

356

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"

293076

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCION DE LA  
PRENDA DERIVADA DEL ARTICULO 341 DE LA  
LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES  
DE CREDITO.

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
SERGIO SANCHEZ HERNANDEZ



ASESOR: LIC. MARIO LOPEZ HERNANDEZ

ACATLAN, EDO. DE MEX.

MAYO 2001





Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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.

### **A MIS PADRES:**

Por todo su apoyo cariño y paciencia que me han brindado, les doy las gracias ya que sin ellos nunca habría logrado cumplir con esta meta.

### **A MI FAMILIA:**

Con todo mi cariño a Malena, Mario, Fer y Sebastian.

### **A MI MAESTRO Y ASESOR:**

Lic. Mario López Hernández a quien le agradezco su apoyo para la realización de este trabajo.

### **A MI UNIVERSIDAD:**

A la que le debo mucho y espero algún día poder pagarle todo lo que me ha dado.

## INDICE

INTRODUCCION.....	3
-------------------	---

### **CAPITULO I.-ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES.**

1.1.- Orden cronológico del surgimiento de las garantías personales.....	5
--	---

1.2.- Orden cronológico del surgimiento de las garantías reales.....	6
--	---

### **CAPITULO II .-NATURALEZA JURIDICA DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES.**

2.1.- Concepto de Garantía.....	10
---------------------------------	----

2.2.- Contratos derivados de las Garantías reales y personales.....	10
---	----

- a) Fianza
- b) Hipoteca
- c) El Fideicomiso
- d) Reporto

2.3.- Extinción de las Garantías reales y personales.....	18
---	----

### **CAPITULO III.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE PRENDA.**

3.1.- La prenda en el derecho romano.....	23
---	----

3.2.- Etimología de la palabra Prenda.....	27
3.3.- La prenda en el Derecho mexicano.....	28
3.4.- Concepto y naturaleza Jurídica del Contrato de prenda.....	33
3.5.- Elementos personales, reales y formales del contrato de prenda.....	46
3.6.- Elementos de existencia y validez del contrato de prenda.....	51
3.7.- Derechos y obligaciones de las partes en el contrato de prenda.....	65
3.8.- Extinción del contrato de prenda.....	69

**CAPITULO IV.- ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES Y OPERACIONES DE CREDITO.**

4.1.- La garantía de audiencia conforme al artículo 14 de nuestra actual constitución.....	73
4.2.- Bienes Jurídicos Tutelados por la Garantía de audiencia.....	74
4.3.- Elementos de la Garantía de Audiencia.....	77
4.4.- Excepciones a la Garantía de Audiencia.....	79

4.5.- Alcance de la Garantía de Audiencia.....	84
4.6.- Análisis jurídico del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito anterior a la reforma del 23 de mayo del 2000.....	88
4.7.- Análisis de las reformas del 23 de mayo del 2000, al artículo 341 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito .....	90
4.8.- Propuestas.....	98
4.9.- Conclusiones.....	100

## BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

El presente trabajo, expone de manera elemental, los conceptos jurídicos y doctrinales de la prenda, tanto sustantiva como adjetivamente, a fin de comprender su esencia, utilidad, y los límites que de nuestra orden legal le expide a esta institución jurídica de garantía.

Así mismo se pretende analizar algunas cuestiones de la prenda mercantil que merecen especial atención, y que en este caso se encuentran relacionadas con el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, toda vez que de este se deriva el objeto de estudio de la presente tesis, debido a que de un simple procedimiento de venta se derivan violaciones a las garantías individuales con la que goza todo individuo, este análisis no resulta tendencioso hacia alguna de las partes que intervienen en el contrato de prenda, puesto que nuestra aportación va adherida a la finalidad de que se provea el respeto de nuestras garantías.

Se hace notar que al momento de elaborar este trabajo entraron en vigor en fecha 23 de Mayo del año 2000 las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siendo reformado el artículo 341 de dicha ley, y con esta se pretende evitar que se violen las garantías individuales que otorga nuestra actual constitución, no cumpliendo con su propósito toda vez que los legisladores no entraron al fondo de la verdadera efectividad o deficiencias de dicho artículo.

Por lo que este trabajo tiene el propósito brindar una solución a las deficiencias del procedimiento de venta que se tiene contemplado en el artículo antes citado proponiendo un procedimiento de venta en el que se respete las garantías constitucionales al deudor así como el de proveer las seguridades de pago al acreedor.

## CAPITULO I

# ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES.

## 1.1. ORDEN CRONOLOGICO DEL SURGIMIENTO DE LAS GARANTIAS PERSONALES.

En un primer momento las sociedades primitivas dieron cavidad a las garantías personales y a través del tiempo fueron percatándose de la mayor efectividad que proporcionan las reales. En la Roma antigua la fianza estipulatoria era conocida con diferentes nombres **Sponsio**, **fideussio**, y **fidepromissio**, de **spodere**, **fideiubere**, y **fidepromittere** respectivamente, era un contrato verbal en el que una persona se comprometía hacer pago de una deuda fuera propia o ajena y esta servía de garantía para el cumplimiento de dicha obligación.

Según fuere el objeto el acreedor podía reclamar su cumplimiento en los siguientes casos, en primer lugar la **condiction certae pecuniae** si era el caso que se le debía una cantidad determinada de dinero, la segunda la **condictio triticaria** si era el caso de que se le debiera otra cosa y la tercera la **actio ex stipulatu** que era para la reclamación de cualquier otra prestación.

La fianza tuvo una gran facilidad de desenvolvimiento en la Roma arcaica, dado que cualquier deudor podía disponer de fiadores, las relaciones dentro de una **gen**, y la de los patrones y clientes, generaban obligaciones reciprocas que nacían de un deber moral de garantía. Al incrementar él numero de fiadores, resultaba para los acreedores la mejor garantía de pago dado que ante el incumplimiento podía ejecutar en contra de ellos, no era plausible designar a un fiador insolvente.

En el derecho Francés, luego de las invasiones germánicas, la fianza recupero gran importancia gracias a la eficacia de que concedía el rigor de la ejecución en las leyes barbaras. Ese rigor se atenúo por otro lado, como había sucedido en Roma, el derecho mismo de la fianza se suavizó cuando se admitió en el siglo XIII, el beneficio de exclusión y algo más adelante, el beneficio de división.

## 1.2.- ORDEN CRONOLOGICO DEL SURGIMIENTO DE LAS GARANTIAS REALES.

Las garantías reales tuvieron lugar con posterioridad a las personales, lo que constituyó un avance garante ya que de esta manera se pudo distinguir a la cosa del derecho real que deriva de las misma.

El derecho Romano, al igual que confundió por largo tiempo al derecho de servidumbre y el derecho de propiedad, concreto primeramente a la prenda por medio de una transmisión al acreedor de la propiedad del objeto prendado, por obligarse el acreedor a efectuar una nueva transmisión a favor de su deudor, cuando este le hubiera pagado siendo esta propiamente la Fiducia.

Mas tarde el Pignus sucede a la Fiducia, en donde el deudor conserva la propiedad del bien empeñado, mientras que el acreedor tan solo adquiere un derecho real del mismo, el cual solo le permite conservar la cosa hasta el vencimiento y ante el no pago del deudor, proceder a su venta para así poder cobrarse con preferencia ante otros posibles acreedores.

Esto marco un gran avance, ya que de esta manera no se le arrancaría mas al deudor la propiedad de la cosa pignorada, el Pignus no deja de presentar el inconveniente gravisimo de desposeer al deudor, cuantas veces el objeto dado en prenda tengã para el una utilidad económica, el material del cultivo por ejemplo, el deudor sufre las incómodas consecuencias del desposeimientos, lo cual no puede sino agravar su situación.

También en la prenda se podía encontrar figuras especiales como lo eran el **Pignus Gordianum**, que data del año 239, que consistía en que el acreedor prendario tenia la facultada de retener el objeto que se habia dado en prenda una vez que el deudor hubiese cumplido con las obligaciones principales de la cual la prenda era accesoria, siempre y cuando se tuviese otros créditos con el mismo deudor.

En el caso de la **anticresis** el acreedor puede utilizar el objeto con la facultad de percibir sus frutos hasta, que con su importe se hubiese hecho pago del adeudo.

De ahí que se penso en dejarle al deudor, además de la propiedad de bien pignorado, la tenencia y el uso de la cosa suya, por contar únicamente el acreedor con derecho real, llamado hipoteca, que le confiere el derecho de persecución y preferencia. La hipoteca tuvo su origen en Grecia donde era considerada como una garantía real a favor del acreedor pero sin conceder a este su derecho de enajenar la cosa hipotecada.

La hipoteca en el derecho romano recaía indiferentemente sobre bienes muebles como inmuebles. No pudo adquirir un desarrollo considerable en razón de las circunstancias económicas de los tributos fiscales que pesaban gravosamente sobre la tierra, con lo cual privan a esta de una gran parte de su valor, y sobre todo por la ausencia de publicidad, que dejaba a los terceros en una completa desventaja ya que estos ignoraban sobre los gravámenes ya existentes.

En la antigua Francia, no existía una clara distinción entre la prenda y la hipoteca esto en cuanto al tipo de bienes en que podía recaer dichas instituciones; se aceptaban en prenda bienes muebles y en la hipoteca bienes inmuebles, y mientras que en París y Orleans se rechazó todo esto ya que los juristas Franceses se inclinaron en gran parte a las instituciones del Derecho Romano por lo que esta divergencia de criterios terminó con la entrada en vigor del Código Civil Frances de 1804 en el cual demarco con claridad y precisión que la prenda era para bienes mobiliarios y por el contrario la hipoteca para bienes inmobiliario.

La hipoteca por lo demás limitada a los inmuebles, fue utilizada con amplitud en los siglos últimos de la monarquía, para mantener su rango las familias nobles, gravaban sus tierras a favor de la enriquecida burguesía, por otra parte todo los documentos notariales incluían hipoteca sobre los inmuebles del deudor. Otro problema del sistema hipotecario de la antigua Francia, aunque atenuado por el buen mantenimiento de las notarias consistía en la ausencia de la publicidad.

El derecho Romano ejerció gran influencia en la antigüedad sobre las instituciones Español, pero también trajo consigo la confusión entre la hipoteca y la prenda, el Fuero real publicado en 1255 aludio a la prenda como una garantía real y además regulaba a la hipoteca estableciendo una clasificación tripartita de las hipotecas legales generales y convencionales.

Es hasta las siete partidas en donde se puede apreciar avances notorios aún cuando persistía la confusión entre la prenda y la hipoteca, en ambos contratos se exige que la cosa permanezca en propiedad al que empeña o hipoteca ya que al celebrar el contrato se genera una verdadera enajenación al constituirse un derecho real constitución que envuelve el ejercicio de un derecho dominicano el desprendimiento de una de las facultades que integra el dominio.

En suma para la formación del contrato de prenda, además del concurso de voluntades y así el consentimiento, es necesario que el deudor haga entrega al acreedor del bien pignorado, ya que en la entrega radica el derecho del acreedor. Mas sin embargo el decreto de fecha 22 de Septiembre de 1917 dio cabida a la prenda agrícola sin desplazamiento, lo que pareció restar rigurosidad al requisito del desprendimiento del deudor hacia el acreedor y para atenuar esto, el legislador Español lo justifico a través de una ficción consistente en que el deudor en este tipo de prenda asumía el carácter de depositario.

La formación del contrato puede ser verbal o en contrato privado cuando las prestaciones en el pactadas no excedan de 1500 pesetas, y de esta manera producir todas las consecuencias legales entre los contratantes.

Dentro de los derechos y obligaciones a que las partes quedan sujetas, es por un lado el acreedor no puede hacer uso de la cosa sin consentimiento del deudor ya que es un simples poseedor, y además la conversación de la cosa pignorada debe ser a tal grado que de sufrir algún deterioro es responsable de los daños y perjuicios que por negligencia causare a la cosa prendada.

Salvo de aquellos casos que fueron resultado por caso fortuito; y por otra parte el deudor conserva todos los derechos que le son ser dueño de la cosa, siendo la excepción por obvias razones la de poseer el bien, así como también tiene derecho de que una vez efectuado el cumplimiento de la obligación le sea devuelta la prenda tal como lo dispone el artículo 1871 del Código Civil Español: No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso. He aquí en donde cabe decirse, que el derecho de retención que reporta el acreedor tiene relevancia ya que ante el no cumplimiento del deudor puede por tanto abstenerse de entregarlo hasta que le sea pagada la deuda principal así como también los gastos necesarios de conservación que hubiere erogado por tal fin, un derecho más para el acreedor es facultad de ejercitar todo tipo de acción que compete al dueño, esto con el objeto de defender o reclamar el bien pignorado cuando un tercero con justa causa o sin ella entorpeciera el derecho real del acreedor.

## CAPITULO II

# NATURALEZA JURIDICA DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES.

## 2.1. CONCEPTO DE GARANTIA.

*“Es el acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paces o comercio, la cosa con que se asegura el cumplimiento de lo pactado, la obligación del garante, y en general toda especie de fianza”.* (1)

*“Es el aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de cumplimiento de la misma por el deudor originario”.* (2)

Finalmente el instituto de Investigaciones Jurídicas conceptúa a la garantía de la siguiente manera: *“Locución que se refiere a los contratos de garantías cuya finalidad es asegurar al acreedor. Son pues necesariamente contratos accesorios”.* (3)

## 2.2. CONTRATOS DERIVADOS DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES.

### a) Fianza.

#### 1.- Concepto.

La palabra Fianza proviene del latín **fidare**, de **fidere**, que significa fe y seguridad, la fianza se puede definir, como un contrato de garantía personal por el que una persona que recibe el nombre de fiador, se obliga ante el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace. Esto es el denominado fiador, respalda que el deudor principal cumpla con las obligaciones a su cargo, asumiendo *“...la carga de indemnizar por el incumplimiento del deudor”.* (4)

(1) Escribhe Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación Jurisprudencia, Ed. Garnier Hermanos Paris 1891. Pág.732.

(2) Rafael de Pina, de Pina Vara Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa México 1997, Pág 299.

(3) Instituto de Investigación Jurídicas, Diccionario Juridico Mexicano, Ed Porrúa UNAM, México 1992 Tomo III Pag. 1507.

(4) Sánchez Meda! Ramón, De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa. México 1989, Pág. 450.

Si el fiador no cumple a su vez con la obligación convenida, incurre en responsabilidad, la que se exigirá mediante ejecución forzada de su patrimonio, que de algún modo constituye una garantía genérica del cumplimiento de sus respectivas obligaciones, con los consecuentes riesgos para el acreedor sobre las disminuciones del patrimonio o contratación de nuevas deudas de parte del deudor.

Sin embargo, el acreedor que se le ha otorgado fianza, tiene una mayor seguridad de que se cumpla con las obligaciones contraídas, por la existencia de una pluralidad de deudores y la posibilidad de exigir la satisfacción de sus intereses, mediante la ejecución forzada ya no de un patrimonio, sino de cada uno de los patrimonios, es decir tanto del deudor principal como del fiador.

El artículo 2794 de nuestro Código Civil define a la fianza de la siguiente manera:

“Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace”.

Como se puede ver el contrato de fianza se celebra, entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor, este último no es parte del contrato de fianza, por lo que se puede apreciar que el contrato se celebra entre un tercero y el acreedor. En esta figura, el tercero se obliga frente al acreedor, a pagar en defecto del deudor, si no cumple entonces el fiador pagará.

La fianza no le otorga al acreedor ningún privilegio como acontece en el contrato de prenda y la hipoteca, en lo que se refiere a la ley concursal, ya que el deudor hipotecario y el pignoraticio pueden ejercitar su derecho, o sea que pueden cobrar preferentemente de la masa de los demás acreedores, en virtud de que gozan de ese privilegio ya que su derecho es un derecho real perseguible de las manos en que este el bien gravado, este privilegio no lo tiene la fianza. Este contrato ha sido clasificado por la doctrina mexicana, como nominado, accesorio, típico formal, de adhesión, aleatorio, bilateral, oneroso, y de tracto sucesivo.

## II.- Tipos de Fianza.

El artículo 2795 del Código Civil menciona al respecto que:

La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso.

1. - Fianza Legal.- Esta se lleva a cabo cuando la obligación de dar fiador, esta consignada en la ley habiendo infinidad de casos en los que obliga a una persona a dar fiador.

2. - Fianza Judicial.- Esta a sido definida por los tratadistas como aquella a la que condena el juez o un tribunal o sea que es la que se ha constituido por la intervención o mandato del juez no puede imponer o condenar a una persona a dar fiador, si esa obligación no existe en la ley pero no toda fianza legal es judicial.

3. - Fianza Convencional.- Es la que nace de un contrato liso llano, es decir que surge de la convencionalidad de los contratos.

4. - Fianza Gratuita.- Este tipo de fianza se da cuando solo el fiador se obliga y no recibe ninguna contraprestación.

5. - Fianza Onerosa.- Es aquella en la que el fiador recibe por su obligación una contraprestación del deudor principal.

### b) Hipoteca.

#### I.- Concepto.

La palabra hipoteca etimológicamente, viene del *“latín hypotheca, y este del griego, hipoteke, prenda, suposición, en el sentido de oponer una cosa debajo de otra, añadirla, apoyar, sostener o asegurar una obligación”*. (5)

(5) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cit. Pág. 1584

Nuestro ordenamiento civil, define a la hipoteca artículo 2893 de la siguiente manera:

“La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”.

Por la palabra, hipoteca entendemos que es el contrato que da nacimiento al derecho real del mismo nombre. Al efecto el artículo 2894 establece: “Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pase a poder de tercero”. Esto emana por tratarse de un derecho real, ya que el derecho persigue a la cosa con independencia de quien la posea.

La hipoteca puede constituirse por contrato y podemos definirla como el derecho real con que se afectan ciertos bienes que se entregan al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación, otorgando al acreedor el derecho de ser pagado preferentemente con el valor de los mismos, en caso de incumplimiento. Puede ser otorgada por el propio deudor o por un tercero. De lo anterior se advierte que se trata de un derecho real de garantía específica, que puede constituirse por contrato sobre bienes especialmente determinados, generalmente inmuebles sin que se entreguen al acreedor como en la prenda, mediante la imposición del derecho real que confiere al acreedor la potestad de solicitar la venta de los citados bienes en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para que con el producto obtenido se le cubra su crédito, con preferencia a los demás acreedores, ya que tampoco necesita entrar a concurso para hacer el cobro respectivo.

La hipoteca para que pueda surtir efectos contra terceros necesita de la publicidad, esto es que requiere estar debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Como todo contrato de garantía, la hipoteca es un derecho real, que da nacimiento con el contrato y le otorga a su titular un derecho de preferencia, por el que debe ser pagado privilegiadamente ante otros posibles acreedores con el valor de la cosa, esto es que es dispensado de la ley de concurso. El derecho real de hipoteca es un derecho accesorio, y no principal, pues el contrato mismo de donde nace es accesorio por tanto supone la existencia de una obligación cuyo paga garantiza.

## **C)Fideicomiso.**

### **I.- Concepto.**

El capítulo V de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito, en su artículo 381 lo define de la siguiente manera:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.

El contrato de fideicomiso está integrado por el fideicomitente, que es el que destina los bienes, a la institución fiduciaria, que es a la que se le encomienda la realización de un fin y generalmente el fideicomisario, no resulta ser elemento personal necesario para el fideicomiso, ya que muchas de las veces se reúnen en el mismo fideicomitente por lo que basta como se desprende de la definición, que se constituya con un fin lícito determinado, siendo este válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, volveremos a remarcar siempre que su fin se siempre lícito y determinado según lo estipula el artículo 382 de la ley referida:

“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario siempre que su fin sea lícito y determinado”.

### **II.- Clasificación del Fideicomiso.**

El fideicomiso lo podemos clasificar en cuatro, que son: el fideicomiso de inversión, el de administración, garantía y el hereditario.

1 - El Fideicomiso de Inversión.- Se entiende el que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con el fondo constituido al efecto.

2 - El Fideicomiso de Administración - Este consiste, en la entrega de bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de renta y lanzamiento, del pago de diversos impuestos que gravan la propiedad raíz etc.; todo ello en interés del beneficiario.

3 - El Fideicomiso de Garantía - Este ha reemplazado a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito, como por ejemplo de un contrato de mutuo, que garantiza la devolución del préstamo, con un bien inmueble, para evitar el juicio hipotecario, el inmueble es entregado en fideicomiso a un banco, para que en caso del fideicomitente o sea el deudor, no pagare, en tal caso el banco procederá a la venta de la finca y haga pago al fideicomisario acreedor.

