonial, es decir, que pertenezca al mundo económico.

Por lo que ve a la segunda característica anotada, la complejidad de las relaciones jurídicas obligatorias, explicamos que tradicionalmente se ha estudiado a la obligación como una figura con una relación simple; sin embargo, la parte deudora no tiene únicamente deberes, sino que también goza de facultades, y en contra parte, el acreedor no solamente goza de derechos, pues también tiene cargas jurídicas que cumplir.

Finalmente, en el concerniente a la relación jurídica obligatoria como una relación total, conviene decir que de una manera simple, se ha distinguido a las obligaciones como una relación jurídica obligatoria unilateral, lo que consideramos incorrecto, toda vez que la mayoría de las obligaciones son creadas por contratos, y éstos son sinalagmáticos, es decir, bilaterales.⁴¹ Estos tipos de contratos sinalagmáticos, tienen un régimen legal especial, que tienen su cimiento en la reciprocidad de las prestaciones principales.

Con esta sucinta visión, consideramos a la relación jurídica obligatoria como *“la relación jurídica patrimonial que vincula dos partes: acreedora y deudora, en virtud de la cual la primera tiene derecho a obtener mediante la cooperación de la segunda determinados bienes, los cuales en su caso puede exigir coactivamente.”*⁴²

Dentro de la definición apuntada, encontramos distintos elementos:

El primero de ellos es la *relación jurídica patrimonial*, en el que como ya se explicó, la palabra patrimonial distingue a las relaciones jurídicas que nacen del derecho de las obligaciones, de las diversas relaciones jurídicas no patrimoniales, como pueden ser los derechos políticos, de la personalidad, a la familia, etcétera.

Seguimos con las *partes*, en el que se rompe con el concepto escueto y unilateral de las obligaciones y se señala de manera expresa el carácter bilateral de

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 21.

⁴² *Ibidem*, p. 23.

toda obligación, en donde los términos acreedor y deudor, así como derecho y deber, son correlativos, y no se identifican uno con otro de manera aislada.

Así también, tenemos la *cooperación*, que diferencia a las obligaciones de los derechos reales, toda vez que el deudor, no se encuentra en un plano de subordinación respecto al acreedor, sino que por el contrario, se busca el logro de los fines propuestos, en base al esfuerzo desplegado por ambas partes.

Finalmente, encontramos a los *bienes como objeto de la relación*, en donde el objeto lo constituyen determinados bienes que el acreedor puede obtener con la cooperación del deudor.

Bien, como adelantamos, en este apartado trataremos específicamente a los contratos como fuente de las obligaciones.

En el seno de los actos jurídicos como fuente de las obligaciones, entre otras, encontramos a los contratos. El contrato, es una especie de convenio, que de acuerdo al artículo 1792 del Código Civil Federal, se define como “*el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*”; ahora, “*los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos*”, enmarca el numeral continuo.

El contrato, al igual que todo convenio, es un acto jurídico, una manifestación exterior de la voluntad con la finalidad de producir efectos de derecho sancionados por la ley; por lo que es un acto bilateral, su integración y existencia dependen forzosamente de la unión de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho es conocido como consentimiento.

Si este acto jurídico se constituyera con una sola manifestación volitiva, sería conocido como acto jurídico unilateral, y tenemos por ejemplo al testamento o a la promesa de recompensa.

Existe una clasificación para los contratos, entre la que encontramos a los contratos civiles, mercantiles, laborales y administrativos.

Los primeros enunciados, los contratos civiles, se concretan entre particulares, o entre particulares y el Estado, cuando éste interviene en un plano de igualdad.

Los contratos mercantiles también son de naturaleza privada, y su propósito y contenido se caracteriza como un acto de comercio, de acuerdo a la agrupación

doctrinaria de identificación del acto de comercio: por lo sujetos; por el objeto; y, por la finalidad.⁴³

Es importante señalar que no porque las partes establezcan en sus contratos que se trata de un contrato mercantil o civil, éste adquiere dicha naturaleza; al respecto, véase la tesis sustentada por el entonces Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXX, Página 2155, de la Quinta Época, que dice: *“CONTRATOS, NATURALEZA DE LOS. Aun cuando en una de las cláusulas de los contratos celebrados se establece que dichos contratos son mercantiles y quedan sujetos a la eficacia jurídica del artículo 2606 del Código Civil aplicado supletoriamente, debe decirse que la naturaleza de los contratos no es la que las partes le señalan, sino la que se desprende de sus elementos esenciales, y de que se haya dicho en los aludidos contratos que eran de naturaleza mercantil no puede desprenderse que, forzosamente, tengan ese carácter.”*.

En tanto a los últimos contratos mencionados, laborales y administrativos, éstos corresponden al derecho público, y por tanto, la diferencia fundamental radica en que sus disposiciones son regidas por leyes de orden público, mismas que son irrenunciables y que fijan su contenido. En tanto que en los contratos civiles, este contenido deriva del acuerdo de las partes, con autonomía para crear normas contractuales dentro de ciertos límites legales, es decir, *“existe la autorregulación de las relaciones privadas –que dentro del marco legal tienen libertad para establecer las bases de sus obligaciones- y la heterorregulación de las relaciones públicas, regidas por leyes imperativas de orden público”*.⁴⁴

Los contratos administrativos se diferencian de los civiles, porque en los primeros referidos, el Estado interviene en su función de persona de derecho público, soberana, en situación de supra subordinación respecto de un particular, con la finalidad de satisfacer necesidades de interés público, como puede ser, efectuar una obra pública o prestar un servicio público.

⁴³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, Editorial Oxford, Sexta Edición, México, 2014, p.30.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 32.

Mientras en el derecho civil de los contratos, encontramos una libertad contractual extensa, es decir, un poder (aunque limitado) para regirse a sí mismos; el orden público marca restricciones importantes a la acción individual e impone la necesidad de ser regulado por otro en los vínculos de derecho público.

Y, por su parte, el contrato laboral será aquél que rija una relación de trabajo caracterizada por el servicio prestado bajo la dirección de otro a cambio de una contraprestación denominada salario.

Mencionados estos tipos de contratos, diferenciamos además a los contratos preparatorios de los definitivos.

Esto es, el contrato preliminar o precontrato, *“tiene por objeto la celebración de un contrato futuro: las partes que lo conciertan se comprometen en él a celebrar otro contrato, que será el definitivo, dentro de cierto plazo.”*⁴⁵ El contenido de estos contratos, consiste en obligaciones de hacer, pues el efecto del mismo no se genera otra obligación que no sea formalizar el acto definitivo.

También encontramos la clasificación de contratos bilaterales y unilaterales. Los contratos bilaterales o sinalagmáticos, son aquéllos que generan recíprocamente obligaciones para ambos contratantes, es decir, todas las partes quedan obligadas a conceder alguna prestación.

En tanto que en los contratos unilaterales, solo se genera obligación a cargo de una de las partes, y la otra no asume compromiso alguno; aquí podemos citar a manera de ejemplo el contrato de donación, en el que el donante se obliga a entregar la cosa y el donatario no queda obligado.

Entre las prestaciones que crea el contrato bilateral a cargo de ambas partes, existe un enlace interior, conocido como reciprocidad, que es la que justifica la prestación por la existencia de la otra, esta relación explica los efectos peculiares que produce esta especie de actos jurídicos.

Es pertinente aclarar, que no es lo mismo acto jurídico unilateral que un contrato unilateral, pues el primero ha sido integrado por una sola voluntad, como ejemplo tenemos el testamento; en cambio, el contrato unilateral, se forma

⁴⁵ *Ibidem*, p. 33.

forzosamente por dos voluntades cuando menos y, por tanto, como acto jurídico siempre será bilateral.

Esto es, el acto jurídico unilateral es aquel que se encuentra integrado con una sola voluntad, y el contrato unilateral, como mencionamos, es un acto jurídico constituido con dos voluntades que solamente genera obligaciones a cargo de una de las partes.

Por otra parte, el arábigo 1837, de la legislación civil federal, señala que es un contrato oneroso, aquel *“en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que él provecho es solamente de una de las partes”*.

En el contrato oneroso, hay un sacrificio recíproco y equivalente, en tanto que en el contrato gratuito, el sacrificio solo es de una de las partes, pues la otra no tiene gravamen alguno, sino solo beneficios. Por esto, no nos referimos que carezca de toda obligación, ya que puede tenerla, sino que para esta parte no representa un sacrificio o gravamen.

Aun cuando los contratos gratuitos y onerosos, se asemejan a los unilaterales y bilaterales, tienen criterios distintivos diferentes.

La distinción entre el contrato gratuito y el oneroso, es la intención de las partes contratantes. En el contrato gratuito hay un ánimo altruista; e, inversamente, el contrato oneroso está presidido por un ánimo egoísta en el que ambas partes contratantes celebran el acto con el propósito de obtener de la otra una contraprestación de valor equivalente a la que dan.⁴⁶

Tenemos además, los contratos aleatorios y conmutativos, esta clasificación constituye una subdivisión de los contratos onerosos explicados ya. El contrato es aleatorio, cuando las prestaciones que las partes se conceden, o la prestación de una de ellas, depende su existencia o monto, del azar o de sucesos imprevisibles, por lo que es imposible determinar el resultado económico del acto en el momento de la celebración del contrato. Es decir, las partes no conocen en ese momento si les producirá ganancias o pérdidas en su patrimonio.

Los contratos conmutativos, son aquellos que su resultado económico normal se conoce desde el momento en que el acto se celebra, y las partes aprecian de

inmediato, si se les producirá una ganancia o pérdida. Esta clase de contrato es definida por el artículo 1838 del Código Civil Federal, que a la letra dice: *“El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.”*

Asimismo, encontramos los contratos consensuales, reales, formales y solemnes. Los primeros, son los que la ley no exige ninguna forma especial, se perfeccionan en el momento que se exterioriza de cualquier manera la voluntad de celebrarlos. Los contratos reales, no solo se constituyen con la declaración de la voluntad, sino que es necesaria la entrega de una cosa, de ahí que se les denomine actos reales. En tanto los formales, la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de manera exigida por la ley, de lo contrario, el acto puede ser anulado. Los contratos solemnes, necesitan de ciertos ritos establecidos por la ley, la manera de exteriorizar la voluntad es requisito constitutivo del acto.

Existen los contratos principales, que tienen su razón de ser en sí mismos, surgen de forma independiente y no es anexo de otro contrato, es decir, no requiere de la existencia de otro contrato para subsistir. Los contratos accesorios, en contrasentido, no tienen existencia independiente, sino que se explican referidos a otro contrato del cual es anexo o apéndice, es decir, solo se justifican como parte complementaria de otro contrato.

Los contratos instantáneos, se forman y se agotan en un mismo acto, su creación y extinción son una sola cosa. Los de tracto sucesivo, son aquellos que se cumplen a través del tiempo, como por ejemplo, el contrato de arrendamiento.

Finalmente, ubicamos a los contratos nominados e innominados. Los nominados son aquellos que se encuentran instituidos en las leyes, son reglamentados por los códigos civiles o por alguna otra legislación, sus consecuencias se encuentran fijadas en tales normas regulatorias. En tanto que los

⁴⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 37-38.

contratos innominados, no se encuentran instituidos en las normas, son aquellos que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares.

2. Elementos esenciales y requisitos de validez de los contratos

A los elementos esenciales de los contratos, los encontramos en el numeral 1794 del Código Civil Federal, que estipula que para la existencia del contrato se requiere: *“I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato”*.

Por lo que ve a la validez de los contratos, se encuentran previstos en el artículo que le sigue, en el que se menciona que el contrato puede ser invalidado: *“I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”*.

Pasamos a explicarlos a continuación:

En el marco jurídico, la palabra consentimiento, tiene dos acepciones: acuerdo de voluntades y asentimiento.

La primera acepción designa *“la manifestación de dos o más voluntades que se unen para la realización de un mismo fin..., el fin perseguido es la celebración del contrato y la consecución de sus efectos jurídicos.”*,⁴⁷ por la segunda de las acepciones mencionadas, asentimiento, significa aceptar o asentir, es decir, que el acuerdo de voluntades “se forma cuando una persona realiza una oferta y otra la acepta.”⁴⁸

La manifestación del consentimiento debe ser expresa o tácita. La manifestación expresa cuando, de acuerdo al artículo 1803 de la legislación civil en cita, *“se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos...”*.

Entendemos entonces, que el consentimiento es expresado de manera verbal, cuando las partes exteriorizan su voluntad oralmente, mediante el uso del lenguaje hablado.

⁴⁷ RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mishel, *Compendio de derecho de obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 64.

La manifestación escrita sucede cuando las partes plasman su voluntad en un documento, utilizando los caracteres del lenguaje y sus firmas o huellas digitales.

La manifestación por signos inequívocos ocurre, en cambio, cuando se utilizan sonidos, gestos o ademanes que solo pueden interpretarse en un sentido, el ejemplo más común en este supuesto, es el movimiento de la cabeza de arriba abajo para exteriorizar la aceptación, y de derecha a izquierda para externar una negación.

No es necesario que ambas partes exterioricen su voluntad de la misma manera; es decir, podrá haber consentimiento expreso si una parte exterioriza su voluntad verbalmente y la otra responde por escrito o por signos inequívocos, por citar un ejemplo.

Como se mencionó, el mencionado artículo 1803, expresaba dos formas de manifestación, la expresa y la tácita, por lo que ve a ésta segunda, menciona que *“resultará de hechos o de 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.”*

Esto es, el consentimiento se manifiesta de manera tácita cuando se ejecutan hechos o actos que lo presuponen o que autorizan a presumirlo. Tanto los hechos, como los actos, pueden constituir manifestaciones tácitas de la voluntad.

El segundo de los elementos esenciales del contrato comentado, es el objeto de éste. Todo contrato tiene un objeto directo y otro indirecto.

El objeto directo del contrato es la función productora de consecuencias jurídicas, esto es, “producir consecuencias de Derecho, sin que se limiten a crear y transferir derechos y obligaciones”⁴⁹

Por cuanto al objeto del contrato indirecto, éste “es igual al objeto indirecto de la obligación, es decir, al objeto-bien, al objeto-hecho y objeto-abstención.”⁵⁰, de acuerdo a lo estipulado por el arábigo 1824 del Código Civil Federal, que reza que son objeto de los contratos *“I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”* Como requisitos de este tipo de objeto del contrato, el objeto-bien, debe cumplir con los requisitos del diverso 1825 que

⁴⁸ *Ídem.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 76.

enmarcan que *“La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.”*, asimismo, con el artículo 1827, que dice *“El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible; II. Lícito.”*

Estos son los elementos esenciales de los contratos: el consentimiento y el objeto.

Pasamos ahora a los requisitos de validez, en los que encontramos la capacidad de ejercicio; la ausencia de vicios del consentimiento; la licitud en el objeto, motivo o fin; y, la forma.

La capacidad se divide en dos: de goce y de ejercicio. La capacidad de goce *“es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones.”*⁵¹ Por regla general, todos gozamos de esta capacidad de goce de ser titulares de todo tipo de derechos y de obligaciones, y las excepciones a esta regla indicada, deben fundarse en criterios razonables y no discriminatorios, de acuerdo al principio de igualdad jurídica previsto en el artículo 1 de nuestra Carta Magna.

La capacidad de ejercicio, *“es la aptitud de una persona para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por derecho propio.”*⁵² Las limitaciones a esta capacidad de ejercicio pueden ser generales o especiales: las primeras impiden cualquier tipo de participación personal en el mundo jurídico, mientras que las segundas, solo restringen algún tipo de participación.

Las limitaciones generales a la capacidad de ejercicio son dos, y las encontramos en el numeral 450 del Código Civil Federal, que establece que tienen incapacidad natural y 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 afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”*

⁵⁰ *Ibidem*, p. 77.

⁵¹ *Ibidem*, p. 81.

Y las limitaciones especiales a la capacidad de ejercicio las encontramos en los artículos 643 y 2966, del ordenamiento legal en cita. El primero aludido establece que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: *“I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces. II. De un tutor para negocios judiciales.”*, mientras que el segundo en orden, en su primer párrafo, expone que *“La declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes, así como para cualquiera otra administración que por la ley le corresponda, y hace que se venza el plazo de todas sus deudas.”*.

El siguiente requisito de validez a analizar es la ausencia de vicios del consentimiento, en este requisito encontramos al error, el dolo, la mala fe y la violencia.

Entendemos por error la falta de adecuación entre el pensamiento y la realidad. Existe una clasificación que atiende a las consecuencias del error sobre la eficacia del contrato, entre los que distinguimos el error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

El error obstáculo es una falta de adecuación absoluta entre el pensamiento y la realidad que impide la formación del consentimiento. En este supuesto podemos encontrar error en la naturaleza del negocio, en la identidad del objeto o en la identidad de la persona.

El error nulidad es aquel regulado por el artículo 1813 del multicitado Código Civil, que fija que *“El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”*. Este artículo dispone que tanto el error de hecho como el de Derecho puede anular el contrato, siempre que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad.

