

308909

9

2oj-



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la U.N.A.M.

LA PRENSA SOBRE ACCIONES Y PARTES SOCIALES Y SU
INSCRIPCION EN EL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES
EXTRANJERAS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

FRANCIS EDWARD COSSU MUSI

Director de Tesis:
Dr. ALFONSO GUERRERO MARTINEZ

1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1
LISTA DE ABREVIATURAS	3

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS Y MARCO LEGAL

1. Antecedentes de la Prenda	7
a) Derecho Romano	7
b) Edad Media	10
2. Referencia Legislativa en otros Países	11
a) Italia	11
b) Estados Unidos	17
c) Venezuela	20
3. Marco Legal de la Prenda Mercantil en México. 24	
a) Antecedentes	24
b) Situación Jurídica Actual: qué leyes la - Regulan Directa o Indirectamente	35

CAPITULO II MECANICA OPERATIVA DE LA PRENDA MERCANTIL

1. Aceptaciones de la Palabra Prenda	39
2. Concepto	39
3. Prenda Civil y Prenda Mercantil	43
4. Características	45
5. Naturaleza Jurídica; Objeto	55
a) Constitución	55
b) Obligaciones que pueden garantizarse	58
c) Cosas que pueden darse en prenda	58
d) Pignoración del Derecho de Prenda	60
6. Derechos y obligaciones de las Partes	60
a) Derechos del Acreedor Prendario	60
b) Obligaciones del Acreedor Prendario	65

II

c) Derechos del Deudor Prendario	67
d) Obligaciones del Deudor Prendario	68
7. Prenda Irregular	68
8. Pacto de No Enajenación	70
9. Modalidades	72
a) Prenda de títulos de crédito nominativos.	72
b) Prenda de títulos o documentos no nego- --- ---ciables	73
c) Prenda que queda en poder de un tercero .	74
d) El depósito de los bienes dados en prenda, a disposición del acreedor en locales cu- --- ---yas llaves quedan en poder de éste aún -- --- ---cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimien- --- ---to del deudor	75
e) Prenda sobre títulos representativos de - mercancías y bonos de prenda	77
f) Prenda en los contratos de crédito refac- --- ---cionario o de habilitación o avío	80
g) Prenda de créditos en libros	82
h) Prenda de títulos o bienes fungibles	83
i) Prenda de la empresa mercantil	83
10. Ejecución de la Prenda	88

CAPITULO III

PRENDA SOBRE ACCIONES Y PARTES SOCIALES Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS CUANDO EL ACREEDOR PRENDARIO ES EXTRANJERO

1. Constitución	95
a) Prenda sobre Acciones	95
b) Prenda sobre partes sociales	104
2. Diferencia entre la Prenda Sobre Acciones y - la Prenda Sobre Partes Sociales	106
a) Diferencia entre Acción y Parte Social ..	106
b) Diferencia entre la Constitución de la -- Prenda Sobre Acciones y la Prenda Sobre - Partes Sociales	110
3. Derechos y Obligaciones de las Partes	112
a) Asistir y votar en las Asambleas de Ac- --- ---cionistas	113
b) Percibir Dividendos	120
c) Reembolso por Reducción de Capital	121

III

d)	Pago de la Cuota de Liquidación	122
e)	Suscripción de Acciones en Caso de Aumento de Capital	122
f)	Exhibición sobre Acciones Pagadoras	124
g)	Separación	126
h)	Prenda sobre acciones depositadas en el INDEVAL	127
4.	Regulación de la Prenda Sobre Acciones en la Legislación de Inversiones Extranjeras	130
a)	Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera; breve -- análisis de su constitucionalidad	130
b)	Regulación Anterior	135
c)	Regulación Actual; Planteamiento del Problema	139
d)	Opinión Personal	142
	CONCLUSIONES GENERALES	146
	FUENTES INFORMATIVAS	151

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

Un gran número de préstamos, sobre todo bancarios, a sociedades mercantiles están garantizados a través de contratos de prenda sobre las acciones o partes sociales representativas del capital social de éstas. Al estudiar el tema, me he encontrado con un sinnúmero de cuestiones que bien valen la pena analizar desde un punto de vista jurídico.

Si bien, a través de esta obra, no se pueden resolver muchas cuestiones de fondo, lo que se pretende es señalar sobre todo ciertos defectos en la legislación mexicana positiva vigente y algunas soluciones.

La primera parte trata, someramente, la evolución del contrato de prenda y su aplicación en el derecho mexicano actual. La segunda parte se refiere a generalidades de la prenda mercantil. Trata, este capítulo, de distinguir la prenda civil de la mercantil; los derechos y obligaciones de los partes; las características del contrato; distintas modalidades del contrato de prenda mercantil; pero lo más destacable, desde un punto de vista personal, es señalar la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de venta de prenda que se establece en ciertas leyes especiales, a saber, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Los dos primeros capítulos señalan generalidades y se aplican supletoriamente a lo que es el tema central de esta

modesta obra. La tercera parte señala las características generales de la prenda mercantil sobre acciones y partes sociales, pero trata de manera más concreta, la cuestión de lo que sucede cuando en este contrato el acreedor prendario es extranjero, toda vez que la legislación especial (Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera) y su reglamento (Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera) son contradictorios, y no complementarios como debería de ser.

Finalmente, con esta obra no se pretende resolver todas las interrogantes que puedan surgir de los problemas anteriormente mencionados (y desarrollados en lo sucesivo), sino que cumplirá su función si de cierta manera motiva al legislador para crear una legislación (y al ejecutivo para crear su respectivo reglamento) que debidamente regule esta institución jurídica.

Francis Edward Cossu Musi

LISTA DE ABREVIATURAS

Código Civil	Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal
CNIE	Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras
Constitución	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
INDEVAL	Instituto de Depósito de Valores
LCS	Ley Sobre el Contrato de Seguro
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LIIE	Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianza
LQSP	Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
LMV	Ley del Mercado de Valores
LTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
Reglamento RNIE	Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras
RLIE	Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera
RNIE	Registro Nacional de Inversiones Extranjeras

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y MARCO LEGAL

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS Y MARCO LEGAL.

1. Antecedentes de la Prenda

a) Derecho Romano

a.1 Derecho Romano Antiguo. La figura de la prenda en derecho romano no tenía la importancia económica como la tienen hoy en día las garantías reales (tanto prenda como hipoteca). La costumbre, como fuente inicial y primaria de casi todas las instituciones jurídicas, dio inicio a la prenda. En el antiguo derecho romano se acostumbraba entregar una cosa mueble con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación, ya sea contractual o extracontractual. Desde sus inicios podemos ver el carácter fundamentalmente accesorio de la prenda. Sin embargo, las garantías personales en general no eran las más recurridas, ya que el romano encuentra en las garantías personales todas las seguridades que nacen de la fidelidad. En principio se trataba de una relación de hecho y por consiguiente no amparada de una acción judicial. (1)

a.2 Derecho Romano Moderno. La relación de hecho se convierte en relación jurídica a finales de la República, a través de un Edicto del Pretor que reconoce y protege al

(1) GONZALEZ, Ma. del Refugio. Génesis y Evolución de la Prenda y la Hipoteca, págs. 145-171.

acreedor como poseedor interdicial, es decir, amparado por un interdicto, aunque el acreedor pignoraticio no tiene el animus possidendi (intención de conseguir el señorío de hecho). Asimismo se otorga al deudor prendario una acción para pedir la restitución una vez satisfecha la deuda. La propiedad continúa vinculada al pignorante, mientras que el acreedor únicamente puede retener la cosa en tanto no sea saldada la deuda, a menos que, por virtud de cláusulas especiales, se le confieran facultades más amplias. Tales cláusulas son:

- Lex Commissoria. es el convenio que otorga al acreedor la facultad de cobrarse con la cosa pignorada si la obligación no se satisface en tiempo; dicha cláusula fue declarada nula por Constantino al considerarse usuraria.

- Pactum de distrahendo pignore.- Autoriza al acreedor para vender la cosa y pagarse con el precio, cuando la deuda no es satisfecha. (2)

a.2.1 Constitución de la Prenda ("Pignus"). El pignus puede constituirse:

- por convención,
- por disposición de la autoridad, y
- por disposición de la ley.

a.2.2 Objeto del Pignus.

El objeto del pignus sólo puede ser una cosa enajenable, corporal o incorporeal. Se pueden pignorar el usufructo, las servidumbres rústicas, la superficie, créditos, frutos, cosas futuras, e inclusive se puede pignorar el mismo derecho de prenda.

a.2.3 Contenido del Derecho de Prenda.

El contenido del acreedor pignoraticio es real, y por lo tanto, puede hacerse valer contra cualquier tercero que posea o detenta la cosa. El acreedor no puede usar la cosa. Si el objeto pignorado produce frutos, éstos se aplicarán en primer término al pago de los intereses, y después a la deuda principal.

a.2.4 Extinción del Derecho de Prenda.

El Pignus se extingue:

- Por las causas comunes a los derechos reales sobre cosa ajena.

- Por la cancelación de la deuda en cualquier forma.

- Por la venta que hace el acreedor pignoraticio de la cosa.

- Por prescripción adquisitiva a favor del tercero que posee de buena fe y con justo título, la cosa pignorada durante 10 o 20 años, según se trate de presentes o ausentes. (3)

b) Edad Media. Más tarde se perdieron los conceptos que se habían perfeccionado en el Derecho Romano, se abandona, entre otras cosas, el término hipoteca, subsistiendo como garantía real la prenda, en todas sus modalidades, aunque era poco, ya que se seguía prefiriendo al fiador, sin embargo, su estudio se retoma y se sigue desarrollando. Ejemplo de lo anterior es que al acreedor prendario no se le consideraba propietario, y no podía adquirir tal característica ni con el paso del tiempo, es decir, no se podía convertir en propietario de la cosa otorgada en prenda ni por prescripción adquisitiva, ésto referido al campo del derecho privado, en cambio en el campo del derecho público, se consideraba al acreedor como propietario (por ejemplo en casos de impuestos). Pero como anteriormente se hacía notar, este desarrollo fue únicamente teórico, ya que en el campo de la práctica se seguía usando la figura de la fianza. De hecho no es hasta nuestros días, con la llegada del derecho mercantil contemporáneo, que la prenda mercantil ha alcanzado relieve en el campo de la práctica mercantil. (4)

(3) IGLESIAS, Juan. Op. Cit.

(4) GONZALEZ, Ma. del Refugio. Op. Cit.

El derecho de prenda y los créditos que esta garantizaba no se consideraban usurarios. A partir de este momento, fueron los autores franceses los que más desarrollaron la teoría sobre la prenda (y en general de todos los contratos).

Entre otros tratadistas, Planiol afirma que el derecho real derivado del derecho de prenda, es un derecho real de segundo grado porque no es una desmembración de dominio, toda vez que el objeto del contrato de prenda es el de servir de garantía para el cumplimiento de una obligación principal. (5)

2. Referencia Legislativa en otros países.

a) Italia. En Italia el derecho civil y mercantil se regulan en un sólo código. Así la prenda no tiene la cualidad de ser civil o mercantil por su regulación, sino que se distinguen por la obligación que garantizan, ya sea ésta civil, mercantil, fiscal, etc. Para Branca (6) las garantías reales tienen una doble finalidad:

1.- Fortalecer la función crediticia respecto del patrimonio del deudor. Se entiende como fortalecimiento de la garantía patrimonial ya que llegan a su fin independientemente de la insolvencia o amenaza de insolven-

(5) LOZANO, Francisco. De los Contratos Civiles, pág. 560.

(6) BRANCA, Guissepe. Instituciones de Derecho Privado, págs. 320-323.

cia del deudor, a diferencia del embargo y otras formas de conservación del patrimonio. No son derechos reales, sino garantías reales.

2.- El o los bienes pignoralos lo están exclusivamente del acreedor pignoralicio, que puede cobrarse directamente con ellos y preferentemente a los demás acreedores (prelación). (Toda remisión a artículos dentro de este subinciso será considerada a artículos del Código Civil Italiano).

a.1 Concepto:

Branca amplía la definición del artículo 2786 del Código Civil Italiano señalando que: "se tiene prenda, cuando uno o más cosas del deudor o de un tercero (tercero garante prendario) quedan substraídos a uno o a otro (llamados pignoralos) por su propia voluntad, y puestos en manos del acreedor (que por sí sólo o con ellos las custodia) o bien en manos de un tercero, todo ello a fin de que sirvan de garantía de una obligación, ya sea a cargo de quien da la cosa o de otro. (7)

a.2 Constitución:

Por lo general es un contrato, el cual tendrá eficacia únicamente después de la entrega de la cosa. También puede nacer por acto unilateral del deudor o de un

(7) BRANCA, Guissepe. Op. Cit.

tercero ajeno a la relación jurídica principal, existiendo la prohibición de constituirse por testamento.

a.3 Forma:

No exige forma especial, basta únicamente que se entregue el bien objeto de la prenda. Sin embargo, si el valor del crédito asciende a más de 5,000 liras, la prenda deberá consignarse por escrito con fecha indubitable.

a.4 Objeto:

a.4.1 El objeto directo de la obligación es un dar, la cual conlleva al perfeccionamiento de la prenda. Sin embargo Branca señala que es admisible un convenio en el que se contraiga la obligación de entregar posteriormente la cosa a título de prenda, de manera que si después no se entrega, el acreedor puede exigir el cumplimiento coactivo en forma específica. (8)

a.4.2 Son objeto de la prenda (objeto material o indirecto) los bienes muebles (pudiendo ser inmateriales), individualizados, o universalidades de bienes muebles, o derechos sobre unos u otros. También pueden ser objeto de la prenda los créditos, e inclusive cosas futuras o ajenas, pero en este caso, comenzarán a surtir efectos cuando lleguen a existir o la adquiera el pignorante.

(8) BRANCA, Guissepe. Op. Cit.

a.5 Obligaciones del deudor prendario.

a.5.1 La más importante es que entregue el bien afecto a la prenda, ya sea éste una cosa o un documento. (art. 2786 y 2801) la entrega puede ser al acreedor o a un tercero.

a.5.2 Como obligación accesoria, y que no siempre se da, deberá reembolsar los gastos de conservación de la cosa (art. 2790).

a.5.3. Restituir la prenda cuando ésta resulta insuficiente (art. 2794).

a.6 Derechos del deudor prendario.

a.6.1 Puede solicitar el secuestro de la cosa si el acreedor ha abusado de ella (art. 2792).

a.6.2 Reivindicar la cosa dada en prenda, una vez que haya cumplido con la obligación principal (art. 2794).

a.6.3 Solicitar al juez la venta de la cosa cuando se presente una ocasión favorable (art. 2795).

a.6.4 Puede oponer contra el acreedor la compensación o cualquier otra excepción que tuviere contra el acreedor (art. 2805).

a.7 Obligaciones del acreedor prendario.

a.7.1 Debe conservar y custodiar la cosa recibida en prenda, y responder de la pérdida y deterioro de la misma (art. 2790).

a.7.2 No podrá, salvo pacto en contrario, usar de la cosa, salvo que el uso sea necesario para la conservación de ella (art. 2792).

a.7.3 No puede darla en prenda, o conceder a algún tercero su goce (art. 2792).

a.7.4 Tratándose de prendas sobre créditos, el acreedor está obligado a cobrar los intereses del crédito o demás prestaciones periódicas, imputando su monto en primer lugar a las costas, intereses y después al capital (art. 2802).

a.7.5 Deberá realizar los actos de conservación del crédito recibido en Prenda (art. 2802).

a.7.6 Deberá cobrar el crédito a su vencimiento (art. 2803).

a.8 Derechos del acreedor prendario.

a.8.1 Tiene derecho a hacerse pagar el crédito y los intereses con prelación sobre la cosa recibida en prenda (arts. 2787, 2788 y 2798).

a.8.2 Si ha perdido la posesión de la cosa, tiene derecho a reivindicarla (art. 2789).

a.8.3 Salvo pacto en contrario, podrá hacer suyos los frutos de la cosa dada en prenda, si es que ésta produce frutos, imputándoles primero a gastos e intereses, y después al capital (art. 2791).

a.8.4 Tiene derecho a conservar la cosa, hasta en tanto no le haya sido satisfecha su deuda (arts. 2791 y 2803).

a.8.5 Tiene derecho a solicitar la venta de la cosa (arts. 2795, 2796 y 2897).

a.8.6 Puede solicitar al juez que le asigne en pago el crédito dado en prenda, cuando no se ha satisfecho su derecho (art. 2804). (9)

a.9 Prenda irregular.

Es aquélla que goza de un inmediato poder liberatorio, al igual que las arras. Se constituye cuando se dan

en garantía cosas genéricas como tales, de suerte que el acreedor, extinguido el crédito, deberá restituir otros tantos. (10)

a.10 Indivisibilidad de la Prenda.

Señala el artículo 2799 que la prenda es indivisible y garantiza el crédito mientras éste no esté satisfecho íntegramente, aún cuando la deuda o la cosa dada en prenda sean divisibles. (11)

b) Estados Unidos. En Estados Unidos, los autores suelen coincidir en que la prenda es el contrato de garantía de mayor importancia. En Estados Unidos la regulación de la prenda, y en general de toda la materia mercantil se hace en base a un Código de Comercio Federal (Uniform Commercial Code) y de su respectivo Código Local para cada uno de los estados de la Unión. (12) Futuras referencias hechas a artículos, se entenderán hechas al Código de Comercio del Estado de Louisiana, que básicamente recoge los mismos principios que el "Uniform Commercial Code".

Distinguen las figuras de prenda y privilegio. Se diferencian en que la prenda tiene un origen contractual, mientras que el privilegio se constituye por ministerio de Ley. Asimismo, surgen dos figuras similares, en sí se puede decir iguales, la primera la prenda, en la cual el acreedor

(10) BRANCA, Giuseppe. Op. Cit.

(11) MESSINEO, Francesco. Op. Cit.

(12) SLOVENKO, Ralph. Of Pledge, págs. 59-133.

recibe del deudor los bienes que se dan en prenda, y la segunda la denominada "chattel mortgage", en donde el deudor prendario continúa en posesión de sus bienes, es decir, se da la figura de la desposesión de la prenda. (13)

b.1 Características.

b.1.1 Es un contrato de naturaleza accesoria, ya que se da en garantía de un crédito (art. 3133).

b.1.2 Puede dar en prenda únicamente aquél que tiene un derecho de propiedad sobre el bien. Se permite que una persona puede dar en prenda para garantizar la obligación de un tercero (art. 3141). Lo puede hacer también un representante, cuando éste se encuentra debidamente facultado para hacerlo (art. 3149).

b.1.3 La prenda se perfecciona con la entrega de la cosa, es decir, es un contrato real. Sin embargo, si se quiere ampliar el derecho de prenda, y el bien se encuentra en posesión del acreedor, éste no tiene que volver a entregar el bien, es decir, en este caso, opera con la consensualidad. (14)

b.1.4 La devolución de la cosa entregada en prenda no presupone que se ha extinguido la obligación principal; ésta subsistirá como depositario del bien otorgado en prenda.

