

87



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

DESNATURALIZACION DEL CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL SIN TRASMISION DE LA POSESION FISICA.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANTONIO BORDON GIJON

ASESOR: DOCTOR ENRIQUE GILDARDO BAUTISTA OLALDE



CIUDAD UNIVERSITARIA,

2002



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

CON MI MAS PROFUNDO AGRADECIMIENTO:

A Dios, que me permite tomar las oportunidades que nos da la vida.

A mi Madre, que siempre creyó en mí y me impulsó hasta este momento: Gracias.

A Juan Guillermo Arellano Bordon, quien es la energía que me da la fuerza para seguir adelante.

A mi amigo Alfredo Aceves Alarcón, quien me obsequio un gran apoyo para la realización de este trabajo de tesis.

A mi amigo Alejandro López -Cueto, quien hizo posible el que hoy este aquí.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por brindarme la oportunidad de realizarme profesionalmente.

A los Maestros de esta Facultad de Derecho, que con su ejemplo de puro corazón y vocación, transmiten sus conocimientos.

1

**DESNATURALIZACION DEL CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL SIN
TRASMISION DE LA POSESION FISICA**

Introducción 8

CAPITULO I

CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL

1. Concepto. 10

2. Carácter mercantil de la prenda. 13

3. Clasificación del contrato. 15

 3.1 Contratos bilaterales y unilaterales. 15

 3.2 Contratos onerosos y gratuitos. 16

 3.3 Contratos conmutativos y aleatorios. 16

 3.4 Contratos principal y accesorio. 17

 3.5 Contratos reales y consensuales. 18

 3.6 Contratos formales y consensuales. 19

 3.7 Contratos instantáneos y de tracto sucesivo. 19

| | | |
|-----|---|----|
| 4. | Derechos y obligaciones del acreedor. ----- | 20 |
| 4.1 | Derecho de venta. ----- | 20 |
| 4.2 | Derecho de preferencia. ----- | 22 |
| 4.3 | Derecho de retención. ----- | 22 |
| 4.4 | Derecho de persecución. ----- | 25 |
| 4.5 | Derecho de ser indemnizado por los gastos de conservación de la cosa. ----- | 25 |
| 5. | Derechos y obligaciones del deudor. ----- | 26 |
| 5.1 | Obligación de pagar los gastos de conservación. ----- | 26 |
| 5.2 | Obligación de entregar la cosa dada en prenda. ----- | 27 |
| 5.3 | Obligación de entregar otro bien en sustitución del que se dio con anterioridad. ----- | 28 |
| 5.4 | Defender jurídicamente la cosa dada en prenda. ----- | 31 |
| 5.5 | Obligación de conservar el bien dado en prenda cuando el deudor lo tiene como depositario. ----- | 32 |
| 5.6 | Facultad para enajenar la cosa empeñada o conceder su uso o posesión. ----- | 33 |
| 5.7 | Facultad de exigir que la prenda se deposite cuando el acreedor abusa de la misma. ----- | 35 |
| 5.8 | Facultad de exigir los frutos de la cosa dada en prenda. ---- | 36 |

CAPITULO II
CONSTITUCIÓN DOCTRINARIA Y LEGAL DEL
CONTRATO DE PRENDA

| | | |
|--------|--|----|
| 1. | Contrato.----- | 39 |
| 1.1 | Objeto directo.----- | 41 |
| 1.2 | Objeto indirecto.----- | 42 |
| 2. | Contrato de prenda civil.----- | 43 |
| 2.1 | Objeto directo del contrato de prenda civil.----- | 43 |
| 2.2 | Objeto indirecto del contrato de prenda civil.----- | 44 |
| 3. | Clasificación del objeto indirecto.----- | 44 |
| 3.1 | Características de la cosa que el obligado debe dar.----- | 45 |
| 3.1.1 | Posibilidad física.----- | 45 |
| 3.1.2. | La cosa objeto del contrato debe ser determinada o determinable.----- | 45 |
| 3.1.3 | La cosa debe estar en el comercio.----- | 47 |
| 4. | Contrato de prenda mercantil.----- | 48 |
| 4.1 | Objeto directo del contrato de prenda mercantil.----- | 49 |
| 4.2 | Objeto indirecto del contrato de prenda mercantil.----- | 52 |
| 5. | Formalidades del contrato de prenda mercantil.----- | 55 |
| 6. | Perfeccionamiento del contrato de prenda.----- | 55 |
| 6.1 | Por el consentimiento.----- | 56 |
| 6.2 | Contratos formales.----- | 57 |

- 6.3 Entrega de la cosa.----- 57
- 7. Elementos de validez.----- 61
 - 7.1 Capacidad.----- 62
 - 7.2 Forma.----- 66
 - 7.3 Ausencia de vicios en la voluntad.----- 66
 - 7.4 Licitud en el objeto, motivo o fin.----- 70
- 8. Consecuencia de no entregar el bien prendario.----- 71
 - 8.1 Nacimiento de la acción de entregar la cosa, cuando el deudor pignoraticio, no lo hace.----- 71
- 9. Existencia e imperfección del contrato de prenda, aún y cuando no sea entregado el bien pignorado.----- 73
 - 9.1 Presupuesto de la existencia y eficacia del contrato de prenda, para establecer la legitimación procesal.----- 73
 - 9.2 Acciones derivadas del contrato, cuando no se entrega la prenda.----- 75
 - 9.2.1 Acción de exigir el cumplimiento.----- 75
 - 9.2.2 Acción de rescindir el contrato.----- 75
- 10 Constitución de la prenda mercantil.----- 76

CAPITULO III

CARÁCTER ACCESORIO DEL CONTRATO DE PRENDA

| | | |
|----|--|----|
| 1. | Contratos principales. ----- | 77 |
| 2. | Contratos accesorios. ----- | 81 |
| 3. | Carácter accesorio del contrato de prenda. ----- | 82 |
| 4. | Criterio de subordinación al contrato principal. ----- | 84 |

CAPITULO IV

DESNATURALIZACION DE LA PRENDA MERCANTIL CUANDO NO HAY TRASMISIÓN FÍSICA DE LA POSESION DE LA COSA.

| | | |
|-------|---|----|
| 1. | La posesión. ----- | 86 |
| 1.1 | Concepto. ----- | 86 |
| 1.2 | Elementos constitutivos de la posesión. ----- | 89 |
| 1.2.1 | El corpus en la posesión. ----- | 89 |
| 1.2.2 | Intencional, animus. ----- | 90 |
| 1.3 | Pérdida del elemento corporal. ----- | 92 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 1.4 | Pérdida del elemento intencional.----- | 94 |
| 2. | Derecho real.----- | 95 |
| 2.1 | Concepto.----- | 95 |
| 2.2 | Elementos del derecho real.----- | 97 |
| 2.2.1 | Poder jurídico sobre la cosa.----- | 97 |
| 2.2.2 | Elemento objetivo del derecho real.----- | 98 |
| 2.2.3 | Los sujetos activos y pasivos en el derecho real----- | 98 |
| 2.3.4 | El derecho de preferencia como atributo del derecho real ----- | 99 |
| 3. | La posesión como derecho real.----- | 100 |
| 4. | La prenda se concibe por el derecho real de posesión e indefectiblemente entregando la cosa materia de la misma.----- | 103 |
| 5. | Desnaturalización de la prenda mercantil a través de la figura de la prenda sin transmisión de la posesión física regulada por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.----- | 107 |

| | | |
|----|--|-----|
| 6. | Identificación de los elementos de la prenda sin transmisión de la posesión regulada en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito con la hipoteca de bienes muebles..... | 112 |
| 7. | Propuesta de denominación para de la figura regulada en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..... | 116 |
| | Conclusiones | 121 |
| | Bibliografía. | 126 |
| | Legislación | 128 |

INTRODUCCION

En más de una ocasión los foros jurídicos y los medios de comunicación proclaman la penosa realidad que vive el Congreso de la Unión, en el sentido de que sus integrantes carecen de los elementos necesarios que les permitan realizar adecuadamente la más importante y delicada tarea de una democracia, y que es precisamente la de dotarla de sus leyes, esta responsabilidad en el pasado cercano del presidencialismo se limitaba a la simple aprobación de las iniciativas que le eran enviadas por el Poder Ejecutivo, lo anterior ha dado paso a que se introduzcan reformas que sólo son parches para situaciones del momento o compromisos políticos.

Es el caso que a la luz de estos escenarios, y en palabras del maestro Arturo Díaz Bravo, primero se trasladó el contrato de prenda del Código de Comercio a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a *golpes de martillo*, y recientemente se introduce a dicho ordenamiento la Sección Séptima intitulada de "La Prenda sin transmisión de la Posesión".

Esta nueva modalidad de prenda creada en la imaginación de quien ignoró lo esencial de la doctrina y las disposiciones vigentes de lo que es la institución del contrato de prenda, constituye la materia de estudio del presente trabajo, de tal suerte que su desarrollo se propone en cuatro capítulos, los tres

primeros dedicados a realizar un estudio de la institución tradicional de la prenda, para que una vez precisados, aplicarlos a la nueva figura jurídica del contrato de prenda sin transmisión de la posesión, del que se considera que aún y cuando se le haya bautizado como prenda, en realidad no cumple con los atributos propios de dicha figura jurídica.

CAPITULO I

CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL

1. Concepto.

El Derecho romano conoció la institución del contrato de prenda "pignus" y respecto del cual se decía que se trataba de *"un contrato por el que el deudor o un tercero entrega una cosa al acreedor para seguridad de su crédito, con cargo para éste de restituirla después de haber obtenido satisfacción"*¹, este concepto prácticamente no ha variado, llegando a nuestra época conservando los elementos de su estructura y que son el de tratarse de un derecho real, accesorio y de garantía con la obligación de restituir al deudor la cosa dada en prenda una vez cumplida la obligación principal.

Ahora bien, en general se acepta que los contratos crean o transfieren derechos y obligaciones, en el caso del contrato materia de nuestro estudio, podemos sostener que se trata de un contrato por el que se crea un derecho real, entendido este último como *"el poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este*

¹ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, Derecho Romano Segundo Curso, Editorial Porrúa, Décima segunda Edición, México, 1998, Pág. 143.

*poder jurídico oponible a terceros*², en este orden de ideas, el maestro Vásquez del Mercado estima que:

*"En virtud del contrato de prenda, el deudor o un tercero, entrega al acreedor una cosa mueble confiriéndole el derecho de tenerla en su poder, hasta el pago del crédito y de hacerse pagar con la misma, con preferencia a cualquier otro acreedor, si no se le cubre el crédito."*³

Para Marcel Planiol y Georges Ripert *"La prenda es un contrato por el cual el deudor mismo, o un tercero, entrega al acreedor un objeto mueble destinado a servirle de garantía"*⁴, como podemos deducir las nociones de los mercantilistas y civilistas son coincidentes en lo esencial, puesto que ambos señalan que el deudor o un tercero, entregan un bien para garantizar la obligación principal.

Como se observa, todos los conceptos son coincidentes entre sí, al converger en los elementos propios y distintivos del contrato de prenda, por lo que es dable acudir a los principios doctrinarios y legales forjados por el derecho civil, puesto que el derecho mercantil se apoya precisamente en los mismos,

²Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, Vigésima sexta Edición, México, 1995, Pág. 21.

³Vásquez del Mercado, Oscar, Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 2001, Pág. 503.

⁴Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo VI, Contratos de Garantía, Privilegios e Hipotecas, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991, Pág. 40

tanto doctrinaria, como legalmente, lo cual se corrobora con la simple lectura a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en cuyo articulado no define al contrato de prenda, ni mucho menos expresa sus elementos característicos, razón por la cual debemos acudir al concepto que al respecto señala el Código Civil Federal, en el artículo 2856, y que es el siguiente: *"La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago"*.

Como podemos observar la prenda es un poder jurídico que recae sobre un bien mueble susceptible de ser enajenado, para garantizar una obligación, por lo que además podemos sostener que en el contrato de prenda necesariamente debe entregarse el bien, pues de no acontecer así, estaríamos frente a la figura jurídica de la hipoteca, tal y como se puntualiza en el artículo 2893 del invocado Código, en el que se dispone lo siguiente:

*"Artículo 2893. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que **no se entregan al acreedor**, y que da derecho a este, 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."*

2. Carácter mercantil de la prenda.

Las anteriores consideraciones permiten establecer que hay contratos de prenda tanto civiles, como mercantiles, por lo que para determinar si un contrato de prenda es mercantil, debemos apoyarnos en lo dispuesto por el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en cuyo texto indica que:

"En materia de comercio, la prenda se constituye:

- I. Por la entrega al acreedor de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al portador;*
- II. Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativo, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son de los mencionados en el artículo 24;*
- III. Por la entrega al acreedor del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, 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;*

- IV. *Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a **disposición del acreedor**;*
- V. *Por el depósito de los bienes, a **disposición del acreedor**, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aún cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor;*
- VI. *Por la **entrega o endoso** del título representativo de los bienes objeto del contrato, o por la **emisión o el endoso** del bono de prenda relativo;*
- VII. *Por la **inscripción** del contrato de crédito refaccionario o de **habilitación o avlo**, en los términos del artículo 326;*
- VIII. *Por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros."*

En este sentido, se desprende del texto anterior, que la prenda se deriva del objeto en que recae ésta, toda vez que las cosas deben ser objetos de comercio.

3. Clasificación del contrato.

3.1 Contratos bilaterales y unilaterales.

Tradicionalmente para este criterio se toma en cuenta si el contrato establece o no obligaciones recíprocas entre los contratantes, esto es, si ambas partes contraen derechos y obligaciones, o bien, sólo es oneroso para una de las partes.

En efecto, sobre el contrato bilateral se dice que; *"es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes"*⁵ y por lo que respecta a la unilateralidad se sostiene que *"es el acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra"*⁶, partiendo de estos principios doctrinarios consideramos que el contrato de prenda mercantil es bilateral, toda vez que el deudor adquiere la obligación de entregar el bien dado en prenda, pero a su vez tiene el derecho de que la misma vuelva a su patrimonio una vez satisfecha la obligación principal.

Por su parte el acreedor tiene el derecho de exigir y recibir la entrega de la cosa que fue dada en prenda, estando obligado a su conservación, y en caso

⁵Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos, Editorial Porrúa, Vigésima tercera Edición, México, 1995, Pág. 9.

⁶Idem

de que la obligación principal sea satisfecha tendrá a su cargo el deber de retornarla al patrimonio del que la dio en prenda.

3.2 Contratos onerosos y gratuitos.

Normalmente se acepta "es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos"⁷, así como que "es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra."⁸, si tomamos en cuenta que la prenda establece la obligación de entregar el bien de que se trate a favor del acreedor, así como de hacerse pagar con la misma, es dable inferir que la prenda mercantil es un contrato gratuito, ya que únicamente los llamados provechos son para el acreedor y los gravámenes para el deudor que constituye la garantía prendaria.

3.3 Contratos conmutativos y aleatorios.

Sobre este criterio debemos precisar que el mismo suele aplicarse a los contratos onerosos, motivo por el cual procedemos a su estudio en relación con el contrato de prenda mercantil, es el caso que un contrato es "conmutativo cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede

⁷Ibidem. Pág. 11

⁸Idem.

