

## CONSIDERACIONES ACERCA DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES MUEBLES EN LA PRENDA

SUMARIO: *Introducción; I. El poseedor de los bienes muebles se presupone su propietario; II. Prenda sin desposesión en las leyes; III. Conclusiones... ¿o premisas?*

### INTRODUCCIÓN

Las consideraciones que a continuación expongo están destinadas a integrarse dentro de una obra de mayor envergadura, cuyo tema serán las garantías en materia mercantil. Reconociendo que es acertado cambiar de opinión cuando existen razones que lo ameriten, no deja de ser cierto que cuando un autor se decide a publicar algo es signo de que escribió después de haber investigado con verdadero interés y haber considerado seriamente los diversos problemas que se propuso y encontró que no cambiará de opinión con facilidad. Consciente de lo anterior aclaro, desde el título, el carácter preliminar de estas consideraciones, cuyo origen no es otro que la necesidad que sentí, al tomar nota de la complejidad del problema que me ocupa, de poner en blanco y negro los elementos con que cuento, con la esperanza de encontrar conclusiones que me convenzan.

En materia de prenda con facilidad se da por cierto que el contrato relativo es de naturaleza real, que se perfecciona con la entrega al acreedor de los bienes empeñados, aunque, veremos, se aceptan excepciones a tal regla general. Ahora bien: la prenda con transferencia de la posesión<sup>1</sup> presenta serios problemas. Los más importantes derivan de la necesidad, que se ha sentido últimamente, de permitir la prenda sin privar al deudor de la posesión de los bienes que pignora. Pero la regulación de la prenda sin transferencia de posesión es de más difícil solución de lo que parece.

Hasta donde llevo investigado he descubierto que, tanto legisladores como —salvo excepciones—<sup>2</sup> estudiosos del derecho y, sin excepción de

<sup>1</sup> Por comodidad, usaré indistintamente las expresiones: “prenda con transferencia de posesión”, o “prenda con desposesión” y “prenda sin transferencia de posesión” o “prenda sin desposesión”, a sabiendas de que las expresiones abreviadas no son correctas: son cómodas.

<sup>2</sup> Desmiente lo afirmado en el texto *Le gage Commercial*, París, Dalloz, 1953, obra escrita por varios autores bajo la dirección de Joseph Hamel. El carácter

ninguna clase, la práctica de los contratos han visto con ligereza este fenómeno. Es muy fácil decir que se establece una garantía real sobre tales y cuales bienes, incluso sobre bienes futuros e indeterminados, que se inscribirá en tal o cual registro, que el acreedor tendrá derecho preferente al pago sobre dichos bienes, etcétera. Sin preocuparse si estas disposiciones y cláusulas contractuales pueden ejecutarse, y, en caso de que así sea, si pueden tener efecto con justicia, tanto por lo que toca a las partes, como por lo que atañe a los terceros que no están informados de lo que los contratantes pactaron.

No quiero pasar adelante sin dejar constancia de que, dado el carácter preliminar de este trabajo y por razones de espacio, no hago referencia a la prenda de créditos, de títulos-valor y de bienes depositados en almacenes generales (bono de prenda). Ni, tampoco, a otros aspectos tales como las obligaciones y derechos de las partes, etcétera.

## I. EL POSEEDOR DE LOS BIENES MUEBLES SE PRESUME SU PROPIETARIO

En la primera parte de este ensayo, pienso considerar la prenda a la luz de la regla arriba enunciada y que se contiene en el artículo 798 del Código civil.

Entiendo la posesión, para los fines que aquí me propongo, como la tenencia o sujeción material del bien poseído. Que es el significado que se atribuye a este término en los estudios sobre la prenda.

### 1. *La desposesión de la prenda tradicional como una especie de publicidad.*

Ya quedó dicho que el de prenda es un contrato real. Así sucedió, por lo menos, desde el *pignus* del derecho romano.<sup>3</sup>

Los inconvenientes de la desposesión del deudor prendario se hicieron sentir rápidamente y ello dio origen al nacimiento de la hipoteca,

preliminar de este ensayo y la circunstancia de que Jorge Barrera Graf lo puso en mis manos cuando ya lo tenía prácticamente redactado, motivan que haga breves referencias a esta obra que, por otro lado, es sumamente interesante.

<sup>3</sup> Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* (traducido de la 9a. ed. por José Hernández González), México, Editora Nacional, 1953, núm. 345, p. 376, dice que "los contratos *re* o *reales* no están perfectos sino cuando el acuerdo de las partes va seguido de la tradición de ciertas cosas, entregadas por el que se hace acreedor al que se obliga". En el núm. 356, p. 387, dice que "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 le pague".

que fue y es una forma de constituir una garantía sobre bienes determinados, pero sin privar de la posesión de los mismos al deudor.<sup>4</sup>

Y la verdad es que no es difícil convencerse de que la desposesión resulta una verdadera molestia para el deudor prendario. ¿Cómo, entonces, es posible entender que a lo largo de los años se haya mantenido esta exigencia? La respuesta es clara. Así como para los inmuebles existe un registro de la propiedad, en el cual se hace constar el nombre del propietario y los gravámenes reales que sobre el bien se han constituido, en materia de muebles no se ha podido organizar un registro de tal naturaleza. La regla que ha prevalecido ha sido que la posesión equivale a la propiedad. O, como lo estatuye nuestro Código civil, la posesión da al que la tiene la presunción de ser propietario.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Petit, *Op. cit.*, *supra*, nota 3, núm. 244, p. 298 dice:

“Los inconvenientes de la enajenación fiduciaria y de la *prenda* se dejaban sentir, sobre todo en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural. Para dar una seguridad al propietario, el colono que no tiene ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso, muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados sobre el fundo del colono (*invecta, illata*) estarían afectos al pago del arrendamiento por simple convención y sin que se privase al colono de su posesión.” Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano* (traducción de la 8a. ed. por Luis Bacci y Andrés La Rosa), 4a. ed., Madrid, Reus, 1965, dice que “el instituto de la hipoteca aparece como un perfeccionamiento del *pignus*. Su primera aplicación fue respecto a los instrumentos de cultivo introducidos por el colono en el fundo tomando en arriendo (*invecta, illata*). Se introdujo el uso de que tales instrumentos debiesen constituir las garantías del arriendo, sin que fuesen quitados al arrendatario, y hacia el final de la República, un pretor concedió a tal efecto un interdicto al arrendador para tomar eventualmente posesión de dichos instrumentos, en caso de que no fuese satisfecho al vencimiento... el uso anterior del arrendamiento de los fondos rústicos y de los *invecta, illata* se extendió (probablemente sólo en la época posclásica) a otras relaciones y otros objetos... el nombre mismo de *hypotheca*, que al parecer significa que el desarrollo del instituto no han sido extrañas ciertas influencias griegas, aparece interpolado por los compiladores en los textos de los juriconsultos”. Núm. 147, p. 453.

<sup>5</sup> Lo preliminar de estas consideraciones no me permite profundizar sobre la existencia de la hipoteca (sin desposesión) cuando aún no se había organizado un adecuado sistema de registro de la propiedad.

La frase que da fin al párrafo precedente está tomada del artículo 798 CC, que continúa diciendo que quien posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído.

Encuentro difícil la interpretación de este artículo. La posesión es un hecho que, como tal, se ostenta ante terceros. El artículo establece tres presunciones diferentes: 1) Quien posee una cosa es propietario de ella. Esta regla es clara. La encuentro lógica: si veo que alguien posee un anillo, presumo que es su propietario. Quien esté interesado en destruir esta presunción, deberá aportar las pruebas pertinentes. 2) Quien posee en virtud de un derecho personal o de un derecho real no se presume propietario; y ¿cómo voy a saber yo, tercero que de-

La falta de un sistema adecuado de publicidad en materia de muebles y la presunción arriba aludida han hecho necesaria la desposesión del deudor en la prenda. De otro modo se haría nugatoria la garantía en caso de que el deudor fuese de mala fe o decidiera convertirse en un defraudador. Como existe la presunción de que quien posee los bienes es su propietario el deudor podría enajenar o volver a empeñar los bienes pignorados, y privar al confiado acreedor del derecho real de prenda que le corresponde. El tercero que, en este supuesto, haya adquirido el bien como propietario, o que recibió su posesión como acreedor prendario, podrá alegar tener mejor derecho en contra del primer acreedor, ya que la operación que realizó fue con quien poseía la cosa.