(13) SLOVENKO, Ralph. Op. Cit.

(14) SLOVENKO, Ralph. Op. Cit.

b.1.5 La entrega de la cosa dada en prenda se puede hacer a un tercero, el cual se considerará como depositario del bien entregado en prenda.

b.1.6 El acreedor prendario no tiene derecho a usar la cosa, debe cuidarla y conservarla en su posesión, y no puede a su vez darla en prenda. Si ocurre lo anterior, el derecho de retención del acreedor prendario se extingue por ministerio de ley (art. 3166).

b.2 Extinción. El contrato de prenda se extingue por:

b.2.1 la extinción de la obligación principal que se encontraba garantizando.

b.2.2 la nulidad del contrato de prenda, por vicios del consentimiento, ya sea por error, dolo, etc.

b.2.3 por el uso inadecuado de la cosa por parte del acreedor prendario.

b.2.4 por la pérdida de la cosa, en cuyo caso responde el acreedor prendario, si el bien se encontraba bajo su posesión, y en tanto no demuestre que ocurrió por caso

fortuito o fuerza mayor. (art. 3167) (presunción juris tantum).

c) Venezuela

Es curiosa la legislación venezolana, y a la vez muy acertada, ya que, como en España, regula dos formas de constituir la prenda, la primera de ellas es la común ordinaria que se regula en el Código Civil Venezolano y la segunda se regula por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (15). En este caso nos referiremos únicamente a la primera de ellas. Referencias a artículos en este subinciso, se entenderán hechas al Código Civil Venezolano.

c.1 Concepto.

Es un contrato por el cual el deudor, o un tercero da al acreedor una cosa mueble en seguridad del crédito, la cual deberá restituirse al quedar extinguida la obligación (arts. 1837 y 1843). Cabe hacer notar que a diferencia de otras legislaciones, ésta la define como un contrato. Pero esta definición sólo es aplicable a prendas regulares, ya que existen prendas derivadas de actos jurídicos no contractuales. (16)

(15) AGUILAR, José Luis. Derecho Civil IV, Garantías y Contratos, págs. 236-248.

(16) AGUILAR, José Luis. Op. Cit.

c.2 Forma.

La ley exige la redacción de un instrumento de fecha cierta que contenga la declaración de la cantidad debida, así como de la especie y de la naturaleza de las cosas dadas en prenda, a menos que el valor del objeto no exceda de 2,000 bolívares (art. 1834). Si se trata de prenda sobre créditos que consten en títulos nominativos, se deberá notificar al deudor (art. 1840).

c.3 Objeto.

c.3.1 Sólo puede constituirse sobre bienes muebles.

c.3.2 Sólo puede constituirse sobre cosas que estén en el comercio y que sean susceptibles de ejecución forzosa.

c.3.3 Sólo puede constituirse sobre cosas susceptibles de ser poseídas.

c.4 Derechos del acreedor prendario.

c.4.1 Tiene derecho a poseer la prenda (art. 794).

c.4.2 Tiene un derecho parcial a retener la prenda mientras no se le haya pagado totalmente la deuda garantizada, más intereses y gastos (arts. 1852 y 1853).

c.4.3 Derecho de hacer vender la prenda judicialmente (*ius distrahendi*) (art. 1844).

c.4.4 El acreedor prendario tiene frente a los demás acreedores, preferencia sobre el precio de la prenda en orden al cobro de la deuda garantizada (*ius prelationis*) (arts. 1868 y 1872).

c.5 Obligaciones del acreedor prendario.

c.5.1 Tendrá la obligación de restituir la prenda, hasta en tanto no le ha sido satisfecho su adeudo.

c.5.2 Obligación de guardar y conservar la prenda para evitar su pérdida o deterioro. De esta obligación deriva la obligación de cobrar judicial o extrajudicialmente el crédito que se le hubiere dado en prenda (arts. 1845 y 1747).

c.5.3 No podrá dar a su vez en prenda la cosa que le ha sido entregada en prenda (sub-prenda).

c.5.4 Estará obligado a no usar la cosa dada en prenda.

c.5.5 Está obligado a percibir los frutos que produzca la cosa dada en prenda, pero no tiene el derecho de apropiárselos (art. 1846).

c.6 Derechos del Deudor Prendario.

c.6.1 Solicitar al juez que ponga en secuestro la prenda si el acreedor incumple su obligación de no usar la prenda (art. 1848).

c.6.2 Tiene derecho a que se le restituya la prenda cuando ha cumplido con su obligación principal.

c.7 Obligaciones del Deudor Prendario.

c.7.1 Está obligado a entregar la cosa.

c.7.2 Deberá reembolsar al acreedor si éste realizó gastos de conservación (art. 1845).

c.8 Extinción de la Prenda.

c.8.1 Por vía de consecuencia cuando se extingue la obligación principal.

c.8.2 Por vía principal la prenda se extingue por las causas de extinción del derecho común (nulidad, anulación, prescripción, pérdida de la cosa, etc.). (17)

(17) AGUILAR, José Luis. Op. Cit.

3. Marco Legal de la Prenda Mercantil en México.

a) Antecedentes.

a.1 Ordenanzas de Bilbao. Es el primer cuerpo legal que rige el derecho mercantil en México, el cual entró en vigor por órdenes de 22 de febrero de 1792 y 27 de abril de 1801. No trata directamente de la prenda mercantil, sin embargo se encuentran en ella ciertos casos de prenda especial. Cabe hacer notar que las operaciones prendarias de carácter comercial se regían por el derecho civil.

Los casos de prenda especial que consagran dichas Ordenanzas son las siguientes:

a.1.1 El capítulo VII que reglamenta lo relativo

a

"la paga de averías, y la que deberán hacer el contador, tesorero y vendedor de descargas para su custodia y buena cobranza y administración",

establece en su número 13 que

"En ningún caso se han de poder obligar ni hipotecar dichas averías (faltando caudal de

ellas) por Prior, Cónsules y Concilia-
rios...".

Se establece por tanto una prohibición para la constitución de hipotecas, por lo que podemos inferir de esta disposición que era posible la constitución de hipotecas comerciales. Debe de extenderse a la hipoteca como prenda cuando se constituía sobre bienes muebles.

a.1.2 El capítulo X de las Ordenanzas establece una garantía prendaria sobre los bienes muebles del socio (así como una garantía hipotecaria sobre los inmuebles) para asegurar el pago de las obligaciones que tuviere la Sociedad.

a.1.3 Asimismo el capítulo XVII de las Ordenanzas, que reglamenta las quiebras, establece el derecho que tienen los acreedores privilegiados (prendarios e hipotecarios) en cuanto a la preferencia de sus pagos sobre los acreedores personales. El mismo capítulo XVII establece la prohibición a los quebrados de pignorar o hipotecar sus bienes.

Por todo lo anterior, podemos concluir que las Ordenanzas de Bilbao, regulan algunos casos aislados de prenda mercantil y por lo tanto dicha institución debía

regirse conforme a las disposiciones del derecho civil. No existen antecedentes sobre la regulación de la prenda sobre acciones o partes sociales (18).

a.2 Código de 1854. Dicho código es el primero que rige en México en su vida independiente, siendo promulgado el 16 de mayo de 1854, contiene la prenda mercantil en la enumeración que hace de los negocios que estima como mercantiles, sin reglamentarlos genéricamente y únicamente mencionando casos de prenda especiales.

a.2.1 El Artículo 218 de dicho ordenamiento establece que la "Ley reputa negocios mercantiles:

... Tercero: Las fianzas o prendas en garantías de responsabilidades mercantiles...".

De lo anterior podemos derivar que dicho ordenamiento hace suponer que existía el contrato de prenda mercantil cuando garantizare responsabilidades mercantiles, siempre y cuando se constituya sin formalidades ajenas al comercio.

a.2.2 Por cuanto a su reglamentación el artículo 219 del mismo establece:

(18) LEON A., Luis. Revista de Derecho Notarial, Sept. 1974, págs. 15-86.

"Las obligaciones y contratos mercantiles pueden celebrarse según los modos establecidos por el derecho común para las obligaciones y contratos en general, salvo los nuevos especiales determinados en este Código".

De aquí podríamos derivar que el marco legal de la prenda mercantil sería el previsto en el ordenamiento civil de dicha época.

Como se establecía anteriormente en el Código de 1854, existen casos de prendas aislados. A manera de referencia los artículos 213, 608, 620, 624, 627 y 632 del Código de 1854 establecían casos especiales de prenda mercantil.

a.3 Código de 1884. Dicho código se expidió el 20 de abril de 1884 y empezó a regir el 20 de julio del mismo año. Por primera vez se reglamenta el contrato de prenda mercantil, y en especial la prenda sobre acciones. (19)

Cabe señalar en primer lugar que el artículo 3 del Código de referencia, comprende a la prenda mercantil como un acto de comercio.

Posteriormente en su título Décimo Segundo lo conceptúa como: "de la prenda e hipoteca mercantiles".

(19) MORENO CORA. Tratado de Derecho Mercantil Mexicano, Cap. XII, Sec. 3a. (Citado por LEON A., Luis. Op. Cit.)

Empieza su reglamentación haciendo una distinción entre los bienes muebles e inmuebles del comerciante que no pertenecen directamente a la negociación mercantil por una parte, y por la otra los muebles e inmuebles pertenecientes a esa negociación. En el primer caso, al hipotecar el comerciante los inmuebles o dar en prenda los muebles, debe sujetarse a las disposiciones del derecho común, es decir al Código Civil vigente en ese momento; en el segundo caso, para hipotecar los bienes raíces se requiere: 1o.- la intervención de un corredor de número, 2o.- los requisitos comunes y 3o.- el registro mercantil respectivo; y para dar en prenda las mercancías debe: 1o.- hacer intervenir a un corredor y 2o.- otorgar el contrato mediante póliza que lo especifique claramente (artículos 942 a 944).

Dicho criterio no parece ser el más adecuado, toda vez que el calificativo de mercantil depende de si dichos bienes muebles o inmuebles pertenecen o no a la negociación mercantil, siendo que deberían de estar hacer referencia al acto.

Como se señaló anteriormente, dicho Código reglamenta la prenda sobre títulos de deudas públicas y acciones de compañía (artículos 945 a 953). Disponiendo el artículo 945 lo siguiente:

"Los títulos de deudas públicas y las acciones de compañías, ya estén al portador, a la orden o en nombre propio, pueden ser motivo del contrato de prenda y no del de la hipoteca. El contrato se celebrará precisamente ante corredor titulado y mediante póliza que lo especifique; y además el corredor que interviene en él, anotará los títulos o acciones que se den en prenda, expresando los nombres de los contratantes, la cantidad, réditos y plazo del contrato y las condiciones especiales que se pactaren".

Por lo anterior podemos establecer que la prenda sobre títulos de deudas públicas y de acciones de compañía es un acto formal, ya que exige para su constitución una serie de requisitos.

El clásico efecto de la prenda, consiste en el derecho del acreedor pignoraticio de realizar la cosa si no cumple el deudor la obligación principal, dicho principio quedó consagrado en el artículo 946, que faculta al acreedor, en tratándose de prendas sobre títulos de deuda pública y acciones de compañías, para que al cumplirse el plazo sin que el deudor pague su crédito, elija entre adquirir

"el dominio de los títulos o acciones por el precio corriente que tengan en la plaza de este día"

o en

"sacarlos a la venta por conducto de un corredor titulado, el que no puede venderlos en menos de las dos terceras partes del precio de plaza que tengan en el día de la venta".

Cabe mencionar que el artículo 947 del Código de 1884 reglamenta la hipoteca de negociaciones comerciales, institución que podríamos llamar antecedente a la hipoteca industrial, reglamentado hoy en día por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y por la Ley de Instituciones de Crédito.

a.4 Código de 1890. El Código de Comercio de México, empezó a regir el 1o. de enero de 1890, reglamentaba el contrato de prenda mercantil en su título undécimo, artículos 605 a 615. Aún y cuando dicho código se encuentra en vigor los artículos de referencia fueron derogados por la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
(20)

Dicho código no establecía el concepto del contrato de prenda, por lo cual debemos remitirnos al concepto que de él se da en el Derecho Civil. Cabe señalar que mientras

la prenda mercantil se reguló por el Código de Comercio de 1890, dos Códigos Civiles estuvieron en vigor, el de 1870, el cual fue substancialmente reformado en 1884 (aunque no se reformó en lo tocante a la prenda) y el Código Civil de 1928, que entró en vigor en 1932 y que se encuentra actualmente en vigor. El Código Civil de 1870 definía a la prenda en su artículo 1889 (el cual correspondió al artículo 1773 por las reformas de 1884) señalando que:

"La prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Asimismo, el Código de 1928 define a la prenda en su artículo 2856 estableciendo que:

"La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Como se puede observar, ambas definiciones son substancialmente iguales. (21)

(21). BATIZA, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928, págs. 1156 y 1157.

El Código de Comercio de 1890 empieza su reglamentación estableciendo que:

"se reputará mercantil la prenda constituida para garantizar un acto de comercio",

calificando por tanto al contrato, en atención a su carácter accesorio. Presume además que la prenda constituida por un comerciante tiene también naturaleza mercantil; salvo prueba en contrario, o bien cuando otra cosa se hubiere estipulado al celebrarse el contrato (art. 605). Al respecto, algunos tratadistas señalan que el Código es consecuente con la teoría que en aquella época se había venido desarrollando al tratarse de los contratos que existían tanto en el derecho común como en el comercial, el cual presumía la comercialidad de un contrato cuando tenía por objeto un acto de comercio y presumía la misma comercialidad cuando el acto lo constituía un comerciante. (22)

El objeto indirecto del contrato, pueden ser todos los bienes muebles, tanto corpóreos como incorpóreos, es decir, cosas y derechos (art. 606).

La forma del acto, estaba supeditada a la del contrato principal, teniendo los mismos requisitos de forma que tuviese el contrato (art. 607).

(22) MORENO CORA, (Citado por LEON A., Luis. Op. Cit.)

La prenda es considerada expresamente por la ley como contrato real en el artículo 608, aunque también se admite la entrega jurídica; este precepto estipula que para que se tenga por constituida

"deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente, surtiendo efecto contra tercero mientras permanezca en poder del acreedor".

Es el artículo 609 el que establece la característica especial de la prenda, la de responder en caso de incumplimiento de la obligación principal, y además establece que la prenda también responde de los intereses devengados, así como de los gastos hechos por el acreedor para la conservación de la cosa.

Llegada la fecha de vencimiento de la deuda, no puede el acreedor aún pedir la realización de la cosa para hacerse el pago de las prestaciones a que tiene derecho sino que la ley otorga al deudor un plazo adicional de diez días más para que la cosa pueda venderse y durante el cual pueda éste verificar el pago (art. 610).

El artículo 611 establece el procedimiento de venta de prenda:

"La prenda será valuada y realizada por dos corredores, nombrado uno por cada parte o por un tercero nombrado por éstos en caso de discordia, o por la autoridad judicial en defecto de ellos".

El artículo 612 establece la indivisibilidad de la prenda, cuestión que va ligada a la accesoriedad de la misma.

El artículo 613 prohíbe el pacto comisorio estableciendo que:

"el acreedor pignoraticio no podrá hacerse dueño de la prenda sin el expreso consentimiento del deudor, manifestado por escrito y con posterioridad al vencimiento de la deuda",

protegiendo al deudor para que el acreedor no se adjudique la prenda, obteniendo de esta manera un lucro indebido.

Sin embargo, si el deudor consiente el mencionado pacto con posterioridad al vencimiento de la deuda, manifestándolo por escrito, el pacto es válido, pues en estas

condiciones el deudor pignoraticio se encuentra en situación más favorable para apreciar las condiciones del convenio. En este caso se estaría dando la figura de la dación en pago contemplada en el Artículo 2096 del Código Civil.

b) Situación Jurídica Actual: qué leyes la regulan directa o indirectamente.

b.1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Este ordenamiento entró en vigor el 15 de septiembre de 1933, derogando, entre otros, los artículos 605 al 615 del Código de Comercio de 1889 que regulaban a la prenda mercantil. Esta ley reglamenta a la prenda mercantil en su título 2, capítulo IV, Sección 6a., artículos 334 a 345.

b.2 Código Civil. Se expidió el 30 de agosto de 1928 y entró en vigor el 1o. de octubre de 1932. Regula a la prenda en sus artículos 2856 a 2892, aplicándose supletoriamente a la LTOC de conformidad con el Artículo 2o., fracción IV de la LTOC.

b.3 Ley del Mercado de Valores. Esta ley entró en vigor el 3 de enero de 1975. Reglamenta la prenda sobre acciones que se cotizan en bolsa o acciones depositadas en instituciones para el depósito de valores en los artículos 57, fracción IV, inciso a) y 77 de dicha ley.

b.4 Ley de Instituciones de Crédito. Dicho ordenamiento entró en vigor el 19 de julio de 1990. Reglamenta a la prenda mercantil en sus artículos 69 y 70 dentro del capítulo III que se refiere a las operaciones activas.

b.5 Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.- Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973 y entró en vigor en mayo del mismo año. Reglamenta en su artículo 23, fracción IV a los títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros o estén dados en garantía a favor de éstos, así como su transmisión.

CAPITULO II

MECANICA OPERATIVA DE LA PRENDA MERCANTIL

38

CAPITULO II

MECANICA OPERATIVA DE LA PRENDA MERCANTIL

1. Acepciones de la Palabra Prenda.

La voz prenda es un vocablo equívoco, ésto es, que posee varias acepciones. En efecto, con la mencionada palabra se designan en la ciencia del derecho tres ideas diversas, a saber:

a) el contrato en virtud del cual el deudor o un tercero, obrando a nombre de aquél, entrega al acreedor una cosa mueble para garantizar el pago o cumplimiento de una obligación principal;

b) el derecho real que tiene el acreedor sobre la cosa dada en prenda; y

c) la cosa misma u objeto indirecto del contrato. (23)

2. Concepto.- No existe en la legislación mercantil mexicana un concepto sobre la institución de la prenda, la cual se reglamenta en la LTOC (título segundo, capítulo IV, Sección Sexta, artículos 334 a 345), por lo tanto, dicho

(23) LEON A., Luis. Op. Cit.

concepto es definido supletoriamente en el Código Civil, de conformidad con el artículo 2o. de dicha ley que señala:

"Art. 2o.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

... IV.- Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal."