*“Este tipo de fideicomiso se ha extendido a otros tipos de créditos, no solo a los hipotecarios, y se ha prestado a verdaderos despojos ya que creemos que la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional. Si el deudor no demuestra el pago, no tiene excepciones que oponer al acreedor, el banco no puede estar capacitado para juzgar y decidir la controversia. En estos debería establecerse un procedimiento judicial, sumarísimo, previo a la subasta que el banco haga de los bienes fideicomitados. Solo en esa forma se respetaría los principios de nuestra estructura constitucional”.* (6)

4 - El Fideicomiso Hereditario - El fideicomiso hereditario se ha utilizado para evitar las molestias de un juicio sucesorio, ya que una persona puede constituirlo y entrega los bienes al banco fiduciario para que este los administre y entregue sus productos al propio fideicomitente, que tendría el carácter de fideicomisario, y para que la muerte de este se transmitan los bienes a las personas que se haya designado en el acto constitutivo. Esta manera de transmitir los bienes puede ser muy practica, pero debe sujetarse a los términos de la legislación común sobre transmisiones ya sea de derecho o propiedades, según lo estipula el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra establece:

(6) Raúl Cervantes Ahunada. Títulos y Operaciones de Crédito, Ed Herrero México 1984. Pág 301.

“El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso”.

#### **d) Reporto.**

##### **I.- Concepto.**

El reporto, dice Raúl Cervantes Ahumada, es un contrato bursátil, típico.

Se utiliza para cubrir una especulación en un juego de bolsa.

El concepto de contrato de reporto nos lo proporciona el artículo 259 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito, que al respecto establece:

“En virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio, mas un premio”.

El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario.

El reporto se perfecciona por la entrega de los títulos y por su endoso cuando sean nominativos”.

##### **II.- Elementos Personales.**

Los elementos personales en el contrato de reporto son el reportador y el reportado, y la operación podemos ver que se desdobra en dos momentos, el primero es cuando el reportado adquiere la propiedad de título de cedido, y un segundo momento traslada al reportado igual cantidad de títulos de la misma especie y calidad. En el primer momento, el reportador paga el precio del título y en el segundo momento al readquirirlos el precio lo cubre el reportado al reportador.

Los títulos objetos de la operación deben ser títulos fungibles esto es, seriales y de mercado d donde podemos deducir que otros títulos no podrían ser objeto del reporto, como es el caso de la letra de cambio, anteriormente el caso más usual era el de las acciones al reportador, este caso era típico.

### III.- Naturaleza Jurídica.

Se ha discutida la naturaleza de este contrato, las diversas teoría para explicarlas podría resumirse en la siguiente forma:

Primero.- Teoría del préstamo,

Segunda.- Teoría de la venta con pacto de retroventa;

Tercero.- Teoría de la venta con promesa de venta y,

Cuarto.- Teoría de la doble venta.

Si atendemos a la intención de los contratos, se dice que debemos concluir que se trata de un préstamo con interés y con garantía prendaria.

La teoría no resiste el análisis principalmente, porque en el préstamo prendario no hay transmisión de la propiedad de la garantía, ni pago de precio y ya hemos visto que el reportador adquiere la propiedad de los títulos dados en él reporto. Se ha pretendido superar las objeciones diciendo que se trata de una formula compleja de préstamo.

También deducimos que no es una operación de venta con pacto de retroventa, porque esta figura jurídica no explicaría por que los títulos durante él reporto producen para el reportado como lo dice el artículo 263 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

“Cuando durante el termino del reporto deberá ser pagado algún exhibición sobre los títulos, el reportado deberá proporcionar los fondos necesarios dos días antes, por lo menos, de la fecha en que la exhibición haya de ser pagada. En el caso de que el reportado no cumpla con esta obligación, el reportador puede proceder desde luego a liquidar el reporto”.

Y por que, en tanto que la compraventa es consensual, el reporto es un contrato real, que sólo se perfecciona con la transmisión de los títulos, deduciendo de lo anterior, lo mismo podría decirse de la teoría de la compraventa con promesa de venta, con el agregado de que el reportado no tiene en realidad relación estricta de volver a comprar, sino de pagar las diferencias que a su cargo resulten según lo estipula el artículo 266 de la ley citada, y que señala:

“Si el primer día hábil siguiente a la expiración del plazo en que él reporto debe liquidarse, el reportado no liquida la operación y esta es prorrogada se tendrá por abandonada y el reportador podrá exigir desde luego al reportado el pago de las diferencias que resulten a su cargo”.

Por las razones anteriores, debemos concluir también que no se trata de una doble venta Por lo que se infiere que él reporto en la practica ha salido del terreno bursátil para internarse en los campos de la actividad bancaria; no es un contrato exclusivamente bancario, sino que puede celebrarse entre particulares y aparte podemos sugerir que debería de prohibirse como contrato bancario, ya que los bancos están restringidos en los que respecta a la especulación en operaciones bursátiles.

### **2.3. EXTINCION DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES**

La fianza se extingue de dos maneras primero por la vía principal como se extingue cualquier obligación y por la vía de consecuencia, esta vía esta motivada única y exclusivamente en el carácter accesorio del contrato: Por vía de principal no podemos suponer la existencia de lo accesorio sin suponer sin suponer la existencia de lo principal como acontece en los demás contratos de garantía, extinguida la obligación principal se extingue también la accesoría.

El contrato de hipoteca ésta íntimamente ligado a la obligación principal, en donde se extinga ésta conlleva la extinción a la hipoteca por vía de consecuencia, como lo menciona el artículo 2941 de nuestro Código Civil, que establece:

Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la existencia de la hipoteca:

I.- Cuando se extinga el bien hipotecado;

II.- Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía;

III.- Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado;

IV.- Cuando se expropié por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose en el artículo 2910;

V.- Cuando se remata judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325;

VI.- Por la remisión expresa del acreedor;

VII.- Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Pese a esto, es posible señalar que puede haber una separación entre el crédito (obligación principal) y la hipoteca (garantía como seguridad accesoria).

Esta separación debemos suponerla antes de la obligación principal nazca; estando vigente, existiendo la obligación principal, y aun podemos concebir la supervivencia de la hipoteca cuando la obligación principal se ha extinguido, son situaciones excepcionales pero la ley las establece.

La separación de la que hablamos es posible, es decir de la hipoteca y del crédito principal, porque la hipoteca haya nacido antes o se constituya antes de que la obligación a la que sirve de garantía, hemos afirmado esto, puesto que la hipoteca puede garantizar obligaciones condicionales y obligaciones futuras como lo podemos apreciar en el artículo 2921 que señala: "La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación a realizarse o la condición a cumplirse.

En cuanto a la forma del contrato, podemos observar que cuando el crédito hipotecario exceda 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, este deberá constar en escritura pública según lo estipula el artículo 2317 del Código Civil vigente. También señala que cuando no exceda de esa cantidad, podrá otorgarse en escritura privada, ante dos testigos, de la cual se harán tantos ejemplares como sean partes contratantes; al respecto podemos citar el artículo 2319 del citado ordenamiento que señala:

De dicho instrumento se formaran dos originales, uno para el comprador y otro para el Registro Público.

Al igual que en el caso de la prenda, el acreedor puede dirigir sus pretensiones contra todo el patrimonio del deudor principal o contra los bienes que sean objeto de la garantía hipotecaria y si el producto de la venta de los mismos no es suficiente para saldar su crédito, puede hacer efectivo el remate mediante la ejecución forzada del patrimonio del deudor principal. Si la hipoteca ha sido otorgada por un tercero, este solo responderá hasta por y con el valor de los bienes y no así con patrimonio, por no ser deudor de la obligación garantizada.

Es importante hacer notar que la hipoteca, el constituyente puede otorgar hipotecas sucesivas sobre un mismo bien o enajenarlo, pero en este caso, el bien pasara al nuevo propietario con las cargas o gravámenes que se le hubieran impuesto. El Código Civil vigente, regula a la hipoteca como un contrato de garantía de gran uso, por las seguridades que brinda y presenta, sobre todo porque mientras que no se extinga la hipoteca, el bien sobre el cual se hubiera impuesto, reportara el gravamen oponible erga omnes.

Para la extinción del fideicomiso, se deben de observar los supuestos establecidos en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y siendo estos los siguientes:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II.- Por hacerse éste imposible;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituirse el fideicomiso y;

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 385; que dice:

“El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que haya sustituirse, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepta, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya, si no fuera posible ésta sustitución, cesará el fideicomiso”.

## CAPITULO III

# NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRENDA

### 3.1 LA PRENDA EN EL DERECHO ROMANO.

Los romanos fueron quienes dieron a la prenda una gran evolución, pues estos consideraron a los contratos como fuente de las obligaciones, a los que clasificaron atendiendo a diversos criterios, siendo menester resaltar que el contrato que nos ocupa quedaba comprendido dentro de la clasificación de los reales, es decir aquellos que se perfeccionaban con la entrega de la cosa; para ellos fueron tres las instituciones que tenía la función de garantía real, que eran la **Fiducia** el **Pignus** y la **Hipoteca**, los cuales recaían en un bien o valor determinado y quedaba sujeto al cumplimiento de la obligación. En un primer tiempo las funciones de garantía fueron resueltas mediante la **Fiducia**, mediante este pacto que tenía el mismo nombre, el deudor transmitía la propiedad de una cosa determinada a su acreedor, este último adquiría el compromiso de devolver esa misma cosa una vez que el deudor cumpliera con la obligación contraída.

*"El acreedor por tanto se convertía en verdadero propietario de la cosa." (7)*

Como puede apreciarse, guardaba gran semejanza con la venta con pacto de retroventa, aunque con una diferencia de esencia, consistente en que esta última no accede relación que derivaba del pacto de **fiducia** tanto para el acreedor como para el deudor no estaba contemplada en cuerpo legal alguno, no fue sino hasta fines de la República cuando el Edicto del Pretor reconoció la necesidad de regular la relación de ambas partes, con el objeto de proporcionar una seguridad y así de esta manera proteger al acreedor como poseedor interdicial y por otra parte otorgó al deudor una acción para pedir ante su cumplimiento la devolución de la cosa, toda vez que el derecho de retener la cosa se extingue luego que sea cumplida la obligación.

En el periodo prejustiniano, la prenda y la hipoteca se confundían y por eso se decía que entre la prenda y la hipoteca tenía como diferencia tan solo en el sonido de las palabras: *"Inter pignus et hipotheccam tantum nominissomuls differt"* (8)

(7) Bravo González Agustín y Bialostoký Sara, Compendio de Derecho Romano, Ed Pax-México 1971, Pág 76

(8) Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado Romano, Ed Estinge México 1977, Pág 290

No obstante lo anterior era evidente que los romanos distinguían a la prenda de la hipoteca en que la primera el bien era entregado al acreedor y mientras que en la segunda forma de garantía el acreedor no recibía la posesión, de manera que los compiladores hicieron decir a Ulpiano *“Propie pignus dicimus quod ad creditorem transit hypothecam cum transit ad creditorem”*. (9)

Sin embargo la posesión en el acreedor originó algunos inconvenientes para el deudor, puesto que éste perdía el uso de la cosa pignorada y es así como el Pretor Salvio creo un interdicto **Adispiscendae Possessionis**, denominado **Interdictum Salvianum**, en virtud del cual se concedió al acreedor sin posesión el mismo derecho que al acreedor pignoraticio con posesión.

*“El interdicto fue reforzado por el Pretor Servio, quien introdujo una acción real (Actio Serviana) a favor del acreedor quien así resultaba garantizado de su crédito, sin que la cosa así objeto de pignus dejara de estar en poder de goce del deudor”* (10)

Es así como los romanos vieron nacer al contrato de prenda mediante una serie de ajustes a sus necesidades, el cual fue conocido con el nombre de **pignus** y éste ha sido definido como:

*“Contrato por el que el deudor o un tercero entrega un objeto al acreedor para seguridad de su crédito con cargo para éste de restituirlo después de haber obtenido satisfacción. Presenta analogía con el comodato y el depósito, pero es un contrato accesorio que garantiza una obligación principal, bien sea ésta civil o natural y no extingue sino hasta que se haya hecho el pago total, por ser indivisible”* (11)

Otra definición nos proporciona Eugene Petit, dice *“Un contrato por el que el deudor o un tercero entrega una cosa a un acreedor para seguridad de su crédito, con cargo para este acreedor de restituirlo después de haber obtenido satisfacción”*. (12)

(9) Ibidem Pág 290

(10) Muñoz Luis, *Derecho Mercantil*, Tomo II Ed Cárdenas, México 1973, Pág 488

(11) Bravo González Agustín y Bislostoki, Sara Ob. Cit. Pág. 132

(12) Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Epoca S:A:

Partiendo de éstas definiciones, el contrato de prenda se hace notar con mayor evolución expresa de la siguiente manera:

Para la existencia del contrato era requisito ineludible el acuerdo de voluntades para contratar, pero que además se requería la entrega de la cosa por ser el contrato real, y por ser accesorio debía de existir una obligación principal que se pretendía garantizar, esto como un requisito esencial, esta obligación podía ser natural o bien sujeta a término o a condición.

*“El acreedor adquiría la obligación a restituir la cosa pignorada una vez que el deudor diera completo cumplimiento de su crédito, como excepción a esto el Emperador Gordiano III Permitió al acreedor el derecho de retener la cosa, aún cuando había recibido el pago del deudor, si todavía existía algún otro crédito pendiente de pago con ese mismo deudor y que no se hubiese garantizado de manera alguna, sin embargo no era la tácita constitución de una nueva prenda, sino que el acreedor sólo conservaba el bien objeto de la prenda como mero detentador, ya que carecía de los derechos a su favor derivados de la prenda”.*<sup>(13)</sup>

*“El acreedor tenía la facultad de poner a la venta y del producto de ello rendir cuentas al deudor, este derecho de venta era de carácter irrenunciable, puesto que bastaban tres notificaciones al constituyente de la garantía para proceder a su realización”.*<sup>(14)</sup>

Otra obligación impuesta al acreedor, consistía en preservar la cosa prendada, como lo haría un buen padre de familia, respondiendo por tanto del buen estado con que se le entregara la cosa. Si bien pignorado producía frutos, debía aplicarlos primeramente a los intereses del crédito y si excedían de ellos sobre el capital y en su caso devolver el sobrante. Le estaba al acreedor terminantemente prohibido de hacer uso de la cosa retenida por el empeño, algunas de las cláusulas que las partes podían establecer era la de **Lex Comisoria**, que consistía en la facultad del acreedor de adjudicarse la cosa gravada ante el incumplimiento del deudor.

(13) Kunkel J. Derecho Privado Romano. Editorial Saber Barcelona España 1955 Pág. 21.

(14) Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil T-I Ed. Reus, Madrid, Pág 764.

El acreedor además del derecho de venta y preferencia en el pago con el producto de ella, podía perseguir el objeto pignorado en el supuesto de que hubiese sido desposeído, con independencia de quien fuer, así sea del propio deudor. Desde ese entonces el deudor ya reportaba la obligación de cubrir al acreedor los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado para la buena conservación del bien pignorado. El deudor debía de indemnizar al acreedor o mejor la garantía cuando procediendo de buena fe, empeñaba un bien ya gravado con antelación.

Desde ese entonces el deudor ya reportaba la obligación de cubrir al acreedor los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado para la buena conservación del bien pignorado. El deudor debía de indemnizar al acreedor o mejor la garantía cuando procediendo de buena fe, empeñaba un bien ya gravado con antelación. Una de las facultades del deudor, se traducían en poder exigir al acreedor el pago de daños y perjuicios, así como el de los intereses en los casos de que hubiere hecho uso de la cosa o bien y que por ese motivo le ocasionare deterioro por culpa del mismo.

Las acciones que podían implementarse en el **Pignus**, contrato de prenda, pero así llamado por los romanos eran dos: la primera llamada Pignoraticia Directa, concedida en beneficio del deudor, para así exigir a su acreedor el cumplimiento de sus obligaciones, y la Pignoraticia Contraria, que era favorable para el acreedor ante el incumplimiento del deudor.

Los bienes que podían ser objeto del **Pignus** romano eran:

Primeramente podía recaer sobre bienes o cosas que no solamente estuvieran dentro del comercio, sino además que fuese enajenable, puesto que del empeño derivaba la facultad eventual de enajenación para el acreedor, y segundo sobre cosas corpóreas o incorpóreas, toda vez que ya en ese entonces se podía dar en prenda derechos reales como el de usufructo, la servidumbre y la de superficie, asimismo era susceptible que la prenda recayera sobre un patrimonio entero y aún así los bienes que en lo sucesivo se incorporaran al mismo.

Las Formas de extinción del **Pignus** eran:

a.- Por destrucción o pérdida de la cosa, más no por una simple restauración o modificación que necesitare o se le hiciere respectivamente.

b.- Por renuncia del acreedor aún de manera tácita cuando éste entregaba materialmente la cosa al deudor, desde luego que con ello no implicaba la renuncia de la deuda principal.

c.- Por extinción de la obligación principal, con la excepción ya mencionada del **Pignus Gordianum**. Cuando existía tan sólo pago parcial no era motivo de extinción dada la indivisibilidad de la prenda.

d.- Por la venta hecha por el acreedor.

e.- Por prescripción hecha valer por tercero poseedor de buena fe.

De esta manera es como el derecho romano le dio vida jurídica a la prenda, podríamos aseverar que casi como en la actualidad aunque con ciertas modificaciones originadas por el desarrollo económico que ha resentido el mundo entero.

### **3.2 ETIMOLOGIA DE LA PALABRA PRENDA.**

La palabra prenda como institución jurídica en el derecho, cuyo origen etimológico es latino aunque un tanto impreciso, ha tenido permanencia desde tiempos muy antiguos hasta nuestra actualidad.

En el derecho Español se le denominó con el vocablo "**Peño**", que deriva del latín **Pignus** y más tarde se emplearon las palabras empeño y empeñar y que aún

hoy en día suele emplearse con gran frecuencia, la antigüedad de la prenda se aprecia desde que los Hebreos cuyo derecho se contenía en la Biblia Santa, misma que hace referencia de este institución jurídica en su versículo 6, 10, 11,13, 17, 26, y 27 principalmente; y así por citar a algunos el versículo 6 dice : Que no se tomará en prenda el molino , ni la mucla de piedra del molino, porque ello sería tomar en prenda la vida misma. El 17 no violarás el derecho del forastero ni del huérfano ni tomaras en prenda las ropas de la viuda. El 26 y 27 si tomas en prenda el manto de tu prójimo se lo devolverás al ponerse el sol, pues este manto cubre el cuerpo de tu prójimo y protege su piel; sino ¿Cómo podría dormir? Si no se lo devuelves, él clamará a mí y yo lo escucharé porque soy compasivo.

Por último se afirma que siendo la hipoteca de origen Griego se infiere la hipótesis de que la prenda de igual manera fue conocida por los Griegos.

### **3.3 LA PRENDA EN EL DERECHO MEXICANO.**

#### **A) Código Civil de 1870.**

La regulación de la prenda en esta legislación, quedo comprendida en los artículos 1889 a 1926, estableciendo en el primero de ellos la definición del contrato en cuestión de la siguiente manera: La prenda es un derecho real, que se constituye sobre objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

De igual manera, este código reglamentó al contrato de anticresis dentro del contrato de prenda, lo que pareciera que desvirtuaba el principio de que este último sólo pudiera recaer sobre bienes muebles, no obstante que ambos contratos le son aplicables las mismas generalidades, cada uno reporta una deferencia diametralmente opuesta, lo que hacia imposible cualquier identificación que se pretendiera hacer valer, toda vez que la prenda se veda la posibilidad al acreedor de aprovecharse de los frutos sin consentimiento del deudor, lo que es contrario en la anticresis en la que el uso o usufructo constituye la esencia del contenido de este contrato.

El perfeccionamiento de la prenda se supedita al consentimiento de los contratantes, pero es necesaria la entrega de la cosa materia del contrato del deudor, al acreedor para que nazcan los efectos propios del contrato, ya que de lo contrario el acreedor estaría imposibilitado para hacer valer sus derechos ante tercero y a la vez, no podía hacer efectivo el derecho de retención, no obstante esto el acreedor puede exigir al deudor la tradición del bien prendado que se de por anticipado el vencimiento del crédito, o bien que éste quede rescindido ya que el contrato celebrado así, no es nulo por falta de entrega de la cosa.

Manejo como excepción a esta regla, cuando la prenda recaiga en frutos pendientes de cosechar, en este supuesto el dueño de la finca es considerado depositario de los mismos.

Se exigió que el contrato se lleve mediante instrumento publico y ante tres testigos, si el valor de la obligación rebasaba trescientos pesos y a la vez, otro artículo establece que para que pueda surtir efectos el contrato, es menester que conste en instrumento público, lo que puede parecer una contradicción ya que en todo caso la prenda debe constar siempre de dicha manera, si es que las partes les interesa protegerse contra terceros, esto es una exigencia optativa para las partes que celebrando un contrato de prenda cuyo, monto de la obligación está por abajo del citado monto y desean proteger sus intereses lo deberán celebrar en esos términos lo cual no es una contradicción.