## 2. *Inconvenientes de la desposesión*

La desposesión de que vengo hablando es causa de serios inconvenientes. El principal, para el deudor, estriba en verse privado de un bien que compró para usarlo. Lo que sucederá, salvo que se trate de bienes de lujo o placer tales como joyas, discos, etcétera. Sin embargo, en el terreno negocial, que es donde el crédito se necesita más, los bienes que se dan en prenda no son de lujo, sino de uso.

Además del apuntado, encuentro que la transferencia de la posesión acarrea para el dueño de los bienes otros inconvenientes: 1) el descrédito que, en mayor o menor grado, resulta para el deudor por tener que desprenderse de sus bienes para obtener crédito; 2) la imposibilidad de obtener ulteriores prendas sobre el mismo bien (del modo que es normal obtener segundas hipotecas sobre un mismo inmueble), y 3) la disminución de la capacidad de producción del deudor que no podrá explotar los bienes pignorados.

En cuanto al acreedor: 1) la reticencia natural que tendrá el deudor a perder el uso de sus bienes, constituye una traba a la colocación de su capital, pues, o lo coloca sin garantía, lo que en ocasiones no es aconsejable, o da a su inversión un destino diferente; 2) será normal que el acreedor no tenga un lugar donde conservar los bienes depositados —éstos ocuparán espacio, sin prestarle utilidad a quien los guarda—; 3) por

terminado poseedor lo es en virtud de un derecho real o personal? Desde el punto de vista externo es igual la posesión en concepto de propietario que la del que posee en virtud de un derecho real o un derecho personal, que la del ladrón. 3) Quien posee en virtud de un derecho personal o real, si es de buena fe, tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído. De nuevo, externamente, no me considero capaz de distinguir la mala o buena fe de un poseedor. Lo anterior, sin analizar el problema del término "posesión de derechos" que, en principio, no me parece que corresponda a la figura que comento en esta nota.

último, si es necesario ejecutar la prenda no será raro que el procedimiento para desposeer al deudor resulte largo y caro.

Como materia habitual de operar la prenda fue, hasta épocas relativamente recientes, instrumento de montepíos y usureros. Pero a partir de la revolución industrial, que generó el aumento de valor de los bienes muebles, éstos han pasado a formar parte importante de los activos comerciales e industriales, y, como tales, se convirtieron en objetos idóneos para garantía del crédito. Esta circunstancia ha provocado un cambio en la legislación tradicional, y ahora legisladores, juristas, banqueros, etcétera, buscan caminos para poner en uso la prenda sin desposesión.

### 3. *Posibilidad de que el acreedor disponga de la prenda*

La solución tradicional (desposeer al deudor) y que parece obvia, no lo es tanto. Aparte de los inconvenientes señalados en el apartado anterior, no debemos olvidar que el acreedor al obtener la posesión del bien, puede ostentarse como propietario y disponer del objeto u objetos empeñados. Por extraño que parezca, no he encontrado que los autores mencionen este inconveniente. Acaso esto se deba a que el riesgo no es tan grande; a que los acreedores no acostumbran abusar de su situación. Lo cual puede obedecer a cierta lógica: 1) en principio, el acreedor prendario no debe usar el bien empeñado; por otro lado, no lo necesitará tanto como el deudor, en consecuencia su posesión es menos ostensible; 2) el acreedor, normalmente, será solvente y poderoso, tiene un prestigio que cuidar y sería infamante para él y desastroso para su fama como hombre de negocios que se supiera que ha dispuesto de un bien que poseía como empeñador, en tanto que el deudor, necesitado de entregar un bien para obtener crédito, se encontrará más tentado a abusar; 3) por último, no deja de actuar un elemento de carácter psicológico; el acreedor sabe que el mueble que tiene no es suyo y el deudor, por el contrario, está consciente de que es de su propiedad, y acaso pensando que oportunamente pagará, dispone de la prenda.<sup>6</sup>

### 4. *Embargo de los bienes empeñados*

Puede suceder que el poseedor de los bienes pignoralados sea embargado por sus acreedores o, lo que es peor, que se le declare en concurso o quiebra, según sea el caso.

<sup>6</sup> Una última consideración que, por supuesto, está muy lejos de justificar la solución adoptada, pero que probablemente ha tenido una gran influencia, es que el acreedor es poderoso y está en posibilidad de imponer su voluntad al deudor, diciéndole: "Si quieres que te preste, entrégame el bien que me garantiza, que estará más seguro en mis manos". Y que no es muy remota esta hipótesis lo demuestra el hecho de que, últimamente, cuando ha habido más interés por parte de quienes prestan, la prenda sin desposesión ha ganado terreno.

Si los bienes están en poder del deudor y se embargan el acreedor embargante pretenderá hacer efectivo su crédito sobre el bien pignorado, excluyendo la preferencia del acreedor prendario. Pero también puede darse el caso de que el acreedor prendario o el tercero depositario de los bienes fuesen desposeídos por un embargo decretado en su contra, caso en el cual el embargante pretenderá desconocer el derecho de propiedad del deudor prendario.

Tanto si se trata de un juicio civil como de uno mercantil (para la quiebra ver *infra*, inciso 6) el acreedor tendrá que interponer una tercería. Ésta podrá ser excluyente de dominio o de preferencia, según que el tercerista pretenda perseguir o recuperar los bienes, o sólo que se le pague de modo preferente con el producto de la venta de la prenda.

Las tercerías, ha dicho la Suprema Corte refiriéndose a las de dominio, son similares a la acción reivindicatoria y, por lo tanto, le es aplicable la regla establecida en el artículo 8º del Código de procedimientos civiles, según el cual no pueden reivindicarse los géneros no determinados al entablarse la demanda.<sup>7</sup>

El derecho del acreedor de recuperar los bienes prendados que lleguen a encontrarse en poder de un tercero proviene, en materia civil, de lo dispuesto por el artículo 2873, fracción II, del Código civil. En materia mercantil, de los artículos 338 y 330 de la Ley de títulos y operaciones de crédito, en este último caso cuando se trate de créditos de habilitación o refaccionarios.<sup>8</sup>

Tres requisitos deben cumplirse para que prospere la tercería: 1) el contrato debe llenar los requisitos de forma que exige el Código civil, o el de comercio, según el caso; 2) debe comprobarse que los bienes

<sup>7</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, 4a. parte, vol. XX, p. 210. A.D. 6898/57 Abraham Rosas y coagraviados. En el resumen publicado, la referencia de la Corte es al artículo 8o. CC. Obvio es que se trata de una errata, ya que se refiere al CPC. La solución que sostiene la Corte en esta ejecutoria me parece correcta; aunque probablemente ocasione más de un problema cuando se trate de una prenda sobre cosechas, o en el caso de los créditos de habilitación y refaccionarios.

<sup>8</sup> Se acostumbra llamar *reivindicatoria* a la acción que se concede al acreedor prendario; aunque, en estricto rigor, no me parece que esta acción corresponda a una auténtica reivindicatoria.