En consideración a lo anterior, el Código Civil del Distrito Federal define a la prenda de la siguiente manera:

"Art. 2856.- La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

De lo anterior se puede desprender que el Código Civil toma la acepción de que es un derecho real.

Para el Dr. Francisco Lozano Noriega dicha definición es inadecuada, toda vez que la definición no es del contrato de prenda sino del derecho real a que da nacimiento el contrato de prenda. Por lo tanto define a la prenda de la siguiente manera: "Es aquél por virtud del cual el deudor afecta un bien mueble enajenable con el derecho real del

mismo nombre - derecho real de prenda - para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (24). Esta definición, elaborada para la prenda civil, puede, no obstante, aplicarse a la prenda mercantil, ya que ésta tiene los mismos caracteres que aquélla, diferenciándose solamente en cuanto a la materia de la cosa que se da en prenda.

Asimismo, Rodríguez y Rodríguez acepta el concepto del derogado Artículo 605 del Código de Comercio que señala que:

"Art. 605.- Se reputará mercantil la prenda constituida para garantizar un acto de comercio. A menos que al constituirse se haya expresado, o que se pruebe lo contrario, se considerará mercantil la prenda constituida por un comerciante"

Continúa diciendo que dicho artículo no está derogado, como no lo está ningún otro de los del Código de Comercio referentes al contrato de prenda, en tanto que no lo haya sido expresamente o implícitamente por la existencia de normas especiales posteriores. Esto sucede con lo relativo a la forma de la prenda y su enajenación. (25)

(24) LOZANO, Francisco. Op. Cit.

(25) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil II, págs. 261-270.

Sobre el particular, el Licenciado Arturo Díaz Bravo (26) señala que tales afirmaciones de Rodríguez y Rodríguez carecen de razón, ya que el Artículo 3o. transitorio de la LTOC señala que: "Quedan abrogados los artículos ... 605 al 634 ... del Código de Comercio ...", entre los cuales se encontraban todos los que regulaban la prenda mercantil.

Por otra parte, Cabanellas (27) señala que la prenda es un contrato y derecho real por los cuales una cosa mueble se constituye en garantía de una obligación, mediante la entrega de la posesión al acreedor, concediéndole el derecho para enajenarla en caso de incumplimiento y hacer su pago con lo obtenido.

Por último, el Lic. Rojina Villegas define a la prenda como aquel contrato real accesorio, por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor, una cosa mueble enajenable determinada para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla dicha obligación. (28)

(26) DIAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles, págs. 190-198.

(27) CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, págs. 366 y 367.

(28) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Contratos, Tomo II, Número 116.

3. Prenda Civil y Prenda Mercantil.

Como es sabido el derecho mercantil ha surgido como un derecho de excepción con respecto al civil; se le ha denominado un derecho de clase, porque ha venido a regir las relaciones jurídicas entre una clase determinada: los comerciantes. Ha surgido por la ineficacia del derecho civil para regular las relaciones comerciales, lo que demuestra que ambas ramas del derecho son enteramente diferentes y obedecen a principios distintos, por lo tanto sería inadecuada su unificación.

Todos los actos de comercio deben por consiguiente regirse por la legislación comercial y, por su parte, los actos no comerciales deben hacerlo por medio del derecho civil.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el contrato de prenda mercantil debe regirse sólo por el derecho mercantil, y, en lo no previsto por éste, en el derecho civil, contrariamente a la prenda civil que se regirá exclusivamente por el derecho civil.

Hay varios criterios para distinguir si la prenda es civil o es mercantil. Desde un punto de vista del criterio

subjetivo, es decir, aquél que señala que son actos de comercio los que ha realizado una persona que tenga el carácter de comerciante, podríamos señalar que la prenda será mercantil cuando quien la constituya tenga el carácter de comerciante. Sin embargo, dicha calificación no sería la más adecuada, toda vez que un comerciante podría celebrar un contrato civil y de inmediato dejaría de ser dicho contrato mercantil por esa misma calificación.

Asimismo, existe otro punto de vista, que se basa en el criterio de la cosa mercantil. Sobre el particular, éste no ha sido adoptado por nuestra legislación, ya que la LTOC no resuelve el problema, pues sólo se limita a decirnos la manera de constituir el contrato (artículo 334 de la LTOC).

Desde un criterio fundado en el carácter accesorio, la prenda sería mercantil, si garantizase un contrato mercantil, criterio que ha sido adoptado por varios doctrinarios y varias legislaciones, como por ejemplo la francesa, entre otras. Esta calificación parece ser la más adecuada para nuestra legislación, toda vez que la misma sigue la doctrina objetiva para la determinación de los actos de comercio. En efecto, basta que una ley mercantil exprese los actos que tienen naturaleza comercial, y por otra parte manifieste que el contrato de prenda será mercantil cuando se constituya para garantizar un acto de comercio para que la cuestión se

resuelva y no exista por tanto duda alguna para fijar la distinción entre el contrato civil y el comercial.

Por otro lado, la LTOC, en su artículo 334 señala en qué caso se constituye la prenda en materia de comercio, señalando algunos casos aislados. Para concluir podemos establecer que para señalar la mercantilidad de la prenda fundados en nuestra legislación comercial vigente, diremos que sólo puede hacerse invocando el artículo 1o. in fine de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito el que categóricamente establece: "... las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio".

4. Características.

Los caracteres del contrato de prenda son los siguientes:

a) EL CONTRATO DE PRENDA DEBE CONSTAR POR ESCRITO. Si se otorga en documentos privados, se firmarán dos ejemplares; uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda frente a terceros si no consta la fecha de registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente (Artículo 2860 del Código Civil).

Al respecto el Lic. José María Abascal Zamora (29) señala que no siempre es necesario hacerlo por escrito cuando la prenda se constituya por la entrega al acreedor de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al portador; por el depósito de los bienes o títulos, si éstos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor; por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, y, por la entrega al acreedor del título del documento en el que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, con notificación hecha al deudor (artículo 334, fracciones I, III, IV y V LTOC).

Continúa el Licenciado Abascal Zamora señalando que, en cambio, presupone forma escrita cuando se constituya por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos a la orden, y por este mismo endoso y la anotación en el registro del emisor, si se trata de títulos nominativos; por el endoso y entrega del título representativo de los bienes objeto del contrato, o por la creación y emisión o el endoso del bono de prenda; por la suscripción e inscripción del contrato de crédito refaccionario y de habilitación en los términos del Artículo 326 de la LTOC (Artículo 334, fracciones II, III, VI y VII LTOC).

(29) ABASCAL ZAMORA, José María. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VII, págs. 175-182

Requiere forma escrita la prenda que las instituciones de crédito reciban de créditos en libros, que deberá hacerse constar en el contrato, siendo necesario que los mismos se hayan especificado en las notas o relaciones y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución en un libro especial de asientos sucesivos, en orden cronológico, en el que se expresará el día de la inscripción (Artículos 334, fracción VIII de la LTOC y 74 de la LIC). También se requiere que la prenda conste por escrito cuando se empeñen valores depositados en el INDEVAL, caso en que la garantía se constituirá y formalizará ante el INDEVAL mediante contrato que debe constar por escrito, sin que sea necesaria hacer entrega o endoso de los títulos materia del contrato, ni en su caso, la anotación en el registro respectivo (Artículo 77 LMV).

Otro requisito de forma es que cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de ésta se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constar por escrito (Artículo 336 de la LTOC). Lo que en este caso debe quedar por escrito es el pacto, no así la constitución de la prenda.

Otro requisito de forma es el resguardo que deberá entregar el acreedor prendario al deudor cuando la prenda se constituya en los términos de las fracciones I, II, III, V y VI del Artículo 334 de la LTOC, en el cual exprese el recibo de los bienes o títulos dados en garantía y los datos necesarios para su identificación. En este caso, Abascal Zamora señala que dicha obligación no constituye un requisito de forma y no se hará exigible, si el deudor no lo pide.

De todo lo anterior, podemos concluir que toda vez que la prenda es un contrato accesorio, lo más conveniente sería que constare por escrito, para dar mayor seguridad a dicho acto de garantía y no se sujete a interpretaciones distintas. La falta de forma escrita, cuando así lo requiere la ley produce la nulidad relativa, el acto se convalida con su confirmación en la forma anotada y si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable, siempre que no se trate de un acto revocable, cualquier interesado podrá exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley, mediante la "actio pro forma" (artículos 2226, 2229, 2231 y 2232 del Código Civil). Más aún la LQSP en su artículo 159, fracción VI, inciso (d) establece:

"Art. 159.- En consecuencia, podrán separarse de la masa los bienes que se encuentren en

las situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análoga:

... VI. Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos:

... d) Prenda constituida por escritura pública, en póliza otorgada ante corredor, en bonos de los Almacenes Generales de Depósito o en favor de una institución de crédito..."

Al respecto el Lic. Rodríguez y Rodríguez (30) comenta que:

1º Desde luego que se trata de bienes del quebrado dados en prenda para garantizar una deuda propia o ajena, pero que han quedado en posesión del quebrado en virtud de un constitutum possessorium.

2º) No toda constitución de prenda goza del beneficio de separación a favor del acreedor prendario, sino que precisa que sea prenda constituida en escritura pública, o en póliza otorgada ante corredor, o en bono de almacén general de depósito o en favor de una institución de crédito.

(30) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, págs. 172 y 173.

3º) Esta acción separatoria a favor del acreedor prendario supone dos gravísimas anomalías, en contradicción con principios claros de la propia LQSP; en efecto, se concede una acción separatoria en relación con bienes que son del quebrado. La técnica de las acciones separatorias, configuradas en los arts. 158 y 159 de la LQSP, presupone que se trata de bienes que no son del quebrado y si excepcionalmente se otorga acción separatoria a favor del no propietario en contra del quebrado propietario (caso de las acciones reivindicatorias útiles), ello ocurre sólo cuando el separatista es económicamente el dueño de los bienes cuya separación pretende.

Continúa señalando que, además ésta separación contradice todo el sistema organizado en la LQSP referente a los acreedores en general y a los prendarios e hipotecarios en particular.

El legislador pudo optar entre dos sistemas: el que podemos llamar alemán, con arreglo al cual los acreedores prendarios e hipotecarios tienen derecho a un cobro por separado sobre los bienes hipotecados o pignoralos, y el antiguo sistema español en el que estos acreedores se consideraban como privilegiados pero cobraban dentro del concurso.

De un modo totalmente consciente, la Comisión redactora del Proyecto de la LQSP decidió acabar con el sistema de las ejecuciones individuales y de las persecuciones aisladas cuando el deudor hubiese sido declarado en quiebra, y al efecto, en el art. 126 de la LQSP, aunque autoriza la prosecución de ciertos juicios, entre los que se encuentran los prendarios e hipotecarios, obligó con arreglo al art. 127 de la LQSP a que una vez que existiera sentencia ejecutoriada tales acreedores acudiesen al concurso a efectos de graduación y pago. Todos los acreedores, cualquiera que sea su naturaleza, cobran en el concurso. Los acreedores prendarios e hipotecarios se encuentran sometidos a dicha norma legal, si bien, reciben la consideración de acreedores con privilegio especial, que sólo cobran después de los singularmente privilegiados (gastos de entierro, de enfermedad y trabajadores, art. 262 LQSP) y con exclusión absoluta de los demás acreedores en relación con el producto de los bienes hipotecados o dados en prenda (arts. 263, 265 (sic)* y 265 en relación con el 261 fracs. II y III de la LQSP).

No obstante esta directriz, más o menos discutible, pero evidentemente clara en la estructura de la LQSP, el inciso d) de la fracción VI del artículo 159 de la LQSP viene a suponer una excepción, sin base alguna, en cuanto

* Debería decir: 264

autoriza al acreedor prendario del deudor quebrado a obtener la separación de la masa de la quiebra de los bienes que el deudor le hubiese dado en prenda y constituye así, en su favor, un privilegio fuera de la sistemática de toda la ley.

Concluye señalando que sólo un olvido pudo permitir la presencia de esta norma que, sin duda, en una posterior revisión de la ley y a reserva naturalmente de lo que la práctica, la jurisprudencia y la opinión de los jurisperitos determine, deberá ser eliminada de este ordenamiento legal.

b) ES UN CONTRATO REAL (artículos 334, LTOC y 2858, Código Civil: "para que se tenga constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente"). Por eso, si la cosa no se ha entregado, no hay contrato de prenda, y sólo podrá hablarse de un contrato preparatorio o de una promesa de prenda (artículo 2871 del Código Civil). Al respecto cabe señalar lo que comúnmente se conoce como la "desposesión de la prenda", que algunos autores consideran como un privilegio, toda vez que el acreedor tendrá preferencia para que se le pague con el producto de los bienes del deudor, en tanto que no hayan salido de su patrimonio. Por otro lado, ciertos autores comentan que no es un privilegio, sino una prenda, la cual, inclusive, se encuentra perfeccionada, ya que la entrega en

este caso se da por ministerio de ley, es decir, es una entrega jurídica como ocurre con los préstamos bancarios para la adquisición de bienes de consumo duradero. Dispone el artículo 2871 del Código Civil que:

"Si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en prenda y no la hubiera entregado, sea con culpa suya o sin ella, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación o que éste se rescinda".

Del anterior precepto podemos derivar que, si bien la prenda no se ha perfeccionado, el acreedor tiene el derecho de exigir el perfeccionamiento del mismo, a menos que la cosa hubiera pasado a poder de un tercero en virtud de cualquier título legal (artículo 2872 del Código Civil);

c) ES UN CONTRATO ACCESORIO. Lo anterior en cuanto a que el contrato de prenda sigue la suerte y el destino de la obligación que garantiza, de tal modo que extinguida esta obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda (artículos 2856 y 2891 del Código Civil);

d) ES UN CONTRATO INDIVISIBLE (artículo 2890 del Código Civil). Que el derecho y obligación que resulta de la prenda son indivisibles, significa que el acreedor prendario conservará íntegramente la prenda, en tanto que no se pague la totalidad del crédito, intereses y gastos. La LTOC no prevé excepción alguna, pero en el Código Civil se admite el pacto en contra, cuando se ha establecido el pago en abonos y la prenda sea fácilmente divisible (artículo 2890 in fine del Código Civil);

e) TIENE EL CARACTER DE UNILATERAL. Toda vez que en el contrato de prenda el acreedor es el único obligado principalmente y las demás obligaciones nacen con ocasión de hechos no necesarios y posteriores a la perfección del mismo contrato. Pero la obligación de conservar la cosa, que en derecho mercantil adquiere relieves extraordinarios, así como otras consecuencias que se deducen del estudio de su contenido obligacional, hacen que deba considerarse como muy discutible la afirmación de la unilateralidad de este contrato. En mi opinión, es un contrato bilateral en amplio sentido, toda vez que hay obligaciones para ambas partes. Mas no es un contrato de los que la doctrina denomina bilateral sinalagmático, en el cual no sólo es necesario que existan obligaciones del contrato derivadas de una y de la otra parte, sino que además, es menester que tales obligaciones sean recíprocas, lo que implica que debe haber

una estrecha interdependencia de la obligación a cargo de una parte y de la obligación a cargo de la otra, de tal manera que si una de dichas obligaciones, por imposibilidad del objeto, no nace al celebrarse el contrato, tampoco nace la obligación a cargo de la otra parte, por lo que es justo señalar que la prenda es un contrato bilateral de los denominados por la doctrina imperfectos o no sinalagmáticos.

5. Naturaleza jurídica; Objeto.

a) Constitución. Como ha quedado señalado con anterioridad, el Código Civil define a la prenda como el derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Al respecto el Lic. Díaz Bravo (31) señala que en tal concepto no se establece su carácter contractual, como tampoco se consigna en la hipoteca (artículo 2893 del Código Civil), y sí, en cambio, con toda claridad, en el otro contrato civil de garantía, la fianza. Sin embargo, es el artículo 2860 del Código Civil que establece su carácter contractual señalando que "el contrato de prenda debe constar por escrito...". Sin embargo, Díaz Bravo (32) opina distinto, señalando que aunque en la inmensa mayoría de los casos, la prenda surge de una estipulación contractual concibe también la existencia de posibles casos de prenda unilateralmente constituidos para garantizar por

(31) DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. Cit.

(32) DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. Cit.

ejemplo, el pago de una pensión vitalicia también concedida en la declaración unilateral; la prenda consignada mediante el adecuado endoso, en un título de crédito (artículo 36 LTOC); la que como acto de liberalidad, puede constituir un tercero, aún sin consentimiento del deudor (artículo 2867 del Código Civil); y mediante simple notificación al acreedor.

En relación con lo anterior, el Maestro Abascal Zamora (33) sostiene lo contrario fundándose en las siguientes consideraciones: 1) Tradicionalmente, desde el derecho romano ha sido un contrato. 2) Constituye un derecho real, cuyo número es limitado a los que la ley reconoce como tales. En el caso de la prenda, las razones son evidentes: es una excepción a la regla general de que el deudor responde con todos sus bienes de todas sus deudas (artículo 2964 del Código Civil). Las normas que permiten su constitución, son excepcionales y deben interpretarse estrictamente. 3) Reúne los requisitos que para la existencia y validez del contrato exigen los artículos 1792 a 1795 del Código Civil. Hay un acuerdo de voluntades entre el dador de la prenda y el acreedor, que convienen en constituir esta garantía sobre los bienes empeñados. 4) Por último, si bien es cierto que el artículo 2856 del Código Civil no lo define como contrato, el propio Código Civil le da tal tratamiento al incluirlo en la segunda parte del libro

(33) ABASCAL ZAMORA, José María. Op. Cit.

cuarto, relativo a los contratos, calificándolo como tal, además en los artículos 2859, 2860 y 2875.

Los argumentos que expone Díaz Bravo no son convincentes: la circunstancia de que el artículo 2867 del Código Civil permita la constitución de la prenda sin consentimiento del deudor, no le priva el carácter de contrato ya que éste se celebra entre el dador de la prenda y el acreedor. La que se concede para garantizar una pensión vitalicia, otorgada por declaración unilateral, no es mercantil; además, sin discutir si la pensión vitalicia puede o no constituirse por contrato o por declaración unilateral, ella no privaría que la garantía accesoria, la prenda, naciera de una convención contractual. El endoso en garantía no implica que no haya contrato. En el endoso en garantía (artículo 36 de la LTOC) el consentimiento del dador de la prenda se expresa mediante el endoso y la tradición del título; el del acreedor por el acto de recibirlo. Respecto de que el artículo 2856 del Código Civil no define a la prenda como contrato, los artículos 2859, 2860 y 2875 del mismo ordenamiento si la definen como tal. Por último, el que un acto se haga por liberalidad, no implica que pierda su carácter contractual.