Con la prenda se puede garantizar cualquier obligación que sea valida y aun las futuras, solo que en estas últimas no se podrá vender o adjudicar la cosa empeñada hasta en tanto no se demuestre que la obligación haya sido exigible. Por lo que respecta al bien objeto de la prenda, puede ser cualquier bien mueble que figure en el comercio.

Para que sea valido el contrato de prenda que recaiga sobre bienes incorporales, es necesario que se le notifique de la prenda al deudor originario, cuando se trate de un titulo de crédito que conste en escritura publica o que esté constituida a favor de una determinada persona, se inscriba en el protocolo o matriz, ya que de no observarse lo anterior no producirá efectos contra terceros.

La prenda sólo la puede constituir quien tenga capacidad para disponer libremente de sus bienes, puesto que esto es un acto de enajenación parcial, por lo que los menores de edad, las mujeres casadas y los incapacitados necesitan autorización ya judicial o del marido para celebrar el contrato. Se rompe con la tradición de que existiendo nueva deuda se pudiera extender la garantía, esto es que la prenda sólo se creaba de manera determinante garantizada la obligación para la cual se celebró.

Como efectos del contrato de prenda resultan ciertos derechos para el acreedor, entre ellos el de preferencia ante otros posibles acreedores del deudor, el derecho de retención, el cual perdura hasta en tanto no sea satisfecha totalmente la deuda, el derecho de poder ejercitar en caso de ser necesario, toda las acciones posesorias contra quien perturbe su derecho ya señalado, así sea contra el propio dueño, cuando se trate de un despojo violento e injusto el acreedor deberá recurrir al deudor para que éste lo defienda, ya que aquel tan solo es un detentador de la cosa y ante el caso omiso que pudiere hacer el deudor será responsable de los daños y perjuicios.

El acreedor tiene el derecho de cobrar al deudor todos los gastos necesarios que hubiere desembolsado por motivo y causa de la conservación del bien prendado y si sufriera deterioro o se extraviara sin que mediara culpa del acreedor, puede exigir al deudor que le finiquite el crédito o bien que provea de una garantía mobiliaria mas sin embargo si la cosa reportara deterioro o se perdiera por culpa o negligencia del acreedor responderá ante el deudor en tal supuesto.

El acreedor una vez que le haya sido cumplido la obligación, deberá devolver la cosa al deudor en las condiciones físicas con las que le fue entregado. En el caso de que el bien genere frutos, éstos son propiedad del deudor, aunque se puede pactar que ingresen al patrimonio del acreedor, los cuales se aplicarán primeramente a los gastos de conservación, después a los intereses y finalmente al capital. Para que el acreedor pueda proceder a la venta del bien gravado, deberá requerir de pago al deudor y no obteniéndolo acudirá al juez para la autorización de la venta, en pública almoneda para la cual se citará al deudor, y ante la ausencia de postores, el acreedor podrá adjudicarse la cosa en dos terceras partes del valor que se le haya determinado por peritos de la materia. También es posible la venta extrajudicial, no obstante ello el deudor puede suspender en cualquier venta su ejecución, mediante el pago del crédito pues así lo prescribe el artículo 1921 del citado Código Civil.

## B) Código Civil de 1884.

Fueron en realidad pocas las modificaciones de este Código respecto el Código de 1870 se suprimió el artículo 1895 el cual establecía que Cuando se empeñaren títulos de un crédito particular deberá notificarse la prenda al deudor originario.

Y con respecto al artículo 1904 se le vario en cuanto a que se omitió el requisito de los tres testigos requerido en este mismo artículo, y se elevo la suma de \$300.00 MN a \$500.00 MN para que constara en instrumento público, el artículo 1905 de igual manera se modificó en cuanto a que la prenda surtirá efectos contra terceros siempre que ésta se haya celebrado con apego al artículo 1904.

## C) Código Civil de 1928.

Dentro de la exposición de motivos de este código, el cual es el vigente, no se plantea las razones que conllevaron la necesidad de reformar. Por su parte el licenciado García Téllez externa, que *"en el contrato de prenda se amortiguó el rigor de la doctrina Clásica que para que produzca sus efectos el contrato de prenda es indispensable que ésta se entregue al acreedor. La Comisión creyó que en algunos casos podría sustituirse la entrega real de la prenda con la jurídica y que mediante el registro de los contratos respectivos se evitaría perjuicio a terceros"*. (15)

Se omitió la reglamentación al contrato de anticresis, del que ya hizo, por razones de desuso, el resto de los contratos se le implementaron modificaciones acorde a los avances así como también algunos preceptos son modernizados conforme a las necesidades económicas, costumbres y las transacciones que el medio actual utiliza con mayor frecuencia.

Una modificación que se aprecia de manera notoria es impuesta en el artículo 2858 el cual exige que para que la prenda pueda surtir sus efectos, debe ser entregada al acreedor ya real o jurídicamente entendiéndose por entrega jurídica, como la ley nos lo indica en su siguiente precepto, que el objeto pignorado sea puesto en manos del mismo deudor, cuando así lo haya estipulado las partes o autorice la ley.

(15) Motivos Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Pag. 48.

Lo anterior constituye sin lugar a duda una modificación que desvirtúa drásticamente el carácter real del contrato de prenda.

*"No es nuestra legislación, en la única que se permite que el objeto pignorado quede en poder del mismo deudor, pues también en las legislaciones de Dinamarca y el Código de Zurich"* (16)

La doctrina ha calificado de deficiente esta reforma, toda vez que con la desposesión del bien pignorado, se manifestaba de manera pública el gravamen que un determinado bien mueble tenía, por lo que cualquier tercero estaría en posibilidades de tomar medidas protectoras respecto al dueño y deudor del bien, toda vez que con la entrega jurídica solo genera una desventaja en perjuicio de los terceros y que la solución propuesta ante esta reforma, es el registro de la prenda, lo cual es insuficiente ya que solo en ciertos casos en donde los bienes si pueden ser fácilmente determinados por su naturaleza y consecuentemente identificados, más sin embargo ni aún así se superarían los fraudes que daría lugar los deudores por la portatilidad de los bienes muebles a otros lugares.

Por lo que respecta al caso de la prenda que recaiga sobre frutos pendientes de bienes raíces, pudiera parecer una prenda sobre bienes inmuebles conforme a nuestro vigente código Civil, mas sin embargo no existe razón alguna que impida una prenda sobre esos bienes que con el transcurso de tiempo, se convertirán en bienes muebles, por lo que el legislador les atribuye este carácter de manera anticipada para así facilitar las transacciones.

El artículo 2856 del citado ordenamiento nos provee de una definición de la prenda: 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.

Definiciones semejantes han sido la de los dos anteriores Códigos solo que con dos variantes: La primera consistente en agregar la palabra enajenable, y la segunda en omitir un elemento de suma importancia, siendo el de entregar el bien gravado al acreedor.

(16) Calixto Valverde y Valverde Ob. Cit. Pág. 580.

### 3.4 CONCEPTO Y NATURALEZ JURIDICA DE LA PALABRA PRENDA

#### CONCEPTO.-

No existe en la legislación mercantil mexicana, un concepto del contrato que nos ocupa, pero si se encuentra reglamentado por la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, en sus numerales 334 al 345, en cuyo defecto tenemos que recurrir al derecho común de conformidad con el artículo 2 fracción IV de la misma ley el que permite la aplicación suplementaria del Código Civil del Distrito Federal, para regir situaciones no previstas en aquella ley.

Nuestro Código Civil define al contrato de prenda en la forma siguiente: artículo 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.

La prenda como hemos señalado, es además de un contrato, un derecho real y como esto ultimo lo define el código. La anterior definición consideramos que no nos satisface, por no comprender todos los caracteres que posee el contrato, por lo que hemos de remitirnos a la doctrina jurídica.

Luis Muñoz, conceptúa a la prenda *"como un derecho real constituido para garantía de una obligación, en una cosa ajena. que entra en posesión del acreedor o de un tercero y por virtud de la cual. el acreedor puede promover en su tiempo la venta de la cosa empeñada, para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantizada."*(17)

Lozano Noriega, apunta como concepto de prenda que *"es aquel por virtud del cual el deudor afecta a un bien mueble enajenable, con el derecho real del mismo nombre, para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."* (18)

(17) Muñoz Luis Derecho Mercantil T.III, 1ª Ed. Cárdenas, México 1973, Pag. 491

(18) Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contrato, Ed Luz, México 1970 Pag 643.

Sánchez Medal, lo define como "...un contrato por el que el deudor o un tercero entrega al acreedor o a un tercero la posesión de un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, con el producto de su venta en caso de incumplimiento de la obligación". (19)

Zamora y Valencia, propone el siguiente concepto, "...Es aquel en virtud del cual una persona llamada deudor prendario constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien mueble, determinado y enajenable, en favor de otra llamada acreedor prendario a quien se deberá entregar real o jurídicamente, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho al acreedor de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de apelación que señala la ley y que obliga al acreedor la devolución del bien, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada". (20)

Rojina Villegas, define a la prenda de la siguiente manera, "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 con dicha obligación".(21)

Para abarcar en una sola definición todos los aspectos de la prenda, como derecho real y como contrato real accesorio, podemos conceptualarla diciendo que se un contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero hacen entrega al acreedor de un bien mueble enajenable y determinado, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, derivando para el un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago ante el eventual incumplimiento y la obligación de devolver el bien recibido, una vez que sea cubierta la obligación.

Estimamos que la anterior definición es completa en razón de que se precisa los diferentes elementos y caracteres de la prenda, como derecho real y como contrato accesorio de naturaleza real, por requerir para su constitución la entrega material o jurídica de la cosa.

(19) Sánchez Medal Ramon Ob, Cit. Pág. 295.

(20) Zamora y Valencia, Miguel A. Contratos Civiles Ed. Porrúa, México, 1989 Pag. 621

(21) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, T. VI Vol. 2, Ed Porrúa, México, 1986, Pag.621.

Los elementos que se pueden apreciar de inmediato de la definición propuesta son:

- I.- La prenda es un contrato accesorio;
- II.- La prenda es un contrato real;
- III.- Da nacimiento a un derecho real de garantía, y
- IV.- Recae sobre bienes muebles y determinados.

#### NATURALEZA JURIDICA.-

En el presente punto se pretende analizar la naturaleza jurídica del contrato objeto de estudio en la presente tesis a través de una clasificación general de los contratos.

##### A.- Contrato Unilaterales y Bilaterales.

Artículo 1835 y 1836 ambos de nuestro Código Civil, El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

Conforme a esta clasificación consideramos que el contrato de prenda es bilateral, toda vez que tanto el deudor prendario como el acreedor, reportan derechos y obligaciones. El doctor Rodríguez y Rodríguez no comparte nuestra opinión, ya que él califica a la prenda como unilateral, siendo de esta manera su argumento en que el acreedor es el único que adquiere obligaciones y las que pudieren surgir para el deudor surgen con ocasión de hechos no necesarios y posteriores a la constitución del contrato pensamos que la prenda sin mayor dificultad se puede ubicar dentro de los contratos bilaterales, puesto que en el ambas partes adquieren obligaciones y decir esto significa que también gozan de derechos.

Así encontramos como obligaciones del acreedor prendario la de entregar al deudor la cosa prendada luego que sea cubierto el crédito, además del artículo 338 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se pretende como obligación para el acreedor la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda y a ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del acreedor 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.

Otra de las principales obligaciones para el acreedor son:

Artículo 2876 De nuestro Código Civil: El acreedor esta Obligado:

Fracción I .- A conservar la cosa empeñada como si fuera propia y responder de los deterioros y perjuicios que sufra por culpa o negligencia;

Fracción II .- A restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hechos los segundos.

El deudor pignoraticio, esta obligado por su parte a indemnizar al acreedor de los gastos necesario y útiles, que erogare para la conservación de la cosa prendada, salvo que exista convenio de que la use, igualmente si el acreedor es turbado en su posesión del bien el deudor tiene la obligación de defender esa posesión ya que de no hacerlo será responsable de los daños y perjuicios que le ocasionare.

Existen desde luego otras obligaciones más, pero que abordaremos con posterioridad cuando hablemos de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de prenda.

B.- Contratos Onerosos y Gratuitos

Los contratos también se clasifican en onerosos y gratuitos. Art.1837 del Código Civil:

Es el contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

La prenda mercantil como todos los contratos comerciales es por naturaleza oneroso, quien lo constituye lo hace siempre a cambio de un provecho que recibe, que generalmente es un préstamo de dinero. El préstamo de dinero es la operación que dio origen al contrato de prenda mercantil mas concretamente, a la prenda de títulos. La prenda de efectos, como también se le ha denominado a esta última ha sido, como se sabe, una operación de suma relevancia por la gran práctica, que en la vida comercial ha tenido como finalidad la devolución puntual e íntegra del deudor, para con el acreedor que le haya facilitado una suma de dinero determinada.

Creemos que es fácil deducir la onerosidad de la prenda mercantil con respecto al deudor quien a cambio del gravamen que tiene de entregar la cosa, recibe el provecho de obtener un préstamo de dinero, y por su parte el acreedor también recibe un provecho consistente en el de recibir la cosa prendada, sobre la cual ejerce un derecho real que conlleva a la persecución, venta y preferencia de pago ante otros posible acreedores, por consiguiente en el contrato de prenda mercantil tanto el deudor como acreedor, logran provechos y gravámenes, de ahí que el contrato es de considerarse oneroso.

Debemos sin embargo antes de concluir este punto, anotar una opinión del maestro Rojina Villegas sobre el carácter de oneroso o gratuito de la prenda: *“Cuando un tercero, constituye la prenda, esta generalmente se caracteriza como gratuita en virtud de que no recibe provecho alguno y si reporta los gravámenes consiguientes a la disposición y posible venta de la cosa.*

*Sin embargo, es lícito y posible que el acreedor, el deudor o un tercero paguen al constituyente de la prenda un determinado valor por la constitución de la garantía, en cuyo caso si es el acreedor el que paga el contrato resulta oneroso para ambas partes. Si el deudor o un tercero hace el pago, propiamente el contrato de prenda, no debe considerarse oneroso en relación con las partes mismas, pero en cuanto al constituyente del gravamen, tampoco puede reputarse gratuito, dada la compensación que recibe”.* (22)

(22) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo VI. Vol. 2 Ed. Porrúa. México, 1986.

La prenda es por tanto, un contrato oneroso si quien la constituye es el deudor o bien un tercero que recibe por ello una compensación del acreedor, del deudor o de un tercero y es un contrato gratuito si quien la otorga es un tercero que no percibe por ello prestación alguna.

### C.- Contratos Conmutativos y Aleatorios.

Una vez que se ha determinado que la prenda mercantil es un contrato oneroso surge la cuestión de saber si se trata de un contrato conmutativo o aleatorio, clasificación que es propia de los onerosos.

Contrato conmutativo, es por ejemplo la compraventa. En este, el comprador sabe con precisión la cosa que adquiere así como el precio que da por ella así también el vendedor sabe el precio que recibe por la cosa que da, ambos tienen ese conocimiento desde el momento de su constitución y consecuentemente puede apreciar desde ese momento con gran certeza las prestaciones que se deben, desde luego todo esto en una compraventa que no esté sujeta a término ni a condición.

El contrato de renta vitalicia, en cambio es un ejemplo de contrato aleatorio. Nuestro Código Civil lo define diciendo en su artículo 2774.-...es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego.

Como se ve en este contrato no se tiene conocimiento certero del monto de las prestaciones que el deudor estará obligado a conocer, ya que fijar esa suma depende de un hecho que es incierto e impredecible como lo es la muerte de una persona.

Consideremos que la prenda puede colocarse tanto conmutativa como aleatoriamente, puesto que por una parte puede aducirse que en él las prestaciones que las partes se deben son ciertas desde el momento de la constitución del contrato; así el deudor pignoraticio conoce el precio de la cosa

que da en prenda así como obligaciones a que el acreedor está obligado en virtud del contrato; y para el acreedor por su parte son ciertas y determinadas también tanto la seguridad en que su crédito descansa gracias al bien gravado como los derechos que puede hacer valer al deudor prendario.

Sin embargo también podemos concluir que la prenda es aleatoria, debido a que los derechos y obligaciones que de él nacen dependen de un acontecimiento incierto, que es el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal.

#### D.- Contratos Principales y Accesorios, o de Garantía

Desde otro punto de vista, los contratos se clasifican en principales y accesorios. Los primeros son aquellos que no requieren para su constitución, la existencia de otro contrato, y los segundos por el contrario si lo requieren, a estos últimos también se le llama de garantía en virtud de que se utilizan para garantizar el cumplimiento de otras obligaciones, que en este caso se le llaman obligaciones principales.

Dentro de esta clasificación encontramos a la fianza, a la hipoteca y a la prenda, estos contratos dependen en todos al contrato principal al cual acceden de tal modo que si éste, está afectado de nulidad también lo estará el contrato de garantía.

De lo anterior se desprende que el contrato de prenda al ser accesorio, nos permite establecer las mismas características y consecuencias que son inherentes al contrato principal, características como las de validez y existencia; por lo tanto si el contrato principal es inexistente o nulo de pleno derecho, la prenda también lo será.

Tratándose de obligaciones principales sujetas a nulidad relativa, sólo el deudor podría invocar su nulidad, ahora bien como la prenda generalmente quien la constituye es el deudor, por tanto no implica mayor problema como si lo haría cuando el constituyente fuera un tercero el cual estaría imposibilitado legalmente para invocar la nulidad relativa.

Más sin embargo existe excepciones en donde la prenda no reviste la característica que le es común, esto es la accesoriedad y que son:

1.- No existe impedimento legal para garantizar con prenda obligaciones futuras sujetas a una condición suspensiva, en este ejemplo la obligación principal aún no tiene vida, y la prenda ya la tiene, aunque supeditada al cumplimiento de la condición suspensiva. Es un caso en donde se sacrifica la **ratio juris a utilitatis causa**, y de esta manera los tutores, albaceas como síndicos puede constituir prenda para garantizar, para caucionar su administración antes de que exista una obligación principal a su cargo respectivamente, esto es que aún puede acontecer que sin incurrir en responsabilidad por malos o deficientes manejos, tuvieron que otorgar prenda.

Podríamos citar al artículo 2876 de nuestro ordenamiento civil:

Puede darse prenda para garantizar obligaciones futuras, pero en este caso no pueden venderse ni adjudicarse la cosa empeñada, sin que se pruebe que la obligación principal fue legalmente exigible.

Es decir, la prenda no surte efectos en tanto no se realice la obligación, la excepción no es absoluto ya que la prenda correrá la misma suerte que la obligación principal, ya que si la condición suspensiva no se realizare, la prenda por lo tanto tampoco tendrá efecto alguno.

2.- Cabe la posibilidad de que la obligación principal se desvincule de la accesoriedad en cuanto a sujetos pasivos, de tal modo que el deudor de la obligación principal, sea distinto al deudor prendario. Tal cosa ocurre cuando un tercero garantiza una obligación ajena. El artículo 2867 del Código Civil establece que: Se puede constituir prenda para garantizar una deuda, aún sin consentimiento del deudor. En los casos en que el deudor constituya esta garantía, puede vender el bien pignorado y esto implicaría que el nuevo propietario lo adquiriría con ese mismo gravamen constituyéndose de esta manera como el sujeto pasivo el derecho real y de las obligaciones que nazcan de la prenda, independientemente del deudor de la obligación principal; conforme el artículo 2879 del mismo cuerpo legal si el deudor enajenare la cosa empeñada o concediere su uso o posesión el adquirente no podrá exigir su entrega sino pagando el importe de la

obligación garantizada, con los intereses y gastos en sus respectivos casos. En el caso de que el deudor no cumpla con su obligación principal, sufre todas las consecuencias inherentes al derecho real de garantía, es decir las acciones persecutorias de venta y preferencia en el pago.

3.- La regla general es que al extinguirse la obligación principal, conlleva a la de la accesoria, es decir a la prenda. Este principio lo contempla el artículo 2891 de nuestro código civil vigente: Extinguida la obligación principal, sea por cualquier otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda. Sin embargo, puede acontecer que extinguiéndose la obligación principal subsista la accesoria; tal caso ocurre en la novación cuando por una reserva expresa del acreedor impide la extinción de la prenda, conforme al artículo 2220 del Código Civil: La novación extingue a la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva. Pues en realidad, aunque el precepto no lo diga, la reserva expresa implica un pacto entre el acreedor y el deudor, lo que equivale mantener la subsistencia de la prenda mediante un nuevo contrato que se adhiere al convenio de novación.

Entendida así la cuestión, propiamente no hay una excepción al principio de que lo accesorio sigue la suerte principal, supuesto que constituida la nueva obligación, por un pacto expreso se mantiene la garantía establecida respecto de la obligación antigua que deja de existir.