Por último en este requisito de validez, encontramos al error indiferente, que lo es la falta de adecuación entre el pensamiento y la realidad que no repercute en la

⁵² *Ibidem*, p. 82.

eficacia del contrato. Encontramos en este tipo de error: *“El error en la identidad o en las cualidades de la persona en contratos que no son intuitu personae. Error en las cualidades de la persona que no recae en el motivo determinante de la voluntad en contratos intuitu personae. Error en las cualidades del objeto que no recae en el motivo determinante de la voluntad. Error en los móviles que no recae en el motivo determinante de la voluntad. Error de Derecho que no recae en el motivo determinante de la voluntad. Error de nomenclatura. Error de cálculo.”*⁵³

Ahora bien, el segundo requisito de validez a tratar es el dolo, que prohíbe el artículo 1812 del citado código civil Federal, que establece que el consentimiento no es válido si ha sido *“sorprendido por dolo.”* Y es definido por este propio ordenamiento en su numeral 1815, que señala que *“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;...”*

Esta misma legislación, en sus artículos 1822 y 1823, declara ilícita la renuncia al derecho a demandar la nulidad derivada del dolo, pues se dice en el primero de ellos *“No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo...”* y, continúa en el diverso 1823 si *“...siendo conocido el dolo, el que... padeció engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios.”*

El tercer requisito de validez en estudio es la mala fe, el artículo 1815 arriba mencionado, define además a ésta, señalando que es *“...la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”*

Por su parte, el otrora artículo 1816 establece que *“El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.”*, aquí explicamos que el contrato puede ser anulado si una de las partes padece un error en el motivo determinante de su voluntad, con independencia de quién lo disimule; por tanto, aunque sea un tercero y no una de las partes quien obre de mala fe, el afectado podrá demandar la nulidad del negocio si sufre del mencionado error.

Por último, encontramos a la violencia como requisito de validez, en este supuesto el consentimiento resulta viciado porque *“una persona ha ejercido presión*

⁵³ *Ibidem*, p. 92.

sobre la voluntad de otra, la ha forzado a contratar, amenazándola con un mal considerable.⁵⁴

De este requisito de validez encontramos su definición legal en el artículo 1819 del cuerpo normativo comentado, que reza que *“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”* En este requisito de validez, podemos encontrar los casos de violencia física y moral, la violencia absoluta y relativa, así como el miedo.

3. Contrato de compraventa tradicional

El contrato de compraventa es un contrato *“por medio del cual uno de los contratantes, llamado vendedor, se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro contratante, llamado comprador, a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero”*⁵⁵

El artículo 2248 del Código Civil Federal, enmarca que *“Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.”*

Este tipo de contrato es traslativo de dominio, pues la celebración de este contrato produce dos efectos: la transmisión del dominio del bien o la transmisión de la titularidad del derecho objeto del mismo, y la creación de obligaciones de las partes.

El contrato siempre será oneroso y, de manera general, la contraprestación del comprador siempre deberá ser en dinero, aunque en nuestro derecho mexicano se permite que dentro de la prestación se comprendan otros bienes, siempre que su valor sea inferior al cincuenta por ciento del valor de la cosa vendida y que la

⁵⁴ GAUDEMET, Eugène, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 2000, p. 80.

⁵⁵ MEJÁN, Luis Manuel C., *Contratos civiles*, Editorial Oxford, México, 2004, p. 17.

diferencia, ya sea el cincuenta por ciento o más, sea en dinero, según lo establecido por el numeral 2250 de la legislación civil federal.

Este tipo de contrato es un contrato *“principal, porque no requiere para su existencia y validez de una obligación o de un contrato válidos, previamente existentes... es bilateral, porque engendra obligaciones y derechos para ambas partes... es oneroso, porque produce provechos y gravámenes tanto para el vendedor, como para el comprador... generalmente conmutativo, porque las prestaciones de las partes son ciertas y conocidas desde el momento de la celebración del contrato... ocasionalmente aleatorio... formal, cuando el objeto indirecto es un bien inmueble y consensual, cuando es mueble... generalmente instantáneo, porque las obligaciones de las partes pueden ejecutarse y cumplirse en un solo acto y por excepción de tracto sucesivo... y nominado, por la regulación amplia que la ley le da.”*⁵⁶

Para que exista consentimiento como elemento del contrato de compraventa, no es suficiente que dos personas se pongan de acuerdo o convengan sobre precio y cosa, sino que se requiere que ese acuerdo sea para transmitir entre ellas la propiedad de la cosa y su entrega a cambio del pago, como contraprestación, de un precio cierto y en dinero.

El objeto directo del contrato de compraventa es la conducta de los contratantes, manifiesta como una prestación de hacer, consistente en entregar un bien o documentar la titularidad de un derecho y en pagar un precio cierto y en dinero.

En los contratos de compraventa de bienes muebles la ley no exige una manera especial para que se exteriorice el consentimiento y por tanto la forma para el contrato es libre y no impuesta. Los contratos de compraventa respecto de bienes inmuebles, en cambio son formales, en virtud de que la ley siempre exige una formalidad determinada e impuesta para su validez, según se desprende del artículo 2316 del código civil en comento, que a la letra dice *“El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble.”*

En el contrato de compraventa, la capacidad del vendedor es diferente a la capacidad del comprador. El vendedor requiere una capacidad especial que es una capacidad específica de tipo personal relacionada con el bien o cosa, objeto del contrato, consistente en ser propietario del bien. El comprador, por el contrario, no requiere sino de una capacidad general por ser a él a quien le transmitirá la propiedad del bien, y solo requerirá también de una capacidad especial si además de pagar como contraprestación dinero en efectivo, involucra otros bienes, pues respecto de ellos necesitará ser propietario.

Por su parte, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato, siguen en relación a este contrato, las normas generales estudiadas anteriormente, y no tienen aplicación especial en la compraventa.

La celebración y perfeccionamiento de un contrato de compraventa origina diversas consecuencias. La primera, *“relacionada con el objeto del contrato, consistente en transmitir la propiedad del bien del vendedor al comprador.”*⁵⁷ en tanto que la segunda, respecto de las partes *“consistentes en generar obligaciones y crear derechos, tanto aquellos que son correlativos de las obligaciones producidas, como los de carácter específico.”*⁵⁸

Por las obligaciones del vendedor, establecidas en el Código Civil Federal, encontramos la de conservar la cosa mientras se entrega; entregar la cosa (artículos 2283 a 2292); garantizar las cualidades de la cosa (artículo 2283, fracción II); responder por saneamiento en caso de evicción (artículo 2120); responder de los daños y perjuicios que sufra el comprador, como consecuencias de perturbaciones que por vías de hecho o por actos jurídicos suyos sufra el comprador (artículo 1910); pagar impuestos; y, pagar, salvo pacto en contrario, la mitad de los gastos de escritura y registro (artículo 2263).

Por lo que ve a las obligaciones del comprador, igualmente establecidas en la legislación civil en comento, tenemos la de pagar el precio (artículo 2248); y, pagar intereses (artículos 2255 y 2296).

⁵⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, 1998, México, p. 90.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 100.

En tanto a los derechos del vendedor, encontradas en el código aludido, podemos enumerar de manera correlativa, todas las obligaciones del comprador; en caso de que el comprador haya sido declarado en estado de concurso, el vendedor tiene derecho a que se le pague en forma preferente el precio o su saldo, de los bienes vendidos y no pagados; tiene derecho a retener (artículos 2286 y 2287); y, en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, de demandar la ejecución forzosa o la resolución del contrato con el pago de daños y perjuicios en ambos casos.

Por último, los derechos del comprador, igualmente en establecidas en el Código Civil Federal, son en forma correlativa todas las obligaciones del vendedor; tiene derecho a suspender el pago si aun no lo ha hecho, cuando en el contrato se ha señalado plazo para el pago, si fuere perturbado en su posesión o derecho o tuviere justo temor de serlo, mientras el vendedor no le asegure la posesión o le dé fianza, salvo convenio en contrario (artículo 2299); y, tiene derecho en caso de incumplimiento de las obligaciones del vendedor, de demandar la ejecución forzosa o la resolución del contrato con el pago de los daños y perjuicios que correspondan, en ambos casos (artículo 1949).

4. La celebración de contratos por medios electrónicos

Las nuevas vías de comunicación, como lo es el internet, nos proporcionan un extenso ámbito de desarrollo a los negocios jurídicos, en ofertas comerciales masivas, contratos civiles y mercantiles formales, ofrecen oportunidad de participar a cualquier persona que acceda a su uso.

Los códigos legales del siglo XX de las distintas naciones, no reportaban existencia de la comunicación electrónica y el desarrollo de internet, por lo que en el curso de los últimos lustros, se reclamó la atención sobre este fenómeno y la necesidad de procesar su regulación normativa.

Estos contratos masivos operados en la red electrónica sin restricciones de nacionalidad, lenguaje y localización geográfica, promovieron la intervención de

⁵⁸ *Idem.*

organismos internacionales para buscar uniformidad en los criterios atinentes a su regulación jurídica. La Organización de las Naciones Unidas, así como la Unión Europea, emitieron propuestas de acuerdos para organizar congruentemente su aprovechamiento general.

En 1996, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la llamada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, y posteriormente, en 2001, la diversa Ley Modelo sobre la Firma Electrónica, que fueron los marcos jurídicos (modelos) que operaron como piedra angular en el desarrollo jurídico de la materia en numerosos países, México entre estas naciones impulsó la promulgación de normas para legalizar la práctica de los contratos y diversos negocios jurídicos efectuados a través de la novedosa herramienta electrónica.

Esta clase de contratos electrónicos tienen ciertas peculiaridades, entre estas encontramos que:

- Su asiento no está en el espacio físico visible, audible, sino en el virtual.
- No se expresa en sonidos ni en papel. Se manifiesta en datos electrónicos.
- No se guarda en anaqueles, infolios o expedientes, queda registrado en un sistema electrónico.
- La identidad de los participantes, así como la autenticidad y fidelidad del acto, no se acredita con una firma autógrafa, sino con la llamada firma electrónica.
- El lugar de su realización no admite ubicación geográfica, ya que se localiza por disposición legal.
- La ley determina tanto el régimen normativo aplicable al contrato, como la competencia jurisdiccional de los tribunales que van a ejecutarlo.⁵⁹

Por lo que ve a nuestro país México, el tráfico mercantil encontró la eficacia y celeridad de la nueva tecnología en un medio que fortaleció su operación. Estos contratos electrónicos, así como el envío de información por fax, potenciaron el

⁵⁹ *Cfr., Op. Cit.* BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, p. 77.

nacimiento de ofertas de bienes y servicios, así como la celebración masiva de actos de comercio que apremiaron a procesar su reglamentación.

En el Código de Comercio, se incorporó un título especial denominado “*Del Comercio Electrónico*”, desarrollado de los artículos 89 al 114 (del 115 al 153 han sido derogados), y en la Ley de Protección al Consumidor se adicionó el artículo 76 bis.

La reforma del Código de Comercio, operada en 2003 se inspiró en la comentada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Organización de las Naciones Unidas, cuyas expresiones son idénticas, que contempla y disciplina tanto los aspectos más destacados y peculiares de la formación del consentimiento por internet, como las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la negociación en un medio donde están ausentes los soportes documentales ordinarios del contrato, la firma autógrafa y las demás condiciones usuales.

Ahora bien, la venta de una cosa o la prestación de un servicio a través de la red es tan efectiva como la realizada en un almacén comercial, en tanto que el contrato electrónico es equivalente al ordinario, no obstante sus notables diferencias e inusual proceso operativa, nos referimos a que no cuenta con un soporte documental en papel y firma autógrafa de las partes.

La aplicación de los principios legales de la formación de los contratos a la contratación efectuada electrónicamente, la integración armónica de ellos bajo el manto comprensivo de su equivalencia formal, ofrecen un apoyo legal a los contratos electrónicos.

Por lo que, la contratación por medios electrónicos equivale a la integración del consentimiento por medios habituales, en tanto que la concertación del acuerdo supera los aspectos críticos de la especialidad, funciona igualmente y aporta seguridad, con la aplicación de las normas civiles y mercantiles de contratación generales, según sea el caso, y con las disposiciones de garantía aportadas en las Leyes Modelos.

Los principios y reglas básicos de la formación de los contratos civiles y mercantiles, tienen también aplicación a la contratación por medios electrónicos.

El principio de la libertad contractual, establece el artículo 1832 del Código Civil Federal que “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.”, este precepto respalda la posibilidad de celebrar el acto por cualquier conducto útil y en ejercicio de tal libertad las partes pueden elegir, como forma declarativa de su voluntad, la emitida a través de los medios electrónicos, y exponer por internet o algún procedimiento diverso, la voluntad que sustentará un acto jurídico que tendrá plena eficacia vinculante, de igual manera que la expresada en sonidos, papel, signos inequívocos, o la inferida de hechos conductuales.

Se autoriza igualmente, a diseñar y pactar las reglas especiales de la contratación, relacionadas con distintos rubros, como precisa el artículo 4, primer apartado, de la Ley Modelo para el Comercio Electrónico, que establece “*Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo...*”. En consecuencia, se puede alterar la modalidad de su operación, sea para precisar las condiciones particulares de emisión del mensaje de datos, o para establecer las claves de reconocimiento de la identidad de las partes y los candados para autenticar la procedencia, autoría e integridad del mensaje, para determinar el origen de la emisión, para convenir la legislación aplicable y la competencia jurisdiccional en caso de conflicto, esto es, al igual que en los contratos tradicionales, la voluntad de las partes es la ley suprema de estos contratos por medios electrónicos.

Esto es, esta forma de contratar es, al igual que cualquier otra, aceptada por nuestro derecho en virtud del amplio margen que se concede a la autonomía de la voluntad; en este orden de ideas, el artículo 78 del Código Mercantil dice “*En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.*”.

Por otra parte, el consentimiento y su integración (oferta y aceptación), quedan disciplinadas por disposiciones de la legislación civil, que declaran el

consentimiento, condición especial de la existencia de los contratos, cuya integración puede presentar diversas modalidades, que es igualmente aplicable a la contratación por medios electrónicos.

Como ya se mencionó, la regulación del comercio electrónico en nuestro País, está basado en las leyes modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por sus siglas CNUDMI, que fueron incorporadas a nuestro derecho mediante reformas a los ordenamientos jurídicos explicados. Para interpretar en forma correcta sus disposiciones, debemos atender primero su carácter internacional, pues la razón principal de su incorporación fue lograr cierta uniformidad en el derecho para promover el comercio internacional. Igualmente, debemos de tomar en cuenta los principios de equivalencia funcional y de neutralidad tecnológica.⁶⁰

La neutralidad tecnológica es entorno jurídico neutro, que permite incorporar a las tecnologías que surjan en el futuro, sin necesidad de realizar más cambios o adecuaciones a las legislaciones. Así los Estados que incorporen las leyes modelo a su derecho interno, como lo hizo México, están legislando las bases para la admisión de cualquier medio técnicamente viable de comunicación comercial. Este concepto de entorno jurídico neutro, engloba los principios de no discriminación entre los documentos electrónicos y los documentos sobre papel, y de neutralidad tecnológica.⁶¹

En tanto que el principio de equivalente funcional, es fundamental para la comprensión e interpretación de nuestra legislación en materia de comercio electrónico y de firma electrónica, pues este principio dotó a las comunicaciones electrónicas del mismo valor y alcance jurídico que el que tienen las comunicaciones con soporte de papel, de tal manera que no pueda discriminarse el uso de los medios electrónicos de comunicación en la contratación. Así, los contratos y demás actos jurídicos pueden celebrarse a través de medios electrónicos de expresión de voluntad, además de que es posible que se envíen o se archiven electrónicamente, y

⁶⁰ *Cfr.*, *Op. Cit.* ROBLES FARIAS, Diego, p. 201.

⁶¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 200-201.

esos documentos o archivos electrónicos tendrán pleno valor jurídico entre las partes y ante los tribunales.⁶²

Entonces, las comunicaciones por medios electrónicos, la manifestación de la voluntad se considera expresa según lo establece el artículo 1803 del Código Civil Federal, el hecho de que la regulación de la manifestación de la voluntad no se limite a los medios electrónicos, sino que incluya a los ópticos o cualquier otra tecnología, responde al principio de neutralidad tecnológica. La diferencia entre medios electrónicos de comunicación y medios ópticos de comunicación, radica medularmente en el vehículo por el cual transita la información.