El derecho concedido al acreedor prendario en materia mercantil, derivado del artículo 338 LTOC, no aparece establecido con suficiente claridad. Sin embargo, de acuerdo con la naturaleza de la prenda en general, y del texto del artículo 338, que obliga al acreedor prendario a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, y a ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, puede llegarse, fácilmente, a la conclusión apuntada. Por otro lado, de no resultar cierta esta interpretación, nos encontraríamos ante una laguna de la Ley, que nos llevaría al mismo resultado por aplicación supletoria del artículo 2873 citado en el texto.

objeto de la tercería son los mismos que comprende la prenda; 3) también debe comprobarse que los bienes fueron embargados en un juicio en el cual el tercerista era ajeno.<sup>9</sup>

Al acreedor que persigue la cosa empeñada se le pueden presentar dos situaciones: 1) que persiga la cosa para recuperarla, o, 2) que habiéndose vencido la deuda garantizada sólo pretenda que se le pague con preferencia al acreedor ejecutante.<sup>10</sup>

El deudor sólo podrá demandar que se le entregue el bien pignorado, pagando el importe del crédito garantizado. En caso contrario, la tercería tendrá como finalidad que se actúe conforme lo disponen los artículos 2877 y 2878 del Código civil (aplicados por analogía), para obtener que la cosa no se remate como si fuese del poseedor, que la cosa se deposite en poder de un tercero, o se dé fianza de que se le restituirá oportunamente.

Como se ve, también para el deudor que se despoja de sus bienes la prenda implica ciertos riesgos. En la hipótesis arriba contemplada: el perderlos en caso de que no se entere del embargo o carezca de elementos para demostrar que los bienes embargados son de su propiedad. Cosa que puede suceder fácilmente si estos son fungibles. Similar riesgo afronta el acreedor que permite que la prenda quede en poder del deudor: arriesga ver desaparecer su garantía.

### 5. Concurso del poseedor

El poseedor de los bienes dados en prenda, sea el deudor, el acreedor o un tercero, puede ser declarado en estado de concurso. En el concurso no existe, como en la quiebra, una acción de separación de los bienes

<sup>9</sup> Los dos últimos requisitos los ha requerido la Suprema Corte, aplicando los artículos 1194 y 1367 Co. Com., en la ejecutoria Distribuidora Automotriz de Torreón, S. A., A.D. 6703/75, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXXXIX, p. 843.

<sup>10</sup> En el A.D. 475/56, Banco Comercial Mexicano, resuelto el 17 de agosto de 1956, se hace referencia a la ejecutoria de 13 de enero de 1954, en el A.D. 138/54, Manuel Gabriel Ortiz, publicada en el *Boletín de Información Judicial*, año X, núm. 91, p. 21, en donde se sostiene, al parecer, que la tercería excluyente de preferencia no es el medio adecuado para que el acreedor prendario deduzca los derechos persecutorios relativos. Al dictar este artículo desconozco el texto de esta última ejecutoria, aunque estimo correcta la posición de la S.C., si el supuesto es que el acreedor pretende recuperar la posesión; y no lo será si lo que pretende es que se reconozca su derecho a ser pagado preferentemente aprovechando que, gracias al adelanto del juicio promovido por el ejecutante, obtendrá el remate con mayor celeridad. Lo que no impedirá que si el ejecutado objeta las pretensiones del acreedor, tenga que someterse la cuestión al litigio que corresponda.

que forman la masa, por lo que el propietario de la prenda podrá, como apunté para el caso del embargo, iniciar como tercería excluyente de dominio la acción derivada de los artículos 2877 y 2878 del Código civil, para obtener que la cosa se deposite o se otorgue fianza de que se le restituirá oportunamente.<sup>11</sup>

En caso de que el concursado fuese el deudor que conservó la prenda, el acreedor podrá hacer valer su derecho sin necesidad de entrar a concurso (artículos 2891 del Código civil y 756 del Código de procedimiento civil), y obtener que la prenda sea vendida y que con su producto se le pague de modo preferente.

## 6. *Quiebra del poseedor*

Muy similar es la situación si el poseedor de los bienes es comerciante y se le declara en quiebra. Tanto si el quebrado es el acreedor, o el tercero poseedor de los bienes, como el deudor, los derechos del propietario, o, en su caso, del acreedor prendario, son sustancialmente los mismos que han quedado apuntados. Sin embargo, existen ciertas diferencias.

Si cuando se declaró la quiebra el acreedor ya había iniciado su pleito, éste no se acumulará a la quiebra. Pero la realización de los bienes correspondientes se hará en este último procedimiento, por el síndico (artículos 126 y 218 Ley de quiebras y suspensión de pagos).

En caso de que el acreedor no hubiese iniciado el procedimiento de ejecución, lo que procede es promover una acción de separación de los bienes (artículo 195, fracción VI, inciso d, de la Ley de quiebras y suspensión de pagos). Para que la acción de separación prospere, la ley exige que exista prenda constituida en escritura pública, en póliza otorgada ante corredor, en certificados de los almacenes generales de depósito, o en favor de una institución de crédito. Como se ve, a diferencia de lo que ocurre en el concurso, tal ley antes citada exige formalidades que exceden de las requeridas en el Código civil y en la Ley de títulos y operaciones de crédito.<sup>12</sup> El acreedor prendario, obtenida la separación,

<sup>11</sup> Artículos que, de nuevo, se aplican por analogía. En este caso, como en el que apunto en el párrafo I.4, es cierto que no trata de abuso de la cosa empeñada, pero existen razones que, por mayoría de razón, justifican la aplicación de las normas contenidas en los artículos 2877 y 2878 citados.

<sup>12</sup> No quiero detenerme aquí a analizar la validez de esta disposición. Sin embargo, cabe considerar: 1) que no corresponde a la LQSP fijar los requisitos de forma de los contratos; 2) mucho menos si éstos afectan prendas civiles, cuya regulación corresponde al legislador local.

deberá enajenar la prenda en el plazo máximo de un mes, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Este procedimiento será, según el caso, el de los artículos 2881 y siguientes del Código civil o 341 de la Ley de títulos y operaciones de crédito. El artículo está mal redactado; debe entenderse que dentro de ese plazo el acreedor deberá *solicitar* la venta. No indica la ley cual será la sanción para el acreedor que no inicie el procedimiento de venta.<sup>12</sup>

<sup>13</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, (*Ley de quiebras y suspensión de pagos*, 5a. ed., México, Porrúa, 1970, p. 172) critica, y con razón, la acción de separación a que se refiere el artículo 159, fracción VI, inciso d). La crítica la hace consistir en: 1) que se otorga la acción separatoria respecto de *bienes que son del quebrado*, cuando la técnica de la LQSP consiste en conceder dicha acción respecto de *bienes que no son del quebrado*; salvo el caso excepcional de las acciones reivindicatorias útiles (a las que, acaso, quedó equiparada, en la mente del legislador, la que aquí se estudia); 2) que permite al acreedor prendario proceder a la ejecución fuera de concurso.

La inclusión de esta acción obedece, creo, a una equivocación provocada por el texto de los artículos 998 y 990 del Código de Comercio, que son lógico antecedente del que comento.

En efecto, según el artículo 998, las mercancías, efectos y cualquier otra especie de bienes que existían en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarían de dominio ajeno y se pondrían a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o en sentencia firme, reteniendo la masa los derechos que sobre dichos bienes pudiesen corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedaría sustituida aquella, siempre que cumplieren las obligaciones anexas a los mismos. El artículo 999 fracción XI, consideraba comprendidos en el caso del artículo 998 "los valores u objetos dados en prenda constituida o en escritura pública, o en póliza otorgada ante corredor, en el título llamado bono de prenda. . . a menos que la mayoría de los acreedores resolviera recobrar dichos valores u objetos satisficiendo íntegramente el crédito a que estuvieren afectos".

El artículo 999 dio base a la enumeración de las acciones separatorias en la quiebra que contempla el artículo 159 LQPS. Probablemente, el legislador al transcribir este artículo, incluyó, *mutatis mutando*, el texto de la fracción XI a que me acabo de referir.

A la crítica que hace Rodríguez y Rodríguez debe añadirse lo siguiente: los artículos 126 y 218 disponen que no se acumularán a la quiebra los juicios iniciados en contra del fallido que procedan de créditos hipotecarios o prendarios; pero encomiendan al síndico la realización de los bienes. En cambio, el artículo 159 encomienda dicha realización al acreedor separatista. No encuentro razones que justifique tan dispar tratamiento a situaciones que, en el fondo, son similares.