Continúa señalando el Maestro Abascal Zamora (34) que el hecho de permitir la constitución de la prenda por

(34) ABASCAL ZAMORA, José María. Op. Cit.

acto unilateral, implica hacerlo sin que el acreedor reciba la transferencia de la posesión. Lo que significa hacerlo sin publicidad. Constituir una prenda en tales circunstancias facilitaría el fraude de acreedores.

b) Obligaciones que pueden garantizarse. No existe limitación alguna al respecto. Todas las obligaciones civiles o mercantiles pueden garantizarse mediante la constitución de una prenda. El artículo 2856 del Código Civil se refiere a obligaciones en general, lo mismo pueden garantizarse con prenda las obligaciones puras, que las condicionales, y las obligaciones a plazo, lo mismo las ya existentes, que las obligaciones futuras. En este caso, no puede venderse ni adjudicarse la cosa empeñada sin que se pruebe que la obligación principal fue legalmente exigible (artículo 2870 del Código Civil).

c) Cosas que pueden darse en prenda. El Lic. Rodríguez y Rodríguez (35) establece que en razón del objeto se pueden considerar tres clases de prenda: sobre bienes muebles, sobre créditos y sobre títulos valores.

Se deduce que todas las cosas que sean muebles enajenables, podrán darse en prenda, ya sean corporales, ya incorporales. Los bienes dados en prenda pueden ser frutos pendientes de bienes raíces (artículo 334 de la LTOC).

(35) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil II, Op. Cit.

Por otro lado, no puede darse en prenda la cosa ajena, si no hay autorización de su dueño, aunque la ley establece una presunción de autorización cuando se pruebe debidamente que el dueño prestó su cosa a otro con el objeto de que la empeñara (artículos 2868 y 2869 del Código Civil). Por otro lado, Echavarry y Vivanco (36) opina que, "las cosas futuras que ni real ni simbólicamente puedan entregarse al acreedor, no pueden ser objeto de prenda, tampoco lo serán los libros de los comerciantes, pignoración que sería inmoral y opuesta a una obligación inherente al estado del mismo; los bienes públicos, los dotales, las pensiones, las rentas vitalicias a título gratuito, las patentes para ejercer una profesión personal, entre otras". Por lo que se refiere a la imposibilidad de pignorar los libros de los comerciantes toda vez que ésto sería inmoral y opuesto a una obligación inherente al estado del mismo, se desvirtúa por lo que señala la fracción VIII del artículo 334 de la LTOC que permite la constitución de prenda sobre créditos en libros si se cumple con la formalidad y requisitos que señala la LIC que lo regula en el primer párrafo del artículo 70 de la misma LIC.

Finalmente podemos señalar que, no obstante que el artículo 334 de la LTOC cataloga varios casos de prenda, esta enumeración no se hace con el objeto de enunciar los

(36) GONZALEZ DE ECHAVARRY Y VIVANCO, José María. Comentarios al Código de Comercio Español, págs. 132 y ss.

bienes susceptibles de prenda, sino de establecer únicamente la forma en que se constituya el contrato, cuyo objeto serán siempre bienes muebles, o bien podría considerarse que es una enumeración enunciativa, mas no limitativa.

d) Pignoración del Derecho de Prenda. Tanto la doctrina civil como la mercantil acepta de manera general la constitución de la prenda sobre el derecho de prenda, toda vez que se trata de un bien mueble y corporal enajenable. Echavarry y Vivanco (37) piensa al respecto que no parece que haya dificultad en aceptar esta respuesta en ese sentido. En igual forma opina el Maestro Rojina Villegas (38). Esta opinión parece ser la más acertada, toda vez que el derecho real de prenda es un bien mueble que se encuentra dentro del patrimonio del acreedor pignoraticio, no existiendo además, razón alguna para no considerarlo enajenable. Considero acertada esta opinión siempre y cuando se establezca en el contrato por el que se crea la prenda el derecho al acreedor de poderla dar en prenda, según se desprende del artículo 2868 del Código Civil que establece que nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño.

6. Derechos y Obligaciones de las Partes.

a) Derechos del Acreedor Prendario.

(37) GONZALEZ DE ECHAVARRY Y VIVANCO, José María. Op. Cit.

(38) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit.

a.1 Crea en beneficio del acreedor prendario, un derecho real que es de naturaleza secundaria: si es posible hacer una distinción de esta índole, dentro de los derechos reales, cuyo derecho real da a su titular la facultad de retener la cosa en su poder mientras la obligación garantizada con la prenda no se cumpla.

a.2 El acreedor prendario tiene un derecho de preferencia: en efecto, la función de la prenda, es que está llamada a ser vendida para con su precio hacer su pago al acreedor prendario; es decir, tiene un derecho preferente a ser pagado del importe de la obligación garantizada con el valor de la cosa dada en prenda y se consideran acreedores con privilegio especial según se establece en los artículos 261 fracción III, 264 y 265 de la LQSP, en este último equiparando a los acreedores con privilegio especial a los acreedores hipotecarios además de lo que se estableció al final del inciso (a) del punto 4 de este Capítulo.

a.3 El acreedor prendario tiene derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciera para conservar la cosa empeñada a no ser que use de ella por convenio.

a.4 Derecho de persecución. El derecho de persecución en la prenda, consiste en la facultad que tiene el

acreedor para reintegrarse la cosa materia de la garantía que le haya sido sustraída, aún en el caso de encontrarse aquélla en poder del mismo deudor. Al efecto, la fracción I del artículo 2873 del Código Civil, dispone que el acreedor adquiere por el empeño el derecho de recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor.

a.5 Derechos por la pérdida o deterioro de la cosa. Si el bien mueble pignorado se pierde o se deteriora sin culpa del acreedor, éste puede exigir otra prenda, o bien, el pago de la deuda antes del plazo convenido (artículo 2873, fracción IV del Código Civil).

a.6 Derecho de apropiarse de ciertos bienes que se le han otorgado en prenda. Si son bienes fungibles los que el acreedor ha recibido en garantía, puede sustituirlos por otros de la misma especie, subsistiendo sin embargo el contrato. También, salvo pacto en contrario, el acreedor puede adjudicarse el bien dado en prenda si éste consiste en dinero, con la obligación desde luego, de restituirlo al cumplirse la obligación principal (artículos 335 y 336 de la LTOC). En este caso se configuraría lo que se conoce como la prenda irregular que se estudiará más adelante en este capítulo.

a.7 Derecho de subrogarse en lugar del deudor asegurado. En el supuesto de que el bien dado en prenda se encuentre asegurado, el acreedor tiene derecho a subrogarse en lugar del asegurado con una indemnización correspondiente. A este respecto, la LCS en su artículo 109 señala:

"Art. 109.- En el seguro de cosas gravadas con privilegios, hipotecas o prendas, los acreedores privilegiados, hipotecarios o prendarios, se subrogarán de pleno derecho en la indemnización hasta el importe del crédito garantizado por tales gravámenes.

Sin embargo, el pago hecho a otra persona será válido cuando se haga sin oposición de los acreedores y en la póliza no aparezca mencionada la hipoteca, prenda o privilegio, ni estos gravámenes se hayan comunicado a la empresa asegurada."

Asimismo el artículo 110 de la LCS señala que si el gravamen aparece indicado en la póliza o se ha puesto por escrito en conocimiento de la empresa, el acreedor prendario tendrá derecho a que la empresa le comunique cualquier resolución que tenga por objeto rescindir, revocar o nulificar el contrato, a fin de que, en su caso puedan subrogarse en los derechos del asegurado.

a.8 Derecho en caso de amortización o vencimiento de los títulos gravados. El artículo 43 de la LTOC establece que en caso de que los títulos de crédito dados en prenda se venzan o sean amortizados antes del vencimiento de la obligación principal, el acreedor podrá conservar en prenda las cantidades que por estos conceptos reciba, en sustitución de los títulos cobrados o amortizados.

a.9 Derecho de indemnización. Si por la guarda y conservación de los bienes empeñados, se ocasionan gastos que por disposición expresa de la ley son a cargo del deudor (artículos 2873, fracción III y 2875 del Código Civil).

a.10 Derecho de venta. Es la facultad que posee el deudor de pedir la realización de la cosa pignorada en caso de que -una vez vencida- el deudor no cumpla la obligación principal. Procede en los siguientes casos:

A.- En caso de que el precio de los bienes o títulos dados en prenda, baje de manera que no baste a cubrir el importe de la deuda y un 20% más (artículo 340 LTOC);

B.- Si el deudor no cumple con la obligación de proporcionarle en tiempo al acreedor, los fondos nece-

sarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos (artículo 342 LTOC); y

C.- Cuando se venza la obligación garantizada (artículo 341 LTOC).

b) Obligaciones del Acreedor Prendario.

b.1 Obligación de devolver la cosa. Señala la fracción II del artículo 2876 del Código Civil que:

"Art. 2876.- El acreedor está obligado:

... II.- a restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si son estipulados los primeros y hechos los segundos."

b.2 Obligación de conservación. El Código Civil en su artículo 2876, fracción I dispone que:

"El acreedor está obligado:

I.- a conservar la cosa empeñada como si fuera propia y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia."

cia; si el acreedor abusa de la cosa empeñada el deudor puede exigir que éste se deposite o que aquél dé fianza de restituirla en el estado en que la recibe...".

Los artículos 338 y 339 de la LTOC, refuerzan el contenido y el alcance de esta obligación del acreedor prendario. Así el primero dispone:

"Art. 338.- El acreedor prendario, además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, deberá ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del deudor, y debiendo aplicarse, en su oportunidad, al pago del crédito, todas las sumas que sean percibidas, salvo pacto en contrario. Es nulo todo convenio que limite la responsabilidad que para el acreedor establece este artículo".

El segundo artículo señala que:

"Art. 339.- "Son aplicables al acreedor y al deudor, en lo conducente, las prevenciones establecidas en relación con el reporta-

dor y el reportado, respectivamente, en los artículos 261 y 263, primera parte".

Dichos artículos tratan sobre el ejercicio de derechos opcionales y del pago de dividendos pasivos de los títulos.

c) Derechos del Deudor Prendario. Son los correspondientes a obligaciones del acreedor, entre ellas, se encuentra el derecho a obtener un recibo de las cosas entregadas en prenda (artículo 337 de la LTOC); el derecho a exigir el depósito de la cosa o la constitución de fianza si hubiera abuso de la misma (artículo 2877 del Código Civil); el derecho a recuperarla parcialmente o en su totalidad (artículos 2890 y 2876, fracción II, del Código Civil); el de percibir los frutos, salvo convenio expreso en contra, en cuyo caso se imputarán sucesivamente al pago de los gastos realizados, al de los intereses pagados y al del capital (artículo 2880 del Código Civil); el de suspender la enajenación mediante el abono del adeudo y de los gastos (artículo 2885 del Código Civil); y el de percibir el exceso recaudado por la venta de la cosa en relación con el importe de la deuda (artículos 2886 del Código Civil y 341, fracción III de la LTOC).

d) Obligaciones del Deudor Prendario. Corresponden a los derechos del acreedor, y entre ellos, citaremos las siguientes: proveer de fondos para ciertos gastos (artículos 261 y 263 de la LTOC); indemnizar por los gastos necesarios y útiles para la conservación de la cosa (artículos 2873, fracción III del Código Civil y 338 de la LTOC); la de sustituir la prenda, si la dada se pierde o deteriora por su culpa (artículo 2873, fracción IV del Código Civil); y reponerla en el caso de evicción (artículos 2874 y 2889 del Código Civil).

Si la prenda disminuye de valor, el acreedor podrá pedir la constitución de una prenda complementaria y el deudor estará obligada a darla si quiere evitar su venta (artículo 340 de la LTOC).

7. Prenda Irregular.

Se llama prenda irregular a aquella en virtud de la cual los bienes o títulos fungibles sobre los que recae se transfieren en propiedad al acreedor.

A este respecto el artículo 336 de la LTOC ordena que cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, pueda pactarse que la propiedad de éstos se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a

restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constar por escrito.

La prenda irregular puede equipararse al depósito irregular y en opinión del Lic. Mario Bauche Garciadiego (39) no puede constituirse con títulos de crédito, como letras de cambio, cheques o pagarés, porque son títulos esencialmente individuales por su naturaleza, teniendo cada uno características que lo diferencian de los demás. Se constituye con títulos o valores, seriales y fungibles, para el acreedor. El que sean fungibles quiere decir que puedan sustituirse por otros iguales ya que no tienen un valor o utilidad individual. Al dar la autorización, debe el deudor no sólo ser legitimador. Es decir, si se trata de títulos al portador, claro está que con la sola entrega material de ellos la prenda queda constituida, pero, si son títulos nominativos, deberán de endosarse en propiedad al acreedor, y habrá casos, en tratándose de acciones de sociedades, en que se tendrá que efectuar la anotación respectiva en el libro de registro de acciones. El tema de prenda sobre acciones y partes sociales se tratará extensamente en el siguiente capítulo, y únicamente sirve de ilustración como ejemplo a esta clase de prenda.

El propio artículo 336 en su parte final establece que cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá

(39) BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. La Empresa, págs. 393-401.

transferida la propiedad, o sea que la ley reporta como prenda irregular, salvo convenio en contrario.

8. Pacto de No Enajenación.

Son de diversas clases y su eficacia es por ello variada. El pacto simple de no ejercer enajenación es nulo (artículo 2887 del Código Civil). El Lic. Rodríguez y Rodríguez (40) señala que este precepto se comprende, puesto que el pacto de no enajenación contraría la finalidad económica de la prenda y desfigura su naturaleza jurídica.

Igualmente anulable es el pacto de no vender, mediante la vía directa del convenio de apropiación de la cosa por el acreedor. Esto es lo que se conoce como pacto comisorio, es decir, que se autorice al acreedor para hacerse dueño de la prenda en caso de incumplimiento del deudor, disponiendo la ley que:

"Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse de la prenda, aunque ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos que preceden" (artículo 2887 del Código Civil).

Como excepciones al anterior precepto podemos mencionar las siguientes:

a) Mediante el convenio posterior al contrato de prenda (artículo 2883 del Código Civil). El artículo 344 de la LTOC es terminante sobre el particular, en cuanto dispone que

"Art. 2883.- El acreedor prendario no podrá hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda, sin el expreso consentimiento del deudor, manifestado por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda".

b) Adjudicación en casos de subasta o venta imposibles. El artículo 2882 del Código Civil, dispone que:

"Art. 2882.- La cosa se adjudicará al acreedor en las dos terceras partes de la postura legal, si no pudiere venderse en los términos que establece el Código de Procedimientos Civiles".

Ocurrirá lo mismo cuando la venta sea imposible para el corredor o los dos comerciantes, que han de proceder a ella, en el sistema de la legislación mercantil.

c) Prenda irregular. Este punto ha sido estudiado en el numeral anterior de este capítulo.

d) La compra de la cosa antes o después del vencimiento de la prenda, permite su adquisición por el acreedor pignoraticio. Nada se opone a ello, al menos en los términos de la legislación mexicana.

9. Modalidades. Entre otros, podemos señalar los siguientes:

a) Prenda de títulos de crédito nominativos. Los títulos de crédito nominativos son aquéllos expedidos a favor de una persona determinada, y cuya transmisión no es perfecta sino hasta quedar registrada en los libros del deudor. Para nuestra legislación, son aquéllos expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento y cuando sea necesario, ningún acto u operación referente al crédito surtirá efectos contra el emisor, o contra los terceros si no se inscriben en el registro y en el título (artículos 23 y 24 de la LTOC). Por ser la prenda de títulos nominativos el género de la prenda sobre acciones y partes sociales materia de este estudio, se hará referencia a ésta en el siguiente capítulo.

b) Prenda de títulos o documentos no negociables. El artículo 25 de la LTOC establece que:

"Art. 25.- Los títulos nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo en inserciones de texto o en el de un endoso, de las cláusulas "no a la orden" o "no negociable". Las cláusulas dichas podrán ser inscritas en el documento por cualquier tenedor y surtirán sus efectos desde la fecha de su inserción. El título que contenga las cláusulas de referencia, sólo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria".

Asimismo, el artículo 27 de la LTOC establece que:

"Art. 27.- La transmisión del título nominativo por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso del endoso subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere; pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de éste. El adquirente tiene derecho a exigir la entrega del título".

Las anteriores disposiciones reglamentan la situación jurídica que guardan los títulos nominativos no negociables o documentos no susceptibles de endosarse, privados por su inserción de la cláusula "no a la orden". Estos documentos por lo tanto, se transfieren por una cesión ordinaria.

La transmisión en propiedad de estos documentos queda reglamentada en la forma prescrita por los artículos 2029 a 2050 del Código Civil, regulación destinada a la cesión de derechos.

Debido a las características de los títulos no negociables, y toda vez que no podrán transmitirse por medio del endoso, la prenda que se constituya sobre los mismos no requiere de dicho requisito, siendo necesario únicamente la entrega del título o del documento en que el crédito conste, según lo dispone la fracción III del artículo 334 de la LTOC.

c) Prenda que queda en poder de un tercero. La fracción IV de la LTOC permite constituir el contrato de prenda mediante el depósito de bienes, o títulos, si éstos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor.

Esta forma de constituir la prenda mercantil sólo puede efectuarse en títulos al portador; es decir, no puede utilizarse por consiguiente en los títulos a la orden, lo que parece razonable toda vez que los títulos a la orden se otorgan en garantía mediante el endoso, el cual implica la entrega del documento precisamente a la persona en favor de quien se hace, o sea el acreedor.

En este caso, cabe también señalar que la entrega que se hace es jurídica, de conformidad con lo establecido en el artículo 2858 del Código Civil que establece:

"Art. 2858.- Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente".

En este caso, en el que el acreedor y deudor prendario convienen en que el bien dado en prenda quede en poder de un tercero, se entiende que la cosa pignorada es entregada jurídicamente.

d) El depósito de los bienes dados en prenda, a disposición del acreedor en locales cuyas llaves quedan en poder de éste aun cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor. Este es otro modo de poner en poder del acreedor la cosa o cosas

gravadas y prevé el caso de que a los contratantes pueda convenirles el que los bienes pignorados se depositen en un lugar, aunque éste sea de la propiedad del deudor o se encuentre dentro de su establecimiento. El contrato en este caso es perfecto, desde que se constituye ese depósito, quedando las llaves del local en poder del acreedor. Al respecto, Vivante (41) señala que esta entrega debe ser real y efectiva, de tal forma que el deudor no pueda más disponer de ella y el acreedor o tercero elegido por las partes, hayan sido puestos en posesión en una forma ostensible; por ejemplo, con la entrega de las llaves del almacén en donde están las mercancías dadas en prenda.