En relación a las formas en que puede emitirse el consentimiento, los artículos 1834 bis del Código Civil Federal y 93 del Código de Comercio, establecen que cuando la ley exija como requisito que los contratos deban otorgarse por escrito, y en consecuencia los documentos deban ser firmados por las partes, estos requisitos se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra a través de estos medios sea atribuible a personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

Encontramos tres requisitos para la homologación entre un documento con soporte de papel y otro con soporte electrónico: la integridad del documento, la atribución del mismo a su titular y la accesibilidad del documento para su consulta posterior.⁶³

La seguridad y la integridad de los documentos electrónicos es regulada en nuestro derecho, con base en el principio de neutralidad tecnológica, por lo que está abierta a cualquier sistema o método tecnológico, que permita asegurar la inalterabilidad de los mensajes de datos. Así, se considera que el contenido de un documento electrónico es íntegro si ha permanecido completo e inalterado desde su elaboración, independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. Esta integridad implica que el mismo no haya sido mutilado o alterado desde su creación en su forma definitiva, esto es, en la forma en que fue enviado, archivado o

⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 200.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 203.

presentado para su producción de efectos jurídicos. De acuerdo con el principio de neutralidad tecnológica, para determinar la confianza que habrá de otorgarse al documento en cuanto a su inalterabilidad deberán analizarse los fines para los que se generó la información y todas las circunstancias del mismo.⁶⁴

El segundo requisito, la atribución de los documentos electrónicos significa que los documentos electrónicos puedan ser atribuidos a su autor o a las partes que resulten obligadas por éste. La atribución de los mensajes de datos tiene una relación estrecha con la firma electrónica. La atribución de un documento electrónico al emisor, que generalmente es la persona que está obligada con el contenido del mensaje de datos, es una presunción que resulta de cualquiera de los hechos siguientes: 1. Que el emisor lo haya enviado usando medios de identificación, como claves o contraseñas; 2. Que el mensaje lo haya enviado alguna otra persona facultada para actuar en nombre del emisor respecto a ese mensaje de datos; y, 3. Que el mensaje de datos se haya enviado por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre, para que opere automáticamente.⁶⁵

El último requisito mencionado, la accesibilidad, conservación y validez jurídica de los documentos electrónicos, plantea el problema de guarda y conservación para su consulta posterior de los documentos electrónicos. En relación a esto, la legislación ha dotado a los mensajes de datos de fuerza probatoria en plenitud, al considerarlos como equivalentes funcionales de los documentos cuyo soporte no es electrónico; así, en el Código Civil Federal (artículo 210-A) y en el Código mercantil (artículos 89 bis, 1205 y 1298-A) se otorga validez y fuerza obligatoria a los mensajes de datos, al igual que se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, y se establece como requisito para valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos, la fiabilidad del método empleado para generar, transmitir, recibir o archivar la información, así como la posibilidad de atribuirla a las personas obligadas y de acceder al documento para su consulta posterior.⁶⁶

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 204.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 204-205.

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 206-207.

De esta manera podemos concluir que se integra el consentimiento en la contratación electrónica.

Por último, explicamos lo que es la firma electrónica, ésta se define como *“los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o adjuntados o lógicamente asociados con el mismo que puedan utilizarse para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos.”*⁶⁷

Esta definición establece las dos principales funciones de toda firma: la identificación del firmante en relación con un mensaje de datos y su vinculación con el mismo, para indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos.

A manera enunciativa, exponemos algunos de los sistemas de firma electrónica desarrollados por la tecnología actual:

- Firmas electrónicas basadas en la criptografía asimétrica, que consiste en la asignación de dos claves, una privada y secreta, y la segunda pública, que están matemáticamente relacionadas entre sí.
- Firmas basadas en la criptografía simétrica, en las que el que codifica el mensaje y el que lo descifra usan la misma llave o clave.
- Firmas basadas en dispositivos biométricos, que permiten la identificación de personas por sus características físicas.
- La utilización de números de Identificación Personal (NIP).
- La utilización de contraseñas para autenticar mensajes de datos.
- El uso de tarjetas inteligentes con una banda magnética que la computadora lee para identificar al usuario.
- Versiones digitalizadas de firmas manuscritas que el firmante escribe en un dispositivo electrónico. Este sistema permite que una persona firme en forma manual en la pantalla de la computadora o en algún otro dispositivo electrónico. La firma es analizada por la computadora y archivada como un conjunto de valores numéricos que pueden

⁶⁷ *Ibidem*, p. 197.

adjuntarse a un mensaje de datos para que el receptor pueda autenticar la firma.

- La dinámica de la firma.
- La selección de un signo afirmativo o ícono en la pantalla electrónica mediante el uso del “ratón”.⁶⁸

Es común que estas técnicas de identificación personal, se utilicen de manera combinada para reducir los riesgos de suplantación del firmante o el uso indebido de la firma electrónica. La Ley Modelo, así como nuestra legislación nacional, están estructuradas para dar alojamiento a cualquiera de esas firmas electrónicas, así como a las que se desarrollen en el futuro.

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 197-198.

IV. El Juicio Ordinario Mercantil. Etapas y prueba.

1. Juicio Ordinario Mercantil

El proceso ordinario mercantil “es la serie concatenada de actos que se utiliza para dirimir todas aquellas controversias comerciales que no tienen tramitación especial y para las que las partes no han optado por recurrir al proceso convencional o al procedimiento arbitral, los cuales son considerados preferentes en materia mercantil.”⁶⁹

El artículo 1051 del Código de Comercio, en una regulación a este tipo de juicios, establece lo siguiente *“El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral. A tal efecto, el tribunal correspondiente hará del conocimiento de las partes la posibilidad de convenir sobre el procedimiento a seguir para solución de controversias, conforme a lo establecido en el párrafo anterior del presente artículo. La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia. El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro.”*

Esta vía puede dividirse en seis etapas o fases procesales, que son la

1. Etapa expositiva.
2. Etapa de excepciones procesales.
3. Etapa probatoria.
4. Etapa de alegatos.
5. Etapa resolutive.
6. Etapa ejecutiva.

⁶⁹ CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho procesal mercantil*, Editorial Oxford, México, 2007, p. 85.

A) La etapa expositiva

La etapa expositiva inicia con la presentación de la demanda, que *“es el acto en virtud del cual un individuo, en lo personal o por medio de su apoderado, o el representante de una persona jurídica, inician un proceso jurisdiccional, planteado con claridad y precisión su pretensión al juzgador y solicitándole que, en su oportunidad, dicte una sentencia favorable a sus intereses con el fin de que se haga efectivo, se constituya o se declare la existencia de un derecho o se resuelva una obligación.”*⁷⁰

Las personas facultadas para presentar la demanda en materia mercantil, las determina la legislación comercial, y son las siguientes:

“Artículo 1056. Todo el que, conforme a la ley esté en el pleno ejercicio de sus derechos puede comparecer en juicio. Aquellos que no se hallen en el caso anterior, comparecerán a juicio por medio de sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho. Los ausentes e ignorados serán representados como se previene en el Código Civil Federal.”

Aquí, conviene distinguir entre la legitimación en el proceso (ad procesum), que puede ser activa o pasiva y la legitimación en la causa (ad causam). Al respecto, se comparte el criterio sustentado por la entonces Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volúmenes 205-216, Tercera Parte, Página 117, de la Séptima Época, que dice: *“LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de "ad procesum" y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación "ad causam" que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquél que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La*

legitimación "ad procesum" es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la "ad causam", lo es para que se pronuncie sentencia favorable."

"Artículo 1058. Por aquel que no estuviere presente en el lugar del juicio ni tenga representante legítimo, podrá comparecer un gestor judicial para promover en el interés del actor o del demandado, y siempre sujetándose a las disposiciones de los artículos relativos del Código Civil Federal, y gozará de los derechos y facultades de un mandatario judicial. Si la ratificación de la gestión se da antes de exhibir la fianza, la exhibición de ésta no será necesaria."

"Artículo 1060.- Existirá litisconsorcio, sea activo o sea pasivo, siempre que dos o más personas ejerciten una misma acción u opongan la misma excepción, para lo cual deberán litigar unidas y bajo una misma representación..."

Para la presentación de la demanda, no existen requisitos de forma para interponerla, por lo que solo se deben expresar los datos siguientes:

"Artículo 1061. Al primer escrito se acompañarán precisamente:

I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro;
II. El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona;

III. Los documentos en que el actor funde su acción y aquellos en que el demandado funde sus excepciones. Si se tratare del actor, y carezca de algún documento, deberá acreditar en su demanda haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo, protocolo, dependencia o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Si se tratare del demandado deberá acreditar la solicitud de expedición del documento de que carezca, para lo cual la copia simple sellada por el archivo, protocolo o dependencia, deberá exhibirla con la contestación o dentro de los tres días siguientes al del vencimiento del término para contestar la demanda...

⁷⁰ *Ibidem*, p. 89.

IV. Además de lo señalado en la fracción III, con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deban de servir como pruebas de su parte; y, los que presentaren después, con violación de este precepto, no le serán admitidos, salvo que se trate de pruebas supervenientes, y

V. Copia simple o fotostática siempre que sean legibles a simple vista, tanto del escrito de demanda como de los demás documentos referidos, incluyendo la de los que se exhiban como prueba según los párrafos precedentes para correr traslado a la contraria. Lo dispuesto en la fracción anterior, se observará también respecto de los escritos en que se oponga la excepción de compensación o se promueva reconvencción o algún incidente...”.

“Artículo 1069. Todos los litigantes, en el primer escrito o en la primera diligencia judicial, deben designar domicilio ubicado en el lugar del juicio para que se les hagan las notificaciones y se practiquen las diligencias que sean necesarias. Igualmente deben designar el domicilio en que ha de hacerse la primera notificación a la persona o personas contra quienes promueven...”.

Esta demanda debe interponerse ante el juez competente, de conformidad con lo que establezca la ley orgánica del tribunal competente. Si el juez admite la demanda es porque han quedado satisfechas las exigencias indicadas y una vez realizado lo anterior, debe de emplazar y correr traslado de la demanda, a efecto de que la contraparte pueda hacer uso de su derecho de oponer las defensas y excepciones que tuviere.

Por emplazamiento entendemos que *“es el acto procesal en virtud del cual el juez que conoce de la causa, una vez admitida la demanda, realiza la primera notificación al demandado, haciéndolo conocedor de las pretensiones del actor, a efecto de que dentro de un plazo perentorio pueda hacer uso de su derecho de comparecer en el juicio para allanarse a sus pretensiones u oponer las defensas y excepciones que tuviere, a efecto de asegurarle el respeto a su garantía de audiencia y el ejercicio de sus derechos.”*⁷¹

Este punto es de suma importancia, toda vez que, de no realizarse, o hacerse incorrectamente, daría lugar a la reposición del procedimiento. De acuerdo a lo

establecido por la tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 163-168, Primera Parte, Página 142, de la Séptima Época, que es del rubro y texto siguiente: *“TERCERO PERJUDICADO. REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO, POR FALTA DE EMPLAZAMIENTO. EFECTOS. La reposición del procedimiento por no haberse emplazado legalmente al tercero perjudicado trae como consecuencia la anulación del procedimiento cuya reposición se ordenó, a partir de la violación procesal cometida, incluyendo el desahogo de las pruebas rendidas en el mismo, motivo por el que dichas pruebas, en cuyo desahogo no tuvo intervención legal una de las partes, no deben tomarse en cuenta para dictar la nueva resolución que corresponda.”*

B) La etapa de excepciones procesales

Ahora, la contestación a la demanda *“es el acto procesal que realia con posterioridad al emplazamiento, en virtud del cual el demandado, dentro del término que marca la ley, expresamente comparece a juicio manifestando lo que a su derecho conviene en relación con las pretensiones del actor y en caso de ser necesario, oponiendo las defensas que tuviere y reconviniendo a su contraparte, en el entendido de que si no lo hace, se le tiene tácitamente por confeso de los hechos expuestos en la demanda.”*⁷²

Las personas autorizadas para contestar una demanda son las establecidas en los artículos 1056, 1058 y 1060 del Código de Comercio, transcritos en parte anteriormente, por lo que se obvia su contenido en este apartado.

C) La etapa probatoria

⁷¹ *Ibidem*, p. 97.

⁷² *Ibidem*, pp. 102-103.

La etapa probatoria, en general, *“abarca el conjunto de normas, conceptos, principios e instituciones que son de aplicación común a la actividad demostrativa del proceso, por lo que existe una unidad en los principios fundamentales.”*⁷³

Es en esta fase del proceso, en la cual las partes tienen la oportunidad de acreditar su dicho ante el juez, correspondiéndole al actor hacerlo respecto a los hechos constitutivos de su acción y al demandado en relación con sus defensas y excepciones.

Por ser materia de la presente tesis, explicaremos con mayor detenimiento a la prueba, así como sus características y peculiaridades, por ahora, solo nos limitamos a enunciar a la etapa probatoria dentro del juicio ordinario mercantil.

D) La etapa de alegatos

La etapa de alegatos es la *“fase del proceso que inicia una vez terminada la etapa de pruebas, en donde las partes en forma escrita y de manera individual, por sí o por medio de sus abogados o apoderados exponen ante el tribunal los hechos controvertidos; argumentan sobre la eficacia de los elementos de convicción que hicieron valer para acreditar la procedencia de sus pretensiones o defensas; razonan acerca de la aplicabilidad de los preceptos legales invocados y piden que se resuelva el conflicto de manera favorable a sus intereses, a efecto de que el juzgador vaya normando su criterio para dictar la sentencia definitiva.”*⁷⁴

De acuerdo con el sistema jurídico a que nos referimos, y con este tipo de proceso, la forma de realizarlos varía entre la oral y la escrita.

Es importante señalar, que en esta etapa ya no se pueden introducir nuevos argumentos como acciones o excepciones, ya que la Litis ha sido cerrada; al respecto, véase, por identidad jurídica, la tesis P. XXVIII/94, sustentada por el Pleno del más Alto Tribunal de la Nación, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 81, Septiembre de 1994, Página 30, de la Octava Época, que dice: *“ALEGATOS. ES IMPROCEDENTE EL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE*

⁷³ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 197.

VIOLACIÓN INTRODUCIDOS EN ELLOS. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte, en la tesis publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Primera Parte, Volumen II, página 436, ha sustentado el criterio de que los alegatos no forman parte de la Litis y, por tanto, el juez de Distrito no tiene, en rigor, el deber de analizar directamente las argumentaciones que en los mismos se hagan valer. Ahora bien, cuando en el escrito de alegatos se introducen conceptos de violación que no fueron hechos valer en la demanda de garantías, no sólo no existe el deber del juez de Distrito de hacer su análisis, sino que se encuentra imposibilitado legalmente para ello, por ser su planteamiento improcedente por extemporáneo, ya que de conformidad con el artículo 116, fracción V, de la Ley de Amparo, es en la demanda de garantías donde deberán de expresarse "los preceptos constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas, así como el concepto o conceptos de violación" y dentro del término a que aluden los artículos 21 y 22 del propio ordenamiento para presentar dicha demanda, a cuyo estudio debe circunscribirse el juez de Distrito, salvo los casos en los que el artículo 76 bis de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, establece que deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación."

E) La Etapa resolutive

La etapa resolutive es donde se dicta sentencia que resuelve la controversia en cuestión, este "es el acto de mayor trascendencia dentro del proceso, en virtud del cual el tribunal, después de recibir los instrumentos de prueba necesarios y de oír los alegatos de las partes, de manera verbal o en un documento de carácter escrito, resuelve los puntos litigiosos sometidos a debate haciendo justicia, en uso de la facultad jurisdiccional delegada por el Estado, utilizando los criterios y formalidades procedimentales establecidas por la normatividad vigente."⁷⁵

Dicha sentencia debe de gozar de congruencia, que consiste en la armonía o concordancia que debe existir en dicho acto resolutive. El Código de Comercio en el primer párrafo del artículo 1077, se refiere a esta congruencia, pues al respecto reza:

“Todas las resoluciones sean decretos de trámite, autos provisionales, definitivos o preparatorios y sentencias interlocutorias deben ser claras, precisas y congruentes con las promociones de las partes, resolviendo sobre todo lo que éstas hayan pedido. Cuando el tribunal sea omiso en resolver todas las peticiones planteadas por el promovente de oficio o a simple instancia verbal del interesado, deberá dar nueva cuenta y resolver las cuestiones omitidas dentro del día siguiente. Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos...”

Debemos distinguir entre dos clases de congruencia, la interna y la externa; la primera estriba en que la decisión emitida tenga relación con las pretensiones formuladas por las partes, mientras que la segunda, en que la determinación no contenga afirmaciones que se contradigan entre sí. Al respecto, léase la tesis XXI.2o.12 K, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Agosto de 1997, Página 813, de la Novena Época, que es del tenor literal siguiente: *“SENTENCIA. CONGRUENCIA INTERNA Y EXTERNA. El principio de congruencia que debe regir en toda sentencia estriba en que ésta debe dictarse en concordancia con la demanda y con la contestación formuladas por las partes, y en que no contenga resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. El primer aspecto constituye la congruencia externa y el segundo, la interna. En la especie, la incongruencia reclamada corresponde a la llamada interna, puesto que se señalan concretamente las partes de la sentencia de segunda instancia que se estiman contradictorias entre sí, afirmándose que mientras en una parte se tuvo por no acreditada la personalidad del demandado y, por consiguiente, se declararon insubsistentes todas las promociones presentadas en el procedimiento por dicha parte, en otro aspecto de la propia sentencia se analiza y concede valor probatorio a pruebas que específicamente fueron ofrecidas y, por ende, presentadas por dicha*

⁷⁵ *Ibidem*, p. 204.

persona; luego, esto constituye una infracción al principio de congruencia que debe regir en toda sentencia.”.