#### E.- Contratos Reales y Consensuales.

Existe otra clasificación de los contratos, que atiende a la necesidad o no necesidad de entregar una cosa para lograr su constitución o perfeccionamiento. Partiendo de este hecho, existen contratos reales y contratos consensuales; aquellos son los que se constituyen por la entrega de la cosa; éstos por el contrario no requieren de su entrega para confirmación.

Desde el antiguo derecho romano, la prenda fue consagrada como un contrato real, así como en las legislaciones de otros países, al igual que el mutuo, el comodato y el depósito, en estos contratos debido a que desempeñan funciones jurídicas similares hicieron de la entrega indispensable.

En nuestro derecho la naturaleza de la prenda de la prenda la encontramos prevista en el artículo 334 Fracción I a la VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en donde se establece que:

Fracción I .- Por la entrega al acreedor de los bienes o títulos al portador dados en prenda;

Fracción II .- Por el endoso de los títulos de crédito si se trata de títulos nominativo;

Fracción III .- Por la entrega del título o documento en que el crédito conste cuando éstos no sean negociables;

Fracción IV .- Por el depósito de los bienes o títulos en poder de un tercero o bien por disposición del acreedor;

Fracción V .- Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de este, aun cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor.

Fracción VI .- Por la entrega o endoso del título representativo de los bienes o por la emisión del bono de prenda relativo.

En todos estos casos se puede apreciar el carácter real de la prenda, al establecerse en ellos la necesidad de entregar, o transferir por medio de un endoso el bien objeto de la prenda.

— Por otra parte el artículo 2858 del Código Civil establece.- Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente.

Por entrega real, se entiende la entrega material al acreedor de la cosa gravada; y por entrega jurídica la primera parte del artículo 2859 del Código Civil la define estipulando:

Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley.

De lo anterior se puede concluir que el contrato de prenda no siempre admite el carácter real, toda vez que existen excepciones, como la prenda sin desplazamiento, en la cual los bienes futuros como las siembras pueden ser objeto de prenda, en donde éstas quedan en poder del propio deudor por así convenir al acreedor.

#### F.- Contrato Formales y Reales.

Los contratos también se pueden clasificar en formales y en consensuales. Los primeros son aquellos que además del consentimiento, requieren para su validez de requisitos formales, en los segundos en cambio, basta el consentimiento de las partes para su formación. La manifestación por escrito del consentimiento es lo que distingue a los contratos formales de los consensuales. Como ejemplo de un contrato formal podríamos citar al de aparcería rural, este contrato prescribe el artículo 2740 del Código Civil: El contrato de aparcería agrícola deberá otorgarse por escrito, formándose dos ejemplares, uno para cada contratante.

La compraventa de bienes muebles, es en cambio un contrato consensual, pues en el no se requiere de formalidad alguna para su validez. Existen, además, contratos que siendo consensuales también sean formales; es el caso del arrendamiento el cual el artículo 2406 del Código Civil establece al respecto:

El arrendamiento se deberá otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales. Por lo que a contrario sensu, si el monto de la renta excede de esa suma deberá por tanto reunir la formalidad. Por lo que toca al contrato de prenda es formal por así disponerlo expresamente el artículo 2860 del Código Civil: El contrato de prenda debe constar por escrito. Se otorga en documento privado, formarán dos ejemplares, uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda contra terceros si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente.

Esta disposición no puede aplicarse supletoriamente a la prenda mercantil, porque la legislación comercial existen preceptos que rigen las formalidades del contrato que estudiamos. El contrato de prenda mercantil en nuestro concepto es contrato formal en algunos casos, y consensual en otros. Entre los primeros casos se puede señalar el caso de la prenda de títulos nominativos éstos se caracterizan porque deben ser inscritos en un registro del emisor, quien solamente tiene la obligación a reconocer como tenedor legítimo de ellos a quien figure como tal, a la vez en el documento y en el registro; se trata, de documentos en que la formalidad es un elemento esencial. Al constituirse en prenda, los títulos nominativos endosarse en favor del acreedor y debe hacerse además la correspondiente anotación en el registro no surtiendo efectos la operación si no se cumplen ambos requisitos.

De todo lo anterior se puede apreciar con gran facilidad la importancia de la formalidad que hay que cumplir para su constitución.

Otro caso en donde la prenda se puede calificar de formal es el contemplado en el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en este precepto se establece que: en materia de comercio, la prenda se constituye:...VIII.- Por la prescripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío, en los términos del artículo 326, como se sabe en estos contratos, el acreditado garantiza el pago del crédito que ha obtenido, gravando bienes muebles e inmuebles.

Esta garantía se constituye, según la fracción citada, en los términos del artículo 326. En este último precepto encontramos una serie de formalidades, el contrato no puede clasificarse sino en forma, artículo 326.- Los contratos de crédito refaccionarios o de habilitación o avío... Frac. II Fijarán, con toda precisión los bienes que se afecten en garantía y señalarán los demás términos y condiciones del contrato; Frac. III Se consignarán en contrato privado que se firmará por triplicado ante dos testigos conocidos y se ratificarán ante el encargado del Registro Público de que habla la fracción IV Será inscritos en el Registro de hipotecas que corresponda según la ubicación de los bienes afectos en garantía o en el Registro de comercio respectivo, cuando en la garantía no se incluya la de bienes inmuebles.

Junto a los casos anteriores, en los que la prenda es formal encontramos en nuestro derecho otras clases de prenda mercantil en las que por el contrario basta la simple entrega material del bien para la constitución del contrato.

Estos casos son.

- a) La prenda de bienes (que no tengan una forma especial de constitución) o títulos de crédito al portador;
  
- b) La de bienes o títulos al portador que queden en poder de un tercero;
  
- c) La de bienes que queden a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de este, del tercero y en los locales convenidos respectivamente. Artículo 334 fracción I, IV y V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por último examinaremos dos casos en el contrato de prenda puede ser consensual o formal. Nos referimos a la prenda de títulos o documentos de crédito no negociables, y la de certificados de depósito y bonos de prenda. En el primero de los casos, el contrato se perfecciona por la entrega al acreedor de esos documentos, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro. Por su parte la prenda de certificados de depósito y de bonos de prenda, se forma por entrega o endoso (según sea nominativos o al portador) del certificado en depósito y por la emisión o endoso del bono de prenda relativo. Como se ve en estas últimas situaciones planteadas, el contrato puede adquirir naturaleza consensual o bien calificarse formal.

#### G.- Contrato Instantáneo y de Tracto Sucesivo.

Se denominan contratos instantáneos los que se realizan inmediatamente, como su nombre los indica, sus prestaciones que deriva de estos contratos se cumplen en un solo acto, ejemplo: el contrato de permuta.

Son contratos de tracto sucesivo, aquellos en que las prestaciones que de el nacen, se cumple a través del tiempo, por medio de acciones periódicas, así por ejemplo tenemos el arrendamiento. Creemos que desde luego la prenda no es un contrato instantáneo; más bien ha surgido a la vida jurídica para auxiliar a otros contratos en los que su cumplimiento queda pendiente en un periodo de tiempo determinado. Siendo su función asegurar el cumplimiento de ese contrato. No es un contrato que se realiza de una sola vez, sino que su vida sigue todo un procedimiento que empieza por su constitución, de la que surgen derechos y obligaciones para ambas partes y que pueden finalizar por la venta de la cosa esta por tanto muy lejos de gozar de los caracteres de un contrato instantáneo.

### **3.5 ELEMENTOS PERSONALES, REALES, Y FORMALES DEL CONTRATO DE PRENDA**

A)Elementos Personales.- En el contrato de prenda, podemos encontrar a distintas partes que pueden intervenir en el mismo y cuyos derechos como obligaciones trataremos en otro apartado, por lo que ahora tan sólo nos referiremos a ellas de manera genérica.

A-1.- Por un lado encontramos al acreedor, quien es el titular del crédito, derivado de la obligación que garantiza, al cual se denomina como acreedor pignoraticio, acreedor prendario o bien, simplemente acreedor que es quien recibe la cosa dada en prenda con la obligación de restituirla una vez que le sea cubierto el crédito.

A-2.- Por otro lado tenemos al deudor del crédito que garantiza, al que se le denomina deudor pignoraticio, deudor prendario, deudor principal o simplemente deudor que es quien hace entrega de la cosa objeto de prenda para asegurar el cumplimiento de la obligación.

A-3.- El contrato de prenda también puede ser otorgado por un tercero aún sin consentimiento del deudor principal. Como lo establece el artículo 2867 del Código Civil vigente: Se puede constituir prenda para garantizar una deuda, aun sin consentimiento del deudor.

Del texto anterior se puede deducir que puede ser un tercero ajeno a la relación del acreedor con el deudor principal. A este tercero se le denomina como deudor pignoraticio o bien prendario para así poderlo distinguir del deudor principal.

Tanto el deudor principal como el tercero que en su caso otorgue a prenda a ambos se les denomina también como dadores de la prenda o constituyentes de la prenda con la finalidad de referirse al verdadero deudor de la prenda, esto sin atender quien sea el deudor del crédito que se garantiza.

A-4.- Puede además participar otro tercero quien funge como depositario de la casa dada en prenda, razón por la que recibe el nombre de depositario dado ese carácter con que interviene.

B)Elementos Reales.- En principio, los bienes pignoraes debe ser susceptibles de enajenación est es que el elemento real del contrato de prenda lo constituye el bien pignorado, empeñado o bien sujeto a gravamen, todo bien mueble puede darse en prenda así como los derechos o acciones conforme a nuestras leyes mexicanas. Este bien debe reunir las siguientes características:

B-1.- Existir en la naturaleza.- Esto es que las cosas futuras no podrán ser materia de prenda, debido a que si bien se emiten contratos sobre las mismas en términos del artículo 1826 de nuestro Código Civil que al respecto establece: La transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica, al deudor principal. No debemos de perder de vista que por el contrato de prenda, se constituye un derecho real accesorio llamado prendario, uno de sus elementos de esencia, como de cualquier otro derecho real, lo es que debe recaer sobre alguna cosa que sea individualmente determinada y por tal razón debe ser presente y además de que su entrega resulta necesaria para su perfeccionamiento del contrato y lo que resultaría inconcebible que se pueda hacer entrega de una cosa que solo existe en el pensamiento y no en la naturaleza, por lo que si se pretendiera un contrato sobre una cosa futura, se podría únicamente suponer una simple promesa de contrato.

Si bien es cierto que conforme a lo prescrito por el artículo 2857 del Código Civil en él cual si se admite la prenda de fruto, también resulta ser cierto que se trata de frutos pendientes, que desde luego que existen pero no los frutos no nacidos.

B-2.- Ser mueble.- La constitución de la prenda debe recaer necesariamente en un bien mueble que para tal efecto así considere la ley, así ya los Códigos de 1870 y 1884 distinguían a la prenda de la hipoteca, en que aquélla recae sobre bienes muebles y esta sobre inmuebles. Por tanto para determinar el carácter mueble de las cosas que pueden darse en prenda, deberá atenderse a su naturaleza (embarcaciones o materiales de construcción) a su objeto acciones de sociedades o partes sociales en asociaciones) al mandato de la ley (derecho de autor) o por la anticipación que la ley haga de las mismas (frutos pendientes que deben recoger en tiempo determinado).

También pueden ser materia de prenda, los muebles corporales como incorporales, los fungibles como no fungibles, los divisibles como los indivisibles, los consumibles como inconsumibles, los principales como los accesorios, los singulares como compuestos o universales.

#### 1)- Prenda de muebles fungibles y no fungibles.

Por fungibilidad se puede entender a la igualdad del poder liberatorio que un bien tiene respecto a otro, es decir que esa función liberatoria tiene equivalencia igualitaria en razón de otra cosa, esa equivalencia no deriva porque sea una cualidad o característica especial de un determinado bien en especial. Nuestro Código Civil en su artículo 763 sólo se refiere a los muebles como susceptibles como aquellos que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie calidad y cantidad y a los no fungibles, como los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie calidad y cantidad.

En el caso del contrato de prenda es de destacarse que de cumplirse la obligación garantizada se debe de restituir la cosa dada en prenda al pignorante, como lo dispone el artículo 2876 fracción II del Código Civil vigente.

#### 2)- Prenda de cosas muebles divisibles e indivisibles.

Las cosas son indivisibles, cuando sólo pueden aprovecharse en su integridad, conservándolas como una unidad, de acuerdo a su naturaleza.

Y por divisible se entiende que es aquella que si puede ser aprovechada sin que ello se afecte a su naturaleza. Por lo tanto es posible constituirse un contrato de prenda sobre bienes divisibles como indivisibles, cuyo análisis será importante al tratar la indivisibilidad de la prenda

### 3)- Prenda de cosa consumible y no consumible.

Cosa consumible es aquella que al primer uso de la misma se transforma de manera sustancial o se pierde jurídicamente cabe agregar que existen ciertas cosas que aún cuando no se usen se transforman de tal manera que ya no podrían ser aprovechadas como es el caso de los perecederos que por el solo transcurso del tiempo pierde su utilidad. Cosa no consumible, es aquella que se puede usar en forma reiterada sin que por ello exista algún desgaste. De lo anterior podemos decir que si es posible constituir contrato de prenda cuyo objeto sea consumible con tal de que sea factible su restitución **idem corpus**.

B-3.- Determinado en su individualidad.- Los bienes muebles sobre los que recaiga la prenda debe determinarse en cuanto a su individualidad y no solo en su genero es decir debe recaer necesariamente en cuerpos ciertos o concretos, determinados específicamente pues como hemos dicho, mediante el contrato de prenda se constituye el derecho real prendario, mismo que solo puede recaer sobre un objeto individualmente determinado.

B-4.- Sobre bienes enajenables.- Como se desprende del artículo 2856 del Código Civil vigente, los bienes sobre los que recaiga la prenda tiene que ser enajenables, es decir que el objeto gravado no basta que este en el comercio, como es la regla general en todas las prestaciones de dar, según el artículo 1825, apartado tercero sino que además debe ser enajenable.

Para ser más claros, debemos hacer la distinción entre bienes comerciales o apropiables y los enajenables.

Por bien no comercial se entiende todo objeto que no puede figurar en una relación de derecho como objeto de la misma entre particulares, por lo que estaría fuera del comercio y consecuentemente no podría formar parte del patrimonio de un particular y por el contrario las cosas que pueden ser apropiables son aquellas que si pueden constituir el objeto de una relación de derecho entre particulares y por ende objeto de apropiación.

Ahora bien, las cosas no enajenables o inalienable, es aquella que si puede ser objeto de propiedad particular, pero que no puede ser objeto de un contrato traslativo de dominio, aunque si pueda ser objeto de otro tipo de contratos, en suma por enajenable podríamos decir que la cosa enajenable es aquella que puede ser trasmitida a otros patrimonios.

Dicho lo anterior, reiteramos que el objeto cosa materia del contrato de prenda debe ser necesariamente enajenable, en virtud de que esa característica encierra la esencia del derecho real prendario que se constituye con el contrato del mismo nombre, ya que de la venta del bien empeñado se da cumplimiento a la obligación principal garantizada. No debemos soslayar que la prenda como garantía supone una función de satisfacer misma que no tendría lugar si recayera esta sobre bienes inalienables. De ahí que el contrato de prenda implica un acto parcial de dominio por parte del deudor prendario.

C) Elementos Formales.- Cuando se alude a la forma de contrato, hacemos referencia a la manera en que se exterioriza el consentimiento. El contrato de prenda además de ser real también es formal como lo prescribe el artículo 2860 de nuestro Código Civil vigente:

Art. 2860.- El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado se formaran dos ejemplares, uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por Registro Publico escritura pública o de alguna otra manera fehaciente.

Por el número de ejemplares que exige el anterior precepto, podemos deducir que es una celebración de prenda entre el deudor y acreedor de la obligación principal, más si interviene un tercero para constituir la prenda o el acreedor prendario no es quien celebra el acto como es el caso del tutor o un tercero quien la recibe, a nuestro criterio consideramos que el número de ejemplares dependerá de la cantidad de partes que intervengan en contrato por razones de seguridad jurídica.

Para que el contrato de prenda sea oponible a terceros, es requisito "**sine qua non**", que sea de fecha cierta ya por el registro o bien por la escritura pública, como un principio de seguridad de ellos, de que el derecho real prendario que nace del contrato se constituyó en la fecha indicada, a fin de determinar el grado de prelación de sus respectivos derechos, de suerte que si el contrato se forma en una fecha y la certeza de las mismas se le otorga en otra, ésta última será la que contara respecto de los terceros.

En resumen, para obtener la certeza de la fecha en la formación del contrato se deberá tener en cuenta la intervención de un funcionario público que por virtud de su cargo se encuentre facultado para autenticar actos o hechos jurídicos, como lo dispone el artículo 2034, fracción III del Código Civil, ante quien se podrá obtener además, copia auténtica del documento en que consta el contrato, cuando alguna de las partes no lo tenga en su poder.

### **3.6 ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE PRENDA.**

1.- Elementos de Existencia.- Procederemos a aludir los elementos esenciales o también llamados de existencia, y por algunos otros doctrinarios de la disciplina jurídica, como elementos conceptuales y que en este caso nos referimos sobre todo al contrato de prenda. Es bien sabido que de todo contrato se abunda tanto en el consentimiento como en el objeto, más sin embargo ahondaremos más en éste tanto en el consentimiento como en el objeto, mas sin embargo ahondaremos más en éste último, por considerar que el consentimiento sigue las reglas generales de los demás contratos y por el contrario en el caso del objeto, reviste particularidad que le son muy propias al contrato en cuestión; además un elemento que resulta ser exclusivo, para la prenda es el de la obligación que garantiza u obligación principal, dada la accesoriedad con que funge en las relaciones contractuales, de ahí que procederemos en el siguiente orden:

A) Obligación que se garantiza;

B) Consentimiento, y

C) Objeto.

A.- Obligación.- Se ha podido apreciar que los conceptos doctrinales como el propuesto en esta tesis, resalta con gran notoriedad la finalidad que desempeña el contrato de prenda, siendo la de proporcionar seguridad en la satisfacción de un crédito determinado y que todo esto se resume en garantizar al acreedor el puntual cobro a su deudor y además, que por tal motivo su existencia es accesoria puesto que depende de una obligación o relación jurídica principal. Para ello la ley no hace una clara distinción de que tipo de obligaciones tiene la susceptibilidad de ser de esta manera garantizadas por lo que estimamos que puede ser todo tipo de obligaciones y hasta las futuras conforme a nuestra legislación vigente.

Tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884 de manera expresa señalaban que no es posible concebir legítimamente constituida a la prenda si ésta no servía de garantía a una obligación válida, nuestro actual Código Civil ya no lo señala de manera expresa, pero es de sobreentenderla ante su eminente característica de la accesoriadad. Puede ser objeto de prenda toda las obligaciones tanto de dar, hacer y no hacer e incluso pueden tener un origen no pecuniario, esto conforme a la tesis de que el objeto de los contratos es siempre de carácter patrimonial, es decir apreciable en dinero.

Así mismo no existe impedimento para contratar la prenda, para garantizar obligaciones que no derivan de contrato, tal sería el caso de las obligaciones alimentarias, las del tutor, las del albacea y aún las fiscales. Pueden garantizar no solo obligaciones puras y simples, sino además las que estén sujetas a condición suspensiva como resolutive. También podemos hacer cita de obligaciones eventuales como lo prescribe el artículo 2870 del Código Civil vigente:

Puede darse prenda para garantizar obligaciones futuras, pero en este caso no puede venderse ni adjudicarse la cosa empeñada, sin que se pruebe que la obligación principal y fue legalmente exigible.

En tal caso se ha aseverado, que dicha autorización constituye una gran excepción al principio lógico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, puesto que se permite que lo accesorio nazca primero que lo principal. Es claro considerar que el contrato de prenda dependerá de las modalidades a que éste sujeta la obligación principal y en este criterio a la realización de obligaciones futuras, como es el caso por lo que el mencionado principio no se rompe ya que de no realizarse la obligación principal el contrato no surtirá sus efectos que le dan su razón de existencia por lo que sin efectos su existencia es inútil.

B.- El consentimiento lo constituye, un acuerdo de voluntades entre el constituyente de la prenda con el acreedor prendario, decimos constituyente de la prenda ya que puede o no coincidir en el deudor principal con el deudor prendario, si no coincide la prenda puede otorgarse a ruego del deudor principal puede ser su consentimiento y aún en contra de su voluntad, ya que el contrato se celebra con independencia de su voluntad, es decir sólo se integra de las voluntades del acreedor y el constituyente de la prenda.

Ante el supuesto de que el contrato se celebre sin consentimiento del deudor principal y asimismo contra su voluntad, aplicando analógicamente lo dispuesto para la fianza en el número 2828 del Código Civil que señala: El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya presentado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si éste se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pago, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor.

Ahora bien es pertinente decir que el tercero que otorgue la garantía, no queda obligado personalmente por la deuda, sino que responde de la misma con el valor de la cosa dada en prenda y que el deudor principal continuará obligando con independencia de la garantía prendaria extendida en su favor.

El consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades debe coincidir tanto en la obligación que se garantiza, como el bien en que recae el gravamen. Por último es de suma relevancia señale que el mero acuerdo de voluntades no es suficiente para la constitución de la prenda, puesto que el multicitado cuerpo legal exige entrega del bien pignorado para que pueda tener existencia el contrato, esto por tratarse de un contrato real en oposición a los reales como ya se abordó anteriormente.

La entrega puede ser real si el objeto de la prenda es entregado real y objetivamente al acreedor prendario, mientras que la entrega será jurídica si por convenio de las partes acuerdan en que se entregue a un tercero en carácter de depositario o bien en poder del mismo deudor; en ambos casos para que pueda surtir sus efectos se requiere su inscripción al Registro Público de la Propiedad, no obstante lo infructuoso que resulta tal medida.

C.- El objeto como elemento de existencia del contrato de prenda, es conveniente señalar que nos referimos al objeto indirecto y no al directo, ya que éste último consiste en crear, modificar o extinguir derechos como obligaciones, aspectos que comprenden todos los contratos y por el contrario el objeto indirecto de cada contrato varía conforme a su naturaleza, es decir que obligaciones se están sometiendo los contratantes en su celebración, obligaciones que no pueden ser iguales a todos los contratos, dada su misma diversidad de tipos de contratos que tienden a satisfacer distintas necesidades. El artículo 1824 de nuestro Código Civil vigente establece al respecto:

Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

La doctrina resume lo anterior, que el objeto indirecto no es otra cosa más que la producción de consecuencias de derecho que las partes buscan en la celebración del contrato, consecuencia que pueden consistir en dar, hacer o no hacer. Por lo que respecta al contrato de prenda podríamos decir que el objeto indirecto es la constitución o conformación del derecho real prendario, derecho que debe reunir ciertos requisitos que ya no trataremos por haber sido abordados, por lo que solo mencionaremos:

a.- Existir en la naturaleza;

b.- Ser mueble;

c.- Que pueda ser determinado en cuanto a su individualidad; y,

d.- Que además de estar en el comercio pueda ser susceptible de enajenación.

II.- Elementos de Validez.- En el contrato de prenda al igual que otros contratos, los requisitos o elementos de validez se encuentran previstos en nuestro Código Civil a contrario sensu en el artículo 1975. Los elementos validez se puede considerar como aquellos, que ante su ausencia no provocan la inexistencia de un contrato, ya que si existe, sus efectos jurídicos no van a ser plenos, puesto que puede ser anulado conforme al artículo 1975 del Código Civil:

El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Por su objeto o su motivo o fin ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifiesto en la forma que la ley lo establece.

Ahora bien procederemos a analizar los elementos anteriores descritos por el citado artículo, desde una perspectiva del contrato de prenda:

#### I.- CAPACIDAD PARA OTORGAR EL CONTRATO DE PRENDA.

Por la capacidad se entiende la aptitud para poder ser titular de derechos y obligaciones, y para hacerlos valer por sí mismos, esto para el caso de las personas físicas y para las personas morales mediante representantes. De ahí que se hable de capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad jurídica en sus dos tipos, es considerada como un tributo de las personas, por lo que en nuestro derecho, solo en casos excepcionales es posible privar la capacidad de goce, ya que si fuera de manera absoluta implicaría atentar contra su dignidad humana, sin embargo la capacidad de ejercicio si es posible conocer innumerables casos en los que se les priva la capacidad de ejercicio, de tal manera que para poder hacerlo valer requieren de un representante legal, de ahí que aduzca con gran frecuencia que se requiere de capacidad especial para adquirir la titularidad de ciertos derechos y obligaciones. El artículo 1798 del Código Civil señala que: Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

Conforme a lo anterior, la falta de capacidad de contratar y la de legitimación para contratar darán lugar a la nulidad relativa o bien absoluta del contrato, en el contrato de prenda se puede ver primeramente al constituyente de la prenda o deudor prendario el cual requiere de capacidad general para contratar y además debe ser dueño de la cosa que se ésta dando como garantía, para así estar en posición legitimada para poder disponer del bien pignorado, debido a que solo el dueño o persona autorizada para ello puede hacerlo.

En efecto el artículo 2868 del Código Civil establecer: Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño.

En consonancia con el artículo 2868 del mismo ordenamiento legal que señala que: Si se prueba debidamente que el dueño presto la cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño.

Lo anterior cobra gran sentido toda vez que como hemos señalado la prenda constituye un acto de dominio de disposición, de enajenación parcial, ya que puede acontecer una enajenación de las cosa gravada, una vez que se haga exigible la obligación y ésta no sea debidamente cumplida.

En los casos de las personas que ejercen la patria potestad, tutores y representantes de los ausentes, están imposibilitados para empeñar los bienes muebles precisos que conforme el patrimonio de sus respectivos representantes

sin que para ello existe la autorización de juez competente, siendo menester que para ello sea de absoluta necesidad y beneficio para el representado, como lo establecen los artículos 436, 561 y 660 del Código Civil.

Los Albaceas se encuentran en la misma situación, ya que no pueden pignorar bienes que conformen la masa hereditaria de los herederos y legatarios salvo que exista autorización por los mismos, como lo marca el artículo 1719 de Código Civil.

Por lo que respecta a la representación voluntaria, para la constitución de prenda no requiere de mayores formalidades, con tal de que se demuestre que el dueño presto la cosa a otro para que la empeñara de acuerdo con el artículo 1719 del Código Civil.

Para el caso de las personas morales, muestra una situación distinta a lo anterior, esto es que debemos considerar el objeto social, en el cual debe existir la finalidad de otorgar

garantías para sí, para terceros, según sea el caso, para que la representación que descansa en los órganos de administración, los faculte para constituir el derecho real el jurista mexicano Rodríguez y Rodríguez dice al respecto "*...las sociedades sólo tiene la capacidad necesaria para el cumplimiento de su finalidad*". (23)

Así también el artículo 26 del Código Civil señala: Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

En caso de los consortes, el contrato de prenda es plausible, cuando el matrimonio se haya constituido bajo el régimen de separación de bienes esto dando una aplicación por analogía el artículo 176 del Código Civil, que establece: El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio éste sujeto al régimen de separación de bienes.

(23) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín . Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Ed. Porrúa, México 1988. Pag. 96.

Por otro lado los cónyuges pueden preñar sus respectivos bienes por tener una libre disposición de ellos conforme a lo dispuesto por el artículo 212 del Código Civil, y por el contrario cuando el matrimonio se haya instituido bajo el régimen de sociedad conyugal, para que uno del consorte pueda constituir prenda para sí o para un tercero sobre bienes comunes, con persona distinta de su cónyuge, requerirá en todo caso el consentimiento de éste último. Por regla general, el acreedor prendario, solo requiere de capacidad general para contratar y deberá de tener en cuenta el objeto de las personas morales o colectivas.

## II.- LA FORMA EN EL CONTRATO DE PRENDA.

Por forma se entiende la manera en que deberá expresar el consentimiento, la cual tendrá que ser objetiva y exterior. Asimismo partimos de que el consentimiento puede ser expreso o tácito, materializado en actos tendientes a la celebración de un contrato. Por lo que toca al consentimiento expreso puede ser verbal, escrito o mediante signos de expresión inequívocos; y será tácito cuando el consentimiento se manifieste por actos positivos de la voluntad. Al respecto el artículo 1803 del Código Civil señala: El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que los presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

El citado ordenamiento civil pareciera caer en repetidas ocasiones en contradicción respecto a la forma que deben revestir los contratos ya que por un lado admite la consensualidad en la celebración de los contratos y por otro lado exige formalidad para la exteriorización del consentimiento, por lo que debe considerarse como un elemento de validez en este último caso es decir cuando requiere cierta formalidad el consentimiento, toda vez que de no observarse conlleva a la nulidad relativa y que podría ser subsanada mediante su ratificación. Creemos que es conveniente citar al numeral 2860 del multicitado ordenamiento que señala: El contrato de prenda debe constar por escrito, si se otorga un documento privado, se formarán dos ejemplares uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no la certeza de la fecha de registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente.

Como se puede apreciar, por un lado tenemos que el contrato exige la formalidad escrita y por otro prevé la oponibilidad a terceros, en primer caso estamos ante una exigencia como requisito de **ad probationem** de su celebración. Por lo que es posible la celebración del contrato de prenda de manera verbal surtiendo efectos únicamente entre las partes ya que no podrá ser oponible ante terceros, puede alguna de las partes ejercitar la acción pro-forma, es decir demandar que se subsane la omisión de la forma del contrato en atención al principio que nadie puede prevalecerse de la nulidad que ella misma dio origen, ni ir en contra de sus propios actos, ya que la validez y cumplimiento de los contratos, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Claro que si una de las partes ejercita la acción de nulidad del contrato y no se reconviene la acción pro-forma, será declarado nulo, debido a que se considerara que las dos partes se han retractado del acto a que dieron origen.

La ley establece que el contrato de prenda deberá ser escrito, por lo que puede ser privado o público, el artículo 2860 del Código Civil, señala que en el caso de que el contrato se haga constar en documento privado se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante. La existencia de un numero determinado de ejemplares, tiene una finalidad de seguridad para ambos contratantes por cuanto a los derechos y obligaciones a que se hacen titulares a fin de hacerlo valer.

La omisión a esta última parte no conlleva a la invalidez del contrato, puesto que la parte no posea su respectivo ejemplar, puede reclamarlo ante la autoridad judicial para que se le copia autentica del mismo conforme al artículo 27 del Código Adjetivo del Distrito Federal. Al respecto la ley sólo alude a dos ejemplares, mas sin embargo puede acontecer que el contrato de prenda figure un tercero, que es quien la constituye o bien un tercero recibe la cosa prendada nada impide que las personas que participan dispongan de un ejemplar, de ahí que puede ser mas de dos ejemplares del contrato, esto como se apuntó como medida de seguridad.

Para que el contrato sea oponible a terceros es requisito **sine qua non**, que sea de fecha cierta ya por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente, como un principio de seguridad para ellos, de que el derecho real prendario que se origina por el contrato se constituyó en la fecha respectiva, esto con el propósito de determinar el grado de prelación de sus respectivos derechos.

La certeza de la fecha, en el caso de contrato privado, puede obtenerse mediante la ratificación de firmas ante notario o ante corredor público, en la esfera de su respectiva competencia, casos en los cuales, se deberá estar a la fecha en que se haga constar la ratificación. Ahora bien si el contrato de prenda está sujeto a inscripción, surtirá efectos desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

En resumen, para obtener la certeza de la fecha de constitución del contrato en estudio, se tomara en cuenta la inversión del funcionario público que por virtud de su cargo, se encuentre facultado para autenticar actos o hechos jurídicos, tal como lo dispone el artículo 2034, fracción III del Código Civil, ante quien se podrá obtener además, copia auténtica del documento en que conste el contrato, cuando alguna de las partes lo tenga en su poder.

La certeza de la fecha del contrato, también podrá darse a partir de la fecha de muerte de uno de los contratantes, en términos del propio artículo 2034 Fracción III del Código Civil. La ley señala también cualquier otro medio fehaciente para la determinación de la fecha de manera que pueden utilizarse todos los medios de prueba, entre ellos la testimonial, siempre que el contrato se haya celebrado por escrito. Nuestro Código Civil vigente, en cuanto a la exigencia de forma escrita, no es respecto a la cuantía, como se hacía en el Código de 1870, en su numeral 1904, en el se requería de instrumento público o de tres testigos si el valor de la obligación pasaba de trescientos pesos.

En el Código de 1884, de acuerdo con el artículo 1787, la prenda debería de ser por escrito y en instrumento público si la obligación pasaba de quinientos pesos. Así en el Código de 1870 la prenda no surtirá efectos contra terceros si no constaba en instrumento público, sea cual fuere la cuantía de la obligación principal, de acuerdo con el artículo 1905, igual situación acontecía en el Código de 1884, según el artículo 1788, cuando la prenda no se constituía en la forma prescrita por el artículo 1787.

### III.- OBJETO, MOTIVO O FIN.

El objeto indirecto del contrato, visto como la cosa que el obligado debe dar o el hecho que debe hacer o no hacer, debe ser posible licito.

Posible por cuanto que nadie esta obligado a lo imposible y, licito en cuanto a que no debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. El motivo o fin determinante de la voluntad de los contratantes, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

La ilicitud en el objeto motivo o fin del contrato, provoca su nulidad ya sea absoluto o relativa, pero por lo general, produce la nulidad absoluta.

El Código Civil de 1928 en su libro cuarto título primero capítulo primero y bajo el rubro "Del objeto y del motivo o fin de los contratos" (Artículo 1824 a 1831), contiene normas relativas a la validez del contrato, identificando la causa, con el fin o motivo determinante, por lo que en opinión de la doctrina mexicana, en nuestro derecho, no se acepta la teoría de la causas del derecho Francés, como elemento del contrato El objeto directo en el contrato de prenda es la constitución de un derecho real sobre un mueble y en este sentido, el conducta debe ser lícita.

*"Los motivos y fines del contrato deben ser también licito, entendiendo por motivos, las intenciones internas o subjetivas del sujeto, relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte y por fines, las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra".* (24)

La ilicitud debemos entenderla no en un sentido amplio, respecto a cualquier incumplimiento de una norma jurídica, sino cuando contravenga leyes de orden público o sea contraria a las buenas costumbres. Por leyes de orden público para estos, se entienden aquellas normas que sean de interés general, a las que se les da el carácter de irrenunciables, normas prohibitivas o imperativas.

*"Por buenas costumbres se entiende, el conjunto de hábitos generalizados que son aprobados por el núcleo social de una época y lugar determinados, cuya consideración o calificación quedan al prudente arbitrio judicial".* (25)

(24) Zamora y Valencia, Miguel A. Ob. Cit Pags. 45-46.

(25) Domínguez Martínez Jorge A. Derecho Civil, Parte General, Ed. Porrúa, México 1990 Pág. 572-573

*"Para que el motivo o fin determinante del contrato tenga trascendencia jurídica, es menester que se haya declarado expresamente en el mismo, o bien que de las circunstancias que lo rodean, aparezca que se celebró por ese motivo y no por otro". (26)*

De tal manera que todo se reduce a motivo de prueba para demostrar, en su caso, el propósito que determinó a las partes a contratar, para así analizar su posible nulidad. El artículo 1803 del Código Civil vigente dispone: El motivo o fin determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni las buenas costumbres.

Así no podrá ser válido por ejemplo, el contrato de prenda sobre mercancías de uso ilícito, como las drogas y enervantes, ni para garantizar obligaciones lícitas, dado su carácter accesorio.

#### IV. - AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Por vicios podemos entender al error, el dolo, la violencia y la lesión; los cuales no permiten que la voluntad pueda ser exteriorizada con libertad y espontaneidad. El consentimiento para la formación de los contratos, debe estar exento de vicios, esto es que la voluntad debe ser exteriorizada con plena conciencia de la realidad y con absoluta libertad y espontaneidad, sin estorbo alguno que limite su coincidencia, Sánchez Meda señala que: *"Aunque existe el consentimiento en un contrato puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es por vicio que afecte a la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecte a la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad (la lesión)". (27)*

El artículo 1812 del Código civil dispone: El consentimiento no es válido si se ha otorgado por error, arrancado por violencia o sorprendido con dolo. Conforme a los artículos 1795 fracción II y 2228 del Código Civil, los vicios en el consentimiento conllevan a la nulidad relativa del contrato, procederemos a dar una idea somera de los vicios del consentimiento, ya que entrar en detalles sobre los mismos no constituye el estudio de esta tesis.

(26) Sánchez Meda; Ramón. Ob. Cit. Pág. 71.

(27) Sánchez Meda; Ramón. Ob. Cit. Pág. 49.

1.- El Error.- Es la no identificación del objeto subjetivo con la realidad. La doctrina aborda dos tipos de error, el de hecho y el aritmético. Asimismo se clasifica en tres categorías, destructivo de la voluntad, error que vicia la voluntad y error indiferente para los efectos del contrato.

2.- El Dolo.- El artículo 1815 del Código Civil, lo define: Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que emplee para inducir a error o mantener en el alguno de los contratantes;.... Cabe mencionarse, que el dolo puede incluso provenir de un tercero La doctrina habla de dolo principal e incidental, siendo el primero el que recae sobre la causa determinante de la voluntad, y mientras que el segundo acontece que una de las partes celebra el acto en condiciones más favorables o menos favorables, lo cual no provoca la nulidad del contrato. También se habla de dolo bueno y dolo malo, aquél no trae consecuencia jurídica si conlleva la nulidad relativa, ya que las sugestiones o artificios que la originan si inducen a un error sobre el motivo determinante de la voluntad de los contratantes.

3.- La mala fe.- El ya citado artículo 1815 del Código Civil, expresa que la mala fe en los contratos como .....la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

El artículo 1816 del mismo ordenamiento establece que la mala fe se equipara al dolo.

Así cuando el dolo proviene de un tercero con conocimiento de uno de los contratantes también se presenta la mala fe.

4.- La violencia.- Esta se presenta como una fuerza física o moral irresistible que prive de libertad al contratante, ésta puede provenir de un tercero interesado o no en el contrato.

5.- La lesión.- El artículo 17 del Código Civil vigente establece: Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidente y desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.

Por lo que toca a la materia mercantil la lesión no se admite, esto con el firme propósito de no caer ante la inseguridad en las transacciones mercantiles, mas sin embargo es de decirse que en materia de comercio, la no aceptación de la lesión sólo se encuentra referida a los contratos de compraventa, como se advierte en el artículo 385 del Código de Comercio, el cual establece: Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión, pero el perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento.

De ahí que seamos de la opinión de que la lesión sí tenga cabida en los demás contratos conmutativos y en relación al artículo 81 del mismo ordenamiento mercantil, que admite, con las modificaciones restricciones que el propio código señala, la aplicación de las disposiciones del derecho civil a los actos mercantiles, acerca de la capacidad de los contrayentes, y de la excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos

Conforme a lo expuesto, la lesión no puede presentarse en los contratos aleatorios, ni en los contratos a título gratuito.

En el contrato de prenda pueden presentarse los vicios del consentimiento apuntados y podrá presentarse la lesión, cuando se pacte prestaciones recíprocas, en atención de que se trata de un contrato unilateral, de los llamados sinalagmáticos imperfectos, en cuanto al dolo en el contrato de prenda debemos señalar que el artículo 2889 del Código Civil precisa que:

El acreedor no responde por la evicción de la prenda vendida, a no ser que intervenga dolo de su parte o que se hubiere sujetado a aquella responsabilidad expresamente.

Juzgamos que el dolo citado en la disposición señalada, se encuentra referido al derecho de venta sobre la cosa pignorada y que la analizaremos al tratar el tema de la evicción en el caso de venta de la cosa empeñada.

### **3.7 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE PRENDA.**

Derechos para el acreedor.

1) Derechos de preferencia.- El acreedor prendario tiene el derecho a ser pagado con el producto de la cosa empeñada y con la preferencia debida, conforme a ley. Los artículos del código Civil que reglamenta este derecho son 2858, 2873 fracción I, 2981 al 2987.

2) Derecho de persecución.- Este derecho consiste en que el acreedor prendario puede recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor. Artículo 2873 fracción II del Código Civil.

3) Derecho de ser indemnizado de los gastos.- Asimismo el acreedor pignoraticio deberá ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que uso de ella por convenio. Artículo 2985 fracción II y fracción III. El concepto de gastos necesarios y útiles los provee los artículos 817 y 818 del Código Civil y que a la letra dice: Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora.

Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa.

4) Derecho a exigir otra prenda o dar por vencido el plazo.- El acreedor tiene el derecho también, de exigir del deudor otra prenda o el pago de la deuda, aún antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin su culpa. Artículo 2873 fracción IV del Código Civil; asimismo el artículo 2875 del mismo ordenamiento señala que: Si perdida la prenda el deudor ofreciere otra o alguna caución, queda al arbitrio del acreedor aceptarla o rescindir el contrato.

5) Derecho de venta o de adjudicación.- Si el deudor no paga en el plazo estipulado, o cuando tenga obligación de hacerlo conforme el artículo 2080 del Código Civil, el acreedor podrá pedir o la venta de la cosa empeñada y que el juez la decreta en pública almoneda previa citación al deudor o del que hubiere constituido la prenda, o que se adjudique en las dos terceras partes de la postura legal, si no puede venderse en los términos que establece el artículo 2881 del Código Adjetivo Civil del Distrito Federal.

6) Derecho de retención.- El acreedor pignoraticio no está obligado a devolver la cosa mientras no se le pague íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hechos los segundos. Artículo 2876 fracción II del Código Civil.

7) Derecho de que el deudor defienda la prenda.- Si el acreedor es perturbado en la posesión de la prenda, debe dar aviso al dueño para que defienda y exigirle al deudor el pago de todo los daños y perjuicios si no cumpliere con esta obligación. Artículo 2874 de Código Civil.