Por su parte, Abascal Zamora (42) señala que esta solución si bien es cómoda, es peligrosa. La entrega de las llaves está lejos de constituir una forma ostensible de publicidad que haga saber a terceros la existencia de la prenda. Es una disposición oculta; y se realiza en privado. Se presta a simulaciones, difícilmente comprobables, para favorecer a un acreedor en perjuicio de otro. No se exige documento escrito ni anotación en el registro público. De las llaves puede haber duplicados; o forzar la cerradura. Al respecto, William Cecil Headrick (43) recomienda que se

(41) VIVANTE, C. (citado por LEON ARGUELLES, Luis. Op. Cit.).

(42) ABASCAL ZAMORA, José María. Op. Cit.

(43) HEADRICK, William Cecil. Las Garantías Reales Muebles. (citado por ABASCAL ZAMORA, José María. Op. Cit.)

hagan duplicados para emergencias, tales como incendios, a condición de que el deudor no entre con mucha frecuencia. Por el lado del acreedor también habrá algún inconveniente: no es fácil que acepte el riesgo de unas mercancías depositadas en un almacén que no tiene bajo su vigilancia.

e) Prenda sobre títulos representativos de mercancías y bonos de prenda. Señala el artículo 334, fracción VI de la LTOC que la prenda sobre títulos representativos de mercancía se constituye por la entrega o endoso de esos documentos. La del bono de prenda se perfecciona por la emisión o endoso de este título.

Por lo que se refiere a la prenda de títulos representativos de mercancías, los títulos representativos de mercancías atribuyen a su poseedor legítimo el derecho exclusivo a disponer de las mercancías que en ellas se menciona (artículo 19 de la LTOC). Continúa dicho artículo diciendo que la reivindicación de las mercancías representadas por los títulos a que éste artículo se refiere, sólo podrá hacerse mediante la reivindicación, del título mismo, conforme a las normas aplicables al efecto.

Al respecto, el Maestro Esteva Ruiz (44) señala que éstos títulos representativos de mercancías se clasifican dentro del grupo de títulos que dan derecho a una cosa

(44) ESTEVA RUÍZ, Roberto. Los Títulos de Crédito en el Derecho Mexicano.

específica y se han denominado de diversos modos: de tradición, de posesión, de disposición y como los ha designado la ley. Se caracterizan por su contenido que da derecho a una cantidad determinada de cosas, ya de naturaleza específica, ya genérica; por la posesión indirecta de las cosas, en razón de que el poseedor del título se considera poseedor de la mercancía que, de hecho, está en posesión de otros, por la especie de derecho que el título atribuye, que no es únicamente un derecho de crédito para exigir la entrega, sino también de disposición porque se puede transferir a otro la propiedad, la posesión, un derecho real de prenda sobre las cosas que el título menciona; y por su función representativa, ya que la circulación del documento equivale a la circulación de la mercancía representada.

Cabe señalar que al respecto mucho se ha discutido sobre si la prenda que se constituye conforme a esta fracción recae sobre las mercancías que el título representa o sobre el título mismo. En términos generales diremos que la prenda recae sobre el título, ya que si el contrato se constituyera sobre el crédito, tendríamos que admitir que cuando el acreedor pignoraticio ejerciese los derechos relativos para exigir al deudor del título pignorado, el pago de los intereses sobre el capital, dicho deudor podría oponerle las excepciones que hubieran procedido en contra del acreedor del crédito contenido o representado en el

título de crédito respectivo, por la sencilla razón de que dicho crédito no pertenece al acreedor pignoraticio, sino al mencionado acreedor propietario del título de crédito, que precisamente es lo que tendrá que acontecer cuando la prenda recaiga sobre títulos o créditos no negociables, según apunta el Maestro Esteva Ruiz. (45)

Además la prenda de títulos nominativos se constituye por endoso en garantía y entre sus efectos existe el de que los obligados no podrán oponer al endosatario las excepciones personales que tengan contra el endosante.

Por último, el Lic. León Argüelles (46) señala que se debe tener en cuenta principalmente la característica de la incorporación que poseen los títulos de crédito. Es decir, ese consorcio indisoluble del título con el derecho que representa y sirve para ligar de una manera indisoluble el documento con el crédito que representan. Sigue señalando León Argüelles, que en los casos de prenda de títulos de crédito, el contrato se constituye sobre el título, en atención a las características de que gozan esta clase de documentos, y en el caso particular del título representativo de mercancías, exceptuando a los bonos de prenda a los que la ley asigna una misión distinta, el derecho real pignoraticio recae asimismo sobre el documento. En mi opinión, considero que este apunte es el más adecuado, ya

(45) ESTEVA RUIZ, Roberto. Op. Cit.

(46) LEON ARGUELLES, Luis. Op. Cit.

que señala que si bien la prenda recae sobre el título, éste y el derecho que representa, son uno mismo, por su característica de incorporación.

Por lo que se refiere a la prenda contenida en los bonos de prenda, cabe señalar que el artículo 229 lo define como un documento que acredita la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente (artículo 229 de la LTOC).

La prenda sobre bonos de prenda se constituye por la emisión o endoso del documento. Por la emisión entendemos si el bono de prenda se negocia por vez primera; por endoso en cambio, si se trata de ulteriores negociaciones del documento.

f) Prenda en los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío. El artículo 321 de la LTOC señala que son contratos de crédito de habilitación o avío aquéllos en que el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito en la adquisición de las materias primas y materiales y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa. Asimismo, el artículo 323 de la LTOC señala que son créditos refaccionarios aquéllos en virtud de los cua-

les, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado, animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado.

Ambos créditos (refaccionario y de habilitación) quedan garantizados con los bienes muebles o inmuebles que adquiera el acreditado, así como con los productos y frutos aunque sean frutos que estén pendientes de obtenerse, que pertenezcan a la misma empresa. Cuando se trate de otorgar en garantía bienes muebles; tendremos un caso de prenda mercantil, la cual se constituye, inscribiendo el contrato de que se trate en el Registro de Comercio respectivo (artículos 326, fracción IV y 334, fracción VII de la LTOC).

Al respecto, el Maestro Abascal Zamora (47) señala que, toda vez que no hay derecho de persecución, no hay prenda, se tratará en todo caso de un privilegio: el acreedor tendrá preferencia para que con el producto de sus bienes, en tanto que no hayan salido del patrimonio de su deudor, se le pague.

(47) ABASCAL ZAMORA, José María. Op. Cit.

g) Prenda de créditos en libros. Señala el artículo 334, fracción VIII de la LTOC que la prenda se constituye por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros. La alusión que hace esta fracción a la Ley General de Instituciones de Crédito deberá entenderse hecha a la LIC.

Señalan los artículos 69 y 70 de dicha LIC que la prenda se deberá consignar en el documento de crédito respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes dados en garantía. Cuando las instituciones de crédito reciban en prenda créditos en libros se deberán especificar en las notas o relaciones respectivas los créditos dados en prenda y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución acreedora en un libro especial en asientos sucesivos en orden cronológico, en el que se expresará el día de la inscripción, a partir de la cual la prenda se entenderá constituida.

El segundo párrafo del artículo 70 de la LIC señala que el deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos, y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario corresponda.

h) Prenda de títulos o bienes fungibles. Señala el artículo 763 del Código Civil que son bienes fungibles aquellos bienes muebles que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad. Es el artículo 336 de la LTOC la que regula este tipo de prenda señalando que cuando la prenda se constituye sobre dichos bienes, podrá pactarse que la propiedad de éstos se transfiera al acreedor, quien estará obligado a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Dicho pacto deberá constar por escrito. Continúa dicho artículo señalando que cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.

i) Prenda de la empresa mercantil. En este punto me ocuparé de analizar otro tipo de prenda, que si bien no se encuentra regulado dentro de nuestra legislación sí lo está dentro de otras, y bien vale la pena estudiarla. El Licenciado Armando Diéguez Pilon (48) menciona que la legislación mercantil guatemalteca se modernizó en 1970, poniéndose al día en muchas de las instituciones que ya eran de uso común en el campo del derecho comparado y asimismo, lo hizo con la prenda de la empresa. El Código de Comercio de Guatemala reputa la empresa como bien mueble, por derecho, está considerando la posibilidad de que la empresa pueda otorgarse como garantía prendaria. Asimismo, dicho

(48) DIEGUEZ PILON, Armando. El Uso de la Empresa como Garantía Prendaria. Págs. 415-428.

Código de Comercio de Guatemala creó por primera vez el registro mercantil, que obliga a las empresas a llevar un libro de empresas y establecimientos mercantiles, dando con esta identificación, registro y publicidad, una de las condiciones para que se pueda pignorar la empresa. También dicho ordenamiento establece la obligación de registrar la creación, adquisición, enajenación o gravamen de empresas o establecimientos mercantiles. Continúa mencionando que toda vez que dicha prenda sobre una empresa mercantil es sin desplazamiento, se podrá nombrar a un depositario, aún cuando también podría, de común acuerdo con el deudor, designar un gerente, administrador o interventor al que se ponga en posesión de la empresa, con las facultades de gestión, representación o intervención que se acuerden.

El Licenciado Joaquín Enríquez Díaz-Durán (49) establece las siguientes condiciones para conformar este tipo de prenda.

a) La prenda sobre la empresa mercantil deberá ser constituida sobre ésta en su conjunto, como universalidad, no sobre sus elementos aislados, ya que en este caso, la empresa se paralizaría, desnaturalizándose la clase del gravamen y poniendo al deudor en una difícil situación que lo llevaría a la quiebra, lo que lógicamente implicaría el incumplimiento de su obligación;

(49) RODRIGUEZ DIAZ-DURAN, Joaquín. (citado por DIEGUEZ PILON, Armando. Op. Cit.)

b) Deberá constar en escritura pública y para que surta efectos contra terceros, inscribirse en el registro de comercio, haciéndose además un inventario detallado;

c) El acreedor tendrá derecho a vigilar el giro y tráfico del negocio, ya sea por sí mismo o por un tercero;

d) El patrimonio de la empresa deberá estar íntegramente pagado, es decir, debe ser propiedad del titular; ya que, de no ser así, se estaría gravando un bien del cual no se es titular, lo cual anularía dicho contrato;

e) El deudor únicamente responde de la existencia y legitimidad de los créditos y otros valores de la empresa al momento de su pignoración; y

f) El incumplimiento de la obligación por el deudor facilitará al acreedor para iniciar la acción legal correspondiente que tenderá a buscar el remate de la empresa, previa intervención, con lo que se evita que el deudor entregue la empresa prácticamente liquidada o se alce con sus bienes.

Por su parte, el Licenciado Abascal Zamora (50) señala la factibilidad de constituir la "prenda flotante" sobre todos los bienes de la negociación, señala por ejemplo que en Francia se permite empeñar ciertos bienes afectos a una negociación mercantil, adosando en ellos una placa que indique el gravamen. Sin embargo, el deudor podrá retirar la placa. Continúa diciendo que sería más efectivo exigir a los comerciantes que llevaran un libro de gravámenes de sus bienes identificables, en el cual se anotaran estas garantías. Posteriormente se inscribirían en el registro de Comercio, en el folio del comerciante para que la prenda pudiera oponerse a terceros cuando existe la doble anotación. Concluye señalando que bien valdría la pena llevar a cabo una reforma legislativa al respecto para modernizar dichas operaciones mercantiles.

Considero, personalmente, que legalmente, y en la práctica, dicha posibilidad ya existe en lo que comúnmente se conoce como la hipoteca industrial cuando se grave un bien inmueble, según lo establece el artículo 332 de la LTOC que señala que:

"Art. 332.- La garantía que se constituye por préstamos refaccionarios sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados, comprenderá:

I.- El terreno constitutivo del predio;

II.- Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo o edificados con posterioridad a él;

III.- Las accesiones y mejoras permanentes;

IV.- Los muebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigna el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería; y

V.- La indemnización eventual que se obtenga por seguro de destrucción de los bienes dichos."

Por lo anterior, cabe señalar que la vía adecuada es la hipoteca industrial, ya que ésta tiene un antecedente legislativo y no así la prenda flotante, por lo que debemos de considerar a la empresa como un bien inmueble, y aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca a dicho gravamen.

10. Ejecución de la Prenda.

Rafael de Pina (51) señala que el acreedor prendario podrá solicitar al juez que autorice la venta de los bienes o títulos pignorados, en los siguientes casos: primero, cuando se venza la obligación garantizada; segundo, si el precio de los bienes o los títulos dados en prenda, baja de manera que no baste a cubrir el importe de la deuda y un 20% más; tercero, si el deudor no cumple con la obligación de proporcionar en tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos pignorados (artículos 340, 341 y 342 de la LTOC).

En el primer caso, de la petición del acreedor, se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo (artículo 341 de la LTOC). En el segundo y tercer caso, el deudor podrá oponerse a la venta, haciendo el pago de los fondos requeridos para efectuar la exhibición o mejorando la garantía, por el aumento de los bienes o títulos dados en prenda o por la reducción de su adeudo (artículo 342 de la LTOC).

Si el deudor no se opusiera a la venta en los términos indicados, el juez mandará a que se efectúe al precio de

(51) DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, págs. 249-251.

cotización en bolsa o, a falta de cotización, al precio de mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en la plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta antes de hacer la notificación al deudor. El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ello al acreedor (artículo 341 de la LTOC).

El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en sustitución de los bienes o títulos vendidos (artículo 349 de la LTOC).

Rodríguez y Rodríguez (52) señala, sin embargo, que este último precepto de la LTOC es incomprensible, dado que si la enajenación se hace para cumplimiento de la obligación, lo lógico es que el producto de la venta pase a poder del acreedor y no a crear un valor de sustitución de una obligación ya vencida. Tal vez este precepto tenga explicación si se relaciona no con el derecho general del acreedor a proceder a la venta y a satisfacerse con el importe de la misma, sino con el caso de venta antes de la notificación y en espera de la resolución del deudor. De todos modos, aún en este caso el precepto sería incomprensible ya que el derecho del acreedor consistiría en dar dinero para obtener dinero, sin beneficio alguno en la operación, ade-

(52) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit.

más, desde un punto de vista personal, estaría violando la garantía constitucional a ser oído y vencido en juicio según lo señala el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra señala:

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

En la LIC y en la LFIF, vendida la prenda, la institución acreedora puede aplicarse el importe obtenido, en compensación de su crédito (artículos 69 segundo párrafo y 123 respectivamente) conservando el remanente a disposición del deudor. A estas disposiciones sería aplicable lo comentado en el párrafo anterior, toda vez que se le está privando al deudor la garantía constitucional de ser oído y vencido en juicio. Refuerzo mi opinión con lo que señala el Licenciado Abascal Zamora (53) quien menciona que dichos procedimientos son violatorios de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que permiten privar al deudor de su bienes sin audiencia

(53) ABASCAL ZAMORA, José María. Op. Cit.

o juicio. La afirmación de que el deudor conservará en prenda el dinero producto de la venta, no elimina el vicio señalado: el bien se enajenó y el dinero no lo sustituye. No habrá interés en el acreedor para iniciar el juicio, ya que podrá disponer del dinero. Ya que será el deudor, en todo caso, quien deba demandar la restitución al acreedor, y escasa satisfacción tendrá cuando obtenga asistencia favorable a sus intereses: recibirá su dinero mal y tarde; muy devaluado y con intereses moratorios muy bajos. Continúa señalando, que peor aún es la solución cuando el acreedor es una institución de crédito o de fianzas; en cuyo caso puede aplicarse el dinero en pago, siendo la liquidación del crédito y sus accesorios, de modo unilateral. También señala que no es de extrañar que dichos preceptos pongan al deudor en manos del acreedor, quien impondrá su voluntad.

Al respecto, no falta quienes dicen que en materia mercantil la voluntad de las partes es ley suprema. Este principio no puede ser más erróneo, ya que si bien las instituciones de crédito o de fianzas llevan a cabo operaciones mercantiles, sus leyes respectivas (LIC y LFIF) no dejan de ser leyes administrativas. A manera de ejemplo, el artículo 10. de la LIC señala que:

"Art. 10.- La presente ley tiene por objeto... la protección de los intereses del público..."

El procedimiento del 2o. párrafo del artículo 69 de la LIC no sólo es inconstitucional, sino que no es armónico con lo que establece el artículo 1o. de la LIC; al contrario, únicamente beneficia a las instituciones de crédito.

Por último, si antes del vencimiento del crédito garantizado se vence o son amortizados los títulos dados en prenda, el acreedor podrá conservar en prenda las cantidades que por estos conceptos reciba, en sustitución de los títulos cobrados o amortizados (artículo 343 de la LTOC).

CAPITULO III

PRENDA SOBRE ACCIONES Y PARTES SOCIALES Y SU
INSCRIPCION EN EL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES
EXTRANJERAS CUANDO EL ACNEEDOR PRENDARIO ES EXTRANJERO.

6/1

96

CAPITULO III

PRENDA SOBRE ACCIONES Y PARTES SOCIALES Y SU INSCRIP-
CION EN EL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS
CUANDO EL ACREEDOR PRENDARIO ES EXTRANJERO.

1. Constitución.

a) Prenda sobre Acciones.

Conforme a la fracción II del artículo 334 de la LTOC la prenda se constituye:

"Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son de los mencionados en el artículo 24..."

Por su parte, el artículo 24 de la LTOC en su primer párrafo dispone que:

"Cuando por expresarlo el título mismo, o prevenirlo la ley que lo rige, el título deba ser inscrito en un registro

del emisor, éste no estará obligado a reconocer como tenedor legítimo sino a quien figure como tal, a la vez en el documento y en el registro..."

De la lectura del anterior precepto, podemos afirmar que los títulos a los que hace referencia engloban o comprenden las acciones de las sociedades anónimas, toda vez que el artículo 128 de la LGSM establece la obligación a las sociedades anónimas de llevar un registro de acciones.

Por otra parte, según se desprende de la lectura de la fracción segunda del artículo 334 de la LTOC, para que se tenga por constituida la prenda sobre acciones, se requiere que éstas sean endosadas y entregadas al acreedor, y que la prenda se inscriba en el registro de acciones de la sociedad emisora.

Como anécdota, cabe señalar que durante cierto tiempo, en los Estados Unidos de América, se consideró que las acciones no podían estar sujetas a una prenda. Según una sentencia emitida por la Corte del Estado de Ohio, se establecía que toda vez que las acciones eran de naturaleza incorpórea, no podían estar sujetas a prenda, toda vez que no puede haber una entrega de propiedad intangible. (54)

(54) RAIN, Talbot. Technical Observations Concerning the Pledge of Corporation Shares, págs. 684-713.