*determinarse desde la celebración del contrato...Aleatorios cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no puede determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término.*¹⁹

Como se hace evidente el contrato de prenda mercantil, puede ubicarse en la categoría de conmutativo, ya que el deudor y acreedor indudablemente conocen los provechos y gravámenes desde la celebración del contrato de prenda, toda vez que es innegable que el acreedor al constituirse la prenda en su favor conoce el bien que le servirá de garantía y el acreedor es sabedor de las consecuencias de incumplir la obligación principal, que conducirá a la pérdida del bien en función de la probable enajenación del bien dado en garantía, o por el contrario si paga, también sabe exactamente que la cosa prendaria volverá a su patrimonio.

3.4 Contrato principal y accesorio.

Sobre este punto la doctrina se pronuncia en el sentido de clasificar al contrato de prenda mercantil como un contrato accesorio, lo cual se explica si tenemos presente que el contrato principal *"son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato*

¹⁹Ibidem. Pág. 13

*principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad y la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio.*¹⁰

Como ya se anunciaba el contrato de prenda mercantil es un contrato accesorio que garantiza el cumplimiento de uno principal, tal y como se desprende de lo dispuesto por el invocado artículo 2856, y cuyo aspecto será ampliamente tratado en el Capítulo III de esta investigación.

3.5 Contratos reales y consensuales.

Como expuesto en párrafos anteriores, el contrato de prenda mercantil indudablemente es un contrato real, en oposición a los llamados consensuales, puesto que *"los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, solo hay un antecedente, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato".*¹¹

Luego entonces la prenda efectivamente es un contrato real, puesto que para su perfeccionamiento es requisito fundamental que el deudor entregue el bien que garantizara la obligación de que se trate, razón por la cual no podría ser

¹⁰Ibidem Pág. 16

¹¹Ibidem Pág. 14

consensual, pues en este último caso "no se necesita la entrega de la cosa para constitución del mismo."¹²

3.6 Contratos formales y consensuales.

El contrato de prenda mercantil bajo estos principios debe ubicarse como un contrato formal, ya que el artículo 2860 del Código Civil Federal, prevé: "*El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formará en dos ejemplares, uno para cada contratante.*", la exigencia de constar por escrito es precisamente la exigencia que ubica al contrato de prenda como un contrato formal ya que estos son aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, motivo por el cual no podría tener el carácter de consensual.

3.7 Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.

Para la doctrina los contratos instantáneos son los "*que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado*"¹³, bajo estos supuestos consideramos que el contrato de prenda es

¹²Ibidem Pág. 15

¹³Ibidem Pág. 17

de tracto sucesivo, atendiendo a la circunstancia de que las prestaciones se prolongan en el tiempo, puesto que pueden apreciarse diversos momentos de cumplimiento y no uno solo.

Lo anterior se razona de la siguiente forma, en un primer evento el deudor entrega el bien materia de la prenda, pero con ello no termina el cumplimiento de contrato, puesto que en el futuro el acreedor puede adoptar dos posturas vinculadas con la satisfacción o no de la obligación principal, de tal suerte que si se da el pago de lo debido el acreedor deberá devolver el bien, pero ante la ausencia del pago, podrá beneficiarse del bien dado en garantía, luego el cumplimiento del contrato prendario se prolongará por el tiempo que no sea exigible la obligación principal y por tanto no se agota en un solo acto, de ahí que en oposición no lo podemos considerar un contrato de carácter instantáneo.

4. Derechos y obligaciones del acreedor.

4.1 Derecho de venta.

En líneas anteriores se dejó apuntado que el contrato de prenda es un contrato accesorio subordinado al cumplimiento o no del contrato principal, en el caso de que no sea satisfecha la obligación principal, dará lugar, para el acreedor pignoraticio el derecho y la obligación de enajenar la cosa dada en

prenda lo que puede realizar judicial o extrajudicialmente, a efecto de que pueda pagarse con el valor del bien.

Cuando decimos que nace la obligación de enajenar el bien dado en prenda, es porque el acreedor pignoraticio no puede apropiarse la cosa dada en garantía y por lo tanto necesariamente se debe proceder a su venta, aspectos que son regulados por los artículos 2873, fracción I, 2881 y 2887 del Código Civil Federal, como a continuación se indica:

“Artículo 2873. El acreedor adquiere por el empeño:

Fracción I. El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, ...

Artículo 2881. Si el deudor no paga en el plazo estipulado, y no habiéndolo cuando tenga obligación de hacerlo conforme al artículo 2080, el acreedor podrá pedir y el juez decretará la venta en pública almoneda de la cosa empeñada, previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda.

Artículo 2884. Puede por convenio expreso venderse la prenda extrajudicialmente.

Artículo 2887. Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse la prenda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos que preceden...”

4.2 Derecho de preferencia.

De acuerdo con las definiciones tanto doctrinales, como legales el acreedor tiene un derecho de preferencia, lo que presupone una concurrencia de acreedores, en este sentido se dice *"El derecho de preferencia supone un conflicto entre diversos titulares que afirman tener derecho igual o diferente categoría sobre una cosa, para hacerse pago con el producto obtenido con motivo de su venta"*.¹⁴

En este contexto la preferencia en el pago, puede entenderse como el derecho que tiene el acreedor pignoritario a beneficiarse del importe de la venta para que el mismo se aplique al pago que dejó de efectuarse.

4.3 Derecho de retención.

El derecho de retención, no es otra cosa que el derecho que tiene el acreedor pignoraticio a retener la cosa dada en prenda, hasta en cuanto dure el contrato o subsista la obligación principal, en este sentido se sostiene que es el *"derecho para no devolver la cosa entre tanto no se pague la deuda, intereses y gastos, caso en el cual se manifiesta como una consecuencia necesaria del*

¹⁴Ibidem Pág. 511.

*derecho real de garantía*¹⁵, aspectos que podemos encontrar o inferir de lo dispuesto por los artículos 2858, 2859, 2873, fracciones II y IV, y 2874 del Código Civil Federal, 334 y 338 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que al efecto disponen:

“Artículo 2858. Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente.

Artículo 2859. Se entiende por 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. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero debe inscribirse en el Registro Público.

El deudor puede usar la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes.

Artículo 2873. El acreedor adquiere por el empeño:

Fracción II. El derecho de recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor.

¹⁵ *Ibidem* Pág. 515.

Fracción IV. El 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 2874. Si el acreedor es turbado de la posesión de la prenda debe avisarlo al dueño para que la defienda; si el deudor no cumpliere con esta obligación será responsable de todos los daños y perjuicios."

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"Artículo 338. El acreedor prendario, además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del deudor, y debiendo aplicarse en su oportunidad el 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."

4.4 Derecho de persecución.

El derecho de persecución está vinculado con la *"facultad que tiene el acreedor para recobrar la cosa de cualquier detentador ...cuando durante la vigencia del contrato y antes de hacerse exigible la deuda, pierde dicho acreedor la posesión de la cosa, de la facultad que tiene para ejercitar su acción de venta y preferentemente en el pago en contra de cualquier detentador."*¹⁶, postura que además tiene apoyo en lo dispuesto por el ya citado artículo 2873, fracción II del Código Civil Federal.

4.5 Derecho de ser indemnizado por los gastos de conservación de la cosa.

El derecho de ser indemnizado por los gastos de conservación de la cosa está regulado por el artículo 2873 fracción III, del Código Civil Federal, y conforme a dicha disposición pueden surgir diferentes situaciones jurídicas como son *"el derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella por*

¹⁶ *Ibidem*. Págs. 516 y 517.

*convenio...retención a la cosa entre tanto no se le paguen dichos gastos, además del crédito y sus intereses*¹⁷

En cuanto a la conservación de la cosa, no encontramos un precepto legal que nos ilustre su alcance, pero la misma implica en palabras de Julián Bonnecase lo siguiente: *"En el sentido técnico del término es decir evitar que esta se deteriore, haciendo las reparaciones útiles o necesarias"*¹⁸, luego entonces la conservación implica mantener la cosa en las condiciones en que se recibe, y en el caso de que se pacte su uso con el deterioro natural que por el mismo sobrevenga.

5. Derechos y obligaciones del deudor.

5.1 Obligación de pagar los gastos de conservación.

Como se sostuvo con anterioridad, el contrato de prenda es considerado un contrato bilateral, por lo que una vez que fueron estudiados los derechos y obligaciones del acreedor, es dable estudiar los propios del deudor.

La obligación que se comenta, se desprende de lo dispuesto por el artículo 2873 fracción II, del Código Civil Federal, aplicado a contrario *sensu*, y

¹⁷ *Ibidem* Pág. 518.

¹⁸ Bonnecase, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Primera Edición, Editorial Harla, , México, 1993, Pág. 1010

es considerada fundamental, y atendiendo a lo que se ha señalado podemos sostener que el deudor deberá cubrir el importe que resulte por las reparaciones necesarias para mantenerlo en las condiciones útiles en que la entregó.

Sin embargo, esta obligación no tendrá lugar cuando por convenio de las partes se pacte el uso de la cosa que se dio en prenda, atento a lo que establece el artículo 2873, fracción III parte final que a la letra dice:

"Artículo 2873. El acreedor adquiere por el empeño:

III. El derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella por convenio."

5.2 Obligación de entregar la cosa dada en prenda.

Consideramos que la obligación de entregar el bien dado en prenda, es una de las principales obligaciones y por la trascendencia que tienen para la presente investigación será tratada ampliamente en un capítulo propio, por lo que únicamente se adelanta que si el deudor no le da el bien al acreedor no puede perfeccionarse el contrato que se comenta.

5.3 Obligación de entregar otro bien, en sustitución del que se dio con anterioridad.

Esta obligación nace cuando la cosa empeñada se pierde o deteriora sin culpa del acreedor, en este sentido el artículo 2873, fracción IV, del Código Civil Federal, señala:

“Artículo. 2873. El acreedor adquiere por el empeño:

IV. El 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.”

De esta disposición cabe comentar que en principio el pago de una obligación siguiendo el principio de exactitud en el tiempo, debe efectuarse en el tiempo convenido o en el que disponga la ley, y cuyo significado es el siguiente:

“El principio de exactitud en el pago- El pago debe ser exacto en cuanto al tiempo, lugar, modo y substancia, según explica a continuación.

Exactitud en el tiempo.- Este principio significa cumplir la obligación en el plazo convenido, o a falta de plazo, en el lugar que ordena el Código para las obligaciones de dar o de hacer.”¹⁹

En este contexto el artículo 2079 del Código Civil Federal, en la parte que interesa establece:

“Artículo 2079. El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.”

En el caso de la prenda, se presenta el supuesto de un vencimiento anticipado en la fecha de pago de la obligación principal establecido expresamente por la ley, en el caso de que se pierda o deteriore el bien prendario, de tal suerte que en puntual cumplimiento de los artículos 2079 en relación con el 2873 fracción IV, del Código Civil Federal, el deudor deberá cumplir lo convenido en el contrato principal si así se lo exige y opta el acreedor, aunque la fecha de pago de la deuda aún no haya acontecido.

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 338.

La obligación alternativa que puede exigirse al deudor es la de sustituir el bien con otro que garantice el crédito, cuando la que se había dado se pierde o se deteriora sin culpa del acreedor.

En cuanto a la culpa, el maestro Bejarano Manuel señala:

*"Para que se produzca el hecho ilícito civil, fuente de obligaciones, es necesario que la conducta sea errónea, provenga de negligencia o falta de cuidado, es decir, que se trate de un proceder en falta, de un proceder culpable, o de una actitud malévola o intencional. La culpa es un matiz o color particular, de la conducta, es una calificación del proceder humano que se caracteriza por que su autor ha incurrido deliberada o fortuitamente en un error en conducta, proveniente de su dolo, de su incuria o de su imprudencia. Incurre en culpa, quien proyecta voluntariamente su acción hacia un fin perjudicial y quien, debiendo preverlo no lo ha hecho, o columbrándolo, no toma las medidas racionales para evitarlo es así como debe entenderse a la culpa. . . ."*²⁰

²⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press México, Cuarta Edición, México, 1997, Pág. 237

Con estos elementos, podemos sostener que la culpa del acreedor en el contrato de prenda consistiría en ejecutar actos voluntarios para afectar el bien dado en garantía en el cumplimiento de la prestación principal, o bien, cuando pudiéndolo prever no hace nada por evitar la pérdida o su menoscabo, lo mismo acontece para la pérdida del bien prendario, ante este evento el deudor no tendría obligación de restituirlo como lo exige el invocado precepto legal.

5.4. Defender jurídicamente la cosa dada en prenda.

Esta obligación del deudor deriva expresamente del artículo 2874 del Código Civil Federal, que dispone lo siguiente:

"Artículo 2874. Si el acreedor es turbado en la posesión de la prenda, debe avisarlo al dueño para que la defienda; si el deudor no cumple con esta obligación, será responsable de todos los daños y perjuicios."

Como se hace patente el deudor deberá defender el bien dado en prenda a efecto de que su acreedor evidentemente conserve el bien materia de la prenda.

5.5 Obligación de conservar el bien dado en prenda cuando el deudor lo tiene como depositario.

Esta obligación presupone que la cosa dada en prenda no se le entrega al acreedor, con motivo del depósito que se hace en la misma al deudor, en términos de lo dispuesto por el artículo 2859 del Código Civil Federal que dispone:

"Artículo 2859. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando este 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. En estos dos últimos casos para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero debe inscribirse en el Registro Público.

El deudor puede usar la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes."

En el caso de que la conserve el deudor o un tercero, tendrán la obligación del depositario como lo expone Rojina Villegas al decir *"Conservar la*

cosa según la reciba, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios causados por malicia o negligencia (Art. 2522)".²¹

Es el caso que el numeral citado por el autor mencionado prevé la obligación de conservar el bien que tiene un su poder como si fuera depositario, en los términos que a continuación se indican:

"Artículo 2522. El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se lo pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y este no hubiere llegado.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieran por su malicia o negligencia."

5.6 Facultad para enajenar la cosa empeñada o conceder su uso o posesión.

La facultad para enajenar del deudor puede adoptar diversas formas, ya que el término se refiere a poner en ajeno, lo cual puede suceder por la

²¹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos, Editorial Porrúa, Vigésima tercera Edición, México, 1995 Pág. 521.

compraventa, la donación, mutuo; también la ley autoriza al deudor a transmitir el derecho de usar lo que puede acontecer a través del comodato o arrendamiento.

Sin embargo, las personas que contraten en alguna de las mencionadas formas tendrá que soportar el gravamen consistente en que no podrá entrar en posesión, sino hasta que expire el derecho de prenda creado por el deudor, a través del correspondiente pago que se efectuó, lo anterior aparece regulado por el artículo 2880 del Código Civil Federal que establece lo siguiente:

"Artículo 2879. 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."

Por lo que respecta a la trasmisión de los derechos reales de uso y usufructo se dice *"El constituyente de la prenda, de acuerdo con el artículo 2879, no sólo puede enajenarla, sino además conceder su uso o posesión, pero si el acreedor tiene la posesión de la cosa, no estará obligado a entregarla, sin que previamente se le pague el importe de la obligación garantizada".*²²

²² Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit., Tomo IV Pág. 525

5.7 Facultad de exigir que la prenda se deposite cuando el acreedor abusa de la misma.

Puede acontecer que el acreedor abuse de la cosa empeñada, pero para que esto acontezca es necesario que el abuso se ajuste al concepto legal, que da el artículo 2878 del Código Civil Federal, tal y como a continuación se apunta:

"Artículo 2878. 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 está destinada."

