



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN

" ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS
PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION REGULADOS
ACTUALMENTE EN EL CODIGO DE COMERCIO "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LUISA GABRIELA MORALES VEGA

ASESOR: LIC. FRANCISCO JAVIER HUIZAR ORTEGA



AGOSTO DE 2004





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.

Gracias a Dios;
y a mis padres a quienes debo todo.

Gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Estudios Superiores ACATLAN.

Gracias al Licenciado Francisco Javier Huízar Ortega, por compartir generosamente conmigo algo tan valioso como su tiempo y sus conocimientos.

Gracias a los Licenciados Ricardo H. Zavala Pérez y José Francisco Pedro Pérez Hernández, admirables seres humanos, notables juristas y verdaderos maestros.

Dedico con agradecimiento y cariño este trabajo a Marisol, a mis amigos.

Y a mis compañeros del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; y en especial, por permitirme ser parte de él, a los Magistrados Vidal Saldaña Alfaro y Rafael Avante Martínez.

ÍNDICE

| | |
|--|-------------|
| Introducción | xii. |
| Capítulo I | |
| LA GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. | 1 |
| A. La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el derecho romano. | 1 |
| B. La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en la ley de las “Siete partidas”. | 16 |
| C. La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el “Código Napoleónico”. | 19 |
| D. La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870. | 22 |
| E. La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884. | 29 |
| Capítulo II | |
| LA FIANZA, LA PRENDA, LA HIPOTECA Y EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL DERECHO MEXICANO ACTUAL. | 37 |
| A. En lo sustantivo. | |
| a. Contratos en general. | 37 |
| 1.- Clasificación de los contratos en general | 39 |
| b. La fianza en general. | 42 |
| 1.- La fianza mercantil. | 47 |
| c. La prenda en general. | 48 |
| 1.- En el Código Civil Federal. | 48 |
| 2.- En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. | 54 |
| d. La Hipoteca. | 61 |

| | |
|--|----|
| 1.- En el Código Civil Federal. | 61 |
| 2.- En la legislación mercantil. | 66 |
| e. La Prenda sin Transmisión de Posesión. | 69 |
| f. El fideicomiso de garantía. | 73 |
| B. En lo procesal. | 78 |
| a. Los juicios mercantiles en general. | 78 |
| b. Los juicios mercantiles en particular. | 82 |
| 1.- El ordinario. | 82 |
| 2.- El ejecutivo. | 84 |
| 3.- El procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión. | 89 |
| 4.- El procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía | 94 |
| 5.- El juicio especial hipotecario. | 95 |

Capítulo III

OBSERVACIONES

| | |
|--|-----|
| A. Observaciones al procedimiento de ejecución de la prenda en general. | 102 |
| B. Observaciones a los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión. | 112 |
| C. Observaciones al procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía. | 118 |
| D. Observaciones al procedimiento de ejecución de la hipoteca. | 119 |

Capítulo IV

PROPUESTAS.

| | |
|--|-----|
| A. Prenda e Hipoteca. La obligatoria especificación respecto de los bienes sobre los cuales se puede | 123 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| constituir prenda e hipoteca. | 123 |
| B. La precisa redacción que requieren los artículos 322, 324 y 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. | 125 |
| C. Adecuación del juicio Ejecutivo Mercantil previsto en el Código de Comercio, de modo que a través de él se obtenga la ejecución de garantías otorgadas mediante prenda, prenda sin transmisión de posesión, fideicomiso de garantía e hipoteca, cuando estén fundadas en título ejecutivo. | 127 |
| D. Señalamiento de que cuando las garantías otorgadas mediante prenda, prenda sin transmisión de posesión, fideicomiso de garantía e hipoteca no se funden en título que traigan aparejada ejecución, se deberá reclamar su cumplimiento a través de la vía ordinaria. | 150 |
| E. La necesaria derogación de los artículos 340, 341 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito y del Capítulo II del Título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio: “Del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía” | 152 |
| F. La necesaria reubicación del Capítulo I del Título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio: “Del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía”, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. | 154 |

Conclusiones

155

| | |
|----------------------|------------|
| Bibliografía | 159 |
| Otras fuentes | 161 |
| Legislación | 162 |

INTRODUCCIÓN

El derecho mercantil ha logrado un amplio desarrollo en el derecho nacional, de modo que hablar acerca de procedimientos mercantiles o de las garantías accesorias a obligaciones mercantiles, sería un trabajo extenuante y sumamente amplio, ya que se tendrían que considerar cuestiones históricas, doctrinales, legales, jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeras; así como también de la forma, del fondo y de la finalidad, de tales figuras y procedimientos. Tal extensión no me resulta desconocida, es por ello que en este trabajo se desarrollan sólo algunas consideraciones respecto de ciertos procedimientos ejecutivos en materia mercantil con relación a la ejecución de garantías reales.

Del propio título de este trabajo, se puede inferir la delimitación precisada en líneas anteriores, el tema se desarrolla en cuatro capítulos, de los cuales, el primero de ellos, se refiere al desarrollo histórico de la fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en varios sistemas jurídicos, empezando, con el derecho romano, el derecho español contenido en la Ley de las Siete Partidas, el derecho francés del Código Napoleón y, terminando este apartado de antecedentes con lo regulado en los Códigos Civiles nacionales de 1870 y 1884.

En el segundo capítulo se expone el régimen jurídico actual de las figuras de referencia, contenido en el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito.

El tercer capítulo expone las observaciones que, después de la investigación jurídica realizada, consideré pertinente hacer respecto a los procedimientos de ejecución de garantías reales; este capítulo se considera de gran importancia en virtud de contener los argumentos sustentantes de las propuestas y conclusiones que al final se presentan.

Por último, el capítulo cuarto encierra las propuestas a la legislación actual que se creen adecuadas para tener una efectiva impartición de justicia, a

través de juicios que respeten las formalidades esenciales del procedimiento y den uniformidad al proceso.

Así, no es mi propósito presentar aquí un estudio exhaustivo sobre el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, o sobre los contratos de garantía, mucho menos sobre el derecho procesal mercantil; sino el de que, al encontrarnos en la legislación actual, ante aisladas reglas especiales, se pretenda que exista un solo procedimiento que comprenda completamente a todos los procedimientos ejecutivos aplicables a las garantías reales y, que son los siguientes: El procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía, el procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía y el procedimiento regulado por los artículos 340, 341 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Ello sin perjuicio de que de ser necesario alguna disposiciones especial, también se propondrá.

CAPÍTULO I

LA GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

A) La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el Derecho Romano.

- **La Fianza.**

En el Derecho Romano, se distinguieron dos clases de garantías: 1. Las garantías personales, consistentes en el compromiso de uno o más terceros que se obligaban junto con el deudor respecto del acreedor, para que él pudiera escoger y dirigirse al más solvente y se hiciera pagar; y 2. Las garantías reales, que consistían en la afectación de una cosa que hacía el deudor para el pago de una deuda. Dentro de las primeras, tenemos precisamente a lo que hoy conocemos como fianza, y de las segundas, la prenda y la hipoteca.

Iniciamos nuestro estudio con la fianza, sin embargo en el Derecho Romano, según Eugene Petit, en un principio, no existía esta figura bajo un nombre tal, sino que la fianza actual deriva de la figura denominada "*adpromissores*"; pero para comprender mejor ésta, es menester hablar de las promesas accesorias. "Junto con las personas que se obligaban en la estipulación por su propia cuenta, ya sea que fueran acreedores o deudores, figuraban otras que desempeñan un papel accesorio, que estipulan o prometen, no en su interés personal, sino en el del acreedor o del deudor, de suerte que en definitiva no deben guardar nada del crédito ni soportar nada de la deuda. El carácter dominante de estas promesas accesorias es facilitar o garantizar los efectos del contrato principal. El que estipula accesoriamente al acreedor es un

"*adstipulator*". Los que prometen accesoriamente al deudor principal son "*adpromissores*"¹.

Así vemos que la persona llamada *adpromissores*, no es otra cosa sino la persona que se obligaba solidariamente con el deudor en cuanto al cumplimiento de una obligación con respecto al deudor, siendo una persona accesoría a la estipulación principal y ello, según el autor citado se daba para garantizar al acreedor contra la insolvencia del deudor.

Los *adpromissores* se dividieron en tres clases atendiendo a las personas que se constituían como tales: los "*sponsores*", los "*fidepromissores*" y los "*fidejussoes*". Estas especies tampoco fueron contemporáneas, ya que los primeros "han debido existir únicamente en los comienzos y no estaba abierta más que a los ciudadanos romanos. Después, cuando se hace accesible a los extranjeros, han podido comprometerse como cauciones, siendo éstos los *fideipromissores*, que pueden ser ciudadanos y extranjeros, pero que están sometidos a los mismos principios rigurosos de los *sponsores*. Por último hallamos, en el siglo VII, una tercera clase, que se obligan con reglas menos estrechas, una esfera de aplicación más amplia"², esta clase fueron los *fidejussoes*, que por las reglas menos estrictas que los regían y la esfera amplia de aplicación, poco a poco fue dejando en desuso a los dos primeros.

Con el paso del tiempo esta última clase de *adpromissores* se transformó en *fiadores*, los cuales podían ser ciudadanos romanos o extranjeros, entonces el compromiso de los *fiadores* fue aumentando, hasta que el *fiador* que escribía que había prometido o permitía que lo escribieran llegó a ser considerado como regularmente obligado.

CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DE LOS FIADORES.

¹ Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. México, D.F. 1963 p. 355

² Petit, Eugene. Op. Cit. p. 358

La primera consistía en que la obligación del fiador iba siempre unida a una obligación principal, pudiendo ser ésta una obligación civil, pretoriana o natural; y la segunda en que debe tener el mismo objeto que la obligación principal, de modo que dice Eugene Petit en su obra en consulta que si el fiador se compromete a otra cosa, ese compromiso es nulo, sin embargo, el fiador podía prometer menos que el deudor principal, en este caso se consideraba que el fiador sólo prestaba caución por una parte de la deuda y no por la deuda en su totalidad.

RELACIÓN ENTRE LOS FIADORES Y EL ACREEDOR.

Como los fiadores se obligaban con el mismo título que el deudor principal, y respecto del acreedor se encuentran en una relación análoga a la de los deudores correales. De modo que el acreedor podía exigir el pago de la deuda íntegra al coobligado que considerara pertinente o conveniente, porque los fiadores no se han comprometido en caso de que el deudor principal no cumpliera con su obligación, sino que su compromiso es sin restricción. Igualmente el acreedor tiene acción en contra del principal y de todos los fiadores.

RELACIÓN ENTRE LOS FIADORES ENTRE SÍ Y ENTRE LOS FIADORES CON EL DEUDOR PRINCIPAL.

Cuando uno de los fiadores, por ser solvente, pagaba la totalidad de la deuda, debía poder proceder en contra de los demás fiadores, para que lo indemnizaran y le pagaran la parte correspondiente de la deuda que él solo había pagado. También podía recurrir contra el deudor principal, ya que él era el único interesado directamente en el negocio. Así que en Roma existían dos recursos a favor del fiador que soportaba la totalidad del adeudo.

Tales recursos podían ser en contra del deudor principal, o en contra de los demás fiadores. Respecto del deudor principal los podía hacer valer ejercitando la acción *mandati contraria*, cuando el fiador se obligaba a petición del

deudor, constituyéndose así en su mandatario; pero cuando se obligaba sin la petición del deudor, sin enterarse, pero sin oponerse, podía ejercitar la acción *negotiorum gestorum contraria*. En el supuesto de recurrir en contra del deudor garantizado, la ley le otorgaba las acciones mencionadas, sin embargo, cuando trataba de recurrir en contra de los demás fiadores, la ley no otorgaba ninguna acción, pero los jurisconsultos romanos fundándose únicamente en la equidad, instituyeron el *beneficio de cesión de acciones*, el cual consistía en que el deudor solvente ofrecía al acreedor pagarle la totalidad de la deuda, a cambio de que él le cediera los derechos del crédito; entonces tenía acción contra los demás fiadores, pero sólo para reclamarles la parte que les correspondiere de la deuda y, contra el deudor principal, podía ejercitar todas las acciones inherentes al actor, con todas sus ventajas.

EXTINCIÓN DE LA FIANZA

La fianza se podía extinguir ya por vía de consecuencia, al ser una obligación accesoria; ya directamente.

Por **vía de consecuencia**, se consideraba cuando la deuda principal se extinguía, lo hacía también la fianza, pero esta extinción debe ser absoluta, ya que si por algún motivo no se extinguía absolutamente, la fianza subsiste aún por esa parte no extinta, de modo que cubierta la deuda, tanto el deudor como los fiadores quedaban liberados, sin embargo si “se trata de una causa de liberación personal al deudor, los fiadores permanecen obligados, pues su compromiso tiene precisamente por utilidad servir de garantía cuando se producen acontecimientos semejantes”³. Y directamente se extinguía la fianza cuando se suscitaba una causa de extinción que se realiza en la persona del fiador nada más, entonces los demás fiadores y el deudor principal no quedaban liberados, sólo el deudor sobre el que se suscitaba la causa dicha.

³ Petit, Eugene. Op. Cit. p. 365

- **La Prenda.**

La palabra "*pignus*" en Roma se utilizaba para designar la garantía real que tenía el acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación. En un principio la palabra "*pignus*" se refería sólo a la "prenda" y según el jurista Gayo ⁴ se establece que "*pignus* es llamado así por *pugno* que significa puño, ya que la cosa que es dada en *pignus* es transmitida con la mano."

En este tipo de garantías se contemplaba a la prenda o "*pignus*", la cual era concebida como el **"contrato por el que el deudor o un tercero entrega una cosa a un acreedor para seguridad de su crédito, con cargo para este acreedor de restituirla después de haber obtenido satisfacción"**⁵

La figura que antecedió al "*pignus*", fue la "*fiducia*", ésta parece ser el procedimiento de garantía real más antiguo y se refería a la transferencia de la **propiedad** de una cosa que el deudor hacía al acreedor, para garantizar la deuda, fuera por mancipación o por "*in iure cessio*"; asimismo el acreedor quedaba obligado a transferir de vuelta al deudor la propiedad del bien afecto una vez que hubiere sido pagada la deuda. Casi siempre se consentía que el deudor conservara el uso y detención de la cosa por arrendamiento. Sin embargo, la "*fiducia*", ofrecía varias desventajas al deudor, entre ellas unas de las más importantes eran que el acreedor podía abusar de su derecho y enajenar la cosa antes de vencida la obligación y entonces al deudor le era difícil o imposible recuperarla; no era seguro que pudiese tener el uso y detención de la cosa, ya que el acreedor podría no disponerlo así; y aún cuando el valor de la cosa fuere muy superior al de la deuda garantizada, el deudor no podía servirse de ella para garantizar otras obligaciones ya que no era el propietario. Así es como fue necesaria la creación de una figura que no colocara al deudor en un plano tan desventajoso para con el acreedor, y así en una fecha imprecisa, según Eugene

⁴ Di Pietro, Alfredo. Derecho Privado Romano. Editorial Depalma. Argentina 1996. p. 156

⁵ Petit Eugene. Op. Cit. p. 386

Petit, el Derecho Civil admitió un procedimiento más sencillo y sobre todo, favorable al deudor: **el contrato de prenda.**

Como en el contrato de prenda el deudor sólo transmitía la posesión y no así la propiedad del bien afecto al acreedor, bastaba que tuviera la propiedad bonitaria, e incluso se admitía que el deudor no fuere propietario de la cosa, siempre y cuando se constituyera la prenda con el consentimiento del dueño; y por su parte, el acreedor compartía con él las ventajas de la posesión. Es decir tenía acción y protección del derecho, para retener la cosa, o para recuperarla si le hubiere sido arrebatado. Por su parte si el deudor estuviere usucapiendo la cosa, el plazo no se interrumpía. Si la cosa daba frutos el acreedor no se los podía apropiar de por sí, y en este respecto debían convenir las partes si el acreedor tendría derecho a quedarse con ellos como pago o como intereses; este pacto recibió el nombre de "*antichresis*", lo cual quiere decir contragoce, ya que así perdían derecho las partes a reclamar tanto frutos como intereses respectivamente, porque el acreedor debía aplicar los frutos a los intereses e incluso si sobrepasaban el importe de los mismos, se aplicarían al capital

Este contrato si bien presentaba analogía con otros como lo era el mutuo, se distingue por un carácter particular, es un contrato accesorio, que existe únicamente en cuanto a garantizar una obligación, es decir, presupone la existencia de una obligación de la cual depende, de ahí que si el crédito se extinguía, la prenda cesaba. La obligación a garantizar podía ser casi cualquiera sin importar que hubieren nacido de un mutuo, compraventa, locación u otro contrato, ni que fuere civil, pretoriana o natural, incluso se podía garantizar una obligación ajena. El *pignus* era indivisible, o sea que si la deuda se extinguía parcialmente, la garantía respondía por el resto de la obligación. Así si varios objetos habían sido pignorados para garantizar una misma deuda, y ésta había sido cumplida en parte todos los bienes afectados respondían de la deuda residual. Si el deudor había cumplido con una obligación pero todavía adeudaba más créditos al acreedor, éste podía retener la posesión de la cosa, hasta que fueren satisfechos los créditos restantes.

CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA.

Del concepto de prenda dado en este capítulo y manejado por el derecho romano se desprende que la prenda, al ser un contrato de garantía, requiere para su formación la preexistencia de un contrato principal cuyo cumplimiento, así como su preferencia al momento del pago, van a ser garantizados, aunado a esto, para la constitución de la prenda era requisito primordial la entrega de la cosa al acreedor, aparte de lo anterior, en la constitución de la prenda, intervenían cuatro elementos a saber:

- Elemento personal, conformado por quienes se obligan en la relación impignoraticia, los cuales sólo debían reunir los requisitos exigidos para actuar en el tráfico jurídico.
- Elemento Formal, se refiere al contrato en sí.
- Fin, comprendía la deuda o crédito a asegurar.
- Objeto, es decir, el bien sobre el que se constituía el "*pignus*".

“La entrega de la cosa al acreedor prendista, que es necesaria para la formación del contrato, le da más que la simple detención. Adquiere la posesión y puede conservarla para y contra todos en tanto no se le pague. Pero la propiedad permanece del que ha dado la prenda, así como el derecho de usucapir por intermedio del prendista.”⁶

A lo aquí expuesto cabe agregar que en cuanto a las cosas que podían ser objeto del *pignus*, “varios jurisconsultos pensaban que sólo los muebles podían serlo. Esta noción fue ampliada más tarde a los inmuebles; pero en la práctica la prenda tenía sobre todo por objeto cosas muebles”.⁷

OBLIGACIONES DE LAS PARTES

⁶ Petit Eugene, Op. Cit. p. 387

⁷ Ídem

El prendista o acreedor prendario, tenía las siguientes obligaciones:

1) restituir la cosa al deudor en cuanto haya sido pagado o recibido una satisfacción suficiente; 2) pagar daños e intereses si se ha servido de la cosa sin autorización, ya que no podría hacer uso de ella para su provecho, pues la posesión que tenía era sólo para efectos de garantía y para su uso necesitaba permiso especial convenido con el deudor; y 3) "en cuanto a los frutos, debe imputarlos sobre los intereses, luego sobre el capital del crédito, y restituir el exceso"⁸

El constituyente o deudor prendario en cambio tenía como obligaciones: 1) indemnizar al acreedor por los perjuicios que le haya causado por culpa o dolo, si la cosa entregada en prenda no era de su propiedad o ya se hubiere encontrado garantizando otro crédito, sea por "*pignus*" o por "*hipoteca*"; 2) también estaba obligado al reembolso de los gastos necesarios que su cocontratante hubiere realizado para conservar la cosa.

ACCIONES NACIDAS DEL CONTRATO DE PRENDA.

Si el deudor pagaba su obligación o ésta quedaba extinguida por otra causa, tenía éste una *actio pignoratitia* contra el acreedor para que le fuera devuelta la cosa dada en *pignus* si es que la retenía indebidamente y además debía pagar los daños que se hubieren causado por su dolo o culpa. Por su parte el acreedor tenía a su favor la *actio contraria* si es que el deudor le hubiese dado en prenda una cosa ajena sin consentimiento del dueño, o que la cosa dada en prenda ya hubiese estado pignorada..

Por otro lado, si el deudor no hubiese satisfecho la obligación, el acreedor podía hacer efectiva la garantía. Como ya hemos visto la prenda generalmente se constituía a través de contrato o convenio en el cual se solía establecer la *pacta conventa*, donde a veces se establecía que el deudor autorizaba al acreedor quedarse con la propiedad del *pignus* si no pagaba la

⁸ Ídem

obligación. “Esta convención permitía prácticas usureras ya que el acreedor se aprovechaba del deudor cuando el valor del *pignus* era mayor que el del crédito garantizado y así en el año 320 aproximadamente fue prohibido por Constantino”⁹. Otras veces se establecía que el acreedor podía vender la cosa constitutiva del *pignus* y con el producto de su venta hacerse pagar, más adelante esta práctica se generalizó ya que se llegó a considerar natural esto, ya que de qué otro modo se haría pagar el acreedor; pero si no se había hecho este pacto, o si en el contrato se hubiere realizado el *pactum de non vendendo* el acreedor no podía vender la cosa hasta que no le hubiere reclamado al deudor por tres veces el pago, de lo contrario incurría en *furtum* o robo. Sin embargo ni uno ni otro podía comprar el *pignus* y si no resultaba ningún comprador se tenía que hacer una petición al emperador para que éste autorizara el dominio de la cosa al acreedor. Cuando restaba un excedente de la venta de la cosa, el deudor tenía a su favor la *actio in personam* para que dicho excedente le fuera entregado.

• La Hipoteca.

La hipoteca, al igual que la prenda, que hemos visto anteriormente, son garantías reales y se diferenciaban del resto de los derechos reales porque siempre eran por necesidad accesorias a una obligación, la hipoteca se introdujo y se desarrolló bajo la influencia del Derecho pretoriano, ya que al inicio los romanos preferían garantizar la enajenación con *fiducia* y hasta después introdujeron el *pignus*.

Su origen “se encuentra en un caso muy concreto: en los arrendamientos rústicos era costumbre, que el arrendador conviniera con el arrendatario, que los aperos de labranza de su propiedad garantizaran el pago del canon arrendaticio.”¹⁰ De este modo, posteriormente se otorgaron al arrendador seguridades consistentes en que, si no había sido pagado, podía

⁹ Di Pietro, Alfredo. Op. Cit. p. 157

¹⁰ J. Miguel. Curso de Derecho Romano. Barcelona, España. Promoción y Publicación Universitaria, S.A. p. 295.

obtener del colono o arrendatario la posesión de los bienes que se habían afectado; y la aplicación de la acción serviana, la cual era una acción *in rem*, y ésta la podía el arrendador hacer valer contra el arrendatario o cualquier tercero, con la falta del pago, salvo que el demandado lo hiciera.

Desde entonces todo deudor pudo conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de ninguno de sus bienes, una convención que afectare a uno o varios objetos al pago de la deuda fue suficiente para procurar al acreedor un derecho real, el derecho de hipoteca, sancionado por una acción *in rem*, que no es más que la acción *serviana* extendida, y que se llamó *cuasi-serviana* o *hipotecaria*.¹¹

En este primer concepto de la hipoteca, ella sólo daba al acreedor el derecho de reclamar la posesión de la cosa hipotecada si el deudor no pagaba, y después el de guardarla hasta que el deudor hubiere satisfecho la deuda. Pero después se hicieron pactos accesorios a la hipoteca para poder asegurar su eficacia y que el conflicto terminase rápidamente. Éstos eran la *Lex comissoria* y el pacto de vender.

CARACTERES DEL DERECHO DE HIPOTECA.

La hipoteca era concebida como un derecho real accesorio, que supone una deuda cuyo pago asegura, sin importar la naturaleza de la deuda, podía ser civil o natural, pura y simple, a término o condicional; incluso podía ser una deuda futura.¹² Otra característica de la hipoteca era la de ser un derecho indivisible, pero esa indivisibilidad no tiene el mismo sentido que la de las servidumbres, ya que un copropietario podía hipotecar su parte indivisa; esta indivisibilidad más bien se funda en la voluntad presunta de las partes: la hipoteca subsiste toda entera sobre el bien gravado aún cuando una parte de la deuda haya sido pagada, si se sigue debiendo algo al deudor.

COSAS SUSCEPTIBLES DE SER HIPOTECADAS.

¹¹ Petit, Eugene. Op. Cit. P. 298

¹² *Ibidem*, p. 300

Se podía hipotecar todas las cosas que se pudiesen vender, fueren muebles o inmuebles, corpóreas o incorpóreas, de modo que el dueño de una cosa podía hipotecar el usufructo y un usufructuario podía hipotecar su derecho, el derecho de servidumbre e incluso los créditos se podían hipotecar. Y no solamente las cosas especialmente determinadas, el deudor podía constituir una hipoteca a favor del acreedor sobre el conjunto de su patrimonio presente e incluso el futuro.

MANERAS DE CONSTITUIR LA HIPOTECA.

La hipoteca podía ser convencional, testamentaria o tácita. La convencional tenía origen con el simple acuerdo o pacto establecido entre las partes; la hipoteca testamentaria se constituía cuando el testador quería dar una garantía a un legatario de renta vitalicia o de alimentos. En estos dos casos podía constituir la hipoteca no solamente el deudor, sino un tercero para garantizar la deuda de otro, pero siempre era necesario que el constituyente fuere propietario de la cosa hipotecada. También se establecía la hipoteca tácitamente, ya fuera por costumbre, por presunta voluntad de las partes o por voluntad de la ley. Existieron varios tipos de hipotecas tácitas: "Entre las hipotecas tácitas, unas estribaban sobre cosas determinadas. Tales eran, por ejemplo: 1°. La hipoteca del arrendador de un fundo rural sobre los frutos del inmueble. 2°. La hipoteca del arrendador de una casa sobre las cosas que el arrendatario ha introducido en ella. 3°. La hipoteca creada por Justiniano en provecho del legatario sobre la parte de sucesión del heredero gravada con el legado. Otras gravaban sobre todos los bienes del deudor... 1°. Desde la época de Antonino Caracalla, el fisco tiene hipoteca tácita sobre los bienes de sus deudores. 2°. Constantino dio hipoteca a los pupilos y a los menores de veinticinco años sobre los bienes de sus tutores y curadores por las obligaciones que resultan de la tutela y de la curatela, Justiniano concedió la misma garantía a los locos. 3°. Justiniano decidió también que la mujer casada y sus herederos tuvieran hipoteca tácita sobre los bienes del

marido, para garantizar la restitución de la dote después de la disolución del matrimonio.”¹³

DERECHOS Y VENTAJAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.

La seguridad que le otorgaba a un acreedor tener una hipoteca constituida a su favor, se traducía en las siguientes ventajas:

- Ejercicio de la acción hipotecaria o derecho de persecución, consistente en la acción del acreedor que no fue pagado al vencimiento de la obligación, contra cualquier detentador del bien hipotecado, sea o no el deudor, el demandado si no pagaba la deuda, debía abandonar la cosa al actor.
- Derecho de venta, consistía en una facultad que tenía el acreedor que tenía la posesión de la cosa, y no había sido pagado, mas no una obligación.
- Derecho de preferencia, que asistía al acreedor hipotecario de ser pagado preferentemente a otros acreedores con el producto de la venta de la cosa hipotecada; cuando el importe de la venta fuera inferior a la deuda, el acreedor conserva acción contra el deudor por la diferencia.

PLURALIDAD DE HIPOTECAS.

Era permitido para el deudor, constituir, sucesivamente, varias hipotecas sobre una misma cosa, esta segunda hipoteca, surge desde la práctica, al igual que la hipoteca en general. Esta figura comienza a ser frecuentemente usada a comienzos del siglo II d.C., y se cree que surge a partir del negocio de subrogación en el puesto de un acreedor hipotecario único: “Este negocio hipotecario, frecuente en la época clásica, constituye el punto de arranque de la segunda hipoteca y es bien sencillo: El deudor hipoteca a su acreedor una cosa en garantía de una obligación y, luego, (es decir, cuando, va a vencer el plazo y el acreedor amenaza ya con vender la cosa, para cobrarse con cargo al precio de venta) busca a un segundo capitalista, que le adelante dinero, con el que pagará

¹³ Ibidem, p. 301

al primer acreedor, a su vez, el segundo acreedor se hace constituir una nueva hipoteca sobre la cosa para garantizar la devolución del dinero que adelantó.”¹⁴

Y de poder establecer sucesivamente varias hipotecas sobre un mismo bien a favor de diversos acreedores, surgía necesariamente conflicto entre acreedores. Por regla general, en Roma, las hipotecas se clasificaban según la fecha de su constitución, de modo que la más antigua se prefería a las subsecuentes; Eugene Petit, en su obra citada opina que esta regla era muy equitativa, ya que una cosa que estuviere hipotecada a un acreedor, no se podía hipotecar a otro sino respetando el derecho del primer acreedor hipotecario, sin embargo existían hipotecas privilegiadas, que eran pagadas preferentemente aún respecto de las constituidas con anterioridad, las cuales podían ser: “La del acreedor cuyo dinero ha servido a la adquisición y a la conservación o mejora de la cosa hipotecada; la de la mujer sobre los bienes del marido, para la restitución de la dote”¹⁵.

EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

La hipoteca podía extinguirse de varias formas: la principal y más común se debió a su carácter accesorio, de tal suerte que si se extinguía el crédito garantizado, por consecuencia la hipoteca quedaba igualmente extinta, siempre y cuando el crédito quedara cubierto total y completamente. Sin embargo, no siempre se extinguía por consecuencia, sino directamente, estas formas directas de extinción eran las siguientes: por pérdida de la cosa hipotecada; por confusión, cuando el acreedor hipotecario adquiría la propiedad de la cosa hipotecada a su favor; por renuncia del acreedor; por causa de prescripción extintiva de cuarenta años; por “*praescriptio longi temporis*”, cuando un tercero adquiría la posesión de buena fe, y la conservaba durante diez años entre presentes o veinte entre ausentes.

¹⁴ J. Miguel. Curso de Derecho Romano. Editorial PPU, S.A. Barcelona, España. 1987. p. 297

¹⁵ Petit, Eugene. Op. Cit. p. 305

- **El Fideicomiso.**

En el derecho romano, los fideicomisos se situaban en el derecho sucesorio, ya que el fideicomiso era concebido cuando un testador quería “favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, no tenía otro recurso de rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto en particular, o bien la sucesión en todo o en parte”¹⁶. Al heredero gravado se le llama *fiduciario* y a aquél a quien restituye *fidicomisario*.

DESARROLLO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO

Primeramente el fideicomiso sirvió para salvar el formulismo exigido para los legados o los inconvenientes para heredar si no se poseía la *testamenti factio passiva*, también cuando no se podía testar según las formas establecidas. El cumplimiento de esta obligación era de carácter moral.

Más adelante, debido a la inexecución de ciertos fideicomisos y “a causa de la insigne perfidia de ciertas personas”, como dice Justiniano en relación con los que no cumplían, augusto admitió la coercibilidad de algunos fideicomisos, luego en la época de Claudio se estableció un pretor especial para estos casos”¹⁷.

Posteriormente fueron reglamentados los fideicomisos y los legados fueron perdiendo requisitos de formalidad; los fideicomisos se les fueron acercando considerablemente, hasta que a pesar de que nominalmente fueron diferentes ambas figuras quedaron equiparadas, anteriormente a esto, presentaban las siguientes diferencias:

- El fideicomiso se podía dejar, aparte del testamento, en un codicilio, y por un intestado.

¹⁶ *Ibidem*. p. 579

¹⁷ Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Angel Enrique. Manual de Derecho Romano. Editorial Depalma, 4ª Edición. Buenos Aires, Argentina. 1985. p. 443

- El fideicomiso puede ser puesto a cargo del heredero, legatario o fideicomisario, y el legado sólo a cargo del heredero.
- Podía escribirse en griego, o no escribirse. Esto engendró muchos problemas.
- Podía recogerse hasta por una persona privada de la facultad de testar. Pero en la época de Adriano prohibieron dejar los fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas. Pegasiano extiende esa prohibición a los célibes y a los orbi.
- El fideicomisario sólo adquiriría un derecho de crédito.

CLASES DE FIDEICOMISOS.

Existieron dos clases de fideicomisos, el fideicomiso de herencia y el fideicomiso particular.

“El fideicomiso de herencia tiene por objeto la totalidad o una cuota-parte de la sucesión y, los fideicomisos particulares sólo tienen por objeto cosas consideradas a título particular, por ejemplo los legados. La forma es la misma que la de los fideicomisos a título universal o de herencia.”¹⁸

¹⁸ Petit, Eugene. Op. Cit. P. 580 y 582.

B) La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en la ley de las “Siete partidas”.

Las “Siete Partidas” creada en el siglo XIII, bajo el reino de Alfonso X “El Sabio”, ha sido considerado el código más completo de la ley Civil de la Edad Media en Europa, y también una de las fuentes más prestigiosas del Derecho en la historia de España y en consecuencia de nuestro derecho, es por eso que se incluye en este pequeño estudio de los antecedentes históricos de las figuras a estudio.

- **La Fianza.**

La Fianza se encontraba regulada en la Partida Quinta Título doce, el que se denomina **“De las fianzas y de las cosas que los hombres hacen por mandato de otro o de su voluntad sin mandato de los dueños de ellas”** y explicaba qué quiere decir fiador, y a qué tiene provecho, quién lo puede ser y por quién; sobr é qué cosas y la manera en que debe ser hecha la fianza y qué fuerza tiene.

Las partidas definían al fiador como el “hombre que da su fe y promete a otro dar o hacer alguna cosa por mandato o por ruego de aquél que lo mete en la *fiadura*”¹⁹; respecto del provecho que este hombre otorgaba decía que “tiene gran provecho a aquel que la recibe, pues está por ello más seguro de aquello que le han de dar o hacer, porque quedan ambos obligados, tanto el fiador como el deudor principal”²⁰. Este título agregaba respecto a la persona que podía constituirse en fiador, que “puede ser fiador todo hombre que puede hacer promesa para quedar obligado por ella; y otrosí pueden recibir fiadores todos aquellos que pueden recibir promesa”²¹

¹⁹ Alfonso X. Las Siete partidas. Editorial Castalia. España 1992 , p. 332

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

- **La Prenda.**

Dentro de este ordenamiento, la prenda o “*peños*” como aquí se le denomina, se encontraba regulada ,al igual que la fianza, en el Título Trece de la Quinta Partida, a continuación veremos cómo estaba dispuesta.

El Título Trece de la Quinta Partida fue denominado **“De los empeños que son empeñados por palabra o calladamente, y de todas las otras cosas que pertenecen a esta razón”**. La Ley I da el concepto de Peño y nos dice que es “propiamente aquella cosa que un hombre empeña a otro apoderándolo de ella” ²² posteriormente nos dice que principalmente se empeñaban las cosas muebles; pero según la propia ley, toda cosa, bien sea mueble o raíz que fuere empeñada debía ser considerada *peño*.

Esta ley consideraba tres clases de empeños, las dos primeras eran constituidas por palabra y la tercera clase de peños lo eran los tácitos y entre los que se encontraban por ejemplo los que “se muestran con los bienes del marido, como son obligados a la mujer como por empeños, por razón de la dote, y de los otros que son obligados al rey por razón de las rentas y los derechos que cogen por él, y de todas las otras razones semejantes a estas...”²³. Dentro de los empeños dados por palabra se encontraban los que se realizan por libre voluntad entre los particulares por cualquier motivo u obligación que debieren hacer, dar, pagar o cumplir; y los que el juez decretaba y una persona estaba obligada a hacer, ya fuere por falta de crédito, por haber sido así condenado en un juicio o porque tal fuere el mandamiento del rey, y estos empeños se realizaban por apremio.

Más adelante en la Ley III, este Título de la Quinta Partida establece qué cosas pueden darse a empeños y cuáles no, estableciendo así que las cosas

²² *Ibidem.* p. 333

²³ *Idem*

santas, sagradas, religiosas, la iglesia y los monumentos no se pueden dar en empeño, ni persona alguna los puede recibir.

Según la Ley II subsiste el peño de personas y que establece que puede darse en peño “el parto de la sierva”, sin embargo no se pueden empeñar los hombres libres, y si alguno lo recibiera en empeño, perdería lo que había pagado y debía indemnizar al propio hombre dado en empeño o a su familia si él falleciera. Sin embargo nos marcan dos excepciones de cuando sí se puede empeñar a un hombre libre y estos eran cuando estuviera cautivo y él mismo se diera en empeño por salir del cautiverio y cuando alguien empeñare a su hijo por “cuita de hambre”. También nos dice que “un hombre libre puede darse en rehenes cuando por razón de paz algunos así lo convinieren.”²⁴

Así las cosas y después de un análisis de estas disposiciones tenemos que:

- El peño puede recaer sobre cosa mueble o inmueble,
- El peño puede recaer sobre cosa futura,
- El peño puede recaer sobre cosas corporales o incorpóreas,
- El peño requiere el apoderamiento de la cosa,
- Los peños pueden ser tácitos o generales,
- Se pueden gravar bienes determinados o todo el patrimonio.

• **La Hipoteca.**

Después del estudio que se hizo a los “peños” regulados en esta Ley, se puede concluir que la hipoteca, tiene sus antecedentes dentro de este ordenamiento, en esa misma figura, al igual que la actual prenda, de modo que para conocerlos, podemos remitirnos al apartado anterior, ya que la Ley de las Siete Partidas establece claramente que el “peño” podía recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

²⁴ Ídem

- **El Fideicomiso.**

Esta figura no estaba regulada como tal en la Ley de las Siete Partidas, no encontrándose en ese ordenamiento ninguna otra que se le equipare.

C) La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el “Código Napoleónico”.

El Código Civil Napoleón fue publicado mediante decreto de 21 de marzo de 1804, el cual estaba conformado por 36 leyes y tal nombre sustituyó al original de Código Civil de los Franceses.

- **La Prenda.**

Este ordenamiento regulaba a la prenda, en su libro tercero el cual se refería a las diversas formas de adquirir la propiedad. Y que someramente establecía lo siguiente:

En su artículo 2072 decía que la prenda sólo puede recaer sobre muebles y según el artículo 2076 siempre se requería su entrega; también en su artículo 2075 disponía que no podía recaer sobre muebles incorpóreos y que el pacto comisorio es nulo.

Debido a la permanencia de los conceptos fundamentales manejados por este ordenamiento legal, en el derecho actual, no amerita -precisamente por su vigencia- mayor estudio o referencia en el presente capítulo.

- **La Hipoteca.**

La hipoteca se encuentra regulada en el mismo libro que la prenda y establecía respecto de ella lo siguiente:

La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles, según el artículo 2114, excluyendo en su artículo 2119, expresamente a los muebles. Según sus artículos 2121, 2122 y 2129, se podían constituir hipotecas legales y convencionales; las hipotecas legales pueden afectar a todos los bienes del deudor, incluso a los futuros; pero las convencionales sólo se pueden constituir sobre bienes determinados y no pueden abarcar a los bienes futuros. Para producir efectos el código requería la inscripción de la hipoteca, sin embargo había algunas que podían existir con independencia de cualquier inscripción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2125.

Al igual que la prenda, los conceptos dados por el Código Napoleónico respecto de la hipoteca, conservan vigencia, razón por la cual tampoco abundamos mucho en su exposición.

- **El Fideicomiso.**

En el derecho francés, concretamente en este código, no se contempló el concepto del fideicomiso romano, ya que éste evolucionó y se desarrolló en el derecho germánico en el cual encontramos tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso: la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *salman o treuhand* en sus distintos aspectos, reglamentados por el antiguo y por

el nuevo derecho; así como en el derecho inglés, el cual implementó las figuras del *use* y del *trust*.

“El fideicomiso de los romanos... que se originó como medio jurídico de evadir las numerosas incapacidades para suceder por testamento establecidas por la legislación de Roma, estuvo limitado exclusivamente a las herencias y degeneró, finalmente, en el sistema de substituciones fideicomisarias, por medio de las cuales se vinculaba la propiedad a perpetuidad, en una serie de herederos sucesivos instituidos por los mismos testadores; lo que determinó por fin, la supresión definitiva de la institución, en Francia por el Código Napoleón, en su artículo 896.”²⁵

²⁵ Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. p. 41

D) La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

- **La Fianza.**

Este código define a la fianza como la obligación que una persona contrae para pagar o cumplir por otra, si esta no lo hace; la cual podía ser legal, judicial, (estas dos se constituían por disposición de la ley o por providencia judicial) convencional, gratuita o a título oneroso. Esta garantía podía constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro en su respectivo caso la consienta, ya sea que la ignore o que la contradiga.

En cuanto a la exigibilidad de la fianza, cuando se constituía sobre bienes futuros o ilíquidos, ésta tenía lugar sólo cuando la obligación principal fuere legalmente, exigible; y, en todos los casos, no podía comprender más que la obligación principal y, si esto ocurría la obligación del fiador quedaba de pleno derecho reducido a los mismos términos que la del deudor.

El artículo 1831 establecía las características que debía reunir el fiador, sin las cuales no podía ser obligado el acreedor a aceptarlo, las cuales son: capacidad para obligarse y, tener bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados, que bastaren para la seguridad de la obligación y estén en el lugar donde debía hacerse el pago.

Es nula toda fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida.

Según el artículo 1836 podía el acreedor exigir fianza a su deudor cuando éste sufriera menoscabo en sus bienes o pretenda ausentarse del lugar donde debía hacer el pago, aun cuando no se hubiere pactado así desde la

celebración del contrato. Y cuando fuere el fiador el que se encontrara en esa situación, podía también exigir otro fiador. (artículo 1835)

Sus artículos 1841 al 1852 hablan del beneficio de la excusión a favor del deudor, la cual consistía en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará o extinguida o reducida a la parte que no sea cubierta (artículo 1842); pero dicho beneficio no tendrá lugar, según el 1843, cuando el fiador hubiere renunciado expresamente a ella; cuando se obligó mancomunadamente con el deudor; en casos de concurso o insolvencia probada del deudor; o cuando éste no pueda ser demandado dentro del país; cuando el negocio para el que prestó la fianza sea de el propio fiador; o, cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que mediante edictos no haya comparecido ni tenga bienes embargados en el Distrito Federal o en California. Pero para que la excusión aproveche al fiador, debía alegarla cuando se le requiriera de pago; designar bienes del deudor libres que basten para cubrir la deuda y, anticipar o asegurar los gastos que genere la excusión. La excusión aprovechará al deudor aún cuando éste haya sido condenado mediante sentencia junto con el deudor (artículo 1852).

La transacción que se hiciere entre el acreedor y el deudor, o entre aquél y el fiador, aprovecharía al fiador y al deudor respectivamente, pero no les perjudicaría.

DE LAS RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR Y, ENTRE FIADORES.

Cuando hubiere varios fiadores, de un deudor, por una misma deuda, cada uno de ellos responderá por la totalidad de la deuda, salvo convenio en contrario, pero si solo un fiador es demandado, éste podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntos o en la proporción debida según el resultado del juicio (artículo 1837). Pero si sólo uno de ellos pagaba podía exigir de los otros la parte proporcional que les correspondiere; pero si un fiador fuere insolvente se dividirá su cuota entre los demás a prorrata. (artículos 1873 y 1874)

El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque no haya consentido en la constitución de la fianza, pero si ésta se hubiere otorgada contra la voluntad del deudor, no tendrá el fiador derecho para cobrar lo que pagó. Dicha indemnización comprendía: la deuda principal, los intereses, los gastos generados desde que el fiador fuere requerido de pago, daños y perjuicios. Según el artículo 1869 si la fianza garantizare una obligación a plazo o bajo condición y la pagaba antes de que el plazo o la condición se cumplieren, no podrá exigir al deudor la indemnización sino hasta que la obligación fuere exigible. El fiador que pagaba la deuda se subroga a en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Cuando el deudor pagaba de nuevo, sin tener conocimiento del pago que realizara el fiador, no podrá repetir contra éste sino contra el acreedor.

EXTINCIÓN DE LA FIANZA

La fianza se extinguía al momento de extinguirse la obligación principal; pero también, según el artículo 1878, podía extinguirse como las demás obligaciones; esto es, por confusión, exoneración que hiciera el acreedor al fiador, prórroga o espera, o quita.

- **La Prenda.**

Este código fue promulgado por el presidente Benito Juárez y entró en vigor el primero de marzo de 1871; desde la exposición de motivos este ordenamiento hace importantes señalamientos sobre la prenda como que se creyó "necesario establecer de un modo terminante, que la existencia de la prenda en poder del acreedor es una condición esencial a fin de evitar nuevos conflictos, ya que entre los mismos contratantes, ya entre cualquiera de ellos y un tercero. Más como unas veces puede consistir la prenda en frutos, que no es posible que estén siempre en poder del acreedor, y sin culpa de éste puede otras

veces perderse la cosa empeñada pareció prudente y equitativo que en estos casos no tenga lugar la disposición general. Éste es el contenido del artículo 1892.”²⁶

Asimismo establecía en su artículo 1896 que el derecho de prenda no perjudica a un tercero sino desde la fecha de su registro ya que se debían registrar todos los contratos porque este registro constituía el dato más seguro para conocer el gravamen. También en la propia exposición de motivos se hace una puntualización que me parece interesante en cuanto al artículo 1916 ya que dice que tal numeral “parece inútil; pero como se abusa tanto de la situación del deudor que constituye la prenda, fue necesario prevenir de un modo terminante que ésta no garantiza más obligación que la que expresamente se ha convenido”²⁷

Y en cuanto a la ejecución de la prenda y el procedimiento de venta el código sólo establece algunas reglas generales y equitativas dejando al Código de Procedimientos Civiles complementarlas.

Ahora bien, ya examinando el Código tenemos que tal define a la prenda como un derecho real que se constituye sobre algún objeto-mueble (cualquiera que pueda ser enajenado) para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Establece también de manera categórica ser necesaria la entrega de la cosa ya que su artículo 1892 nos dice que para que pueda el contrato producir sus efectos se necesita indispensablemente que el deudor entregue la cosa empeñada y que pertenezca en poder del acreedor, a menos que esté constituida por frutos futuros o se destruya sin culpa del acreedor; de igual modo nos dice en su artículo 1890 que sólo se tendrá por legítimamente constituida la prenda si se hace para garantizar una obligación válida.

No se puede constituir prenda sobre cosas ajenas sin poder especial otorgado por el dueño, pero si se probara que el propio dueño consintió en que

²⁶ Arce y Cervantes, José, et al. Libro del Cincuentenario del Código Civil. UNAM. México, D.F., 1978. p.274

²⁷ Ibidem p. 294

sus bienes se dieran en prenda, ésta se tendrá como si él la hubiere dado (artículos 1902 y 1903).

Si el valor de la prenda excediera los \$300.00 (trescientos pesos), debía constar en Escritura Pública o ser celebrada ante tres testigos para que surtiera plenamente sus efectos; y como ya ha quedado establecido forzosamente para que surtiera efectos contra terceros debía ser inscrita siempre.

El acreedor adquiría por el empeño la preferencia en el pago de la obligación constituida a su favor; podía también deducir acciones posesorias y querrellarse si le hubieren robado la cosa, fuere un tercero o el propio dueño; ser indemnizado por los gastos que hubiere tenido que realizar para la conservación de la cosa, a menos que él la hubiera dañado o usado sin haber convenido en eso con el deudor. De igual modo el Código señalaba las obligaciones del acreedor prendario en su artículo 1909, las cuales eran: Conservar la cosa, la cual si se perdía, dañaba o destruía por su negligencia, debía pagar los daños y perjuicios ocasionados al deudor; restituir la cosa al deudor una vez que hubiere pagado la deuda. Cuando fuere turbado en la posesión de la cosa por algún tercero, debía dar aviso inmediato al deudor o de otro modo respondía de los daños y perjuicios ocasionados por tal circunstancia. Y si la cosa se llegare a perder sin responsabilidad ni culpa del acreedor el deudor podrá ofrecer otra cosa en sustitución y ante esta circunstancia el acreedor podía consentir en la sustitución o pedir la rescisión del contrato. Por otro lado si el acreedor abusaba de la cosa, entendiéndose por abuso el usar de ella sin autorización del deudor o sin mediar convenio para ello o la aplicación de la cosa a una cosa distinta a lo convenido deteriorándola (art. 1911), podía el deudor o el dueño de la cosa exigirle el depósito de ella o fianza que garantizara su conservación. Cuando el deudor enajenara la cosa dada en prenda, el acreedor podía exigir no la entrega de ella, pero sí el pago de la obligación principal, intereses y gastos.

Respecto de los frutos que produjera el bien pignorado, podían las partes convenir que el acreedor se los quedara, y su importe lo aplicara a los gastos, intereses y capital, en ese orden. También se podía pactar la

compensación entre intereses y frutos; mas los frutos sólo se aplicarían al pago de los intereses y gastos generados por la obligación para la que fue constituida la prenda. Si no hubiere convenio respecto a esto, los intereses y frutos se compensarán hasta la cantidad concurrente y el exceso de los frutos, si lo hubiere, se imputará al capital.

Vencida la obligación y no pagada, habiendo el deudor sido requerido de pago, podía el acreedor pedir la venta judicial de la prenda, ya que el artículo 1919 prohibía al acreedor quedarse con la cosa, aunque por convenio podían las partes acordar su venta extrajudicialmente; respecto de la petición de venta, ésta se podía suspender si el deudor pagaba la obligación en veinticuatro horas. De no hacerlo la venta se realizaba en pública almoneda, pudiendo el deudor adjudicarse la prenda pagando las dos terceras partes de su valor. Si el producto de la venta excedía el importe de la obligación, el excedente debía ser entregado al deudor.

Finalmente el artículo 1925, nos dice que extinguida la obligación principal, se extinguía también la prenda, precepto lógico tomando en consideración que la prenda es un contrato accesorio.

- **La Hipoteca.**

La definición de hipoteca nos la da el artículo 1940 al establecer que es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia al pago.

Según este código la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos, esta disposición vino a derogar las hipotecas tácitas y generales, instituyendo el principio de especialidad (artículo 1942). El artículo 1980 decía que la hipoteca nunca es tácita: para subsistir necesita siempre de registro y se

contrae por la voluntad en los convenios y por necesidad en los casos en que la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados: en el primer caso se llama voluntaria, en el segundo necesaria.

Respecto del principio de indivisibilidad de la hipoteca, el código dispone que cuando se hipotecan varias fincas, todas respondían de la totalidad del gravamen, sin embargo esta disposición admitía pacto en contrario y en consecuencia, se podía pactar la divisibilidad en cuanto al crédito y en cuanto a los bienes gravados.

Exigió este código la publicidad de la hipoteca, a través de su inscripción en el registro público, para que surta efectos contra terceros y entre partes

- **El Fideicomiso.**

Las “Cortes Españolas” en septiembre de 1820 suprimieron los mayorazgos, fideicomisos y cualesquiera otra especie de vinculación de bienes de este tipo, derivados del fideicomiso romano; esta Ley se publicó como vigente en México, por haber sido dictada estando el país aún sujeto a la dominación española. Razón por la Cual desde este código de 1870, siendo ya la nación independiente “quedaron definitivamente prohibidas cualesquiera de las substituciones fideicomisarias de tipo romano. Este criterio pasó al Código Civil de 1884, que en esta materia, reprodujo íntegramente las disposiciones del código anterior”²⁸

²⁸ Villagordoa Lozano, José Manuel. Op. Cit. p. 42

E) La fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.

- **La Fianza.**

La fianza está reglamentada en el Título Sexto y en éste al igual que en todo el código no se introduce modificación sustancial alguna, ya que sigue considerándola como la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra si ésta no lo hace.

Respecto de la nulidad, la fianza era nula sólo si recaía sobre un obligación nula (artículo 1705) y, no sobre una que no fuere civilmente válida, como lo decía el Código Civil de 1870.

En cuanto al beneficio de la excusión, éste tendrá lugar bajo las mismas condiciones y circunstancias que preveía el Código de 1870.

- **La Prenda.**

Este código regula la prenda en su Título Séptimo “De la Prenda y la Anticresis” el cual comprende a los artículos 1773 a 1805, sin introducir modificaciones de importancia en la materia, de tal modo que este ordenamiento sigue considerando según su artículo 1776 que el contrato de prenda sólo puede producir sus efectos por la entrega de la cosa y su permanencia en poder del acreedor, y conserva el concepto de prenda dado por el Código de 1870 que la definía como un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Respecto de las reformas y adiciones hechas por el código de 1884 al de 1870, encontramos que en el artículo 1789 que establece los derechos que adquiere el acreedor por virtud del empeño, se adiciona una cuarta fracción que dice que adquiere el derecho de “exigir del deudor otra Prenda o el pago de la deuda, aún antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o deteriora por su culpa.” También el artículo 1904 del Código de 1870 se reforma sólo para actualizar la cantidad -según el artículo 1786 del Código de 1884- a partir de la cual se requiere que conste el contrato por Escritura Pública o ser celebrado ante tres testigos para que surta sus efectos, la cual era de \$300.00 y pasó a ser de \$500.00.

La siguiente tabla muestra la concordancia de los artículos de los dos ordenamientos haciendo una pequeña observación en los que fueron modificados o adicionados.

| Código Civil 1884 | Código Civil 1870 |
|---|--|
| 1773 | 1889 |
| 1774 | 1890 |
| 1775 | 1891 |
| 1776 | 1892 |
| 1777 | 1893 |
| 1778 | 1894 |
| 1779 Derechos que adquiere el acreedor prendario por la posesión de la prenda. Tres fracciones. | 1896 ADICIONADO, se le adiciona una 4ª fracción que establece que el acreedor adquiere el derecho de exigir al deudor otra prenda o el pago de la deuda si la cosa se pierde o deteriora sin su culpa. |
| 1780 | 1897 |
| 1781 | 1898 |
| 1782 | 1900 |
| 1783 | 1901 |
| 1784 | 1902 |
| 1785 | 1903 |

| | |
|---|--|
| 1786 la cantidad a partir de la cual debía constar en escritura pública el contrato debe ser de \$300.00. | 1904 MODIFICADO, en cuanto a que la cantidad ahora debe ser de \$500.00 o más. |
| 1787 | 1905 |
| 1788 | 1906 |
| 1789 | 1907 |
| 1790 | 1908 |
| 1791 | 1909 |
| 1792 | 1910 |
| 1793 | 1911 |
| 1794 | 1912 |
| 1795 | 1913 |
| 1796 | 1914 |
| 1797 | 1915 |
| 1798 | 1916 |
| 1799 | 1917 |
| 1800 | 1918 |
| 1801 | 1919 |
| 1802 | 1920 |
| 1803 | 1921 |
| 1804 | 1922 |
| 1805 | 1923 |

Como conclusión se puede decir que el Código Civil de 1884 fue en la materia a estudio, una mera revisión de la cual se advierte que no se encontraron por los estudiosos de esa época omisiones o faltas graves en el anterior ya que quedó prácticamente intocado, sobre todo en los artículos que establecen las características esenciales del contrato de prenda.

- **La Hipoteca.**

Este código “no introduce modificación alguna de importancia en la materia, salvo en lo que se refiere a la indivisibilidad en el caso de que la hipoteca afecte a varias fincas en garantía del mismo crédito, la ampliación de la hipoteca de fincas rústicas para comprender en ella también a los animales que forman el pie de cría en los predios rústicos destinados o parcialmente a la ganadería, y la aclaración de que el gravamen permanecería vivo todo el tiempo que el crédito garantizado fuera exigible.”²⁹

El artículo 1823 la define como un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Podía recaer sobre inmuebles o los derechos reales constituidos sobre estos, aunque reconocía excepciones tratándose de embarcaciones o ferrocarriles.

Conservó el principio de especialidad al establecer en su artículo 1857 que la hipoteca nunca es tácita ni general, y que los inmuebles sobre los que se constituía debían ser ciertos y determinados.

Establecía que la hipoteca no produce efectos sino desde el día y hora en que fuere debidamente registrada y para subsistir necesitaba siempre de registro. El artículo 1850 dice que la hipoteca sólo puede ser constituida en escritura pública y sólo revistiendo esta formalidad podía inscribirse en el Registro Público; estas disposiciones vinieron a reforzar el principio de publicidad.

Respecto a la indivisibilidad se consideró que cuando se hipotecan varias fincas juntamente por un solo crédito, el acreedor puede hacer efectiva la

²⁹ Arce Cervantes, José, et. al. Op. Cit. p. 299

obligación sobre cualquiera de ellas o sobre todas, simultánea o sucesivamente, hasta obtener el pago total, a no ser que en la escritura se haya determinado la cantidad o parte del gravamen por la que cada una de las fincas pueda responder (artículo 1836). Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. (artículo 1838)

De todo lo anterior, se desprende que el código de 1884 no introduce reforma o modificación sustancial respecto de la hipoteca, acaso sólo merece volver a puntualizar que como principal modificación fue la realizada al principio de indivisibilidad ya que en el Código Civil de 1870 si se afectan varias fincas en garantía de un crédito, debe repartirse, mientras que en este, todas las fincas responden por la totalidad del crédito.

- **El Fideicomiso.**

Esta codificación de 1884, en sus artículos 3439, 3443, 3444 y 3448 “permitió la sustitución vulgar, (el testador podría sustituir al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él o de que no pudieran o no quisieran aceptar la herencia), dejó la pupilar, de manera que a los varones de menos de catorce años y a las mujeres menores de doce se les podía nombrar sustituto al padre o ascendiente bajo cuya patria potestad se hallaran para el caso en que fallecieran antes de la edad referida, y autorizaba también la ejemplar para que el ascendiente pudiera nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que conforme a derecho, hubiera sido declarado incapaz por enajenación mental. Pero prohibió expresamente las sustituciones fideicomisarias y cualesquiera otra diversa a las tres antes mencionadas”³⁰

Al encontrarse en la legislación mexicana el fideicomiso romano vinculado a las disposiciones testamentarias, se tuvo que importar el *trust* anglosajón, así que los antecedentes en el derecho Mexicano del actual fideicomiso no los encontraremos en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, como el resto de las figuras analizadas sino en ordenamientos diferentes, razón por la cual, en este apartado nos referiremos a ellas.