Si tomamos en cuenta que el sistema de la ley es que no haya ejecución extraconcurral, ni siquiera cuando se trate de acreedores singularmente privilegiados o con privilegios especiales, debe entenderse que, en el caso del artículo 159, si bien el acreedor debe proceder a la venta de la prenda de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley, esto será dentro del procedimiento concursal y con la intervención de los órganos de la quiebra; sin que pueda considerarse permitido, en ningún caso, que el acreedor prendario pueda proceder a una ejecución particular.

Si el quebrado es el acreedor o el depositario, el deudor podrá obtener, como ya dejé apuntado, la restitución de los bienes, liquidando el importe del crédito; o el depósito de los mismos; o que se le otorgue fianza de restitución. En este caso, también, el procedimiento a seguir será una acción separatoria de la quiebra, en los términos del artículo 159 de la Ley de quiebras y suspensión de pagos. No parece exigir dicha ley, en este supuesto, que la prenda se haya pactado con las formalidades apuntadas.

De igual modo que cuando se promueve una tercería (*vid. supra*, inciso 4 y ejecutorias que ahí se citan) queda a cargo del separatista la carga de la prueba y opera la presunción del artículo 798 del Código civil. Esto es, que quien posee los bienes es su propietario, en consecuencia la prueba correspondiente será a cargo de quien alegue que esa posesión deriva de una prenda. Prueba que deberá, en primer lugar consistir en la demostración de que se dio cumplimiento a las formalidades que para la constitución de la prenda requieren el artículo 2860 del Código civil o el artículo 334 de la Ley de títulos y operaciones de crédito respectivamente. Asimismo, si la prenda quedó en poder del deudor o de un tercero, que se hizo la inscripción en el registro de propiedad. Deberá demostrarse, también, que se trata de los mismos bienes. (Especialmente difícil encuentro la prueba de la identidad de los bienes. Sobre todo si se trata de aquellos que no son susceptibles de identificación, a que se refiere el artículo 2310, fracción III del Código civil.)

De lo expuesto, nada más fácil que concluir que la prenda está siempre preñada de peligros. Peligros que aumentan, para el acreedor, cuando se conviene que no habrá desplazamiento de la posesión en la prenda.

## II. PRENDA SIN DESPOSESIÓN EN LAS LEYES

### 1. Breve hojeada al derecho comparado

En España, apunta Joaquín Garrigues,<sup>14</sup> el decreto de 22 de septiembre de 1917 reguló por primera vez préstamos con garantía de prenda sin desposesión sobre elementos de la industria agrícola (arbolado, frutos pendientes, cosechas, máquinas, aperos, etcétera). Regula la prenda sin desplazamiento la ley de 16 de diciembre de 1954, que distingue entre hipoteca inmobiliaria y prenda sin desplazamiento, tomando como base el criterio de la facilidad de identificación de los bienes, a los que

<sup>14</sup> Garriguez, Joaquín, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, pp. 334-335.

separa en dos grupos: los de identificación semejante a la de los inmuebles susceptibles de hipoteca, y aquellos de identificación más problemática, con mayores dificultades en cuanto al derecho de persecución, "que quedan dentro de la figura clásica de la prenda, si bien sustituyéndose por la publicidad registral el requisito del desplazamiento de posesión". Se determinan expresamente cuáles bienes pueden ser objeto de este tipo de gravamen, y se crea un registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión; se establece la obligación de determinar el lugar en el cual los bienes estarán ubicados, y se prohíbe su traslado a otro lugar sin consentimiento del acreedor.

En Francia, los Mazeaud<sup>15</sup> señalan que la prenda sin desplazamiento de posesión es una auténtica hipoteca. Aunque está organizada para los inmuebles "no puede aplicarse sin modificaciones a cosas de naturaleza diferente". Se refieren a la hipoteca sobre buques (*hipoteca marítima*); sobre barcos (*hipoteca fluvial*); sobre aeronaves (*hipoteca aérea*). Hipotecas para las cuales se necesita un contrato solemne, y tiene lugar la publicidad en registros especiales.<sup>16</sup>

Además de éstas se conoce la *prenda agraria* que el agricultor puede constituir, sin ser desposeído, "sobre los productos de su explotación (cosechas pendientes, ganado, material de explotación)". Se lleva el registro correspondiente en la secretaría del tribunal de primera instancia del dominio del agricultor. El acreedor tiene derecho de persecución que, señalan estos autores, de hecho está muy limitado. Se refieren también a la *prenda hotelera*,<sup>17</sup> que el titular del hotel puede constituir sin verse privado de los bienes sobre el material de su explotación. La publicidad se realiza ante la secretaría del tribunal de comercio. También señalan la prenda de productos industriales, "necesaria para que los importadores se procuren los capitales necesarios para la constitución de existencias considerables".<sup>18</sup> También se permite la constitución de la prenda

<sup>15</sup> Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho mercantil*, parte tercera, "Garantías" (traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, EJEA, p. 122, núm. 86. Se estudia ampliamente la prenda sin desposesión en *Le Gage Commercial*, citado. De la lectura de esta obra aparece cómo la prenda sin desposesión se ha reglamentado en Francia a través de la reglamentación de títulos similares a nuestros bonos de prenda, denominados en ese país *warrants*. Así tenemos, entre otros, *le warrant des magasins généraux*, *le warrant hotelier*, *le warrant industriel*, *le warrant pétrolier*, *le warrant stock*.

<sup>16</sup> V. Lamoureux, Pierre, "Le garantie offerte par l'hypothèque sur les navires, les bateaux et les aéronefs", en *Le Gage Commercial*, pp. 262 y ss.

<sup>17</sup> V. También Vivier, Gerard, *Les précédents du warrant industriel; le warrant hotelier, le warrant pétrolier, le warrant stock*.

<sup>18</sup> V. de nuevo Vivier, en la parte citada en la nota 17 y, en la misma obra, Durand, Jean, "Le warrant industriel", pp. 388 y ss.

sobre fondos de comercio con publicidad que se efectúa mediante un registro especial llevado en la secretaría del tribunal de comercio. También es posible la pignoración de películas cinematográficas con publicidad en un registro llevado en la Dirección General de Cinematografía en París.<sup>19</sup>

Asimismo hacen referencia a la pignoración que el comprador a crédito puede constituir "sobre sus útiles y material para el equipamiento profesional, aplicable a todas las profesiones". Prenda que puede constituirse sobre los útiles y el material que se compró a crédito. La publicidad se efectúa en el tribunal de comercio y, para evitar el mal uso de los bienes pignorados, se prevé la posibilidad de "adosar una placa sobre los muebles prendados que el deudor no tiene derecho a retirar".<sup>20</sup>

También hay prenda sin desposesión a favor de quienes venden a crédito o prestan dinero para comprar automóviles, tractores agrícolas, velomotores y remolques arrastrados o semiarrastrados sujetos a una matrícula. La publicación, dicen los Mazeaud:

imita a la de las hipotecas: se lleva un registro en la prefectura, donde se expide una tarjeta gris; el tercero adquirente se informa en el momento de la compra acerca de la situación del vehículo y hace que le entregue por el vendedor un comprobante (ya sea un certificado de "libre de prenda" o de "constitución de prenda") que procede de la prefectura.<sup>21</sup>

En Italia, apunta Messineo,<sup>22</sup> la prenda sin desplazamiento de posesión se le denomina hipoteca mobiliaria. Se conocen la hipoteca automovilística, a favor del vendedor o de quien abonó el precio del vehículo, pero también puede servir para garantizar a cualquier otro acreedor del dueño del vehículo. Se inscribe en el Registro Público Automovilístico.

<sup>19</sup> V. Patarin, Jean, "Le nantissement sur les films cinématographiques", en *Le Gage Commercial*, pp. 346 y ss.

<sup>20</sup> V. Cornu, Gerard, "Le loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement", en *Le Gage Commercial*, pp. 442 y ss.