De lo señalado se infiere que el abuso se presenta bajo dos aspectos:

- a) Cuando el acreedor usa la prenda sin que exista consentimiento del deudor.
- b) El acreedor estando autorizado para usarla la deteriora o aplica a objeto diverso de aquel a que está destinada.

De presentarse alguno de dichos supuestos, el deudor tendrá el derecho de solicitar que la prenda sea depositada; o que se constituya una fianza para restituirla en el estado en que la recibió, tal y como lo dispone el artículo 2877 del Código Civil Federal en el que se prevé:

"Artículo 2877. Si el acreedor abusa de la cosa empeñada, el deudor puede exigir que esta se deposite o que aquel de fianza de restituirla en el estado en que la recibió."

5.8 Facultad de exigir los frutos de la cosa dada en prenda.

El artículo 2880 del Código Civil Federal establece como regla general que el deudor tiene derecho a recibir los frutos que de la cosa empeñada, salvo que llegue a pactar que aquéllos pertenecerán el acreedor, en este último supuesto el importe con el que se beneficie el acreedor debe aplicarse en el orden de prelación establecido, considerando en primer lugar a los gastos, después a los intereses, y el resto al capital, al respecto ordena el citado numeral:

"Artículo 2880. Los frutos de la cosa empeñada pertenecen al deudor; más si por convenio los percibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital."

Aquí cabe precisar que los frutos en un sentido jurídico se conceptualizan como *"...el producto periódico de una cosa que no altera la sustancia de la*

*misma...lo que de la cosa nace y renace periódicamente*²³, asimismo, la tesis visible en la Quinta Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XCVIII, Página: 1879, enseña lo siguiente:

"NACIONALIZACION, ENTREGA DE LOS FRUTOS DEL INMUEBLE RESPECTIVO, CUANDO SE DECLARA LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE. *La propiedad de un bien da derecho a todo lo que el mismo produce, y así, al propietario corresponden los frutos naturales, los industriales y los civiles, por tanto, cuando se declara improcedente la acción de nacionalización de un inmueble, no hay razón para negar al propietario de 'este, el derecho a los frutos civiles que se hubieran percibido durante la ocupación que resulta también' improcedente; sin que sea necesario citar al respecto las disposiciones del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, contenidas en sus Artículos 1882, 1910 y 1912, porque no se trata de indemnización por daño causado, sino de la entrega de un accesorio de la cosa a que el propietario tiene derecho contra la nación, a partir de la fecha en que se lleva a cabo la ocupación indebida del inmueble."*

Con lo señalado podemos sostener que los frutos son el producto que periódicamente da el bien, pudiendo ser de tres clases a saber: naturales, industriales y civiles sobre los naturales se dice que son *"los producidos espontáneamente de la tierra, las crías y demás productos de los animales."*²⁴

En cuanto a los industriales estos se entienden como *"los que producen las heredades, o fincas de cualquier especie, mediante el cultivo o trabajo."*²⁵ y por civiles *"los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, los*

²³ De Ibarrola, Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1991, Pág. 552

²⁴ Idem

²⁵ Ibidem. Pág. 553

*réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato por última voluntad o por ley*²⁶.

Ahora bien en lo anterior, se estima que los frutos que puede obtener el acreedor prendario serán los de carácter natural y civil, teniendo como ejemplo del primero, a los animales como bien mueble y del segundo las renta de la prenda.

²⁶ Ibidem. Pág. 553

CAPITULO II

CONSTITUCIÓN DOCTRINARIA Y LEGAL DEL CONTRATO DE PRENDA

1. Contrato.

La constitución de la prenda mercantil reviste una gran importancia para el presente estudio, puesto que la misma prácticamente está vinculada con el perfeccionamiento del contrato, es decir, si no hay entrega del bien pignorado, prácticamente no surte sus efectos el contrato de prenda.

En efecto, si una vez celebrado el contrato de prenda con todos sus elementos de existencia y forma, si el deudor no entrega el bien materia de la relación contractual prendaria no se alcanza a perfeccionar el contrato; lo que puede corroborarse por el hecho de que si no se entrega el bien, el acreedor tiene acción para exigir la entrega del bien prometido para garantizar la obligación principal.

En este contexto, consideramos de mayor relevancia que previo al estudio del contrato de prenda mercantil sin transmisión de la posesión, hacer referencia a los aspectos generales de la noción general del contrato, así como del consentimiento y de sus elementos de validez, para constatar cuando se da

el perfeccionamiento, posteriormente su exposición se constituirá en el pilar para analizar como tienen lugar en el contrato de prenda y la trascendencia de entregar el bien prendario para que tenga una existencia y eficacia plena.

En este orden de ideas, tradicionalmente la generalidad de los estudiosos del derecho, definen al contrato como a continuación se indica:

*"El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los Convenios ..."*²⁷

En armonía con dicha definición los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, prescriben lo siguiente:

"Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"

Es conveniente destacar la circunstancia de que el convenio en un sentido amplio comprende el objeto directo en sus cuatro aspectos que son el crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; sin embargo, tal y como ya se

²⁷ Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. Tomo IV Pág. 7.

anuncio en la definición doctrinal, el convenio es el género y el contrato la especie, de tal suerte que la conceptualización legal del segundo es la siguiente:

"Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos"

Como consecuencia de lo anterior, al convenio en estricto sentido suele atribuírsele un aspecto negativo, circunscribiéndolo a la función de modificar o extinguir derechos y obligaciones, dejando para el contrato el aspecto positivo de crearlos y transmitirlos.

1.1 Objeto directo.

Por objeto directo en los contratos, tal y como ya se dijo, éste consiste en la creación y trasmisión de los derechos y obligaciones, o en palabras del maestro Ernesto Gutiérrez y Gonzáles *"El objeto directo del contrato es el crear y transmitir derechos y obligaciones"*.²⁸

²⁸ Gutiérrez y Gonzáles, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición, Puebla, 1986, Pág. 228.

1.2 Objeto indirecto.

Por su parte el objeto indirecto de los contratos consiste en la cosa que el obligado debe dar, o bien, en el hacer o la abstención prometida, lo que ha servido de apoyo para decir que el Código Civil Federal en el artículo 1824, debe entenderse referido al objeto indirecto de la relación contractual, y al respecto establece:

"Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;*
- II. El hecho que el obligado debe hacer."*

Luego entonces el objeto indirecto de las obligaciones, vinculando el criterio de la clasificación a la exteriorización de la conducta de las personas, se reduce a dar la cosa, prevista en la fracción I; el hacer y no hacer en la fracción II, tal y como lo expone el maestro Gutiérrez y González, al decir que *"objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres maneras: a).- de dar; b).- de hacer y c).- de no hacer"*²⁹.

²⁹ Idem

2. Contrato de prenda civil.

La noción del contrato y del objeto directo e indirecto antes expuestos, permitirá efectuar el estudio de estos aspectos en tanto en el contrato de prenda civil, como en el mercantil, así pasemos al contrato de prenda civil.

2.1 Objeto directo del contrato de prenda civil.

Si como ya se dijo el objeto directo de los contratos es crear y transferir derechos y obligaciones, para desentrañar cual es el objeto directo en el contrato de prenda mercantil indefectiblemente debemos acudir al concepto que ya fue señalado en el capítulo I, en el que se dijo que por el contrato de prenda el deudor **entrega una cosa** al acreedor destinado a servirle de garantía, o como dice la definición legal: la prenda **es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento** de una obligación y su preferencia.

Luego entonces, estimamos que el objeto directo del contrato de prenda es el acuerdo de dos o más voluntades **para crear un derecho real de posesión** a favor del acreedor, así como de **garantía y preferencia en el pago** de su crédito.

2.2 Objeto indirecto del contrato de prenda civil.

Con anterioridad también se expuso que el objeto indirecto de los contratos se circunscribe a la conducta de dar, hacer y no hacer, de donde estimamos que para el caso del contrato de prenda el objeto indirecto puede ubicarse en las obligaciones de dar, puesto que el deudor debe entregar al acreedor el bien que soporta la carga de la prenda, lo que adecuadamente regula el artículo 2858 del Código Civil Federal cuando estatuye: para que se tenga por constituida la prenda **deberá ser entregada** al acreedor real, haciéndose necesario comentar que la propia disposición está cometiendo el error de pretender regular una entrega jurídica que es incompatible con la institución del contrato de prenda, tal y como posteriormente será abordado.

Consecuentemente, podemos inferir que el objeto indirecto del contrato de prenda civil es **la obligación de entregar el bien mueble enajenable, o bien, los frutos pendientes de los bienes raíces.**

3. Clasificación del objeto indirecto.

Corresponde ahora exponer la clasificación de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, para establecer una mejor comprensión sobre el punto central del presente trabajo.

3.1 Características de la cosa que el obligado debe dar.

La cosa que el obligado debe entregar debe cumplir con requisitos que han sido considerados esenciales y normalmente queda comprendido la posibilidad física y jurídica, así como ser determinada o determinable.

3.1.1 Posibilidad física.

Se dice que la cosa es físicamente posible cuando *"existe en la naturaleza o puede existir"*³⁰, aspecto regulado por el artículo 1825 del Código Civil Federal que establece:

"Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: 1º existir en la naturaleza..."

3.1.2 La cosa objeto del contrato debe ser determinada o determinable.

Las partes que intervienen en el contrato deben señalar con precisión la cosa que formará parte del objeto de su relación, lo cual acontece de dos formas individualizándola y por su determinación en especie; hay individualización de

³⁰ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 61

cosa cuando "...a menudo la cosa objeto de la obligación esta individualmente designada;...se dice entonces que la obligación tiene un cuerpo cierto"³¹ luego habrá determinación de la cosa cuando se identifique plenamente y sin lugar a duda.

En cuanto a las cosas designadas por género "*basta para la validez de la obligación, que la cosa que constituye su objeto esté determinada en género y cantidad, sin estarlo en su individualidad*"³², por lo tanto un género expresa la reunión de bienes con características similares o iguales entre sí, por lo que se dice que "*La mayoría de las ventas de mercancías, sobre todo en el comercio al por mayor, se hayan en este caso; las vigas, el carbón, el café, etc., se venden en esta forma; la precedencia que indica la naturaleza y calidad, y la cantidad, fijada por una cifra, son las únicas que se indican. En el momento de la expedición o de la entrega se designa individualmente el objeto de la venta. Se dice que semejante obligación tiene por objeto un género (genus). El Derecho emplea la palabra 'genero' en el sentido restringido que las ciencias naturales dan a la palabra especie*"³³, la exigencia estudiada también la establece el artículo 1825 del Código Civil Federal que al efecto dice:

³¹ Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, Tomo V, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991, Pág. 34

³² Ibidem Pág. 33

³³ Idem

"Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: . . . 2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. . ."

3.1.3 La cosa debe estar en el comercio.

Que la cosa este en el comercio es un requisito que deriva de lo establecido por el artículo 747 en relación con los numerales 748 y 749 todos del Código Civil Federal, al disponer:

"Artículo. 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

De lo anterior se sigue que las cosas para estar en el comercio deben tener la cualidad de ser adquiridas por cualquier persona privada, al existir dentro de la naturaleza y que la ley lo permite.

4. Contrato de prenda mercantil.

Como se expuso al inicio de la presente tesis, el contrato de prenda mercantil aparece de manera poco usual en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en palabras del maestro Arturo Díaz Bravo de manera inesperada, " Por lo demás la dicotomía legislativa se hace patente aquí también: la prenda civil (arts. 2856 –2892 C.Civ.) presenta su rostro mercantil en un inesperado cuerpo de leyes, como lo es la LGTOC; inesperado, porque su lugar está en el C.Com., de donde se sustrajo para llevarla, inexplicablemente, a su actual morada legislativa, en la que está encajada a golpes de martillo del legislador, pues no configura por sí sola, operación de crédito alguna."³⁴

Por lo que se puede apreciar de lo anterior, la prenda mercantil dentro de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito, no tiene concepto propio, y aún y cuando se podrían utilizar supletoriamente ordenamientos legales de ese mismo orden mercantil, poco o de nada podrían servir para conceptualizarla, por eso coincidimos nuevamente con el maestro Arturo Díaz Bravo en cuanto a lo que dice: " La LGTOC no suministra concepto de prenda, luego el único legalmente aprovechable es el civil."³⁵

³⁴ Díaz Bravo, Arturo, *Contratos Mercantiles*, Editorial Oxford University Press México, Sexta Edición, México, 1998, Pág. 226.

³⁵ *Idem*.

Por ello, contrato de prenda mercantil debe seguir los principios de la prenda civil, ya que como se dedujo en el capítulo primero, las disposiciones del Código Civil Federal le son supletorias en términos del artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por ende los principios doctrinarios también son aplicables.

Consecuentemente, el objetivo de este capítulo consiste en establecer los principios expuestos que debe adoptar el contrato de prenda mercantil, si se revisa la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fácilmente percibimos que no hay concepto de la prenda mercantil por lo que se crea una laguna.

4.1 Objeto directo del contrato de prenda mercantil.

Cuando estudiamos el concepto de prenda mercantil, se dijo en la parte relativa que el deudor o un tercero, entrega al acreedor una cosa mueble confiriéndole el derecho de tenerla en su poder hasta el pago del crédito y de hacerse pagar con la misma, con preferencia a cualquier otro acreedor, si no se le cubre el crédito; además, en la parte que interesa en la definición legal del artículo 2856 del Código Civil Federal se indicó que **la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.**

Lo anterior es un principio esencial puesto que el contrato de prenda desde el derecho romano para que sea tal debe constituirse "re", esto es, ". . .la prenda se llama así por derivar de puño, pues la cosa que se da en prenda se entrega a mano."³⁶

En congruencia con lo anterior, Gutiérrez y González señala que el "Contrato real es aquel **para cuyo perfeccionamiento, se requiere de la entrega de una cosa**, en tal forma que mientras ésta no se reciba, el contrato no puede surtir sus efectos. Toma este contrato su nombre de la palabra latina 'res' que significa 'cosa'. . ."³⁷.

Además, Marcel Planiol y Georges Ripert expresamente exponen la creación del derecho real y en sus propias palabras enseñan: "La prenda es un contrato a la vez productivo de obligaciones y **creador de un derecho real**"³⁸.

Luego entonces no hay lugar a duda de que el contrato de prenda tiene por objeto directo la creación de un derecho real de posesión, tan es así, que el maestro Rafael Rojina Villegas, expone lo siguiente:

³⁶ Bravo González, Agustín y Bravo Váldez, Beatriz, Derecho Romano, Segundo Curso Ob. Cit., Pág. 143.

³⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajicas, S.A., Quinta Edición Puebla, Puebla, 1986, Pág. 192.

³⁸ Marcel Planiol y Georges Ripert, Ob. Cit. Tomo VI, Pág. 40.

"Tradicionalmente el carácter real de la prenda se ha reconocido en términos absolutos, exigiéndose una entrega material de la cosa, de tal manera que si ésta no se entregaba, no se llegaba a constituir el contrato, existiendo sólo una promesa de prenda o antecrédito, para el caso de que el deudor o un tercero se obligaran a entregar la cosa al acreedor."³⁹

De la revisión a las nociones señaladas advertimos que el contrato de prenda mercantil, es un contrato cuyo objeto directo es la creación de un derecho real que recae sobre el bien mueble dado en prenda, además también crea el derecho de preferencia y garantía en el cumplimiento del pago.