El fideicomiso aparece por vez primera en nuestro derecho en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, del 24 de diciembre de 1924, publicada en el Diario Oficial del 16 de enero de 1925; el artículo 6 en su fracción VII establecía “Artículo 6.- Se considerarán instituciones de crédito para los efectos legales... VII.- Los Bancos de Fideicomiso.” Por su parte el artículo 73 establecía que “Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia”, y el 74 que “Los bancos del fideicomiso se regirán por la ley especial que ha de expedirse.”

³⁰ Villagordoa Lozano, José Manuel. Op. Cit. p. 42

Dicha ley se llamó Ley de Bancos de Fideicomiso y fue promulgada el 30 de junio de 1926, publicándose en el Diario Oficial el día 17 de julio de 1926, el artículo 1 otorgaba funciones y naturaleza al banco de fideicomiso diciendo: "Los bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y a favor de tercero, que autoriza esta Ley y cuya ejecución se confía en su honradez y buena fe."; sin embargo el artículo 6 es "de capital interés, dice así: "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario" y el artículo 14, agrega: "El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitados, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso".³¹

Posteriormente el 31 de agosto de 1926, se aprobó una nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, misma que fue publicada el 16 de noviembre de ese mismo año en el Diario Oficial; el objeto de esta ley son las instituciones de crédito, y en el artículo 3 se prohibía a las instituciones extranjeras llevar a cabo operaciones de fideicomiso. Lo que más nos interesa de esta Ley es el Capítulo VI del Título primero que regulaba a los Bancos de Fideicomiso. Los primeros artículos de este Título reproducen a los de la Ley de Bancos de Fideicomiso; pero esta Ley establece innovaciones como en el artículo "108 determina que los bienes dados en fideicomiso "se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario" para la ejecución del fideicomiso "o por lo menos gravados a favor del fideicomisario" por lo que "no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en

³¹ Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. Editorial Porrúa, S.A. 1º Edición. México, D.F. 1975. p. XVIII

cuanto perjudique al fideicomiso”; excluye, sin embargo, la posibilidad de un fraude de acreedores o la nulidad por algún otro motivo. El artículo 109 admite que todos los bienes pueden darse en fideicomiso, salvo los derechos estrictamente personales, y ordena que tratándose de inmuebles, se inscriban en la sección de propiedad del Registro Público “si hubiere traslación de dominio, o en la de hipotecas en caso contrario” con lo que, llenado ese requisito, serán oponibles a terceros. El artículo 110 determina que el fiduciario tendrá facultades de dominio cuando se le den en el documento constitutivo pero que no podrá enajenar, gravar ni pignorar, sin determinación expresa o necesidad indispensable para la ejecución del fideicomiso.”³²

En el año de 1932 fue promulgada la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual ha regulado a esta figura desde su nacimiento, pero este ordenamiento será estudiado en el siguiente capítulo.

Como se ha visto del brevisimo estudio aquí presentado sobre la evolución de la fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso, se puede distinguir entre los elementos que los han conformado, varios que han sido comunes y persistentes, u otros que han variado bastante, como en el caso del fideicomiso. Y así tenemos que los conceptos de las figuras estudiadas han variado hasta llegar a los que hoy en día conocemos y, se encuentran regulados en el derecho mexicano actual; regulación que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

³² Ibidem. p. XIX

CAPÍTULO II

LA FIANZA, LA PRENDA, LA HIPOTECA Y EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL DERECHO MEXICANO ACTUAL.

A. En lo sustantivo.

a. Contratos en general.

Empezamos este capítulo exponiendo el concepto del contrato, primeramente veremos lo que estatuye el Código Civil Federal, el cual nos dice en el artículo 1793 que el contrato es aquél convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos; al respecto el diverso 1792 dice que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

“Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio, lato sensu, comprende ambas funciones”³³

Los derechos u obligaciones a que puede dar nacimiento la celebración de contratos pueden ser reales y personales, o unos u otros.

Los elementos de existencia del contrato, los enumera el artículo 1794 del Código citado en sus dos fracciones y son el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato.

³³ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Porrúa. 27ª Edición. México, D.F. 2000. pag. 7.

“El consentimiento se da cuando existe el concurso de voluntades de dos o más sujetos, por lo tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, pero no basta, es necesario que además concuerden, y el objeto debe ser posible tanto física como jurídicamente.”³⁴

El consentimiento puede ser expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; o tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto cuando deba ser expreso. (artículo 1803)

El objeto puede ser la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer y, dicho objeto, debe existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio (artículos 1824 y 1825).

Sin embargo, el contrato puede ser inválido, por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, por vicios del consentimiento, porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito o porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Todas las personas no exceptuadas por la ley, son hábiles para contratar, como lo dispone el artículo 1798, pero la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

1.- Clasificación de los contratos en general

El Código Civil Federal, nos proporciona la siguiente división de los contratos, y sólo los clasifica en unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, como se ve en los artículos 1835, 1836, 1837 y 1838, los que se transcriben a continuación:

³⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, UNAM, IJ. México, D.F. 2001 p.292

“ARTICULO 1,835.- El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.

ARTICULO 1,836.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

ARTICULO 1,837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

ARTICULO 1,838.- El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.”

Aparte de la división dada por el código en la doctrina se encuentran también diversas clasificaciones de los contratos. Así tenemos que los contratos pueden ser clasificados en:

- Unilaterales y Bilaterales
- Onerosos y gratuitos
- Conmutativos y aleatorios
- Reales y consensuales
- Formales y consensuales
- Principales y accesorios
- Instantáneos y de tracto sucesivo.³⁵

³⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 9

Los contratos **unilaterales** son los que engendran obligaciones para una parte y derechos para la otra, por el contrario, los **bilaterales** son los que engendran derechos y obligaciones a ambas partes.

Los contratos **onerosos** son los que imponen provechos y gravámenes recíprocos y se consideran **gratuitos** aquéllos en que los provechos corresponden a una sola de las partes y los gravámenes se imponen a la otra. A su vez los contratos onerosos se subdividen en **conmutativos** y **aleatorios**; los conmutativos se dan cuando los provechos y gravámenes que importa el contrato son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato y aleatorios son aquellos que se dan cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de modo que no se puede determinar la cuantía de las prestaciones hasta que esa condición o término se realice.

“**Reales** son los contratos que se constituyen por la entrega de la cosa y en oposición a ellos tenemos a los **consensuales** en los que no se necesita la entrega de la cosa para constitución del mismo, eso es lo que se debe entender como contrato consensual en oposición al real, ya que puede haber contratos consensuales en oposición a los formales y en este caso se considera que un contrato es consensual, ya que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto. Aquí cabe señalar que los contratos **formales** son aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito como un requisito de validez, esto quiere decir que si no se constituye mediante escritura pública o privada según el tipo de contrato, éste estará afectado de nulidad relativa.”³⁶

Se consideran como **principales**, los contratos que existen por sí mismos, en tanto que los **accesorios** son los que dependen de otro contrato: el principal. De este modo se puede decir que los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez la

³⁶ Ibidem p. 16

nulidad o inexistencia del accesorio. Los contratos accesorios se conocen también como contratos de garantía ya que generalmente son constituidos para garantizar el cumplimiento de otra obligación llamada principal.

Por último se pueden clasificar los contratos en **instantáneos** que son los que se cumplen en el mismo momento de su celebración, o sea que el pago de las prestaciones se realiza en un solo y mismo acto; y los contratos **de tracto sucesivo** son en los que el cumplimiento de las prestaciones se llevan a cabo durante un período de tiempo determinado.

b. La fianza en general.

DEFINICIÓN DE FIANZA.

El Código Civil Federal define a la fianza como el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

“Es necesario completar esta definición, indicando el carácter accesorio de la fianza, entonces se define como un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace”³⁷

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FIANZA.

El Código la divide en legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso. Al ser definida la fianza en el Código Civil Federal, como un contrato, dicho contrato se puede clasificar como **accesorio**, siendo ésta su principal característica ya que depende de la preexistencia de una obligación, que es precisamente la que va a garantizar; generalmente **unilateral**, ya que sólo el fiador se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace y el acreedor no tiene que soportar ninguna obligación respecto del fiador; generalmente **gratuito** debido a que concede al acreedor un beneficio o provecho e impone al fiador un gravamen y éste no recibe ninguna compensación, como se ha dicho; pero puede ser también **oneroso**, -máxime que así lo permite el Código en el artículo 2795- si es que el acreedor se obliga a pagar una prestación al deudor por prestar la fianza, y en esta caso el código dice que sólo cuando sea oneroso podría ser aleatorio o conmutativo; **consensual**, en virtud de que el código no exige ninguna formalidad para ello,

³⁷ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo VI. Contratos. Ed. Porrúa. 15ª Edición. México, D.F. 1999. pag. 249

“Desde el punto de vista estricto en que se coloca el Código, sólo puede plantearse la cuestión relativa al carácter conmutativo o aleatorio de la fianza, cuando ésta tenga el carácter de onerosa, debido a que se estipulen provechos y gravámenes recíprocos.”³⁸

EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR.

Respecto a la relación entre el acreedor y el fiador, éste tiene derecho de oponer las excepciones siempre que sean inherentes a la obligación principal, pero no las personales del deudor; sin embargo cuando el deudor principal renuncia voluntariamente a la prescripción de la deuda o cualquier otra liberación, la nulidad o la rescisión, esa renuncia no impide al fiador hacer valer tales excepciones. (artículos. 2812 y 2813).

El código otorga al fiador el beneficio de la excusión, la cual consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto; pero no tendrá lugar, según el artículo 2816, cuando:

- I.- Cuando el fiador renunció expresamente ella;
- II.- En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor;
- III.- Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República;
- IV.- Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador;
- V.- Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.”

Pero para que este beneficio aproveche al deudor es necesario cumplir con los requisitos establecidos desde el Código Civil de 1870, los cuales son que el fiador la alegue desde el requerimiento de pago; que designe bienes

³⁸ Ibidem. pag. 261

del deudor bastantes a cubrir la obligación y que anticipe o asegure los gastos de excusión.

Cuando el fiador haya renunciado únicamente al beneficio de orden, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador, pero éste conservará el beneficio de excusión, aún cuando se de sentencia contra los dos; pero cuando haya renunciado a ambos beneficios, puede denunciar el pleito al deudor principal, al momento de ser demandado.

Respecto a las transacciones celebradas entre los sujetos, se conserva el principio del Código de 1870, el cual dice que la transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica al deudor principal.

EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR.

En principio el fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor. Pero el fiador no tendrá este derecho cuando se constituyó la fianza contra la voluntad del deudor, y sólo lo podrá exigir en cuanto el pago hubiere beneficiado al deudor.

Esa indemnización comprende la deuda principal; los intereses, desde que el fiador notifica al deudor del pago realizado, aun cuando en el contrato principal no se hubieren contraído; los gastos que haya hecho desde que avisó del pago realizado; los daños y perjuicios que hubiere sufrido por causa del deudor. Por transacción hecha entre el acreedor y el fiador, éste no podrá exigir al deudor sino lo que en realidad haya pagado.

EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES.

También a este respecto, conserva el Código los principios del Código de 1870, disponiendo que cuando más de un fiador responda ante el

mismo acreedor y por la misma deuda, el que hubiere pagado puede reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Agrega el artículo 2837, que cuando alguno de los cofiadores resulte insolvente, su parte recaerá sobre todos en la misma proporción. En esto consiste el beneficio de la división que asiste a los cofiadores.

Al momento de que el fiador que pagó demande de sus cofiadores el pago de su parte proporcional, éstos podrán oponer a aquél todas las excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, siempre que no fueren puramente personales del mismo deudor o del fiador que hizo el pago. (artículo 2838)

El beneficio de división no aprovechará a los cofiadores, cuando se renuncie expresamente; cuando se hayan obligado mancomunadamente con el deudor; cuando alguno (s) son concursados o se vuelvan insolventes; cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador.

Por último respecto a las obligaciones entre los cofiadores cuando el fiador que pide el beneficio de división sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aun por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame. (artículo 2840) Asimismo en caso de insolvencia, el que fia al fiador, es responsable con los otros fiadores en los mismos términos que el fiador fiado.

EXTINCIÓN DE LA FIANZA

El artículo 2842 del Código Civil Federal, nos dice, de manera general, que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.

En casos especiales de extinción, el Código señala que:

- En caso de que la obligación del deudor y la del fiador se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador. (artículo 2843)
- La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los demás fiadores, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del liberado. (artículo 2844)
- La prórroga o espera concedida al deudor principal, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza. (artículo 2846)
- La quita reduce la fianza en la misma proporción, y la extingue si queda sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones. (artículo 2847)
- El fiador quedará libre de su obligación, cuando se ha obligado por tiempo determinado, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. (artículo 2848)
- En el mismo caso, también quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor. (artículo 2848)
- Cuando el fiador se ha obligado por tiempo indeterminado, éste tiene el derecho de exigir al acreedor que requiera judicialmente al deudor el cumplimiento, pero quedará libre de su obligación si se dan los supuestos de los dos puntos anteriores. (artículo 2849)

1.- La fianza mercantil.

Después de haber expuesto el régimen jurídico de la fianza en general o civil, nos abocaremos al estudio de la fianza que reviste el carácter de mercantil, previo a esto debemos puntualizar qué características otorgan a la fianza este carácter; para tal efecto tenemos que acudir a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 29 de diciembre de 1950, que establece en su artículo 2 qué fianzas serán mercantiles:

“ARTICULO 2o.- Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.”

Pero puede servir para una mejor concepción de la naturaleza mercantil de la fianza, el referirnos a la ya derogada Ley de Instituciones de Fianzas, que precedió a la actual ley federal en la materia; en cuyos artículos transitorios, establecía qué fianzas tenían el carácter de mercantil.

a) Las que se otorgaban a título oneroso, salvo que se celebraran ocasionalmente por quienes no constituían una institución de fianzas o una de crédito.

b) Las que se otorgaban por las instituciones de fianzas o de crédito legalmente autorizadas.

También... las siguientes:

a) Las que se otorgaban por individuos o compañías que constantemente ejecutaban tales actos.

b) Las que se extiendan en forma de póliza.

c) Las que se anunciaban públicamente, empleando agentes que las ofreciesen.”³⁹

La actual Ley Federal tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; así como las de los agentes de fianzas y demás personas relacionadas con la actividad afianzadora, en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes.

³⁹ Ibidem pag. 275

c. La prenda en general.

1.- En el Código Civil Federal.

DEFINICIÓN DE PRENDA

Este Código dice 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.

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA

El contrato de prenda, que constituye nuestro objeto de estudio, siguiendo la división de los contratos que hace el código es un contrato bilateral y oneroso o gratuito; en cuanto a lo primero, por establecer provechos y gravámenes recíprocos; en cuanto a lo segundo puede ser oneroso si la constituye el propio deudor principal ya que de ese modo el contrato importa provechos y gravámenes a ambas partes.

“pero si es un tercero el que la constituye puede ser considerado gratuito ya que el constituyente no percibiría ningún provecho y si tendría que soportar la desposesión de su cosa y la posibilidad de su enajenación”⁴⁰;

Eso en cuanto a la división que de los contratos hace el código, sin embargo, también se puede decir que es un contrato accesorio o de garantía en virtud de que existe según el artículo 2856 para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; que es un contrato real ya que se debe hacer entrega de la cosa para que se tenga la prenda por legalmente constituida, sea esta entrega real o jurídica, el actual Código Civil desde la exposición de motivos nos revela el carácter que debe poseer esta entrega, ya que nos dice que

⁴⁰ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 463

se amortiguó el rigor de la doctrina clásica que sostiene que para que produzca efectos el contrato de prenda es indispensable que ésta se entregue al acreedor, que es un contrato formal ya que el artículo 2860 nos dice que debe constar por escrito el contrato, si se otorga en documento privado se formará un ejemplar para cada parte, y en cuanto a los derechos que el contrato surta contra terceros se exige la constancia cierta de la fecha de celebración, sea por registro, escritura pública o cualquier otro modo fehaciente.

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER DADOS EN PRENDA

Como ya se ha dicho el artículo 2856 nos define a la prenda como un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. De aquí surge la necesidad de establecer qué bienes pueden darse en prenda; la definición dada nos dice que son objeto de prenda los bienes que sean muebles y enajenables, es decir cedibles, que estén dentro del comercio, los cuales pueden ser frutos o títulos de crédito.

“Tenemos que como la ley no limita, se puede considerar que pueden darse en prenda no sólo los muebles corpóreos sino también los incorpóreos como son los derechos, los créditos”⁴¹

Aunque para que surta efectos en estos casos, sea necesario satisfacer ciertos requisitos como pueden ser: que conste en escritura pública o su anotación en el registro público.

“En relación a los bienes incorpóreos, éstos pueden ser derechos personales susceptibles de enajenación, es decir, no inalienables; los derechos reales, que son considerados bienes muebles enajenables, como los derechos de autor, el usufructo o el derecho de copropiedad sobre bienes muebles.”⁴²

⁴¹ Lozano Noriega, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. México, D.F. 1999. p. 644

⁴² Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 460

El artículo 2888 establece que el derecho que da la prenda al acreedor se extiende a los accesorios y aumentos de la cosa. Respecto de los frutos, el código establece que pertenecen al deudor, razón por la cual no se deben comprender en la garantía; sin embargo, por convenio entre las partes los puede percibir el acreedor y su importe se imputará a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital (Art. 2880).

CAPACIDAD PARA DAR EN PRENDA

Puede constituir prenda un tercero que no sea el deudor u obligado principal, ya que el artículo 2867 nos dice que puede ser constituida aun sin consentimiento del deudor; esto es, la prenda al ser un contrato accesorio presupone la existencia de una obligación principal, la cual tiene dos sujetos: el acreedor (activo) y el deudor (pasivo), este último puede no ser el deudor prendario, ya que otra persona puede otorgar la prenda, y la ley permite que aún sin consentimiento del sujeto pasivo de la obligación principal, de modo que no siempre recaen sobre la misma persona la calidad de deudor principal y la de deudor prendario.

Por su parte el artículo 2868 nos dice que la persona que constituya la prenda debe tener la calidad de dueño sobre los bienes afectos, ya que establece -en su primera parte- categóricamente que nadie puede dar en prenda las cosas ajenas, ya que aunque la prenda no es un contrato traslativo de propiedad y se cree un derecho distinto de la propiedad a favor del acreedor, la ley establece que si vencida la obligación y no pagada, puede el acreedor solicitar la venta de los bienes dados en prenda, entonces se puede decir que dichos bienes están llamados a la enajenación, por lo cual se requiere ser dueño de ellos o tener poder de disposición sobre los mismos, tal y como lo establece la segunda parte del numeral en cita que establece obligatoria la autorización del dueño para constituir la prenda, tal autorización debe ser un mandato especial que otorgue facultades de dominio. Sin embargo el artículo 2869 al indicar que si se prueba debidamente que el dueño prestó su cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño, es

decir que aún sin ser ese mandatario especial del que hablamos, si la persona que otorgó el bien en prenda prueba de una manera fehaciente que el dueño de la cosa le dio autorización para hacerlo, la prenda se tendrá por plenamente válida, surtiendo desde luego todos sus efectos.

En relación al acreedor prendario, al haber éste adquirido determinadas obligaciones como lo señala el artículo 2876, se requiere que cuente con la capacidad general que para contratar establece el artículo 1798 del propio Código.

El contrato de prenda puede estar afectado de nulidad por incapacidad si es que el constituyente de la prenda no tiene la propiedad del objeto y como casos principales pueden ser:

“a) prenda de cosa ajena, b) prenda constituida por el propietario aparente y c) prenda constituida por el propietario cuyo título se declara nulo.”⁴³

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

El acreedor prendario adquiere por razón de la prenda el derecho de ser pagado con el precio de la cosa empeñada, sin necesidad de entrar en concurso, haciendo valer las acciones a que tienen derecho por razón de la prenda; el de recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al deudor; el de ser indemnizado si es que efectuó gastos necesarios y útiles para conservar la cosa empeñada, salvo que la use por convenio; el de exigir a su cocontratante otra prenda o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la prenda se pierde o deteriora sin su culpa. Si es turbado en su posesión, el acreedor deberá avisar de inmediato al dueño para que éste la defienda y si no lo hiciere, él será responsable de todos los daños y perjuicios. También tendrá el derecho, según el artículo 2875 de que si perdida la prenda el deudor le ofrece otra o alguna caución podrá aceptarla o rescindir el contrato.

⁴³ Rojina Villegas, Op. Cit. p. 469

Por otro lado el artículo 2876 establece como obligaciones del acreedor el conservar la cosa empeñada como si fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia y a restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos. Asimismo, si abusa de la cosa empeñada, (entendiéndose por abuso el uso de ella sin estar autorizado por convenio o deteriorarla o aplicarla a objeto diverso del destinado) está obligado a depositarla o a dar fianza para restituir la cosa al estado en que la recibió (Art. 2877 y 2878), está obligado a hacer todo lo que sea necesario para que no se altere o menoscabe el derecho que representan los bienes dados en prenda, si es que se trata de créditos y tuviere en su poder el título respectivo.

El deudor por su parte, tiene los siguientes derechos: puede enajenar la cosa empeñada o conceder su uso o posesión, pero el adquirente no podrá exigir se le entregue la misma, a menos que pague el importe de la obligación garantizada con los intereses y gastos respectivos (Art. 2879); puede exigir del acreedor –como ya ha quedado anotado– que la prenda se deposite si es que el mismo abusa de ella o que otorgue fianza para restituirla en el estado en que la recibió (Art. 2877); puede recibir los frutos que de la prenda, porque el artículo 2880 dice que tales pertenecen al deudor, salvo convenio en contrario.

DISPOSICIONES PARA HACER EFECTIVA LA PRENDA

El artículo 2881 establece que si el deudor no paga en el plazo estipulado, el acreedor tendrá el derecho de solicitar al juez y éste decretará la venta en pública almoneda de la cosa empeñada, previa citación del deudor principal o del que, en su caso, hubiere constituido la prenda. El código procesal civil establece el procedimiento para realizar la venta y si no se pudiere vender en esos términos, la cosa se adjudicará al acreedor en las dos terceras partes de la postura legal. Sin embargo, las partes pueden convenir en que el acreedor se quede con la prenda en el precio que se le fije al vencimiento de la obligación, pero no al tiempo de celebrarse el contrato (Art. 2883) y también pueden convenir

que la prenda se venda extrajudicialmente. En cualquier situación de las descritas con anterioridad podrá el deudor prendario hacer suspender la enajenación pagando dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas desde la suspensión, según lo dispuesto en el numeral 2885.

Vendida la prenda y si su producto excede a la deuda, el exceso será entregado al deudor, pero si es que el importe no alcanza a cubrir la deuda, el acreedor tendrá el derecho de demandar al deudor por el faltante. En cambio es nulo el pacto que hagan las partes a modo de autorizar al acreedor a apropiarse la prenda, aunque ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de la cosa fuera de la manera establecida por la ley; también será nula la cláusula que prohíba al acreedor solicitar la venta de la cosa dada en prenda.

El acreedor no responderá por la evicción de la prenda vendida, salvo dolo de su parte o que se hubiere sujetado expresamente a esa obligación.

INDIVISIBILIDAD DE LA PRENDA

El artículo 2890 del Código en estudio nos dice que la prenda tiene el carácter de indivisible, lo cual significa que el derecho se extiende sobre el bien en su totalidad y cada una de sus partes para garantizar el crédito completo y cada una de sus partes, pero si el deudor esta facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos o uno que sea cómodamente divisible, la deuda se irá reduciendo parcialmente a los pagos hechos, siempre que los derechos del acreedor estén debidamente garantizados

EXTINCIÓN DE LA PRENDA

Al encontrarse la prenda dentro de los contratos accesorios, al igual que la fianza, se puede extinguir por sí misma por cualquiera de las formas como se extinguen las obligaciones: nulidad, rescisión, confusión, pago, compensación,

etc. O por consecuencia, esto es que cuando se extinga la obligación principal, sea por el pago, o por cualquier otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda (Art. 2891).

2.- En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Actualmente nuestro Código de Comercio no regula el contrato de prenda, ya que sus artículos 337, 339, 340 al 357, 365 al 370, 449 al 575, 605 al 634 y 1044, fracción I -entre los que se encontraban los que contenían lo referente a la prenda- fueron abrogados, según el artículo tercero transitorio por decreto publicado el veintisiete de agosto de 1932, por medio del cual fue publicada la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual es el ordenamiento que ahora la reglamenta.

Sin embargo, es importante en este estudio referirnos a él, tomando en consideración que en la citada Ley de Títulos y Operaciones de Crédito no se dice qué se debe entender por prenda mercantil, y el Código sí lo hacía en su artículo 605 y nos decía que la prenda sería mercantil cuando fuere constituida **para garantizar un acto de comercio**, así como **la constituida por un comerciante**, también se puede decir que será mercantil la prenda cuyo objeto sea un título de crédito, el cual es una cosa mercantil, aunque la obligación que garantice no lo sea.

De tal modo que nos abocaremos al estudio de las disposiciones contenidas en la referida ley federal especial.

Primeramente cabe decir que lo estipulado por el Código Civil, como ley fundamental, puede regir sobre la prenda mercantil, ya que en dicho ordenamiento se regula de manera más exhaustiva a este contrato, y así lo permite la fracción IV del artículo 2 de esta ley al decir que los actos y operaciones en ella contenida se regirán por: "...IV.- Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código

Civil del Distrito Federal.” De modo que sólo nos ocuparemos de estudiar las disposiciones exclusivas y especiales en materia mercantil.

Como ha quedado establecido, esta ley fue publicada en 1932 y entró en vigor el día quince de septiembre de ese año, de modo que las disposiciones contenidas en el Código de Comercio relativas a la prenda fueron abrogadas y esta Ley empezó a regir sobre esa figura. En primer lugar tenemos que la Ley a examen no brinda una definición de la prenda, ni nos dice por qué la misma será calificada de mercantil, por lo cual debemos estar a lo dispuesto por el Código Civil y a lo expresado en párrafos anteriores.

En esa virtud y en relación a la “especie” prenda en materia de Comercio, siguiendo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nuestro estudio comenzará con el contenido del artículo 334 que en sus ocho fracciones establece en forma limitativa cómo se constituye la prenda en materia mercantil, las cuales son las siguientes:

- Por la **entrega** al acreedor de los bienes o títulos de crédito, cuando son al portador. (fr. I)
- Por el **endoso** de los títulos de crédito a favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente **anotación en el registro**, si deben ser inscritos según el artículo 24 de la LGTOC. (fr. II)
- 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 se trate de títulos o de créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro. (fr. III)
- Por el **depósito** de los bienes o títulos, si éstos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor. (fr. IV)

- 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. (fr. V)
- 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. (fr. VI)
- Por la **inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío** en los términos del artículo 326 de esta ley. (fr. VII)
- Por el **cumplimiento de los requisitos** que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros. (lo cual estudiaremos en el apartado correspondiente.) (fr. VIII)

De la relación que antecede podemos inferir que se requiere la forma escrita y la entrega de los bienes para la constitución de la prenda mercantil, y además para las formas contenidas en las fracciones I, II, III, V y VI se exige la entrega de un resguardo que exprese el recibo de los bienes o títulos dados en prenda y de los datos necesarios para su identificación, de acuerdo con el numeral 337, el cual dice que “el acreedor prendario está obligado a entregar al deudor, a expensas de éste, en los casos a que se refieren las fracciones I, II, III, V y VI del artículo 334, un resguardo que exprese el recibo de los bienes o títulos dados en prenda y los datos necesarios para su identificación”.

BIENES QUE PUEDEN DARSE EN PRENDA

“Asimismo, se colige que los bienes susceptibles de ser dados en prenda mercantil, pueden ser los siguientes: bienes enajenables, tal como lo marca el Código Civil, de esta manera quedan a salvo los bienes y derechos inalienables (como lo son el patrimonio de familia, los derechos ejidales, etc.); también los bienes o valores fungibles, los títulos de crédito y los derechos sobre bienes inmateriales, como los de

autor y los de la llamada propiedad industrial (según artículos 758 a 760 del Código Civil), la prenda puede recaer también sobre tales derechos, y su constitución legal operará, por lo que a derechos de autor se refiere, mediante su inscripción en el Registro del Derecho de autor, y en cuanto a los derechos de propiedad industrial, una vez inscrita en la Dirección General de Invenciones y Marcas.”⁴⁴

Y también lo puede hacer sobre dinero según lo permite el numeral 336 de la Ley en estudio, el cual en la parte conducente dice “cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad salvo convenio en contrario”.

“Pueden darse en prenda toda clase de objetos muebles o derechos o acciones que tengan por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.”⁴⁵

Ahora bien, de lo anterior podemos establecer que se requiere la entrega en el momento de su constitución y esto se da en dos casos, cuando se constituye sobre títulos de crédito o en bienes diversos a los títulos de crédito, ya que si los títulos de crédito son al portador, basta la sola entrega material (Art. 334, fr. I), si son nominativos se requiere el endoso para su validez, la entrega y en su caso, la anotación en el registro del emisor (frs. II y III); pero si los títulos no fueren negociables es preciso que se entreguen al acreedor y se inscriba, en su caso, el gravamen en el registro del emisor (fr. III). También se puede constituir por depósito: cuando los títulos son al portador (fr. IV), se pueden depositar con un tercero a disposición del acreedor, u otro tipo de bienes se pueden depositar en locales cuyas llaves queden en poder del acreedor aunque sean propiedad del deudor (fr. V).