<sup>21</sup> V. Lapp, Charles, "La loi Malingre", en *Le Gage Commercial*, pp. 211 y ss. Mazeaud, *op. cit.*, pp. 122 y ss, núms. 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92 y pp. 315-316, núm. 241. Afirman estos autores (núm. 92, p. 129), como conclusión, que el rápido examen de las prendas sin desplazamiento ha sido suficiente para mostrar la evolución de la prenda hacia la hipoteca o, más exactamente, la penetración de la hipoteca en la esfera mobiliaria. Pero esta evolución no puede producirse más que allí donde sea susceptible de organizarse una publicidad eficaz; es decir, una publicidad efectiva en registros que los terceros tengan la posibilidad de consultar. Esto no es lo que suele suceder con la mayoría de los bienes muebles, por falta de todo nexo de unión con un lugar cualquiera.

<sup>22</sup> Messineo, Francisco, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de

También señala que existen hipotecas sobre nave (mayor o menor), o sobre construcción flotante. Siendo necesaria su publicidad mediante la transcripción en el registro especial a que se refiere el Código de la navegación. Puede constituirse también sobre los quilates (cuotas) de naves (en copropiedad). Similar regulación parece existir respecto de la hipoteca sobre aeronaves.

En Alemania, Hedemann<sup>23</sup> califica a la prenda sin desposesión como hipoteca mobiliaria o prenda registral, y dice que por medio de esta figura se pretende obtener “el mismo resultado que con la hipoteca, es decir, *un empeño sin trasladar la posesión*, pero, en cambio, con alguna inscripción en un registro público”. En general, manifiesta que esta forma de prenda es contraria a los principios del Código alemán. Hace referencia a la prenda de buques, que también, en Alemania, tienen un registro especial, y la denomina hipoteca naval.

En Argentina, Malagarriga<sup>24</sup> señala que pueden ser objeto de *prenda con registro* todos “los bienes muebles o semovientes y los frutos y/o productos aunque estén pendientes o se encuentren en pie”. Así como, con conformidad del acreedor hipotecario, “las cosas inmuebles por su destino, incorporadas a una finca hipotecada”. También señala la existencia de la que califica la ley como *prenda flotante*, “sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial”.

Acertadamente la denomina, este autor, y parece que con él la doctrina argentina, “prenda con registro”. Esto es, la ausencia de desplazamiento (como sucede en los otros ordenamientos jurídicos a que he hecho breve mención) está suplida por el registro público del gravamen correspondiente. Registro que se denomina en ese país, precisamente “de créditos prendarios”.

## 2. Resumen

De este pequeño viaje por el mundo del derecho comparado puedo concluir:

a) Indudable es que se siente la necesidad de utilizar los bienes mue-

Santiago Sentis Melendo, EJEA, 1955, t. IV, núm. 106, pp. 131 y ss Malagarriga (*Tratado elemental de derecho comercial*, t. 2, 3a. ed. TEA, p. 363), dice que en Italia existe una hipoteca mobiliaria sobre bienes de explotación agrícola. También puede consultarse Rubino, Domenico, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, Giuffrè, 1956.

<sup>23</sup> Hedemann, *Tratado de derecho civil*, vol. 2, *Derechos reales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, núm. 52, pp. 503 y ss; y núm. 53, p. 529

<sup>24</sup> *Ob. cit.*, p. 371.

bles como medio para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, pero, al mismo tiempo, se busca el modo de pignorar tales bienes sin necesidad de que su dueño tenga que privarse de ellos.

b) Existen determinados muebles que por su forma de utilización, su valor, su tamaño, las peculiaridades de su uso, etcétera, se encuentran sujetos a registros especiales de carácter fiscal o administrativo y que, por lo mismo, respecto de estos bienes resulta relativamente fácil establecer una adecuada publicidad de las prendas que se constituyan sobre ellos.

### 3. *El Código civil*

El artículo 2858 exige, para la constitución de la prenda, que los bienes pignorados se entreguen al acreedor. Pero la entrega puede ser real o jurídica. El artículo 2859 entiende por entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien que quede en poder del mismo deudor, porque así se haya estipulado o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el registro público.<sup>25</sup>

### 4. *Lugar en donde se ha de hacer el registro*

La primera cuestión que surge es la siguiente: ¿En cuál registro público deberá hacerse la inscripción? Tanto Sánchez Medal como Lozano Noriega, critican el artículo 2858 y afirman que como los bienes muebles no tienen un lugar fijo, la publicidad del registro resulta relativa, ya que para tener la certeza de que determinado bien se encuentra libre de gravamen, habrá que revisar todos los registros del país.<sup>26</sup>

No comparto esta opinión. El lugar en donde debe hacerse la anotación de registro corresponderá a aquel que, según el contrato, estarán

<sup>25</sup> El artículo 2857 permite la prenda sobre frutos pendientes de los bienes raíces, que deben ser recogidos en tiempo determinado. De esta prenda especial me ocuparé posteriormente (núm. II.6). El concepto de entrega jurídica, tal y como lo expresa el CC en el artículo que comento, es clásico ejemplo de como el manejo ligero de los conceptos nos aleja de la realidad, ya que la entrega jurídica (salvo cuando es a un tercero) es exactamente lo opuesto a la entrega real, y desvirtúa por completo el carácter real del contrato de prenda.

<sup>26</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 4a. ed. México, Porrúa, 1978, núm. 264, p. 412. Lozano Noriega, Francisco, *Contratos*, 2a. ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., 1970, p. 652. No se ocupa del problema William Cecil Headrick, *Las garantías reales muebles*, México, 1964, tesis para obtener el doctorado en la UNAM, pp. 100 y ss.

depositados los muebles objeto de la prenda. Las razones que fundan lo anterior me parecen claras: 1) el valor del registro, como medio la publicidad, no puede ir más allá del territorio que cubre; 2) el Código civil en asuntos del orden común sólo es aplicable en el Distrito Federal. Por lo que las disposiciones que contiene, relativas a los bienes, no pueden aplicarse fuera del Distrito Federal, y, viceversa, si hubiere, como estoy seguro habrá, disposiciones similares en las legislaciones de los estados, éstas sólo serían aplicables en las respectivas entidades.

Es claro que si quiero conocer la situación de un inmueble, sólo podré hacerlo dirigiéndome al registro que corresponda al lugar de ubicación del bien. Pero esto porque los inmuebles no se pueden transportar. No es ésta la situación que prevalece respecto de los muebles. Por lo tanto la inscripción sólo surtirá efectos en el lugar en que se practicó.

Del mismo modo, si me interesa obtener un bien que puede estar sujeto a un gravamen tengo que buscar en el registro público del lugar en donde se encuentre el bien. Si en ese registro no encuentro nada la inscripción que aparezca en otro lugar no puede perjudicarme. Hay que tener presente que la reglamentación que analizo deroga el régimen normal de transmisión de los muebles y que, por lo tanto, debe interpretarse de modo restringido.<sup>27</sup>

Como la prenda sin desposesión se pacta, entre otras cosas, con la idea de que el deudor puede usar los bienes pignorados, el riesgo de ser trasladados a otro lugar aumenta. Sobre todo en el caso de vehículos. De acuerdo con lo que expresé, ese riesgo será a cargo del acreedor prendario.

##### 5. *Bienes que pueden ser objeto de prenda sin desposesión*

Otra cuestión que se suscita, estriba en determinar cuáles son los bienes que pueden ser objeto de prenda sin desposesión. El sentido común nos dice que no pueden serlo todos. La solución legal recoge esta idea. Pero no es en la regulación de la prenda donde encuentra su apoyo lo anterior, sino en el artículo 3070, fracción II, que en el título destinado al registro público, exige para las inscripciones que se hagan en los folios de bienes muebles que se expresen, entre otros, los datos relati-

<sup>27</sup> Son de gran utilidad los registros públicos como medio de publicidad. pero opino que el legislador a veces abusa de la presunción que crean. Aparte de que no son tan consultados como el autor de la ley lo presume, me parece excesivo que se tenga que consultar el registro en cada ocasión que se trate de adquirir un bien mueble. Headrick, *Op. cit.*, *supra*, nota 29, pp. 101-102, crítica la publicidad que se pretende hacer a través del Registro. Sin embargo, califica de mala fe al acreedor que toma una segunda prenda del deudor que conservó el bien.

vos a la naturaleza del mueble con las características o señales que sirvan para identificarlo de manera indubitable.<sup>28</sup>

Vamos a suponer que se pactara una prenda sin desposesión respecto de bienes que no son susceptibles de identificarse de modo indubitable, ¿cuál sería el efecto? Voy a pensar en una tonelada de maíz. El acreedor que alegara tener sobre la misma el derecho de prenda, tendría que comprobarlo. Lo anterior no sería fácil: no podría hacerlo con documentos; tampoco con testigos, porque no podrían servir para justificar que la tonelada de maíz que se encuentra en las bodegas del deudor, o peor aún en las de un tercero que adquirió parte o la totalidad de esa mercancía, sea el mismo maíz a que se refiere el registro de la propiedad.