Cabe señalar que existe en nuestro derecho la excepción a la entrega de la cosa al acreedor, cuando las partes pactan la entrega jurídica de la cosa conservándola un tercero o el propio deudor, en términos de los artículos 2858 y 2859 del Código Civil Federal que a la letra señalan:

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

Artículo 2859. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en

³⁹ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Tomo IV, Pág. 495.

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. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público.

El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes."

Consideramos que dicha regla de excepción, no hace a un lado la creación del derecho real, pero además como ya se había comentado comete el grave error de establecer un supuesto incompatible con la institución del contrato de prenda.

4.2 Objeto indirecto del contrato de prenda mercantil.

El objeto indirecto en el contrato de prenda mercantil es el de entregar la cosa prendaria, ya que por definición debe entregarse el bien o el título de crédito que sirve de garantía, lo que además desprendemos de lo dispuesto por el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando en sus múltiples fracciones utiliza los verbos de conducta "entregar, endosar, depositar e inscribir", tal y como a continuación lo podemos constatar:

"En materia de comercio, la prenda se constituye:

*I. Por la **entrega** al acreedor de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al portador;*

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

*III. Por la **entrega** al acreedor del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, 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;*

*IV. Por el **depósito** de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a **disposición del acreedor**;*

*V. Por el **depósito** de los bienes, a **disposición del acreedor**, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aún cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor;*

VI. Por la **entrega o endoso** del título representativo de los bienes objeto del contrato, o por la emisión o el endoso del bono de prenda relativo;

VII. Por la **inscripción** del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío, en los términos del artículo 326;

VIII. Por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros."

Cabe destacar que la obligación de entregar la cosa prendaria es lo que precisamente hace y distingue al contrato de prenda, respecto de otras figuras jurídicas como lo es el caso concreto de la hipoteca, donde hay garantía real sin desposesión, de ahí que la excepción hecha por el Código Civil Federal y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la prenda sin transmisión de la posesión en cuanto a la entrega jurídica es absolutamente contraria a la institución del contrato que se estudia, como quedará demostrado en el presente capítulo.

5. Formalidades del contrato de prenda mercantil.

El punto a estudiar es la relativa a la forma que debe revestir la exteriorización de la voluntad, así en el primer capítulo se dijo que la prenda debe adoptar la forma escrita, por así exigirlo el artículo 2860 del Código Civil Federal, que expresamente dispone:

*"Artículo 2860. El contrato de prenda debe **constar por escrito**. Si se otorga en documento privado, se formará en dos ejemplares, uno para cada contratante."*

De esta manera, si el Código Civil Federal es de aplicación supletoria de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos llegar a sostener que a falta de disposición en este último ordenamiento, que el contrato de prenda mercantil es un contrato formal y por lo tanto debe otorgarse por escrito.

6. Perfeccionamiento del contrato de prenda.

Las reglas del perfeccionamiento de los contratos las encontramos en el artículo 1796 del Código Civil Federal donde se establece:

"Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, el uso o la ley".

6.1 Por el consentimiento.

De acuerdo con el principio de los contratos verbales, existen actos jurídicos que son perfectos una vez que se ha exteriorizado la voluntad y la ley no requiere formalidad alguna, un ejemplo de ello es la compraventa de bienes muebles, pues dicho contrato obliga a las partes desde que se han puesto de acuerdo en la cosa y en el precio, en este sentido el artículo 2249 del Código Civil Federal dispone:

"Artículo 2249. Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregado, ni el segundo satisfecho".

El contrato de prenda debe otorgarse por escrito y por la entrega de la cosa, razones por las que no se puede ubicar en esta clasificación.

6.2 Contratos formales

Como ya se estudio, hay contratos formales, esto es, aquellos en que la exteriorización de la voluntad debe realizarse en la forma que establezca la ley, la cual adoptará la forma escrita y en algunos casos la intervención de un fedatario público.

El contrato de prenda debe **otorgarse por escrito** tal y como ya quedó expuesto, por lo tanto se trata de un contrato formal que además requerirá de la entrega de la cosa dada en prenda, lo cual significa la desposesión que debe soportar el deudor.

6.3 Entrega de la cosa.

En el caso del contrato de prenda civil o mercantil, no hay lugar a dudas de que para su perfeccionamiento debe otorgarse bajo la forma escrita, tal y como ya quedó apuntado, pero **además debe satisfacerse el requisito de entregar la cosa** materia de la prenda, pues de no acontecer así no hay contrato de prenda.

La inevitable obligación de entregar la cosa dada en prenda, aparece como **aspecto fundamental** del contrato que se estudia, a manera de ejemplo el perro biológico es el mamífero que todos conocemos, pero si los japoneses fabrican un robot al que llaman perro, dicha máquina no puede tener el carácter del mamífero creado por la naturaleza, aunque la caja de la máquina diga que se trata de un perro, así en el caso de la prenda desde el derecho romano, para que la misma exista nos explican los maestros Beatriz Bravo Valdez y Agustín Bravo González refiriéndose al *pignus* señalan *"Su formación. Este contrato se perfecciona por efecto de la entrega de la cosa, re, pues la obligación principal que la constituye es la de entregar. El acreedor prendista recibe la posesión del objeto, quedando en poder del deudor la propiedad. . ."*⁴⁰

Esta obligación de entregar la cosa también lo expone con claridad de pensamiento Marcel Planiol y Georges Ripert, como se apunta a continuación:

"Necesidad de una tradición de la prenda.- La prenda es un contrato real; se forma 're', como decían los romanos, y esto aún es verdad en Francia. Mientras la cosa no se haya entregado, puede haber una obligación convencional o legal de dar una prenda, pero aún no hay prenda. La existencia de la prenda como

⁴⁰ Bravo González Agustín y Bravo Valdez, Beatriz, Ob. Cit. Segundo Curso, Pág. 143.

contrato supone, pues, la entrega de la cosa, y como es el contrato el que hace nacer el derecho real, la existencia del derecho real de prenda implica igualmente esta entrega. Tenemos así en la prenda, un derecho real que no se constituye simplemente por la convención, a pesar de la generalidad del principio moderno sobre la trasmisión de la propiedad y la creación de los derechos reales.

*Desposesión del propietario de la prenda.- Por definición la prenda consiste en la entrega de la posesión de la cosa al acreedor lo que implica la **desposesión efectiva del que constituye la prenda**. Una de ambas cosas no puede hacerse sin la otra."⁴¹*

Luego entonces para que el contrato de prenda sea eficaz requiere necesariamente de la entrega física de la cosa, aspecto respecto del cual es acertado nuestro Código Civil Federal, cuando así lo establece en su artículo 2858 y que el sobre el particular dispone:

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

⁴¹Marcel Planiol y Georges Ripert. Ob. Cit., Tomo IV, Pág. 44.

Sin embargo, de la lectura al numeral que acabamos de transcribir puede apreciarse que la legislación civil de nuestro país autoriza la entrega jurídica por lo cual el mismo Código Federal nos da su definición y al respecto establece:

*"Artículo 2859.- **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.*

Quando la prenda quede en poder del deudor, para que surta efectos contra tercero debe inscribirse en el Registro Público. La inscripción sólo podrá efectuarse si se trata de bienes que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable y si conforme al Reglamento del Registro pueden ser materia de inscripción.

***El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder** en los términos que convengan las partes."*

Por la trascendencia que tiene para la investigación del presente trabajo el hecho de que la prenda se constituye con la entrega del bien, consideramos que el legislador al crear la ficción de la entrega jurídica en lugar de la real se

apartó de los elementos esenciales que le son propios a la institución de la garantía prendaria cometiendo al parecer el grave error de pretender constituir la prenda sin posesión física del acreedor por la llamada entrega jurídica, lo cual da lugar a que no exista la desposesión que se exige en la doctrina, para que el contrato de prenda tenga la existencia eficaz que le atribuye la ciencia del derecho, error que además ahora puede encontrarse en el contrato de prenda sin desposesión regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como lo abordaremos en el Capítulo IV de esta investigación.

7. Elementos de validez.

Todo acto jurídico debe reunir los requisitos de validez conocidos por la ciencia del derecho como capacidad jurídica, la forma, ausencia de vicios de la voluntad y la licitud en el objeto, motivo o fin, así nos lo explica el maestro Bejarano Sánchez Manuel, al decir:

"El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, debe reunir, además, los requisitos de validez necesarios para ser perfectos y producir efectos jurídicos plenos."⁴²

⁴² Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press México, Cuarta Edición, México, 1997, Pág. 81.

Los elementos enunciados los encontramos expresamente en el artículo 1795 del Código Civil Federal, que al respecto establece:

"Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

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

7.1 Capacidad.

La capacidad jurídica es uno de los atributos de las personas físicas y morales, y se dice que es la aptitud para ser sujeto y titular de obligaciones y derechos, distinguiéndose la capacidad de goce y de ejercicio, sobre la generalidad y las especies Bonnecase ampliamente nos explica:

"Este término designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho de familia o patrimonial, y para hacer valer por si misma los derechos de que esté investida, la capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la noción

de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: capacidad de goce y la capacidad de ejercicio

. . . la **capacidad de goce** es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación:::, se diría que la **capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho.**

. . .La **capacidad de ejercicio** se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la **aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma . . . la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma.**⁴³

Ahora bien, hasta este momento nos hemos referido a la capacidad civil para contratar, por lo que ahora debemos hacer referencia a la capacidad para efectuar las operaciones reguladas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puesto que su numeral 3º. exige:

⁴³ Bonnacase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Edición, Editorial Harla, México, 1993, Págs. 164 y 165

"Artículo 3º. Todos los que tengan capacidad legal para contratar, conforme a las leyes que menciona el artículo anterior, podrán efectuar las operaciones a que se refiere esta ley, salvo aquellas que requieran concesión o autorización especial".

Es el caso que el artículo anterior dispone:

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

- I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto:*
- II. Por la legislación mercantil general; en su defecto:*
- III. Por los usos bancario y mercantiles y, en defecto de éstos:*
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal"*

La legislación mercantil general, en donde queda comprendido el escindido Código de Comercio, aún conserva la regla del artículo 5 conforme a la cual el que es hábil para contratar y las leyes no prohíban expresamente la

profesión del comercio tiene capacidad legal para ejercerlo, como a continuación se expresa:

"Artículo 5. Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo"

La capacidad de goce y ejercicio de acuerdo con el derecho común, para contratar y obligarse la tienen las personas que han cumplido 18 años, una vez que sucede dicho evento pueden disponer libremente de sus bienes y de su persona, sobre el particular los artículos 646, 647 y 24 del Código Civil Federal establecen:

"Artículo 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Artículo 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

Luego entonces, para celebrar el contrato de prenda civil o mercantil debe tener las personas que intervienen deben tener la capacidad de ejercicio para otorgar el contrato y el deudor la titularidad del derecho para disponer del bien prendario.

7.2 Forma.

Como ya quedó apuntado el contrato de prenda mercantil debe otorgarse por escrito, para satisfacer lo dispuesto por el artículo 2860 del Código Civil Federal que dispone: *"El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formará en dos ejemplares, uno para cada contratante."*

7.3 Ausencia de vicios en la voluntad.

La exteriorización de la voluntad debe ser libre y cierta y por tanto libre de las causas que la vicien, como son el dolo, el error, la violencia y la lesión.

El dolo es para la doctrina del derecho *"todo engaño cometido en la celebración de los actos jurídicos"*⁴⁴, en este sentido nuestro Código Civil Federal en su artículo 1815 define al dolo como a continuación se indica:

⁴⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos Especiales, Tomo V, Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991, Pág. 56.

"Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes; . . ."

Para que el dolo vicie el consentimiento además se requiere que el mismo se determinante, esto es, que de haberlo conocido la parte engañada no habría contratado, tal y como lo exige el artículo 1816 del Código Civil Federal , que expresa:

"Artículo 1816. El dolo o mala fe de una de las partes, y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico."

El error suele entenderse como ". . .la creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que esta en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico"⁴⁵

El error puede ser de hecho, de derecho y aritmético, pero para que trascienda, al igual que el dolo debe ser determinante en la contratación en

⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, Vigésima sexta Edición, México, 19905, Pág. 139

nuestro sistema jurídico lo regulan los artículos 1813 y 1814 del Código Civil Federal, que disponen:

"Artículo 1813. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa.

Artículo 1814. El error de calculo sólo da lugar a que se rectifique."

El error de derecho, lo vinculamos a la falsa creencia que se tiene en la aplicación de la ley, tal y como lo explica el profesor Rafael Rojina Villegas en los siguientes términos:

"Hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal manera que por esa creencia falsa respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica se celebró el acto"⁴⁶

⁴⁶ Ibidem, Pág. 144

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación el error percibido por la parte contratante debe ser determinante, como a continuación se desprende de la siguiente Tesis:

"ERROR COMO VICIO DE LA VOLUNTAD. La doctrina ha planteado dos tendencias para apreciar el error como vicio de la voluntad de los contratantes; una, que ha concedido preeminencia a esa voluntad y otra, que se atiende especialmente a la manifestación de ella, tal y como aparezca objetivada en los contratos celebrados; la primera ha sido sustentada por los autores franceses, quienes la sintetizan en la forma siguiente; implicando, en efecto, la noción de contrato, el concurso de dos voluntades internas, lo que hay que interpretar son esas voluntades; todo lo que las acompaña, textos, palabras, escritos, no son más que los despreciables vestigios del proceso por el que se han dado a conocer; y la segunda, que se expresa en los siguientes conceptos: entre la voluntad expresada y la voluntad interna, no puede haber participaciones; es la primera la que debe prevalecer y la única que debe tenerse en cuenta, ella es la que origina el contrato. ambas escuelas no han sido admitidas íntegramente por la jurisprudencia, la que se ha pronunciado en el sentido de coordinar los principios que se fijan para obtener, en cada caso específico, la conclusión sobre la existencia del error, atendiendo a las condiciones en que se celebró el contrato, las causas de la obligación contractual y los elementos de prueba aportados para acreditar el vicio de la voluntad, llegando a obtener así conclusiones, en el sentido de que **el error anula los contratos, cuando recae sobre la causa del mismo, esto es, cuando se celebra en atención a la cualidad determinada del mismo, sin la cual no se habría contratado. ...**"⁴⁷

El error aritmético únicamente da lugar a su corrección, razón por la cual no podría ser una causa de nulidad del contrato.

⁴⁷ Tomo XLV Página 4584 Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala.

7.4 Licitud en el objeto, motivo o fin.

La licitud en el objeto consiste en la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley, luego entonces el contrato que crea derechos y obligaciones en contra de las leyes de interés público imperativas, prohibitivas e inclusive las buenas costumbres será considerado ilícito, acarreado con ello la nulidad absoluta o relativa, aspecto que encontramos regulado en los artículos 8º, 1830, y 1831 del Código Civil Federal, que establece:

"Artículo 8º. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en que la ley ordene lo contrario.

Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe de ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Artículo 2225. La ilicitud en el objeto en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

8. Consecuencias de no entregar el bien prendario.

8.1 Nacimiento de la acción de entregar la cosa, cuando el deudor pignoraticio, no lo hace.

Haciendo una reflexión de lo expuesto, podemos inferir que el contrato de prenda que reúne los elementos de existencia suficientes y nace a la vida jurídica, da lugar al ejercicio de las acciones que la ley autoriza, pero no así para su perfeccionamiento, cuando se presenta el evento de que el deudor celebró el contrato consciente de sus obligaciones, sin que se llegue a realizar la entrega de la cosa a que se había obligado, puesto que hay exteriorización de la voluntad para el acuerdo de voluntades, conforme a la cual el deudor entregará en prenda un determinado bien, y el acreedor aceptó la oferta, y además se cumple los elementos exigidos para su eficacia, incluyendo la forma escrita, podemos llegar a colegir que el contrato de prenda sí existe, pero defectuosamente, esto es, que cuando no se cumple el deber de entregar el bien prometido y con ello garantizar el crédito principal, nace la acción plenamente justificada de reclamar la entrega de la cosa.

Lo anterior es así, ya que si el deudor se comprometió a la entrega del bien prendario y no satisface esta obligación, dará lugar a la legitimación ad causam por la existencia del derecho sustantivo creado a través del contrato de

prenda para acudir a los tribunales y ejercitar la acción del cumplimiento del contrato, el vencimiento del plazo de la obligación principal o su rescisión, en términos de lo dispuesto por el artículo 2871 Código Civil Federal que dispone:

"Artículo 2871. Si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en prenda y no la hubiera entregado, sea con culpa suya o sin ella, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación o que ésta se rescinda."

De lo expuesto, se sigue que el contrato de prenda llega a existir y es eficaz, aun y cuando no se cumpla con la obligación de entregar la cosa prendaria, pero como el perfeccionamiento del contrato requiere de la entrega de la cosa, el incumplimiento de esta obligación, da acción al acreedor para exigir la entrega de la cosa prendaria, o bien, respecto de la obligación principal su vencimiento y el pago correspondiente, es pues tan existente y eficaz el contrato de prenda en estas circunstancias, que no existir, no se podría exigir jurisdiccionalmente su cumplimiento, es una existencia defectuosa que no permite que se logre su perfeccionamiento.

Pero también lo anterior robustece la postura propuesta por la ciencia del derecho en el sentido de que el contrato de prenda en realidad es perfecto cuando es entregado el bien, con la consecuente desposesión del deudor, luego

entonces el contrato de prenda perfecto requiere la realización de dos eventos a saber: el cumplimiento de la **forma escrita** como ya fue abordado y la **entrega real de la cosa**.

9. Existencia e imperfección del contrato de prenda, aún y cuando no sea entregado el bien pignorado.

Como quedó expuesto el contrato de prenda una vez que se forma el consentimiento y se otorga en forma escrita y se cumplen los demás elementos de validez el contrato existe y es eficaz, pero dicho perfeccionamiento debe complementarse con la entrega del bien, para el caso de que este evento no suceda en forma espontánea por parte del deudor dará lugar a las acciones y derechos que a continuación analizaremos.

9.1 Presupuesto de la existencia y eficacia del contrato de prenda, para establecer la legitimación procesal.

Lo antes expuesto tiene apoyo en la circunstancia de que la sola celebración del contrato de prenda, sin que se haya cumplido con la obligación de entregar la cosa por parte del deudor legitima ad causam al acreedor, para ejercitar las acciones que la Ley le otorga, por lo que es conveniente apuntar que

la legitimatio ad causam "consiste en el reconocimiento de que solo puede actuar en juicio quien es titular del derecho sustantivo hecho valer a quien validamente puede contradecirlo"⁴⁸, principio que aparece regulado expresamente por el artículo 29 del Código Civil Federal, como a continuación se apunta:

"Artículo 29. Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien le compete, o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competan a su deudor cuando conste el crédito de aquel en título ejecutivo y, excitado éste para deducirlas descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito.

Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona de deudor nunca se ejecutarán por el acreedor.

Los acreedores que acepten al herencia que corresponda a su deudor, ejercerán las acciones pertenecientes a este, en los términos que el Código Civil lo permita".

En la especie, con motivo del contrato de prenda el acreedor puede actuar en juicio por ser titular del derecho sustantivo de exigir judicialmente la entrega del bien cuando el deudor no lo hace espontáneamente, al efecto

⁴⁸ Becerra Bautista, José, El Proceso Civil en México, Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, Pág.23.

recordemos que en lo conducente el artículo 2871 Código Civil Federal establece:

"Artículo 2871. Si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en prenda y no lo hubiere entregado, sea con culpa suya o sin ella, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se de por vencido el plazo de la obligación o que esta se rescinda."

9.2 Acciones derivadas del contrato, cuando no se entrega la prenda.

9.2.1 Acción de exigir el cumplimiento.

Como quedó expuesto si el deudor no entrega el bien prendario tal y como se obligo, el acreedor puede pedir la entrega del bien, o bien, respecto de la obligación principal que ésta se cumpla o rescinda el contrato, tal y como se verá a continuación.

9.2.2 Acción de rescindir el contrato.

Es el caso que si el deudor, una vez celebrado el contrato de prenda no entrega el bien prendario y por lo tanto no constituye la prenda el acreedor puede

exigir la rescisión del contrato, en términos del invocado artículo 29 del Código Civil Federal.

10. Constitución de la prenda mercantil.

Con lo expuesto podemos sostener que para la constitución de toda prenda incluyendo la mercantil, además de cumplir la formalidad exigida, debe entregarse el bien. Título de Crédito o documento prendario para el completo perfeccionamiento del contrato.

CAPITULO III

CARÁCTER ACCESORIO DEL CONTRATO DE PRENDA

1. Contratos principales.

La clasificación del contrato principal no está comprendida en la división de los contratos, del capítulo I del Código Civil Federal, por lo que su estudio se deriva básicamente de la doctrina; sin embargo, en ésta algunos tratadistas difieren de su utilidad, así tenemos que para Marcel Planiol y Georges Ripert exponen: *"contratos principales y contratos accesorios.- Los contratos principales son aquellos que existen en estado aislado, y los accesorios aquellos que sólo pueden existir uniéndose a un contrato principal. La mayoría de los contratos son contratos principales; la fianza y la constitución de hipoteca son contratos accesorios.- esta distinción es mal aplicada a propósito de los contratos pues los accesorios del crédito garantizado es la obligación del fiador o el derecho real de hipoteca."*⁴⁹

En el mismo sentido Bonnacase sostiene: *"Se ha pretendido distinguir los contratos principales y los accesorios, lo cual es un error debido a que se confunden pretendidos contratos accesorios con los derechos accesorios en efecto la fianza y la constitución de hipoteca han sido considerados como*

⁴⁹ Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo V, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, Pág. 18

*contratos accesorio. Pero lo accesorio es la obligación del fiador y del deudor hipotecario ya que la fianza y la hipoteca pueden garantizar obligaciones de los delitos*⁵⁰.

En principio, puede tenerse la impresión de que nuestro Código Civil Federal al no clasificar en su cuerpo de disposiciones a los contratos principales y accesorios estaría acorde con el pensamiento de los citados autores en cuanto a que no debe establecerse la clasificación que se estudia.

Sin embargo, algunas tesis judiciales hacen referencia a la distinción de contratos principales y accesorios, al respecto podemos citar las siguientes:

"FIANZA PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION. AUNQUE NO SE HAYA PACTADO EN LA POLIZA, SU EXIGIBILIDAD DISMINUYE EN LA MISMA PROPORCION EN QUE SE HAYA CUMPLIDO LA OBLIGACION GARANTIZADA. El artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que en lo no previsto por esa ley tiene aplicación la legislación mercantil y el Título Décimo Tercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal; por su parte, el artículo 2842 del Código Civil, que se encuentra en el título mencionado por el ordenamiento que rige a las instituciones de fianzas, preceptúa que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones. Por tanto, ello permite afirmar que si **la obligación principal** es parcialmente cumplida, en la misma proporción se extingue la obligación de la institución afianzadora, dado el carácter accesorio que tiene el contrato de fianza respecto de la **obligación principal**, toda vez que se trata de una extinción accesoría, indirecta o de consecuencia; no obsta a lo anterior el hecho de que en el texto de la póliza de fianza no exista señalamiento expreso en ese sentido, pues si la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, debe considerarse

⁵⁰Bonncase, Julien, Ob. Cit., Pág. 926.

parcialmente extinta la accesorio en la misma medida que la obligación principal."⁵¹

“PRENDA, SOLICITUD DE LA VENTA DE LOS BIENES DADOS EN, NO CONSTITUYE UN ACTO QUE PUEDA RECLAMARSE EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. La solicitud de la venta de los bienes dados en prenda, con que se inicia el procedimiento, que establece el artículo 341 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y los actos que de dicho procedimiento deriven, no pueden considerarse ejecutados fuera de juicio, ni tal ejecución es de imposible reparación dado que dicha solicitud es una consecuencia que deriva de la celebración del contrato de prenda, cuando se vence la obligación y el deudor no cubre el importe del adeudo y por ello a tal contingencia, se obliga dicho deudor al celebrar el contrato de mérito, debiendo señalarse que el referido juicio no puede ser oído ni vencido en ese procedimiento, por no existir juicio, ya que en el mismo no puede ofrecer pruebas, ni se da contienda, y en consecuencia no se dicta ningún fallo que resuelva el fondo del negocio, por no plantearse ninguna litis, al tener como único objeto el procedimiento, la venta de los bienes dados en prenda, no aplicándose el monto de la operación al pago, sino que viene a sustituir la garantía otorgada, y el multicitado deudor sólo puede oponerse a tal venta exigiendo el importe del adeudo, siendo esta la razón por la cual, los actos reclamados, no pueden ser analizados en el juicio de amparo, porque la violación de garantías, emanará en todo caso del juicio que promueve el deudor, en el que se juzgue sobre la exigibilidad de la **obligación principal**, la nulidad, prescripción, pago parcial o total o cualquier otra causa que la hubiese extinguido total o parcialmente o aplazado, conservando de esta manera el mencionado deudor incólume la garantía de previa audiencia, sin que se contraponga a ello la circunstancia de que el artículo 46 de la Ley General de Organización y Actividades de Crédito, autorice a las organizaciones auxiliares a conservar en su poder el precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrá aplicarse en compensación del crédito, una vez que se haya realizado la venta de bienes dados en prenda, dado que tal hecho no le impide al deudor hacer las reclamaciones conducentes en un juicio que en su caso promueva según, se dijo con antelación. Ahora bien, aun cuando es verídico que no se verá en un nuevo juicio lo relativo a si estuvo o no bien la citación que se hizo en el procedimiento de venta, también lo es si podrá demandar el deudor el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado por venta de los bienes dados en prenda motivo por el cual, se considera correcto el sobreseimiento en el juicio, emitido por el juez federal, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 114

⁵¹ Tesis 17ª. C.2.C., Tomo I, Junio de 1995, Pagina 451, Aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, Tribunal Colegiado de Circuito

fracción III y IV, 73 fracción XVIII y 74 fracción III de la Ley de Amparo.⁵²

En este contexto, suele definirse al contrato principal como "*contrato principal es el que para su validez y cumplimiento no requiere de un acto adlátare que lo refuerce pero de existir ese acto adlátare, no implica menoscabo en el acto principal*"⁵³, es conveniente aclarar que el vocablo adlátare puede entenderse como "secuas, seguidor y partidario"⁵⁴ luego entonces el contrato principal no requiere seguir o depender de la existencia de otro acto jurídico, en este sentido para Bejarano Sánchez Manuel "*el contrato principal tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo; surge en modo independiente y nos apéndice de otro contrato pues cumple autónomamente su función jurídica-económica.*"⁵⁵

Con lo expuesto, podemos decir que si bien nuestra legislación no tasa los contratos principales y los accesorios, su clasificación si se reconoce en la práctica judicial como en la doctrina, coincidiendo en el sentido de que existen obligaciones principales, cuya existencia y efectos no depende de otro acto jurídico.

⁵² Tesis Aislada, Tomo VII, Enero 1991, Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tribunal Colegiado de Circuito

⁵³ Gutiérrez y Gonzáles, Ernesto, Ob. Cit. Pág. 195

⁵⁴ El Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, S.A. de C.V., Quinta Edición, México, 1999, Pág. 42.

⁵⁵ Bejarano Sánchez, Manuel, Ob Cit. Pág. 42

2. Contratos accesorios.

En el punto anterior señalamos que la clasificación que se estudia no está contemplada expresamente en el Código Civil Federal, pero la misma es reconocida tanto por la doctrina, como por la práctica judicial.

Es el caso que el carácter accesorio de las obligaciones fue conocido por el derecho romano, sobre ello se dice *"Junto a los deudores y acreedores principales hay otras personas que desempeñan en el contrato estipulatorio un papel accesorio: estipulan-en cuyo caso se llama adstipuladores-, o prometen- siendo designados como adpromissores- en interés del acreedor o del deudor para facilitar o garantizar los efectos del contrato principal"*⁶⁶, como puede advertirse ya se reconocía la posibilidad para establecer obligaciones accesorias para garantizar una obligación principal.

Ahora bien, del contrato accesorio se ha dicho que *"contrato accesorio es aquel que tiene vida y existe en razón y medida que sirve para dar fuerza y garantizar el cumplimiento de un derecho de crédito o de una obligación derivada de un acto principal, por ello su razón de ser y de existir va en función y medida de la vida de esa obligación...hay ocasiones en que las partes celebran este tipo de actos, buscan- además de la fuerza que da la ley a un contrato típico- una*

⁶⁶ Bravo Valdez, Beatriz y Bravo González, Agustín, Derecho Romano Segundo Curso, Ob. Cit. Pág. 114.

*mayor garantía al cumplimiento de las prestaciones a que tienen derecho, y entonces celebran anexo al principal, un contrato accesorio o de refuerzo.*⁵⁷, en nuestra legislación esta propiedad de garantizar una obligación principal la encontramos en los contratos de fianza, prenda e hipoteca, de tal suerte que estudiaremos esta característica de la prenda en el siguiente apartado.

3. Carácter accesorio del contrato de prenda.

De lo expuesto observamos que no hay uniformidad en la doctrina en cuanto a la utilidad de clasificar los contratos en principales y accesorios, e incluso hay quienes sostienen que no hay contratos accesorios, y que en realidad se trata de obligaciones accesorias del contrato.

En nuestro concepto, consideramos que la clasificación de los contratos principales y accesorios es de gran utilidad, y si en nada confunden y por el contrario aclara los alcances de los contratos que son celebrados para garantizar una obligación principal como es el caso particular del contrato de prenda, no vemos el porque no deba adoptarse.

Ahora bien, es evidente que los contratos accesorios básicamente son celebrados para garantizar una obligación principal, puesto que ésta es la

⁵⁷ Gutiérrez González, Ernesto, Ob. Cit. Págs. 195 y 196

principal finalidad que se les atribuye, tal y como lo indica el maestro Manuel Borja Soriano citando a Demogue en las siguientes palabras ". . . *Los accesorios más usuales son fianza, prenda e hipoteca: Tienen por objeto crear derechos accesorios de garantía de obligaciones*"⁵⁸

Consecuentemente, observamos que la doctrina se pronuncia en el sentido de clasificar al contrato de prenda mercantil como un contrato accesorio, lo cual se explica si tenemos presente que el contrato principal

El carácter accesorio del contrato de prenda es natural, ya que su naturaleza es de refuerzo a una obligación principal toda vez que sirve para garantizar el contrato prendario, tal y como se desprende de lo dispuesto por el artículo 2856 del Código Civil Federal que establece:

*"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"*

De lo dispuesto por el invocado numeral es claro que nuestra legislación está en armonía con lo expuesto por la doctrina en cuanto a que el contrato de

⁵⁸ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Catorceava Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, Pág. 118.

prenda garantiza el cumplimiento de una obligación, y por tanto puede atribuírsele el carácter de accesorio.