Una vez dictada la sentencia, ésta tendrá carácter de cosa juzgada cuando ésta *“ya no es modificable, porque en su contra no se halla intentado algún recurso (supuesto de preclusión); porque una vez intentado y tramitado el recurso, el tribunal ad quem la hubiere confirmado; o por no proceder en su contra recurso alguno (casos en los que las sentencias causan ejecutoria por ministerio de ley).”*⁷⁶, es decir, que de acuerdo a los artículos 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no puede discutirse en un segundo proceso lo resuelto en el anterior, y conforme al diverso 17, tercer párrafo, las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada, que en principio solo afecta a quienes intervinieron formal y materialmente en el proceso, o bien, a quienes están vinculados jurídicamente con ellos. Atento a ello, se cita la Jurisprudencia P./J. 86/2008, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Página 590, de la Novena Época, de rubro y texto siguientes: *“COSA JUZGADA. SUS LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS. La figura procesal de la cosa juzgada cuyo sustento constitucional se encuentra en los artículos 14, segundo párrafo y 17, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene límites objetivos y subjetivos, siendo los primeros los supuestos en los cuales no puede discutirse en un segundo proceso lo resuelto en el anterior, mientras que los segundos se refieren a las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada, la que en principio sólo afecta a quienes intervinieron formal y materialmente en el proceso (que por regla general, no pueden sustraerse a sus efectos) o bien, a quienes están vinculados jurídicamente con ellos, como los causahabientes o los unidos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones, entre otros casos. Además, existen otros supuestos en los cuales la autoridad de la cosa juzgada tiene efectos generales y afecta a los terceros que no intervinieron en el procedimiento respectivo como ocurre con las cuestiones que atañen al estado*

⁷⁶ CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., *Derecho procesal mercantil*, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2007, p. 265.

civil de las personas, o las relativas a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, entre otros.”.

F) La Etapa ejecutiva

La etapa ejecutiva tiene como finalidad que *“se cumpla en sus términos la sentencia definitiva dictada, cuando en sus resolutivos existen puntos de condena y que, por tanto, imponen a una o ambas partes la obligación de pagar una suma de dinero, hacer o abstenerse de realizar una actividad.”*⁷⁷

La ejecución coactiva de las sentencias con resolutivos de condena se lleva a cabo utilizando la vía de apremio; sin embargo, el uso que se le da a esta última es más amplio, ya que sirve no solo para lograr el cumplimiento de este tipo de determinaciones de condena que conforme a la ley deben ser observadas en el acto, sin importar que aun no se haya dictado resolución definitiva que ponga fin al proceso o que ésta nunca llegue a emitir, si las partes de manera auto compositiva al celebrar un convenio o transacción judicial han puesto fin al litigio.

Esta ejecución de sentencias es el *“conjunto de actos procesales previstos por la legislación, que pueden ser utilizados por el juez dentro del proceso en ejercicio de coacción delegado por el Estado..., mediante los cuales se exige a la parte obligada a cumplir prontamente con una decisión de condena que conforme no lo ha hecho, a efecto de que ésta sea acatada en sus términos, logrando con ello la vigencia de la norma abstracta violando o desconocida y la plena eficacia del derecho.”*⁷⁸

Esta serie de mecanismos no solo se utilizan para ejecutar las sentencias dictadas por tribunales, sino también para hacer cumplir los convenios celebrados por las partes para dar fin al proceso y que han sido elevados a la categoría de cosa juzgada, y también para las sentencias emitidas por otro tribunal, o para aquellos laudos arbitrales que el tribunal ha reconocido como válidos y que conforme a derecho son ejecutables al acto.

Sobre la ejecución de los laudos arbitrales, esta clase de ejecución se apega al principio de celeridad contemplada en el artículo 17 Constitucional, toda vez que

⁷⁷ *Op. Cit.* CONTRERAS VACA, Francisco José, p. 215.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 216.

en un mismo procedimiento incidental existirá un pronunciamiento que decida sobre esa pretensión en breve plazo y que es el aspecto positivo de la inexistencia de nulidad; por lo que procede en vía de reconvención el planteamiento de la pretensión contraria al origen del incidente como un derecho subjetivo público autónomo porque su pretensión tiene una conexión con la relación jurídica sustancial entablada en dicho incidente, de modo que nulidad y/o ejecución del laudo arbitral vinculan a las partes hasta en tanto existe el pronunciamiento judicial de su anulación o su reconocimiento y ejecución respectiva.

Al respecto, se cita la tesis I.3o.C.732 C, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Abril de 2009, Página 1921, de la Novena Época, que dice: *“LAUDO ARBITRAL. SU RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y NULIDAD SON MATERIA DE LA LITIS PRINCIPAL Y RECONVENCIONAL EN UN MISMO INCIDENTE. La reconvención de reconocimiento y ejecución en el incidente de nulidad de laudo arbitral no constituye una traba para el procedimiento arbitral a que se refiere el título cuarto denominado “Del arbitraje comercial”, del Código de Comercio, sino que se ajusta al principio de celeridad porque en un mismo procedimiento incidental existirá un pronunciamiento que decida sobre esa pretensión en breve plazo y que es el aspecto positivo de la inexistencia de la nulidad. Es cierto que el artículo 1460 -al igual que el diverso 1463 relativo al reconocimiento y ejecución de laudo arbitral- del Código de Comercio dispone que: “el procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente” de conformidad con lo previsto en el diverso 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual no establece expresamente la posibilidad de que pueda plantearse la reconvención. Sin embargo, el sentido y alcance de dichas disposiciones debe comprenderse dentro del régimen arbitral especial al que están destinados a servir, para crear certidumbre y confiabilidad en la justicia mexicana, que no obstaculice la solución y ejecución de lo resuelto, porque se conservan las fases de un procedimiento sumario aplicable tanto al reconocimiento y ejecución del laudo como a la nulidad del mismo, y que fue el escenario normativo que el propio legislador tomó en cuenta para garantizar la agilidad con la que debe culminar todo procedimiento arbitral en sus fases de*

ejecución de laudo o nulidad. Las causas por las que puede denegarse la ejecución de un laudo arbitral corresponde al aspecto positivo por el cual puede declararse la nulidad ya que son esencialmente similares. Lo anterior porque el demandado en el incidente de nulidad de laudo arbitral ejerce su derecho de acción en reconvención con la pretensión de reconocimiento y ejecución de laudo en observancia de la garantía de acceso a tutela judicial efectiva que consagra el artículo 17 de la Constitución Federal, sobre la base de que no existe una norma expresa que le prohíba, en el régimen de arbitraje, su formulación; con lo cual tampoco se contraría la finalidad de celeridad que se actualiza con la sustanciación en forma incidental de ambas pretensiones, en ahorro de dos procedimientos incidentales autónomos, porque en una sola resolución incidental se podrán decidir ambas pretensiones que se excluyen entre sí. Luego, procede en vía de reconvención el planteamiento de la pretensión contraria al origen del incidente como un derecho subjetivo público autónomo porque su pretensión tiene una conexión con la relación jurídica sustancial entablada en dicho incidente, de modo que nulidad y/o ejecución del laudo arbitral vinculan a las partes hasta en tanto existe el pronunciamiento judicial de su anulación o su reconocimiento y ejecución respectiva. La conclusión anterior, no desnaturaliza el trámite incidental que ordena el artículo 1460 del Código de Comercio para las cuestiones de nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos, porque no se trata de una decisión que retrase o le reste celeridad a la vía incidental, sino que permitirá decidir en un solo procedimiento incidental la nulidad del laudo arbitral y/o su reconocimiento y/o ejecución. Lo que implica que si la primera procede, no existirá necesidad de que en un incidente diverso se solicite la homologación y ejecución de un laudo declarado nulo; y, en el otro caso, si la nulidad alegada resulta improcedente, lo que resuelva el juzgador se reflejará como cosa juzgada al pronunciarse sobre la homologación y ejecución solicitada en un solo fallo, respecto del cual procederá el juicio de amparo indirecto.”.

Por otra parte, en cuanto al incumplimiento de una obligación nacida de un laudo arbitral, considerada ésta como de naturaleza de cosa juzgada formal y material que genera un carácter vinculatorio y definitivo tanto para las partes como para el Estado, que debe proveer a su cumplimiento, en caso de que no es posible

ejecutarlo, procede la vía incidental para exigir su cumplimiento sustituto, de acuerdo a la tesis I.3o.C.703 C, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Página 1309, de la Novena Época, que enuncia lo siguiente: *“LAUDO ARBITRAL. CUANDO JURÍDICA O MATERIALMENTE NO ES POSIBLE EJECUTARLO, PROCEDE LA VÍA INCIDENTAL PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO. El artículo 1461 del Código de Comercio dispone que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación por escrito al Juez, será ejecutado de acuerdo a las reglas del libro quinto (“De los juicios mercantiles”) título cuarto (“Del arbitraje comercial”), capítulo IX (“Reconocimiento y ejecución de laudos”). El artículo 1462 del mismo ordenamiento dispone que la ejecución de un laudo arbitral sólo se denegará en los casos previstos en ese precepto, mientras que el diverso numeral 1463 establece que el procedimiento de reconocimiento o ejecución de laudo se substanciará incidentalmente en términos del artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuya resolución no será objeto de recurso alguno y limita la materia de estudio por parte del tribunal a cuestiones formales, sin analizar cuestiones de fondo del laudo porque tal aspecto se trata de un tema confiado por las partes al árbitro, y sólo se exige del órgano judicial, en su caso, su necesario complemento para que sea reconocido y ejecutado. La ejecución del laudo tiene diferentes modalidades según se trate de la naturaleza del derecho que se pretende realizar que puede revestir un carácter positivo o negativo. Si el ejecutado no cumple con lo ordenado en la sentencia que reconoce y homologa el laudo dentro del plazo señalado por el Juez, deberá realizarse en vía de apremio; si se trata de una condena de no hacer, el ejecutante, por la naturaleza del derecho, podrá pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si ello fuere posible, y a costa del ejecutado y, en su caso, el pago de daños y perjuicios. Lo anterior, encuentra fundamento, en primer lugar, por la aplicación supletoria de las reglas que se contienen en el Código Civil Federal y, segundo, por la naturaleza y alcance de aquellas que regulan el tema relativo al incumplimiento de las obligaciones. No existe una disposición en el Código de Comercio que establezca cómo debe procederse en*

relación con la ejecución de un laudo cuando existe imposibilidad jurídica o material para darle cumplimiento en sus términos. En este supuesto, corresponde realizar la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil Federal al que remite el primer ordenamiento invocado, y en especial, las que se refieren al incumplimiento de una obligación, porque la naturaleza de un fallo que homologa, reconoce y ordena ejecutar un laudo arbitral constituye cosa juzgada formal y material que genera un carácter vinculatorio y definitivo tanto para las partes como para el Estado, que debe proveer a su cumplimiento. Entonces, la procedencia del incidente de daños y perjuicios ante la imposibilidad de cumplir el fallo que reconoció y homologó el laudo, encuentra, por analogía, una cobertura legal en el artículo 2104 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, que establece que quien estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, así como el que contravenga una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención y, motiva que ante cualquier obstáculo que dificulte o haga imposible la ejecución del laudo, aun en el caso de falta de responsabilidad del deudor ejecutado, pueda reclamarse en la vía incidental, y no en un nuevo juicio, el pago citado y el juzgador deba pronunciarse sobre ese aspecto. Debe distinguirse por un lado, entre el contenido del fallo que reconoce, homologa y declara procedente la ejecución del laudo que se circunscribe a constatar la existencia y firmeza de una decisión emitida por un árbitro y que, ante la falta de imperio para ejecutar sus propias resoluciones sólo complementa, en vía de ejecución, lo resuelto por el árbitro; y, por otro, la hipótesis en que ante la imposibilidad de ejecutar ese laudo nazca el derecho del ejecutante a reclamar el pago de daños y perjuicios. Esto es así porque esas situaciones tienen un carácter diverso por tratarse de un fallo que sólo tiene el carácter de cosa juzgada en cuanto al pronunciamiento de la ejecutividad del laudo, y la segunda atañe a una incidencia que se da a partir de la ejecución de aquel cuyo desarrollo y procedencia es cosa juzgada y encuentra un obstáculo físico o jurídico insalvable para su realización. Es cierto que la sentencia que reconoce, homologa y ejecuta el laudo arbitral, define de modo absoluto qué derecho es el que debe ejecutarse y que en principio, la regla general es que en la ejecución sólo puede realizarse ese derecho y

no uno distinto porque en relación con él fue que las partes contendieron en el juicio respectivo; de modo que si es un derecho nuevo su reclamo debe hacerse en un juicio autónomo. Sin embargo, cuando la sentencia que reconoció la ejecutabilidad del laudo no pueda realizarse por una cuestión jurídica o material que lo impide, corresponde a ese mismo Juez reconocer esa circunstancia de imposibilidad y correlativamente que existe un derecho sustantivo que pueda ser satisfecho de un modo equivalente, sin necesidad de exigir una vía ordinaria en un juicio autónomo; esto es, procede la vía incidental para resolver sobre el cumplimiento alternativo pues lo que interesa es que se ejecute el laudo respectivo, en un aspecto de sustitución que subyace en todo cumplimiento de carácter positivo, o sea, que por virtud de la cosa juzgada formal y material, ya está definida una obligación con su acreedor y deudor, solamente que demostrada la causa de imposibilidad para cumplirla, no debe exigirse un nuevo juicio para reclamar el pago de daños y perjuicios que proviene de la imposibilidad de ejecutar el laudo, porque entre éstos y la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció el derecho declarado en el laudo, se plantea un nexo causal que constituye un elemento de la acción incidental. En esas condiciones, resulta factible que en el mismo juicio de reconocimiento y homologación del laudo arbitral, en la vía incidental, pueda analizarse el tema de la procedencia del pago de daños y perjuicios, como una acción que tiene su causa de pedir en el hecho de que se haya dado la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció la ejecución del laudo; lo que es acorde no solamente con la finalidad del procedimiento en mención, tendiente no sólo a que se le otorgue de imperatividad al laudo, sino de que se vele por el acceso efectivo a la tutela judicial que prevé el artículo 17 de la Constitución Federal, y no exista traba innecesaria que impida la realización del interés del ejecutante, esto es, que ese reconocimiento y homologación en realidad no debe quedar incumplido de manera indefinida por no existir los supuestos originales en que se apoyó esa determinación, y debe existir la posibilidad de sustituir su forma de cumplimiento ante las dificultades presentadas a fin de dar plena eficacia a un laudo que es cosa juzgada y partiendo de la petición del ejecutante que vio frustrada su intención original de realizar su derecho tal y como se declaró ejecutable a su favor. En ese sentido, el incidente

tiene como causa de pedir que la obligación original derivada del laudo reconocido y homologado ha sido incumplida y que exista imposibilidad física o jurídica para cumplirla, esto es, que será materia del incidente la demostración de esos extremos para que se surta la posibilidad de sustituir la obligación primigenia por otra, o por el pago de daños y perjuicios, como una condena alternativa que dicte el Juez ejecutor en el incidente respectivo, puesto que el incidente guarda relación con los alcances originales de la ejecutoria que reconoció, homologó y mandó ejecutar ese laudo, para que éste tenga plena eficacia y se cumpla con lo juzgado, porque ya no se trata de un mero acuerdo entre las partes que puede o no ser observado, sino de un acto cuya fuerza vinculatoria ha sido reconocida por los tribunales del Estado.”.

2. La Prueba

La palabra *prueba*, es una de las palabras que más significados puede llegar a tener dentro de la ciencia del Derecho.

En un sentido estricto, la prueba es *“la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso”*,⁷⁹ esto es, es la confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas por las partes; toda vez que, lo importante no es refutar los argumentos de la parte contraria, sino *“considerar la manera como se van a acreditar los hechos que favorezcan la posición de la parte que se patrocina.”*⁸⁰

Esta confirmación se produce en el conocimiento del juzgador, una vez que tiene la certeza de los hechos. Si bien la certeza del juzgador tiene un carácter subjetivo, se manifiesta, sin embargo, de manera objetiva en lo que se denomina motivación de la sentencia, que es donde el resolutor expresa su juicio sobre los hechos, así como las razones y los argumentos con base en los cuales llegó a formarse tal razonamiento.

⁷⁹ OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Editorial Oxford, Sexta Edición, México, 2006, p. 314.

⁸⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1998, p. 221.

La prueba es un razonamiento de quien resuelve, dentro del cual se demuestran los hechos, por el conjunto de expresiones lingüística de las que se deduce por una serie acabada de operaciones.