“Por último se puede constituir sin entrega en los casos en que se trate de créditos refaccionarios o de habilitación o avío, este tipo Rodríguez Rodríguez lo considera como prenda especial, entre otros”⁴⁶

⁴⁴ Díaz Bravo, Arturo. . Contratos Mercantiles. Ed. Harla. México, D.F. 1998. p. 211

⁴⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VII, UNAM, IJ. México, D.F. p.180

⁴⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. México, D.F. 1999. p. 236

Entonces quedará constituida por la inscripción del contrato que contenga los requisitos que la ley exige para su formulación (fr. VII) y cuando se trate de créditos en libros, se tendrá por constituida cuando reúna los requisitos que la ley especial establezca, los cuales serán estudiados con posterioridad. (fr. VIII).

De modo que la prenda mercantil, en modo general, se perfecciona por la entrega de la cosa, según el artículo 2856 del Código Civil y el propio 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero teniendo en cuenta la posibilidad de la entrega jurídica.

Cabe agregar que cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, la misma subsistirá aunque los títulos o bienes se sustituyan por otros de la misma especie y también puede pactarse que la propiedad de dichos títulos o bienes fungibles se transfiera al acreedor, el cual adquirirá la obligación de restituir otros tantos bienes o títulos de la misma especie, este pacto debe constar por escrito según los artículos 335 y 336. Sin embargo no se puede pactar que el acreedor prendario pueda hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda al momento de constituir la misma aún con el consentimiento del deudor, ya que:

“el artículo 344 establece una norma prohibitiva a este respecto diciendo que “el acreedor prendario no podrá hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda sin el expreso consentimiento del deudor, manifestado por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda” es lo que se conoce como pacto comisorio y que puede ser fácilmente defraudo posfechando el documento que autorice la venta.”⁴⁷

⁴⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit. p.183

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El acreedor prendario tiene a su favor, la posibilidad de hacer vender el bien y cobrarse preferentemente; tiene el derecho de conservar los bienes en prenda, lo cual es también una obligación según el artículo 338 que dice que está obligado a guardar y conservar la prenda, debiendo ejercitar todos los derechos inherentes a ellos siendo los gastos por cuenta del deudor, será nulo todo pacto que las partes hagan para limitar la responsabilidad del acreedor, pero el deudor podrá exigir del acreedor un resguardo de los bienes o títulos que le haya entregado. En la hipótesis prevista por el artículo 336 de la Ley de Títulos se contempla otra obligación a cargo del acreedor ya que si se pacta que la propiedad de los bienes cuando éstos son fungibles se transfiera al acreedor, éste se obliga a restituir otros tantos bienes o títulos de la misma especie. También tiene el derecho de conservar en sustitución de los títulos pignorados, las cantidades que reciba a su vencimiento o amortización, y a percibir la suma que produzcan los bienes empeñados, en su caso, y aplicarla al importe de la deuda, salvo pacto en contrario (Art. 338). Un derecho importante que tiene el acreedor es el de hacer vender la prenda, lo cual podrá hacer aunque no se haya vencido la deuda si es que el precio de los bienes o títulos dados en prenda baja de manera que no baste a cubrir el importe de la deuda y un 20% más (Art. 340) o si el deudor no cumple la obligación de proporcionarle en tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse por los títulos (Art. 342). Si se trata de títulos de crédito que atribuyen un derecho de opción que deba ser ejercitado durante la vigencia de la prenda, el acreedor está obligado a ejercitarlo por cuenta del deudor, o cuando durante la misma vigencia deba ser pagada alguna exhibición sobre los títulos el acreedor lo deberá hacer, en estos dos casos, el deudor deberá proveer a su cocontratante de los recursos necesarios para hacerlo hasta 2 días antes de la fecha. Si no lo hiciera, el acreedor podrá liquidar la prenda.(Art. 339)

Así tenemos que el deudor prendario tiene la obligación de pagar los gastos que hiciera el acreedor para la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, así como de proveerlo de los recursos necesarios para

ejercitar el derecho de opción, en su caso, o de realizar las exhibiciones que se necesiten, según si el bien dado en prenda es un título de crédito que así lo requiera. Y como derecho primordial tiene el de ser restituido en la posesión de los bienes dados en prenda al cumplimiento de la obligación que con ellos garantizó, así como de exigir un resguardo para identificación de los bienes entregados al acreedor.

d. La Hipoteca.

1.- En el Código Civil Federal.

La Hipoteca está regulada por el título decimoquinto de la Segunda Parte del Libro Cuarto de este código y en el artículo 2893 la define como “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”. En razón de la constitución de esta garantía, los bienes de que se trate, quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de un tercero.

BIENES QUE PUEDEN SER HIPOTECADOS

En principio, sólo pueden ser susceptibles de ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados; dentro de estos bienes y atendiendo al principio de especialidad, la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados. Según la definición dada por el propio código, la hipoteca puede recaer sobre “bienes que no se entregan al acreedor”, los artículos subsiguientes de ese mismo título, nos dan una idea más específicas de cuáles son esos bienes. El artículo 2900 dice que puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se entenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado. Pueden también hipotecarse los bienes hipotecados previamente.

Aparte la hipoteca se puede extender, aunque no se exprese, a las accesiones naturales del bien hipotecado; a las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados; a los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no se puedan separar y, a los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado así como a los nuevos pisos que levante sobre los bienes hipotecados. En el caso de que la garantía se constituya sobre derechos reales, aquélla durará sólo mientras éstos subsistan.

El artículo 2897 de este código establece los bienes a los que no se extenderá la hipoteca, salvo pacto en contrario, los cuales son: los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito y, las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de extinguirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

BIENES QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE HIPOTECA.

Las seis fracciones del artículo 2898 señalan cuáles son los bienes sobre los cuales no se puede constituir hipoteca y, son a saber:

- Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca.
- Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, ya sean para adorno y comodidad, o para el servicio, siempre y cuando no se hipotequen juntamente con los edificios.
- Las servidumbres, siempre que no se hipotequen con el predio dominante.
- El derecho a recibir frutos, por razón del usufructo concedido a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes, por el Código Civil Federal.
- El uso.
- La habitación.
- Los bienes litigiosos, a menos que el acreedor tenga conocimiento del litigio, pero de cualquier forma la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

Tampoco puede ser hipotecado el predio común sino con consentimiento de todos los copropietarios; sin embargo el copropietario puede hipotecar su porción indivisa, así cuando se divida la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Para la constitución de la hipoteca, se deben observar ciertos principios que se pueden considerar rectores, según lo que establece el Código Civil que estudiamos. Tales principios, han dado los juristas en denominarlos: a) principio de realidad; b) principio de accesoriedad; c) principio de inseparabilidad; d) principio de indivisibilidad; e) principio de especialidad; f) principio de publicidad; g) principio de formalidad.⁴⁸

El principio de realidad se traduce en que la hipoteca es un derecho real, es decir, siempre se tiene sobre un bien; aunque éste pase a poder de otro poseedor o tercero, éste principio se contiene en el artículo 2894.

El principio de accesoriedad, deriva de que la hipoteca, al igual que todos los contratos de garantía, son accesorios a un contrato u obligación principal, la cual van a garantizar: Debido a este carácter la hipoteca corre la suerte de la obligación principal.

El principio de Inseparabilidad, al igual que el de realidad, emana de lo preceptuado por el artículo 2894, ya que en virtud de él, la hipoteca seguirá siempre al bien, a pesar de que sea transmitido y la hipoteca será oponible a cualquier tercero, sean de buena o de mala fe.

El principio de Indivisibilidad es uno de los más complejos, deriva del artículo 2911, el cual dice que la hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantida, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido.

“Lo tomamos aquí desde dos puntos de vista: desde el aspecto de los bienes gravados con ese derecho real (hipoteca) y desde el punto de vista del crédito garantizado mediante la constitución de ese derecho

⁴⁸ Ibidem p. 331

real. Desde el primer punto decimos que es indivisible porque los bienes hipotecados, la parte que de ellos queda, los bienes, en su conjunto, en su totalidad y cada una de las partes de que se componen esos bienes, están gravados con ese derecho real; si se constituye una hipoteca sobre un edificio y éste se destruye; la hipoteca grava los restos de ese edificio, el terreno y, si hubiese estado asegurado, el seguro queda afectado con ese gravamen hipotecario; por eso decimos que es indivisible. Es indivisible desde el punto de vista del crédito: si éste se divide, cada parte del crédito está garantizada con la totalidad de los bienes hipotecados.”⁴⁹

El principio de especialidad, consiste en que, tal como lo señala el artículo 2919, la hipoteca nunca es tácita ni general, en el derecho nacional, antes de la codificación de 1870, la hipoteca se constituía sobre la totalidad del patrimonio inmueble del deudor, sin embargo éste código instituyó el principio de especialidad, el cual a su vez lo heredó al de 1884 y éste a su vez al de 1928-1932 y dicho precepto sigue rigiendo hasta nuestros días.

El principio de publicidad, se traduce en la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad. Este requisito es indispensable para que la hipoteca surta efectos contra terceros, ya que así lo establece el artículo 2922 del Código Civil Federal.

El principio de formalidad también se contiene en el artículo 2919 del Código, ya que éste, claramente expresa que la hipoteca nunca es tácita, es decir, debe revestir cierta forma para que sea legalmente válida.

CLASES DE HIPOTECA.

El código a estudio, contempla dos clases de hipotecas: la voluntaria y la necesaria. La primera comprende a las hipotecas convenidas entre partes o

⁴⁹ Lozano Noriega, Francisco. Op. Cit. p. 685

impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen. La segunda se refiere a las hipotecas que se constituyen especial y expresamente por disposición de la ley por ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los derechos de determinados acreedores. Ésta se puede exigir en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado. La hipoteca necesaria tendrá una duración igual al de la obligación que garantiza.

Según el artículo 2938, los que tienen derecho de exigir la constitución de hipoteca necesaria, tienen también el de objetar la suficiencia de la hipoteca. Tales personas son, a saber: El coheredero o partícipe sobre los inmuebles repartido, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido; los descendientes de cuyos bienes fueron únicamente meros administradores los ascendientes; los menores y demás incapacitados, sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administran; los legatarios, por el importe de sus legados; y, el Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus cargos.

AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA.

El acreedor tendrá derecho de exigir la ampliación de la hipoteca, si es que ésta no es suficiente para garantizar la obligación principal, de modo que, cuando con o sin culpa del deudor el inmueble hipotecado se hiciere, como se ha dicho, insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor a juicio de peritos, según el artículo 2907, podrá pedir la ampliación de la misma. En este caso, la circunstancia de haber disminuido el valor de la finca hipotecada, se sujetará a juicio de peritos. Cuando fuere comprobada la insuficiencia de la finca gravada, el deudor hipotecario tendrá ocho días, a partir de la resolución judicial correspondiente, para ampliarla a satisfacción del acreedor principal, en caso de no hacerlo, se dará por vencida la hipoteca para todos los efectos legales.

EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

Es el último supuesto que reglamenta el código en el apartado relativo a la hipoteca y nos dice en el artículo 2941 que podrá pedirse y deberá ordenarse la extinción de la hipoteca cuando: se extinga el bien hipotecado; se extinga la obligación garantizada por ella; se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado; se expropié por causa de utilidad pública el bien hipotecado; se remate judicialmente la finca hipotecada; por la remisión expresa del acreedor; y, por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Puede extinguirse por dación en pago, pero en este caso, la hipoteca revivirá si queda sin efecto el pago, sea porque la cosa dada en pago se pierda por culpa del deudor y estando todavía en su poder, o porque el acreedor la pierda en virtud de la evicción. En estos casos, si por la dación en pago se había cancelado la inscripción hecha de la hipoteca, en el Registro Público, la misma revivirá sólo después de la nueva inscripción.

2.- En la legislación mercantil.

En la "Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941 y derogada por la actual Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, se regulaba la actividad de ciertas Instituciones de Crédito denominadas "Sociedades de crédito hipotecario", las cuales según sus artículos 34 a 39:

"estaban autorizadas para emitir bonos hipotecarios y para garantizar la emisión de cédulas representativas de hipoteca, así como para

negociar, adquirir o ceder estas cédulas; para otorgar préstamos o créditos con garantía hipotecaria.”⁵⁰

Los préstamos otorgados por estas instituciones, precisamente eran para la realización de obras o mejoras que requirieran los inmuebles sobre los cuales se constituía la garantía.

Ahora bien, dentro de la legislación mercantil vigente, encontramos que en varios ordenamientos se contempla la figura de la hipoteca, pero no se encuentran ya instituciones como las mencionadas en los párrafos precedentes, sino que en el derecho actual, la hipoteca contenida dentro de varios ordenamientos, es siempre para garantizar las funciones o actividades principales que se encuentran reguladas por las leyes mercantiles especiales.

Tal es el caso, en primer lugar, de la Ley General de Organizaciones y Actividades auxiliares del Crédito, que en su artículo 40 establece las actividades que, limitativamente, pueden realizar las uniones de crédito (figura regulada por esta ley) y entre ellas, según su fracción II, se encuentra la de recibir préstamos exclusivamente de sus socios, de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas del país o de entidades financieras del exterior así como de sus proveedores, pero agrega en el párrafo siguiente las reglas que deben seguirse cuando dichos préstamos se garanticen con hipoteca sobre sus propiedades. Agregando en su artículo 50, los bienes que se encontrarán comprendidos, cuando las hipotecas sean constituidas a favor de organizaciones auxiliares del crédito, sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o dedicada a la explotación de bienes o servicios públicos. Así como las obligaciones que tienen las organizaciones auxiliares del crédito acreedoras a las hipotecas mencionadas.

De igual modo, la Ley de Instituciones de Fianzas, establece en el artículo 24, las garantías de recuperaciones que las instituciones por ellas reguladas pueden exigir, entre las cuales se encuentra la hipoteca, según la

⁵⁰ Rojina Villegas. Op. Cit. p. 615

fracción I, además en el propio artículo establece cómo se determinarán las calificaciones y requisitos de la garantía otorgada con hipoteca, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Su artículo 28 dice sobre qué bienes se puede constituir la hipoteca, y qué comprenderá la garantía. Por último el artículo 124 estatuye las vías por las cuales, a elección de las instituciones afianzadoras, pueden hacer efectivas las fianzas garantizadas mediante hipoteca, fideicomiso sobre inmuebles o la afectación en garantía de bienes inmuebles prevista en el artículo 31 de esa Ley, entre ellas se encuentra la vía hipotecaria.

e. La Prenda sin Transmisión de Posesión.

Mediante decreto publicado el 23 de mayo de 2000, fue adicionada la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, introduciéndose a la misma la figura denominada Prenda sin transmisión de posesión, comprendida en los artículos 346 al 380, estableciendo este tipo de prenda primordialmente que:

- a) Constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.
- b) El deudor conservará la posesión material de los bienes dados en prenda, a excepción de que desde la celebración del contrato constitutivo, en donde las partes deberán establecer las bases para designar a un perito, (cuya responsabilidad será dictaminar la actualización del precio o valor de la cosa) éste sea un almacén general de depósito, entonces éste tendrá la posesión del bien pignorado.
- c) Esta prenda constará en contrato, el cual será mercantil para todas las partes que intervengan. A menos que sea celebrado entre dos personas físicas que la ley no les otorgue el carácter de comerciante y cuando se trate de actos que no se reputen como actos de comercio.
- d) El contrato a que se refiere el punto anterior, deberá constar por escrito y cuando la operación se refiera a bienes cuyo valor sea igual o mayor a 250,000 Unidades de Inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario. Desde la fecha de la firma del contrato, se tendrá por constituida la prenda y surtirá efectos desde entonces entre las partes, pero contra terceros surtirá desde su inspección en el registro respectivo.
- e) Será mercantil el juicio que dirima las controversias que surjan de esta clase de contratos.
- f) Respecto al importe de la obligación garantizada, ésta podrá ser determinada o determinable al momento de la constitución de la prenda, siempre y cuando sea determinable al momento de su ejecución, y la misma incluirá intereses ordinarios y moratorios, así como los gastos que se eroguen en el procedimiento de ejecución; cuando la garantía recaiga

sobre varios objetos o el objeto sea cómodamente divisible por su naturaleza jurídica, se podrá pactar de modo que el deudor quede facultado a hacer pagos parciales, entonces la garantía se reducirá de acuerdo al importe de los pagos realizados, cuidando siempre que los derechos del acreedor queden debidamente garantizados.

- g) Los créditos así garantizados serán exigibles desde la fecha de la declaración respectiva, en caso de que el deudor se encuentre sujeto a un procedimiento concursal, y seguirán devengando intereses ordinarios estipulados hasta donde alcance la respectiva garantía. Así mismo, los bienes los bienes objeto de la garantía que se encuentren en la masa, podrán ser ejecutados por el acreedor prendario, mediante la acción correspondiente ante el juez concursal. Las resoluciones dictadas en este procedimiento sólo serán apelables en el efecto devolutivo.
- h) La prenda sin transmisión de posesión puede garantizar cualquier obligación, sin importar que el deudor no sea comerciante, aún las obligaciones futuras, pero en este caso no puede ejecutarse la garantía, ni adjudicarse al acreedor, si la obligación principal no llega a ser exigible. Y pueden ser afectos en prenda cualquier clase de derechos y bienes muebles, los cuales deben ser identificados individual y plenamente, a menos que el deudor de en prenda todos los muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante, entonces los podrá identificar en forma genérica. Los bienes que pueden ser dados en prenda son los relacionados en el artículo 355 y son los siguientes: a) Aquellos bienes y derechos que obren en el patrimonio del deudor al momento de otorgar la garantía, incluyendo nombres, comerciales, marcas y otros derechos. b) Los que adquiera con posterioridad a la constitución de la prenda y que sean de los descritos en el inciso anterior. c) Los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, así como los que resulten de procesos de transformación de los descritos. d) Las cantidades, bienes o derechos que el deudor reciba en pago por la enajenación a terceros de los bienes pignorados descritos en los incisos anteriores.
- i) Los derechos del deudor prendario, salvo pacto en contrario, serán: a) Hacer uso de los bienes pignorados, así como combinarlos con otros o

emplearlos en la fabricación de otros, siempre y cuando su valor no disminuyan y los bienes pasen a formar parte de la garantía; b) percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes pignorados; c) enajenar los bienes pignorados, en el curso normal de su actividad preponderante, pero cesarán los efectos de la garantía preponderante y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe. Pero este derecho de enajenar se extingue desde el momento en que el deudor es notificado del inicio de algún procedimiento de ejecución en su contra.

- j) En caso de que los bienes pignorados constituyan el 80% o más de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el transcurso normal de su actividad ordinaria, pero siempre previa autorización del juez o del acreedor.
- k) Cuando se autorice, o sea necesario al deudor enajenar los bienes dados en prenda, los contratantes deberán convenir siempre sobre: a) los lugares donde deberán encontrarse los bienes pignorados; b) las contraprestaciones mínimas que deberá percibir el deudor de su contraparte, por la venta o transferencia de los mismos; c) los datos que permitan identificar a las personas a las que podrá el deudor vender los bienes afectos, así como el destino que deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago; d) la información que el deudor deberá dar al acreedor de la venta, transferencia o transformación de los bienes. De modo que si se ha convenido por las partes respecto a esto, y se incumple alguna de las estipulaciones convenidas, se tendrá por vencido anticipadamente el crédito garantizado.
- l) El deudor podrá dar en prenda sin transmisión de posesión a otros acreedores, los bienes adquiridos con los recursos del crédito que le otorguen nuevos acreedores; pero el primer acreedor seguirá teniendo preferencia para el pago frente a cualquier otro acreedor, sobre los bienes que le haya dado el deudor en prenda.
- m) Se puede establecer que los bienes pignorados se deban asegurar por una cantidad que alcance a cubrir su valor de reposición y en este caso será facultad del deudor prendario elegir la compañía aseguradora, nombrando beneficiario al acreedor prendario. Así el saldo insoluto de la obligación

prendaria será reducido en la proporción del pago que el acreedor reciba de la compañía aseguradora y si existiera algún remanente, éste se entregará al deudor a más tardar al tercer día hábil siguiente a la fecha en que lo reciba.

- n) Las obligaciones del deudor prendario, serán las siguientes: a) conservar la cosa dada en prenda; b) responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia; c) no utilizarla con un propósito diverso al pactado; d) pagar los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados; e) dar en prenda al acreedor –si éste así lo exige- otro objeto o pagar la deuda antes del plazo convenido si la cosa dada en prenda se pierde o deteriora en exceso del límite fijado por los contratantes; f) permitir al acreedor la inspección de los bienes pignorados a efecto de que determine su peso, cantidad y estado de conservación general, las partes deberán convenir sobre las características y extensión de dicha inspección. Respecto a estos supuestos, las partes desde el momento de la celebración, deberán establecer las bases para designar un perito que dictamine las actualizaciones de dichos supuestos, el cual podrá ser un almacén general de depósito, y podrán encomendar al mismo la guarda y conservación de la prenda.
- o) Cuando estén íntegramente pagados el principal, intereses y accesorios de la obligación, el acreedor deberá liberar la prenda con las mismas formalidades utilizadas para su constitución, y si no lo hiciera así, resarcirá al deudor los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

f. El fideicomiso de garantía.

Mediante el decreto a que se hace referencia en el apartado anterior, se introdujo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, esta figura, la cual consiste en la transmisión que el fideicomitente hace a la institución fiduciaria de la propiedad de ciertos bienes con el fin de garantizar el fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

No es el fin, dentro de este trabajo, exponer todo el régimen jurídico del fideicomiso, ya que sólo nos abocaremos al fideicomiso de garantía, en virtud de que el estudio central versa sobre los procedimientos ejecutivos respecto de garantías reales, en la legislación mercantil, sin embargo, parece conveniente, en este punto, dar una definición del fideicomiso y una diferenciación de sus sujetos: Podemos definir al fideicomiso, siguiendo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un acto jurídico en virtud del cual, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria. La propia ley señala los requisitos para ser fideicomisario, el cual se entiende como la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, y puede serlo la persona que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. Para ser fideicomitente, el cual se considera que es la persona titular de bienes o derechos transmitidos a la fiduciaria, se requiere ser persona con capacidad para transmitir la propiedad o titularidad de bienes o derechos. Fiduciarias sólo pueden ser las instituciones expresamente autorizadas para ello por la ley. Las instituciones que, según la ley, pueden actuar como fiduciarias son: Las instituciones de crédito; las instituciones de seguros; las instituciones de fianzas; las casas de bolsa; las sociedades financieras de objeto limitado y, los almacenes generales de depósito. Estas instituciones podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Actualmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no proporciona una definición de Fideicomiso de Garantía, pero nos sirve como concepto, la descripción que daba anteriormente en su artículo 395, el cual antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día trece de junio del año dos mil tres, establecía que: **En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.**

En este tipo de fideicomisos sólo podrán actuar como fiduciarias las instituciones de crédito, las instituciones de seguros, las instituciones de fianzas, las casas de bolsa, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito (artículo 395).

Un mismo fideicomiso, si así se estipula, se podrá utilizar para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones del fideicomitente, ya sea que las haya contraído con el mismo o diversos acreedores, para esto, cada fideicomisario se obligará a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, quedando sin efectos los derechos a su favor derivados del fideicomiso. A partir de esta notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado. En caso de que el fideicomisario no de aviso oportuno a la institución fiduciaria, quedará obligado a resarcir de daños y perjuicios al fideicomitente.

Cuando el fideicomiso se constituya sobre bienes muebles, las partes, podrán convenir que el o los fideicomitentes podrán: 1.- hacer uso de los bienes fideicomitados, los combinen o empleen en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso de garantía. 2.- Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y 3.- Instruir al fiduciario la enajenación de los bienes fideicomitados, cuando tal enajenación sea acorde con el curso normal de las actividades del fideicomitente. Quedando

afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el fiduciario reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes. Para lo anterior, desde el propio acto de constitución del fideicomiso se deberá establecer: los lugares donde se encuentren los bienes fideicomitados; las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario por la enajenación de los bienes muebles fideicomitados; las personas a las que el fiduciario, siempre por instrucción del fideicomitente, podrá vender o transferir los bienes, pudiendo señalar características que permitan identificarlas, también el destino que deberá darles al dinero, bienes y derechos dados en pago, la forma de valuar los bienes fideicomitados, la información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes; los términos en que se acordará la revisión del aforo pactado, en caso de que los bienes incrementen su valor. Todos estos convenios son obligatorios para las partes y en caso de incumplimiento se tendrá por vencido anticipadamente el fideicomiso. Si el valor de los muebles fuere mayor al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión (UDIs), las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario público (artículo 404).

Por convenio entre las partes, la posesión material de los bienes, la puede tener algún tercero o el fideicomitente, cuando así sea, la posesión la tendrá en calidad de depósito y tendrá obligación de conservarlos como si fueran propios y no utilizarlos más que para lo pactado; y a responder de los daños que por su uso se causen a terceros.

La parte que tenga la posesión material de los bienes, correrá el riesgo de pérdida, daño o deterioro del valor de los mismos, y deberá permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar, su peso, cantidad y estado de conservación general. Si sucediere que el valor en el mercado de los bienes afectos al fideicomiso de garantía disminuye de manera que no baste a cubrir el adeudo, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original.

Establece el artículo 406 una sanción que se aplicará a aquél que tiene la posesión material de los bienes y transmita, grave, o afecte la propiedad o posesión de los bienes en términos distintos a los que prevé la ley, o sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o de algún modo disminuya intencionalmente el valor de los mismos, tal sanción se calculará de acuerdo al monto a que ascienda el valor de los bienes, pudiendo ser:

- Prisión de hasta un año y multa de hasta cien veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, cuando el monto no exceda la cantidad equivalente a doscientas veces el salario mencionado.
- Prisión de uno a seis años y multa de cien a ciento ochenta veces el mismo salario mínimo, si el monto excede a doscientas veces ese salario pero no de diez mil.
- Prisión de seis a doce años y multa de ciento veinte veces el salario referido, si el monto es mayor a diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Si se produce el incumplimiento en la obligación garantizada, y el depositario se niega a devolver al fiduciario los bienes depositados, su restitución se tramitará conforme al Código de Comercio.

Las partes podrán convenir desde la constitución del fideicomiso de garantía los términos en que la institución fiduciaria procederá a la enajenación extrajudicial a título oneroso de los bienes o derechos dados en fideicomiso, pero para que proceda esto, se deberá pactar lo establecido en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero a falta de convenio, tal enajenación, o el juicio que se promueva para evitar la ejecución, se tramitará de acuerdo con lo que establece el Título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio.

El fideicomiso de garantía encontrará sustento legal y se regirá, de acuerdo a lo que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en la Sección segunda que se refiere al Fideicomiso de Garantía y en lo no previsto

en dicha fracción se estará , en lo que no se oponga a ella, a la sección primera del Fideicomiso, según el artículo 407 de dicha ley.

B. En lo procesal.

a. Los juicios mercantiles en general.

Iniciaremos este apartado exponiendo lo que se ha entendido por juicio mercantil, tomando en cuenta criterios doctrinales y obviamente también, el legal.

La palabra o vocablo juicio viene del latín *iudicium* que quiere decir acto de decir o mostrar el derecho. Asimismo la palabra mercantil es un adjetivo que hace referencia al comercio.

“Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que se originan entre comerciantes o entre personas que practican o ejecutan actos mercantiles.”⁵¹

Siguiendo lo estipulado por el Código de Comercio, “son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4º, 75 y 76 del mismo código, deriven de actos comerciales”. Para ayudar a esclarecer lo que comprende la definición anterior como mercantil, el artículo 1050 estatuye que “cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se registrará conforme a las leyes mercantiles.” Se puede decir que:

“En los actos mixtos, es decir, cuando una de las partes en un contrato celebra un acto de comercio y la otra parte celebra un acto meramente civil, el carácter de mercantil del juicio dependerá de que la parte demandada sea la que haya realizado el acto de comercio, si la

⁵¹ Téllez Ulloa, Marco Antonio. El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano. Ed. Porrúa. 1973. México, D.F. pag. 7

parte demanda es la que realizó el acto civil, la contienda habrá de seguirse según las reglas del derecho común”⁵²

Los artículos a los que remite el transcrito en primer término, nos dicen qué persona se considera comerciante, qué actos reputa la ley como de comercio y, que actos no se consideran como tales, respectivamente. A continuación se transcribe su contenido para una mejor apreciación:

“Art. 4°. Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.”

“Art. 75. La ley reputa actos de comercio:

I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;

⁵² Arellano García, Carlos. *Práctica Forense Mercantil*. Editorial Porrúa. 12° Ed. México D.F. 1999. p. 14

- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo.
- IX. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de Bancos;
- XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y á la navegación interior y exterior;
- XVI. Los contratos de seguros de toda especie;
- XVII. Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
- XIX. Los cheques, letras de cambio ó remesas de dinero de una plaza á otra, entre toda clase de personas;
- XX. Los vales ú otros títulos á la orden ó al portador, y las obligaciones de los comerciantes, á no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
- XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene á su servicio;
- XXIII. La enajenación que el propietario ó el cultivador hagan de los productos de su finca ó de su cultivo;
- XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”

“Art. 76. No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes: ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.”