La confesión del deudor, sería, en principio, sospechosa, e insuficiente para demostrar la coincidencia de las mercancías.<sup>29</sup>

Quedaría solamente el análisis de la contabilidad del deudor. A través de un minucioso estudio se podría establecer que el deudor no ha recibido otra tonelada de maíz, que no sea la que dio en prenda. Sin embargo, si la vendió y un tercero la tienen en su poder, ¿cómo se va a demostrar que el maíz que tiene el tercero es precisamente el pignorado? Por otro lado, el comprador puede alegar que no se le dio oportunidad de comprobar que el maíz estuviese dado en prenda, ya que él no tuvo oportunidad de analizar la contabilidad del comerciante, y la sola anotación en el Registro Público nada le dice. ¿Qué sucederá si se trata de bienes fungibles, no identificables, pero que se entregan en sacos, empaques, etcétera, sellados y suficientemente identificados? La prenda será registrable y oponible a terceros, entre tanto los bienes no se extraigan de los correspondientes empaques.

Si el deudor es comerciante, y la prenda se constituye sobre bienes que forman parte de su tráfico habitual, entonces no son aplicables las

<sup>28</sup> Sánchez Medal invoca (sin necesidad, de acuerdo con lo que se indicó) la aplicabilidad del artículo 2310, fracción II CC, *op. cit.*, núm. 264, p. 413. Lozano Noriega, *op. cit.*, *supra*, nota 29 p. 650 y ss. critica la norma diciendo que es más amplia que la contenida en el artículo 2310 CC. Cabe aclarar que cuando estos autores escribieron, aún no estaba en vigor el artículo 3070 citado en el texto. Headrick, p. 101, afirma que la exigencia del registro hace imposible la prenda sin desposesión cuando se trata de bienes no identificables. También afirma (p. 101) que no es "factible" la inscripción cuando se trata de bienes de poco valor o por cantidades pequeñas. Más que decir que no es "factible", diría yo que no es económicamente importante.

<sup>29</sup> No olvidemos que el propio Código civil, al regular el contrato de prenda, aun aquel que se hace con desposesión, parte de la base de que la prenda ha dado lugar a abusos realizados por personas con pocos escrúpulos, que simulan prendas para sustraer los bienes de la ejecución de sus acreedores, o para dar

disposiciones que he venido comentando y no se puede establecer, sobre esos bienes, prenda sin desplazamiento.

En primer lugar, porque la prenda participará de la mercantilidad que le confiere la profesión de quien la constituyó (artículo 75, fracción XX, Código de comercio). Por otro lado, las disposiciones de la Ley de títulos y operaciones de crédito que regulan la prenda mercantil,<sup>30</sup> no admiten la prenda sin desposesión; salvo que se trate de créditos de habilitación o refaccionarios, de prendas otorgadas por instituciones de crédito para la adquisición de bienes de consumo duradero y de prendas para crédito agrícola en los términos de la Ley de crédito rural.

La solución contraria sería incompatible, además, con lo dispuesto en el artículo 799 del Código civil. Según el cual el poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que la haya adquirido en almoneda, o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor del precio que hubiere pagado por la cosa. Artículo que por analogía sería aplicable al caso que nos ocupa.

Una última cuestión, ¿cómo busco en el registro público si un bien está o no afecto a una prenda? El artículo 72 del Reglamento del registro público dice que los índices relativos al registro mobiliario se llevarán por personas y contendrán el nombre del adquirente, *del acreedor pignoraticio* o, en su caso, de la persona que enajena con condición suspensiva o resolutoria, haciendo referencia al bien de que se trate y al folio que corresponda.

Esta disposición da al traste con la poca publicidad que podía haberse obtenido por medio del registro. La inscripción debería hacerse bajo el nombre del poseedor del bien, que será el que normalmente busque quien esté interesado en conocer cuál es la situación del mismo. ¿A quién se le ocurrirá buscar por el nombre del acreedor pignoraticio cuya existencia ignora?

Por último, si la prenda se registra, pero no aparece en los índices, me parece que no puede producir efectos. No hay que olvidar que las normas que regulan la prenda con desposesión son de carácter excepcional y de aplicación estricta.

preferencia a unos en lugar de otros. Por ello, no sólo se exige que la prenda se otorgue por escrito, sino que para que sea oponible a terceros su fecha debe contar de manera indubitable, bien sea por el registro, por escritura pública, o de alguna otra manera fehaciente.

<sup>30</sup> Vid nota 32.

## 6. *La prenda sobre cosechas*

No he podido averiguar con qué frecuencia se recurre, si es que así sucede, a la prenda sobre cosechas que regula el Código civil. Me inclino a pensar que sí se utiliza, por la frecuencia con que las diversas legislaciones recurren a ella. En nuestro país se ocupan de ella, además del Código civil, la Ley de títulos y operaciones de crédito y la Ley de crédito rural. Por lo contrario, me hace pensar que la prenda sobre cosechas no es muy común, al menos en materia civil, la ausencia de regulación; ya que el Código civil se limita a establecer la posibilidad de pactarla, y a ordenar su inscripción en el registro de la propiedad.

Con las anteriores salvedades, la prenda sobre cosechas me sugiere, en relación con la posesión de los bienes pignorados, las consideraciones que a continuación expongo.

En una primera etapa no existe el bien pignorado. Las semillas acaban de ser sembradas y hay que esperar que los árboles o plantas crezcan y produzcan sus frutos. La cosecha es una cosa futura. Por necesidad, queda en poder del agricultor la tierra en que se sembraron los árboles o plantas que producirán la cosecha. Como no hay desposesión se necesita que la prenda se inscriba en el registro de la propiedad. Dado que la publicidad de los inmuebles se encuentra satisfactoriamente organizada, ningún problema presenta esta inscripción; que se hará al margen de la inscripción relativa al inmueble correspondiente. Por otro lado no veo, en esta etapa, ninguna diferencia entre la prenda y la hipoteca.<sup>31</sup>

¿Qué sucede al recogerse la cosecha? Los frutos, una vez separados de los árboles o plantas que los produjeron, son fungibles y carecen, en principio, de señales que los identifiquen de modo indubitable.

Lo primero que se me ocurre es que una vez recogida la cosecha, la inscripción en el registro público, si acaso conserva algún efecto hacia terceros, será respecto de aquellos que adquieran la propiedad de los frutos, o derechos reales sobre los mismos, mientras éstos se encuen-

<sup>31</sup> En el título relativo al Registro Público, el Código Civil no considera el registro de esta clase de prendas: el artículo 3042 se refiere, en su fracción I, a la inscripción en la propiedad inmueble y hace mención de los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiere, transmite, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y *los demás derechos reales sobre inmuebles*. El 3069, respecto de los muebles, se refiere a los contratos de prenda que menciona el artículo 2859; no se refiere al 2857. El Reglamento del Registro Público (artículo 177 fracción III), hace referencia a la prenda de frutos pendientes y a la de títulos inscritos en el registro, en los términos de los artículos 2857 y 2861 del Código civil. Con lo que poco agrega; ya que se limita a indicar en donde se hará la inscripción relativa.

tan en poder del agricultor y en la finca a la que corresponde la inscripción.