Lo establecido confirma que la prenda no tiene vida propia, sino que depende de la vida de la obligación principal y si por alguna razón sufre alteraciones el contrato principal seguirá la suerte de lo principal en todo lo que lo afecte, lo que da lugar al criterio de subordinación al contrato principal y que a continuación estudiaremos.

4. Criterio de subordinación al contrato principal.

Este criterio atiende principalmente a la aceptación del contrato accesorio de los efectos de inexistencia y nulidad del contrato principal, esto es, que como lo señala el maestro Rojina Villegas Rafael, los contratos accesorios "*...siguen la suerte de los principales por que la nulidad o inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio.*"⁵⁹

Lo anterior confirma en sentido contrario el hecho de que los contratos accesorios que lleguen a ser inexistentes, o bien, nulos, no acarrea la de los principales.

⁵⁹ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Tomo IV, Págs. 16 y 17

En el caso del contrato de prenda esto se comprueba cuando en el presente trabajo fue expuesto lo relativo al incumplimiento del acreedor de no entregar el bien, dando lugar a dos acciones vinculadas con el incumplimiento del contrato prendario, aquí se sostuvo que ante la falta de pago por parte del deudor en la entrega del bien pignorado, el acreedor puede exigir el cumplimiento, o bien, la rescisión del contrato.

En el caso de que el acreedor opte por la rescisión del contrato prendario, no implicara la terminación del contrato principal, sino que por el contrario tendrá lugar a que se exija el cumplimiento de éste último.

Consecuentemente, la rescisión del contrato accesorio no implica la del principal, pero el incumplimiento de la obligación principal, puede dar lugar a que se haga efectiva la garantía prendaria que se haya constituido, caso contrario si es cumplida la obligación garantizada da lugar obviamente a que no se exija la ejecución de la garantía y en esto radica primordialmente el carácter de la subordinación, ya que el contrato accesorio será o no exigido en tanto, teniendo como presupuesto que la obligación principal sea existente y válida.

CAPITULO IV

DESNATURALIZACION DE LA PRENDA MERCANTIL CUANDO NO HAY TRASMISIÓN FÍSICA DE LA POSESION DE LA COSA.

1. La posesión.

1.1 Concepto.

El estudio de la posesión tiene relevancia en el presente estudio por la circunstancia de que la figura regulada por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, contiene un elemento que podemos tratarlo como negativo, al señalar que **no hay transmisión de la posesión**, al respecto dicho artículo establece:

*"Artículo 346. La prenda **sin transmisión de posesión**, constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados."*

La posesión desde el derecho romano ha sido considerada como una relación directa sobre una cosa, el vocablo posesión deriva de la palabra latina posee y proporciona la idea de que una persona se coloca en contacto material con una cosa es decir, expresa el hecho de tenerla físicamente a su disposición entendiéndosele como corpus y si además se le suma la voluntad de tratarla como propia se le conoce como animus entonces se dirá que el detentador posee la cosa.⁶⁰

Creemos pertinente anotar algunas definiciones de carácter doctrinario que nos permitirán entender de una manera más clara a la posesión, para posteriormente aplicar la noción al estudio central de este trabajo, así tenemos que para algunos autores la figura que se estudia puede entenderse como:

Para el maestro Rojina Villegas Rafael, la posesión puede entenderse como a continuación se indica:

"La posesión puede definirse como una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento,

⁶⁰ Cfr. Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín, Derecho Romano Primer Curso, Decimoquinta edición, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 229.

*animus domini o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno.*⁶¹

Los maestros Marcel Planiol y Georges Ripert, entienden a la posesión de la siguiente forma:

*"La posesión es un estado de hecho que consiste en detentar una cosa de una manera exclusiva y en efectuar sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si uno fuera su propietario"*⁶²

El Código Civil Federal señala en su artículo 790 la concepción de la posesión y establece:

"Artículo 790. Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho salvo lo dispuesto por el artículo 793. Posee un derecho el que goza de el"

De las definiciones anteriores podemos inferir que la posesión es un estado de hecho que se refiere a la relación que existe entre una persona y la cosa, a través de las manifestaciones que se realicen sobre esta misma, es decir

⁶¹ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit., Tomo II, Pág. 182

⁶² Planiol, Marcel y Georges Ripert, Ob. Cit. Tomo III, Pág. 95

que la posesión es más bien de carácter material, independientemente del derecho que nos coloca en la aptitud de poseer.

Luego entonces debemos entender que los derechos ya personales o reales que se tengan sobre una cosa son distintos al derecho de posesión, y aunque en muchas ocasiones uno acompaña al otro, en ocasiones cada uno de ellos puede subsistir de una manera separada.

1.2 Elementos constitutivos de la posesión.

De acuerdo con la legislación de nuestro país, la teoría que se aplica para la institución de la posesión es la que expuso el jurista Ihering o Teoría Objetiva de la Posesión, conforme a la cual reconoce que existen en la posesión dos elementos fundamentales el Corpus y el Animus de los cuales nos ocuparemos a continuación.

1.2.1 El corpus en la posesión.

Consideramos que el corpus de acuerdo el jurista Ihering, no se circunscribe a la relación individuo cosa, toda vez que dicha relación física no tiene significado jurídico ya que esta proximidad material, se puede dar sin que haya posesión por lo que textualmente se debe entender como "*para que la*

*relación física adquiera significación jurídica, en primer lugar es necesario que exista el interés. Este es fundamental en toda la doctrina de Ihering, no sólo por lo que se refiere a la posesión, ya que él define al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente, el detentador debe tener un interés no simplemente esa relación física con la cosa. Ese interés motiva su voluntad para conseguir un fin; este fin es llevar a cabo la explotación económica de la cosa*⁶³

1.2.2 Intencional, animus.

De acuerdo con Ihering el segundo elemento de la posesión es el animus que consiste en otra exteriorización encaminada al propósito de explotación económica de la cosa siendo este propósito el que constituye el animus que deberá de ser indisolublemente ligado al corpus, así pues Rojina Villegas lo comenta en los siguientes términos:

"El corpus no queda constituido por una simple relación material, sino por un interés que motiva la voluntad para perseguir un fin, el corpus se encuentra ligado en forma indisoluble con el animus, en otras palabras, el propósito de explotación económica que existe en la intención del poseedor, se traduce en una serie de

⁶³ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit., Tomo II, Pág. 194.

*actos que constituyen el corpus, así que en todo fenómeno material de explotación económica habrá en el fondo un propósito, y este es el que constituye el animus.*⁶⁴

En este contexto, el maestro Rojina Villegas Rafael, hace la conclusión de lo señalado y expone que: *"El animus . . . se comprende como el simple propósito de explotación económica de una cosa y el corpus como el conjunto de actos que permiten esa explotación . . ."*⁶⁵

En concordancia con lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el mismo sentido, para lo cual podemos citar la tesis aislada que enseña:

"POSESION APTA PARA PRODUCIR LA PRESCRIPCION. *Las condiciones necesarias para prescribir, conforme a las disposiciones legales actualmente en vigor, las cuales se apartan de la teoría clásica de la posesión, requieren la prueba de que se ha poseído a título de propietario, de manera que la simple intención de poseer como dueño, no es suficiente para producir la prescripción. Aun dentro de la doctrina jurídica expuesta por Savigny, que exige en la posesión la concurrencia de un elemento externo corpus y otro Interno animus, se ha admitido que el animus domini, considerado como un elemento psicológico, debe exteriorizarse mediante la realización de actos que implican el ejercicio regular del derecho de propiedad. El mismo tratadista explica que las palabras animus domini sólo tienen por objeto determinar la naturaleza de la intención requerida para poseer, relacionándola a lo que el propietario tendría derecho a hacer, sin pretender, en manera alguna, que la*

⁶⁴ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 195.

⁶⁵ Idem.

intención del poseedor deba tener por objeto el derecho de propiedad en sí mismo, lo que sería absurdo, por ejemplo, de parte del ladrón. Los artículos 826 y 827 del Código Civil en vigor, adoptan la teoría de la causa posesionista, que permite acreditar cual es el estado del espíritu del presunto poseedor por la demostración que resulta de su título, ya que nadie pueda cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión, salvo el caso de intervención del título. Es decir, que habiendo entrado en la ocupación por virtud de un título, será, éste el que determine la existencia o inexistencia del concepto de propietario como una presunción legal.⁶⁶

1.3 Pérdida del elemento corporal.

Como se expuso en los puntos anteriores, la circunstancia material de tener una cosa físicamente es fundamental para constituir la posesión, es así que si por alguna razón se perdiera el contacto físico material con la cosa poseída se rompe con dicha institución.

En este sentido el artículo 828 del Código Civil Federal señala las formas por medio de las cuales se puede perder la posesión y que a la letra dice:

"Artículo 828. La posesión se pierde:

- I. Por abandono;*
- II. Por cesión a título oneroso o gratuito;*

⁶⁶ Tesis, Volumen XXII, Cuarta Parte, Pagina 358, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tercera Sala

III. Por la destrucción o pérdida de la cosa o por quedar fuera del comercio;

IV. Por resolución judicial

V. Por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año

VI. Por reivindicación del propietario

VII. Por expropiación por causa de utilidad pública

De lo anterior se puede observar que la pérdida de la posesión también trae aparejada la pérdida de la cosa, con lo cual ya no se podría llevar a cabo ningún acto que tuviera interés o propósito de explotación económica de la misma, además lo anterior tiene apoyo en la tesis aislada que enseña:

"POSESION. La posesión no requiere el "animus Domini", que exigía la antigua jurisprudencia, para ser protegida en el juicio constitucional. Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho (artículo 790 del Código Civil del Distrito Federal) y como tal debe ser amparado en los términos del artículo 14 constitucional."⁶⁷

⁶⁷ Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXXVIII, Página: 1019

1.4 Pérdida del elemento intencional.

Como se definió con anterioridad la posesión es un estado de hecho, que consiste en tener una cosa y efectuar sobre ella actos materiales de uso y de goce como si se fuera propietario, entonces la posesión es un hecho como lo es la vida y lo único que hay de jurídico en ella es los medios legales empleados para proteger este hecho.

La posesión en la doctrina tradicional se compone de dos elementos siendo el primero el corpus o elemento material y el animus o intencional, en este sentido los maestros Marcel Planiol y Georges Ripert señalan que *"el animus es la intención del que posee, de obrar por su propia cuenta"*⁶⁸ de lo anterior debemos entender que si la posesión carece de voluntad no existe relación posesoria y esto regularmente se ve o se aprecia en los contratos traslativos de dominio en los que se retiene la cosa pero se transfiere la propiedad.

⁶⁸ Planiol, Marcel y Ripert Georges, Ob. Cit. Tomo III, Pág. 98

2. Derecho real.

2.1 Concepto.

El concepto de derecho real, como la gran mayoría de las instituciones jurídicas actuales, proviene del derecho romano, en donde encontramos que el concepto de derecho real tiene su génesis en la división que hizo Gayo entre los derechos pertenecientes a las personas *ius quod ad personas pertinent* y *iusquod ad res pertinent* que eran los derechos perteneciente a la cosas; para Gayo estos últimos comprendían derechos patrimoniales en general, es decir, derechos reales y personales. En donde nace realmente la distinción entre ambos derechos es en el derecho procesal romano donde se establece la diferencia entre acciones reales y personales.⁶⁹

Por la *actio in rem*, uno reclama lo que le pertenece, mientras que por la *actio in personam* se exige lo que otra persona le debe...⁷⁰

Ya dentro de la doctrina moderna el maestro Manuel Bejarano Sánchez dice lo siguiente: " El *derecho real* es la facultad o poder de aprovechar

⁶⁹ Cfr. Floris Margadant S., Guillermo, *El Derecho Privado Romano*. Vigésima segunda edición, Edit. Esfinge, S.A: de C.V., Naucalpan, Edo. de México, 1997, Pág. 304.

⁷⁰ *Idem*.

autónoma y directamente una cosa (del latín *res*: cosa)⁷¹ y así también explica "Si usted tiene derecho directo sobre el objeto y lo ejercita por sí mismo, inmediatamente, sin dependencia de otra persona, entonces usted tiene un derecho real ..."⁷²

Para los juristas franceses Marcel Planiol y Georges Ripert, es más reciente de lo que parece, y al respecto exponen *"fue utilizada por los comentaristas para traducir la expresión actio in rem y para formar una antítesis a las palabras personales acciones, ya usadas en el Imperio . . . De las acciones se extendió posteriormente a los derechos mismos."*⁷³

Ahora bien, ya referido al derecho mismo, podemos comentar que el concepto ha evolucionado para incluir los elementos más característicos, como lo son los elementos subjetivos, el objetivo y su preferencia, de tal suerte que recientemente se acepta que por derecho real puede entenderse:

"Bajo su aspecto interno el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa. Bajo su aspecto externo lo que aparece es la obligación general que tiene por fin hacer respetar

⁷¹ Bejarano Sánchez Manuel, Ob. Cit. Pág. 4.

⁷² Idem.

⁷³ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Ob. Cit. Pág. 24

*la situación del titular respecto de la cosa; obligación pasiva que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal*⁷⁴

De los conceptos señalados suelen desprenderse los elementos del derecho real que a continuación expondremos.

2.2 Elementos del derecho real.

2.2.1 Poder jurídico sobre la cosa.

El derecho real es ejercido por el titular sobre una cosa, a este fenómeno jurídico lo que significa *"la creación de una relación entre una persona y una cosa. Con esto se quiere decir que todo derecho real, no hay nada intermedio entre la persona que es titular del derecho y la cosa objeto del mismo."*⁷⁵

Luego entonces el derecho real es un poder jurídico que recae sobre una cosa, respecto de esta última puede decirse lo que a continuación expondremos, ya que la misma suele tener el carácter objetivo del derecho que se estudia.

⁷⁴ Borja Soriano, Manuel, Ob. Cit. Págs. 78

⁷⁵ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Ob. Cit. Pág. 20

2.2.2 Elemento objetivo del derecho real.

En párrafos anteriores comentábamos que el derecho real recae sobre una cosa, esta puede identificarse como el elemento objetivo del derecho real, y en relación con el mismo se dice:

"El derecho real se refiere a la apropiación de una riqueza, . . . el derecho real únicamente puede recaer sobre cuerpos determinados e individualizados, porque únicamente son susceptibles de apropiación los bienes individualmente designados o que pueden individualizarse."⁷⁶

Lo anotado, nos puede llevar a decir que el derecho real debe recaer sobre un bien susceptible de ser apropiado, lo cual de acuerdo con lo ya se ha visto debe encontrarse en el comercio y además debe tener la aptitud de que el mismo pueda ser individualizado.