Por su parte, el *Black's Law Dictionary*, define a la prueba (*proof*) como “1. El establecimiento o la refutación de un hecho disputado por la evidencia; el efecto persuasivo de la evidencia en la mente de un hecho buscado. 2. Evidencia que determina la sentencia de un tribunal. 3. Un documento que constituye una prueba legal.”⁸¹

Ahora bien, en sentido amplio, también se designa prueba a “todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador con el fin de lograr el cercioramiento de éste sobre los hechos controvertidos u objeto de prueba.”⁸²

Finalmente, en cuanto a sus conceptos, también se suele denominar prueba a “los medios –instrumentos y conductas humanas- con los cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho.”⁸³

Por otra parte, y tomando en cuenta la importancia que el tema de la prueba tiene el proceso, se han publicado numerosas obras dedicadas al estudio específico de la prueba procesal. Esta especialización en los estudios sobre este tema en específico, ha dado lugar a la creación de una disciplina autónoma denominada *derecho probatorio*, y a la cual se asigna como objeto el estudio de las normas y los principios jurídicos que regulan la actividad probatoria en el proceso. Esta disciplina estudia diversos temas, entre los que podemos destacar:

El objeto de la prueba, que consiste en los procesos (con excepción del proceso penal), los hechos afirmados y discutidos por la partes; en tanto que, en los procesos penales, los hechos que el Agente del Ministerio Público imputa al indiciado.

El procedimiento probatorio, que se desarrolla fundamentalmente a través del ofrecimiento de los medios de prueba que corresponde a las partes; la admisión o

⁸¹ El *Black's Law Dictionary*, en su tercera edición de bolsillo, define el término *proof* como: “1. The establishment or refutation of an alleged fact by evidence; the persuasive effect of evidence in the mind of a fact-finder. 2. Evidence that determines the judgement of a court. 3. An attested document that constitutes legal evidence.”.

⁸² *Op. Cit.*, OVALLE FAVELA, José, p. 314.

desechamiento de los medios de prueba, que lo realiza el juzgador, basándose en la idoneidad o la falta de aptitud de los medios de prueba para acreditar los hechos y la relevancia de éstos para la decisión del litigio; la preparación de los medios admitidos; la ejecución, práctica o desahogo de las pruebas admitidas y preparadas, la cual se lleva a cabo en la audiencia correspondiente; y, la valoración de las pruebas practicadas, que desarrolla el juez en el dictado de la sentencia.

Los medios de prueba, que son los instrumentos y las conductas humanas con los cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho.

El derecho de prueba, que es el derecho que las partes tienen para que el juzgador admita los medios de prueba pertinentes e idóneos que ofrezcan, para que dichos medios se practiquen en la audiencia respectiva y para que sean valorados conforme a derecho. Dicho derecho de prueba, encuentra implícito su fundamento Constitucional en el artículo 14, en las llamadas formalidades esenciales del procedimiento, y en lo que refiere al proceso penal, en el diverso numeral 20, apartado A, fracción V, de la Carta Magna.

La teoría de la prueba ilícita, que analiza las consecuencias jurídicas de aquellas pruebas que se obtengan con infracción de una disposición constitucional o legal. En este rubro, hay que precisar que existen en diversas legislaciones, disposiciones que prevén la nulidad de ciertas pruebas obtenidas ilegalmente. Como ejemplo, citamos el artículo 20, apartado B, fracción II, de la Carta Magna, que reza: *“La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”*

Finalmente, explicamos que en nuestro Derecho, todas las pruebas son admisibles, salvo las pruebas contrarias a la moral o al derecho, según lo establece el artículo 1198, del Código de Comercio, que a la letra dice *“Las pruebas deben ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se trata de demostrar con las mismas, así como las razones por los que el oferente considera que demostrarán sus afirmaciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 1203 de este ordenamiento. En ningún caso se admitirán pruebas contrarias a la*

⁸³ *Ibidem*, pp. 314-315.

moral o al derecho.”, así como el diverso 87, del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece “El tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la ley. Los autos en que se admita alguna prueba no son recurribles; los que la desechen son apelables en ambos efectos. Cuando la recepción de una prueba pueda ofender la moral o el decoro social, las diligencias respectivas podrán ser reservadas, según el prudente arbitrio del tribunal.”

Más adelante, explicaremos en específico la prueba documental, tanto pública como privada.

3. Carga de la prueba.

La carga de la prueba no es sino una aplicación a la materia probatoria del concepto general de carga procesal. Couture define a la carga procesal como una *“situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”*.⁸⁴

A través de la carga de la prueba “se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y aportar las pruebas en el proceso”,⁸⁵ es decir, la carga de la prueba precisa a quién le corresponde probar.

En general, si el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, corresponde al demandado probar los hechos extintivos, impositivos o modificativos que a ella oponga, pero no los constitutivos de su pretensión, pues en nuestra opinión, esta expresión resulta inadecuada.

Otra regla en la distribución de la carga de la prueba es la que reza que solo quien afirma tiene la carga de probar y no así el que niega. Sin embargo, esta regla tiene diversas excepciones, en donde el que niega sí tiene la obligación de probar, a saber:

Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho, esta hipótesis se refiere a la negación que envuelve la afirmación implícita de un hecho.

⁸⁴ COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Tercera Edición, Argentina, 1958, p. 129.

Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor la contraparte, nos referimos a las presunciones legales relativas que admiten prueba en contrario y tienen como consecuencia invertir la carga de la prueba, esto es, no corresponde probar a quien afirma un hecho que la ley presume, sino al que lo niega.

Cuando se desconozca la capacidad de la contraparte, toda vez que, quien niega la capacidad de una persona, está afirmando implícitamente que ésta es incapaz.

Cuando la negativa sea elemento constitutivo de la acción, en este supuesto, debemos atender al tipo de pretensión, por ejemplo, en una pretensión reivindicatoria, se debe probar la no posesión del bien reclamado.

Al caso, se pronunció la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXV, Página 4202, de la Quinta Época, que dice: *“PRUEBA DE LA NEGACIÓN. Las proposiciones negativas son susceptibles de prueba, siempre que estén determinadas por circunstancias de tiempo y lugar, pues entonces no pueden considerarse como absolutamente negativas.”*

4. Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Referente a las formalidades esenciales del procedimiento, de donde emana el derecho de la prueba, el artículo 14 Constitucional contiene varias disposiciones, mismos que en esencia son tres: la prohibición de retroactividad, la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales y, el derecho o garantía de audiencia. Numeral que a la letra dice:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

⁸⁵ OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, Editorial Oxford, Novena Edición, México, 2008, p. 129.

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

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

Por la primera disposición, prohibición de retroactividad de las leyes, entendemos la prohibición de interpretar las leyes retroactivamente en perjuicio de persona alguna.

Podemos afirmar, en términos amplios, que *“un ordenamiento o su aplicación tienen carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos –no meras expectativas- que han surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente y no puedan apreciarse de manera independiente.”*⁸⁶

La jurisprudencia ha establecido a dicha prohibición dos excepciones: las disposiciones de carácter constitucional y las de naturaleza procesal. En el primer caso, la excepción es de carácter ilimitado (nos referimos a aquellas disposiciones que pueden ser utilizadas en perjuicio del individuo, mas no en su beneficio), en tanto que en el segundo supuesto, las nuevas disposiciones procesales se pueden aplicar a juicios o procedimientos que se hayan iniciado antes de su vigencia, siempre y cuando no se vulneren derechos adquiridos o se afecten etapas del procedimiento que se han consumado por preclusión.

En cuanto a la garantía de legalidad de las sentencias, los párrafos del artículo 14 mencionado, se refieren a los requisitos de fondo de las resoluciones judiciales, tanto en materia penal como en los procesos civiles, administrativos y laborales, a través del llamado control de legalidad.

Por lo que respecta al proceso penal, se prohíbe se imponga una pena que no esté establecida estrictamente por una ley aplicable al delito de que se trate, este

⁸⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*. Tomo I (Coordinador Miguel Carbonell), Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México, 2009, p. 277.

principio esencial de todo proceso penal se conoce bajo el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Ahora, en las restantes materias procesales, el artículo 14 de la Carta Magna exige que la sentencia definitiva se pronuncie de acuerdo con la letra de la ley o su interpretación jurídica, y a falta de ley (cuando nos encontramos frente a una “laguna”) deben fundarse dichas sentencias en los principios generales del derecho.

Estos principios generales del derecho son, a decir de Norberto Bobbio, las “*normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales*”⁸⁷ esto es, aquéllas normas que el intérprete puede deducir a través de la analogía, la comparación y la generalización, del conjunto de normas que integran un ordenamiento positivo.

Por otra parte, nos encontramos frente al último precepto mencionado que regula el artículo en comento, el que se conoce como derecho o garantía de audiencia.

En lo que respecta a los derechos protegidos, el artículo Constitucional comprende la libertad, las propiedades, las posesiones y los derechos, con lo cual se abarca toda clase de privación, entendiéndose por tal disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho.

En cuanto a los elementos del derecho constitucional de audiencia, comprende los de “juicio”, “tribunales previamente establecidos”, y las “*formalidades esenciales del procedimiento*”.

Pues bien, el juicio se ha entendido en un sentido lato, pues no solamente comprende el proceso judicial, sino además todo tipo de procedimiento administrativo.

Por la expresión de tribunales previamente establecidos también se entiende en sentido lato, pues no abarca solo a los órganos del Poder Judicial (ya sea de la Federación, Distrito Federal o de las entidades federativas), sino a todos aquellos que tengan facultad de decidir controversias de manera imparcial, es decir, que realicen funciones materialmente jurisdiccionales, como por ejemplo: el Tribunal

⁸⁷ *Ibidem*, p. 279.

Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los Tribunales Unitarios Agrarios, los Tribunales Militares, entre otros más.

Y por último, las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe tener todo procedimiento, como mencionamos, no solo judicial sino también administrativo, con ello se busca proporcionar una verdadera oportunidad de defensa a los afectados. A este derecho la tradición angloamericana lo conoce como *due process of law*, en tanto que la tradición española como *derecho de defensa*.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha definido las formalidades esenciales del procedimiento como aquellas *“que resulten necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación”*, comprendiendo genéricamente los siguientes requisitos: *“1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.”*

Ahora bien, respecto a las formalidades esenciales del procedimiento, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 6/2007-PS, entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, resolvió, en lo que interesa, lo siguiente:

“...Para resolver el problema jurídico planteado es necesario plantear algunos principios que rigen el proceso en general; posteriormente, se tomará en cuenta la estructura general de los juicios ejecutivos mercantiles y dentro de ellos, la regulación que se hace en el Código de Comercio del periodo probatorio; para después decidir respecto de la posibilidad de los Jueces de omitir la apertura de dicho periodo, tomando en cuenta las características y alcances del mismo.

1) Principios fundamentales del proceso en general. Entre los principios fundamentales que rigen la ciencia procesal, es necesario hacer referencia a los que a continuación se indican por estimarse necesarios para resolver el tema de la presente contradicción.

a) Principio de interés público o general del proceso. Cualquier tipo de proceso (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, etcétera) es eminentemente de

interés público o general porque persigue y garantiza la armonía, la paz y la justicia sociales. Esto es, a través del proceso se tutela el interés general en la realización del derecho objetivo sustancial en los casos concretos para mantener la mencionada armonía y la paz sociales y para tutelar la libertad y la dignidad humanas.

*b) Igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso. De este principio se deducen dos consecuencias: 1) La de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur et altera pars*, que viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos; 2) Que no son aceptables los procedimientos privilegiados. Pero debe procurarse que esa igualdad en el proceso sea real y no simplemente teórica, es decir, el juzgador debe hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso usando los poderes y facultades que la ley le otorga.*

c) Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley. La ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces modificarlos o permitir sus trámites, salvo cuando la misma ley expresamente autoriza a hacerlo. Las normas procesales son por lo general absolutas e imperativas; sólo excepcionalmente facultan a las partes para renunciar a ciertos trámites o beneficios, como algunos traslados o a cobrar las costas, los perjuicios y los honorarios de los auxiliares de la justicia.

Estos principios han sido reconocidos por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de diversas tesis, de las cuales se transcriben las siguientes:

"PROCEDIMIENTOS, NATURALEZA DE LAS LEYES DEL. Aun cuando es cierto que el procedimiento judicial es una institución de orden público, no lo es que todas las disposiciones que comprende, tengan el carácter de mandamientos de aquella naturaleza, que los interesados en las controversias judiciales, deban observar ineludiblemente; algunas de sus disposiciones sí tienen ese carácter, porque protegen un interés general y son aquellas que se refieren a la materia esencial del procedimiento; pero existen también reglas de mero trámite, de carácter

intrascendente, y otras encaminadas a proteger un interés meramente individual de las partes, que pueden renunciarse, sin que sufra menoscabo el interés general que la institución procesal trata de asegurar."

"PROCEDIMIENTOS, LEYES DE. La Suprema Corte, en jurisprudencia uniforme, ha sostenido que las leyes procesales son de orden público y que no es permitido eludir su observancia, ni por voluntad de los interesados se pueden dejar de cumplir, salvo en los casos expresamente señalados por la ley, al hablar del procedimiento convencional."

"PROCEDIMIENTO, LEYES DE. Las leyes procesales son de orden público y por esta razón, no pueden ni deben ser violadas y menos por los encargados de aplicarlas, porque la omisión de alguna o algunas formalidades de procedimiento, además de implicar nulidad, constituye una violación de derecho en perjuicio de alguna de las partes contendientes, y por ende, de los artículos 14 y 16 constitucionales."

II) Estructura y etapas de los juicios ejecutivos mercantiles. El juicio ejecutivo mercantil se encuentra regulado en los artículos 1391 al 1414 del Código de Comercio; de acuerdo con las normas contenidas en estos preceptos, la estructura y etapas de dicho procedimiento son las siguientes:

Demanda. El juicio inicia con la demanda basada en un documento que traiga aparejada ejecución (artículo 1391).

Requerimiento de pago, embargo y emplazamiento. Una vez presentada la demanda y admitida ésta, se provee auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda más los gastos y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de la persona nombrada por éste (artículo 1392).

Contestación de la demanda. Hecho el embargo, se notifica al deudor o a la persona con la que se entendió la diligencia, para que dentro del término de cinco días comparezca el deudor ante el juzgado a hacer pago llano de la cantidad demandada y las costas, o a oponer las excepciones que tuviere para ello. En este plazo, el deudor deberá contestar la demanda oponiendo las excepciones que

permite la ley en el artículo 1403 y las del artículo 8o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito -si se trata de este tipo de documentos-, y en ese mismo escrito deberá ofrecer pruebas (artículos 1396 y 1399).

Vista al actor con las excepciones. Una vez hecho lo anterior, se dará vista al actor por tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca pruebas en relación con ello (artículo 1400, segundo párrafo).

Apertura del periodo de pruebas. Desahogada la vista o transcurrido el término concedido para ello, el Juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan abriendo el juicio a desahogo de pruebas hasta por un término de quince días (artículo 1401, tercer párrafo).

Alegatos, citación para sentencia y sentencia. Una vez concluido el término de prueba se pasará al de alegatos y presentados éstos o transcurrido el término para hacerlo, se citará para oír sentencia, la que se pronunciará dentro de los ocho días siguientes (artículos 1406 y 1407).

Éstas son las etapas principales del juicio ejecutivo mercantil sin incluir el periodo de ejecución de sentencia, toda vez que resulta irrelevante para los efectos de la presente contradicción de tesis.

III) Periodo probatorio en el juicio ejecutivo mercantil. El periodo probatorio en el juicio ejecutivo mercantil se encuentra regulado por el artículo 1401 del Código de Comercio. De acuerdo con él, dicho periodo es de quince días y puede prorrogarse; en esta etapa se realizan diversos actos procesales fundamentales para el desarrollo del procedimiento:

1) Se admiten las pruebas ofrecidas por las partes. En efecto, es hasta este momento procesal en el que se decide sobre la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes en sus respectivos escritos de demanda, contestación y desahogo de vista; es decir, cuando se ofrecen estas probanzas, el acuerdo respectivo únicamente las tiene por ofrecidas, pero no se admiten sino hasta esta etapa del juicio, aun cuando sólo se trate de pruebas que se desahogan por su propia y especial naturaleza, tales como la documental, la instrumental de actuaciones o la presuncional, por citar algunas. Por tanto, es en este periodo cuando se acuerda sobre su admisión.

2) Se mandan preparar y desahogar las pruebas admitidas. En este periodo se realizan los actos necesarios para preparar el desahogo de las pruebas que lo requieran, es decir, de las que sea necesario un desahogo especial, tales como las pruebas pericial, testimonial, de reconocimiento, la confesión, etcétera. Asimismo, se señala la fecha para la audiencia de recepción de dichas pruebas.

Por otro lado, el artículo 1247 del citado Código de Comercio, señala que las partes sólo podrán objetar los documentos dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad podrán ser objetados en igual término, contado desde el día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que ordene su recepción.