Ahora bien, se puede entender que si la controversia dirimida deriva de cualquier acto de los que señalan estos artículos, o celebrados por las personas a que se refiere el artículo 4º, el juicio por el cual se ventile será mercantil. También es importante señalar qué dice la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 1º, ya que ahí también se establece que los títulos de crédito son cosas mercantiles, de modo que toda controversia basada en un título de crédito, también debe ser considerada como juicio mercantil.

Las partes pueden pactar a qué procedimiento sujetarse, de modo que éste procedimiento convencional será preferente a todos los demás, pero en caso de no existir convenio entre las partes a este respecto, los juicios mercantiles se regirán por las disposiciones del libro Quinto del Código de Comercio y en su defecto se aplicará el Código Federal de Procedimientos Civiles. (artículos 1051 y 1054).

b. Los juicios mercantiles en particular.

Ahora analizaremos las disposiciones legales en relación a los juicios en particular; iniciando por el ordinario, seguido por el ejecutivo y después de estos dos juicios que pueden ser considerados como principales, expondremos el régimen jurídico de los juicios especiales que importan en este trabajo.

1.- El ordinario.

De manera general se puede decir que un juicio ordinario es aquél proceso contencioso típico al que se ajustan todas las contiendas entre partes que no tienen señalado un procedimiento especial. El Código de Comercio, en su libro quinto, divide los juicios en ordinarios y ejecutivos, estableciendo que a través de los primeros se ventilan todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles.

El juicio Ordinario principia con la presentación de la demanda, en la que el actor deberá mencionar los documentos que tengan relación con su demanda, sean públicos o privados; asimismo deberá manifestar si los tiene o no a su disposición. En el mismo escrito deberá mencionar a los testigos con nombres y apellidos que hayan presenciado los hechos en que basa su demanda. A la demanda se deberá acompañar las copias de traslado exigidas por la ley. Una vez que sea admitida la demanda, se emplazará al demandado, corriéndole traslado de la misma, el cual tendrá nueve días hábiles para producir su contestación.

Con la contestación que formule el demandado, se dará vista al actor por el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga, los testigos que hayan presenciado los hechos y los documentos relacionados con los hechos de la controversia. En esta misma contestación deberá hacer valer las excepciones que tenga a su favor y hacer valer en el mismo

escrito la reconvencción, en su caso. Si se formulare ésta, se correrá traslado con la misma al actor para que la conteste en el término de nueve días, y a su vez, con esta contestación se dará vista al actor reconconvencionista para que manifieste lo que a su derecho convenga y mencione testigos y, presente documentos relacionados con los hechos controvertidos en la reconvencción. La reconvencción se discutirá al mismo tiempo que el juicio principal y los dos serán resueltos por la misma sentencia. Las excepciones perentorias siempre se substanciarán en el juicio y se decidirán cuando se decida el propio pleito y nunca formarán artículo especial en el juicio.

Una vez fijada la litis, esto es contestada la demanda y la reconvencción, en su caso, se mandará abrir el juicio a prueba, si así lo exigiere el mismo; atendiendo a la naturaleza y calidad del asunto se abrirá a prueba de oficio o a petición de parte. El periodo probatorio no podrá exceder, según el artículo 1383 de cuarenta días, de los cuales, los diez primeros serán para el ofrecimiento de las pruebas y, los restantes treinta días serán para su desahogo; el numeral citado establece como excepción y, a petición de parte, que, cuando se tratare de pruebas que se deban practicar fuera del lugar del juicio, éstas se recibirán en términos de hasta sesenta y noventa días naturales, dependiendo si se trata de pruebas a desahogarse dentro de la República Mexicana o fuera de ella, respectivamente; debiendo en todo caso agotar los requisitos que establecen las tres fracciones del artículo en cita.

La calificación sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes, correrá a cargo del juez, y éste determinará si los interrogatorios exhibidos, al tenor de los cuales se desahogarán la confesional o la testimonial, guardan relación con los puntos discutidos en juicio o si los documentos y testigos ofrecidos, fueron nombradas en los escritos de demanda o contestación respectivamente; si no fue así, tales pruebas se desecharán de plano. Asimismo si no se anexan el pliego de posiciones o los interrogatorios a los testigos, con sus respectivas copias no se admitirán esas pruebas

Si el juez concediere el término extraordinario del que se habla en renglones arriba, por cada prueba, determinará una cantidad que el promovente de la misma deberá depositar como sanción pecuniaria en caso de no rendirla, la cual deberá exhibir en billete de depósito en un plazo no mayor de tres días, de no hacerlo así, no se recibirá dicha prueba; pero en ningún caso, dichas sanciones pecuniarias, serán inferiores al equivalente al salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal; aunque es facultad discrecional del juez fijar una cantidad mayor tomando en consideración la cuantía del negocio y “demás circunstancias que considere prudentes” (artículo 1383)

La parte que pretenda prórroga para ofrecimiento de pruebas de su parte, deberá solicitarla dentro del término concedido para el ofrecimiento de pruebas, con dicha petición el juez dará vista a la contraria por el término de tres días, y según lo alegado por ambas partes, concederá o denegará la prórroga. Si ambas partes estuvieren de acuerdo con la prórroga, ésta se concederá por el término que propusieron, siempre que no exceda de noventa días (artículo 1384). El juez mandará concluir las pruebas cuyo desahogo no haya sido concluido, una vez que haya transcurrido el término que autoriza el Código de Comercio. Aquellas pruebas que dentro de los términos que la ley concede no se logren concluir, serán a perjuicio de las partes. Cuando se trate de pruebas documentales y supervenientes, se observará, en defecto del Código de Comercio, lo que establezca la Ley Procesal local correspondiente (artículo 1387).

Una vez que haya sido concluido el periodo probatorio, se pondrán los autos a la vista de las partes para que dentro del término de tres días, produzcan alegatos, transcurrido dicho plazo el juez dictará sentencia definitiva y la mandará notificar dentro del término de quince días (artículos 1388, 1389 y 1390).

2.- El ejecutivo.

Dentro del propio Código de Comercio, como se mencionó en el apartado anterior, se contempla el juicio Ejecutivo Mercantil, el cual tiene lugar

cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución, tal como lo precisa el artículo 1391 del Código de Comercio, este artículo también enumera todos los instrumentos que traen aparejada ejecución, los cuales son:

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1,346, observándose lo dispuesto en el 1,348;

II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos.

III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1,288;

IV. Los títulos de crédito;

V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y

VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.”

Presentada la demanda fundada en y acompañada de título ejecutivo de los arriba mencionados, el juez proveerá auto con efectos de mandamiento en forma; para que el deudor sea requerido de pago y en caso contrario se le embargarán bienes suficientes para garantizar la deuda y los

gastos y costas que se originen, los bienes quedarán en depósito de persona nombrada por el acreedor bajo su responsabilidad.

No encontrándose el demandado a la primera busca, en el domicilio señalado, una vez que el funcionario correspondiente se haya cerciorado de ser el domicilio correcto, se le dejará citatorio para realizar la diligencia, conforme lo prevenga la ley.

El artículo 1394 reglamenta la diligencia de embargo, la cual se iniciará con el requerimiento de pago que se le formule al deudor o a la persona con la que se entienda la diligencia, en caso de que no lo hiciere, se le requerirá que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, de no hacerlo, pasará al actor este derecho. En la misma diligencia se emplazará al demandado. El deudor conservará a salvo sus derechos para hacerlos valer durante el juicio, pero la diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo y se llevará adelante hasta su conclusión. Emplazado el demandado, contará de cinco días para oponer excepciones o hacer pago llano del adeudo reclamado.

Las excepciones que oponga el demandado, deberá hacerlas valer desde su escrito de contestación a la demanda; las cuales sólo podrán ser, tratándose de documentos mercantiles que traigan aparejada ejecución, las que señala el artículo 1403 del Código de Comercio y son las siguientes: falsedad del título ó del contrato contenido en él; fuerza o miedo; prescripción o caducidad del título; falta de personalidad en el ejecutante, o del reconocimiento de la firma del ejecutado, en los casos en que ese reconocimiento es necesario; incompetencia del juez; pago o compensación; remisión o quita; oferta de no cobrar o espera; novación de contrato. También las que enumera el artículo 8° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las cuales son: las de incompetencia y de falta de personalidad en el actor; las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien firmó el documento; las de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en al artículo 11; la de haber sido incapaz el

demandado al suscribir el título; las fundadas en la omisión de los requisitos y menciones que el título o el acto en él consignado deben llenar o contener y la ley no presuma expresamente, o que no se hayan satisfecho dentro del término que señala el artículo 15; la de alteración del texto del documento o de los demás actos que en él consten, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13; las que se funden en que el título no es negociable; las que se basen en la quita o pago parcial que consten en el texto mismo del documento, o en el depósito del importe de la letra en el caso del artículo 132; las que se funden en la cancelación del título, o en la suspensión de su pago ordenada judicialmente, en el caso de la fracción II del artículo 45; las de prescripción y caducidad y las que se basen en la falta de las demás condiciones necesarias para el ejercicio de la acción; las personales que tenga el demandado contra el actor.

Cuando el documento base de la acción sea una sentencia, no se admitirá más excepción que la de pago si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha transcurrido un término mayor, pero que no sea mayor de un año, se admitirán también las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; después de transcurrido un año serán admisibles también las de novación: compensación, quita, pacto de no pedir o cualquier otro arreglo que modifique la obligación y la falsedad del instrumento. Todas estas excepciones deben ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio y deben constar, además por instrumento público, documento judicialmente reconocido o por confesión judicial. Los términos a que se hace referencia se contarán desde la fecha de la sentencia o convenio, pero si en ellos se ha fijado plazo para el cumplimiento de la obligación, el término se contará desde el día en que ese plazo venció y se hizo exigible la obligación.

Si el demandado al dar contestación a la demanda, se allanare a la misma, y solicitare término de gracia para hacer pago de lo reclamado, se dará vista al actor para que manifieste lo que a su derecho convenga, y el juez resolverá de acuerdo a ambas proposiciones.

En los mismos escritos de demanda, contestación y , desahogo de vista de ésta, se ofrecerán todas las pruebas que las partes tengan a su favor, relacionándolas con todos los puntos controvertidos; deben también proporcionar nombre, apellidos y domicilio de testigos y peritos, si fuere el caso. Desahogada la vista que se mande dar con la contestación de la demanda, o transcurrido el plazo para ello se mandará preparar las pruebas que procedan, de acuerdo al Código Federal de Procedimientos Civiles, abriendo el juicio a desahogo de pruebas hasta por un término de quince días

Concluido el término de prueba, se pasará al periodo de alegatos, el cual será de dos días comunes para ambas partes; una vez que se hayan presentado los alegatos o que haya transcurrido el término para ello, se citará para sentencia, la cual se dictará en un término de ocho días. Si en dicha sentencia se decide que no procede la vía ejecutiva mercantil, el juez dejará a salvo los derechos del actor. Pero si se estima que sí procedió esta vía, y se ordena hacer transe y remate de los bienes embargados y con su producto pago al acreedor, en la misma sentencia se decidirá sobre los derechos controvertidos.

Los incidentes no suspenderán el juicio y se tramitarán con un escrito de cada parte y en tres días se dictará resolución.

Por la sentencia de remate y previo avalúo, realizado por dos peritos o corredores, nombrados respectivamente por ambas partes, y de un tercero, nombrado por el juez, en caso de discordia, se procederá a la venta de los bienes secuestrados, tal venta se anunciará de forma legal, por tres veces, dentro de tres días, tratándose de bienes muebles y dentro de nueve días si son bienes raíces; enseguida se rematarán en pública almoneda y al mejor postor conforme a derecho, pero si no se presenta postor, el acreedor podrá solicitar al juez su adjudicación por el precio que para subastarlos, se les haya fijado en la última almoneda.

Respecto a lo anterior, agrega el artículo 1412 Bis que cuando el monto líquido de la condena fuere superior al valor de los bienes embargados,

previamente valuados en términos del artículo 1410 de este Código, y no se desprenda del certificado de gravámenes otros acreedores, el ejecutante podrá optar por la adjudicación directa de los bienes que haya a su favor, conforme al avalúo. En el caso de inmuebles para su remate y adjudicación, el juez y el ejecutante sin más trámite otorgarán escritura pública. Sin obstar lo anterior, las partes, durante el juicio podrán acordar la manera en que se deban valorar o vender los bienes embargados, haciéndolo saber al juez, por escrito firmado por ambas.

Para resolver todo incidente o cuestión que surja durante el juicio el juez lo hará conforme a lo previsto en el título tercero del Libro Quinto del Código de Comercio, en su defecto con lo relativo a los incidentes en los ordinarios mercantiles, a defecto de uno u otro atenderá a lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, procurando la mayor equidad entre las partes.

3.- El procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión.

El Título Tercero BIS, del Libro Quinto del Código de Comercio reglamenta los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía. En este apartado nos concretamos a estudiar el contenido del Capítulo II, del referido Título en cuanto a lo concerniente al procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión.

Siguiendo lo estatuido por el Código, se tramitará mediante esta vía todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que hayan sido entregados en garantía. Para que el juicio en esta vía proceda, deberá constar el crédito en documento público o escrito privado, según lo establezca la ley y, que sea exigible conforme a la ley o los términos pactados.

El procedimiento inicia con la presentación de la demanda, a la cual se deberá acompañar, según el artículo 1414 Bis 8, el contrato respectivo, la determinación del saldo formulada por el acreedor, pero cuando éste sea una Institución de Crédito deberá anexar la certificación de saldo que corresponda. Cuando el Juez considere que la demanda reúne los requisitos legales necesarios, en un plazo que no exceda de dos días y bajo su más estricta responsabilidad, la admitirá y en el mismo acuerdo dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago; si el pago no se verificare, el propio deudor, el depositario o quien detente la posesión deberá entregar la posesión material de los bienes al actor o a la persona que éste designe, la cual tendrá el carácter de depositario judicial

La diligencia de requerimiento de pago o entrega de bienes no se suspenderá por ningún motivo, pero se dejarán a salvo los derechos del demandado para que los haga valer en el juicio. El juez podrá apercibir al deudor con multa que pueda ser desde tres y hasta cuatrocientas veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal para que ponga en posesión material de los bienes al actor. Si en la diligencia el deudor no hiciera la entrega requerida, el actuario lo comunicará al juez, el cual hará efectivo el apercibimiento y podrá dictar medidas de apremio para conseguir la entrega, las cuales, se encuentran previstas por el artículo 1414 Bis 9 y pueden ser: el auxilio de la fuerza pública, y el arresto administrativo en contra del deudor, hasta por 36 horas si el apremio fuere ineficaz por su causa. Pero cuando la garantía recaiga sobre una casa habitación, el deudor se constituirá en depositario judicial, si es que acepta tal encargo

Emplazado el demandado, contará con un término de cinco días para producir contestación a la demanda y oponer excepciones, las cuales podrán ser cualquiera que a su derecho convenga, siempre que se sujeten a las reglas que establecen las cinco fracciones del artículo 1414 Bis 10, las cuales, a la letra dicen:

“I. Sólo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquéllas que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental;

II. Si se opone la excepción de falta de personalidad del actor y se declara procedente, el juez concederá un plazo no mayor de diez días para que dicha parte subsane los defectos del documento presentado, si fueran subsanables; igual derecho tendrá el demandado, si se impugna la personalidad de su representante. Si no se subsana la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio, y si no se subsana la del demandado, el juicio se seguirá en rebeldía.

III. Si se oponen excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo, serán declaradas improcedentes al dictarse la sentencia, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo, o bien, que éste ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito. Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de dichas excepciones resulte de diversa causa;

IV. Si se opone la excepción de litispendencia, sólo se admitirá cuando se exhiban con la contestación, las copias selladas de la demanda y la contestación a ésta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente, y

V. Si se opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor para que en un término que no exceda de tres días hábiles, la corrija.”

Se desecharán de plano todas las excepciones que, a juicio del juez y una vez que haya revisado cuidadosamente la contestación a la demanda considere notoriamente improcedentes, o no se encuentren fundadas en prueba

documental que acompañe, o no se ofrezcan las pruebas directamente pertinentes a acreditarlas.

En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes tienen la obligación de ofrecer todas las pruebas. En el propio auto que tenga por contestada a demanda, se resolverá sobre la admisión o desechamiento de las pruebas y se señalará fecha para audiencia de pruebas, alegatos y sentencia dentro del término de diez días. De igual modo cuando se ofrezcan pruebas testimoniales o periciales, deben en los mismos escritos, señalar el nombre y apellidos de sus testigos y peritos, y exhibir copia de los interrogatorios al tenor de los cuales se desahogarán dichas pruebas. Serán desechadas de plano todas aquellas pruebas que sean contra la moral o el derecho o que versen sobre hechos no controvertidos por las partes, imposibles o notoriamente inverosímiles. Como la preparación de las pruebas queda a cargo de las partes, éstas deben cuidar de presentar sus testigos peritos, documentos, pliego de posiciones y demás pruebas que se les hayan admitid, se deberá entregar una copia a cada una de las partes, de los cuestionarios que en su caso se exhiban, para que estén en aptitud de formular repreguntas en la audiencia. Cuando no se desahogue una prueba por causa imputable al oferente, a más tardar en la audiencia, se declarará desierta, a menos que se compruebe alguna causa de fuerza mayor.

La Audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, a que se hace referencia en el párrafo anterior, deberá ser presidida por el juez, ordenar el desahogo de las pruebas admitidas y preparadas y dar oportunidad a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, sea por escrito o verbalmente; acto continuo dictará sentencia, esta resolución sólo será apelable en el efecto devolutivo.

Cuando el demandado se allanare a toda la demanda incoada en su contra, pasará el asunto a sentencia definitiva.

El valor de los bienes dados en garantía, se puede determinar de las siguientes maneras: 1) por dictamen rendido por el perito que las partes designen para tal efecto desde la celebración del contrato o en fecha posterior. 2) A través de cualquier otro procedimiento que acuerden las partes por escrito. Las partes deberán establecer las bases para efectos de designar una persona, distinta del acreedor, para que ella realice el avalúo de los bienes, si es que no se puede realizar por ninguna de las otras dos formas; todo esto desde la celebración del contrato.

Una vez obtenido el valor de avalúo conforme al artículo 1414 Bis del Código de Comercio, y que ha quedado precisado en el párrafo anterior, se seguirán las reglas establecidas en el artículo 1414 Bis 17 para efectuar el pago al acreedor:

- Cuando el valor de los bienes sea igual al adeudo, quedará liquidado totalmente el crédito, sin corresponder acción o derecho alguno a la parte actora; en este caso, el acreedor o el fiduciario, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía.
- Cuando el valor de los bienes sea menor al adeudo condenado, el acreedor o fiduciario, tratándose de fideicomiso de garantía, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía y conservará las acciones que le correspondan, en relación a la diferencia que no le fue cubierta.
- Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto del adeudo condenado, la parte acreedora o la fiduciaria, según se trate y una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos generados, entregará al deudor el remanente de la venta correspondiente.

La venta a que se viene haciendo referencia, podrá realizarse ante el Juez del conocimiento o fedatario público, a elección del acreedor, siempre que se agote el procedimiento previsto en el artículo 1414 Bis 17, el cual dispone que: Se debe notificar personalmente al deudor, cuando menos con cinco días de anticipación, conforme lo prevé el Código de Comercio, el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes. Se mandará publicar en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes, con al menos cinco días de

anticipación, un aviso de venta de los bienes, en tal anuncio se debe señalar, día y hora en que se pretenda realizar la venta, el precio y la descripción de los bienes. Si el deudor desea más publicaciones del aviso, las podrá realizar a su costa. En la misma publicación se podrá señalar también las fechas en que se realizarán, las ofertas sucesivas de venta. El valor mínimo de venta de los bienes, se reducirá en un 10%, por cada semana en que no se hayan podido vender. Si el precio de los bienes llegare a ser igual o menor al monto del adeudo condenado, el acreedor, a su elección, podrá obtener la propiedad de los bienes.

Una vez realizada la venta, si resulta que el precio es superior al monto del adeudo, El acreedor, deberá entregar el remanente al deudor en un plazo no mayor de cinco días, contados a partir de que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos erogados para la venta, en efectivo, cheque de caja o billete de depósito a favor del deudor a través de fedatario. En caso de que el actor no entregue al deudor el remanente correspondiente, el Juez lo apercibirá con una pena consistente en multa de entre cien y hasta tres mil veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal por día transcurrido, mientras continúe el incumplimiento.

En este tipo de procedimientos no se admitirán ninguna clase de incidentes, y las resoluciones que en su tramitación se dicten sólo serán apelables en el efecto devolutivo, razón por la cual en ningún caso se podrá suspender el procedimiento. En lo no previsto en el título tercero Bis, que regula estos procedimientos se estará a lo dispuesto en el título “de los juicios ejecutivos”.

4.- El procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía

Se tramitará por este procedimiento todo juicio que tenga como objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, cuando la garantía se haya otorgado mediante fideicomiso de garantía; siempre y cuando no se haya convenido la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso los bienes o derechos en fideicomiso, supuesto previsto en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La tramitación de este procedimiento será idéntica a la del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión, según el título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio, razón por la cual nos remitimos al apartado anterior de este capítulo.

5.- El juicio especial hipotecario.

El juicio especial hipotecario, no está contemplado por la ley como procedimiento de naturaleza mercantil, sin embargo se incluye en este apartado de los juicios en particular, porque este procedimiento es de gran relevancia en este trabajo, de modo que lo estudiaremos desde donde se encuentra: la ley civil; sin embargo el Código Federal de Procedimientos Civiles no contempla este juicio especial, razón por la cual nos abocaremos a su estudio dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Este ordenamiento señala en su artículo 12 la acción hipotecaria y dice que, tal acción se ejercitará para constituir, ampliar, y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice; este artículo menciona como persona contra la cual se puede intentar esta acción a aquélla que posea a título de dueño el fundo hipotecado y a los demás acreedores; pero también dice que si después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y se ha contestado la misma, cambiare el dueño y poseedor jurídico del bien hipotecario, contra este se continuará el juicio. Así

que una vez admitida la demanda hipotecaria y si en el título base de la acción el juez advierte que existen otros acreedores hipotecarios anteriores, mandará notificarles la existencia del juicio para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

El código en sus artículos 468 a 488 regula la manera en que se debe seguir todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice; sin embargo es importante hacer notar que, el artículo 462 señala expresamente que cuando el crédito a cobrar esté garantizado con hipoteca, se podrá intentar el juicio hipotecario, el ordinario o el ejecutivo. Agrega el artículo 468, como requisito indispensable para demandar el pago o prelación del crédito hipotecario, que el mismo debe constar en escritura pública o escrito privado según lo exija la ley, que esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o sea exigible conforme a lo pactado o a las disposiciones legales aplicables.

Dentro de los requisitos enumerados en el párrafo anterior, se exceptúa la de que el crédito se encuentre inscrito en el Registro Público de la Propiedad siempre que el documento base de la acción tenga carácter de título ejecutivo; que el bien se encuentre inscrito a favor del demandado y, que no exista embargo o gravamen a favor de tercero inscrito cuando menos noventa días anteriores a la de la presentación de la demanda.

Ahora bien, el juicio Especial Hipotecario inicia con la presentación de la demanda, la cual debe ir acompañada del instrumento donde conste el crédito, y si con ellos el Juez considera que se reúnen los requisitos fijados por los artículos anteriores, admitirá la demanda y la mandará anotar al Registro Público de la Propiedad y con la misma correrá traslado al deudor para que en el plazo de nueve días produzca su contestación y oponga excepciones.

Desde que se efectúe el emplazamiento, el deudor se constituirá en depositario judicial de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos

que la ley o el contrato consideren inmovilizados y formando parte de la finca, de ellos se formará inventario, estando obligado el demandado a facilitar el citado inventario, en caso de no permitirlo así, el juez lo compelerá con los medios de apremio legales. Y si no quiere el deudor aceptar la responsabilidad de depositario, deberá entregar al acreedor o al depositario que él designe la tenencia material del bien.

“Este juicio se tramitará en dos secciones la principal, que comprende en su totalidad la fase de conocimiento hasta la sentencia y la sección de ejecución que, frente a las de los demás ejecutivos, se distingue sobre todo en que comprende a los trascendentales actos que el juez debe ordenar al punto de admitir la demanda, y que consisten en la expedición, fijación y registro de la cédula hipotecaria y la constitución del depósito del bien hipotecado en poder del deudor, salvo que éste no desee asumir la responsabilidad depositario, en cuyo caso se entregará la posesión al actor o al depositario que él designe (aa. 470, 471, 473, 481 y 482 CPC)”⁵³

Las excepciones que puede oponer el demandado, serán únicamente las que contempla el artículo 470 del Código Procesal las cuales son:

- “I.- Las procesales previstas en este código;
- II.- Las fundadas en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción, su alteración o la de falsedad del mismo;
- III.- Falta de representación, de poder bastante o facultades legales de quien haya suscrito en representación del demandado el documento base de la acción;
- IV.- Nulidad del contrato;
- V.- Pago o compensación;
- VI.- Remisión o quita;
- VII.- Oferta de no cobrar o espera;
- VIII.- Novación de contrato, y

⁵³ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. Tomo V. p. 233.

IX.- Las demás que autoricen las leyes.”

Las excepciones a que se refieren las fracciones V a VIII transcritas sólo serán admisibles si se fundan en prueba documental; si se trata de las excepciones de litispendencia y conexidad, se deberán exhibir las copias selladas de la demanda y contestación de ésta o de las cédulas de emplazamiento respectivas al juicio pendiente o conexo, junto a la contestación y sólo así serán admitidas; de igual modo cuando se trate de un procedimiento arbitral, se debe acompañar la documentación que acredite que se encuentra tramitado un procedimiento arbitral. El Juez al revisar la contestación de la demanda, desechará de plano las excepciones diferentes a las autorizadas, o que no reúnan los requisitos legales. Si se ha planteado reconvencción, ésta sólo será procedente si se funda en el propio documento base de la acción o se refiera a su nulidad, según lo prevé el cuarto párrafo del artículo 470. Si se planteara reconvencción se correrá traslado con ella a la contraparte para que en el término de seis días produzca su contestación y en el mismo auto se le dará vista con las excepciones opuestas para que manifieste lo que a su derecho convenga en tres días; después de contestada la reconvencción, o de que haya transcurrido el término para ello, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia.

Respecto de las pruebas que se han de desahogar durante el juicio, se pueden señalar las siguientes reglas:

- Deben ser ofrecidas por las partes desde sus escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a ésta, en su caso.
- Al narrar de manera clara y precisa los hechos fundatorios de sus escritos, deben las partes indicar si tales hechos sucedieron ante testigos, proporcionando los nombres completos de éstos.
- Las partes deben exhibir junto a los mencionados escritos todos los documentos relacionados con los hechos, que tengan en su poder, o la copia sellada en que conste que solicita la expedición de tales documentos a su favor.
- Tratándose de prueba pericial, se debe estar a lo regulado en el juicio ordinario a ese respecto.

- La preparación de las pruebas admitidas queda a cargo de las partes, razón por la cual deberán presentar a sus testigos en la audiencia.
- A pesar de que la preparación queda a cargo de las partes, el juez las auxiliará en ella, cuando manifiesten bajo protesta de decir verdad, que no pueden presentar a los testigos, ni obtener los documentos que no tienen a su disposición.
- Todas las pruebas admitidas deberán desahogarse en la audiencia, la cual deberá ser presidida por el Juez, la cual iniciará resolviendo las excepciones procesales que existan y los incidentes que hubiere.
- Se desecharán todas las pruebas propuestas que sean en contra de la moral o el derecho, sobre hechos no controvertidos por las partes, imposibles o notoriamente inverosímiles, así como aquellas que no se hallen relacionadas con los hechos.

Desahogadas las pruebas, las partes producirán alegatos, y el juez dictará sentencia, todo en la misma audiencia. A menos que se tratase de pruebas documentales voluminosas, siendo así, contará con un plazo de ocho días para dictarla y mandarla notificar a las partes por Boletín Judicial.

La demanda, en copia debidamente certificada por el secretario, se mandará anotar en el Registro Público de la Propiedad del lugar del juicio, si la finca hipotecada no se halla en el lugar del juicio, mediante exhorto al juez de la ubicación del predio, se ordenará el registro de la cédula. Una vez anotada la demanda no podrá verificarse en la finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquier otra que pudiere entorpecer la tramitación del juicio; a menos que cualquiera de los actos referidos se realicen en virtud de sentencia ejecutoriada referente a la finca y que esté anotada previamente en fecha a la inscripción de la demanda o providencia precautoria solicitada ante el juez por acreedor con mejor derecho.

El avalúo de la finca se realizará conforme a las reglas de la prueba pericial prevista para el juicio ordinario.