8) Derecho de que la prenda se extiende a los accesorios y aumentos.- El derecho que da la prenda se extiende a los accesorios de la cosa y todos los aumentos de ella, de conformidad con lo establecido por el artículo 2888 del Código Civil.

9) Derechos a percibir los frutos.- El acreedor tiene derecho a percibir los frutos de la cosa empeñada, si así se convino, cuando tal cosa sucede, su importe se imputará en primer lugar a los gastos realizados, a los intereses y si hay algún sobrante, al capital. Tal derecho se desprende del artículo 2880 de Código Civil.

10) Derecho a demandar al deudor.- Si una vez se hubiese vendido la cosa dada en prenda el precio no cubre todo el crédito, el acreedor tiene derecho de demandar al deudor por lo que falte, según lo indica el artículo 2886 del ordenamiento legal que hemos venido citado.

## Obligaciones del acreedor.

1) Conservar la cosa empeñada.- El acreedor está obligado a conservar la cosa empeñada como si fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia. Artículo 2876 fracción I del Código Civil, ahora bien si el acreedor abusa de la cosa empeñada, el deudor puede exigir que ésta se deposite o que aquél de la fianza para restituir el estado de la cosa, conforme al citado ordenamiento en su artículo 2878 el cual establece lo siguiente:

El acreedor abusa de la cosa empeñada cuando usa de ella sin estar autorizado por convenio o cuando estándolo, la deteriora o aplica a objeto diverso de aquel a que esta destinada.

Si la prenda es un crédito el acreedor que tuviera en poder él título estará obligado a hacer todo lo que sea necesario para que no se altere o disminuya el derecho que aquel representa, artículo 2875 del Código Civil.

2) Restituir la cosa.- El acreedor está obligado a restituir la cosa prendada luego que le sea satisfecho totalmente el deudor, los intereses y gastos de conservación de la cosa. Artículo 2876 del Código Civil.

3) Responder de la evicción.- Responder por evicción si hubiere dolo de su parte o hubiese aceptado dicha responsabilidad. El acreedor no responde de la evicción de la prenda vendida, a no ser que intervenga dolo de su parte o que se hubiere sujetado a aquella responsabilidad expresamente. Artículo 2889 del Código Civil.

4) Abstenerse de usar la cosa prendada.- El acreedor no adquiere el derecho de usar la cosa por simple empeño, sino que es necesario que medie autorización por parte del constituyente de la prenda.

## Derecho para el deudor.

1) Exigir el depósito de la cosa en prenda o fianza.- El deudor tiene derecho, si el acreedor abusa de la cosa, de exigir un depósito o fianza de que éste la restituirá en el mismo estado en que la recibió, artículo 2877 del Código Civil.

2) Recuperar la cosa total o parcialmente.- Este derecho se desprende del artículo 2876 fracción II y del 2890 ambos de Código Civil.

3) Recibir los frutos, salvo convenio en contrario.- Otros de los derechos del deudor es el de percibir los frutos de la cosa empeñada, salvo que por convenio se establezca que los perciba el acreedor, en este caso su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital. Artículo 2880 del Código Civil.

4) Percibir el exceso.- En el caso de que se proceda a la venta de la prenda y de ella resultare un remanente o exceso, éste se entregará al deudor, de conformidad con los dispuestos en el artículo 2886 del multicitado Código.

5) Disponer de la cosa dada en prenda.- El artículo 2879 del Código Civil establece que: Si el deudor enajenare la cosa empeñada o concediera su uso o posesión, el adquirente no podrá exigir su entrega sino pagando el importe de la obligación garantizada, con los intereses y gastos en sus respectivos casos. Este derecho que tiene el deudor es innegable, ya que es el dueño de la cosa.

## Obligaciones del deudor.

1) Pagar los gastos necesarios y útiles.- El deudor está obligado a pagar los gastos necesarios y útiles para la conservación de la cosa, a no ser, como lo dijimos antes, que el acreedor use de ella previo convenio.

2) Sustituir la prenda o pagar la deuda si la cosa empeñada se pierde o deteriora.- Otra obligación que reporta el deudor, es la de pagar la deuda antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o deteriora sin culpa del acreedor.

3) Defender la cosa prendada.- Como ya se había dicho si el acreedor es turbado en la posesión de la cosa empeñada, debe avisarle al dueño para que la defienda, de la misma manera, si el deudor no cumple con esta obligación, será responsable de todo los daños y perjuicios que su omisión cause, artículo 2874 del Código Civil.

### **3.8 EXTINCION DEL CONTRATO DE PRENDA.**

Partiendo de que el derecho de prenda, es un derecho accesorio es lógico que al extinguirse la obligación principal quede extinguido el derecho de prenda, por esta razón el artículo 2891 del Código Civil establece: Extinguida la obligación principal sea por el pago, o por cualquier otra causa legal queda extinguido el derecho de prenda.

Por otra parte el artículo 2122 de la ley antes citada estipula que: La devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no demuestra lo contrario.

Además de lo anterior el contrato de prenda se extingue cuando éste garantice obligaciones que estén sujetas a condición suspensiva o sea futuras o simplemente eventuales, cuando no se cumpla la condición o no se perfeccione la obligación principal. Otro caso es cuando existe sustitución de deudor y contrato de prenda se constituyó por un tercero éste no consiente que subsista el contrato de prenda por lo cual quede extinguido el derecho prendario.

También se extingue el derecho prendario por novación, salvo que el acreedor se reserve expresamente impedir su extinción, tal como lo señala el artículo 2220 del Código Civil, salvo que el pignorante sea un tercero.

No obstante señalados los casos de extinción de la prenda, cabe señalarse que también puede extinguirse por vía directa y que a continuación se enumera:

- 1.- Cuando la calidad de acreedor prendario y propietario de la cosa se reúnen en una sola persona, salvo que tenga un interés jurídico en que subsista, para constituir la prenda de propietario.
- 2.- Por la renuncia que haga el acreedor prendario de su crédito, operando la remisión de la deuda en cuanto al derecho accesorio.
- 3.- Cuando la cosa pignorada perezca por cualquier razón o se pierda, salvo que opere la sustitución real de la cosa.
- 4.- Cuando la cosa pignorada se deteriore y ofrecida otra por el pignorante, el acreedor se rehuse aceptarla. En este caso como lo señala el artículo 2875 del Código Civil lo que opera más bien es una rescisión de contrato.
- 5.- Cuando el acreedor pierda la posesión de la cosa prendada por causa que le sea imputable y no logre recuperarla.
- 6.- Cuando el acreedor pierda la posesión de la cosa empeñada y la encuentre en posesión de un tercero de buena fe y éste haga valer su derecho adquirido.
- 7.- Cuando se cumpla la condición resolutoria a que estuviera sujeto el contrato, al cumplirse el término extintivo a que esté sujeto el contrato de prenda.
- 8.- Cuando el autor de una sucesión, legal la devolución de la prenda, en término del artículo 1441 del Código Civil.
- 9.- Cuando sea vendida la cosa empeñada, cumpliendo su función de garantía, respecto de otros posible acreedor que tuviesen algún derecho sobre la cosa, si el producto no es suficiente para garantizar o cubrir sus créditos.

Extinguida la prenda, salvo el caso que se haya vendido para satisfacer la obligación garantizada, el acreedor está obligado a restituir al deudor la cosa empeñada junto con sus accesorios y las acciones que hubiese obtenido, como los frutos que hubiese producido, como lo marca el artículo 2876 fracción II del Código Civil. Esta disposición deberá cumplirse en cualquier caso en que se extinga la prenda salvo el caso de que se proceda a la venta de bien pignorado.

El deudor puede reclamar la restitución, ya por efecto del contrato o bien en ejercicio de la acción reivindicatoria, en la que tendrá que acreditar la propiedad de la cosa. No podrá operar la figura de la usucapión a menos que el acreedor llegue a cambiar la causa de su posesión y la oponga, si para ese momento ya operó.

## CAPITULO IV

# ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

#### 4.1. LA GARANTIA DE AUDIENCIA CONFORME AL ARTICULO 14 DE NUESTRO ACTUAL CONSTITUCION.

Partiremos con el concepto de audiencia que nos provee la enciclopedia jurídica Española y que a la letra dice: *“derivada del verbo latino audire, en su acepción forense es el acto de oír un juez o tribunal a la parte que comparece en la demanda de que le sea administrada justicia o el traslado comunicado los autos para que aquella exponga lo que estime procedente a su derecho. Llámese así, también el lugar destinado a la practica de actos judiciales;...”* (28)

Esa definición nos hace pensar inmediatamente en un sentido protector por parte del Estado, dentro del ámbito jurídico que nos ocupa. El vocablo audiencia proviene del latín *audire*, que significa oír. En términos legales debe entenderse que se trata de una obligación por parte de las autoridades de oír a los que figuren en procesos como partes en un conflicto de intereses. Nuestra carta magna en su artículo 14 segundo párrafo conceptúa a la garantía de audiencia o debido proceso de la siguiente manera: Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones, o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El concepto de la garantía en referencia que establece el precepto invocado lo conforman dos aspectos, el primero de forma y el segundo de fondo por una parte indica que el procedimiento debe substanciarse en un juicio, ante un tribunal previamente establecido y que el personal del mismo, debe observar las formalidades esenciales del procedimiento, y por otra parte exige como requisito primordial que las partes interesadas en el juicio, puedan estar en posibilidad de ofrecer sus pruebas y utilicen los recursos que les permita esta garantía en cada caso concreto, a efecto de que no queden en un estado de indefensión. Humberto Briseño Sierra, manifiesta que este párrafo se desprende del principio anglosajón *Due process of law*, y que es traducido en nuestro derecho como sinónimo de un procedimiento, que no concede garantía alguna, en virtud de que del precepto referido, se observa un mandato para el funcionario judicial, como es el de no aplicar retroactivamente las norma, además de no privarse del ser y del tener al individuo.

(28) Enciclopedia Jurídica Española. Tomo III, Ed. Francisco Seix Editor Barcelona 1910 Pag. 774.

En efecto, la acción jurisdiccional le compete al estado llevarla acabo, por medio del poder judicial, por deducción lógica se entiende que si alguna autoridad pretende privar de los derechos a alguna persona determinada, será porque existe alguna orden judicial que cumplimenta tal circunstancia la confirma el artículo 17 de la misma Constitución Federal, al establecer que ninguna persona debe hacerse justicia por si mismo, tampoco realizar actos violentos para su reclamo, por lo que todo individuo sin excepción ésta obligado a acudir a los tribunales, para que los mismos le administren justicia de forma expedita y gratuita, en los plazos y términos que fijen las leyes. Es indudable que al hacer efectiva esta garantía, nos encontramos impugnando una determinación o resolución emitida por una autoridad, que pretende privar a un individuo de alguno de los derechos tutelados en esta garantía y que abordaremos en este capítulo.

En suma la garantía de audiencia, es el derecho del que disponen los gobernados para que antes de que sean privados de sus derechos por autoridad, sean oídos y vencido en juicio.

#### **4.2. BIENES JURIDICOS TUTELADOS POR GARANTIA DE AUDIENCIA.**

Dentro de los bienes jurídicos tutelados por el artículo 14 de nuestra Carta Magna, encontramos:

a.- La Vida .- La garantía de audiencia tutela la subsistencia del ser humano, no obstante que es bien sabido, que en el Código Penal del Distrito Federal como el de todas las demás entidades federativas no contemplan la pena de muerte, siendo implementada únicamente en el medio militar. Este derecho ocupa el primer lugar en una escala ideal de los valores jurídicos de las personas, de magnitud constante ya que cuando se pierde ésta, se quebranta los valores y desaparecen los mismos. Este derecho es protegido por el Estado mediante sus ordenamientos jurídicos, no sólo en interés del individuo, sino en interés de toda la sociedad. Al respecto el maestro Burgoa señala que la garantía de audiencia: *"Tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridades que pretendan hacer de ella objeto de privación, en otra palabras mediante él, se protege al mismo ser humano en sus substantividad psicofisica y moral como persona, a su propia individualidad"*. (29)

(29) Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed Porrúa S.A., México 1997, Pág. 540.

b.- La Libertad .- La libertad constituye una cualidad inseparable de la persona, que consiste en la potestad que tiene de concebir sus fines y elegir los medios respectivos que más le agraden para el logro de su felicidad plena, la cual se traduce en una libertad psicológica.

La libertad se preserva de manera general y natural el individuo, es por ello que las libertades públicas e individuales, como derechos subjetivos se consagran en nuestra Constitución y están protegidos mediante la garantía de audiencia, frente y en contra de cualquier acto de autoridad, que intente su privación y específicamente, la libertad física o personal, ya que sin ella el individuo se encontraría imposibilitando para realizar sus fines y propósitos mediante los medios que él considere convenientes, siempre que éstos no atenten contra el derecho y a las buenas costumbres.

c.- La Propiedad .- Es el derecho real por excelencia, que implica una relación jurídica entre una persona, sobre una cosa mueble o inmueble, en cuanto a los derechos públicos subjetivos fundamentales que de ella se derivan, tales como el uso, el disfrute, y disposición del mismo bien, siendo el uso la facultad que tiene el propietario de utilizar el bien, para satisfacción de sus necesidades, el disfrute de la cosa, es el medio del cual se vale el propietario para hacer suyo los bienes que a su vez éstos produzcan, la disposición del bien, para someterlo a actos traslativos de dominio. Con base a lo anterior, cabe señalarse que la garantía de audiencia protege cualquier tipo de propiedad de un bien, sea éste legítimo o no, pues a través de este medio de defensa no se resolverá sobre la controversia que su pudiera suscitar entre dos o más sujetos por la titularidad de ese derecho, es decir, no debe ser privado de tal carácter.

El máximo órgano judicial ha sostenido en jurisprudencia definida lo siguiente:

*"PROPIEDAD PROTECCION AL DERECHO DE MEDIANTE EL AMPARO. Cuando se trata de hacer respetar el derecho de propiedad y no de resolver contienda acerca de quien sé legítimo dueño de un bien, procede el juicio de garantías para el sólo efecto de que, reconocido aquel derecho, se mantenga en su goce al propietario, mientras se resuelve en un juicio contradictorio, si su derecho debe subsistir".* (30)

(30) Quinta Epoca Tercera Sala, Tomo LXIII, Pagina 2178., 24 de Julio de 1942.

d.- La Posesión.- Respecto a este concepto, debemos empezar por precisar los elementos que la integran con base a nuestro Código Civil actual. Así pues, la posesión es un poder de hecho ejercitada sobre una cosa por una persona, que puede ejercer alguno o todos los derechos atribuibles a la propiedad. Dicho de otra manera, es un hecho que consiste en retener en forma exclusiva una cosa y llevar acabo sobre ella, los actos de uso y goce como si fuera propietario de la cosa, implicando dos elementos, el **corpus** y el **animus**, el primero consistente en el poder físico y exclusivo del objeto y el segundo de ellos en la voluntad de poseer el objeto como suyo.

Conforme a nuestro derecho existen dos tipos de posesión:

1) Posesión Originaria.- Cuando quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa, ejerce el derecho de uno **Jus-utendi**, y de disfrute **Jus fruendi**.

2) Posesión Derivada.- Cuando quien ejerce el poder de hecho, únicamente es susceptible al generar los derechos de uso de disfrute (**utendi** y **fruendi**), pero sin tener la disposición **abusendi** de la cosa.

La garantía de audiencia, protege a los tipos de posesión, en virtud de que el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución, no hace distinción alguna de posesión. La suprema corte ha emitido algunas tesis jurisprudenciales sobre la posesión, y entre ellas las siguientes:

*“POSESION, PROTECCION DE LA. EN EL AMPARO. No existe analogía entre los requisitos de la posesión útil para la prescripción positiva y los que debe llenar la posesión para que sea protegida en el juicio constitucional, ya que esta protección se imparte sin atender el concepto por el cual se posee, tratándose de persona a quien se le privo de la posesión en juicio al que era extraña”. (31)*

*“POSESION, PROTECCION DE LA. AUNQUE NO SEA A TITULO DE DUEÑO. El Código Civil vigente en el Distrito Federal y territorios Federales, da un nuevo concepto de posesión, al establecer, en su artículo 790, que es poseedor de una cosa, el que ejerce sobre ella un poder de hecho y al disponer,*

(31) Quinta Epoca Tercera Sala, Tomo XCVI, Página 355., 12 de abril de 1948

*en su artículo 791, que cuando en virtud de un acto jurídico, el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores, y que el que a título de propietario, tiene una posesión originaria y el otro una posesión derivada. De acuerdo con las disposiciones citadas, para considerar poseedora a una persona, ya no necesita que acredite la tenencia material y la intención de efectuar esa tenencia a título de propietario, como exigía la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, sino que basta que justifique ejercer una posesión de hecho sobre la cosa, ya habiendo dos clases de posesión, sea la originaria que la que tiene el propietario, y la derivada que es aquella que se considera para quienes como el usufructuario, el arrendatario y el depositario, les asiste el derecho de retener temporalmente la cosa en su poder, no puede considerarse aplicable aquella jurisprudencia, sino para las entidades federativas en las que estén en vigor legislaciones que contengan el concepto de posesión que el sentido de la relacionada jurisprudencia, daba el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884". (32)*

e.- El Derecho.- Dentro de este concepto se comprende cualquier derecho subjetivo, ya sea real o personal, entendiendo como derecho subjetivo a la facultad que tiene las personas de hacer suyos los derechos subjetivos plasmados en la norma jurídica. Por tanto, para que existan derechos subjetivos a favor de una persona, es necesario que la norma jurídica establezca la facultad de exigir el cumplimiento de un deber correlativo, por lo que ninguna persona deberá ser privada de sus derechos subjetivos por actos de autoridad sin dar cabal cumplimiento a la garantía en comento.

#### **4.3. ELEMENTOS DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA.**

La garantía de audiencia en términos del artículo 14 Constitucional, se compone de cuatro elementos o partes que son:

1.- Mediante Juicio.- Su concepto se inserta en el segundo párrafo del multicitado artículo, equivale a la idea del procedimiento, o sea una secuela de actos, dirigidos a un fin común que les proporciona unidad, ese fin estriba en la realización de un acto jurisdiccional, siendo ese acto una resolución emitida por el juzgador, en la que establezca la adicción del derecho en el conflicto jurídico que origina el procedimiento.

(32) Quinta Epoca Tercera Sala, Torno L.XIX, Página 5153, 24 de Junio de 1941

El proceso abarca tanto a la actividad tendiente a la declaración de un derecho en un caso controvertido, como a los actos posteriores tendientes a la ejecución de la sentencia que se haya dictado. El juicio, es el medio para que, en caso de procedencia se le prive a la persona alguno de sus bienes jurídicamente protegidos por la garantía de audiencia, esto es que debe entenderse como un acto previo para la privación.

2.- Ante Tribunales Previamente Establecidos.- Este elemento de la garantía de seguridad jurídica, viene a completar al primer elemento determinado, que el juicio debe ventilarse ante tribunales previamente establecidos; por tribunales debe entenderse no solamente a los judiciales propiamente dicho, sino que comprende a cualquiera de las autoridades administrativas. Estos tribunales y órganos del Estado deben ser previas, es decir que debe tener una existencia anterior al caso concreto. Esta garantía se relaciona con la consagrada en el artículo 13 Constitucional, que establece: Que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales; por esto debe entenderse los que no tiene competencia genérica, sino solo están capacitados para conocer de uno o varios casos concretos determinados.

Debe señalarse que esta garantía, a través del adverbio “previamente” establece que nadie puede ser juzgado por tribunales, por comisión, sino que estos deben de tener una competencia general y su existencia tiene que ser anterior al caso concreto.

De lo anterior se puede deducir, que el concepto de los tribunales, no debe entenderse en su acepción formal, o sea considerar como tales a los órganos del Estado que están adscritos al poder judicial federal o local sino que de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades ya judiciales o administrativas tanto locales como federales, ante las que se debe seguirse el juicio.

3.- Observancia de las formalidades esenciales del procedimiento.- Este otro elemento, constituye la parte medular de la garantía de audiencia, porque establece que el procedimiento que se siga debe cumplir en todas sus etapas, por la autoridad que emita el acto de privación.

Estas Formalidades se derivan de la naturaleza misma, de la función jurisdiccional del órgano del Estado, que pretende resolver un conflicto jurídico; para resolver éste debe conocer el punto contencioso de manera verídica. Por consiguiente, antes de que se emita el acto de privación deben observarse las formalidades del procedimiento, siendo éstas la oportunidad de defensa u oposición y oportunidad probatoria. La oportunidad de defensa u oposición; consiste en que la autoridad para poder resolver alguna controversia, tiene la obligación de oír a la persona que vaya a ser privada de algunos de sus derechos, para que ésta expone sus pretensiones opositoras al mismo.