2.2.3. Los sujetos activo y pasivo en el derecho real.

Tradicionalmente se acepta que en los derechos reales encontramos al sujeto activo, esto es, al que se encuentra vinculado con la cosa por el poder

⁷⁶ Bonnecase, Julien, Ob. Cit. Pág. 468

jurídico que la ley le reconozca, y en el otro extremo al sujeto pasivo que esta representado por todas las personas, quienes tienen la obligación negativa de no realizar ningún acto que moleste al titular del derecho real, al respecto se sostiene: *"La obligación impuesta a los sujetos pasivos es puramente negativa: consiste en abstenerse de todo lo que podría turbar la posesión apacible que la ley quiere asegurar al propietario."*⁷⁷

2.3.4 El derecho de preferencia como atributo del derecho real.

Se ha dicho que el derecho real es oponible a terceros, lo que confiere un derecho de preferencia, entendido como la *"prerrogativa, consistente en que al entrar en conflicto varias personas, que han adquirido, en épocas diferentes, derechos reales de la misma o de diversa naturaleza sobre, triunfa el derecho adquirido primeramente, sobre los adquiridos con posterioridad ...En el fondo, solo puede hablar verdaderamente de derecho de preferencia...tratándose de los derechos desmembrados de la propiedad o simplemente, quizá de los derechos reales de garantía."*⁷⁸

De la noción jurídica, doctrinal del derecho real, pueden desprenderse los principios que explica el maestro Rojina Villegas Rafael, como son el orden de preferencia y la calidad del derecho, sobre los cuales expone lo siguiente:

⁷⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Ob. Cit. Pág. 22

⁷⁸ Bonnecase, Julien, Ob. Cit. Pág. 469

"La preferencia en el derecho real se rige por dos principios:

1º El que es primero en tiempo, es primero en derecho, dentro de la misma categoría de derechos reales.

2º. La mejor calidad del derecho real le otorga preferencia sobre derechos reales de inferior categoría, aún cuando sean constituidos con anterioridad. Es decir ante la igualdad de derechos reales, por ser de la misma categoría, la preferencia se establece por el tiempo."⁷⁹

Con lo apuntado podemos advertir que el derecho de preferencia tiene lugar cuando el derecho real recae sobre un bien dado en garantía como es el caso de la prenda, ya que por definición constituye un derecho de preferencia en el pago, ello de acuerdo el artículo 2856 del Código Civil Federal.

3. La posesión como derecho real.

La posesión de los derechos reales o personales se distinguen como dos cosas distintas. Poseer una cosa por virtud de un derecho real o personal o poseer un derecho en sí ya sea real o personal.

⁷⁹ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 22

La posesión es como hemos venido diciendo, es un hecho que se manifiesta en el mundo objetivo que se aprecia a través de nuestros sentidos sin tomar en cuenta ninguna otra circunstancia, esto es, que de acuerdo a lo anteriormente expresado la posesión puede derivar en primer término por un derecho real legalmente adquirido que le confiere al sujeto el derecho de gozar, usar y disfrutar de su cosa como legítimo y real propietario, así por ejemplo el maestro Rojina Villegas señala textualmente lo siguiente:

"Cuando decimos que una persona tiene la posesión de una cosa como consecuencia del derecho real de usufructo, suponemos que ese derecho real está adquirido legítimamente, y que la consecuencia de un derecho real es el uso y goce que le confiere la posesión."⁸⁰

Por otro lado y en segundo término, cuando de acuerdo al actuar de un sujeto sobre una cosa hace suponer que es poseedor de esa misma, sin importar si tiene o no título que lo legitime, se presenta como poseedor de un derecho real en sí mismo, por ejemplo en el caso del usufructuario que aprovecha los frutos de la cosa y realiza las acciones reales derivadas del usufructo está ejercitando un derecho por sí mismo en este sentido la doctrina dice:

⁸⁰ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ob. Cit, Pág. 210

"Así por ejemplo no decimos que alguien es usufructuario, sino que posee el derecho de usufructo, justamente para eludir el problema legal de si tiene título o no. Solo advertimos un hecho: que alguien se ostenta como usufructuario porque ejecuta actos que implican el ejercicio de ese derecho"⁸¹

Creemos que la idea clave en el entendimiento de la anterior exposición, está en observar que el sujeto que ejercita el derecho de posesión a través de actos y acciones reales sobre una cosa: es poseedor de esa misma con independencia de si dicho ejercicio deriva de la propiedad o no.

Asimismo, Marcel Planiol y Georges Ripert, se pronuncia en este mismo sentido señalando lo siguiente:

"Siendo un hecho la posesión, el problema de saber si el poseedor tiene o no el derecho de obrar, como lo hace, es indiferente para la existencia de la posesión, y para la realización de sus efectos. Resulta de esto que el poseedor que obra sin derecho está asimilado (solo desde el punto de vista de la posesión) a aquél que ejerce un derecho realmente existente.

⁸¹ Idem.

*Por ello, debemos guardarnos de definir la posesión, como se hace a veces, diciendo que el 'ejercicio de un derecho'. La posesión es el ejercicio de un derecho, cuando el derecho existe; pero se puede tener la posesión sin tener ningún derecho que ejercer*⁸²

En este orden de ideas, y de acuerdo con lo expuesto con relación a la posesión que se establece del contrato de prenda, es claro ver que el derecho de posesión que se deriva de dicho contrato tiene un origen legítimo, esto es, que el poseedor tiene legalmente otorgado este derecho de poseer la cosa dada en garantía al amparo de un título y por el hecho de retenerla.

4. La prenda se concibe por el derecho real de posesión e indefectiblemente entregando la cosa materia de la misma.

En el curso del presente trabajo, se han expuesto las características doctrinales del contrato de prenda mercantil incluyendo las disposiciones que las establezcan en nuestra legislación civil y mercantil, de esta manera, llega el momento de hacer una reflexión, relativa a la naturaleza y propiedades de las instituciones jurídicas.

⁸² Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo III, Los Bienes, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991, Pág. 97

Con lo anterior queremos significar que en el presente trabajo se aceptan como ciertas las características básicas que la doctrina y la legislación suelen atribuir al tradicional contrato de prenda mercantil y que incluso han sido adoptados en nuestra legislación, sobre todo en la civil.

Ahora bien, los anunciados principios nos permiten distinguir al contrato de prenda mercantil del resto de los actos jurídicos, al respecto estimamos que el derecho como cualquier ciencia ha establecido instituciones jurídicas, las que se componen por el derecho vigente, la jurisprudencia y la doctrina desarrollada por los distintos actores que intervienen en su interpretación y aplicación como lo son el legislador, los jueces y abogados, sobre estos últimos incluso se ha dicho:

*"Algún juez, en un arrebato de sinceridad, ha dicho que la jurisprudencia la hacen los abogados. Esto es así, porque en la formación de la jurisprudencia, y con ella la del derecho, el pensamiento del juez es normalmente un posterius; el prius corresponde al pensamiento del abogado."*⁸³

Consideramos que el conocimiento de una institución jurídica más que la ley, la otorga el pensamiento jurídico que sobre la misma se desarrolla,

⁸³ Couture, Eduardo J., Los Mandamientos del Abogado, Librería Editorial DEPALMA, S.A. C e I, Buenos Aires, 1952, Pág. 29

estableciéndonos en su conjunto las propiedades que le distinguen de las demás figuras jurídicas.

Por eso creemos que el contrato de prenda ya sea civil o mercantil comparten aspectos fundamentales y cualquier intento de eliminar alguno de ellos en realidad da lugar a una falsa y equivocada noción de la figura que bajo dicho nombre pretenda regularse.

A manera de ejemplo, sería el de la confusión que existe entre las figuras jurídicas del Poder y el Mandato, donde la primera es una manifestación unilateral de voluntad que faculta a otra persona a realizar actos en nombre y representación del poderdante y surte sus efectos ante terceros, además de establecer una representación voluntaria directa; y el segundo, el mandato, es un contrato que involucra a dos voluntades, como son la del mandante y el mandatario; acto por medio del cual se crean obligaciones de hacer, consistente en la realización de la representación, pero sin que estos actos tengan efectos ante terceros y establece una representación voluntaria indirecta; Así que, aún y cuando en la actualidad se manejan por algunos autores como sinónimos, no es suficiente para creer que es lo mismo, puesto que indudablemente sus características siguen siendo absolutamente distintas, por lo que somos de la opinión que el contrato de prenda mercantil lo es por las características que le son propias, porque sin ellas dejaría de ser lo que es.

Ahora bien, a lo largo del presente trabajo se ha recorrido el camino que conduce al conocimiento de las cualidades que no pueden faltar en el contrato de prenda, mismas que permiten distinguirlo de otros contratos de garantía, en cuanto a las propiedades del contrato de prenda mercantil deducimos que puede distinguirse como esenciales las relativas a la creación de un derecho real de posesión, así como la entrega del bien prendario que garantiza el cumplimiento de la obligación principal, dando como resultado que dichos elementos lleguen a ser inseparables como lo serían el hidrógeno y el oxígeno para formar el agua, y se les escinde evidentemente no habrá contrato de prenda, como tampoco tendremos agua.

Lo anterior encuentra pleno fundamento en el concepto mismo de la prenda mercantil ya que cuando el deudor entrega al acreedor la posesión del bien prendario, esto es, el poder jurídico que se ejerce sobre la cosa pasa al acreedor con motivo de la garantía que se ha constituido, mismo que da lugar a una preferencia en el pago, la cual resulta oponible a todas las demás personas, siempre que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad.

Pero además para que estemos frente a la figura de la prenda, debe acontecer que quien la otorga deba ser físicamente desposeído de la cosa y que

la misma debe ser entregada al acreedor, para que mediante dicho evento se tenga por constituida la prenda ya sea civil o mercantil.

5. Desnaturalización de la prenda mercantil a través de la figura de la prenda sin transmisión de la posesión regulada por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para el desarrollo del presente punto es conveniente transcribir el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya que este numeral establece la figura del contrato de prenda sin transmisión de la posesión y sin la natural entrega del bien que garantiza la obligación principal.

"Artículo 346.

*La prenda sin transmisión de posesión, constituye un **derecho real** sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y se preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados.*

De la lectura del texto anterior se pueden advertir graves deficiencias en su redacción tanto de tipo jurídico, como doctrinal, es por tal motivo, que dicha definición perturba de manera tal al concepto del contrato llegando a desnaturalizar la institución jurídica de la prenda, toda vez que, al tratarse de un contrato real, en el cual, el deudor se obliga a entregar una cosa (la cosa pignorada), obligándose por tanto, a otorgar al acreedor el derecho real de poseerla.

Debemos determinar que ese poder inmediato no significa que el poseedor necesariamente tenga al natural alcance de la mano la cosa pignorada, pero si significa que a la voluntad del poseedor puede realizar actos que lo coloquen en ese momento con toda la posibilidad de realizar su poderío de manera directa e inmediata, sin tener por obstáculo la falta de posesión de la misma o tener intermediarios que le procuren realizar dicho poder.

Por lo anterior entendemos, que si no posee la cosa no se podrá ejercer a voluntad cualquier acto sobre la misma de manera directa e inmediata.⁶⁴

⁶⁴ De Ibarrola, Antonio, Cosas y Sucesiones, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1991, Pág. 61 En este mismo sentido, se pronuncia el maestro Antonio de Ibarrola citando a Aubry y Rau, en los siguientes términos:

" En cuanto a los DERECHOS REALES, dice Aubry y Rau que los hay 'Cuando una se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata a cualquier otra'. La definición implica como carácter esencial del derecho real una relación entre una persona y una cosa, relación en la cual no existe INTERMEDIARIOS."

Así a manera de ejemplo, cuando la cosa dada en prenda se encuentra depositada en un lugar en donde el acreedor pignoraticio no es propietario, tendrá que pedir permiso al propietario del lugar para tener acceso a dicha cosa, situación por la cual el acreedor no ejerce su derecho real de posesión, pues existe un intermediario que le obstaculiza el ejercicio directo e inmediato sobre dicha cosa.

De esta manera, nosotros consideramos en principio que este tipo de contrato que supone una prenda sin transmisión de posesión desnaturaliza el espíritu del contrato de prenda tanto legalmente como doctrinalmente se viene estudiando; toda vez que al proponer que se crea un derecho real que sería el de posesión sin entregar la cosa pignorada se rompe de plano con el derecho real, en razón de que si no se tiene la cosa no se ejerce en ella ningún poder directo ni inmediato, en consecuencia, sucede lo mismo con la posesión, ya que el acreedor se vería imposibilitado de poner el interés necesario para conservar la cosa, para obtener como fin, si se da el caso, de solicitar su remate para recuperar su crédito vencido.

En obvia observación es claro que el corpus es aún todavía más imposible, pues al no detentarse la cosa nunca se podría realizar la serie de actos sobre ella para conservarla y en un futuro, si fuese necesario, lograr su objeto económico de venderla a través del órgano jurisdiccional.

En cuanto a lo que señala el multicitado numeral 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en referencia a que el bien mueble que se constituye en prenda tiene como objeto garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago; es importante resaltar que la forma de asegurar la preferencia en el pago es el hecho de que ninguna otra persona pretenda hacer valer un mejor derecho sobre la cosa pignorada, esto es, que por si alguna razón un tercero quiere apropiarse la cosa o cobrar con ella un crédito pendiente, no será posible porque el acreedor pignoraticio es poseedor de ella y esta inscrita a su favor en el Registro Público de la Propiedad, y el único crédito que la multicitada cosa está obligado a cubrir es el del acreedor que celebró contrato de prenda con ella, es preferencia el estar en una mejor posición a la de cualquier otro deudor.

Como advertimos anteriormente, la única forma que tiene el acreedor pignoraticio de asegurar efectivamente su preferencia en el pago de su crédito, generado del contrato de prenda, es la de poseer la cosa de manera física y legal.

Esto se deduce debido a que ya en la realidad la persona que no posee la cosa dada en prenda podría tener problemas en el momento de hacer efectivo su crédito en preferencia con otros acreedores.⁸⁵

Así pues, consideramos que realizar un contrato de prenda sin transmisión de posesión, desvirtúa totalmente el espíritu del contrato de prenda ya que fue creado para garantizar un crédito pendiente con toda la seguridad para el acreedor, tan es así que se le entrega una cosa para que no se preocupe de nada ni de nadie para llegado el momento se cubra su crédito y el sea el único que promueva su venta de manera directa e inmediata.

⁸⁵ En otras palabras, no hay nada más seguro para garantizar el crédito, que el que se tenga la cosa. en palabras mucho más coloquiales -"mas vale pájaro en mano"-

6. Identificación de los elementos de la prenda sin transmisión de la posesión regulada en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito con la hipoteca de bienes muebles.

Consideramos que la prenda "sin transmisión de posesión" contiene elementos que pueden identificarse con otra figura jurídica, en la cual la garantía la conserva el deudor, como es el caso de la hipoteca, puesto que la intención que se persigue con el contrato de prenda sin transmisión, es otra a la que se persigue con el auténtico contrato de prenda.⁸⁶

⁸⁶Para ello creemos necesario transcribir el artículo 19 del Código Civil Federal, mostrando el principio de interpretación jurídica o legal, y así mismo dentro de los numerales que aparecen al final en forma concordada nos remite al artículo 1851:

"Artículo 19.- Las controversias judiciales deberán resolverse conforme a la letra de la ley, o de su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho. 18, 20, 760, 761, 1302, 1851, 1852, 1853, 1854, 1855, 1856, 1857 y 1958.

Lo anterior, señala al artículo 1851 del título cuarto de las obligaciones, primera parte de las obligaciones en general, título primero, fuentes de las obligaciones, capítulo I, apartado Interpretación, del mismo cuerpo legal, como el principio de interpretación contractual y que textualmente dice:

"Art. 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de las cláusulas.

Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas."

Así que de la lectura de las transcripciones anteriores se desprende que la interpretación del contenido de las leyes como de los contratos, siempre se resolverán tomando en cuenta cómo uno de los elementos primordiales la intención que se persigue y cuales serían sus consecuencias efectivas en el mundo real.

Para reafirmar lo anterior se subrayan de las siguientes tesis que se transcriben, lo que en nuestra opinión del contenido le es a fin a nuestro criterio:

CONTRATOS, INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS DE LOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). *En un contrato sólo pueden pactarse cuestiones concernientes al atentado a lo dispuesto por el numeral 1785 del Código Civil del estado, de ahí que, si en alguna de las cláusulas se advierte que pudiera referirse a un diverso contrato, esto no debe interpretarse así, sino en el sentido ya indicado, toda vez que, cuando alguna cláusula admite un diverso sentido, debe entenderse en el más adecuado para que produzca sus efectos o, si alguna es dudosa, debe interpretarse en el sentido que resulte del conjunto de todas o bien, cuando se utilicen palabras que tengan distinta acepción, serán entendidas en*

Es claro para nosotros y para el legislador que la intención que tienen el contrato de prenda sin transmisión de posesión sin entrega de la cosa pignorada es totalmente distinta a la de la prenda como se concibe legal y doctrinariamente tanto civil, como mercantil, por lo tanto de tener como legal la propuesta de la garantía sin transmisión de la posesión de la cosa pignorada y sin la entrega de la cosa pignorada, se debe tener con el nombre correcto dentro del universo legal conocido y que en nuestra opinión sería el de hipoteca de bien mueble, coincidiendo con lo expresado los estudiosos Marcel Planiol y Georges Ripert señalan lo siguiente:

"Pretendidas prendas establecidas sin desposesión.- El legislador moderno, que no se preocupa por los principios Científicos del Derecho, cree haber establecido, en dos leyes recientes, prendas

aquella que sea acorde a la naturaleza y objeto del contrato, como lo establecen los artículos 1786, 1787 y 1788 del invocado Código sustantivo.

Tesis: P./J.50/98 Página: 371, Octava Epoca, Instancia:Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XV-I, Febrero de 1995.

CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS. La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones aplicables, atenta a la regla de interpretación del Código Civil vigente en el Estado de México, consistente en que: "Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, ésta prevalecerá sobre aquéllas."

Tesis, Página: 847, Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente:Semanao Judicial de la Federación, Tomo IX, Febrero de 1992.

CONTRATOS. INTERPRETACION DE LOS. La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables; atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Tesis, Página: 207, Sexta Epoca, Instancia: Tercera Sala,Fuente: Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN.

regularmente constituidas sin desposesión del deudor. Empero se ha engañado absolutamente. El primer ejemplo se encuentra en la ley del 1º. De marzo de 1898, sobre la pignoración de los establecimientos de comercio: esta pignoración era antiguamente muy difícil de establecer porque no se sabía en que forma poner al acreedor en posesión de su prenda. La ley de 1898 decide que la pignoración se hará mediante una simple inscripción en un registro especial. Algunos meses más tarde la Ley del 10 de julio 1898 sobre los warrants agrícolas creaba un segundo caso de prenda sin desposesión, permitiendo a los campesinos obtener prestamos sobre los productos de su explotación, sin desposeerse de ellos y, en 1913 se estableció con el nombre de warrant hotelero una nueva prenda sin desposesión.

Tales innovaciones pueden ser buenas y útiles; sólo que el legislador se engaña; no se trata de prendas, sino de hipotecas muebles que únicamente confieren el derecho de preferencia. Corresponde al legislador cambiar las condiciones de validez de un acto: más no desconocer las definiciones científicas que dependen únicamente del razonamiento".⁸⁷

⁸⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo VI, Ob. Cit. Págs. 46 y 47

Considero entonces que de acuerdo con el Código Civil Federal la figura jurídica que se apegaría en cuanto a sus consecuencias jurídicas, sería el contrato de hipoteca de bienes muebles, porque éste establece una garantía sin desposesión del bien, como lo prevé el artículo 2893, del invocado ordenamiento que dispone:

*"Artículo. 2893. 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".*

Lo anterior lleva a sostener que la figura jurídica que se regula en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo el nombre de prenda sin transmisión de posesión, es engañosa e inadecuada.

7. Propuesta de denominación para de la figura regulada en el artículo 346 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el presente trabajo se dejó apuntado que basta advertir que los elementos identificados como básicos en el contrato de prenda son la creación de un derecho real de posesión y la entrega de la cosa pignorada al acreedor para garantizarle la obligación de lo principal y que ante su ausencia no puede darse la figura de dicho contrato.

De lo anterior inevitablemente se sigue, que engañosamente el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, llama prenda a un acto que no lo es, por la básica y demostrada razón de que para que haya prenda debe crearse un derecho de posesión y la entrega del bien pignorado, y al pretender establecer una prenda sin dichos elementos, no puede existir el contrato de prenda, sino más bien el de hipoteca sobre bienes muebles.

Al respecto, basta llamar la atención en el sentido de que la hipoteca en nuestro derecho y doctrina es el contrato en el cual no es entregado el bien que servirá para garantizar la obligación de que se trate, lo cual nos lleva a sostener que en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito están comprendidos los elementos de la hipoteca y no así los de la prenda.

Además, lo anterior es valido para la situación de la entrega jurídica que establece el Código Civil Federal, ya que dicha entrega no cumple con los requerimientos del contrato de prenda mercantil.

La idea de nombrar correctamente a una figura jurídica de nueva creación e incluir elementos que no le son propios dentro del mundo legal mexicano, es el de evitar la confusión en cuanto a la correcta concepción de lo que uno se obliga dentro de un contrato de prenda, esto es, que si por siglos se ha concebido desde un principio desde su idea más primitiva y se ha conservado hasta la actualidad la idea de que la prenda es la forma en que un acreedor asegura su crédito al momento de que el deudor le entrega una cosa y el esta seguro que será el único que podrá iniciar las gestiones para su remate y así pagarse la deuda, es por eso que creemos que el legislador demostró falta de análisis y de técnica jurídica al arrojar una figura tan deficiente en sus bases, como la prenda sin transmisión de posesión, ya que sólo viene a desnaturalizar y confundir a la prenda como una institución jurídica perfecta y estable.

En este sentido queremos exponer que la ciudadanía o cualquier persona que por cualesquiera razón se sujete al régimen legal mexicano debe tener seguridad jurídica. Esto es, que las leyes deben ser pensadas y creadas de forma clara y precisa para que no de lugar a duda ni confusión en la conciencia del individuo.

Por lo que, se considera que el legislador debe ser mas meticuloso en su trabajo y no crear leyes o figuras jurídicas que sólo vienen a confundir o a tratar de desvirtuar instituciones que a través del tiempo han bien ganado su posición en el universo jurídico actual.

Bajo las premisas comentadas el artículo 346 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, siguiendo los principios básicos de la hipoteca como lo es el que se trate de una garantía, que recae sobre bienes y que además estos últimos los conserva y usa el deudor el legislador podría adoptar el siguiente texto:

"La hipoteca mercantil, es un derecho real constituido sobre los bienes o derechos susceptibles de garantizar las obligaciones creadas con motivo de la celebración de las operaciones de crédito que este ordenamiento establece, quedando la posesión física en el deudor y la de los documentos justificatorios de la titularidad o propiedad de los mismos en poder del acreedor e incluso ejercer los derechos que le correspondan atendiendo a su naturaleza para pagar al acreedor con el valor de los mismos mediante el procedimiento que establezca la Ley respectiva."

Estimamos que la hipoteca recae tanto sobre bienes muebles, como inmuebles, por lo tanto lo anterior nos llevaría a decir que los títulos de crédito, dado su carácter de cosas mercantiles según lo dispone el artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podrían ubicarse en el ámbito de los bienes muebles en términos del artículo 759 del Código Civil Federal.

También creemos que tener una postura abierta al cambio, a la renovación y actualización del sistema jurídico mexicano, es muy sano para el entorno social actual, donde los cambios son realmente vertiginosos y necesarios; puesto que el pretender sostener un marco legal rígido y añejo sería en realidad un error, pero los cambios que se pretendan establecer deberán siempre dentro de lo posible atender a las bases de los principios legales y doctrinales, para no caer como se ha repetido de manera insistente en confusiones y errores.

Por otro lado, estimamos que la figura de la prenda mercantil podría innovar en el sentido de ampliarla al terreno de los bienes susceptibles de ser tomados como garantía en la celebración de todo tipo de contratos mercantiles, incluyendo a los títulos de crédito, bienes muebles mercantiles e incluso bienes inmuebles, ya que la inclusión de este tipo de bienes no se contrapone con los principios legales actuales y doctrinales establecidos para el contrato de prenda, siempre que los mismos sean considerados como tales por la legislación

mercantil, tal es el caso de bodegas, comercios, edificios, vagones de trenes cuando se encuentran sobre la vía, etc.

C O N C L U S I O N E S

1. El contrato de prenda es un contrato que fue concebido al principio de la creación del derecho en el mundo, regulando una situación bien específica en cuanto a que es un contrato de garantía que establece un derecho real de posesión a través de la transmisión de la cosa pignorada.
2. El contrato de prenda, es un contrato que indiscutiblemente crea un derecho real, siendo este el poder jurídico que se ejerce de manera directa e inmediata sobre la cosa transmitida y que es un elemento necesario para su perfección.
3. El contrato de prenda crea el derecho real de posesión, ya que la posesión es un estado de hecho que tiene interés, objetivo económico y fin por parte del acreedor pignoraticio a realizar actos para la conservación y en un dado caso gestionar el remate para la venta de la cosa.
4. El contrato de prenda es un contrato de garantía que proporciona una seguridad jurídica perfecta al acreedor, esto es, que no hay mayor seguridad para el acreedor que el detener la cosa en su poder para hacer efectivo su crédito.

5. La preferencia en el pago en el contrato de prenda es otro elemento de garantía plena que da absoluta seguridad al acreedor, porque a diferencia de otros contratos al poseer la cosa se coloca en una posición privilegiada ante cualquier otro crédito pendiente con el mismo deudor.

6. El contrato de prenda sin transmisión de posesión, es una figura que pretende regular una situación plenamente establecida como es la de la prenda, planteando hipótesis que solo viene a desnaturalizar un concepto que tiene además de siglos de tener bases y principios sólidos y que solamente crea confusión.

7. El contrato de prenda dentro de la doctrina actual, tiene pleno reconocimiento, estudio y concepción en cuanto a los elementos que le son básicos y esenciales y que son tratarse de un contrato de garantía, con la transmisión de la posesión y la consecuente desposesión que deber necesariamente soportar el deudor a favor de su acreedor.

8. El contrato de prenda sin transmisión de posesión se opone de plano con los principios que indicamos en el punto anterior.

9. El contrato de prenda sin transmisión de posesión regulado por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por sus elementos en realidad regula aspectos que pueden atribuirse a la figura de la hipoteca.

En efecto, la hipoteca es un contrato con motivo del cual el deudor conserva la cosa dada en garantía del crédito.

10. El contrato de prenda sin transmisión de posesión no crea efectivamente un derecho real, toda vez que a nuestro saber y entender al no detentar la cosa el acreedor se vislumbra muy difícil ejercer un poder directo e inmediato sobre la misma.

11. El contrato de prenda sin transmisión de posesión debe derogarse por establecer una figura jurídica inoperante en cuanto a su naturaleza, o bien, darle el tratamiento que conforme a la doctrina le corresponda.

12. El legislador, al crear nuevas figuras jurídicas es indispensable que se asesore por los estudiosos del derecho, para investigar a fondo las iniciativas de ley y plantear perfectamente que es lo que persigue con las mismas, es tan necesario que con mucho cuidado reflexione sobre la existencia de las ya existentes y no propiciar confusiones en la legislación vigente.

13. Por cuanto a las consecuencias jurídicas que un contrato de prenda sin trasmisión de posesión pueden traer al mundo jurídico, creemos que son factibles y dables siempre y cuando se le de a la figura el nombre y elementos correctos, así no habría problema en cuanto a su conceptualización y cabría perfectamente dentro de la realidad actual sin ningún problema. En el caso de nuestra tesis, la propuesta consiste en la siguiente:

"La hipoteca mercantil, es un derecho real constituido sobre los bienes o derechos susceptibles de garantizar las obligaciones creadas con motivo de la celebración de las operaciones de crédito que este ordenamiento establece, quedando la posesión física del deudor y la de los documentos justificatorios de la titularidad o propiedad de los mismos en poder del acreedor e incluso ejercer los derechos que le correspondan atendiendo a su naturaleza para pagar al acreedor con el valor de los mismos mediante el procedimiento que establezca la Ley respectiva."

14. Es necesario tener una mente abierta a los cambios e innovaciones jurídicas que tienden a resolver problemáticas actuales, pero dichas innovaciones deberán apagarse en lo posible a las leyes, principios y doctrina existente, procurando lograr siempre figuras legales que no caigan en la confusión y el error.

15. Dentro de los bienes que podrían ser susceptibles de ser tomados como garantía para el contrato de prenda mercantil es factible que además de los títulos de crédito que señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 334, en todas sus fracciones, también puedan ser incluidos bienes muebles e inmuebles mercantiles.

B I B L I O G R A F Í A

1. Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press Harla México, Cuarta Edición, México, 1997.
2. Becerra Bautista, José, El Proceso Civil en México, Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
3. Bonnacase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Edición, Editorial Harla, , México, 1993.
4. Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Catorceava Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
5. Bravo González, Agustín y Bravo Váldez, Beatriz, Derecho Romano Segundo Curso, Editorial Porrúa, Décimo Segunda Edición, México, 1985.
6. Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín, Derecho Romano Primer Curso Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México.1997.
7. Couture, Eduardo J., Los Mandamientos del Abogado, Librería Editorial DEPALMA, S.A.de C.V., Buenos Aires, 1952.
8. De Ibarrola, Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1991.
9. Díaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, Sexta Edición, Editorial Oxford University Press Harla México, México, 1998.
10. El Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, S.A. de C.V., Quinta Edición, México, 1999.
11. Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Vigésima Segunda Edición, Edit. Esfinge, S:A: de C:V., Naucalpan Edo. de México, 1997.
12. Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición, Puebla, Pue 1986.
13. Leyva, Gabriela y Ponce Cruz, Lisandro, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 1932-1982, Edición Conmemorativa del Cincuenta Aniversario de su entrada en vigor, Concordancia y Compilación de Jurisprudencia. Primera Edición, Editorial UNAM, Facultad de Derecho, México 1982.

14. Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo VI, Contratos de Garantía, Privilegios e Hipotecas, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991.
15. - Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, Tomo V, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991.
16. - Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo III, Los Bienes, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1991.
17. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 1995.
18. - Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, Vigésima Sexta Edición, México, 1995.
19. - Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 1994.
20. - Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, Vigésima Sexta Edición, México, 1995.
21. Vásquez del Mercado, Oscar, Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 2001.

L E G I S L A C I O N

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federa, Editorial Sista, S:A. de C:V., México, 2000.

Código de Comercio, Editorial Porrúa, Sesenta y seisava Edición, Leyes y Códigos de México, México, 2000.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, Sesenta y Seisava Edición, Leyes y Códigos de México, México, 2000.

Reformas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de fecha 30 de mayo de 2000.