A continuación, explicaremos como se constituye la prenda sobre acciones:

a.1 El endoso de las acciones.

El primer requisito para transmitir los títulos al acreedor es el de endosar las acciones en favor del acreedor. La LTOC, prevé tres tipos de endosos: el endoso en propiedad, el endoso en garantía y el endoso en blanco. Por lo que se refiere al endoso en blanco, cabe señalar que según reformas a la LTOC contenidas en el artículo trigésimo segundo, capítulo XVI de la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales y que Reforma otras Leyes Federales, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 1990, el último párrafo del artículo 32 de la LTOC queda como sigue:

"Artículo 32.- ...

Tratándose de acciones, bonos de fundador, obligaciones, certificados de depósito, certificados de participación y cheques, el endoso siempre será a favor de persona determinada; el endoso en blanco o al portador no producirá efecto alguno. Lo previsto en este

párrafo no será aplicable a los cheques expedidos por cantidades hasta de cinco millones de pesos."

Asimismo, conforme al artículo trigésimo tercero (disposición transitoria), capítulo XVI de la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales y que Reforma otras Leyes Federales, se establece que la reforma referida anteriormente entrará en vigor a partir del 1o. de julio de 1991. Consecuentemente, de dichas reformas podemos derivar que sirven únicamente para establecer un control fiscal a ciertas operaciones, imponiendo la nulidad de las mismas, en caso de contravenir lo previsto por el precepto comentado y, por lo tanto, desvirtuando la naturaleza jurídica de la institución del endoso en blanco. El tipo de nulidad derivada de los actos anteriormente comentados es la nulidad absoluta, ya que según la redacción se establece que no producirá efecto alguno.

Por lo anterior y considerando que el endoso en blanco dejará de estar en vigor en un futuro cercano, la forma más adecuada de constituir una prenda sobre acciones es mediante el endoso en garantía a favor de un acreedor prendario específicamente determinado, ya que la calidad con que el acreedor prendario ha adquirido los títulos se expresa en los mismos.

a.2 La entrega de los títulos.

Además de que el deudor endose en garantía las acciones, que se haya inscrito el gravamen en el registro de acciones de la sociedad emisora y que además exista un contrato, es indispensable además que el deudor entregue las acciones al acreedor.

El Lic. Jorge Barrera Graf (55), señala un caso de prenda sin desposesión en tratándose de prenda sobre acciones, a saber cuando el deudor prendario conserva los títulos materia de la prenda, específicamente en el caso del artículo 141 de la LGSM, aunque, señala que la ley no habla de prenda sino de depósito, que la sociedad anónima mantiene respecto a las acciones pagadas en especie. Sin embargo, considera que sí se trata de una prenda, toda vez que garantiza el cumplimiento de la obligación del socio y concede a la sociedad un derecho de preferencia en el pago.

Asimismo, Talbot Rain (56) menciona que en muchos casos la mera entrega del título de la acción, sin cesión o consentimiento por escrito no constituye una prenda válida. Continúa señalando, que dicha teoría sostiene la separación entre el título mismo y lo que representa, es decir, elimina de los títulos de crédito, y en este caso de las acciones, su característica de incorporación.

(55) BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, págs. 398 y ss.

(56) RAIN, Talbot, Op. Cit.

a.3 La inscripción de la prenda en el registro de acciones de la sociedad emisora.

Señala el artículo 128 de la LGSM que:

"Las sociedades anónimas tendrán un registro de acciones que contendrá:

I.- El nombre, la nacionalidad y el domicilio del accionista, y la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades;

II.- La indicación de las exhibiciones que se efectúen;

III.- Las transmisiones que se realizan en los términos que prescribe el artículo 129."

En relación con lo que señala la fracción II del artículo 334 de la LTOC, la prenda sobre acciones nominativas se tendrá por constituida, cuando se inscriba en el registro correspondiente de la sociedad emisora. Asimismo,

el artículo 24 de la LTOC dispone que ningún acto u operación referente al crédito surtirá efectos contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el registro y en el título, cuando sea necesario el registro. De lo anterior se puede derivar que si no se cumple con este requisito la prenda estará viciada de nulidad relativa, es decir, que le faltará un requisito de forma, susceptible de ser convalidado.

De conformidad con el artículo 129 de la LGSM la inscripción de la prenda podrá ser exigida por el acreedor una vez que le hayan sido endosados y entregados los títulos pignorados. Asimismo, dicha inscripción se podrá llevar a cabo por solicitud de cualquier tenedor de los títulos. En opinión del Lic. Michell Nader (57), las palabras "cualquier tenedor" no deben interpretarse literalmente, sino aplicarse a cualquier "tenedor legitimado por una serie de endosos u otros actos traslativos del dominio del título". Asimismo, la inscripción podrá ser también solicitada por el deudor siempre y cuando acredite la existencia de la prenda, toda vez que continúa siendo el propietario de los títulos (58).

Señala, asimismo, el Lic. Michell Nader (59) que los efectos fundamentales de la inscripción de la prenda en el registro de acciones de la sociedad emisora son, que la misma pueda ser oponible frente a la sociedad emisora y ante

(57) NADER, Michell. Las Acciones Dadas en Prenda, págs. 23-84.

(58) NADER, Michell. Op. Cit.

(59) NADER, Michell. Op. Cit.

terceros, por aplicación analógica del artículo 3017 del Código Civil, toda vez que el registro surtirá efectos desde el momento en que se presente la solicitud de que se trate a la sociedad anónima correspondiente. En el supuesto de que el solicitante no cuente con una prueba que acredite fehacientemente el día y la hora en que hubiere presentado su solicitud, la inscripción surtirá sus efectos desde la fecha en que aparezca consignada en el registro de acciones de la sociedad emisora.

Talbot Rain señala (60), por su parte que toda vez que los certificados de acciones no son susceptibles de entrega manual, bastará únicamente la entrega en posesión al acreedor prendario a fin de constituir una prenda legal que se podrá hacer únicamente a través de un contrato por escrito, o algún otro medio fehaciente que conste por escrito como por ejemplo, el registro de los mismos en los libros de la empresa.

Para Tulio Ascarelli (61), la transmisión de la posesión de los títulos nominativos se realiza mediante el registro en los libros del emisor y con la emisión de un certificado nuevo a nombre del adquirente. Continúa manifestando que, el registro se puede entender como una condición jurídica a cuya verificación se sujeta la eficacia de la transmisión de la posesión sin que obre retroactiva-

(60) RAIN, Talbot. Op. Cit.

(61) ASCARELLI, Tulio. Títulos de Crédito, págs. 256 y ss.

mente. Concluye señalando que la inscripción en los registros del emisor se debe entender como una forma de publicidad, insustituible por cualquier otra.

Por último convendría establecer en el contrato de prenda respectivo, una cláusula estableciendo la obligación de que el Secretario del Consejo de Administración del deudor prendario, u otro funcionario autorizado del mismo, expida una copia del libro de registro de acciones donde conste que dicha anotación ha sido debidamente efectuada.

a.4 Resguardo Legal.

Finalmente, y como último requisito para constituir la prenda sobre acciones, el artículo 337 de la LTOC dispone que:

"Artículo 337. El acreedor prendario está obligado a entregar al deudor, a expensas de éste, en los casos a que se refieren las fracciones I, II, III, V y VI del artículo 334, un resguardo que exprese el recibo de los bienes o títulos dados en prenda y los datos necesarios para su identificación."

(b) Prenda sobre partes sociales.

El Lic. Joaquín Garrigues (62) señala que técnicamente no hay ningún obstáculo para la constitución de una prenda sobre una o varias participaciones o partes sociales de la sociedad de responsabilidad limitada. La prenda de una participación social se constituye sobre un derecho -el derecho de socio en su doble contenido económico y político- no sobre una cosa corporal y mueble. En este mismo sentido, opina el Lic. Barrera Graf y señala que las partes sociales pueden ser objeto de limitaciones y gravámenes, que sobre ellos (sobre el conjunto de los derechos correspondientes al socio) constituye el socio -o bien, embarcos,- por lo que toca a la porción que le corresponda en la liquidación.

El Lic. Barrera Graf (63) señala como requisito el de inscribir la prenda en el libro especial de socios, so pena de que no produzca efectos frente a los terceros únicamente, toda vez que el artículo 73 de la LGSM en su primer párrafo establece que:

"La sociedad llevará un libro especial de los socios en el cual se inscribirán el nombre y el domicilio de cada uno, con indicación de sus aportaciones y la

(62) GARRIGUES, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II, págs. 547 y ss.

(63) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

transmisión de las partes sociales.
Esta no surtirá efectos respecto a
terceros sino después de la inscrip-
ción".

Barrera Graf (64) considera que la prenda se deberá notificar a la sociedad (deudora frente al socio de los derechos de éste).

Señala por último, que la prenda deberá sujetarse al acuerdo previo de la asamblea, unánime o mayoritaria de conformidad con el artículo 65 de la LGSM, y se deberá respetar el derecho del tanto en favor de los socios en los casos de ejecución de la prenda.

El Lic. Jorge Mario Santillán (65) señala que la prenda de cuotas (partes sociales) autorizaría el traspaso de la prenda por endoso del respectivo certificado prendario puesto que éste es libremente transmisible. Puntualiza que el endoso no transfiere la propiedad de la cosa sino la titularidad del derecho de prenda con registro sobre la cosa. Asimismo la prenda de cuotas de sociedades de responsabilidad limitada no disminuye la garantía de los terceros acreedores de la sociedad, ya que el acreedor prendario no lo es directamente de los bienes sociales sino que ocupa la situación que tenía el socio moroso en la misma.

(64) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

(65) SANTILLAN, Jorge Mario. Prenda de Cuotas de Sociedad de Responsabilidad Limitada, págs. 1-3.

Por lo que se refiere a su naturaleza jurídica, el Lic. Santillán citando a Messineo (66), menciona que desde el punto de vista jurídico la prenda de cuotas o partes sociales es un derecho real de garantía sobre un derecho de crédito no incorporado a un título. Asimismo, citando a la doctrina brasileña, considera que debe exigirse el consentimiento de los socios antes de la constitución de la prenda.

Finalmente, cabe señalar que existen legislaciones que imponen ciertas formalidades a la prenda de partes sociales, ya que, como señala el Lic. Alberto Ballarín Marcial (67), las prendas sobre partes sociales deberán hacerse en escritura pública y se deberán inscribir en el registro mercantil en su sección respectiva.

2.- Diferencia Entre la Prenda Sobre Acciones y la Prenda Sobre Partes Sociales.

(a) Diferencia entre Acción y Parte Social.

Toda vez que las diferencias que se puedan dar entre las partes sociales y las acciones sería un tema espe-

(66) MESSINEO, Francesco. I Titoli di Credito (citado por SANTILLAN, Jorge Mario. Op. Cit.).

(67) BALLARIN MARCIAL, Alberto. Prenda de Participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada, págs. 299-321.

cífico para un estudio más serio, a continuación expresaré brevemente, algunas nociones materiales en cuanto a sus diferencias.

Para el Lic. Jorge Barrera Graf (68) la diferencia entre las partes sociales y las acciones que emiten las sociedades anónimas a favor del socio (accionista), y con el título accesorio de éste, que es el cupón, estriba en que mientras la acción es un título-valor y como tal incorpora los derechos (el status) del socio, de tal manera que la tenencia (legítima) del documento es necesaria para el ejercicio de tales derechos, la parte social no lo es, como lo indica su definición legal en el artículo 58 de la LGSM: la calidad del socio y los derechos de éste no derivan del documento, sino del pacto social, y en el caso de transmisión de partes sociales, frente a terceros derivan también de haber sido inscritos en el libro especial de los socios (artículo 73 de la LGSM) tanto su transmisión como los gravámenes que se hayan constituido sobre ella.

Continúa señalando el Lic. Barrera Graf (69) que el documento que se diere al socio es sólo probatorio, no constitutivo de derechos; no debe emitirse a la orden o al portador, no es transmisible por el medio que es propio de los títulos nominativos (como siempre es la acción), o sea,

(68) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

(69) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

con el endoso y menos aún por la simple tradición como ocurre con los títulos al portador; sino, a través de un negocio de cesión (de derechos y obligaciones), regulado en el derecho común (artículos 2029 a 2050 del Código Civil para la cesión de créditos, 2051 a 2057 del Código Civil para la cesión de deudas).

Finalmente señala el Lic. Barrera Graf (70) que el artículo 68 de la LGSM establece que la parte social es única e individual, y que es indivisible (artículo 69 de la LGSM). Aquella nota, significa que la parte social es del socio, al que se le atribuye un haz de derechos y obligaciones (vgr.- el pago del dividendo pasivo que fuera a su cargo, artículo 64 de la LGSM) y que es de carácter personal, no real. La indivisibilidad impide al socio que fraccione y multiplique su parte, creando otra, a favor propio o de terceros a quienes vendiera parte de su parte. Empero, de ambas reglas se admiten excepciones, si el contrato social lo permite, en los términos de los propios artículos 68 y 69 de la LGSM.

Por su parte el Lic. Jorge Mario Santillán (71) señala que el criterio de distinción entre interés (parte social) y acción está dado porque la acción se incorpora a un título representativo, y así circula; en cambio la parte social o cuota sólo se transmite por cesión en las condicio-

(70) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

(71) SANTILLAN, Jorge Mario. Op. Cit.

nes fijadas por el Código Civil (en este caso el Código Civil argentino).

Asimismo, considera el Lic. Santillán (72) que la enajenación de la parte social o cuota siempre lleva a reformar el contrato, porque debe aceptarse al nuevo socio.

La parte social se diferencia de la acción en que no es incorporable a un título de crédito, ni es transmisible por los medios comerciales de negociación. Se distingue del interés (parte social) en una sociedad colectiva por su cesibilidad normal y por que señala el límite de la responsabilidad del titular.

Citando al Lic. Francisco Garo (73), la limitación de responsabilidad es para los socios, no para la sociedad, ésta responde con todos sus bienes.

Continúa señalando el Lic. Santillán (74) citando a Nicola Gasperoni que la acción es normalmente cesible, pero la cuota sólo lo es por vía excepcional. Aunque este criterio no es definitivo, ya que la acción debe entenderse como el derecho incorporado al título, mientras que ello no sucede en la cuota.

(72) SANTILLAN, Jorge Mario. Op. Cit.

(73) GARO, Francisco. Sociedades de Responsabilidad Limitada, pág. 150.

(74) SANTILLAN, Jorge Mario. Op. Cit.

Finalmente señala que la participación social debe llamarse cuota, cuando no pueda representarse por un título, y está atribuida a determinada persona por razones de confianza; la acción es, por otra parte, libremente transmisible y está incorporada a un título que representa la cualidad del socio.

(b) Diferencia entre la Constitución de la Prenda Sobre Acciones y la Prenda Sobre Partes Sociales.

Esencialmente, podríamos señalar, que la manera de constituir cada uno de dichos contratos, sería básicamente la misma, aunque por recaer sobre objetos esencialmente distintos (es decir, partes sociales o cuotas y acciones), presentarán ciertas diferencias que a continuación se expresarán o, en su caso, se señalarán en el siguiente tema.

Para el Lic. Joaquín Garrigues (75) no es posible pignorar participaciones sociales no liberadas, ya que las participaciones sociales han de estar totalmente desembolsadas desde su creación (el cual constituye un punto de vista en función de la legislación española). Por el contrario, podríamos afirmar que sí pueden pignorarse acciones no liberadas o pagadoras, entendiéndose como éstas aquellas cuyo precio no ha cubierto el accionista y que constituye

(75) GARRIGUES, Joaquín. Op. Cit.

una deuda de éste frente a la sociedad anónima acreedora. También desde un punto de vista de la legislación española, el Lic. Garrigues (76) señala que el ejercicio de los derechos de socio pertenece al deudor prendario, no así por lo que se refiere a acciones. Sobre estos puntos abundaremos más adelante.

Por otra parte, el Lic. Alberto Ballarin Marcial (77) equipara a la pignoración de la prenda sobre partes sociales a una prenda sobre créditos. Mientras que la pignoración de acciones sería una prenda sobre títulos de crédito. La prenda sobre partes sociales se da como una prenda de un derecho, el derecho a la participación, que queda abarcada en globo y no, como en el caso de prenda sobre acciones en cada uno de los inextricables derechos que la componen, extendiéndose la prenda sobre partes sociales, naturalmente, hasta donde es posible, a las obligaciones que están coordinadas con aquellos derechos.

La doctrina, principalmente extranjera, cuestiona la posibilidad de constituir una prenda sobre partes sociales, como por ejemplo, el Lic. González Enríquez (78), quien manifiesta que en la prenda sobre partes sociales, por

(76) GARRIGUES, Joaquín. Op. Cit.

(77) BALLARIN MARCIAL, Alberto. Op. Cit.

(78) GONZALEZ ENRIQUEZ, Jaime. Algunas Reflexiones en torno a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, pág. 874.

no incorporarse la participación a un título-valor, le falta la consistencia real suficiente para ser una entidad patrimonial autónoma y, como tal, objeto de derecho, pero funciona en la técnica legal como si lo fuera, constituyendo así un instrumento que utiliza la ley para despersonalizar y capitalizar la sociedad.

Por último, la jurisprudencia francesa señala que, en tratándose de la prenda sobre partes sociales es necesario para constituirla recurrir al procedimiento de la cesión de crédito, notificando la prenda a la sociedad.

NOTA: Salvo que el contexto lo requiera, cualquier futura referencia a acciones deberá entenderse que incluye a partes sociales y cualquier referencia a accionistas deberá entenderse que incluye a socios.

3. Derechos y Obligaciones de las Partes.

Los derechos y obligaciones aquí contenidas se refieren específicamente a la prenda sobre acciones, las cuales deberán complementarse en su caso, con aquellos derechos y obligaciones que se señalan en el tema 6 del Capítulo II del presente estudio.

a) Derecho de asistir y votar en las Asambleas de Accionistas.

Probablemente, el tema más discutido acerca de la prenda sobre acciones es el relativo a la determinación de a quién corresponde el ejercicio del derecho de voto cuando las acciones se encuentran pignoradas. Por la importancia que reviste este tema, a continuación se expresarán de manera concreta distintos puntos de vista propuestos por los tratadistas de la materia, toda vez que no existe uniformidad en cuanto a los criterios de solución.

El Doctor Joaquín Rodríguez y Rodríguez (79) señala que para determinar si el derecho de voto corresponde al titular o al tenedor material de las acciones, dos preceptos deben tomarse en cuenta, en principio: los artículos 36 y 338 de la LTOC.