Esta oportunidad de defensa se manifiesta a través de distintos actos procesales, tales como el emplazamiento, el término para contestar y oponerse al pretendido acto de privación; la oportunidad probatoria es para que la persona afectada pueda probar los hechos en que funda su oposición manifestándose ésta en distintas formas procesales como la audiencia, las reglas concernientes al ofrecimiento de pruebas y su valoración.

Por tanto, el no observarse por la autoridad jurisdiccional alguna de estas formalidades (oportunidad de defensa u oportunidad probatoria) a favor del gobernado, se estará violando la garantía de audiencia.

4.- Conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.- Este cuarto elemento; implica la necesidad de que el acto de privación que es la culminación del juicio, se dicte conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. La resolución que se da a un conflicto jurisdiccional, debe cumplirse con la garantía de legalidad consignada en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, dicha ley debe ser previa al hecho que motiva o determina un acto de privación. Como se puede apreciar está garantía a la garantía de no retroactividad legal, consignada en el primer párrafo del artículo 14 Constitucional.

#### **4.4. EXCEPCIONES A LA GARANTIA DE AUDIENCIA.**

Toda regla no es absoluta y este caso no es la excepción, si bien es cierto la garantía de audiencia se aplica genéricamente a todo gobernado frente a un acto de autoridad que le prive de alguno de los derechos aludidos, se consignan algunos casos de excepción, que por tratarse de privación de derechos públicos individuales deben encontrarse consagrados en la misma.

Dentro de las excepciones a esta garantía podemos citar a las siguientes.

1.- La prevista en el artículo 33 Constitucional, relativa a los extranjeros indeseables, que el presidente puede expulsar sin previo juicio.

*"EXTRANJEROS PERNICIOSO. El presidente de la República tiene la facultad de hacer abandonar el territorio nacional, sin necesidad de juicio previo, al extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, y la ejecución de tal orden no es violatoria de garantías".* (33)

2.- La relativa a la expropiación por causa de utilidad pública, a que se refiere el artículo 27 Constitucional, mediante la cual el Presidente de la República o los Gobernadores de los Estados, pueden dictar actos expropiatorios antes de que el particular afectado pueda interponer defensa alguna. Esta excepción se encuentra reforzada con las siguientes jurisprudencias emitidas por la suprema Corte de Justicia.

*"EXPROPIACION, LA GARANTIA DE AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE (LEY DE EXPROPIACION DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1936). No es exacto que la ley de expropiación de 1936 con carácter local para el Distrito Federal contrarie el artículo 14 constitucional porque establece un procedimiento posterior, pero no previo a la expropiación ya que esta se tramita sin la intervención del afectado. Tal concepto es infundado porque si bien es cierto que el artículo 14 Constitucional preserva en general la garantía de audiencia previa, también lo es que esa garantía individual contiene ciertas limitaciones como cuando se trata de la expropiación, regidas por el artículo 27 Constitucional que no requiere esa audiencia previa del particular afectado. Este a sido el criterio que inicialmente sustentó la segunda sala de la suprema corte de justicia de la nación en tesis jurisprudencial número 97 que aparece publicada en la segunda parte de la compilación de 1917-1965 y posteriormente reiterado por este tribunal pleno".* (34)

(33) Quinta Época Pleno. Tomo XV, Página 1268, 9 de Diciembre de 1924.

(34) Séptima Época Pleno. Tomo LXII, 1 Parte, Página 27, 6 de Febrero de 1974.

*“EXPROPIACION, DERECHO DE AUDIENCIA. La tesis jurisprudencial establecida por la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que en materia de expropiación no rige la garantía de audiencia consagrada por el artículo 14 de la Constitución, por no encontrarse tal requisito estatuida por el artículo 27 de la Constitución, es aplicable a las expropiaciones decretadas no solamente por la Federación sino también a las acordadas por los Estados en virtud de que el segundo párrafo de la fracción VI del artículo constitucional establece sin distinción en uno y otro caso el mismo régimen igual procedimiento e idénticas causas”.* (35)

No obstante lo expuesto no existe impedimento legal para que el particular afectado impugne mediante el juicio de amparo, esto es que no procede contra la violación de la garantía más si contra el acto expropiatorio, cuando éste contravenga la legalidad establecido en el artículo 27 de la carta magna.

3.- Otra excepción a esta garantía es la relativa a la materia tributaria, la autoridad fiscal no tiene obligación de oír al contribuyente. No obstante que el particular no goza de la garantía de audiencia, antes de que la autoridad fiscal fije el impuesto respectivo, una vez fijado éste el particular dispone de diversos medios de defensa para impugnar al crédito fincado en caso de que considere que el mismo es incorrecto.

*“GARANTIA DE AUDIENCIA PREVIA, EXCEPCIONES A LA, EN MATERIA FISCAL. No puede exigirse el establecimiento de una audiencia previa en beneficio de los afectados y en relación con la fijación de un impuesto, toda vez que esa fijación, para cumplir con los fines de la tributación, debe ser establecida unilateralmente por el Estado, e inmediatamente ejecutiva ya que sería sumamente grave que fuese necesario llamar a los particulares afectados, para que objetaran previamente la determinación de un impuesto, lo que paralizaría los servicios correspondientes, y por el contrario, cuando se trata de contribuciones, la audiencia que se puede otorgar a los causantes es siempre posterior a la fijación del impuesto, que es cuando existe la posibilidad de que los interesados impugnen ante las propias autoridades el monto y el cobro correspondiente, y basta que la ley otorgue a los causantes el derecho de combatir la fijación del impuesto, una vez que ha sido determinado por la autoridades fiscales, para que en materia hacendaria se cumpla con el derecho*

(35) Quinta Época. Segunda Sala. Tomo CXXVIII, Página 337, 7 de Mayo de 1956.

*fundamental de audiencia consagrado por el artículo 14 Constitucional, precepto que no requiere necesariamente y en todo caso, la audiencia previa, sino que de acuerdo con su espíritu, es bastante que los afectados sean oídos en defensa antes de ser privados de su propiedades, posesiones o derechos. Si bien es verdad que el poder legislativo está obligado, según el artículo 14 constitucional, a establecer en las leyes el procedimiento adecuado para oír a los interesados y darles oportunidad de defenderse, también es cierto que la propia corte ha establecido excepciones a ese criterio, entre las que se encuentran las leyes fiscales federales respecto de las cuales debe observarse el régimen establecido por el Código Fiscal de la Federación. En efecto, como el fisco se encarga de cobrar los impuestos determinados por la ley, para el sostenimiento de las instituciones y de los servicios públicos, es evidente que dicho cobro tiene que hacerse mediante actos ejecutivos y unilaterales, que si bien pueden ser sometidos a una revisión posterior a solicitud de los afectados, no puede quedar paralizados por el requisito de audiencia previa, porque de esa manera podría llegar el momento en que las instituciones y el orden constitucional desaparecieran por falta de los elementos económicos necesarios para subsistencia. Por tanto, en materia tributaria no rige la garantía de audiencia previa, al grado de que el legislador tenga que establecerla en las leyes impositivas". (36)*

4.- En materia penal y tratándose de órdenes de aprehension, tampoco se observa la garantía de audiencia, pues el artículo 16 Constitucional, al señalar los requisitos que se deben cumplir para emitir éstas, no existe precisamente que se oiga al responsable o indiciado, sino que basara con que exista alguna denuncia, acusación o querrela respecto a un hecho tipificado como delito por el Código Penal y que merezca pena corporal.

*"ORDEN DE APREHENSION. Si bien es verdad que el artículo 16 Constitucional establece que basta, para que se pueda librar una orden de aprehensión, que se llene los requisitos que el mismo artículo señala, también lo es que si se hace la denuncia de un hecho absurdo o inverosímil, o de un hecho que, señalado por la ley como delito, en términos generales, no lo es con relación a ciertas personas, o en circunstancias que la propia ley establece, y si el absurdo, la inverosimilitud y la excepción legal, se demuestran por los acusados al recurrir en amparo contra la orden de aprehensión, es innegable que procede conceder la protección federal, porque el espíritu de la ley no es ni*

(36) Séptima Época. Pleno. Tomo XLIV, Página 29, 1 de Agosto de 1972

*puede ser letra muerta sino que debe ajustarse al valor y alcance de los términos que lo expresan; por tanto los jueces federales deben, en los casos de esa excepción, examinar, en la audiencia del juicio constitucional, si la orden de aprehensión se funda en hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y para ello entrar en el estudio de los documentos que las partes presenten como prueba máxime teniendo en cuenta que el artículo 84 de la Ley de amparo, ha suprimido las restricciones de que hablan los artículos 713 y 735 del Código Federal de Procedimientos Civiles, con relación a las pruebas admisibles en el juicio de garantías".* (37)

5.- Finalmente debe señalarse como excepción, al auto de exequendo dictado por un juez. Aunque podría no tomarse como un acto de privación, toda vez que se extraen bienes de la esfera del gobernado, depositando éstos en un tercero, sin embargo este supuesto no resulta inconstitucional ya que al no existir un acto de privación, sino más bien de garantía por el posible incumplimiento de la obligación por parte del deudor, por lo que el afectado por el auto de exequendo no queda en estado de indefensión pues luego de dicho acto de autoridad, el particular puede aportar pruebas en el procedimiento judicial respectivo.

*"EMBARGO O SECUESTRO. GARANTIA DE AUDIENCIA DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO PARA EL CASO DE. Del texto del segundo párrafo del artículo 14 Constitucional que consagra la garantía de audiencia, se desprende que para que proceda la privación de alguno de los bienes tutelados por este precepto(propiedades, posesiones o derechos) es necesario que medie un juicio en el que afectado, después de ser oído y admitidas sus pruebas, resulte vencido, caso en el cual ya no puede considerarse conculada la garantía de audiencia. En esas condiciones, si dentro de un procedimiento o previamente a él, una autoridad competente priva a un particular de una propiedad, posesión o derecho no puede considerarse que dicha privación sea definitiva y que con ello se viole la garantía de audiencia, pues precisamente, el acto de embargo o secuestro tiene lugar dentro o previamente al procedimiento en el que se cita al afectado para que haga valer sus defensas, estando siempre sujeto el acto de privación a las results del procedimiento para que en caso de que el afectado resulte vencido se lleve a cabo la privación definitiva".* (38)

(37) Quinta Época. Pleno Tomo XVII, Página 1125, 28 de Octubre de 1925

(38) Séptima Época. Pleno. Tomo 199-204, 1 Parte, Página 47, 1º de Septiembre de 1985.

*"EMBARGO JUDICIAL. ES UNA MEDIDA CAUTELAR QUE NO IMPLICA UNA PRIVACION DEFINITIVA DE DERECHO POR LO QUE, PARA LA EMISION DEL AUTO RELATIVO, NO RIGE LA GARNTIA DE PREVIA AUDIENCIA. Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos, aquellos que en sí mismo constituyen un fin con existencia independiente, cuyos efectos de privación son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien dado que el embargo judicial constituye una medida provisional encaminada al aseguramiento de bienes del deudor para garantizar, en tanto se resuelve en definitiva sobre la pretensión hecha valer, el pago de un crédito reclamado con base en un documento que lleva aparejada ejecución, debe considerarse que para la emisión del auto relativo al exequendo no rige la garantía de previa audiencia. Lo anterior e corrobora por el hecho de que los efectos provisionales del citado auto quedan sujetos, en todo caso a la tramitación normal del juicio de que se trate, en el que el deudor es parte y donde podrá excepcionarse, dictándose en el momento procesal oportuno la resolución correspondiente, la que sí podrá constituir un acto privativo". (39)*

#### **4.5. ALCANCE DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA.**

La garantía de audiencia, constituye uno de los pilares de nuestro orden jurídico ya que sin ella no puede concebirse un estado de derecho. En virtud de la importancia que tiene dicha garantía, la Suprema Corte ha establecido su alcance a través de sus distintas resoluciones jurisprudenciales.

Consideramos que el alcance de la garantía de audiencia queda bien definida por nuestro máximo órgano Judicial en los siguientes términos:

*"AUDIENCIA. EL CUMPLIMIENTO DE DICHA GARANTIA POR EL LEGISLADOR NO IMPLICA LA POSIBILIDAD ILIMITADA DE PROBAR. La garantía de audiencia tiene como parte medular el respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, las que han sido definidas por este alto tribunal como aquellas etapas o trámites que garantizan una adecuada defensa.*

(39) Novena Época. Pleno Tomo VI, Página 67, 10 de Septiembre de 1985.

*Lo anterior no implica que el legislador éste obligado a establecer en los ordenamientos procesales la facultad ilimitada de ofrecer pruebas y el consiguiente deber jurídico del órgano jurisdiccional de desahogar y valorarlas ya que es lógico que el propio legislador en aras de un adecuado equilibrio procesal y por respeto a la garantía de administración de justicia expedita y a los principios procesales de economía y celeridad establezca límites a la actividad probatoria, los cuales no pueden ir desde luego al extremo de dejar sin defensa a las partes. De esta forma, las formalidades esenciales del procedimiento se traducen en una serie de reglas que permiten a las partes probar los hechos constitutivos de su acción o de sus excepciones y defensas dentro de un justo equilibrio, que por un lado no dejen en estado de indefensión a las partes, y por el otro, aseguren una resolución pronta y expedita de la controversia". (40)*

*"AUDIENCIA RESPECTO A LA GARANTIA DE. DEBEN DARSE A CONOCER AL PARTICULAR LOS HECHOS Y MOTIVOS QUE ORIGINAN EL PROCEDIMIENTO QUE SE INICIE EN SU CONTRA. La garantía de audiencia consiste fundamentalmente en la oportunidad que se concede al particular de intervenir para poder defenderse, y esa intervención se puede concretar en dos aspectos esenciales, a saber: la posibilidad de rendir pruebas que acrediten los hechos en que se finque la defensa, y la de producir alegatos para apoyar esas mismas defensas con las argumentaciones jurídicas que se estimen pertinentes. Esto presupone obviamente la necesidad de que los hechos y datos en los que la autoridad se basa para iniciar un procedimiento que puede culminar con privación de derechos, sean del conocimiento del particular, lo que se traduce siempre en un acto de notificación que tiene por finalidad que aquel se entere de cuales son esos hechos y así este en aptitud de defenderse. De lo contrario la audiencia resultaría inútil puesto que el presunto afectado no estaría en condiciones de saber que prueba aportar o que alegatos formular a fin de contradecir los argumentos de la autoridad, si no conoce las causas y los hechos en que ésta se apoyó para iniciar un procedimiento que pudiera afectarlo en su esfera jurídica". (41)*

Reafirmando que la garantía de audiencia no solo es eficaz frente a la autoridad administrativa y judicial, sino que funciona además ante la autoridad legislativa:

(40) Novena Época. Pleno Tomo VI, Página 167, 3 de Julio de 1997.

(41) Séptima Época. Segunda Sala Tomo 199-204, 3 Parte, Página 85, 13 de Noviembre del 1985

*"AUDIENCIA ALCANCE DE LA GARANTIA DE. No obstante que la ley que rige el acto reclamado no establezca la garantía de audiencia, existe la obligación por parte de las autoridades responsables, de concederla para no incurrir en la violación del artículo 14 Constitucional que rige dicha garantía en relación con todos los gobernados sin excepción. Además para determinar el justo alcance de la garantía de audiencia es menester llegar a la conclusión de que si ha de tener verdadera eficacia, debe constituir un derecho de los particulares, so solo frente a las autoridades administrativas y judiciales sino también frente a la autoridad legislativa, de tal manera que esta queda obligada para cumplir el expreso mandato constitucional, a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les de oportunidad de defenderse, en todas aquellas casos en que pueda resultar afectados sus derechos".* (42)

*"GARANTIA DE AUDIENCIA, ALCANCE DE LA. Si algún valor tiene la garantía del artículo 14 Constitucional, debe ser no solamente obligando a las autoridades administrativas a que se sujete a la ley, sino obligando al poder legislativo para que, en las leyes establezca un procedimiento adecuado en el que oiga a las partes, aunque esto no quiere decir que el procedimiento que establezca la ley, tratándose de una autoridad administrativa, sea exactamente igual al procedimiento judicial pues establecerse que en aquél puede haber la posibilidad de que se oiga al interesado y se le de oportunidad de defenderse".* (43)

Por lo que cumplimos señalando que el poder legislativo, al expedir sus leyes sobre cualquier materia, ésta obligado a establecer en ellas un debido proceso legal a efecto de privación ante los particulares. La Suprema Corte ha establecido que la garantía de audiencia sea eficaz en materia legislativa, deben de darse tres supuestos:

A.- El primer supuesto, condiciona la vigencia de está garantía, puesto que viene siendo una condición **Sine qua non** es decir, debe existir un derecho del ciudadano que se trate de privar. Tal es la hipótesis prevista por el artículo 14 Constitucional, a la ausencia del requisito plasmado por el precepto invocado no puede haber violación a la garantía de audiencia.

(42) [Sexta Época. Segunda Sala. Tomo LXXXVIII, Página 30, 9 de Octubre de 1964.

(43) [Quinta Época. Segunda Sala. Tomo XCIX, Página 29, 11 de Marzo de 1930.

B.- El segundo supuesto, para la operancia de la garantía de audiencia, es que el particular intervenga en el procedimiento, a fin de hacer realmente la defensa de sus derechos e intereses; que consiste fundamentalmente en la oportunidad de rendir pruebas que acrediten los hechos en que se funda su defensa, y de producir alegatos, para apoyar la violación de sus pruebas y sus argumentos jurídicos en su defensa. De tal suerte que la autoridad administrativa o judicial en su resolución se ajuste a los estrictos términos legales sin la posibilidad de conducirse de forma arbitraria.

C.- Un tercer supuesto de esta garantía es que la disposiciones que consagra el artículo 14 no se restrinja por algún precepto de la propia Constitución, como acontece en sus preceptos 27 y 313.

La garantía mencionada esta contenida en una formula compleja e integrada a su vez por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son:

a.- La de que en contra de la persona a quien se pretende privar de algunos de los bienes jurídicos tutelados por dicho precepto legal (en nuestro estudio es la propiedad), se siga un juicio previo.

b.- Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.

c.- Que en el mismo se observa las formalidades esenciales del procedimiento.

d.- Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con atención al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

Ahora bien es susceptible del contravenirse la garantía de audiencia, al violarse una sola de las cuatro garantía específicas arriba mencionadas. De tal manera, en el caso que nos ocupa se violaba la primera y la tercera garantía mencionadas, pues que el juez no sólo privaba al deudor de la propiedad del bien sin juicio previo, consecuentemente al no haber un verdadero procedimiento, no se cumple las formalidades esenciales del mismo.

#### **4.6. ANALISIS DEL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO ANTERIOR A LAS REFORMAS DEL 23 DE MAYO DEL 2000.**

En un principio se ara mención al artículo 341 de La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que anteriormente a las reformas señalaba lo siguiente:

**“El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada.**

**De la petición del acreedor se correrá traslado de inmediato al deudor y este en termino de tres días podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.**

**Si el deudor no se opone a la venta en los términos dichos, el juez mandara que se efectúe al precio de cotización en bolsa, o a falta de cotización, al precio del mercado y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abiertos en la plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor.**

**El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ellas el acreedor.**

**El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.”**

De lo anterior se interpreta que el legislador ordenaba como único y exclusivo cauce para el deudor, si es que éste deseaba oponerse a que su bien fuera puesto a la venta, el de exhibir el importe del adeudo, es decir el juez al conducirse con justo apego a este procedimiento previsto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no se le brindaba la oportunidad al deudor de que opusiera defensas y excepciones contra la procedencia de la venta, lo que equivale a la obligación principal, y de esta manera el acreedor pudiera efectuar la venta de la prenda para garantizar debidamente el cumplimiento de la obligación, sin importar el perjuicio que causara al deudor prendario.

Lo anterior llevo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a establecer numerosas jurisprudencias en la que se hace mención a la inconstitucionalidad de dicho artículo, y a continuación se hace mención a una de ellas:

*“PRENDA, EL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACION A LA GARANTIA DE AUDIENCIA. El procedimiento establecido en el articulo 341 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por virtud del cual el acreedor prendario puede obtenc. la autorización judicial para la venta del bien dado en prenda con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional porque sólo permite al deudor oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo sin darle oportunidad de oponer y acreditar todas las defensas y excepciones que le asistan para demostrar la improcedencia de la solicitud del acreedor sin que sea el caso de considerara que esta deficiencia de la norma de que se trata puede ser colmada mediante la aplicación supletoria de las reglas del Código de Comercio que establece las formalidades propias de un juicio, pues los términos empleados por el legislador revelan con claridad su intención de establecer un procedimiento privilegiado incompatible por su propia naturaleza, con las normas aplicables a los juicios mercantiles. L violación a la garantía de audiencia se produce aunque el acreedor adquiera un derecho real sobre la cosa dada en prenda pues el contrato de prenda no le transfiere la propiedad del bien, sinc que ésta permanece en la esfera del deudor quien conserva para si los poderes de dueño excepto el de la tenencia material de la cosa cuando así se pacte, e incluso puede el deudor enajenar la cosa a un tercero conservando la garantía, en este sentido de acuerdo con el artículo en cuestión, la autoridad judicial autoriza al acreedor a vender una cosa ajena sin darle oportunidad al dueño de ser oído y vencido en juicio antes de ser privado del derecho a disponer de la cosa de su propiedad y, como consecuencia del derecho de usar y disfrutar de la misma, lo cual significa una violación a la garantía de audiencia considerando que dicha privación no podía se reparada mediante el juicio que eventualmente se promoviera en relación con el cumplimiento y pago de la obligación principal garantizada, pues aun si el fallo fuera favorable al deudor, éste no recuperaría la cosa sino el producto de su venta.”(44)*

Lo anterior llevo a los legisladores a reformar dicho artículo tratando de subsanar las deficiencia que tiene este y que en el siguiente inciso se ara un estudio de ellas.