Declarada procedente, mediante sentencia la acción hipotecaria, se procederá al remate del bien afecto, el artículo 486, señala las reglas que deben seguirse para el remate, en sus seis fracciones, las cuales a la letra dicen:

I.- Cada parte tendrá derecho de exhibir, dentro de los diez días siguientes a que sea ejecutable la sentencia, avalúo de la finca hipotecada, practicado por un corredor público, una institución de crédito o por perito valuador autorizado por el Consejo de la Judicatura, los cuales en ningún caso podrán tener el carácter de parte o de interesada en el juicio;

II.- En el caso de que alguna de las partes deje de exhibir el avalúo referido en la fracción anterior, se entenderá su conformidad con el avalúo que haya exhibido su contraria;

III.- En el supuesto de que ninguna de las partes exhiba el avalúo dentro del plazo señalado en la fracción I de este artículo, cualquiera de ellas lo podrá presentar posteriormente, considerándose como base para el remate el primero en tiempo;

IV.- Si las dos partes exhibieren los avalúos en el plazo a que se refiere la fracción I de este artículo y los valores determinados de cada uno de ellos no coincidieren, se tomará como base para el remate el promedio de ambos avalúos, siempre y cuando no exista un treinta por ciento de diferencia entre el más bajo y el más alto, en cuyo caso el juez ordenará se practique nuevo avalúo por el corredor público o la institución bancaria que al efecto señale;

V.- La vigencia del valor que se obtenga por los avalúos será de seis meses para que se lleve a cabo la primera almoneda de remate. Si entre ésta y las subsecuentes mediara un término mayor de seis meses se deberán actualizar los valores, y

VI.- Obtenido el valor del avalúo, según el caso que corresponda de acuerdo a las fracciones anteriores, se procederá a rematar la finca en los términos de la Sección Tercera, del Capítulo V del Título Séptimo de este ordenamiento.”

En caso de que el fallo en el que se aprobó el remate, fuere revocado por el Superior, el juez, en cuanto le hayan sido devueltos los autos, mandará cancelar la anotación de la demanda en el registro público y ordenará la devolución de la finca al demandado, rindiendo el depositario cuentas con pago en un plazo no mayor de treinta días.

El acreedor además de poder adquirir el bien hipotecado por remate judicial, lo puede adquirir conviniendo con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca, según el artículo 2916 del Código Civil, en este caso se deberá solicitar avalúo del bien para fijar el precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago, debiéndose aplicar en lo conducente las reglas previstas para el remate en cuanto al avalúo. El deudor puede oponerse a la adjudicación alegando las excepciones que tuviere, las cuales se resolverán incidentalmente. Los acreedores hipotecarios posteriores, también pueden oponerse a la venta, alegando prescripción de la acción hipotecaria.

CAPÍTULO III

OBSERVACIONES.

Después de haber expuesto el régimen jurídico de la ejecución de garantías reales en el derecho vigente, el mismo será analizado en este capítulo y se realizarán las observaciones pertinentes.

A. Observaciones al procedimiento de ejecución de la prenda en general.

Primeramente vale la pena detenernos un poco en la definición de prenda en materia mercantil, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no nos ofrece ninguna y como ha quedado apuntado en el apartado correspondiente, el Código de Comercio anteriormente sí lo hacía, y conviene tomar ese concepto aún y cuando fue abrogado ya que conserva aplicabilidad; asimismo, el concepto otorgado por el Código Civil para el Distrito Federal puesto que –como se ha visto– también es aplicable; porque ambos conceptos contienen elementos que pueden ser distinguidos en la prenda y tales son los siguientes: es un derecho real constituido sobre un bien mueble; el bien mueble debe ser enajenable; y ese derecho real se constituye con la finalidad de garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación a su favor y su preferencia en el pago; que es calificada de mercantil porque, o garantiza obligaciones de naturaleza mercantil, o porque recae sobre cosas mercantiles; que se presume que es mercantil porque es dada por un comerciante para garantizar sus obligaciones.

De tal modo que aun cuando la Ley referida no da una definición, limitándose a señalar de qué manera queda constituida la prenda, podemos decir que la prenda mercantil es: **un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de alguna obligación y su**

preferencia en el pago, cuando dicho bien o la obligación garantizada sean de naturaleza mercantil, o la persona que la constituye sea un comerciante en ejercicio de su actividad. Siguiendo a Arturo Díaz Bravo, podemos decir que:

“Es mercantil la prenda que se constituya sobre títulos de crédito, materias primas, materiales, frutos, productos artefactos, muebles y útiles de las personas físicas o morales que obtengan créditos de avío o refaccionarios, créditos en libros... las prendas que se otorguen para garantizar las adquisiciones, enajenaciones, alquileres, compras y ventas que se efectúen con propósito de especulación comercial, e igualmente las que sirvan como garantía en obligaciones conectadas con el comercio marítimo y la navegación interior y exterior.”⁵⁴

Ahora, respecto de las formas de su constitución, hemos apuntado que son enunciadas por el artículo 334 de esta Ley, las primeras tres fracciones contienen formas de constitución que manifiestan de forma fehaciente tal constitución, ya que se concretan con la entrega o el endoso de los títulos de crédito hechos por el deudor al acreedor pignoraticio. La primera fracción establece la entrega al acreedor, de los bienes o títulos de crédito, si son al portador; en este caso la prenda será depositada en poder del acreedor.

“La segunda fracción nos dice que, a diferencia de los contemplados en la fracción I, cuando los títulos son nominativos, éstos se deben endosar y si son títulos de los cuales se requiere su anotación en el registro del emisor respectivo, tal registro se debe realizar; en esta hipótesis el acreedor es también el depositario, sin embargo no basta que se constituya por el simple endoso, también se debe entregar el título al acreedor.”⁵⁵

En la tercera fracción tenemos que se constituye por la entrega del título o documento en el que el crédito conste, si no son negociables tales,

⁵⁴ Díaz Bravo, Arturo. *Contratos Mercantiles*. Ed. Harla. México, D.F. 1998. p. 211.

⁵⁵ Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Ed. Herrero, S.A. México, D.F. p. 290

debiéndose hacer la inscripción de tal gravamen en el registro correspondiente según se trate que requieran la inscripción o no. Esta fracción nos dice que se puede constituir un derecho sobre otro, es decir el derecho real de prenda sobre un derecho de crédito, pero se entiende que sólo para fines de garantía.

Sin embargo no es así con las contenidas en las fracciones IV y V, ya que éstas contemplan el depósito de los bienes dados en prenda en poder de un tercero que las partes hayan designado o en un lugar cuyas llaves queden en poder del acreedor, aunque sean de propiedad del deudor, en ambos casos los bienes deberán estar a disposición del acreedor. Si bien es cierto que estas maneras son prácticas, también lo es que son algo riesgosas, ya que el hecho de que los bienes estén en locales propiedad del deudor, aunque se le haya entregado la llave al acreedor, por sí mismo no da publicidad a la prenda ni hace presumir a terceros que se haya constituido tal, ya que es un hecho que se realiza en privado. Se puede prestar para actos de simulación y para que el deudor eluda algunas obligaciones debidas a otros acreedores. Lo mismo se puede decir cuando los bienes quedan en poder de un tercero, si éste o los contratantes lo hacen en privado ya que en estos casos no se exige la elaboración de un documento escrito ni anotación en el registro público.

La fracción VI establece que la constitución se dará por la entrega o endoso del título representativo de los bienes o por la emisión o endoso del bono de prenda relativo; esto es, cuando se dan en prenda un conocimiento de embarque o un certificado de depósito, la prenda queda constituida sobre los bienes que amparan esos títulos, lo cual me parece correcto ya que de este modo el acreedor tiene dominio sobre esos bienes

La fracción VII merece mención especial, ya que se refiere a los créditos refaccionarios y de habilitación o avío para lo cual la ley exige la inscripción del contrato respectivo en el Registro correspondiente, lo cual le da la debida publicidad a la prenda.

El crédito de habilitación o avío es el contrato en virtud del cual el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito, precisamente, en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación, indispensables para los fines de la empresa. Y por su parte el crédito refaccionario es el contrato en razón del cual el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito, en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganados o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo; en la compra o instalación de maquinaria y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa acreditada.

Como se ha establecido en el capítulo precedente estos créditos quedarán garantizados por los propios bienes que fueron adquiridos mediante el crédito, y al ser éstos materias primas, materiales, aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganados, e inmuebles, y todos estos bienes pueden ser objeto de prenda o hipoteca según el caso.

Tan es así que el artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece las reglas generales aplicables a los dos créditos y establece que en los contratos de crédito se fijarán con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y que serán inscritos en el Registro de Hipotecas que corresponda según la ubicación de los inmuebles afectos en garantía, o en el Registro de Comercio respectivo cuando en la garantía no se incluyan bienes inmuebles; esta garantía indudablemente se trata de prenda mercantil. Estos contratos de crédito no surtirán efectos contra tercero sino desde la fecha y hora de su inscripción en el registro que corresponda. También la ley les confiere preferencia para ser pagados si se encuentran debidamente inscritos. Además de lo anteriormente considerado en los créditos refaccionarios o de habilitación o avío, la prenda podrá quedar en poder del deudor, y en este caso él será considerado como depositario judicial de los muebles dados en garantía.

El artículo 332 de la LGTOC establece los bienes sobre los que se constituye la garantía y son: el terreno constitutivo del predio; los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo, o edificados con posterioridad a él; las accesiones y mejoras permanentes; los muebles inmovilizados. Si se toma en consideración que son materia de hipoteca los inmuebles enajenables, los bienes descritos en el artículo mencionado pueden perfectamente ser materia de hipoteca.

Se puede decir sobre el crédito refaccionario que:

- Quedan garantizados con las fincas, construcciones, edificios, maquinaria, apeos, instrumentos, muebles y útiles y con los frutos y productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento se destine el préstamo, o con parte de dichos bienes.
- La garantía puede consistir en hipoteca sobre los bienes a que se refiere el punto anterior y podrá agregarse igual garantía sobre otros bienes.
- Los bienes dados en garantía estarán libres de gravamen, salvo el caso en que, estando gravados, el acreedor o acreedores distintos del banco subordinen sus derechos a los de éste.

Y sobre el crédito de habilitación o avío :

- Sus garantías pueden ser hipotecarias, además de las otras garantías que institucionalmente establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- El crédito de habilitación se garantiza con las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque estos sean futuros o pendientes.⁵⁶

⁵⁶ Dávalos Mejía, L. Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Editorial Harla, México pp. 790, 791.

Así analizando los preceptos legales que constituyen la sección Quinta del Capítulo Cuarto, del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: “De los créditos de habilitación o avío y de los refaccionarios”, se advierte que todos aquellos en los que se hace referencia a las garantías otorgadas para la contratación de estos créditos, éstas consisten en verdaderas prendas e hipotecas, es por ello que se considera que en los artículos 322 y 324 que hablan de garantías se haga la precisión de que éstas constituirán prenda o hipoteca según el caso.

La fracción VIII textualmente dice: “VIII. *Por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros.*”

Esta fracción amerita comentario en cuanto a que en el Derecho Mexicano Vigente no existe Ley alguna con el nombre de Ley General de Instituciones de Crédito, sin embargo en el año de 1932 cuando entró en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estaba vigente la citada ley, la cual quedó derogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de primero de enero de 1983, la cual fue seguida por la del mismo nombre de catorce de enero de 1985, misma que precedió a la actual Ley de Instituciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de julio de 1990.

Esta Ley al igual que sus predecesoras tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano. Establece también qué instituciones pueden prestar el servicio de Banca y Crédito y qué se entenderá por ello, y cuáles operaciones comprenderá. La manera en que estará integrado el Sistema Bancario Mexicano y las razones por las cuales el Estado ejercerá la rectoría de dicho sistema.

Dentro de esta Ley se prevé que puede ser pactada una garantía real sea mueble o inmueble para asegurar el crédito contratado y así tenemos que sus artículos 67, 68, 69, 70 y 71 regulan la manera y formalidades que se seguirán para constituir las prendas e hipotecas a favor de las Instituciones acreditantes y en ellos remite a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aunado a que su artículo 6 establece la supletoriedad que tiene la legislación mercantil sobre ella al decir textualmente: *“Artículo 6.- En lo no previsto por la presente Ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente: I.- La Legislación Mercantil; II.- Los usos y prácticas bancarios y mercantiles; III.- El Código Civil para el Distrito Federal; y IV.- El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta Ley. Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo.”* De modo que entendiendo por supletoriedad la aplicación complementaria de una ley respecto de otra, las leyes mercantiles podrán ser aplicadas a las figuras previstas por la Ley de Instituciones de Crédito en lo que ésta sea omisa.

Como se dijo en líneas precedentes, en el párrafo cuarto del artículo 67 dice: *“Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo, lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito”*. De igual modo en el 69 establece: *“La prenda sobre bienes y valores se constituirá en la forma prevenida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, bastando al efecto que se consigne en el documento de crédito respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes dados en prenda...”*

De este modo, volviendo a la fracción VIII del artículo 334 de la ley en estudio a que se hizo referencia al iniciar este apartado, tenemos que la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 70 establece textualmente que: *“Cuando las Instituciones de crédito reciban en prenda créditos en libros, bastará que se haga constar así, en los términos del artículo anterior, en el contrato correspondiente, que los créditos dados en prenda se hayan especificado en las*

notas o relaciones respectivas, y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución acreedora en un libro especial en asientos sucesivos, en orden cronológico, en el que se expresará el día de la inscripción, a partir de la cual la prenda se entenderá constituida. El deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario correspondan.”

De todo lo anterior se infiere que la Ley a que se refiere la multireferida fracción VIII es la Ley de Instituciones de Crédito. Ya que existe plena concordancia entre la fracción en comento y el artículo 70 transcrito en el párrafo anterior ya que hablan de la constitución de prenda tratándose de créditos en libros y de una armónica lectura integral de ambas legislaciones se arriba a la convicción de que establecen hipótesis normativas coincidentes.

Ahora consideraremos los procedimientos que constituyen el objeto de estudio de este trabajo los cuales son los contemplados en las leyes mercantiles. Iniciamos con que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, contempla un procedimiento sumarísimo a través del cual se obtiene la ejecución de la prenda mercantil, sin embargo tal procedimiento, ha sido objeto de varias reformas en virtud de haber sido considerado inconstitucional y tampoco se encontraba definida la naturaleza jurídica de esa ejecución, algunos consideraban que se trataba de una medida precautoria, otros que era un acto definitivo y entonces violatorio de la garantía de audiencia; pero aún cuando la última reforma a la que fue sometido en el año dos mil, trató de subsanar las omisiones y violaciones que contenía el texto anterior, aparece como incompleto, ineficaz.

Esto es así, ya que el artículo 341, prevé la posibilidad que tiene el acreedor para pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada. Este primer párrafo se considera acertado ya que ante el incumplimiento de lo obligado por alguna de

las partes, la otra debe tener acción y derecho en su contra, para obtener la satisfacción de lo convenido.

El segundo párrafo regula la manera en que ha de desahogarse el procedimiento y dice que: *El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de quince días contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso, el juez resolverá en un plazo no mayor de diez días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.* El texto no lo dice, sin embargo, se cree que el traslado que se correrá sólo se efectuará si la demanda en la que el actor formule la petición de autorización de la venta, reúne los requisitos legales que debe satisfacer toda demanda. Para la oposición de defensas y excepciones, se considera que se deben seguir las mismas reglas que se establecen para las excepciones y defensas en el juicio ejecutivo mercantil, las cuales no podrán ser otras que las tendientes a acreditar la improcedencia de la venta. El plazo en el que el juez deberá de resolver sobre la petición parece razonable. El apercibimiento que se hace al deudor, de autorizar la venta si no hace valer excepciones y defensas, considero que debe decretarse en el auto admisorio de la demanda, con el cual se le corre traslado al deudor.

La siguiente hipótesis, denominada notoria urgencia, la ley no establece qué se entenderá como tal, de igual modo, no se establece a qué se refiere "la responsabilidad del acreedor que determine el Juez", a una garantía quizá y, tampoco la manera en la que será determinada por el juez: Esto es de suma importancia ya que en los casos en que esas dos circunstancias, no explicadas por la ley, concurren a juicio del juez, éste autorizará la venta de los bienes y, entonces se podría cometer alguna violación a la garantía constitucional de audiencia del deudor, más aun si existe el precedente sentado por ese mismo artículo según su texto anterior, ya que aquél permitía la venta sin conceder al deudor la oportunidad suficiente para ser vencido en juicio.

El tercer párrafo estipula que el corredor o comerciante que hayan intervenido en la venta, deberán extender un certificado de ella al acreedor. Tal certificación funcionará como título para el acreedor.

La última parte del artículo ordena que el producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos. A este respecto la Ley es omisa en explicar la razón por la cual esto deberá ser así, ya que por un lado, permite al acreedor vender los bienes afectos en prenda, porque ha vencido el plazo y la obligación no se cumplió; por otro, le impone conservar el producto en prenda. Se considera que si el acreedor acude ante el órgano jurisdiccional, a solicitar su intervención para vender la prenda, es porque requiere de su importe para satisfacer así el crédito a su favor, por esto no es comprensible la disposición de conservar el importe; para qué efectos, o de qué le sirve al acreedor conservar el producto en prenda. Esta disposición vuelve totalmente ineficaz este procedimiento ya que aún cuando el acreedor acude ante el juez, se notifica al deudor, éste tiene oportunidad para excepcionarse o defenderse, es decir, se sigue todo un pequeño juicio, en el cual, como debe ser todo juicio, se escucha a ambas partes y se emite resolución; a su conclusión se autoriza la venta de los bienes y, la contienda no termina ahí, ya que obliga al acreedor a promover un nuevo y diverso juicio para poder hacerse pagar con el importe de los bienes vendidos los cuales desde la misma constitución de la prenda, estaban llamados a responder preferentemente al pago de la deuda a favor del acreedor.

Esta misma venta se puede solicitar cuando el precio de los bienes o títulos dados en prenda baja de manera que no alcance a cubrir el importe de la deuda y un veinte por ciento más, así como cuando el deudor no cumple con la obligación de proporcionarle en tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos. (artículos 340 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). En estos casos el deudor podrá oponerse a la venta, pagando los fondos requeridos o mejorando la garantía, ya sea por aumento de los bienes o por reducción de la venta.

B. Observaciones a los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión.

Como ha quedado sentado en el capítulo anterior, el Código de Comercio, regula en su libro Quinto los Juicios Mercantiles y dentro de este libro el Título III Bis, se refiere a los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía. El primero de estos procedimientos ejecutivos, se trata de un procedimiento extrajudicial a través del cual, según el artículo 1414 Bis "Se tramitará en esta vía el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados" Los subsecuentes artículos establecen la manera en que deberá de agotarse este procedimiento, el cual se realizará en casi todas sus fases ante fedatario público. Pero es de relevante importancia el contenido del artículo 1414 Bis 6, ya que establece no ser necesario agotar este procedimiento extrajudicial para iniciar el procedimiento judicial de ejecución previsto en el mismo título.

Del análisis de lo regulado en ese primer capítulo, se puede advertir que al tramitarse el procedimiento ante un fedatario público, y al ser éste una figura distinta a un Tribunal o Juzgador y, como lo dice el propio artículo 1414 Bis, es necesario que no existan controversias entre las partes en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados, no se trata de un juicio, sin embargo es mencionado en este capítulo, ya que se trata de un procedimiento por el que se puede optar para obtener la ejecución de esta garantía

Distinto es el otro procedimiento para ejecutar las garantías otorgadas mediante Prenda sin Transmisión de Posesión, ya que éste procedimiento sí es un verdadero juicio, que se sigue ante un Tribunal legalmente establecido y se promueve, precisamente, por existir controversia o desacuerdo

entre las partes. En el capítulo anterior se expuso en su totalidad la manera en que debe de seguirse dicho procedimiento, así que en esta oportunidad solamente nos referiremos a las hipótesis que consideramos poco apropiadas o no acordes con la finalidad de su substanciación.

Los requisitos que debe reunir el crédito para que se tramite el juicio conforme a este procedimiento, son: que sea exigible conforme a lo pactado o a la ley; y, que conste por escrito en contrato privado, pero cuando la operación se refiera a bienes cuyo monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión, el contrato deberá constar en escritura pública.

El escrito inicial de demanda debe ir acompañado del contrato donde conste el crédito respectivo y de la determinación del saldo que formule el acreedor, pero cuando éste sea una Institución de Crédito deberá también anexar la certificación de saldo que corresponda; continua diciendo el artículo 1414 Bis 8, que el Juez bajo su más estricta responsabilidad, si encuentra que se reúnen los requisitos de procedibilidad, admitirá la demanda, en un plazo no mayor de dos días. El juez dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, en caso de que no efectuare el pago, el deudor o quien detente la posesión material de los bienes, será requerida para que haga entrega material de los bienes objeto de la garantía al actor o a quien éste designe, adquiriendo el actor o tal persona el carácter de depositario judicial. Con ese mismo auto, el juez lo emplazará a juicio, el emplazamiento se hará en la misma diligencia, según el artículo 1414 Bis 8, si el deudor no paga o no hace entrega material de los bienes, otorgándole al demandado un plazo de cinco días para contestar la demanda y, en su caso, oponer las excepciones que le asistan.

Esta disposición es imprecisa ya que prevé que se emplazará a juicio al demandado, en el caso de que no pague o no haga entrega material de los bienes dados en garantía al acreedor, sin embargo, no dice qué sucederá cuando el deudor al momento de la diligencia que prevé los artículos 1414 Bis 8 y 1414

Bis 9, haga pago de lo adeudado o entregue al acreedor los bienes, se puede inferir que el acreedor se daría por pagado y por terminado el juicio.

Ahora bien, dice el Código que la diligencia de requerimiento de pago, entrega de bienes y emplazamiento no se suspenderá por ningún motivo y se llevará adelante hasta su conclusión, que en tal diligencia se dejarán siempre a salvo los derechos del deudor, para que éste los haga valer durante el juicio; se contemplan también disposiciones para obtener la entrega de los bienes dados en garantía. Pero tales supuestos normativos, no ofrecen al acreedor ninguna clase de seguridad jurídica, para obtener el pago de su crédito, ya que no son tendentes a lograr la ejecución de la garantía, porque las medidas de apremio que autorizan a decretar al Juez, no se consideran eficaces para que el acreedor obtenga el pago, la entrega de los bienes dados en garantía o el depósito o entrega de algún otro bien que le asegure el pago de lo adeudado, como lo haría un embargo a su favor; ya que si bien es cierto que mediante las medidas de apremio se podría, en determinado momento, obligar al deudor a pagar o a hacer entrega de la garantía, para evitar su aplicación, también lo es que puede desacatar el orden y aun cuando se le hagan efectivos los medios de apremio, puede seguir todo el juicio y así continuar con la posesión de los bienes por más tiempo.

El artículo 1414 Bis 11 estatuye que el allanamiento que afecte a toda la demanda, provocará que se dicte sentencia definitiva en el juicio. Agrega que, aun cuando el demandado no hubiere contestado la demanda en tiempo, siempre tendrá el derecho a ofrecer pruebas, hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva; a este respecto, vale la pena decir que al permitirse en este procedimiento legalmente, ofrecer pruebas aun cuando no se haya contestado la demanda, se deja en estado de indefensión a la actora, al desconocer, al momento en que se fija el pleito, las pruebas que ofrecerá su contraparte. En el siguiente artículo se impone a las partes el deber de ofrecer en sus escritos de demanda y de contestación, todas sus pruebas, relacionándolas con los hechos controvertidos. Entonces, se puede concluir que es necesario para el adecuado desarrollo del procedimiento, que desde que las partes presentan sus respectivos escritos de demanda y de contestación a la misma, ofrezcan las pruebas que

tuvieren para acreditar sus afirmaciones, refuerza esta consideración, lo estatuido por el artículo 1414 Bis 14, que dice que en el mismo auto en el que se tenga por contestada o no la demanda, el Juez se pronunciará sobre la admisión de las pruebas ofrecidas; y además, se señalará fecha para la celebración de la Audiencia de pruebas, alegatos y sentencia.

En cuanto a lo demás regulado respecto de las pruebas, referente a su ofrecimiento, calificación y preparación se considera correcto

Respecto de la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia se puede decir que el término en que se celebrará se considera insuficiente para la preparación de todas las pruebas que se deberán desahogar, estimándose adecuado el término que se concede en el juicio Ejecutivo Mercantil. En cuanto a que el Juez debe presidirla, y dictará sentencia en la misma audiencia, después de que las partes hayan alegado lo que a su derecho conviniere, se considera que es acertada la disposición en cuanto la obligatoriedad de que el Juez presida la Audiencia, pero se considera que se puede establecer un término mayor la emisión de la sentencia, independientemente de que los alegatos se formulen en el desarrollo de la propia Audiencia.

Todos aquéllos preceptos en este capítulo que establecen que el procedimiento nunca se suspenderá, ya que no se admitirá ningún incidente y las apelaciones se admitirán sólo en el efecto devolutivo, son de considerarse acertadas en virtud de que debido a la propia naturaleza de este juicio, el cual tiene por objeto únicamente la ejecución de una garantía previamente constituida a favor del acreedor, sin embargo vale la pena precisar que aún cuando estos preceptos lo que persiguen es que, la tramitación de este tipo de juicios, sea lo más ágil posible, las disposiciones referentes a la diligencia de requerimiento de pago, no resultan acordes a ello, en virtud de que tales no son tendentes a lograr una eficaz ejecución, ya que permiten al deudor o demandado evadir la obligación de pagar o hacer entrega de los bienes, hasta que se haya solucionado el juicio.

Una vez agotado este procedimiento, se procederá a la venta de los bienes, si es que la sentencia dictada resolvió procedente la ejecución de la garantía. Para proceder a la venta de los bienes que constituyen la garantía, establece la ley que se debe obtener el valor de dichos bienes mediante avalúo practicado legalmente. Y una vez realizado lo anterior, la ley establece que si el valor de los bienes es igual al monto de lo condenado, la deuda quedará liquidada y no corresponderá acción ni derecho alguno al acreedor, pudiendo disponer libremente de los bienes objeto de la garantía. Si el valor de los bienes es menor al monto de lo condenado, el acreedor podrá disponer libremente de los bienes y conservará acción y derecho por la parte del crédito que no le fue cubierta con esos bienes. Si el valor de los bienes es mayor al monto de lo condenado, se deberá deducir el monto de la condena, más intereses y gastos que se hayan generado y se venderán los bienes, pero el acreedor entregará al deudor el remanente de la venta.

Ahora se analizarán las condiciones en las que se realizará esta venta. Se puede efectuar, a elección del acreedor, ante el juez que haya conocido del juicio, o ante fedatario público. La anticipación con que se notificará al deudor de la venta que se realizará, se considera correcta, sin embargo la publicación del aviso de venta parece insuficiente, ya que sólo se publicará un aviso, cuando menos con cinco días de anticipación a la venta; se considera que para dar debida publicidad a la venta, se deben de publicar más avisos en cualquier caso y no solamente cuando el deudor los solicite a su costa. Los datos que debe incluir el aviso son los necesarios. La disposición de que cuando el precio de los bienes llegue, por la disminución en su valor que prevé el artículo 1414 Bis 17, a ser igual o menor al monto de lo condenado, podrá el acreedor a su elección obtener la propiedad plena de los bienes, parece correcta y acorde a la finalidad de estos procedimientos, ya que cuando esto sucede se aprecia la efectividad que tiene la garantía.

La circunstancia de que cuando, una vez vendidos los bienes, el pago obtenido, sea superior al monto de lo condenado, deberá entregar el acreedor al deudor el remanente; así como la pena que se le impondrá al acreedor

si es que incumple en lo anterior y su obligación de pagarle al deudor intereses, es justa en virtud de que, con el valor de los bienes, ya pudo el acreedor pagarse la deuda a su favor garantizada, los intereses que se hubieren generado y los gastos que haya erogado en la tramitación del juicio.

C. Observaciones al procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía.

Como ha quedado sentado en el capítulo anterior, el Código de Comercio, regula en su libro Quinto los Juicios Mercantiles y dentro de este libro el Título III Bis, se refiere a los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía. El primero de estos procedimientos ejecutivos, se trata de un procedimiento extrajudicial a través del cual, según el artículo 1414 Bis "Se tramitará en esta vía el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados" Los subsecuentes artículos establecen la manera en que deberá de agotarse este procedimiento, el cual se realizará en casi todas sus fases ante fedatario público. Pero es de relevante importancia el contenido del artículo 1414 Bis 6, ya que establece no ser necesario agotar este procedimiento extrajudicial para iniciar el procedimiento judicial de ejecución previsto en el mismo título.

Del análisis de lo regulado en ese primer capítulo, se puede advertir que al tramitarse el procedimiento ante un fedatario público, y al ser éste una figura distinta a un Tribunal o Juzgador y, como lo dice el propio artículo 1414 Bis, es necesario que no existan controversias entre las partes en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados, no se trata de un juicio, razón por la cual debe de regularse en otro ordenamiento, o al menos en otro Libro del Código de Comercio, ya que en el que se contiene, se refiere a los juicios mercantiles y todos los demás procedimientos ahí regulados sí versan sobre juicios. Aparte de lo anterior, la Ley en donde se prevé la figura de la Prenda sin Transmisión de Posesión es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, razón por la cual se estima, que el ordenamiento en donde pueda trasladarse este capítulo, es precisamente esa ley

federal en su Título Segundo, Capítulo IV, Sección Séptima ya que en ésta se regula sustancialmente la figura a que se refiere.