Continúa señalando el autor citado que el artículo 36 de la LTOC prevee la posibilidad del endoso en prenda, de títulos nominativos, pero en definitiva, no resuelve la cuestión puesto que sólo dice que el endosatario en prenda, tiene todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario, respecto del título endosado y los derechos a él inherentes que confiere el endoso en procuración y habrá que

(79) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. El Voto en caso de Acciones Dadas en Prenda, págs. 187-194.

recurrir a otras fuentes legales, o a la interpretación del texto legal, para determinar si entre los derechos del acreedor prendario figura el relativo al ejercicio del voto.

Por otro lado, el artículo 338 de la LTOC obliga al acreedor prendario, además de a la guarda y conservación de los títulos dados en prenda, al ejercicio de todos los derechos inherentes a ellos.

Sin embargo, afirma que el problema sigue siendo el mismo: saber si el derecho de voto es un derecho inherente al título desde su posible y debido ejercicio por el acreedor prendario. Considero debido, excluir del presente estudio, lo que señala el Maestro Rodríguez y Rodríguez en relación a la prenda irregular de acciones al portador, y a la prenda regular de acciones al portador, toda vez que las acciones al portador no existen dentro de la legislación mexicana vigente, según se desprende del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1982, mediante el cual se establece, reforma y adiciona diversas disposiciones de carácter mercantil, el cual, uniforma la LTOC y la LGSM para que desaparezcan las acciones, los bonos de fundador y los certificados de depósito como títulos al portador. Además en su artículo Segundo Transitorio señala que:

"ARTICULO SEGUNDO.- Se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto por el presente Decreto.

En todos aquellos ordenamientos legales distintos a éste, en donde se mencionan las acciones, los bonos de fundador, las obligaciones y los certificados de depósito, como títulos valor al portador, deberá entenderse como referidos a nominativos."

Por lo que se refiere a acciones nominativas, Rodríguez y Rodríguez señala que la constitución de la prenda debe constar forzosamente en el título o en el registro de accionistas o en ambos con independencia de que las acciones estén en posesión del acreedor prendario, de un tercero, o de que la prenda se haya constituido en la forma de constitutum possessorum (80).

Concluye señalando que como tesis general el acreedor prendario por el solo hecho de serlo, no está autorizado a votar con las acciones que tiene en prenda salvo que haya sido autorizado expresamente para ello.

(80) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. El Voto en caso de Acciones Dadas en Prenda, Op. Cit.

Los fundamentos del Doctor Rodríguez y Rodríguez para tal acepción son los siguientes:

1. Ante todo en un argumento de autoridad, ya que la inmensa mayoría de los tratadistas de derecho mercantil niegan al acreedor prendario el derecho de voto y afirman, por el contrario que el mismo corresponde al dueño de las acciones.

2. La estructura del derecho de prenda es contraria a que el acreedor prendario tenga el derecho de voto. Porque el derecho de prenda sobre las acciones supone que éstos se entregan en garantía en cuanto son una cosa corporal mueble, es decir, un valor económico, sin que ello implique la transmisión del status de socio.

3. Finalmente señala que el artículo 338 de la LTOC es inaplicable al caso de prenda de acciones. En efecto, en el artículo 111 de la LGSM, y lo mismo dice el artículo 22 de la LTOC, los títulos valores especiales han de estar regidos, en primer término, por su propia ley y sólo en lo que no esté en contradicción con su naturaleza se regirán por lo dispuesto en la LTOC.

Messineo (81) señala que de acuerdo con la legislación italiana el ejercicio del derecho de voto en caso de

(81) MESSINEO, Francesco. Derecho Civil y Mercantil, Tomo IV, pág. 312.

acciones dadas en prenda se realiza en interés al deudor, mientras que por parte del acreedor se podría ejercer en su interés personal. Por otro lado, en el caso de asambleas ordinarias, el ejercicio del voto por parte del deudor no puede perjudicar la consistencia del derecho incorporado al título por lo que la guardia de la prenda no contradice en esta hipótesis, que el derecho de voto se ejerce por parte del deudor.

Vivante (82) afirma que el accionista que dio en prenda su acción, conserva el derecho de voto, porque conserva aquella calidad, estando obligado el acreedor prendario a realizar los actos necesarios para que el accionista pueda votar.

Brunetti (83) establece que el acreedor prendario vota en virtud de la relación que lo une con su tenedor que es el socio. La prenda recae sobre los títulos considerados como valor mueble, no sobre los atributos personales del accionista, así que el acreedor prendario no está autorizado para intervenir en las asambleas y debe dejar al propietario

(82) BOLAFFIO, ROCCO Y VIVANTE. Tratado de Derecho Mercantil, Tomo 15, No. 631, pág. 186.

(83) BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades, No. 86.

el libre ejercicio de tal derecho, ésto se hará fácilmente, depositando las acciones de la sociedad a nombre del propietario.

El Lic. Jorge Barrera Graf (84) señala que al acreedor prendario, poseedor material del documento, corresponde el derecho de voto salvo pacto en contrario, en virtud del artículo 338 de la LTOC.

Por su parte el Lic. Mario Bauche Garciadiego (85) señala que no es comprensible el ejercicio del derecho de voto y demás similares en el caso de acciones de sociedades mercantiles que han sido dadas en garantía a favor del acreedor, toda vez que éste únicamente podrá ejercer aquellos derechos que tengan un contenido económico directo.

Finalmente el Lic. Michell Nader (86) señala que salvo pacto en contrario, el acreedor prendario exclusivamente estará garantizado con los títulos de las acciones pignoras, pero éste derecho de ninguna manera le permite participar en las asambleas de accionistas de la sociedad emisora de las acciones dadas en prenda, ya que el derecho de voto es un derecho corporativo, privativo de los socios, por lo que no es aplicable el artículo 338 de la LTOC.

(84) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

(85) BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Op. Cit.

(86) NADER, Michell. Op. Cit.

Personalmente, considero que esta última opinión es la más adecuada. Sin embargo, opino que es discutible si se deberá admitir el pacto en contrario, toda vez que el artículo 198 de la LGSM señala que:

"Artículo 198.- Es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas."

Cabe señalar que la misma ley (en este caso la LGSM) atribuye el derecho de voto exclusivamente a los accionistas. Existe una duda relativa a que si esta disposición es únicamente aplicable entre accionistas o afecta también a terceros que contraten con los accionistas. Considero que esta disposición es aplicable erga omnes toda vez que es la única solución que se encuentra en derecho positivo vigente. Además, y como quedó señalado anteriormente, los títulos valores especiales (en este caso las acciones) han de estar regidos en primer término por su ley especial que es la LGSM, y sólo que no estuviere en contradicción con su naturaleza se aplicará supletoriamente la LTOC. Contrariamente se opina que dicha disposición tiende a evitar los llamados sindicatos de acciones, que consisten en la unión de varios accionistas comprometiéndose a ejercer sus derechos de socio conforme a las directrices marcadas por la mayoría.

b) Percibir Dividendos.

Percibir dividendos es considerado el más importante de los derechos patrimoniales.

A diferencia de lo que personalmente consideré, en cuanto a que si el derecho de voto es renunciable o no, el derecho a percibir dividendos no presenta dicha polémica, por lo que podemos afirmar que sí es un derecho renunciable, es decir, que el deudor prendario puede renunciar a su derecho de percibir dividendos expresamente en el contrato y, por lo tanto, dicho derecho correspondería al acreedor prendario.

El problema surge cuando no se ha pactado nada en el contrato, en este caso considero aplicable lo que dispone el artículo 338 de la LTOC en cuanto a que señala que el acreedor prendario debe ejercitar todos los derechos inherentes a la guarda y conservación de los bienes dados en prenda.

Asimismo, considero que es aplicable lo que dispone el artículo 336 de la LTOC, que dispone que cuando la prenda se constituye sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo pacto en contrario.

Para percibir los dividendos, el acreedor prendario tendrá que estar inscrito en el libro de registro de accionistas en su carácter de tal, según ha quedado establecido anteriormente.

c) Reembolso por Reducción del Capital.

Señala el artículo 343 de la LTOC que:

"Artículo 343.- Si antes del vencimiento del crédito garantizado se vencen o son amortizados los títulos dados en prenda, el acreedor podrá conservar en prenda las cantidades que por estos conceptos reciba, en sustitución de los títulos cobrados o amortizados."

Conforme a lo indicado en el apartado anterior y relacionando dicho precepto con lo que dispone el último párrafo del artículo 336 de la LTOC, se entenderá transferida la propiedad cuando la prenda se constituya sobre dinero, salvo convenio en contrario.

Lo previsto en este precepto como en los anteriores, es renunciable o regulable en su caso, es

decir, pueden las partes pactar algún mecanismo distinto en el caso de que dicho supuesto se llegase a dar.

d) Pago de la Cuota de Liquidación.

Salvo pacto en contrario, en el caso de que una sociedad se divida, se deberá aplicar analógicamente lo que establece el artículo 343 de la LTOC anteriormente transcrito, por lo que me remito a lo que se dispuso en el apartado anterior.

e) Suscripción de Acciones en Caso de Aumento de Capital.

Toda vez que el deudor conserva su carácter de socio, tiene el derecho de preferencia para suscribir las acciones que le correspondan en su caso. Sin embargo, dicho derecho será ejercido a través de (pero no por) el acreedor prendario, de conformidad con el artículo 261 de la LTOC (aplicable de conformidad con el artículo 339 de la LTOC) que señala lo siguiente:

"Artículo 261. Si los títulos atribuyen un derecho de opción que deba ser ejercitado durante el reporto, el reportador estará obligado a ejercitarlo por cuenta

del reportado; pero este último deberá proveerlo de los fondos suficientes dos días antes, por lo menos, del plazo señalado para el ejercicio del derecho opcional."

Del anterior precepto las referencias hechas al reportador y al reportado deberán entenderse hechas al acreedor y al deudor prendario respectivamente. Puede surgir el caso, según indica el Lic. Nader (87) de que el deudor no cumpla con la obligación de entregarle los fondos necesarios al acreedor prendario para ejercitar por cuenta de aquél el derecho de preferencia, en cuyo caso los intereses del acreedor prendario serán lesionados, aunque el valor absoluto de los títulos pignorados no haya disminuído.

En este caso el daño que se le causa al acreedor se debe fundamentalmente al hecho de que los derechos del deudor como accionista de la sociedad emisora se ven reducidos en virtud de que se aumentó la cantidad de acciones en que se divide el capital social, lo cual lógicamente disminuye de manera proporcional los derechos corporativos y patrimoniales del deudor prendario.

Concluye el Lic. Nader (88) señalando que si en el contrato de prenda el deudor no se comprometió a ejercitar

(87) NADER, Michell. Op. Cit.

(88) NADER, Michell. Op. Cit.

el derecho de preferencia para suscribir las acciones que le pudieran corresponder en los casos de aumento de capital, el acreedor no podrá exigirle que lo haga, en virtud de que los accionistas de una sociedad anónima no se encuentran obligados a ejercitar el derecho de preferencia. Asimismo, el artículo 261 de la LTOC no obliga al deudor a que ejercite, en cualquier caso, el derecho de preferencia.

f) Exhibiciones sobre Acciones Pagadoras.

Si durante la vigencia del contrato de prenda debe hacerse algún pago sobre acciones pagadoras (es decir, aquéllas que se encuentran insolutas) el deudor tendrá que proporcionar al acreedor los fondos necesarios, cuando menos con dos días de anticipación a la fecha de pago.

A este respecto el artículo 263 de la LTOC (que es aplicable según lo señala el artículo 339 de LTOC) dispone:

"Artículo 263.- Cuando durante el término del reporto deba ser pagada alguna exhibición sobre los títulos, el reportado deberá proporcionar al reportador los fondos necesarios, dos días antes, por lo menos, de la fecha en que la exhibición haya de ser pagada. En

caso de que el reportado no cumpla con esta obligación, el reportador puede proceder desde luego a liquidar el reporto."

Según fue apuntado anteriormente, las referencias hechas al reportador y al reportado se entenderán hechas al acreedor y al deudor prendario respectivamente.

El hecho de que las acciones no hayan sido pagadas debe ser del conocimiento del acreedor, toda vez que la fracción V del artículo 125 de la LGSM dispone lo siguiente:

"Artículo 125.- Los títulos de las acciones y los certificados provisionales deberán expresar:

...

V.- Las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista o la indicación de ser liberada;

..."

Toda vez que la sociedad emisora podrá exigir judicialmente el pago al accionista de las exhibiciones correspondientes o proceder a la venta de las acciones (artículos 118 y 119 de la LGSM), el acreedor prendario deberá adoptar las medidas necesarias para que el deudor le proporcione, dentro del término establecido, los fondos suficientes para cubrir las exhibiciones que deban hacerse sobre las acciones, de preferencia al momento de celebrarse el contrato de prenda correspondiente.

g) Separación.

Señala el Lic. Nader (89) que no es posible que el acreedor ejercite el derecho de separación de la sociedad, en virtud de que ello tendría como consecuencia que el deudor perdiera su calidad de socio. El único caso en que el deudor puede ejercitar el derecho de separación válidamente se presenta en el evento muy poco probable, según señala el Lic. Nader (90), de que el accionista le hubiere otorgado un poder especial para proceder de esa forma.

En este remoto caso, señala el Lic. Nader (91), y una vez que la sociedad le haya reembolsado al accionista el valor de sus acciones en los términos del artículo 206 de la LGSM, el monto del pago deberá entregarse al acreedor, quien de conformidad con los artículos 335, 336 segundo párrafo y

(89) NADER, Michell. Op. Cit.

(90) NADER, Michell. Op. Cit.

(91) NADER, Michell. Op. Cit.

343 de la LTOC, adquirirá la propiedad de la suma entregada al accionista, salvo pacto en contrario.

h) Prenda sobre Acciones Depositadas en el INDEVAL.

El Lic. Barrera Graf (92) señala como caso especial de prenda de acciones, el de aquéllas que se encuentran depositadas en un INDEVAL, y lo hace extensivo a las obligaciones.

El inciso b) de la fracción IV del artículo 57 de la LMV permite a las INDEVAL intervenir en las operaciones mediante las cuales se constituya garantía prendaria sobre los valores que le sean depositados.

Asimismo, el artículo 99 de la LMV (al cual hace referencia implícita el artículo 67 de la LMV) señala lo siguiente:

"Artículo 99.- Cuando por virtud de las operaciones que celebren las casas de bolsa se deba constituir prenda sobre valores que aquéllas mantengan en guarda y administración conforme al artículo 22, fracción V, inciso b) de este orde-

(92) BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit.

namiento, dicha garantía se constituirá y formalizará mediante contrato que deba constar por escrito, sin que sea necesario hacer entrega o endoso de los títulos materia del contrato ni en su caso la anotación en el registro respectivo.

El contrato en cuestión deberá ser remitido por la casa de bolsa a la institución encargada del depósito de los títulos junto con la solicitud para la apertura o incremento de la cuenta de valores depositados en prenda.

Se podrá convenir en los contratos la venta extrajudicial de los valores dados en prenda cuando sea exigible la obligación garantizada y el deudor no satisfaga su importe al primer requerimiento que se le haga por cualquier medio convenido por las partes de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo de la fracción segunda del artículo 91 de esta Ley, así como cuando el deudor incumpla, antes del vencimiento, la obligación de mantener el margen de garantía pactado con el acreedor.

En los estados de cuenta que deben enviar las casas de bolsa a sus clientes, se destacarán los elementos correspondientes a las prendas constituidas por éstos, con los datos necesarios para identificación de los valores pignora-
dos. El estado de cuenta servirá de resguardo de los valores, hasta la terminación del contrato de prenda."

Primeramente podemos señalar que el artículo anteriormente transcrito impone la obligación de que la prenda sobre acciones (en este caso valores) deberá constar forzosamente por escrito, sin embargo, no impone todas las demás obligaciones o formalidades que pudiéramos encontrar en una prenda sobre acciones distinta a ésta.

Asimismo, cabe señalar que el tercer párrafo de dicho artículo prevé un procedimiento de remate de las acciones sin intervención judicial. Esta forma de remate es inconstitucional, violatoria de la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución. Toda vez que he establecido la crítica de esta forma de procedimientos, me remito a lo señalado en el tema 10 del Capítulo II referente a la ejecución de la prenda.

4. Regulación de la Prenda sobre Acciones en la
Legislación de Inversiones Extranjeras.

a) Ley para Promover la Inversión Mexicana y
Regular la Inversión Extranjera; breve análisis de su Cons-
titucionalidad.

Es ampliamente discutido el tema sobre la consti-
tucionalidad de la LIE. A continuación se mencionan ciertos
comentarios a la misma.

La LIE se publicó en el Diario Oficial de la
Federación el 9 de marzo de 1973 y entró en vigor el 8 de
mayo del mismo año.

Señala el Lic. Jorge Barrera Graf (93) que, aún y
cuando a los extranjeros corresponde una situación de igual-
dad ante la ley conforme al artículo 10. de la Constitución,
salvo las excepciones que ella misma establece se ha negado
la constitucionalidad de la LIE. Sin embargo, el Lic.
Barrera Graf (94) desmiente dichos argumentos señalando en
primer lugar que no permitiría distinción alguna entre
mexicanos y extranjeros que tienen su base en la Constitu-
ción (artículos 30 y 35), ni toleraría someter a los extran-
jeros a controles y permisos para su estancia en el país; lo

(93) BARRERA GRAF, Jorge. La regulación Jurídica de las
Inversiones Extranjeras en México, págs. 22-24.

(94) BARRERA GRAF, Jorge. La regulación Jurídica de las
Inversiones Extranjeras en México. Op. Cit.

que sería contrario a la garantía del artículo 11 de la Constitución. Continúa señalando que el principio de igualdad ante la ley, que deriva del artículo 10. Constitucional, quiere decir que en ausencia de disposiciones legales restrictivas, que provengan del constituyente (Constitución y sus Reformas), o el Congreso de la Unión y sólo de él, como dispone el artículo 73 fracción XVI de la propia Constitución, los extranjeros gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones que los mexicanos. La facultad de reglamentar la condición jurídica de los extranjeros, que esta última norma de la ley fundamental concede al Congreso Federal, supone, precisamente que éste, no las legislaturas de los estados, es el único que puede dictar leyes que condicionen o que restrinjan el status jurídico del extranjero en el país.