De acuerdo con lo anterior, es en este periodo cuando las partes están facultadas para objetar los documentos ofrecidos por su contraparte y que fueron admitidos. Si los documentos se exhibieron con los escritos de demanda, contestación o desahogo de vista, según corresponda, y se admitieron al inicio del periodo probatorio, se podrán objetar dentro de los cinco días siguientes a la apertura del mismo. Si los documentos se ofrecen dentro de la etapa probatoria, entonces se podrán objetar dentro de los cinco días posteriores a su admisión. Esta objeción debe hacerse de forma incidental y no puede promoverse en otra etapa del juicio, es decir, ni antes ni después de la apertura del periodo probatorio. En este sentido se pronunció la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 157/2006-PS, de la cual se derivó la jurisprudencia número 1a./J. 46/2007, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, agosto de 2007, Página 226, de la Novena Época, cuyo rubro y texto son los siguientes:

“OBJECIÓN DE DOCUMENTOS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1247 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. NO PUEDE PLANTEARSE COMO UN ACTO PROCESALMENTE VÁLIDO AL MOMENTO DE CONTESTAR LA DEMANDA. De la interpretación literal y sistemática del citado precepto legal se advierte que en los juicios mercantiles la objeción genérica de documentos (es decir, cualquiera excepto la referente a falsedad, en términos del artículo 1250 del Código señalado) no puede plantearse como un acto procesalmente válido al momento de contestar la demanda,

ya que si así se hiciera, tendría que reiterarse dentro del plazo previsto en el artículo 1247 del Código de Comercio, el cual indica expresamente que tal objeción sólo podrá hacerse valer dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, tratándose de los documentos presentados hasta entonces, mientras que los exhibidos con posterioridad pueden objetarse en igual término, contado desde el día siguiente al en que surta efectos la notificación del auto que ordene su recepción, debiéndose en ambos casos hacer la objeción en forma incidental. Ello es así, en virtud de que en la etapa de ofrecimiento de pruebas es cuando se sustanciaría dicha objeción, para que una vez concluido ese periodo el Juez pueda pronunciarse sobre su admisión o desechamiento, conforme al artículo 1203 del citado Código."

IV) Conclusiones. De lo expuesto en los apartados anteriores se puede concluir lo siguiente:

Las normas procesales tienen como base ciertos principios, entre los cuales destacan el de interés público y el de obligatoriedad. De acuerdo con ellos, cada procedimiento se desarrolla conforme a los lineamientos establecidos en la ley, y ni las partes ni el juzgador están facultados para modificarlos o alterarlos, salvo que la ley expresamente lo permita, como sucede con el procedimiento convencional previsto por el artículo 1051 del Código de Comercio. Sin embargo, en estos casos, se deberán respetar las formalidades esenciales del procedimiento y pactarse en la forma prevista por el artículo 1052 pues de lo contrario no será válido.

En el caso del juicio ejecutivo mercantil, son aplicables los principios antes señalados, por lo cual, no le está permitido al Juez su alteración o modificación, aun cuando las partes pudieran estar de acuerdo con ello, pues de lo contrario, se alteraría el principio de obligatoriedad del proceso.

Ahora bien, el periodo probatorio constituye una de las etapas esenciales del procedimiento, considerando que éstas son aquellas que garantizan una defensa adecuada, así como el correcto desarrollo del mismo y que se cumpla con el principio de igualdad procesal entre las partes. Al respecto, es aplicable la jurisprudencia número P./J. 47/95, emitida por el Pleno de este Alto Tribunal, cuyos rubro y texto son los siguientes:

“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga ‘se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento’. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”.

Así, aun cuando las pruebas en un juicio ejecutivo mercantil deben ofrecerse con los escritos de demanda, contestación o desahogo de vista, según corresponda, es en el periodo probatorio cuando se determina sobre la admisión de las mismas, no obstante que sean de aquellas que se desahogan por su propia y especial naturaleza, como ya ha quedado señalado en apartados anteriores.

Por tanto, si por cualquier circunstancia se omite la apertura de dicho periodo probatorio (por ejemplo, cuando sólo se ofrecieron pruebas documentales o una de las partes no ofreció pruebas) y se pasa directamente a la etapa de alegatos y citación para oír sentencia, se estaría violando el principio de obligatoriedad del proceso y se afectaría la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional al no observarse una de las formalidades esenciales del procedimiento, pues la eficacia de esta garantía se traduce también en la posibilidad de objetar las probanzas de la contraparte, lo cual, en este tipo de juicios, sólo puede hacerse en el periodo probatorio, como ya quedó establecido en párrafos precedentes.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que los Jueces no están facultados para omitir el periodo probatorio, es decir, no es optativo para ellos

sustanciarlo, sino que es obligatorio abrir el juicio a prueba, con todas las formalidades y actos procesales que se desarrollan durante esta etapa...”.

La mencionada Contradicción de Tesis, dio origen a la Jurisprudencia 1a./J. 99/2007, sustentada por la mencionada Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Agosto de 2007, Página 266, de la Novena Época, cuyo rubro y texto señalan:

“PERIODO PROBATORIO EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. SU APERTURA ES FORZOSA PARA EL JUEZ. Las normas que regulan el juicio ejecutivo mercantil se rigen por los principios de interés general y obligatoriedad del proceso, de acuerdo con los cuales son disposiciones de orden público que deben cumplirse, salvo que la ley expresamente permita lo contrario. Lo anterior significa que los procedimientos legalmente establecidos no pueden alterarse o modificarse por la voluntad de las partes o del juzgador, sino que deben seguirse todas las etapas establecidas por la ley para cada uno de ellos, a fin de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales garantizan la adecuada defensa de las partes. Ahora bien, dentro de estas formalidades se encuentra el periodo probatorio, en el cual se admiten y desahogan las pruebas ofrecidas por las partes, y pueden objetarse, en virtud de que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 157/2006-PS estableció que la objeción de documentos prevista en el artículo 1247 del Código de Comercio no puede plantearse como un acto procesalmente válido al contestar la demanda, sino que ello debe hacerse durante la apertura del periodo probatorio. En congruencia con lo anterior, se concluye que en los juicios ejecutivos mercantiles no es optativo para el juez abrir el periodo probatorio, sino que debe hacerlo forzosamente aun cuando sólo se hayan ofrecido pruebas que se desahogan por su propia y especial naturaleza -como la documental, la instrumental de actuaciones o la presuncional, entre otras-, pues de lo contrario no sólo se contravendría el mencionado principio de obligatoriedad, sino que al no respetarse las formalidades esenciales del procedimiento también se violaría la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”.

5. Prueba documental

El Código de Comercio indica, según su artículo 1237, que *“Son instrumentos públicos los que están reputados como tales en las leyes comunes, y además las pólizas de contratos mercantiles celebrados con intervención de corredor y autorizados por éste, conforme a lo dispuesto en el presente Código.”*

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la norma mercantil, en su numeral 129, primer párrafo, establece *“Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones...”*

Por otra parte, tenemos los documentos privados, que la legislación comercial lo define en su artículo 1238, como *“...cualquiera otro no comprendido en lo que dispone el artículo anterior.”*

Estos documentos privados provenientes de alguna de las partes y no impugnados por la parte contraria surten todos sus efectos, pero pueden ser reconocidos expresamente si lo pide quien los presentó.

Los documentos privados procedentes de terceros necesariamente deben ser reconocidos por su autor, ya que aunque éstos no sean objetados por las partes solo tienen el valor de indicio cuando no son corroborados con otras probanzas. De conformidad a lo que establece la tesis sustentada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989, Página 227, de la Octava Época, que dice: *“DOCUMENTOS PRIVADOS PROVENIENTES DE TERCEROS. VALOR PROBATORIO. Las documentales privadas ofrecidas en juicio y no objetadas por la contraparte, tienen el valor de un mero indicio, pues al haber sido expedidas por un tercero ajeno a juicio, no reúnen la calidad propiamente de documentos privados a que se refieren los artículos 334 y 335 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sino de testimoniales rendidas en forma irregular en los términos consignados en el artículo 339 del mismo*

ordenamiento legal, que necesitaban para su perfeccionamiento de la ratificación de su emisor ante la presencia judicial, en razón de que los documentos privados que regulan los preceptos citados en primer término, sólo pueden ser los firmados o formados por las partes contendientes en el juicio.”

Ahora bien, antes de dictar sentencia el juez tiene la facultad de solicitar los documentos que considere necesarios para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos y formarse convicción respecto de la Litis, siempre que los mismos guarden relación inmediata con el litigio sometido a proceso, conforme lo establecen los numerales 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Una vez que el documento es presentado conforme a las reglas establecidas en el proceso, se desahoga en la audiencia de ley por su propia y especial naturaleza. Basta que un documento sea exhibido como base de la acción en un juicio mercantil, para que obre en autos para que sea tomado en consideración por el juzgador, aunque no se le relacione expresamente como prueba en el escrito relativo. Véase la tesis de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVIII, Página 2982, de la Quinta Época, que dice: *“DOCUMENTOS BASE DE LA ACCIÓN, VALOR PROBATORIO DE LOS. La disposición de que los documentos que se presenten con la demanda o con la contestación, sean tenidos como prueba, sin necesidad de ulteriores gestiones de los interesados, sólo quiere decir que para que dichos documentos se tomen en cuenta, no es necesario que se ofrezcan como prueba durante la dilación respectiva, pero no que por el sólo hecho de acompañarlos a la demanda, adquieran determinado valor probatorio diverso del de los que se presenten durante el término de la prueba.”*

En el caso, de que el documento público o privado, se hubiere admitido, a pesar de haber sido presentado fuera de los periodos establecidos por la ley, se puede interponer un incidente a manera de impugnación, mismo que el juez debe resolver al momento de dictar sentencia.

V. Actualidad de las instituciones bancarias en el Juicio Ordinario Mercantil.

1. Tratamiento actual en el sistema judicial mexicano

Actualmente, si los bancos son demandados por sus clientes desconociendo ciertos cargos a sus tarjetas de crédito argumentando que no fueron ellos quienes autorizaron dichos cargos y sobre todo que no firmaron los pagarés con que se acredita la disposición del crédito, al estar dentro del procedimiento judicial la parte actora para acreditar su dicho, es decir, que ellos no suscribieron el pagaré de disposición, solicitan al juez que ordene a la parte demandada (banco), que exhiba los originales de los pagarés a efecto de llevar a cabo un peritaje ya sea grafoscópico o caligráfico. La problemática radica en que se presenta en la mayoría de los casos es que los bancos no pueden exhibir el original de dichos pagarés, por lo que el juez que conoce del asunto, aplicando los artículos 1194, 1195 y 1196, del Código de Comercio, condena al banco a la restitución de lo dispuesto, pues el juez presume que el actor tiene razón en su objeción al dar por un hecho que el banco está obstaculizando la justicia al no querer presentar o exhibir el original de los pagarés.

Este problema nace de la circunstancia de que las Instituciones de crédito no resguardan los pagarés de disposición de las tarjetas de crédito, ya que en el contrato que celebran con los proveedores acuerdan que dichos proveedores, esto es, los negocios en donde se pagan los productos o servicios con las tarjetas de crédito, son los que deben de resguardar dichos pagarés, sin embargo, normalmente el plazo convencional que señalan es de solamente seis meses, en consecuencia cualquier solicitud del banco a su proveedor para que le haga llegar el original del pagaré fuera de ese plazo ya no es posible obtenerlo, puesto que la obligación del proveedor es solo, como se dijo, resguardarlo por seis meses, lo cual implica que el banco en juicio no pueda aportar tal elemento de prueba.

Ahora bien, al ventilarse asuntos judiciales de esta clase en los tribunales mexicanos, se ha venido haciendo un estudio, que a efecto de esta tesis, se

considera desigual para las partes, dejando en desventaja a las Instituciones de crédito.

En la presente tesis, se hizo una investigación de diversos asuntos resueltos por el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Mercantil, Especializado en Juicios de Cuantía Menor, en el Estado de Jalisco, con residencia en Zapopan (único órgano jurisdiccional de esta especialización en este Tercer Circuito), de entre los expedientes analizados se encuentran los números 341/2013 (resuelto el 8 de octubre de 2014), 406/2014 (resuelto el 23 de octubre de 2014), 565/2014 (resuelto el 13 de noviembre de 2014), 1020/2014 (resuelto el 23 de febrero de 2015), 182/2015 (resuelto el 29 de septiembre de 2015), 191/2015 (resuelto el 17 de julio de 2015).

Ahora bien, en virtud de las acciones y excepciones comúnmente hechas valer por las partes, se procede a realizar un estudio del fondo del asunto.

En esas condiciones, los elementos que deben quedar acreditados para la procedencia de la acción son:

1. Existencia de la relación contractual.
2. Que el tarjetahabiente pudiera hacer disposiciones del crédito en ventanilla o en los comercios afiliados al sistema de tarjeta de crédito.
3. Existencia de los cargos debatidos.
4. Que la firma que contienen los mismos no provienen de puño y letra de la actora.

Posteriormente, analizado el material probatorio exhibido por la parte actora (tarjetahabiente), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1194 del Código de Comercio, se determina que el primer elemento de la acción consistente en la existencia de la relación contractual entre el Banco y el cliente se encuentra demostrado y reconocido por las partes, dado que generalmente es parte de un acuerdo sobre hechos no controvertidos, donde aceptan la existencia de los contratos de apertura de crédito formalizados al amparo de la emisión de las tarjetas de crédito.

El segundo elemento aludido, consistente en que el cliente pudiera hacer disposiciones del crédito en ventanilla o comercios también se acredita y reconoce

por las partes, al obrar copia simple de las fichas de retiros, aun cuando no son exhibidas por la institución bancaria demandada, se tiene por cierto el hecho que se pretende acreditar con dicha documental.

Por su parte, también se acredita el tercer elemento relativo a la existencia del cargo impugnado, toda vez que es reconocido por las instituciones de créditos demandadas.

Finalmente, se procede al examen del cuarto elemento mencionado, que consiste en que la firma contenida en la ficha de disposición en ventanilla o comercio impugnada es falsa, por no provenir del puño y letra autógrafa del titular de la tarjeta de crédito, el cual se acredita básicamente, de conformidad con las siguientes consideraciones.

A este respecto, lo primero que se debe determinar es a quién corresponde la carga probatoria del elemento en cita.

El Código de Comercio, en el libro quinto, denominado “De los juicios mercantiles”, capítulo XII, relativo a las “Reglas generales sobre la prueba” en materia mercantil, prevé lo siguiente:

“Artículo 1194. El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones.”.

“Artículo 1195. El que niega no está obligado a probar, sino en el caso en que su negación envuelva afirmación expresa de un hecho.”.

“Artículo 1196. También está obligado a probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene a su favor el colitigante.”.

Conviene en este punto destacar que a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto al efecto jurídico que persigue, cualquiera que sea su posición procesal.

De esa manera, quien invoca una situación jurídica está obligado a probar los hechos fundatorios en que descansa su acción y, por el contrario, quien quiere que las cosas se mantengan en el estado que tienen en el momento en que se inicia un juicio no tiene que probar nada, pues desde el punto de vista racional y lógico, es evidente que es quien pretende cambiar una situación el que debe probar los fundamentos de esa pretensión.

Ahora bien, aplicadas las anteriores reglas genéricas sobre la carga probatoria a la nulidad absoluta de las disposiciones en ventanilla o comercio, la acción se funda en la circunstancia de que quien alega la falsedad de la firma que obra en esos documentos, es pues, de concluirse que a la parte actora le corresponde en juicio evidenciar tal extremo.

Es aplicable, por analogía, la jurisprudencia 1a./J. 90/2006, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece publicada en la página 19, Tomo XXV del mes de febrero de 2007, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que dice: *“ACCIÓN DE OBJECIÓN AL PAGO DE CHEQUE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 194 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE AL ACTOR CUANDO ALEGA LA NOTORIEDAD DE LA FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA. En los juicios ordinarios mercantiles en que el actor objeta el pago de un cheque con cargo a su cuenta, por parte de una institución librada, alegando la notoriedad de la falsificación de la firma que obra en el documento, corresponde a aquél como accionante del juicio probar tal extremo, pues al tener tal carácter tiene también la carga procesal de aportar al juzgador los elementos de convicción que estime necesarios para lograr su pretensión de modificar la presunción de legalidad del pago realizado por el librado. Ello es así, porque conforme al artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de la notoriedad de la falsificación deriva la excepción a la negativa general de impugnación; de manera que si el actor no cumple con la obligación procesal de probar los hechos fundatorios de su acción, el demandado será absuelto en términos del artículo 1326 del Código de Comercio, pues además es evidente que éste no tiene interés en destruir la presunción de legalidad de que goza el pago realizado y, por ende, no tiene la carga de probar la similitud de la firma.”*

Es frecuente, que se tengan por ciertos los hechos que se pretenden acreditar por parte del promovente de la acción, en relación a la disposición en ventanilla respecto de la cual reclaman la nulidad; ello, porque la Institución bancaria demandada es conocedora de que la mencionada parte actora ofrece diversas pruebas, siendo la materia de dichas probanzas la firma que obra en la ficha de retiro

en ventanilla o en el pagaré suscrito en el comercio reclamadas, por tanto, el hecho de que el banco demandado no exhibida la ficha de disposición en ventanilla o pagaré requerida, establece una reticencia a dar cumplimiento a un requerimiento judicial, necesario para el desahogo de la probanza referida.