Distinto es el otro procedimiento para ejecutar las garantías otorgadas mediante Fideicomiso de Garantía, ya que éste procedimiento sí es un verdadero juicio, que se sigue ante un Tribunal legalmente establecido y se promueve, precisamente, por existir controversia o desacuerdo entre las partes. En el capítulo anterior se expuso en su totalidad la manera en que debe de seguirse dicho procedimiento, así que en esta oportunidad solamente nos referiremos a las hipótesis que consideramos poco apropiadas o no acordes con la finalidad de su substanciación.

Los requisitos que debe reunir el crédito para que se tramite el juicio conforme a este procedimiento, son: que sea exigible conforme a lo pactado o a la ley; y, que no se hubiere pactado el procedimiento previsto en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La manera en que deberá sustanciarse este juicio es la misma que para la ejecución de garantías otorgadas mediante Prenda sin Transmisión de Posesión, por ello, las observaciones y menciones que merece el presente procedimiento, son las mismas que las expuestas en el apartado anterior, al cual nos remitimos, para no incurrir en repeticiones innecesarias. Igualmente respecto del procedimiento de venta de los bienes constitutivos del fideicomiso de garantía, en este caso a la fiduciaria corresponderán los derechos y obligaciones del acreedor prendario.

D. Observaciones al procedimiento de ejecución de la hipoteca.

Después de haber considerado aspectos importantes sobre los bienes que pueden ser objeto de la prenda, conviene detenernos un poco respecto de los bienes que pueden ser objeto de hipoteca, en relación a esto, se puede decir que la ley no es lo suficientemente clara, ya que nuestro Código Civil vigente

la define en su artículo 2893 como 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. Agregando en el artículo 2895 que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

Se aprecia que a la definición actual se ha agregado que los bienes afectos en hipoteca no se entregan al acreedor, lo cual se considera acertado, pero se suprime la especificación de que tales bienes deben ser inmuebles, la cual como se precisó en el capítulo correspondiente, si se establecía en los códigos de 1870 y 1884, así que esta modificación puede causar confusión en la actualidad, debido a la figura denominada Prenda sin Transmisión de Posesión, la cual se caracteriza porque en ella también el deudor conserva la posesión material de los bienes. Sin embargo, en la exposición de motivos del código vigente no se menciona nada acerca de esa modificación y sólo se dice que: "En la hipoteca se hicieron numerosas modificaciones; pero sólo mencionaremos las siguientes: se establece la divisibilidad de la hipoteca, disponiendo que cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un solo crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y que pueda cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagando la parte del crédito que garantiza. Se estableció, además, que cuando una finca hipotecada, susceptible de ser fraccionada convenientemente, se divida, se repartirá equitativamente el gravamen entre las fracciones. Al efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario, y si no se consiguere ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos".

De este modo considero que si en la exposición de motivos no se hizo ninguna referencia a esa reforma, no se debe entender que la hipoteca se puede constituir sobre bienes muebles. Lozano Noriega dice que:

"como se permitía la hipoteca sobre embarcaciones y ferrocarriles, los cuales son bienes muebles, la definición no era congruente porque

había excepciones; por eso se suprimió la parte que indicamos, pero no porque la idea haya sido permitir la hipoteca mobiliaria.”⁵⁷

A pesar de lo acertado de esta consideración, en el derecho mercantil mexicano vigente al existir la figura de la Prenda sin Transmisión de Posesión -la cual no estaba prevista en la ley al momento de la reforma hipotecaria-, los bienes a que hace referencia el autor acabado de citar, pueden ser objeto de garantía bajo esta figura y no bajo la de Hipoteca. Aunado a lo anterior, los artículos 2896, y 2898 del Código Civil actual hablan de los bienes a los que se extiende la hipoteca y de los bienes que no se pueden hipotecar respectivamente, y de su lectura se infiere que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles y los derechos reales que se constituyan sobre éstos. Después en el mismo Capítulo de la Hipoteca en General, los artículos que lo conforman hablan de inmuebles y fincas hipotecadas, e incluso el artículo 2917 dice que para la constitución de créditos con garantía hipotecaria se observarán las formalidades que la ley establece para la enajenación de inmuebles y de terrenos o casas por el Gobierno del Distrito Federal. Asimismo requiere su inscripción en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros.

“Aunque el Código Civil vigente, habla en general de la hipoteca sobre derechos reales, no hace referencia alguna a los derechos reales sobre bienes muebles como la prenda, por lo que en rigor debemos considerar que sólo se pueden hipotecar los derechos reales sobre inmuebles.”⁵⁸

Así se habla de hipoteca sobre el usufructo, la nuda propiedad o las servidumbres.

Visto todo lo anterior, se arriba a la conclusión de que la hipoteca sólo puede ser constituida sobre bienes inmuebles y los derechos reales que

⁵⁷ Noriega Lozano Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. México, D.F. 1999 p. 687

⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo VI. Contratos. Ed. Porrúa. 15ª Edición. México, D.F. 1999. p. 368

sobre éstos recaigan, esta modificación se debe realizar para evitar en la práctica confusiones y de este modo los contratantes tienen mayor certeza jurídica al no existir dos figuras distintas bajo las cuales pueden constituir una garantía sobre la misma clase de bienes

En la ley mercantil no se regula procedimiento alguno que tenga por objeto la ejecución de garantías hipotecarias, ya que la figura jurídica de la hipoteca es una institución legalmente civil, porque se encuentra prevista en leyes eminentemente civiles, tanto en lo sustancial como en lo procesal. Sin embargo, considero que puede existir una **hipoteca mercantil**, la cual será aquélla que se constituye para garantizar obligaciones de naturaleza mercantil, esto es, cuando es accesoria de un contrato mercantil. De igual modo si la hipoteca se encontrare en este supuesto, el procedimiento ejecutivo tendría que ser un procedimiento mercantil y no uno civil como lo es el Juicio Especial Hipotecario.

En efecto, el artículo 1049 del Código de Comercio estatuye que son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4º, 75 y 76 se deriven de los actos comerciales; si se relaciona este precepto con la fracción XIV del artículo 75 del propio Código, tenemos que las controversias derivadas de Operaciones de Bancos, reputadas legalmente como actos de comercio, deben sustanciarse mediante un juicio mercantil. Tomando también en consideración que la fracción VI del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que es operación de una Institución de Crédito, la que puede ser un banco, el efectuar préstamos o créditos; si esos préstamos o créditos son garantizados mediante hipoteca constituida por el deudor, se podría concluir que tales créditos hipotecarios son operaciones de bancos, entonces el juicio que dirima las controversias suscitadas a partir de tales operaciones, debe ser mercantil.

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS.

Una vez analizado el régimen jurídico que contempla la ejecución de las garantías reales en el derecho mercantil mexicano vigente, se expondrán en este capítulo las propuestas que se consideran pertinentes para una más eficaz administración de justicia a este respecto

A. Prenda e Hipoteca. La obligatoria especificación respecto de los bienes sobre los cuales se puede constituir prenda e hipoteca.

Después de que se ha precisado en el capítulo anterior que puede existir la Hipoteca mercantil y que se ha tratado lo relacionado a qué bienes se pueden empeñar y qué bienes se pueden hipotecar; se considera necesario que, como conclusión obtenida de la propia ley, se establezca en los artículos respectivos, la especificación de los bienes sobre los cuales puede recaer hipoteca, los cuales son los bienes inmuebles y los derechos reales constituidos sobre éstos.

Se propone esta reforma a una ley civil, en virtud de que este código federal es, como ya se ha establecido, siguiendo al artículo 2° del propio Código de Comercio, de aplicación supletoria a la legislación mercantil. Además de que en la legislación mercantil vigente no se da ningún concepto de esta figura.

Esta propuesta encuentra sustento en lo considerado en el capítulo anterior del presente trabajo, donde se dice que quizá no se hacía esta precisión legal, en atención a que por excepción, se permitía la hipoteca mobiliaria, sin embargo al coexistir la figura de la Prenda sin Transmisión de Posesión, la cual

dentro de su definición establece que se constituirá sólo sobre bienes muebles, resulta necesario que la definición legal de hipoteca quede de la siguiente manera:

“Artículo 2893.- La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes inmuebles que no se entregan al acreedor y los derechos reales constituidos sobre éstos, y que da derecho al acreedor, 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”

B. La precisa redacción que requieren los artículos 322, 324 y 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Del estudio efectuado sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se advierte que sus artículos 322 y 324, se refieren a la manera en que el acreditado garantizará el Crédito de Habilitación o Avío o el Crédito Refaccionario que se le haya otorgado, sin embargo, como ya se ha apuntado, tal redacción es algo imprecisa, ya que, si bien es cierto, estos numerales mencionan los bienes sobre los que se constituirá la garantía, también lo es que no dicen de qué garantía se trata. Pero se considera que atendiendo a la naturaleza de los bienes y a la redacción de los artículos que los contienen, se arriba a la conclusión de que tales garantías son verdaderas Prendas sin Transmisión de Posesión e Hipotecas.

En este orden de ideas se propone la reforma a los artículos 322 y 324 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito citados, los cuales deberán decir textualmente:

Artículo 322.- Los créditos de habilitación o avío estarán garantizados mediante PRENDA SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes.

Artículo 324.- Los créditos refaccionarios quedarán garantizados, simultánea o separadamente, con HIPOTECA de fincas, construcciones, edificios; y con PRENDA SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN sobre maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo.

La presente propuesta resulta acorde a lo considerado en este trabajo al respecto, en virtud de que se considera importante el establecer qué tipo de garantía se puede constituir sobre determinada clase de bienes. De modo que si la garantía se constituiría sobre las materias primas, materiales adquiridos, frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, al ser todos éstos muebles, se está ante la presencia de una prenda, la cual deberá ser sin transmisión de posesión, ya que los mismos no se deben entregar al acreedor, porque son con los que se realizará la actividad para la cual se solicitó el crédito. Lo mismo pasa con los Créditos Refaccionarios, pero cuando es sobre las de fincas, construcciones o edificios sobre los que se constituirá la garantía, se estaría ante la Hipoteca.

C. Adecuación del juicio Ejecutivo Mercantil previsto en el Código de Comercio, de modo que a través de él se obtenga la ejecución de garantías otorgadas mediante prenda con o sin transmisión de posesión, fideicomiso de garantía e hipoteca, cuando estén fundadas en título ejecutivo.

Tomando en cuenta que el procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía, coincide sustancialmente con el procedimiento del Juicio Ejecutivo Mercantil; asimismo que la ley mercantil (LGTOC) es omisa en muchos aspectos procesales respecto de la ejecución de la prenda mercantil, procedimiento que, como se ha dicho con anterioridad, ha sido tachado de inconstitucional y ha dado motivo a jurisprudencia y reformas, a pesar de lo cual se considera que sigue siendo fácilmente atacable por las partes, por no prever varios aspectos importantes que deben ser observados en todo juicio, de acuerdo a las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales según el artículo 159 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son las siguientes:

- a) La citación a juicio de la manera prevenida por la ley.
- b) La debida y correcta representación de las partes en juicio.
- c) La recepción conforme a derecho de las pruebas que legalmente hayan sido ofrecidas en juicio.
- d) La legal resolución de un incidente de nulidad.
- e) Conceder los términos o prórrogas a que tengan derecho las partes conforme a la ley.
- f) Recibir las pruebas ofrecidas por las partes, con conocimiento de las demás.
- g) Mostrar a las partes todos los documentos o piezas de autos de manera que puedan alegar sobre ellos.

h) Admitir a las partes los recursos a que tengan derecho conforme a la ley, respecto de providencias que afecten partes sustanciales de procedimiento.

i) Suspender el procedimiento después de promover una competencia, así como si se encuentra impedido o recusado un Juez, magistrado o miembro de un tribunal del trabajo.

Además de lo anteriormente considerado respecto a la ejecución de la prenda, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito obliga al acreedor a conservar el producto de la venta en prenda, lo que significa que ahí no concluye la contienda sino que se obliga al acreedor prendario a acudir a un juicio diverso para obtener el pago del crédito garantizado aun cuando éste ya venció y resultó exigible. Asimismo, las garantías otorgadas mediante hipoteca para garantizar el cumplimiento de un contrato de naturaleza mercantil, deben ejecutarse mediante la tramitación de un juicio ejecutivo que comparta la naturaleza mercantil de la obligación principal, tomando en cuenta lo considerado en el capítulo anterior y el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; a más de que el juicio hipotecario es semejante al ejecutivo, pero en vez de principiar por un embargo, se inicia con la expedición y la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de la cédula hipotecaria, por estar previamente constituida la garantía del crédito que se trata de cobrar y cuya cédula confiere al acreedor, las ventajas y los privilegios que la propia cédula expresa.

Es por eso que se cree necesario y conveniente que exista un solo procedimiento judicial para ejecutar las garantías otorgadas mediante las figuras de prenda mercantil con o sin transmisión de posesión, fideicomiso de garantía e incluso de hipoteca -cuando ésta sea accesorio a un contrato regido por leyes mercantiles-.

Todo esto, siempre y cuando la garantía conste en título que tenga carácter de ejecutivo, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 1391 del Código de Comercio, los cuales son, a saber:

a) La sentencia ejecutoriada ó pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1,346, observándose lo dispuesto en el 1,348, ambos del Código de Comercio;

b) Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos;

c) La confesión judicial del deudor, según el artículo 1,288 del Código de Comercio;

d) Los títulos de crédito;

e) Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

f) La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

g) Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y

h) Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

Tal procedimiento deberá respetar las formalidades apuntadas anteriormente y ofrecer a los contratantes seguridad en cuanto al procedimiento al que se tendrán que sujetar para hacer efectivas las garantías que tengan a su favor, o en su caso, para defenderse de la ejecución que estimen improcedente, dicho procedimiento será el Juicio Ejecutivo Mercantil, en virtud de la coincidencia sustancial que guarda su finalidad con la que se perseguirá al intentar ejecutar las garantías mencionadas.

Para el efecto, al juicio ejecutivo mercantil deberán realizarse algunas adiciones y precisiones para que resulte adecuado a dicho fin, de modo que contemple los varios aspectos procesales que son necesarios para la ejecución correspondiente. Tales modificaciones son las siguientes:

El artículo 1392 se ha adicionado para que el auto con efectos de mandamiento en forma, del que habla, ordene requerir al deudor de pago, de la entrega material de los bienes afectos en garantía, ordene el embargo de bienes suficientes en caso de no realizar ni el uno, ni la otra; el destino que tendrán los bienes embargados; y la especificación de que cuando la

garantía sea hipotecaria, la demanda se anote en el Registro Público de la Propiedad correspondiente.

Los artículos 1393, 1394, 1396 y 1399, que hablan de la diligencia de requerimiento de pago y embargo, también contemplarán el requerimiento de entrega material de los bienes que constituyan la garantía respectiva.

En el artículo 1403, se refiere a las excepciones oponible en este juicio, se ha adicionado con los incisos q) y r) y las que ya se contemplaban con anterioridad, fueron separadas por estimarse más comprensible.

Una importante modificación se realiza en el artículo 1410 ya que se considera necesario que se establezca, cuánto deben diferir los avalúos realizados por los peritos de las partes entre sí, para que se considere que existe discordia entre ellos, así que se propone que si tal diferencia no es mayor del 10% del valor atribuido, no es necesaria la intervención del perito tercero en discordia nombrado por el juez, sino simplemente obtener el promedio de ambos avalúos y su resultado tenerlo por el avalúo definitivo.

El artículo 1412, prevé los casos en que no habiéndose presentado postor a los bienes y se autoriza al acreedor a pedir la adjudicación de ellos al precio fijado en la última almoneda, de modo que es pertinente hacer referencia a lo que procederá en caso de que el precio de los bienes y el monto de lo condenado, no sean iguales.

Por último, en el numeral 1414 se hace referencia al régimen del recurso de apelación, no obstante que tal se encuentra previsto en el artículo 1339 del Código de Comercio, se reitera que las apelaciones se admitirán en ambos efectos al interponerse en contra de las sentencias definitivas y de las interlocutorias o de los autos definitivos que pongan término al juicio y, se agrega que se admitirán en los mismos efectos, las interpuestas contra el auto que apruebe el remate, por considerarse necesaria la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva respecto de la procedencia del remate.

Incluyendo todo lo anteriormente expuesto, el juicio de referencia se tramitará de la siguiente manera:

“Art. 1,391.- El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

I. La sentencia ejecutoriada ó pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al art. 1,346, observándose lo dispuesto en el 1,348;

II. Los instrumentos públicos así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos;

III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1,288;

IV. Los títulos de crédito;

V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y

VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

Art. 1,392.- *Presentada la demanda el Juez proveerá, dentro de los tres días siguientes, auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas, o bien haga entrega material de los bienes dados en garantía, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste; o en su defecto los conservará el deudor, el cual desde ese momento se constituirá en depositario judicial. Cuando la garantía cuya*

ejecución se reclame, sea hipoteca, el juez mandará inscribir la demanda al Registro Público de la Propiedad que corresponda, para lo cual deberá el actor exhibir un tanto más de la misma.

Art. 1,393. No encontrándose al deudor a la primera busca en el inmueble señalado por el actor, pero cerciorado de ser el domicilio de aquél, se le dejará citatorio fijándole hora hábil, dentro de un lapso comprendido entre las seis y las setenta y dos horas posteriores, y si no aguarda, se practicará la diligencia de embargo, ***requerimiento de pago o entrega de los bienes constitutivos de garantía***, con los parientes, empleados o domésticos del interesado, o cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, siguiéndose las reglas del Código Federal de Procedimientos Civiles, respecto de los embargos.

Art. 1,394. La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda, de las indicadas en el artículo anterior; ***o en su caso, con el requerimiento de entrega de los bienes que constituyen la garantía respectiva, teniendo el acreedor el carácter de depositario judicial el cual deberá informar al juez sobre el lugar en el que permanecerán los bienes entregados.*** De no hacerse el pago ***o la entrega de bienes requerida***, se requerirá al demandado, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndolo que de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor. A continuación se emplazará al demandado.

En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contengan la orden de embargo decretada en su contra, dejándole copia de la diligencia practicada, corriéndole traslado con la copia de demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenan por el artículo 1061.

La diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio.

El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que corresponda, desembargo, rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración y de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores.

Art. 1,395. En el embargo de bienes se seguirá este orden:

- I. Las mercancías;
- II. Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor;
- III. Los demás muebles del deudor;
- IV. Los inmuebles;
- V. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.

Cualquiera dificultad suscitada en el orden que deba seguirse, no impedirá el embargo. El ejecutor la allanará, prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable, á reserva de lo que determine el juez.

Art. 1,396. ***Hecho el embargo, conforme a las reglas establecidas por el Código Federal de Procedimientos Civiles, o en su caso, la solicitud de entrega material de los bienes, sin que ésta se verifique, acto continuo se notificará al deudor, o a la persona con quien se haya practicado la diligencia para que dentro del término de cinco días comparezca el deudor ante el juzgado a hacer paga llana de la cantidad demandada y las costas o a hacer entregar material de los bienes dados en garantía, o en su caso, a oponer las excepciones que tuviere para ello.***

Art. 1,397. Si se tratare de sentencia, no se admitirá más excepción que la de pago si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado ese término, pero no más de un año, se admitirán además las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año, serán admisibles también la de novación, comprendiéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, y la de falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria, convenio ó juicio constante en autos. Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores á la sentencia, convenio ó juicio, y constar por instrumento público, por documento judicialmente reconocido ó por confesión judicial.

Art. 1,398. Los términos fijados en el artículo anterior, se contarán desde la fecha de la sentencia ó convenio, á no ser que en ellos se fije plazo para el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso el término se contará desde el día en que se venció el plazo ó desde que pudo exigirse la última prestación vencida, si se tratare de prestaciones periódicas.

Art. 1,399. Dentro de los cinco días siguientes al requerimiento de pago **o de entrega de los bienes dados en garantía**, al embargo, en su caso y al emplazamiento, el demandado deberá contestar la demanda, refiriéndose concretamente a cada hecho, oponiendo únicamente las excepciones que permite la ley en el artículo 1403 de este Código, y tratándose de títulos de crédito las del artículo 8o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en el mismo escrito ofrecerá pruebas, relacionándolas con los hechos y acompañando los documentos que exige la ley para las excepciones.

Art. 1,400. Si el demandado dejare de cumplir con lo dispuesto por el artículo 1061 de este ordenamiento respecto de las

documentales en que funde sus excepciones, el juez dejará de admitirlas, salvo las que sean supervenientes.

En caso de que el demandado hubiere exhibido las documentales respectivas, o cumplido con lo que ordena el artículo 1061 de este ordenamiento, se tendrán por opuestas las excepciones que permite la ley, con las cuales se dará vista al actor por tres días para que manifieste y ofrezca las pruebas que a su derecho convenga.

Art. 1,401. En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.

Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente.

Desahogada la vista o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, de acuerdo con el Código Federal de Procedimientos Civiles, abriendo el juicio a desahogo de pruebas, hasta por un término de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo, señalando las fechas necesarias para su recepción.

Las pruebas que se reciban fuera del término concedido por el juez, o su prórroga si la hubiere decretado, serán bajo la responsabilidad de éste, quien sin embargo, podrá mandarlas concluir en una sola audiencia indiferible que se celebrará dentro de los diez días siguientes.

Art. 1,402. Si se tratare de cartas de porte, se atenderá á lo que dispone el artículo 583.

Art. 1,403. Contra cualquier otro documento mercantil que traiga aparejada ejecución, son admisibles las siguientes excepciones:

- a) ***Falsedad del título o del contrato contenido en él.***
- b) ***Fuerza***
- c) ***Miedo***
- d) ***Prescripción del título.***
- e) ***Caducidad del título***
- f) ***Falta de personalidad en el ejecutante***
- g) ***Falta de reconocimiento de la firma del ejecutado, en el caso en que sea necesario***
- h) ***Incompetencia del juez***
- i) ***Pago***
- j) ***Compensación***
- k) ***Quita***
- l) ***Remisión***
- m) ***Oferta de no cobrar***
- n) ***Espera***
- o) ***Novación de contrato***
- p) ***Las personales que tenga el demandado contra el actor.***
- q) ***Las demás que tiendan a destruir la acción intentada.***
- r) ***Si se trata de Títulos de Crédito, las demás enunciadas por el artículo 8° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.***

Art. 1,404. En los juicios ejecutivos los incidentes no suspenderán el procedimiento y se tramitarán cualquiera que sea su naturaleza con un escrito de cada parte y contándose con tres días para dictar resolución. Si se promueve prueba deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse, y se citará para audiencia indiferible dentro del término de ocho días, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones, y en la misma se dicte la resolución correspondiente que debe notificarse a las partes en el acto, o a más tardar el día siguiente.

Art. 1,405. Si el deudor se allanare a la demanda y solicitare término de gracia para el pago de lo reclamado, el juez dará vista al actor para que, dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a tales proposiciones de las partes.

Art. 1,406. Concluido el término de prueba, se pasará al período de alegatos, el que será de dos días comunes para las partes.

Art. 1,407. Presentados los alegatos ó transcurrido el término para hacerlo, previa citación y dentro del término de ocho días, se pronunciará la sentencia.

Art. 1,408. Si en la sentencia se declara haber lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor, en la misma sentencia se decidirá también sobre los derechos controvertidos.

Art. 1,409. Si la sentencia declarase que no procede el juicio ejecutivo, reservará al actor sus derechos para que los ejercite en la vía y forma que corresponda.

Art. 1,410. A virtud de la sentencia de remate, se procederá á la venta de los bienes secuestrados, previo avalúo hecho por dos corredores ó peritos y un tercero en caso **de que el valor atribuido a los bienes por los peritos, difieran entre sí por un porcentaje mayor al diez por ciento; si los avalúos rendidos no superan este porcentaje, se obtendrá el valor de los bienes, promediando los dos avalúos presentados. En caso de ser necesario el perito tercero en discordia, éste será nombrado por el juez y aquéllos por las partes,**

Art. 1,411. Presentado el avalúo y notificadas las partes para que ocurran al juzgado á imponerse de aquél, se anunciará en la forma legal la venta de los bienes, por tres veces, dentro de tres días, si fuesen muebles, y dentro de nueve si fuesen raíces, rematándose en seguida en pública almoneda y al mejor postor conforme a derecho.

Art. 1,412. No habiéndose presentado postor a los bienes, el acreedor podrá pedir la adjudicación de ellos por el precio que para subastarlos se les haya fijado en la última almoneda. **Si fuere menor el precio de los bienes dado en esta almoneda al monto condenado, se procederá a la ampliación del embargo realizado a fin de garantizar la totalidad de lo condenado. Si el precio fuere mayor al monto de lo condenado, se supeditará el otorgamiento del título de propiedad respectivo a la entrega el remanente a cargo del acreedor favor del deudor.**

Art. 1,412 Bis.- Cuando el monto líquido de la condena fuere superior al valor de los bienes embargados, previamente valuados en términos del artículo 1410 de este Código, y del certificado de gravámenes no aparecieren otros acreedores, el ejecutante podrá optar por la adjudicación directa de los bienes que haya en su favor al valor fijado en el avalúo.

Art. 1,412 Bis 1.- Tratándose del remate y adjudicación de inmuebles, el juez y el adjudicatario, sin más trámite, otorgarán la escritura pública correspondiente ante fedatario público.

Art. 1,413. Las partes, durante el juicio, podrán convenir en que los bienes embargados se avalúen ó vendan en la forma y términos que ellos acordaren, denunciándolo así oportunamente al juzgado por medio de un escrito firmado por ellas.