Por otra parte, el Lic. Barrera Graf (95) menciona otro argumento que consiste en que el legislador federal sólo puede dictar normas sobre el derecho privado mercantil, y que, por tanto carezca de facultades para legislar sobre inversiones nacionales o extranjeras, en cuanto éstas forman parte de un derecho público del comercio; dicho argumento, señala el Lic. Barrera Graf, no puede sostenerse seriamente. No hay base alguna, ni para limitar el alcance de la facultad que la fracción X del artículo 73 de la Constitución otorga al Congreso Federal para legislar sobre comercio, ni

(95) BARRERA GRAF, Jorge. La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. Op. Cit.

para distinguir un derecho privado y un derecho público de comercio. Ambos forman parte del derecho mercantil, o derecho del comercio, que aún se considera integrante del derecho privado, pero que cada vez en mayor medida adquiere carácter público, por el creciente y necesario intervencionismo estatal, y por los nuevos fenómenos económicos que han surgido y siguen surgiendo.

Concluye el Lic. Barrera Graf (96) señalando que sí corresponde al poder legislativo federal la facultad de dictar leyes que controlen y restrinjan la inversión extranjera; por lo que son plenamente constitucionales tanto la vigente LIE como otras disposiciones que restrinjan la inversión extranjera.

Por otra parte, el Lic. Ignacio Gómez Palacio (97) en adición a lo que señala el Lic. Jorge Barrera Graf, señala que además en el año de 1983 se adicionó al artículo 73 de la Constitución la fracción XXXIX-F para señalar que el Congreso de la Unión tiene facultades para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana y la regulación de la inversión extranjera; con lo cual se eliminó la posible existencia de vicios de inconstitucionalidad de la LIE.

(96) BARRERA GRAF, Jorge. La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. Op. Cit.

(97) GOMEZ PALACIO Y GUTIERREZ ZAMORA, Ignacio. Inversión Extranjera Directa, págs. 10-12.

Cabe analizar esta afirmación con mayor detenimiento, toda vez que la misma fue creada o adicionada por el artículo 6o. del decreto de 2 de febrero de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 del mismo mes y año, y entró en vigor al día siguiente y, como quedó señalado anteriormente, la LIE entró en vigor el 8 de mayo de 1973.

Señala dicha fracción XXIX-F del artículo 73 de la Constitución lo siguiente:

"Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

...

XXIX - F.- Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional."

..."

En primer lugar, sería muy exagerado considerar que la LIE es inconstitucional toda vez que el órgano encargado de establecerlo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a la fecha no ha pronunciado opinión al respecto. Sin embargo sí contiene varias deficiencias técnicas que bien vale la pena señalar como, por ejemplo, la adición anteriormente mencionada, toda vez que es ilógico suponer que una disposición constitucional de 1983 sirva de fundamento a una ley de 1973 ya que por simple lógica al momento de publicarse y entrar en vigor la LIE no existía dicha fracción XXIX-F del artículo 73 de la Constitución.

Finalmente quiero señalar que el Reglamento de la LIE en vigor tiene también varias deficiencias técnicas, las cuales explicaré en su momento.

Por lo que se refiere a la prenda sobre acciones la LIE se ocupa de ella en su capítulo V que se refiere al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras señalando en el artículo 23 fracción IV lo siguiente:

"Artículo 23.- Se crea el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras en el que deberán inscribirse:

...

IV.- Los títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros o estén dados en garantía a favor de éstos y sus transmisiones;..."

b) Regulación Anterior.

El 28 de diciembre de 1973 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, mismo que entró en vigor el día siguiente.

Acertadamente dicho Reglamento del RNIE regulaba a la prenda sobre acciones en sus artículos 34 y 35 que señalaban lo siguiente:

"Artículo 34.- Los inversionistas extranjeros a cuyo favor se haya constituido una garantía o trabado un embargo sobre acciones o partes sociales de sociedades mexicanas, deberán solicitar la inscripción de tales acciones o partes sociales, dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere constituido la garantía o trabado embargo."

"Artículo 35.- La solicitud a que se refiere el artículo precedente deberá contener los siguientes datos:

I.- Nombre, domicilio y dirección del titular de las acciones o partes sociales dadas en garantía o embargadas.

II.- Nombre, denominación o razón social, nacionalidad, domicilio, dirección y, en su caso, calidad migratoria del extranjero a cuyo favor se hubiere constituido la garantía o trabado embargo.

III.- Denominación o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro Público de Comercio, de la sociedad emisora de los títulos dados en garantía o embargados.

IV.- Constancia fehaciente del acto jurídico del cual resulte la constitución de la garantía o del embargo.

V.- Derechos concedidos al acreedor respecto de las acciones o partes sociales, para el caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas."

Como se puede observar, es acertada la forma en la cual el Reglamento de la RNIE regulaba a la prenda sobre acciones, toda vez que estaba de conformidad con la LIE.

Por otro lado, el Lic. Jorge Barrera Graf (98) señala que no sólo se requiere del registro de los títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros, sino que haciendo una interpretación más amplia, que esté de acuerdo con la mente del legislador (ratio legis) y la estructura y los alcances de la LIE llevan a afirmar que ciertas garantías (sobre bienes o derechos a que la LIE se refiere) están comprendidas en la parte final del artículo 2o. de la LIE, que incluye a las operaciones a que la propia ley se refiere. La mención, pues, de garantías, justifica que se les comprenda en la reglamentación legal sobre inversiones extranjeras, pero siempre que en virtud de ellas se incurra en una de las limitaciones de la LIE.

Señala asimismo el Lic. Barrera Graf que toda vez que la fracción IV del artículo 23 habla de extranjeros, deberán considerarse comprendidos los sujetos que enumera el artículo 2o. de la LIE que señala:

(98) BARRERA GRAF, Jorge. La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. Op. Cit.

"Artículo 2o.- Para los efectos de esta ley se considera inversión extranjera la que se realiza por:

I.- Personas morales extranjeras;

II.- Personas físicas extranjeras;

III.- Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica; y

IV.- Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

..."

Continúa señalando el Lic. Barrera Graf (99) que la expresión "títulos representativos de capital" también comprende las partes sociales, en cuanto a que las aportaciones de los socios en dichas sociedades forman o integran el capital social.

(99) BARRERA GRAF, Jorge. La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. Op. Cit.

En cuanto a la constitución de prenda sobre acciones en favor de inversionistas extranjeros señala el Lic. Barrera Graf (100) que no se prohíbe ni requiere autorización de la CNIE, pero deberá inscribirse en el RNIE, según quedó establecido anteriormente. Sin embargo, si la garantía implica la transmisión del derecho de voto al acreedor-garante (inversionista extranjero o institución fiduciaria), el caso se referiría al control de la empresa y entonces sí se requeriría autorización de la CNIE. Por lo que se refiere al derecho de voto, me remito a lo expresado en el subinciso a) del tema 3. de este Capítulo.

Finalmente, cabe señalar que el Reglamento del RNIE fue abrogado por el artículo 2o. Transitorio fracción II del RLIE el 16 de mayo de 1989.

c) Regulación Actual; Planteamiento del Problema.

El 16 de mayo de 1989 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

Dicho RLIE se crea en el marco de una política económica de apertura, a fin de promover la inversión ex-

(100) BARRERA GRAF, Jorge. La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. Op. Cit.

tranjera para solucionar ciertos problemas económicos que se habían venido dando a últimas fechas, como consecuencia de las políticas proteccionistas de años anteriores.

Sin embargo, el RLIE contiene ciertas deficiencias en cuanto a su regulación. No compete a la presente obra señalar todos aquellos defectos que pueda tener el RLIE, sino, únicamente, aquéllos que se refieren a la prenda sobre acciones y su inscripción en el RNIE.

El artículo 43 de la RLIE señala:

"Artículo 43.- Para los efectos de realizar las inscripciones, cancelaciones y anotaciones previstas por este Reglamento, el Registro se dividirá en tres Secciones en donde se inscribirán, según corresponda, las personas, sociedades y fideicomisos regulados por la ley, y cuya denominación será:

a) Sección Primera: De las personas físicas o morales extranjeras.

b) Sección Segunda: De las sociedades.

c) Sección Tercera: De los fideicomisos."

De la lectura de dicho precepto podemos desprender que ha desaparecido del RLIE la Sección Cuarta que contemplaba los artículos 34 y 35 del ahora abrogado Reglamento de RNIE.

No existe ningún problema en cuanto al hecho de que el RLIE haya abrogado el Reglamento del RNIE y por tanto la forma de estructurar el RNIE. Lo realmente importante aquí es que deja sin efectos lo que señala la fracción IV del artículo 23 de la LIE, es decir, no requiere de la inscripción de los títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros o estén dados en garantía a favor de éstos y sus transmisiones. Lo cual sería más grave aún en el caso de que el derecho de voto corresponda al inversionista extranjero, ya que, como señala el Lic. Barre-ra Graf, se dejaría o se podría dejar el control de la administración de la sociedad al inversionista extranjero, y se debería de solicitar autorización de la CNIE.

Más aún, está yendo en contra del principio de jerarquía de leyes establecido en la Constitución, y el RLIE como reglamento, está yendo más allá de sus atribuciones, y

está dejando sin efectos una ley federal debidamente promulgada (con todo y los defectos anteriormente señalados).

d) Opinión Personal.

Considero que en el caso de que se presente una prenda sobre acciones que reúne las características de la fracción IV del artículo 23 de la LIE, se debe de solicitar su inscripción en el RNIE. Si la autoridad respectiva negase la inscripción, el interesado podrá impugnar dicha resolución mediante el recurso de reconsideración que se establece en el artículo 68 del RLIE. Es práctica común del RNIE emitir oficios contestando solicitudes de inscripciones de prenda en términos de que toman nota de la constitución de la prenda sobre acciones, pero no ha lugar a su inscripción, y justifican la legalidad del RLIE en el último párrafo del artículo 23 de la LIE, que señala que el RLIE determinará la organización del RNIE y establecerá la forma en que deberá proporcionarse la información. Este argumento es muy débil y trata de salir del paso y enmendar en alguna manera la deficiencia del RLIE.

En caso de negativa de inscripción se podrá recurrir la resolución de la autoridad mediante juicio de amparo indirecto ante un juzgado de Distrito en materia administrativa.

Lo mismo es aplicable por lo que se refiere al Artículo Undécimo Transitorio del RLIE que señala:

"Artículo Undécimo. La Secretaría dejará sin efectos las inscripciones y anotaciones en el Registro que, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento, no sea obligatorio mantener en el mismo."

Por otro lado considero que para resolver la problemática en cuestión existen dos opciones:

1) Derogar la fracción IV del artículo 23 de la LIE; o

2) Adicionar al artículo 43 del RLIE el inciso d) al final del mismo para quedar como sigue:

"...d) Sección Cuarta: De títulos representativos de capital."

Así como agregar un Capítulo IV Bis al título Octavo que se denominará:

"Capítulo IV Bis de los títulos representativos de capital."

Agregando los artículos 65 bis y 65 bis 1:

"Artículo 65 Bis.- Los inversionistas extranjeros a cuyo favor se haya constituido una garantía o trabado un embargo sobre acciones o partes sociales de sociedades mexicanas, deberán solicitar la inscripción de tales acciones o partes sociales, dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere constituido la garantía o trabado embarco."

"Artículo 65 Bis 1.- La solicitud a que se refiere el artículo precedente deberá contener los siguientes datos:

I.- Nombre, domicilio y dirección del titular de las acciones o partes sociales dadas en garantía o embarcadas.

II.- Nombre, denominación o razón social, nacionalidad, domicilio, direc-

ción y, en su caso, calidad migratoria del extranjero a cuyo favor se hubiere constituido la garantía o trabado embargo.

III.- Denominación o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro Público de Comercio, de la sociedad emisora de los títulos dados en garantía o embargados.

IV.- Constancia fehaciente del acto jurídico del cual resulte la constitución de la garantía o del embargo.

V.- Derechos concedidos al acreedor respecto de las acciones o partes sociales, para el caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas."

1416

CONCLUSIONES GENERALES

148

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- La prenda sobre acciones y partes sociales no está reglamentada por el RLIE, y por lo tanto incumple con lo dispuesto por la fracción IV del artículo 23 de la LIE.

SEGUNDA.- La prenda sobre acciones y partes sociales es un contrato mercantil, porque recae sobre bienes muebles comerciales.

TERCERA.- El derecho de voto, en caso de acciones dadas en prenda corresponde al accionista o deudor prendario y éste no admite pacto en contrario si nos ceñimos a lo que establece el artículo 198 de la LGSM, que en derecho positivo mexicano vigente es la única norma que da una respuesta concreta al problema.

CUARTA.- El deudor prendario o accionista conservará los derechos que derivan de su calidad de accionista, salvo el de percibir dividendos, que deberá aplicarse, en su caso, al pago de la obligación garantizada por la prenda sobre acciones.

QUINTA.- Los procedimientos de venta extrajudiciales que se establecen en la LIC, LFIF y la LMV son atentatorios de la garantía de audiencia que establece el artículo 14 de la Constitución.

SEXTA.- Si se llega a admitir que el derecho de voto admite pacto en contrario, se deberá solicitar la resolución previa de la CNIE y la correspondiente autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en el caso de que este pacto se contenga en una prenda sobre acciones donde el acreedor prendario es extranjero, bajo pena de nulidad, según disponen los párrafos 2º, 3º y 4º del artículo 8 de la LIE.

SEPTIMA.- Para constituir debidamente la prenda sobre acciones, éstas deberán endosarse en garantía, entregando los títulos al acreedor prendario y deberá asentarse esta circunstancia en el registro de acciones de la sociedad emisora, mientras que el acreedor deberá entregarle un resguardo que exprese el recibo de los títulos dados en prenda y los datos necesarios para su identificación.

OCTAVA.- La prenda sobre acciones depositadas en el INDEVAL requiere que se haga por escrito. Sin embargo, prescinde de los requisitos de entrega y endoso de los títulos respectivos y la anotación en el registro respectivo.

NOVENA.- Mientras se regule la prenda sobre acciones como lo está actualmente, deberá solicitarse su inscripción en el RNIE, y en caso de negativa interponer el recurso de reconsideración establecido en el artículo 68 del RLIE. En caso de continuar la negativa de la autoridad de proceder al registro, después de interpuesto el recurso, procede el juicio de amparo indirecto que deberá promoverse ante un Juzgado de Distrito en Materia Administrativa.

DECIMA.- Deberá adicionarse una Sección Cuarta al artículo 43, así como un Capítulo IV bis al Título Octavo del RLIE que contenga los artículos 65 Bis y 65 Bis 1, a fin de que se regule adecuadamente la prenda sobre acciones y así dar seguridad jurídica a este tipo de operaciones. Otra opción es derogar la fracción IV del artículo 23 de la LIE. Esta última opción es la más práctica.

FUENTES INFORMATIVAS

FUENTES INFORMATIVASA.- Libros

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis; Derecho Civil IV, Garantías y Contratos. Editorial de la Universidad Católica de Venezuela, 325 págs.
- ASCARELLI, Tulio; Títulos de Crédito. Editorial Porrúa, 256 págs.
- BARRERA GRAF, Jorge; Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, 860 págs.
- BARRERA GRAF, Jorge; La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. Editorial UNAM, 208 págs.
- BATIZA, Rodolfo; Las Fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa, 725 págs.
- BAUCHE GARCADIIEGO, Mario; La Empresa. Editorial Porrúa, 709 págs.
- BOLAFFIO, ROCCO Y VIVANTE; Tratado de Derecho Mercantil. Tomo II, 469 págs.
- BRANCA, Guiseppe; Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa, 674 págs.
- BRUNETTI, Antonio; Tratado del Derecho de las Sociedades. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americano, 621 págs.
- DE PINA VARA, Rafael; Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, 252 págs.

- DIAZ BRAVO, Arturo; Contratos Mercantiles. Editorial Harla, 253 págs.
- DIEGUEZ PILON, Armando; El Uso de la Empresa como Garantía Prendaria. (Homenaje a Jorge Barrera Graf). Editorial Porrúa, 745 págs.
- ESTEVA RUIZ, Roberto; Los Títulos de Crédito en el Derecho Mexicano. Editorial Porrúa, 412 págs.
- GARO, Francisco; Sociedades de Responsabilidad Limitada. Editorial Buenos Aires, 145 págs.
- GARRIGUEZ, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, Editorial Porrúa, 969 págs.
- GOMEZ PALACIO Y GUTIERREZ ZAMORA, Ignacio; Inversión Extranjera Directa. Editorial Porrúa, 521 págs.
- GONZALEZ, Ma. del Refugio; Génesis y Evolución de la Prenda y la Hipoteca. Editorial UNAM, 96 págs.
- GONZALEZ ENRIQUEZ, Jaime; Algunas Reflexiones en torno a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Editorial A.D.C., 874 págs.
- IGLESIAS, Juan; Derecho Romano. Editorial Ariel, 718 págs.
- LOZANO NORIEGA, Francisco; De los Contratos Civiles. Asociación del Notariado Mexicano, 425 págs.
- MESSINEO, Francesco; Derecho Civil y Mercantil, Tomos I y IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, 425 y 511 págs.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín; Derecho Mercantil II.
Editorial Porrúa, 468 págs.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín; Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Editorial Porrúa, 468 págs.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; Contratos, Tomo II. Editorial Porrúa, 625 págs.

B.- Revistas

BALLARIN MARCIAL, Alberto. Prenda de Participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Revista de Derecho Mercantil. págs. 299-321.

LEON A., Luis. Del Contrato de Prenda en Materia Mercantil. Revista de Derecho Notarial. págs. 15-86.

RAIN, Talbot. Technical Observations Concerning the Pledge of Corporation Shares. Texas Law Review. págs. 684-713.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. El Voto en caso de Acciones Dadas en Prenda. Jus. No. 97, págs. 187-195.

SANTILLAN, Jorge Mario. Prenda de Cuotas de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Revista de Jurisprudencia Argentina. págs. 1-3.

SLOVENKO, Ralph. Of Pledge. Tulane University Law Review. págs. 321-365.

C.- Tesis

NADER SHEKAIBAN, Michell. Las Acciones Dadas en Prenda. Universidad Iberoamericana, 131 págs.

D.- Diccionarios

ABASCAL ZAMORA, José María. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VII. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, págs. 177-182.

CABANELLAS, Guillermo y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Luis. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V. Editorial Heliasta, págs. 366-369.

E.- Legislación

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917).

Decreto mediante el cual se Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1982).

Ley de Instituciones de Crédito (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990).

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de abril de 1943).

Ley del Mercado de Valores (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1975).

Ley Federal de Instituciones de Fianza (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1950).

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932).

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973).

Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroega Diversas Disposiciones Fiscales y que Reforma otras Leyes Federales (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 1990).

Ley Sobre el Contrato de Seguro (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935).

Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de marzo de 1989).

Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1973).