En efecto, la Institución Bancaria demandada debe exhibir el original de dicha ficha o pagaré de disposición, puesto que es evidente que está impugnado y puede ejercerse alguna acción en base al mismo, por tanto, si decide unilateralmente no presentarlo, debe cargar con las consecuencias de su actuar; por ello, la declaración de tener por ciertos los hechos que pretende acreditar la actora y el no admitir las diversas pruebas ofrecidas, puesto que no se tienen los elementos físicos para su desahogo, además, porque las características, como son los signos gráficos de intensidad, inclinación, presión, entre otros, que deben tomar en consideración los peritos para emitir su dictamen.

Luego, se manifiesta la renuencia de la Institución de crédito para exhibir la ficha o pagaré de disposición impugnada y con el resto del material probatorio admitido a la actora, acredita su contenido, esto es, que la firma que obra en la ficha de retiro no proviene del puño y letra del actor.

Así, ante el rechazo a exhibir la ficha de la disposición en ventanilla impugnada por parte de la demandada, se presume la certeza de los hechos reclamados, salvo prueba en contrario, por tanto, de una adminiculación de las probanzas de que se ha dado noticia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1290, 1294, 1296 y 1306 del Código de Comercio, se tienen evidenciados los elementos de la acción de nulidad puesta en ejercicio.

En términos generales, se hacen algunas reflexiones con el ánimo de clarificar la fuerza demostrativa que, en la especie, cobra la prueba fundada en la circunstancia que se hubiere apercibido a la demandada con tener por ciertas las afirmaciones de la actora, presunción *iuris tantum*, ante la falta de exposición de constancias a cuya exhibición se encuentra obligada la demandada.

A este tema, es que el Legislador ha previsto los supuestos en que una de las partes se niega injustificadamente a allegar al juicio los documentos, con base en los cuales su contendiente pretende demostrar algún hecho en que sustenta su acción o

excepciones, eventualidad en la que se contempla la sanción de tener por ciertas las afirmaciones que con esas constancias ha querido probar.

Esta sanción procesal la recogen varios ordenamientos legales, que en el particular, interesa el artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles supletorio de la legislación mercantil, de tener por ciertos los hechos afirmados por la parte actora.

Es lógico que la intención perseguida por esa norma, es que las partes no obstaculicen en el curso del proceso la obtención de un documento cuya apreciación puede perjudicar a su particular posición que asume en el juicio o bien, porque le favorece a su contrario.

Se trata pues, de erradicar una injusta ventaja probatoria, creada por una conducta procesal especulativa por parte de quien, teniendo en su poder una constancia, se niega a exhibirla en espera de que su contendiente quede imposibilitado a probar un hecho, con el consecuente estado de indefensión que ello representa.

Desde ese ángulo, es indiscutible que la presunción de certeza de los hechos afirmados por una de las partes -quien buscó demostrar directamente a través de un documento o del análisis de éste-, tiene similar eficacia convictiva que la que produciría la prueba directa.

Es que, a partir de que esa documental que fue ocultada o dejada de exhibir en forma renuente, su ausencia queda substituida por una presunción de que son ciertos los hechos que con ella se intentó probar, habida cuenta de que, sí se imposibilitó a su oferente a evidenciar una verdad con esa probanza requerida, esto se logra a través de un medio de convicción indirecto.

Inclusive, como toda presunción, la antes mencionada admite prueba en contrario, pero mientras no sea desvirtuada, alcanza una fuerza acreditativa que no puede ser menor a la de una prueba directa. Esto es así, porque no debe olvidarse que la justificación de esa presunción legal, se funda justamente en la negativa de presentar en juicio ésta última, por parte de quien puede exhibirla.

Del mismo modo, no existe razón jurídica para estimar que una acción deba ser forzosamente demostrada con pruebas directas. Asumir esta postura equivaldría

a hacer estéril la previsión legal de las presunciones si, después, no puede producir un valor convictivo suficiente.

De todas formas, no se debe perder de vista que en la especie la presunción de la que se viene hablando exclusivamente encontró su utilidad en la acreditación de un elemento de la acción, pues, los otros tres restantes también se demostraron. Es por ello, que tampoco podría pensarse en una probanza aislada, sino que derivó de un contexto jurídico donde se tuvieron por justificados previamente la existencia de la relación jurídica entre los litigantes en el juicio (celebración de un contrato de apertura de crédito), así como la suscripción de la ficha o pagaré de disposición que niega el accionante.

Así, el único punto controvertido a disipar se reduce a si esa ficha o pagaré realmente había sido suscrito por el actor o si la firma ahí contenida no proviene de su puño y letra, incógnita que al no poderse evidenciar con prueba directa, válidamente es permisible obtenerse una verdad formal a la luz de una presunción de certeza de ese hecho.

Por tanto, se colige que ese elemento de la acción puede jurídica y suficientemente probarse a través de la presunción antes examinada.

Tal consideración, tiene apoyo en lo conducente, en la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1739, Tomo XXV, Marzo de 2007, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que es del tenor siguiente: *“PAGARÉS SUSCRITOS CON MOTIVO DE UNA COMPRA REALIZADA CON TARJETA DE CRÉDITO. LOS BANCOS TIENEN OBLIGACIÓN DE CONSERVARLOS Y ES LEGAL EL APERCIBIMIENTO DE TENER POR CIERTOS LOS HECHOS A PROBAR SI NO LOS EXHIBEN. El artículo 1061, fracción III, del Código de Comercio, establece la aplicación de medidas de apremio, para el caso de que el responsable de la expedición de un documento que obre en sus archivos, se niegue a entregar copia certificada del mismo a alguna de las partes en un juicio; sin embargo, esa medida de apremio se debe hacer efectiva únicamente cuando el renuente sea una persona o dependencia ajena al juicio, ya que el citado precepto sólo se refiere a esa hipótesis. Al respecto, debe advertirse que existe una laguna en el Código de Comercio, pues el artículo 1061, no establece*

qué se debe hacer en el supuesto en que quien se rehúse a presentar el documento base de la acción sea alguna de las partes y si debe o no presumirse la existencia del propio documento, por lo que de conformidad con el artículo 1054, del citado ordenamiento, se debe aplicar supletoriamente alguna disposición del Código Federal de Procedimientos Civiles, que subsane esa omisión. Ahora bien, si se considera que las instituciones de crédito tienen la obligación de conservar los documentos que respalden las compras efectuadas por sus clientes a través de una tarjeta de crédito, de conformidad con los artículos 99, 100 y 115, de la Ley de Instituciones de Crédito y con las "Reglas a las que habrán de sujetarse las instituciones de banca múltiple en la emisión y operación de tarjetas de crédito bancarias", emitidas por el Banco de México; sin perjuicio de que dicho proceso de almacenamiento y conservación de datos se haga a través de algún medio electrónico, pues de lo contrario estarían impedidos para efectuar los cargos correspondientes a sus acreditados por el importe de los pagarés suscritos por éstos, es válido concluir que tal documento necesariamente existe; por tanto, es legal el apercibimiento realizado en términos del artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria al Código de Comercio, de tener por ciertos los hechos a probar, cuando la institución bancaria demandada no exhibe los pagarés que tiene en su poder."

De igual manera, resulta aplicable por las razones que la informan, la jurisprudencia emitida por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, registrada con el número 160341, Décima Época, Materia Civil, Libro IV, enero de 2012, Tomo 5, Página 4252, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que reza lo siguiente: **"TARJETAS DE CRÉDITO. LAS INSTITUCIONES BANCARIAS EMISORAS DE LAS MISMAS, TIENEN LA OBLIGACIÓN LEGAL DE RESGUARDAR EN SUS ARCHIVOS, LOS VOUCHERS O PAGARÉS QUE FIRMA EL TARJETAHABIENTE EN EL MOMENTO DE LAS OPERACIONES DE COMPRA DE BIENES O SERVICIOS.** De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 6o., fracciones I y II, 46, fracción VI y 77 de la Ley de Instituciones de Crédito, 170, fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como de las reglas primera, tercera, cuarta, novena,

décimo quinta y vigésima octava a las que habrán de sujetarse las instituciones de banca múltiple en la emisión y operación de tarjetas bancarias, en relación con la jurisprudencia por contradicción de tesis número 1a./J. 11/2007, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 143, cuyo rubro es: "NULIDAD ABSOLUTA. PROCEDE CUANDO SE ALEGA LA FALSEDAD DE LA FIRMA IMPRESA EN UN PAGARÉ (VOUCHER) SUSCRITO EN VIRTUD DE UNA COMPRA REALIZADA A TRAVÉS DE UNA TARJETA DE CRÉDITO."; se desprende que una de las actividades autorizadas a los bancos es la expedición de tarjetas de crédito y que los bancos deben prestar sus servicios con apego a la ley y normas administrativas, así como a las sanas prácticas que propicien seguridad de las operaciones a sus clientes. De lo que se concluye que el pago a terceros que se obligan a realizar las instituciones bancarias a cuenta del acreditado, por operaciones realizadas a través de tarjetas de crédito (adquisición de bienes o servicios), mediante la firma de vouchers o pagarés, está limitado a la observancia de diversos requisitos, a saber: a) Que se haya tenido a la vista la tarjeta de crédito en el momento de la operación; b) Que el proveedor del bien o servicio haya cotejado que la firma impresa en el voucher respectivo, corresponda a la del tarjetahabiente por su similitud a simple vista; c) Que el banco realice el pago a la filial de los servicios y bienes adquiridos, teniendo a la vista los pagarés o vouchers respectivos que documentan la operación; d) Que en caso de objeción o aclaración de un cargo por parte del usuario el banco tenga a la vista el pagaré-voucher para dictaminar lo procedente y anexar al dictamen una copia legible de tal documento que ampara la operación. Así, se evidencia que para realizar el cargo de las operaciones documentadas en los citados vouchers o pagarés, es obligación de las instituciones bancarias emisoras de las tarjetas, tener aquéllos a la vista para verificar que la firma impresa en tales documentos que amparan la operación, corresponde a la del tarjetahabiente o usuario, en atención al principio de seguridad que deben observar dichas instituciones en beneficio de sus clientes. Máxime que al compartir los vouchers la naturaleza de los títulos de crédito denominados pagarés, es un requisito esencial para realizar los cargos respectivos, que tales documentos

hayan sido suscritos precisamente por el usuario o cuentahabiente de la tarjeta crediticia; lo que trae consigo la obligación de que los bancos tengan necesariamente en su poder los denominados vouchers que documentan las citadas operaciones y que hayan pagado a un tercero, a cuenta del tarjetahabiente, puesto que todo el marco normativo que regula las transacciones hechas a través de las tarjetas de crédito, obligan al banco emisor de las mismas, a cubrir el pago de bienes y servicios, así como a cargar su monto a la cuenta del acreditado, sólo si los vouchers fueran firmados precisamente por el titular de la tarjeta respectiva. De tal suerte, que es obligación del banco emisor tener a su alcance esos documentos, ya que incluso de acuerdo con lo sustentado por el Máximo Tribunal del País, en la ejecutoria que da origen a la jurisprudencia citada con antelación, los citados vouchers son remitidos por las empresas filiales a través de los denominados volantes de control de depósito, por lo que jurídicamente, cuando ya se ha realizado el pago y el cargo correspondiente a la cuenta del tarjetahabiente, el banco debe tener a su disposición los documentos que amparan la operación, sobre todo si ésta es materia de reclamación del cuentahabiente.”.

Asimismo, resulta aplicable, la jurisprudencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1098, Tomo XXII, Junio de 2008, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, de rubro y texto siguientes: *“DOCUMENTO EN PODER O A DISPOSICIÓN DE LA CONTRAPARTE DEL OFERENTE. LA CONTUMACIA DE ÉSTA PARA APORTARLO AL JUICIO MERCANTIL GENERA LA LEGALIDAD DE LA DECLARACIÓN DE CERTEZA DE LAS AFIRMACIONES SOBRE LOS HECHOS CONTENIDOS EN ESE INSTRUMENTO, PRODUCIDAS POR QUIEN OFRECIÓ DICHO MEDIO DE PRUEBA. En los juicios mercantiles es apegada a derecho la determinación del juzgador, en el sentido de tener por ciertas las afirmaciones producidas por la parte que, para demostrar su dicho, ofrece el medio probatorio, cuya incorporación al juicio depende de la voluntad de su contraparte; pero ésta, en desacato a la prevención formulada al efecto, impide que la prueba llegue al proceso. En la emisión de este punto de vista se tiene en consideración, que en los procesos mercantiles hay ocasiones en que alguna de las partes no cuenta o no tiene a su*

disposición el medio de prueba, cuya aportación al proceso le es indispensable para acreditar la afirmación sobre un hecho relevante, pues se encuentra en poder o está a disposición de su contraparte. A este respecto, específicamente con relación a los documentos que deben acompañarse a la demanda, el penúltimo párrafo de la fracción III del artículo 1061 del Código de Comercio autoriza al juzgador a que, si se surte la hipótesis prevista en el propio precepto, aperciba con la imposición de una medida de apremio a quien tenga la responsabilidad de proporcionar el documento al interesado, para que éste se encuentre en condiciones de aportarlo al juicio. Este precepto regula una de las manifestaciones de los poderes con que cuenta el juzgador en materia probatoria, para alcanzar la finalidad que sobre el tema, le impone el artículo 1205 del Código de Comercio, que es la de arribar a la verdad sobre los hechos litigiosos. En concordancia con los referidos preceptos se tiene asimismo en cuenta, que el artículo 1158 del propio código faculta al Juez a utilizar, sin limitación de ninguna especie, toda clase de apercibimientos de los que permite la ley, para hacer cumplir las determinaciones que dicte en toda clase de medios preparatorios a juicio. Si esta potestad es admisible usarla en toda clase de medios preparatorios, con mayor razón debe ser empleada dentro de los juicios, en los cuales la sociedad está interesada, no sólo en su pronta resolución, sino en que en cada fallo se haga patente el Estado de derecho, a través de la emisión de una sentencia justa. Por este motivo, es apegado a derecho que para recabar documentos en casos como el previsto en el penúltimo párrafo de la fracción III del artículo 1061 del Código de Comercio, el juzgador requiera la prueba con el apercibimiento de tener por ciertas, salvo prueba en contrario, las afirmaciones de la parte, cuyo oponente se niegue a proporcionar el propio medio probatorio que, estando en su poder o en condiciones de disponer, haya sido ofrecido por aquélla, tal y como lo dispone el artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La aplicación de este precepto se justifica, porque el artículo 1054 del Código de Comercio autoriza la supletoriedad de la referida legislación procesal federal, sin que pueda considerarse que se esté ante la presencia de una institución ajena o contraria a las bases del código citado, pues los artículos reguladores de la prueba evidencian un sistema armónico en el que, en uso de los poderes conferidos por la ley, el Juez

realiza los actos necesarios para determinar la verdad sobre los hechos debatidos, en acatamiento a la última parte del artículo 1205 de ese cuerpo de leyes, ordenamiento en el cual está prevista la institución del apercibimiento, por lo que solamente se recurre a la supletoriedad indicada, para obtener el medio gracias al cual se logra el alto fin que en materia probatoria establece el código en comento. De este modo, ante la imposibilidad material de traer al proceso la documental ofrecida por la parte que no cuenta con ella, la pretendida información cierta que esa prueba pudiera proporcionar se colma, con la presunción de certeza de los hechos afirmados por el oferente, obtenida al hacerse efectivo el apercibimiento con que fue prevenido quien impidió la obtención de la probanza para el juicio. Al procederse de esta manera, el juzgador recurre a la potestad que le confiere la ley, como director del proceso, para hacer cumplir sus determinaciones, incluso contra la voluntad de los sujetos vinculados, además de que utiliza un medio legal para constatar la verdad de las afirmaciones expuestas por las partes, aunque sea indirectamente, ya que no debe perderse de vista que en conformidad con el principio ontológico en materia de prueba (lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba) lo ordinario es que quien obstaculiza la obtención de un medio de convicción en el juicio es porque perjudica a su posición, o bien, porque favorece a la de su contraparte; por eso es que cobra especial relevancia en el proceso la presunción juris tantum mencionada, pues la verdad que no pudo obtenerse con la prueba requerida se logra mediante el referido medio indirecto.”.