(44) Novena Epoca Pleno. Tomo II Pagina 239 , 6 Noviembre de 1995

#### **4.7. ANALISIS DE LA REFORMA DEL 23 DE MAYO DEL 2000 AL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.**

En fecha 23 de mayo del 2000 se llevaron acabo las reformas al artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, toda vez que el mismo era violatorio a las garantías individuales que se conceden a todo individuo, llevando a los legisladores a llevar acabo las siguientes modificaciones para quedar de la siguiente manera:

Artículo 341:

“El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada.

**El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contara con un plazo de quince días, contando a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso, el juez resolverá en un plazo no mayor a diez días. Si el deudor no hace valer este derecho el juez autorizara la venta. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.**

El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ellas el acreedor.

El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.”

De lo anterior se desprende que dichas reformas pretende velar por la garantía de audiencia que se encuentran contempladas en el artículo 14 de nuestra actual constitución, con el fin de no dejar en estado de indefensión al deudor, toda vez que no se le permitía anteriormente ofrecer excepciones y defensas para poder evitar la venta de los bienes dados en prenda, pero a mi punto de vista aún después de haberse llevado acabo las reformas a dicho artículo, se sigue violando la garantía con la que goza todo individuo y que a continuación se analizara.

Dichas reforma consiste en la derogación al párrafo III quedando intacto los párrafos I, II, IV y V.

Como se puede observar este artículo establece un procedimiento sumarísimo para la ejecución del bien dado en prenda para el caso de que el acreedor prendario ejercitara ese derecho por el incumplimiento del deudor a la obligación principal. Este derecho de venta que la ley citada le consigna al acreedor, es esencial de la institución de la prenda por lo que no es necesario recurrir a una ejecución forzada del patrimonio del deudor, puesto que cuenta con un bien determinado del constituyente de la prenda, con cuyo valor se le responde de su crédito.

Ahora bien se procederá a comentar las cuatro circunstancias que se dan con relación al artículo 341 de la ley mercantil, y solo en una de ellas puede el deudor prendario asegurar evitar la venta de su bien o bienes, la primera es que el deudor exhibiera el importe de la obligación garantizada, en una segunda circunstancia sería que el deudor se oponía a la venta sin exhibir el importe del adeudo, la tercera sería en la que el deudor no se oponía a la venta del bien prendado, y una cuarta sería que el deudor exhibiera excepciones y defensas lo cual no asegura que se evite la venta del bien dado en prenda y en el segundo y tercer caso se procede a la venta.

Ahora bien procederemos a analizar los cuatro casos antes mencionado:

#### 1.- EL DEUDOR SE OPONE EXHIBIENDO EL IMPORTE DE LA DEUDA.

En este supuesto en el que el deudor dentro del lapso de los tres días que le concedía el citado artículo se presentara oponiéndose con el importe del adeudo, podría evitar la venta, ya que con ello obtenía la devolución del bien; si estamos en el caso de que el deudor realmente no había hecho pago de la obligación principal, consecuentemente carecería de elementos de defensa para combatir la procedencia del cobro del adeudo, consideramos que este procedimiento de venta era parcialmente eficaz ya que lo ideal sería que con la exhibición y depósito del adeudo, se cubriera el crédito del acreedor, y no como acontecía, en el que simplemente había una substitución del dinero con el bien prendado.

Ahora bien si acontecía que el deudor realmente había cumplido con la obligación principal resulta que se le estaba requiriendo de un importe de un adeudo que no existía y con ello un perjuicio, toda vez que había sido pagada la deuda lo que implicaba una violación a sus garantías individuales el que no se le permita oponer y demostrar las improcedencia de la venta.

En todo caso, era preferente que el acreedor primero demandare la procedencia del cobro de su crédito al deudor, para en caso de que en una sentencia condenatoria, de manera inmediata se procediera a la venta del bien gravado, consideremos que en este orden sería lo más conveniente tanto para el acreedor que no ocuparía su tiempo y dinero en tramitar la venta de un bien, que más tarde podría verse en el supuesto de tener que devolver el dinero de la venta por la improcedencia del cobro al deudor, y por su parte el deudor no se encontraría en una violación de sus garantías constitucionales, además de que podría resentir un perjuicio en el sentido, de que no podría recuperar el bien vendido del tercero que lo adquiriera en la venta judicial, y más aún siendo que el bien empeñado representa para él un valor afectivo y de los cuales ya no fácilmente podría encontrar en el mercado, y sobre todo que había sido puesto a la venta a un precio por abajo de su costo real, de ahí que lo mejor era que el juez estudiara en un procedimiento si era o no procedente el cobro, para así proceder a la venta tal y como sucede en la actualidad, en que primero se estudia sobre la procedencia del cobro, y después se vende.

## 2.- EL DEUDOR SE OPONE SIN EXHIBIR EL IMPORTE DE LA DEUDA.

Si acontece este caso, trae como consecuencia que se desarrolle el procedimiento de venta de la prenda; y así una vez vendida, el acreedor conservará en prenda el producto de la venta, toda vez que el deudor se opusiera a la venta sin exhibir el importe del adeudo como lo señala el artículo en cuestión, ya que la oposición debería hacerla en un juicio por separado, en la que demostrara la improcedencia del cobro de la obligación garantizada, y prospera ésta oposición en este último juicio, el acreedor debería hacerle la devolución del producto de la venta, el cual podía ser menor a su costo real de mercado, estando además el deudor imposibilitado para requerirle el bien al tercero que lo haya adquirido en remate judicial, ya que en caso de que el acreedor demostrara la procedencia del cobro podía retener en concepto de pago el producto de la venta hasta el monto de su crédito, y en caso de algún remanente le sería entregado al deudor, en este caso resultaba innegable la violación a la garantía de audiencia.

### 3.- EL DEUDOR NO SE OPONE A LA VENTA DE LA PRENDA.

En este caso, conlleva a presumir que no hay nada que redargüir en contra a la ejecución de la prenda, por lo que su venta está apegado a nuestro orden jurídico.

Pero igual que en el primer caso la venta no resulta eficaz para el acreedor, por la simple sustitución de dinero por el bien gravado, ya que era necesario de un juicio en que se resolviera el cobro de la obligación principal.

Ya que por disposición expresa del propio artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde acontece una sustitución del importe de la deuda, contra la devolución del bien empeñado. Dice el artículo aludido en su parte final "El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en sustitución de los bienes o títulos vendidos".

La realidad es que la exhibición que en un momento dado puede hacer el deudor, no es concepto de pago, sino es para que se sustituya el bien empeñado, por una prenda en dinero, para que en el juicio respectivo se determine si cambia alguna excepción, bien sea la inherente a la improcedencia de la obligación principal, se tomaría en cuenta que el acreedor disponía del efectivo en sustitución de la prenda, pero que es bien claro. el acreedor no podía disponer del efectivo.

De lo anterior, se derivaba un grave problema, del citado artículo señala un procedimiento de venta de la prenda mercantil, autorizando al efecto al acreedor para que acuda ante el juez para que este le autorice la venta de los bienes o títulos objeto de la prenda, lo cual acontece cuando vence la obligación principal garantizada; y de la petición del acreedor se corre traslado de inmediato al deudor, disponiendo de tres días hábiles para oponerse a la venta, y es aquí donde radicaba la gran polémica de este artículo que señala: ... podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. Si el deudor no se opone a la venta en los términos dichos el juez mandará que se efectúe al precio de....

De lo anterior se interpreta que el legislador ordena como cauce para el deudor, si es que éste desea oponerse a que su bien se puesto a la venta, el de exhibir el importe del adeudo.

#### 4.- EL DEUDOR SE OPONE OFRECIENDO EXCEPCIONES Y DEFENSAS.

Este caso es nuevo toda vez que el permitir al deudor el ofrecer excepciones y defensas para oponerse a la venta del bien dado en prenda se concedió con las reformas decretadas el 23 de mayo del 2000 con la cual se derogo el párrafo tercero del artículo en estudio y pretende evitar se viole las garantías contenidas en nuestra actual constitución en su artículo 14. De lo anterior se deduce, que al permitir que se ofrezcan defensas y excepciones el juez dispone de los elementos de convicción para no conceder la autorización de venta, basado en un derecho que puede no existe, como también pueden ser posible que el deudor efectivamente no hubiera cumplimentado su obligación principal para con el acreedor, por tal motivo éste puede verse en la necesidad de solicitar la autorización de venta del bien pignorado.

**Pero en la parte final del párrafo III señala: En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.**

Es evidente que se esta violando las garantía contemplada en nuestra carta magna, toda vez que la misma autoridad tendrá que considerar a su criterio si existe o no dicha urgencia y esta decisión originara la violación a la garantía de audiencia, debido a que el Juez puede no tener el conocimiento suficiente sobre el bien dado en prenda para decidir si se autoriza la venta de este, por lo que su decisión, tendría que estar respaldada por el punto de vista de una persona especializada sobre el bien dado en prenda es decir un perito, con el fin de que el juez tenga una mejor decisión sobre si autoriza la venta o no. Por lo que se esta violando lo establecido en nuestra Constitución en su artículo 14 que a la letra dice:

**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 establecido en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.**

Ante esta situación, resulta de suma relevancia recordar dos cosas:

La primera, es que el contrato de prenda es un contrato de los denominados por la doctrina jurídica como de garantía o accesorios, lo cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y la segunda, que de los principios que rigen a esta clase de contratos, es que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por lo que en este orden de ideas, podemos concluir que una vez extinguida la obligación principal, por cualquiera de las formas permitidas por nuestro derecho, como pudiera ser la de pago, compensación, remisión y cualquiera otra que proceda, conllevaría también la extinción de la prenda, entonces si en nuestro derecho se permite la venta con apoyo de un acto extinto, como podría ser el caso que nos ocupa, es decir sobre un contrato consumado.

Y para terminar aremos alusión a lo establecido en el párrafo IV y V los cuales no sufrieron modificaciones y a la letra señalan:

**El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ellas al acreedor.**

**El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.”**

Del ultimo párrafo del artículo 341 de la ley antes citada, se puede desprender el calificativo de innecesario y absurdo del procedimiento de venta descrito en este artículo, la parte final de mismo establecía que: El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos. Puesto que si la enajenación se hace para dar cumplimiento de la obligación principal, lo lógico sería que el producto de la venta pasara en concepto de pago al acreedor y no en una simple substitución de una obligación exigible, lo cual genera un perjuicio al deudor prendario.

Como se puede observar, lo único que se logra es substituir el bien pignorado y esto genera el riesgo de que si la litis se prolonga por mucho tiempo pudiendo ocurrir una devaluación provocándole un posible perjuicio al propio acreedor, por supuesto que esto se ocasiona bajo su propio riesgo, toda vez que este tiene la posibilidad, de decidir si se pone la a la venta el bien, con los riesgos que esto implicaría.

Esta solución de conservar en prenda el producto de la venta, había permitido a la suprema corte de justicia de la nación sostener una jurisprudencia y que a la letra dice:

*"PRENDA VENTA DE BIENES O TITULOS DADOS EN EFECTOS", El artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito solo permite la venta de los bienes o títulos dados en prenda para el único efecto de que el acreedor conserve en prenda el producto de la venta; es decir, que esa venta no implica pago ni transmisión de la propiedad sobre el producto de la venta, sino simplemente una sustitución de los bienes o títulos dados en prenda, por otros consistentes en dinero, la situación después de la sustitución de la prenda, se conserva en los mismos términos por lo que no puede darse el caso de que, por hecho de que la prenda se constituyó en títulos se hayan cambiando o substituido por dinero, la parte deudora puede verse coaccionada por dos vía distintas: La derivativa de contrato reconocimiento de deuda y la de un pagare, pues la acreedora tendrá que exigir el cumplimiento en los mismos términos que los exigiría sin la substitución de la prenda"* (45)

Una vez autorizada y realizada la venta del bien, el acreedor debía conservar en prenda el producto obtenido de la misma, para así después demandar el pago, o el deudor la restitución del precio en el juicio natural que corresponda a la relación jurídica que dio nacimiento a la obligación garantizada.

La afirmación de que el acreedor conservará en prenda el dinero de la venta no eliminaba el vicio señalado; el bien se enajenaba, y el dinero no lo sustituía.

(45) Tellez, Ulloa Marco Antonio Tomo IV Pag. 2044.

#### 4.8. PROPUESTAS.

Una de las propuesta que se hacen en el presente trabajo, es el que se permita al deudor tener el mismo derecho de solicitar al juez que se lleve acabo la ventas del bien dado en prenda, o en su caso poder solicitar la sustitución de dicho bien por otro de igual valor, que cubra la cantidad adeudada, esto con el fin de que si el bien pignorado es irremplazable, no se ocasione perjuicio alguno al deudor, por lo que se deberá dar vista a este, por un termino suficiente a efecto de que pueda solicitar la sustitución de dicho bien, o en su caso de aprobar la venta del mismo.

La resolución que emita el juez con relación a la autorización de la venta del bien dado en prenda, tendrá efectos decisivos, tanto para el deudor como para el acreedor, toda vez que en el caso del deudor, si logra evitar la venta del bien dado en prenda, mediante defensa o excepciones es por lógica de suponer que logro acreditar que ya no tenia deuda alguna con el acreedor, y en el caso del acreedor si este logra llevar acabo la venta del bien dado en prenda, seria mas factible que el dinero que sea obtenido en la venta sea considere como pago para el acreedor, toda vez que si el deudor no logra evitar la venta, y demostrar al juez que se ha cumplido con la obligación, significa que todavía existe el adeudo.

Lo anterior se manifiesta en razón de que ya sea el caso que el acreedor demuestre que no se le a cubierto el pago del adeudo, o que el deudor ya ha cumplido con la obligación es evidente que se llega a demostrar el dicho de algunas de las dos partes, por lo que se debe de dar fin a la etapa procesal y debería dictarse sentencia definitiva.

También se propone que para el efecto de que el juez pueda tener una mejor decisión sobre la autorización de la venta del bien dado en prenda, y pueda valorar si en realidad existe la extrema urgencia para autorizar dicha venta, se debe permitir solicitar al deudor el punto de vista de una persona especializada sobre el bien dado en prenda que en este caso debe ser un perito especializado en la materia, a fin de que el juez pueda valorar con exactitud, si existe algún peligro que pueda dañar dicho bien.

Así mismo que puede acontecer que realmente el deudor no haya pagado al acreedor o simplemente carece de defensas y excepciones que determinen la improcedencia del cobro del adeudo, y pretenda retardar el procedimiento, de ahí que es conveniente que el deudor otorgue una garantía, la cual designara el juez para hacer frente a los daños y perjuicios que en un momento dado le provoque a su acreedor, ya sea por el tiempo en que se lleve el juicio o bien por el menoscabo que sufra el bien prendado por el retardo del juicio.

Con nuestra propuesta se pretende resolver tanto la procedencia de la venta, como la de cobro para el acreedor es decir que ya no exista una simple substitución de los bienes con el dinero y que este genera un perjuicio al deudor y además de que se evita un juicio más en el que el acreedor demande el cobro o bien en el que el deudor solicita la devolución del producto de la venta ante el improcedente cobro del acreedor.

#### 4.9. CONCLUSIONES.

Empezaremos asiendo mención, que en el derecho mexicano el legislador ha creado dos sistemas de garantía que son las reales y personales, según sea el medio de garantía que utilice, con el propósito de asegurar los intereses del acreedor.

Además la prenda es conceptualizada en el derecho mexicano como un contrato real, accesorio, por virtud del cual el deudor o un tercero, entregan al acreedor un bien mueble, enajenable, determinado, para garantizar el cumplimiento de la obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver el bien recibido una vez que se cumpla dicha obligación.

El derecho real que genera el contrato de prenda, otorga al acreedor los siguientes derechos que son el Derechos de venta, derecho de preferencia en el pago, derecho de retención derecho de persecución, y derecho de ser indemnizado por los gastos efectuados en la conservación de la cosa.

Es de señalar que la garantía de audiencia en nuestro derecho mexicano, constituye un pilar en todos los cuerpos normativos y debe ser observada no solamente por la autoridad judicial, sino además por las autoridades administrativas, y legislativas por lo que al incumplir con ella se violan con el derecho con que gozamos todos los individuos, y siendo que este es un derecho de garantía y que se encuentra contemplada en nuestra máxima ley y esta no es respetada entonces daría entrada a que no se respete ninguna otra de nuestras leyes.

Como ya se ha señalado en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de las reformas el deudor solo podía oponerse a la venta del bien pignorado mediante la exhibición del importe del adeudo, lo cual resultaba que no se le permitía oponer defensas o excepciones que bien pudieran acreditar la improcedencia de la venta, por lo que esto llevo a los legisladores a reformar dicho artículo tratando de evitar que se violara con lo establecido en nuestra constitución en su artículo 14.

Es por eso que hacemos mención al procedimiento de ejecución, que establece el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que con las nuevas reformas se trata de evitar la violación a las garantías audiencia contemplada en nuestra actual constitución, y aunque solo se puede llevar a cabo la venta del bien pignus, en caso de extrema urgencia, aún así se llega a dejar en estado de indefensión al deudor prendario, ya que se le da derecho al acreedor de poder solicitar la venta de esta y se le podrá otorgar bajo la responsabilidad del mismo aun antes de notificársele a la deudora.

Esta urgencia para autorizar la venta será analizada por el juez y este puede no contar con todos los elementos para poder tomar la decisión correcta, por lo que su resolución debería de estar respaldada con el punto de vista de una persona conocedora en la materia del bien que se encuentra dado en prenda y toda vez que dicho artículo hace omisión a estos, no evita que se viole la garantía contemplados en el artículo 14 Constitucional.

El problema de este artículo es de orden constitucional, y no de orden privativo puesto que estamos ante una oposición de una norma secundaria como lo es la mercantil, con una disposición constitucional, por lo que resulta obvio prevalezca la Constitución Política ante esta Ley Mercantil, ya que la naturaleza de la prenda en contra de la garantía de audiencia.

Todo esto nos lleva a que las reformas a estos artículos no fueron suficientes para poder evitar la violación a la garantía de audiencia, así mismo si alguna de las partes ya sea el acreedor logre llevar a cabo la venta o el deudor evite la misma, se demostraría si se cumplió con la obligación o no, por lo tanto se demostraría la acción intentada, debido a que las pruebas que se aporten para demostrar si se autoriza la venta o no, serían las mismas que se presentarían en la etapa de ofrecimiento de pruebas, dentro de este mismo juicio por lo que la resolución podría ser tomada como definitiva, por lo que puede asumir que este artículo debería ser eliminado en su totalidad.

## BIBLIOGRAFIA

BECERRA BAUTISTA JOSE, El Proceso Civil en México, Editorial Porrúa, México 1992.

BURGO ORIHUELA IGNACIO, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México 1997.

CASTRO JUVENTINO V, Las Garantías Amparo, Editorial Porrúa, México 1992.

CERVANTES AHUMADA RAUL, Títulos y Operaciones de Crédito ,Editorial Herrero, México 1985.

DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE, Derecho Civil parte general, Editorial Porrúa, México 1990.

FIX ZAMUDIO HECTOR, El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, Décimo Tercera Edición, México 1983.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México 1998.

LOZANO NORIEGA FRANCISCO, Cuarto Curso de Derecho Civil, Editorial Luz, México 1970.

MUÑOZ LUIS, Derecho Mercantil Tomo II, Editorial Cárdenas, México 1973.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Curso de Derecho Mercantil Tomo I, Editorial Porrúa México 1998.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano Tomo IV, Editorial Porrúa 1980.

PETIT EUGEN, Tratado Elemental de Derecho Roman, Editorial Epoca, México 1977.

SANCHEZ MEDAL RAMON, De Los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 1997.

SOBERANES FERNANADEZ JOSE, Historia de Derecho en México Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1996.

VALVERDE VALVERDE CALIXTO, Tratado de Derecho Español, Editorial Porrúa, México 1980.

## LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO DE COMERCIO.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.