Art. 1,414. Cualquier incidente o cuestión que se suscitare en los juicios ejecutivos mercantiles, serán resueltos por el juez con apoyo en las disposiciones respectivas de este título, y en su defecto, en lo relativo a los incidentes en los juicios ordinarios mercantiles; y a falta de unas y otras, a lo que disponga el Código Federal de Procedimientos Civiles, procurando la mayor equidad entre las partes sin perjuicio para ninguna de ellas. ***Las resoluciones que se dicten podrán ser apeladas en ambos efectos tratándose de las sentencias definitivas, las sentencias interlocutorias o autos definitivos que pongan término al juicio así como el auto aprobatorio del remate. Cualquier otra resolución será apelable únicamente en el efecto devolutivo.***

A continuación, se presentan dos cuadros sinópticos comparativos, para una mejor comprensión de lo aquí establecido; el primero muestra las etapas procesales del juicio Ejecutivo Mercantil, del Procedimiento Judicial de Ejecución de Garantías Otorgadas mediante Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso de Garantía y, del Procedimiento de Ejecución de Prenda Mercantil (art. 341 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito):

| ETAPA PROCESAL | PROCEDIMIENTO DEL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL | PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE PRENDA SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN Y FIDEICOMISO DE GARANTÍA. | PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE PRENDA MERCANTIL. (Art. 341 LGTOC) |
|------------------------------|--|---|--|
| Presentación de la demanda | Acompañada de título ejecutivo de los contemplados en el artículo 1391 Cco. | Acompañada del contrato de prenda respectivo o del documento donde conste el acto constitutivo del fideicomiso. O del estado de cuenta certificado cuando no conste en Instrumento Público. | El acreedor solicitará al Juez la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando la obligación garantizada haya vencido. |
| Auto admisorio de la demanda | Presentada la demanda acompañada del documento requerido, se proveerá auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste. | En este caso se requerirá al deudor el pago o la entrega material de los bienes constitutivos de la prenda. Podrá el deudor constituirse en Depositario Judicial. | El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición para oponer las excepciones y defensas; y en casos de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor |

| | | |
|---------------------------------------|---|--|
| <p>Diligencia de Ejecución</p> | <p>No encontrándose el deudor a la primera busca en el inmueble señalado por el actor, se le dejará citatorio para que dentro de un lapso comprendido entre las 6 y las 72 horas siguientes, en hora hábil, si no aguarda, se practicará la diligencia con los parientes, empleados o domésticos del interesado, o con cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado. Se seguirán las reglas de los embargos establecidas en el CFPC.</p> <p>La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas con el apercibimiento de que de no hacerlo tal derecho pasará al actor y se procederá al embargo y depósito de bienes . A continuación se emplazará al demandado.</p> <p>En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contengan la orden de embargo decretada en su contra, le dejará copia de la diligencia practicada y le correrá traslado con la copia de demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenan por el artículo 1061.</p> <p>Esta diligencia no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio. El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que corresponda, levantamiento de embargo,</p> | <p>La diligencia de requerimiento de entrega de los bienes constitutivos de la garantía no se suspenderá por ningún motivo y se llevará adelante hasta su conclusión, la cual se realizará de la siguiente manera: el acreedor tendrá el carácter de depositario judicial y deberá informar al juez sobre el lugar en el que permanecerán los bienes entregados en tanto no sean vendidos. Por el mismo auto el juez emplazará al deudor en el caso de que no pague o no haga la entrega de la posesión material de los bienes dados en garantía. Con la finalidad de que el actor obtenga la posesión material de los bienes, el juez podrá apercibir al deudor con una multa que podrá ser desde 3 y hasta 400 veces el smgv en el D.F. si se niega a entregar los bienes y en caso de ser así, el actuario lo hará constar y dará cuenta al juez quien procederá a hacer efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr la entrega de los bienes, incluidas el auxilio de la fuerza pública y, si fuere ineficaz el apremio por causa imputable al deudor, podrá el juez ordenar arresto en su contra hasta por 36 horas.</p> |
|---------------------------------------|---|--|

| | | | |
|--------------------|---|--|---|
| | rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración y de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores. | | |
| Oposición | El demandado contará con 5 días para dar contestación a la demanda y para oponer excepciones y defensas. |  | El deudor contará con 15 días, para oponer las excepciones y defensas que tiendan a demostrar la improcedencia de la venta. Si no se hace valer este derecho, se autorizará la venta. |
| Excepciones | <p>Las comprendidas en el art. 1403 del CCo:</p> <p>a) Falsedad del título o del contrato contenido en él.</p> <p>b) Fuerza o miedo.</p> <p>c) Prescripción o caducidad del título.</p> <p>d) Falta de personalidad en el ejecutante, o del reconocimiento de la firma del ejecutado, en el caso en que sea necesario.</p> <p>e) Incompetencia del Juez.</p> <p>f) Pago o compensación.</p> <p>g) Remisión o quita.</p> <p>h) Oferta de no cobrar o espera.</p> <p>i) Novación de contrato.</p> <p>Las excepciones a que se refieren los incisos d) al j) sólo se admitirán en prueba documental.</p> <p>Además las personales que tenga el demandado contra el actor.</p> <p>Y si se trata de Títulos de Crédito, las demás enunciadas por el artículo 8° de la LGTOC.</p> |  |  |
| Pruebas | En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando | Desahogado la vista dada al actor con la contestación de demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez señalará fecha y hora | |

| | | | |
|------------------|---|--|---|
| | <p>el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en tales escritos; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.</p> <p>Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente.</p> <p>Desahogada la vista o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, de acuerdo con el CFPC abriendo un plazo máximo de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo.</p> <p>El juez podrá permitir el desahogo de pruebas fuera del término concedido para ello, las cuales se mandarán concluir en un plazo de diez días.</p> | <p>para la celebración de la Audiencia de pruebas, alegatos y sentencia la cual se celebrará a los diez días.</p> <p>El ofrecimiento de las pruebas coincide con lo dispuesto por el artículo 1401 del CCo.</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>Durante la Audiencia, de recepción de pruebas, la cual será presidida por el juez, desahogadas las pruebas admitidas y preparadas, las partes podrán alegar.</p> | |
| Alegatos | Concluido el término de prueba, se pasará al periodo de alegatos, el que será de dos días comunes para las partes. | Los alegatos se producirán dentro de la misma audiencia | |
| Sentencia | Presentados los alegatos o transcurrido el término para hacerlos, previa citación y dentro del término de ocho días se pronunciará sentencia. | Después de formulados los alegatos por escrito o verbalmente el Juez en la propia Audiencia dictará sentencia. | El juez emitirá resolución en un plazo de diez días. |
| Ejecución | <p>Las partes, durante el juicio, pueden convenir la forma y términos en que se deberán valuar y vender los bienes embargados, debiendo avisar esto oportunamente al juez por escrito firmado por ambas.</p> <p>Si en la sentencia se declara procedente el trance y remate de los bienes embargados, se procederá a la venta de los</p> | La venta de los bienes, a elección del acreedor o fiduciario podrá hacerse ante el juez del conocimiento o ante fedatario público. Se notificará personalmente al deudor el día y hora en que se efectuará la venta, al menos con 5 días de anticipación. El aviso de venta se publicará en un | Si se decreta la venta de los bienes pignorados, el corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta, extenderán un certificado de ella al |

| | | | |
|--|---|--|---|
| | <p>bienes embargados. Para ello se realizará previamente el avalúo de los bienes hecho por dos corredores y peritos, con la intervención de un tercero en caso de discordia. Una vez presentado el avalúo y conocido éste por las partes, se publicará por tres veces dentro de tres días, tratándose de muebles, y dentro de nueve, tratándose de inmuebles, el aviso de la venta. Los bienes se rematarán en seguida en pública almoneda o al mejor postor, conforme a derecho.</p> <p>Si no se presenta postor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de ellos al precio que se les fijó en la última almoneda.</p> <p>Cuando el valor de los bienes embargados, sea inferior al monto de lo condenado, siempre que no haya otros acreedores, el acreedor podrá adjudicárselos directamente en el valor fijado en el avalúo.</p> <p>Si ha procedido el remate y la adjudicación de los bienes, el juez y el ejecutante podrán, sin más trámite otorgar la escritura pública correspondiente.</p> | <p>periódico de la localidad donde estén los bienes, al menos con cinco días hábiles de anticipación, señalando en el aviso día y hora de la venta, la descripción de los bienes y el precio, también se podrán señalar, en su caso, las fechas en que se realizarán las ofertas sucesivas de venta de los bienes. Si el deudor desea que se realicen más publicaciones, éstas serán a su costa.</p> <p>El valor mínimo de venta de los bienes se reducirá en un 10%, por cada semana que pase en la que no se hayan vendido; entonces, si el precio se vuelve igual o inferior al monto del adeudo condenado, el acreedor podrá, a su elección, obtener la propiedad plena de los bienes. Realizada la venta de los bienes y su importe fuera mayor al monto del adeudo, incluyendo monto del crédito, intereses, y demás gastos, el acreedor entregará al deudor el remanente ante el fedatario.</p> | <p>acreedor, éste conservará en prenda el producto de los bienes o títulos vendidos, en sustitución de ellos.</p> |
| <p>Régimen del Recurso de Apelación</p> | <p>Las apelaciones serán admitidas en ambos efectos, cuando se interpongan contra:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) las sentencias definitivas, b) las sentencias interlocutorias o autos definitivos que pongan término al juicio. <p>Cualquier otra resolución será apelable únicamente en el efecto devolutivo.</p> | <p>Todas las resoluciones dictadas en este procedimiento, serán apelables únicamente en el efecto devolutivo.</p> | |

Del cuadro anterior, se aprecia que los procedimientos comparados en él coinciden en varias etapas; a continuación se expone la manera en que se propone se desarrolle el juicio Ejecutivo Mercantil, contemplando aspectos que se consideran importantes y necesarios para lograr la ejecución de garantías reales:

| ETAPA PROCESAL | PROCEDIMIENTO DEL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL . | PROCEDIMIENTO EJECUTIVO MERCANTIL PROPUESTO |
|-------------------------------------|--|---|
| Presentación de la demandada | Acompañada de título ejecutivo de los contemplados en el artículo 1391 Cco. | Acompañada de título ejecutivo de los contemplados en el artículo 1391 del CCo.; o del instrumento donde conste el acto constitutivo de la hipoteca, la prenda con o sin transmisión de posesión o el fideicomiso. |
| Auto admisorio de la demanda | Presentada la demanda acompañada del documento requerido, se proveerá auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste. | Presentada la demanda acompañada del documento requerido, se proveerá auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago o de la entrega material de los bienes gravados y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas; poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, pudiendo constituirse el propio deudor en depositario judicial. Tratándose de hipoteca, una vez admitida la demanda, el juez la mandará anotar en el Registro Público de la Propiedad que corresponda. |
| Diligencia de ejecución | No encontrándose el deudor a la primera busca en el inmueble señalado por el actor, se le dejará citatorio para que dentro de un lapso comprendido entre las 6 y las 72 horas siguientes, en hora hábil, si no aguarda, se practicará la diligencia con los parientes, eAGmpleados o domésticos del interesado, o con cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado. Se seguirán las reglas de los embargos establecidas en el CFPC. La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas con el | No encontrándose el deudor a la primera busca en el inmueble señalado por el actor, se le dejará citatorio para que dentro de un lapso comprendido entre las 6 y las 72 horas siguientes, en hora hábil, si no aguarda, se practicará la diligencia con los parientes, empleados o domésticos del interesado, o con cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado. Se seguirán las reglas de los embargos establecidas en el CFPC. La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago o, en su caso, de entrega de los bienes constitutivos de la garantía, al deudor, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes |

| | | |
|--------------------|---|---|
| | <p>apercibimiento de que de no hacerlo tal derecho pasará al actor y se procederá al embargo y depósito de bienes. A continuación se emplazará al demandado.</p> <p>En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contengan la orden de embargo decretada en su contra, le dejará copia de la diligencia practicada y le correrá traslado con la copia de demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenan por el artículo 1061.</p> <p>Esta diligencia no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio. El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que corresponda, levantamiento de embargo, rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración y de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores.</p> | <p>suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas con el apercibimiento de que de no hacerlo tal derecho pasará al actor y se procederá al embargo y depósito de bienes . A continuación se emplazará al demandado.</p> <p>En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contengan la orden de embargo decretada en su contra, le dejará copia de la diligencia practicada y le correrá traslado con la copia de demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenan por el artículo 1061.</p> <p>Esta diligencia no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio. El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que corresponda, levantamiento de embargo, rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración y de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores.</p> |
| Oposición | El demandado contará con 5 días para dar contestación a la demanda y para oponer excepciones y defensas. | El demandado contará con 5 días para dar contestación a la demanda y para oponer excepciones y defensas. |
| Excepciones | <p>Las comprendidas en el artículo 1403 del CCo:</p> <p>a) Falsedad del título o del contrato contenido en él.</p> <p>b) Fuerza o miedo.</p> <p>c) Prescripción o caducidad del título.</p> <p>d) Falta de personalidad en el ejecutante, o del reconocimiento de la firma del ejecutado, en el caso en que sea necesario.</p> <p>e) Incompetencia del Juez.</p> <p>f) Pago o compensación.</p> <p>g) Remisión o quita.</p> <p>h) Oferta de no cobrar o espera.</p> <p>i) Novación de contrato.</p> <p>Las excepciones a que se refieren los incisos d) al i) sólo se admitirán si se</p> | <p>Las comprendidas en el artículo 1403 del CCo:</p> <p>a) Falsedad del título o del contrato contenido en él.</p> <p>b) Fuerza.</p> <p>c) Miedo.</p> <p>d) Prescripción del título.</p> <p>e) Caducidad del título.</p> <p>f) Falta de personalidad en el ejecutante.</p> <p>g) Falta del reconocimiento de la firma del ejecutado, en el caso en que sea necesario.</p> <p>h) Incompetencia del Juez.</p> <p>i) Pago.</p> <p>j) Compensación.</p> <p>k) Remisión.</p> <p>l) Quita.</p> |

| | | |
|------------------|---|---|
| | <p>fundan en prueba documental. Además las personales que tenga el demandado contra el actor. Y si se trata de Títulos de Crédito, las demás enunciadas por el artículo 8° de la LGTOC.</p> | <p>m) Oferta de no cobrar. n) Espera. o) Novación de contrato. p) Las personales que tenga el demandado contra el actor. q) Las demás que tiendan a destruir la acción intentada. r) Si se trata de Títulos de Crédito, las demás enunciadas por el artículo 8° de la LGTOC.</p> <p>Las excepciones a que se refieren los incisos f) al o) sólo se admitirán si se fundan en prueba documental.</p> |
| Pruebas | <p>En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en tales escritos; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.</p> <p>Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente.</p> <p>Desahogada la vista o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, de acuerdo con el CFPC abriendo un plazo máximo de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo.</p> <p>El juez podrá permitir el desahogo de pruebas fuera del término concedido para ello, las cuales se mandarán concluir en un plazo de diez días.</p> | <p>En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en tales escritos; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.</p> <p>Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente.</p> <p>Desahogada la vista o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, de acuerdo con el CFPC abriendo un plazo máximo de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo.</p> <p>El juez podrá permitir el desahogo de pruebas fuera del término concedido para ello, las cuales se mandarán concluir en un plazo de diez días.</p> |
| Alegatos | <p>Concluido el término de prueba, se pasará al periodo de alegatos, el que será de dos días comunes para las partes.</p> | <p>Concluido el término de prueba, se pasará al periodo de alegatos, el que será de dos días comunes para las partes.</p> |
| Sentencia | <p>Presentados los alegatos o</p> | <p>Presentados los alegatos o</p> |

| | | |
|-------------------|---|--|
| | transcurrido el término para hacerlos, previa citación y dentro del término de ocho días se pronunciará sentencia. | transcurrido el término para hacerlos, previa citación y dentro del término de ocho días se pronunciará sentencia. |
| Ejecución | <p>Las partes, durante el juicio, pueden convenir la forma y términos en que se deberán valuar y vender los bienes embargados, debiendo avisar esto oportunamente al juez por escrito firmado por ambas partes. Si en la sentencia se declara procedente el trance y remate de los bienes embargados, se procederá a la venta de los bienes embargados. Para ello se realizará previamente el avalúo de los bienes hecho por dos corredores y peritos, con la intervención de un tercero en caso de discordia. Una vez presentado el avalúo y conocido éste por las partes, se publicará por tres veces dentro de tres días, tratándose de muebles, y dentro de nueve, tratándose de inmuebles, el aviso de la venta, Los bienes se rematarán en seguida en pública almoneda o al mejor postor, conforme a derecho.</p> <p>Si no se presenta postor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de ellos al precio que se les fijó en la última almoneda.</p> <p>Cuando el valor de los bienes embargados, sea inferior al monto de lo condenado, siempre que no haya otros acreedores, el acreedor podrá adjudicárselos directamente en el valor fijado en el avalúo.</p> <p>Si ha procedido el remate y la adjudicación de los bienes, el juez y el ejecutante podrán, sin más trámite otorgar la escritura pública correspondiente.</p> | <p>Las partes, durante el juicio, pueden convenir la forma y términos en que se deberán valuar y vender los bienes embargados, debiendo avisar esto oportunamente al juez por escrito firmado por ambas partes. Si en la sentencia se declara procedente el trance y remate de los bienes embargados, se procederá a la venta de los bienes embargados. Para ello se realizará previamente el avalúo de los bienes hecho por dos corredores y peritos, con la intervención de un tercero en caso de discordia. Una vez presentado el avalúo y conocido éste por las partes, se publicará por tres veces dentro de tres días, tratándose de muebles, y dentro de nueve, tratándose de inmuebles, el aviso de la venta, Los bienes se rematarán en seguida en pública almoneda o al mejor postor, conforme a derecho.</p> <p>Si no se presenta postor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de ellos al precio que se les fijó en la última almoneda.</p> <p>Cuando el valor de los bienes embargados, sea inferior al monto de lo condenado, siempre que no haya otros acreedores, el acreedor podrá adjudicárselos directamente en el valor fijado en el avalúo, y en este caso se procederá a la ampliación del embargo realizado, para cubrir la diferencia.</p> <p>Cuando el valor de los bienes embargados, sea superior al monto de lo condenado, se supeditará el otorgamiento del título de propiedad al pago de la diferencia que el ejecutante haga al deudor,</p> <p>Si ha procedido el remate y la adjudicación de los bienes, el juez y el ejecutante podrán, sin más trámite otorgar el título de propiedad correspondiente.</p> |
| Régimen de | Las apelaciones serán admitidas en | Las apelaciones serán admitidas en |

| | | |
|-----------------------------|--|--|
| Recurso de Apelación | <p>ambos efectos, cuando se interpongan contra:</p> <ul style="list-style-type: none"> c) las sentencias definitivas, d) las sentencias interlocutorias o autos definitivos que pongan término al juicio. <p>Cualquier otra resolución será apelable únicamente en el efecto devolutivo.</p> | <p>ambos efectos, cuando se interpongan contra:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) las sentencias definitivas, b) las sentencias interlocutorias o autos definitivos que pongan término al juicio. c) Auto aprobatorio del remate <p>Cualquier otra resolución será apelable únicamente en el efecto devolutivo.</p> |
|-----------------------------|--|--|

D. Señalamiento de que cuando las garantías otorgadas mediante prenda, prenda sin transmisión de posesión, fideicomiso de garantía e hipoteca no se funden en título que traigan aparejada ejecución, se deberá reclamar su cumplimiento a través de la vía ordinaria.

El artículo 1377 que dice que todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario, esta disposición es importante en atención a que se estima que debe existir unidad en el procedimiento mercantil; que visto lo propuesto en el punto anterior, acerca de que, para obtener la ejecución de las garantías reales, accesorias a un contrato de naturaleza mercantil, se siga el juicio ejecutivo mercantil, cuando el acto constitutivo de la garantía conste en documento ejecutivo, se debe prever también que si no se satisface ese requisito, debe haber otro procedimiento que seguir.

Se puede decir entonces, que cuando las garantías de que se trata, no consten en documento ejecutivo, la vía que deberá intentarse para dirimir cualquier controversia que se suscite respecto de ellas deberá ser la **Ordinaria Mercantil**.

De esta manera, aún suprimiendo los procedimientos especiales de la ley y, proponiendo la tramitación de las controversias a través del juicio ejecutivo mercantil -cuando éstas se funden en documento ejecutivo- no quedarán desprovistas las partes si no poseen ese título, ya que así lo permite el artículo 1377 citado líneas arriba, porque si se está ante el supuesto de no tener título ejecutivo, de igual modo existe un solo juicio que seguir.

Así que, después de lo tratado, se puede establecer que los juicios para obtener la ejecución de las garantías reales en materia mercantil, otorgadas

mediante prenda con o sin transmisión de posesión, fideicomiso de garantía o hipoteca, serán el ejecutivo o el ordinario mercantil, pero únicamente estos dos.

E. La necesaria derogación de los artículos 340, 341 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y del Capítulo II del Título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio: “Del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía”

En vista de todo lo anterior considerado en el cuerpo de este trabajo y, de manera especial, lo propuesto respecto a los juicios que han de tramitarse para la ejecución de garantías reales; y teniendo siempre en cuenta la uniformidad que debe haber en la materia procesal mercantil, la coincidencia sustancial existente entre los procedimientos ejecutivos específicos a que se ha hecho referencia y, a efecto simplificar la legislación y otorgar a los particulares la certeza de la vía que tendrán que elegir y seguir y para excepcionarse u oponerse, se propone la derogación de los numerales siguientes:

Los artículos 340, 341 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cuales actualmente a la letra indican:

“ARTICULO 340.- Si el precio de los bienes o títulos dados en prenda baja de manera que no baste a cubrir el importe de la deuda y un 20% más, el acreedor podrá proceder a la venta de la prenda, en los términos del artículo 342.”

“ARTICULO 341.- El acreedor podrá pedir al Juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada.

El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de quince días, contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le

asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso, el juez resolverá en un plazo no mayor a diez días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.

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

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

“ARTICULO 342.- Igualmente podrá el acreedor pedir la venta de los bienes o títulos dados en prenda, en el caso del artículo 340, o si el deudor no cumple la obligación de proporcionarle en tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos.

El deudor podrá oponerse a la venta, haciendo el pago de los fondos requeridos para efectuar la exhibición, o mejorando la garantía por el aumento de los bienes dados en prenda o por la reducción de su adeudo.”

Así como el Capítulo II, del título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio, el cual, el cual comprende del artículo 1414 Bis 7 al 1414 Bis 20, denominado: **“Del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía”**.

Tales derogaciones se proponen para conseguir los fines apuntados párrafos anteriores y para evitar confusiones; ya que como se ha visto en los apartados C) y D) del presente capítulo, se consideran adecuados los juicios ORDINARIO y EJECUTIVO MERCANTILES para obtener la ejecución de las garantías reales de que tratan estos artículos.

F. La necesaria reubicación del Capítulo I del Título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio: “Del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía”, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En los apartados anteriores se ha hablado de juicios, de procedimientos judiciales que tienen por finalidad ejecutar garantías reales, los cuales se encuentran regulados por la legislación mercantil; asimismo se ha propuesto la derogación de preceptos legales que prevén algunos de estos juicios. Sin embargo respecto del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía, podemos decir que, como su propio nombre lo indica, y después de haberlo analizado en el capítulo anterior, no se trata de un juicio, razón por la cual, únicamente se propone su reubicación legal y no así su derogación ya que no comparte la naturaleza jurídica de los juicios analizados y contenidos en el Libro Quinto del Código de Comercio. Por lo cual debe de regularse en otro ordenamiento, o al menos en otro Libro del Código de Comercio, ya que en el que se contiene, se refiere a los juicios mercantiles y todos los demás procedimientos ahí regulados sí versan sobre juicios.

Aparte de lo anterior, la Ley en donde se prevén las figuras de Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso de Garantía es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, razón por la cual se estima, que el ordenamiento en donde pueda trasladarse este capítulo, es precisamente esa ley federal en su Título Segundo, Capítulo IV, Sección Séptima ya que en ésta se regulan sustancialmente las figuras a que se refiere.

CONCLUSIONES

1. No hay uniformidad en los regímenes existentes para hacer efectivos los derechos, que mediante garantía real tiene el acreedor a su favor.
2. Existe una diversidad innecesaria de procedimientos para hacer efectivas las garantías reales otorgadas a favor del acreedor, lo cual no es congruente con la naturaleza de la cuestión, que es la ejecución.
3. No existe un régimen completo, que abarque todas las garantías y, que fije claramente, cómo se deben hacer efectivas cada una de ellas.
4. En consecuencia, se estima conveniente:
 - a) Unificar o reunir en un solo procedimiento ejecutivo todos los existentes; y,
 - b) Dentro de tal procedimiento, establecer las disposiciones que se adapten a las circunstancias especiales mediante reglas especiales.
5. Se deben establecer las bases generales de un solo procedimiento para hacer efectivos los derechos del actor, con motivo de los actos o instituciones a que se refiere este trabajo, ello de acuerdo con lo siguiente:
6. Existe una coincidencia sustancial entre los procedimientos ejecutivos previstos en la legislación mercantil con el juicio ejecutivo mercantil regulado en el Código de Comercio, el cual se considera el procedimiento eficaz para lograr una ejecución; este código no establece ningún procedimiento para hacer efectiva la

garantía otorgada mediante hipoteca, obligando a las partes a seguir un juicio civil (Especial Hipotecario) aun cuando la obligación principal sea de naturaleza mercantil y los contratantes tengan carácter de comerciantes. En base a la coincidencia mencionada, a la omisión legal respecto a la hipoteca en el Código de Comercio y, a la consideración de ser el juicio Ejecutivo Mercantil el que da a las partes una eficaz ejecución, se propone que se regule en el Código de Comercio, la ejecución de la garantía hipotecaria por ser accesoria de un contrato regido por leyes mercantiles, así como la regulación de los procedimientos para hacer efectivas las garantías reales otorgadas mediante prenda con o sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía, mediante el juicio ejecutivo mercantil, si es que se basan en título ejecutivo o mediante el ordinario mercantil si no es así.

7. Como consecuencia de lo anterior, se propone la derogación de los artículos 340, 341 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cuales prevén el procedimiento a seguir para llevar a cabo la venta de la prenda; así como la del Capítulo II del Título Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio, denominado: “Del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía”.
8. El Código de Comercio en su libro Quinto “De los juicios mercantiles”, título Tercero Bis, Capítulo I establece un procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía, el cual no debe estar situado en ese capítulo, ya que el mismo sólo habla de controversias y juicios. Este procedimiento

debe estar situado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

9. El Código Civil Federal no es lo suficientemente claro al aludir a los bienes que pueden ser dados en prenda y los que son susceptibles de ser hipotecados, ya que aunque el artículo 2856 del Código dice que la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble, el 2893 sólo dice que la hipoteca se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor, pero sin especificar si son muebles o inmuebles tales bienes. Anteriormente, en el Código Civil de 1884 se establecía la diferencia de que la prenda se constituye sólo sobre bienes muebles, según su artículo 1773 y la Hipoteca en cambio, nos decía el artículo 1825, sobre inmuebles, los cuales son inaplicables actualmente según el artículo 9°. transitorio del Código vigente.
10. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no señala expresamente que las garantías de los Créditos Refaccionarios y de Habilitación o Avio, sobre bienes muebles, constituyen verdaderas prendas sin transmisión de posesión e hipotecas a favor del acreditante. Por tanto, se cree conveniente adicionar los artículos 322 y 324 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para que expresamente señalen que la manera en que quedan garantizados con bienes determinados, forman hipotecas y prendas sin transmisión de posesión.
11. El artículo 1055 Bis del Código de Comercio, dispone que:
“Cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, especial, sumario hipotecario o el que corresponda de acuerdo a esta Ley, a la legislación mercantil o a la legislación civil aplicable,

conservando la garantía real y su preferencia en el pago, aún cuando los bienes gravados se señalen para la práctica de la ejecución.”. Sin embargo, aún cuando este precepto dice que el acreedor podrá optar por el juicio hipotecario, tal juicio no tiene tramitación ni en las leyes mercantiles ni en el Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia mercantil.

12. Respecto a las ejecuciones que consistan en dar cosa determinada distinta de dinero, o que consistan en hacer, el Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia mercantil, no regula la manera en que deberán de realizarse o las reglas a las que deberán sujetarse tales ejecuciones; en cambio, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en sus artículos 449 y 450, se señalan claramente las reglas para realizar esas ejecuciones.

13. De este modo no será necesario acudir a la supletoriedad vigente a la materia mercantil, a partir del trece de junio del año dos mil tres, la cual es el Código Federal de Procedimientos Civiles, por no contener un régimen procesal completo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Nuevo Derecho Bancario**. Editorial Porrúa. 7° edición. México, D.F. 1998. 1263 pp.
2. ALFONSO X. **Las Siete Partidas. Antología**. Editorial Castalia. España 1992. 465 pp.
3. ARCE CERVANTES, José, et al. **Libro del Cincuentenario del Código Civil**. UNAM. 1ª edición. México, D.F. 1978. 347 pp.
4. ARCE GARGOLLO, Javier. **Contratos Mercantiles Atípicos**. Editorial Porrúa. 6° Edición. México, D.F. 1999. 428 pp.
5. ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Práctica Forense Mercantil**. Editorial Porrúa. 12° Edición. México, D.F. 2001. 1019 pp.
6. BECERRA BAUTISTA, José. **El Proceso Civil en México**. Editorial Porrúa. 16° Edición. México, D.F. 1999. 827 pp.
7. BONNECASE, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. Tomo II. Editorial José María Cajica. Puebla, México 1945. 678 pp.
8. CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y Operaciones de Crédito**. Editorial Herrero S.A. 14° Edición. México, D.F. 1988. 485 pp.
9. DÍ PIETRO, Alfredo. **Derecho Privado Romano**. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1996. 433 pp.
10. DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos Mercantiles**. Oxford University Press. 7° Edición. México, D.F. 2002. 345 pp.
11. IGLESIA FERREIROS, Aquilino. **Las Garantías Reales en el Derecho Histórico Español**. Tomo I. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Salamanca España 1977. 419 pp.
12. LOZANO NORIEGA, Francisco. **Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos**. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. 6° Edición. 2° Reimpresión. México, D.F. 1999. 531 pp.
13. MANTILLA MOLINA, Roberto L. **Derecho Mercantil**. Editorial Porrúa. 8° reimpresión. México, D.F. 2001. 548 pp.

14. MIGUEL, J. **Curso de Derecho Romano**. Editorial PPU, S.A. Barcelona, España 1987. 317 pp.
15. PALLARES, Eduardo. **Diccionario de Derecho Procesal Civil**. Editorial Porrúa. 25° Edición. México, D.F. 1999. 907 pp.
16. PALLARES, Eduardo. **Tratado de las Acciones Civiles**. Editorial Porrúa. 8° Edición. México, D.F. 1997. 622 pp.
17. PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Contratos Civiles**. Editorial Porrúa. 6° Edición. México, D.F. 1999. 401 pp.
18. PETIT, Eugene. **Tratado elemental de Derecho Romano**. Editora Nacional. 1° Edición. México, D.F. 1963. 717 pp.
19. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de Derecho Mercantil**. Tomo II. Editorial Porrúa. 23° Edición. México, D.F. 1999. 433 pp.
20. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho Bancario**. Editorial Porrúa. 9° Edición. México, D.F. 1999. 332 pp.
21. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de Derecho Civil. II: Bienes, Derechos Reales y Sucesiones**. Editorial Porrúa. 30° Edición. México, D.F. 2000. 507 pp.
22. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de Derecho Civil. III: Teoría General de las Obligaciones**. Editorial Porrúa. 23° Edición. México, D.F. 2001. 543 pp.
23. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de Derecho Civil. IV: Contratos**. Editorial Porrúa. 27° Edición. México, D.F. 2000. 548 pp.
24. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles**. Editorial Porrúa. 18° Edición. México, D.F. 2000. 629 pp.
25. TELLEZ ULLOA, Marco Antonio. **El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano**. Editorial Porrúa. México, D.F. 1983. 378 pp.
26. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. **Doctrina General del Fideicomiso**. Editorial Porrúa. 3° Edición. México, D.F. 1998. 362 pp.
27. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos Civiles**. Editorial Porrúa. 9° edición. México, D.F. 2000. 557 pp.

OTRAS FUENTES

1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo**. Editorial Porrúa. 5° edición. México, D.F. 1998. 484 pp.
2. UNAM, IIJ. **Diccionario Jurídico Mexicano**. Tomo IV. Editorial Porrúa. México, D.F. 2002. 347 pp.
3. UNAM, IIJ. **Diccionario Jurídico Mexicano**. Tomo V. Editorial Porrúa. México, D.F. 2002. 289 pp.
4. UNAM, IIJ. **Diccionario Jurídico Mexicano**. Tomo VII. Editorial Porrúa. México, D.F. 2002. 431 pp.

LEGISLACIÓN

1. Código Civil Federal.
2. Código de Comercio.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
4. Código Federal de Procedimientos Civiles.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
6. Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
7. Ley de Instituciones de Crédito.
8. Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
9. Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del
Crédito.
10. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.