Corroborando, de igual manera todo lo anterior, la tesis del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1497, Tomo XXII, Julio de 2005, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que es del tenor siguiente: **“PRUEBA PRESUNCIONAL LEGAL. CASO EN EL QUE ES SUFICIENTE PARA DEMOSTRAR LA ACCIÓN EJERCITADA. El artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que para el caso de que una de las partes no exhiba a la inspección del tribunal, la cosa o documento que tiene en su poder, debe tener por ciertas las afirmaciones de la contraparte salvo prueba en contrario. Dicho precepto relacionado con los diversos artículos 1194, 1277, 1278, 1280 y 1284 del Código de Comercio, establece expresamente una**

presunción legal, al determinar la consecuencia que la ley deduce de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; en tal virtud, quien la tiene a su favor sólo está obligado a probar el hecho en que se funda; debe ser precisa, esto es, que el hecho probado en que se funde sea parte o antecedente o consecuencia del que se quiere probar; y, admite prueba en contrario. Acaecida la omisión de la parte obligada a exhibir a la inspección del tribunal un documento que tiene en su poder, se acredita el hecho en que se funda la presunción legal, siendo su resultado, que se tengan por ciertas las afirmaciones de la contraparte que con tal prueba se pretendían demostrar, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, si al ejercitarse en la vía ordinaria mercantil una acción de objeción de pago de un cheque, en términos del artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se ofrece dicho título de crédito para demostrar la notoriedad en la falsificación de su firma y éste se encuentra en poder de una institución de crédito por haberlo pagado, la cual no obstante ser requerida para que lo exhiba y prevenida en términos del referido numeral aplicado supletoriamente al Código de Comercio, no lo aporta al proceso, es inconcuso que opera a favor del oferente la referida presunción legal y debe tenerse por cierta la notoriedad en la falsificación de la firma del cheque si no se ofrece prueba en contrario, acreditándose así la acción ejercitada.”

Todo ello, sin que ninguna de las defensas que generalmente se esgrimen por los apoderados legales de las Instituciones de crédito, como excepciones, desvirtúe lo considerado, ya que no se acredita ninguna de sus aseveraciones, debido a dicha reticencia a exhibir la ficha de disposición en ventanilla materia de la nulidad, que se reclama en juicio, por tanto, se tienen por presuntivamente ciertos los hechos alegados por la parte actora (tarjetahabiente).

Como consecuencia de ello, es decir, de la declaración de nulidad absoluta de la disposición en ventanilla y de los cargos, de acuerdo al contenido de los numerales 2224 y 2226 del Código Civil Federal, también de aplicación supletoria al Código de Comercio, éstos no producen efecto jurídico alguno, por tanto, lo que procede es condenar a la Institución de crédito demandada a la cancelación de los intereses moratorios, cargos por sobregiros, comisiones e impuestos, generados con

motivo del traspaso por las cantidades impugnadas, efectuadas a la tarjetas de crédito.

Asimismo, también procede condenar a la Institución crediticia para que gire las instrucciones respectivas cancelando el registro deudor que aparece en Buró de Crédito, con motivo del cargo no reconocido que aparece en la tarjeta de crédito.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 1084, 1085 y 1088 del Código de Comercio, en relación con el artículo 7 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al Código de Comercio, al haberse condenado a la Institución de crédito demandada, se le condena además al pago de costas que erogó en el procedimiento, toda vez que las costas representan una indemnización debida al vencedor, de los gastos que ha ocasionado el vencido al obligarlo a litigar.

Respecto de la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles, resulta pertinente señalar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo Directo en Revisión 1223/2014, abandonó la jurisprudencia 1a./J. 7/2004, de rubro: *"COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA EN JUICIO ORDINARIO MERCANTIL. PARA SU CONDENACION ES IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL LOCAL."*, ello por estimar que la fracción III del artículo 1084 del Código de Comercio, que establece, entre otras hipótesis, que el que fuese condenado en juicio ejecutivo debe ser condenado en costas, no resulta extensiva u otro tipo de juicios, es decir, que sólo resulta aplicable a los juicios ejecutivos, en ese tenor, es inconcuso que el citado numeral no contempla la hipótesis en que el demandado en un juicio ordinario u oral mercantil fue condenado a las prestaciones reclamadas, por lo que, al no estar regulada en forma completa y detallada la hipótesis específica, resulta procedente la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles relativa a la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1054 del Código de Comercio."

Lo anterior encuentra apoyo, por su contenido, en la tesis 11a. LXVI/2015 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la revisión 1223/2014, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, Tomo II, página 1384, de rubro y texto siguientes: *“COSTAS EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. EL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, QUE PREVÉ SU CONDENA, NO ES APLICABLE A LOS JUICIOS ORDINARIOS (ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 7/2004). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 9/2013-PS, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 7/2004, de rubro: “COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA EN JUICIO ORDINARIO MERCANTIL. PARA SU CONDENA ES IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL LOCAL.”, estimó que el artículo 1084 del Código de Comercio, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996, resulta aplicable para todo tipo de juicios mercantiles; de ahí que la hipótesis en que el actor en un juicio ordinario mercantil obtuvo sentencia contraria a sus intereses y no se condujo con temeridad o mala fe dentro de la secuela del proceso, se entiende comprendida en la fracción III del numeral citado, la cual contempla la procedencia de la condena en costas en primera instancia, por lo que, al estar regulada en forma completa y detallada la hipótesis específica, resulta improcedente la aplicación supletoria de la legislación procesal civil relativa que previera la condena en costas en juicios civiles. Ahora bien, una nueva reflexión sobre el tema, lleva a esta Primera Sala a apartarse del criterio plasmado en la tesis citada, pues lo definitivo es que antes y después de la reforma de 1996 la fracción III es idéntica y si bien es cierto que con motivo de las reformas se introdujo la fracción V al artículo 1084, la cual prevé que siempre será condenado en costas el que intente acciones o haga valer cualquier tipo de defensas o excepciones improcedentes o interponga recursos o incidentes de este tipo, a quien no solamente se le condenará respecto de estas acciones, defensas, excepciones, recursos o incidentes improcedentes, sino de las excepciones procesales que sean inoperantes, también lo es que ello no permite generar una interpretación extensiva en la que se incluyan tanto los juicios ordinarios,*

como los ejecutivos; lectura que es diferente al contenido literal de la norma que ha interpretado este Alto Tribunal, en el sentido de que la condena en costas prevista en el artículo 1084, fracción III, del Código de Comercio, se encuentra dirigida exclusivamente a los juicios ejecutivos mercantiles.”.

De lo expresado, se tiene que la parte demandada es condenada en el juicio, por tanto, también debe ser condenada al pago de costas a favor de la parte actora, las que se deben regular en el período de ejecución de la sentencia.

2. Prácticas comunes en las cláusulas bancarias.

Ante la regla general para las Instituciones de crédito de resguardar la documentación de las operaciones que celebren por diez años, según lo establece el artículo 1047, del Código de Comercio, así como el 99 y 115, inciso c) y parte final del inciso f), de la Ley de Instituciones de Crédito, que en lo que interesan dicen:

“Artículo 1047. En todos los casos en que el presente Código no establezca para la prescripción un plazo más corto, la prescripción ordinaria en materia comercial se completará por el transcurso de diez años.”.

“Artículo 99. Todo acto o contrato que signifique variación en el activo o en el pasivo de una institución de crédito o implique obligación directa o contingente, deberá ser registrado en la contabilidad el mismo día en que se efectúen. La contabilidad, los libros y documentos correspondientes y el plazo que deban ser conservados, se regirán por las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional Bancaria y de Valores tendientes a asegurar la confiabilidad, oportunidad y transparencia de la información contable y financiera de las instituciones.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en protección de los intereses del público ahorrador, podrá ordenar como medida correctiva a las instituciones de crédito realizar correcciones o modificaciones a sus estados financieros, así como instruir la publicación de dichas correcciones o modificaciones, debiendo escuchar

previamente a la institución de crédito afectada, y resolver en plazo no mayor a tres días hábiles. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

La contabilidad con los ajustes requeridos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores será la utilizada para todos los efectos contables y legales conducentes.”.

“Artículo 115. ...Asimismo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las citadas disposiciones de carácter general emitirá los lineamientos sobre el procedimiento y criterios que las instituciones de crédito deberán observar respecto de:...

c. La forma en que las mismas instituciones deberán resguardar y garantizar la seguridad de la información y documentación relativas a la identificación de sus clientes y usuarios o quienes lo hayan sido, así como la de aquellos actos, operaciones y servicios reportados conforme al presente artículo;...

*Las instituciones de crédito deberán conservar, por al menos **diez años** la información y documentación a que se refiere el inciso c) del párrafo anterior, sin perjuicio de lo establecido en este u otros ordenamientos aplicables.*

Los servidores públicos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, las instituciones de crédito, sus miembros del consejo de administración, directivos, funcionarios, empleados y apoderados, deberán abstenerse de dar noticia de los reportes y demás documentación e información a que se refiere este artículo, a personas o autoridades distintas a las facultadas expresamente en los ordenamientos relativos para requerir, recibir o conservar tal documentación e información. La violación a estas obligaciones será sancionada en los términos de las leyes correspondientes.” (el resaltado es propio).

Así como también ante la desigualdad procesal en que se ven inmersas las instituciones bancarias en el sistema judicial mexicano, se han puesto en práctica diversos contratos en los que prevalecen cláusulas que transmiten a los comercios y en general, a cualquier establecimiento con facilidad de pago con tarjeta de crédito, la obligación de mantener la custodia de los comprobantes de pago por determinado período.

Entre las cláusulas que destacan de seguridad, en las que el comercio o punto de venta, se debe de negar al pago con tarjeta de crédito, en los siguientes casos, los que solamente se exponen de manera ilustrativa, no limitativa:

- Si la verificación de la fecha, importe o número de autorización que contenga el comprobante no corresponda a la proporcionada por la entidad financiera.
- Si la firma del comprobante no coincide con la del tarjetahabiente o si presenta alteración, generalmente quedando esto sujeto a consideración del banco.
- Si el banco detecta que una operación se llevó a cabo con una tarjeta que no estaba vigente al momento de la transacción.
- Si en el momento en que el banco solicite por cualquier medio el comprobante o la nota de devolución al comercio y éste no entregue la información requerida en un plazo no mayor a tres días hábiles.
- Si en caso de que se presenten comprobantes autorizados en forma manual que carezcan de tarjetas realizadas o en relieve.
- Si existiere reclamación por parte del tarjetahabiente por algún cargo del cual exista comprobante de la nota de devolución y el comercio haya omitido presentar dicha nota al banco.
- Si los comprobantes presentados al banco presentan datos ilegibles o contengan tachaduras, manchas, correcciones, enmendaduras, alteraciones y deterioro o, en caso de que se entregue un comprobante por una operación diversa a la transacción solicitada.
- Por incumplimiento del comercio a lo establecido en el contrato celebrado entre las partes.
- Si el número de afiliación del negocio que aparezca en el comprobante o nota de devolución no corresponda al proporcionado al banco o, si el nombre del comercio que aparezca en el nombre del comprobante o nota de devolución sean distintos a los proporcionados al banco al amparo del presente contrato.
- Cuando el comprobante presentado no tenga la firma del tarjetahabiente en el espacio correspondiente.

- Cuando los comprobantes o notas de devolución correspondan a giros o negocios distintos a los declarados en el presente contrato.

Además de todo el protocolo de seguridad con que debe de contar el punto de venta, las instituciones bancarias se han visto en la necesidad de obligar, de manera contractual, a los establecimientos a que permitan que el banco lleve a cabo visitas al establecimiento a efecto de supervisar la observancia de las disposiciones establecidas en el contrato celebrado.

Asimismo, el comerciante se obliga a guardar la custodia y reserva de todos los documentos derivados de la celebración y operación de alguna venta, así como los pagarés y los datos en ellos contenidos derivados de las transacciones con tarjetas a las cuales tuvieran accesos, así como la información contenida o generada por los dispositivos por los cuales se tramitan las transacciones.

La duración temporal de la obligación mencionada en el párrafo anterior queda al libre criterio de los contratantes, siendo que en la práctica bancaria y comercial se estipula comúnmente un período de *seis meses*, pero reitérese, queda a criterio de quienes celebren el contrato.

Y en caso de incumplimiento, se genera a cargo del comerciante y a favor del banco, el pago de los daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento de las medidas aquí señaladas.

Por tal motivo, es que se aprecia cómo las instituciones bancarias se han visto obligadas a realizar medidas, en este caso contractuales, para amortiguar (con carga obligacional para los comerciantes) la desigualdad legal y procesal que hemos expuesto en capítulos anteriores.

Conclusiones

Durante el desarrollo de la tesis se tuvo cuidado en plantear un panorama general de la banca en México desde su historia hasta la generación de obligaciones entre prestadores de servicio y usuarios, podemos así las cosas concluir lo siguiente:

1. La banca en México, en este tema en particular, se encuentra en una evidente desigualdad procesal ello derivado del ordenamiento positivo vigente.
2. La problemática en cuestión es la siguiente: dentro del numeral 115 de la Ley de Instituciones de Crédito párrafo 17 se menciona a la letra lo siguiente: *“Las instituciones de crédito deberán conservar, por al menos diez años la información y documentación a que se refiere el inciso c) del párrafo anterior, sin perjuicio de lo establecido en este u otros ordenamientos aplicables.”*
3. Lo anterior pone en una desigualdad en el terreno procesal a la banca puesto que tiene la obligación de guardar los pagares (vouchers) por al menos 10 años, lo cual se antoja más que imposible en casos de controversias de cargos no reconocidos de tarjeta de crédito.
4. La propuesta en cuestión estriba en lo siguiente, adicionar al artículo 115 de la Ley de Instituciones Crédito párrafo 17 lo siguiente: ***“Como excepción a la disposición anterior en las operaciones activas que celebren las Instituciones de Crédito con sus clientes, específicamente en los créditos de consumo de tarjeta de crédito celebrados mediante contratos en cuenta corriente, los pagarés que se suscriban por el consumidor deberán ser resguardados por las instituciones de crédito por un plazo de un año a partir de su suscripción.”***

Propuesta

Después de este estudio realizado, **propongo** que para el caso de las operaciones activas relacionadas con el contrato de crédito en cuenta corriente que se utiliza para el servicio de las tarjetas de crédito, ante la problemática explicada de la imposibilidad de que los bancos resguarden los pagarés de las disposiciones de tarjeta de crédito y de que quien los resguarda son materialmente los proveedores, que en esos casos *exclusivamente* la obligación de los bancos de exhibir el original de los pagarés en juicio se limite a **un año**, y después de este plazo las reclamaciones de los clientes sean inoperantes, en razón de que un año es tiempo suficiente para que los clientes se enteren de algún cargo no reconocido y a su vez reclamen judicialmente su cancelación.

Como consecuencia de lo anterior, proponemos a las Instituciones de Crédito que los contratos que celebren con sus proveedores de este servicio, los obliguen a resguardar los pagarés igualmente por un año para que en caso de que los bancos se los soliciten, éstos los entreguen para que sean exhibidos en juicio; de no suceder así, el proveedor será responsable de dicho cargo no reconocido.

Para lograr las anteriores propuestas, se tendrá que **adicionar** a la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 115 dentro del mismo párrafo numero 17 lo siguiente: ***“Como excepción a la disposición anterior en las operaciones activas que celebren las Instituciones de Crédito con sus clientes, específicamente en los créditos de consumo de tarjeta de crédito celebrados mediante contratos en cuenta corriente, los pagarés que se suscriban por el consumidor deberán ser resguardados por las instituciones de crédito por un plazo de un año a partir de su suscripción”***

Quedando de esta manera:

Las instituciones de crédito deberán conservar, por al menos diez años la información y documentación a que se refiere el inciso c) del párrafo anterior, sin perjuicio de lo establecido en este u otros ordenamientos aplicables. Como excepción a la disposición anterior en las operaciones activas que celebren las Instituciones de Crédito con sus clientes,

específicamente en los créditos de consumo de tarjeta de crédito celebrados mediante contratos en cuenta corriente, los pagarés que se suscriban por el consumidor deberán ser resguardados por las instituciones de crédito por un plazo de un año a partir de su suscripción.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1998.

ALDRIGHETTI, Angelo, *Técnica bancaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1998.

BLACK'S LAW DICTIONARY, Editorial Thomson West, Tercera Edición de Bolsillo, Estados Unidos de Norteamérica, 2006.

BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, *Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias*, Editorial Porrúa, México, 1974.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, Editorial Oxford, Sexta Edición, México, 2014.

CARVALLO YÁÑEZ, Erick, *Nuevo derecho bancario y bursátil mexicano*, Editorial Porrúa, Novena Edición, México, 2014.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Editorial Herrero, México, 1976.

CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho procesal mercantil*, Editorial Oxford, México, 2007.

COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Tercera Edición, Argentina, 1958.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*. Tomo I (Coordinador Miguel Carbonell), Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México, 2009.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1984.

GAUDEMET, Eugène, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 2000.

HERREJÓN SILVA, Hermilo, *El servicio de la banca y crédito*, Editorial Porrúa, México, 1998.

MEJÁN, Luis Manuel C., *Contratos civiles*, Editorial Oxford, México, 2004.

MENDOZA MARTELL, Pablo E. y PRECIADO BRISEÑO, Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2007.

_____, *Lecciones de Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2016.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (Director), *Contratación y Servicio Financiero*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2000.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, Editorial Oxford, Novena Edición, México, 2008.

_____, *Teoría general del proceso*, Editorial Oxford, Sexta Edición, México, 2006.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mishel, *Compendio de derecho de obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2014.

ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Oxford, México, 2014.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, 1998, México.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA

Consultado el 31 de marzo de 2017 en: <http://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/BANCA-MULTIPLE/Paginas/Preguntas-Frecuentes.aspx>

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Federal.

Código de Comercio.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Sociedades de Inversión.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.