Pero aun en este último supuesto, no dejan de asaltarme dudas respecto de la validez de la solución arriba apuntada: ¿Qué sucede si el agricultor mezcló en sus bodegas los frutos de una cosecha que había dado en prenda, con otros de la misma especie y calidad que no se encontraban pignorados? Si no los vende, el acreedor prendario tendrá derecho sobre la cantidad que corresponda a la cosecha. Si logra demostrar cuál fue esa cantidad. En caso de que el deudor venda los frutos, ¿en contra de quién va a ejercitar el acreedor prendario su acción reivindicatoria? Si un tercero adquiere parte de esos frutos y deja el resto, ¿cómo se va a establecer que los que compró corresponden precisamente a la cosecha pignorada? ¿Es justo despojar de su derecho a un tercero de buena fe que compró a quien, por razón natural de su actividad, vendía lo que es de su propiedad?

La prenda desaparece cuando el agricultor procede a su venta en un mercado diverso del que corresponde a la inscripción; o los vende a través de un comisionista que actúa en nombre propio; o si los deposita en almacenes generales y transmite el certificado de depósito, o entrega bonos de prenda sobre dichas mercancías. En estos casos sería absurdo que el comprador, o el nuevo acreedor prendario, pudieran ser perseguidos con éxito por el original acreedor prendario; quien, por otro lado, no veo cómo podrá identificar los frutos pignorados.

Lo anterior es aún más claro cuando los frutos se hubieran mezclado para elaborar, con ellos, otros de naturaleza diferente, ¿pretendería alguien, cual nuevo mercader de Venecia, arrancarme una libra de carne para recuperar los granos de trigo con los que se elaboró el pan que comí anoche?

## 7. Crítica

Lejos estoy de encontrarme en contra de la prenda sin transferencia de posesión. Ya dejé expuestos suficientes argumentos como para demostrar que, por lo menos en la actualidad, se trata de un instituto necesario en el tráfico moderno. Pero creo que su necesidad se hace notar en la actividad mercantil, no en la civil. Creo, por otro lado, que es una materia de excepción que amerita ser regulada con sumo cuidado.

Pero de las normas del Código civil resulta que si pretendo adquirir un bien de quien no es comerciante, o constituir un gravamen sobre el mismo, previamente he de ocurrir al registro público, hacer la búsqueda correspondiente para saber si a nombre del enajenante, o constituyente

de la garantía, no aparece inscrito gravamen alguno sobre el bien de que se trate (buscando el nombre de un hipotético acreedor pignoraticio). Después he de obtener un documento de fecha cierta (otorgado ante notario o corredor público; que haya muerto alguno de sus autores, o que se haya presentado a un registro público o funcionario público en razón de su oficio) para establecer que en la época en que compré, o constituí un gravamen sobre el bien, no había registrado un contrato de prenda sobre el mismo. Por último y en previsión de que el contrato de prenda estuviese inscrito, pero no anotado en el índice, me convenirá obtener una constancia de que en la fecha en que fui a examinar el índice no aparecía ninguna prenda. Constancia que no sé si la autoridad accederá e expedirme.

Todos estos pasos no corresponden a las costumbres de nuestra sociedad en el tráfico civil sobre muebles, por lo que, lógicamente, pueden acarrear desagradables sorpresas a quienes no son peritos en derecho.

#### 8. *La Ley de títulos y operaciones de crédito*<sup>32</sup>

El artículo 334 señala cómo se constituye la prenda en materia mercantil. Si se lee con cuidado se verá cómo se prevé, al menos con claridad, que la constitución de la prenda de bienes se haga entregando éstos al acreedor. La mayoría de sus fracciones está destinada a indicar los diversos modos de constituir prenda sobre títulos-valor. Se refieren al depósito de los bienes las fracciones IV y V. La fracción IV habla de la entrega de los bienes a un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor. La fracción V se refiere al depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aun cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Me reservo para otra ocasión estudiar si en materia de prenda mercantil, debe considerarse si la LTOC abrogó todos los artículos del Co. Com. relativos a este contrato. Lagunas como la que adelantaré en este apartado podrían llevar a la conclusión que continúan en vigor artículos como el 608.

<sup>33</sup> Ejemplo de lo ilusorias que son muchas disposiciones (legales o convencionales) es ésta. El más inexperto cerrajero puede demostrar que la tenencia de las llaves está lejos de constituir garantía absoluta de la inviolabilidad de los almacenes. Lógico sería que la disposición se refiriera a locales cuya posesión tuviera el acreedor. O que quedaran sellados de modo que existiera seguridad absoluta de que no podrían ser impunemente violados. Mucho me temo que esta opinión sea calificada de iconoclasta. Headrick p. 111, al referirse a esta clase de prenda, considera conveniente que el deudor tenga un juego de llaves; por ejemplo: para el caso de que se presente un incendio. Pero afirma que el deudor no debe abusar de la situación. Me pregunto qué diferencia hay cuando la prenda es sin desposesión y cuando el deudor conserva las llaves. La única será que

Tenemos que, según el artículo 334 la prenda se constituye por medio de la entrega de los bienes a un tercero, o de su depósito en locales a disposición del acreedor. Sin que se requiera, como es tradicional, la entrega de bienes. Sin embargo debemos entender que la entrega de la prenda constituye la manera normal de constitución de esta garantía en materia de comercio. En primer lugar, porque es la solución que está de acuerdo con la tradición jurídica en materia de prenda. En segundo lugar, porque los artículos 335, 336, 337 y 338 de esta ley parten del supuesto de que los bienes entregados en prenda están en poder del acreedor.

Tres casos prevé, la ley mercantil, de prenda sin desposesión: 1) cuando el deudor haya recibido un crédito refaccionario o de habilitación; 2) cuando se trate de créditos otorgados por instituciones de crédito, en los casos en que así lo permite la Ley de instituciones de crédito y organismos auxiliares; y 3) cuando se trate de prenda agrícola otorgada en los términos de la Ley de crédito agrícola.

el acreedor tendrá acceso a ellos... en caso de que lo tenga también al lugar en donde están los almacenes.

Foyer, *Le Gage Commercial*, p. 75, explica como la doctrina está dividida respecto de este procedimiento. La idea fue tomada del artículo 1666 del Código civil, que hace de la remisión de las llaves una de los modos de entrega de la mercancía. La analogía no es en absoluto pertinente. La entrega de las llaves es conocida sólo entre las partes, pero ignorada por los terceros. La remisión de las llaves permite la ventaja de establecer varias hipotecas o prendas, ya que basta con que le deudor remita otro juego de llaves a un segundo acreedor, ¿esta facilidad no destruye el carácter de apariencia exigido por la jurisprudencia, ya que la remisión de las llaves puede no ser revelada a terceros por algún signo exterior?

La jurisprudencia francesa que cita este autor, ha resuelto en ambos sentidos; Foyer encuentra la verdad jurídica en el medio de las dos soluciones externas: la remisión de las llaves no es suficiente ella misma, pero no está desprovista de toda eficacia si se permite al acreedor acceder libremente al almacén donde se encuentran las mercancías y de asegurar que se guarden en condiciones tales que su puesta en posesión resulte aparente a terceros. No entiendo cómo puede obtenerse tal resultado.

El mismo autor señala que recientemente se ha recurrido al contrato de arrendamiento, en el cual el deudor arrienda los almacenes u otros locales donde se encuentran las mercancías pignoras, sea al acreedor, sea al tercero que se haya convenido (p. 76). Indica que el ejemplo parece provenir de los Estados Unidos de América, donde el procedimiento es designado bajo el nombre de *field warehouse*.

El autor vuelve a criticar: el contrato de arrendamiento no está sujeto a ninguna publicidad y la formalidad de un registro no puede ser considerada como una forma de publicidad, en ausencia de una disposición legal que le confiera tal carácter.

El autor señala algunos otros procedimientos, incluso el de poner dentro de los locales letreros en los que se dé noticia de la prenda.

Según el texto del artículo 329 de la Ley de títulos y operaciones de crédito cuando se trate de créditos refaccionarios o de habilitación la prenda podrá quedar en poder del deudor y éste se considerará, para los fines de la responsabilidad civil y penal correspondiente, como depositario judicial de los frutos, productos, ganados, aperos y demás muebles dados en prenda. Esta disposición, como la contenida en el artículo 330, puede ser objeto de numerosas críticas, algunas de las cuales paso a exponer.

El artículo 330 de la misma ley indica que el acreedor podrá reivindicar los frutos o productos dados en prenda de un crédito de habilitación o refaccionario, contra quienes los hayan adquirido directamente del acreditado o contra los adquirentes posteriores, que hayan conocido o debido conocer las prendas constituidas sobre ellos.

Ya en párrafos anteriores he mencionado la necesidad que se ha sentido de que el empresario pueda adquirir crédito otorgando garantía sobre sus bienes muebles. Pero la regulación de este fenómeno debe ser especialmente cuidadosa. Si partimos de que esta clase especial de deudores prendarios, por su actividad, normalmente ofrecerán sus productos o servicios a terceros, quienes, por razón natural, no tendrán reservas de ninguna clase al contratar con estos comerciantes, es injusto que se vean acosados por una acción reivindicatoria en relación con los bienes adquiridos, muchos de los cuales ni siquiera serán identificables. No recuerdo haber ocurrido a un comercio (incluso cuando he hecho compras de importancia) y haber tomada la precaución previa de consultar el registro de comercio, para informarme si existe algún crédito refaccionario o de habilitación gravando a la negociación.

Es absurdo pensar que un negocio, cuya finalidad es la venta de bienes al público, esté impedido de transmitir plenamente el dominio de esos bienes a terceros, porque los tiene en prenda. Si los vende, abusó de los bienes depositados. Si no los vende no puede funcionar.

No corresponde a este lugar el análisis de esta norma, por lo que sólo me limitaré a dejar expuesta la disposición legislativa y me reservo para un estudio posterior la discusión sobre su validez y sobre cuáles son límites dentro de los que puede afectar los derechos de tercero adquirente de buena fe. Lo que sí puedo adelatar es que me parece monstruoso que por la anotación de un contrato de avío en el registro de comercio, se me pudiera despojar de los zapatos que compré ayer en una zapatería.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Además de absurda, la disposición que comento se me antoja inútil; 1) dada la cuantía de las ventas al menudeo, será poco costeable para el acreedor perseguir judicialmente los bienes; 2) Será a cargo del reivindicante comprobar que

El artículo 330 de la Ley de títulos y operaciones de crédito habla de frutos o productos; su texto, literalmente entendido, provoca otro resultado absurdo: si el deudor pignora una máquina que ésta afecta a su producción y la vende el acreedor no tendrá derecho de persecución, porque no se trata de un “fruto o producto” sino de un bien diverso. En cambio, cuando se trata de bienes dispuestos para la venta al público de modo normal, como son los frutos o productos, sucede lo contrario y el acreedor “prendario” puede reivindicarlos.

Olvida este artículo la sabia disposición contenida en el artículo 80. del Código de procedimiento civil según la cual no pueden reivindicarse los géneros no determinados al entablarse la demanda, ni las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó. Se presume que no hay buena fe si de la pérdida o robo se dio aviso público y oportunamente. Esta disposición está de acuerdo con el artículo 799 del Código civil que ya he comentado con anterioridad. Y aunque el artículo 799 se refiere a cosas perdidas o robadas, y no a bienes gravados, la analogía es evidente.

### 9. Ley de instituciones de crédito y organismos auxiliares

De acuerdo con el artículo 111 *bis* de esta ley, cuando las instituciones de crédito otorguen préstamos para la adquisición de bienes de consumo duradero, la prenda podrá constituirse entregando al acreedor la factura que acredite la propiedad sobre la cosa comprada, haciendo en ella la notación respectiva.

El bien quedará en poder del deudor con el carácter de depositario, que no podrá revocársele en tanto esté cumpliendo con los términos del contrato de préstamo.

En general, la idea es plausible. Se trata de préstamos que normalmente no se otorgan a comerciantes, sino a personas que, por lo general, no habrán establecido una línea de crédito con una de estas instituciones.<sup>35</sup> Por otro lado y esto es más importante, los bienes que se adquieren con motivo de estos préstamos no están destinados a su co-

los bienes en cuestión son los mismos que estaban gravados. Por estas razones creo que la disposición no ha pasado de ser un mero enunciado en una hoja de papel. Aunque no por ello menos criticables.

<sup>35</sup> No obstante lo afirmado, los comerciantes también hacen uso de este tipo de crédito. Pero, de acuerdo con lo indicado en el texto, no lo hacen para adquirir bienes destinados a la venta.

mercantilización, sino al uso del adquirente. Consumo duradero es el nombre que reciben en la ley para indicar que se trata de bienes que no son fácilmente consumibles y que, obviamente, no son adquiridos para enajenarlos posteriormente. Se trata de automóviles, refrigeradores, televisores, etcétera.

De esta foma, la disposición que comento permite acceder al crédito bancario a quienes de otro modo no podrían hacer uso del mismo.

El artículo 111 *bis* que comento confunde, como a menudo acontece en el pensamiento vulgar, la factura, que acredita la venta del bien, con el título de propiedad. Confusión peligrosa, en tanto que sugiere que el legislador reconoce validez a esta creencia que, por lo contrario, se encuentra muy lejos de coincidir con la realidad.

Es cierto que para determinados bienes, por ejemplo para automóviles, tractores, etcétera, es requisito la entrega de la factura para que se anote la transferencia en el registro federal de automóviles. Pero se trata de fenómenos diversos: una es la transmisión de la propiedad y otra es su anotación en el registro señalado.

Por otro lado, es cierto que cuando de esta clase de bienes se trata, es práctica generalizada el exigir del vendedor la factura, así como la entrega de las formas especiales para anotar el registro de la transmisión y la entrega de la documentación fiscal correspondiente.<sup>36</sup>

Como se ve (y con la excepción acaso de los vehículos indicados) resulta sumamente criticable la norma que no exige ninguna clase de publicidad a la prenda; ya que, por lo común, en las operaciones de transmisión de propiedad de esta clase de bienes no se acostumbra exigir la entrega de la factura. Lo que permitirá al poseedor de los bienes, gravarlos o enajenarlos sin que el tercero tenga conocimiento de que estaban dados en prenda al banco.<sup>37</sup>

## 10. *La Ley general de crédito rural*

De acuerdo con el artículo 1º de esta ley se entiende por crédito rural el que otorguen las instituciones autorizadas destinado al financiamiento de la producción agropecuaria y en su beneficio, conservación y

<sup>36</sup> Sin embargo, si, por ejemplo, un automóvil es embargado y rematado en un juicio y el juez, en rebeldía del demandado, expide la factura judicial correspondiente, ésta bastará para que se pueda hacer la anotación en el registro federal de automóviles.

<sup>37</sup> La identificación de la factura con el título de propiedad aparece de nuevo en la práctica, adoptada por los tribunales del D. F., que permite a tantos deudores eludir el embargo de sus bienes con sólo presentar una factura en que aparezcan a nombre de otra persona, para que el actuario se abstenga de embar-

comercialización, así como al establecimiento de industrias rurales y, en general, para atender las diversas necesidades de crédito del sector rural del país que diversifiquen e incrementen las fuentes de empleo e ingreso de los campesinos.

Según el artículo 114, serán préstamos prendarios aquellos cuyo objeto sea proporcionar los recursos financieros necesarios para que los sujetos de crédito puedan realizar sus productos primarios o terminados en mejores condiciones de precio ante situaciones temporales de desequilibrio del mercado.<sup>38</sup>

Los préstamos prendarios quedarán garantizados, dice el artículo 118, con las cosechas u otros productos derivados de las mismas, almacenados a disposición del acreditante, en el lugar que éste señale o en almacenes generales de depósito, bodegas rurales oficiales o instalaciones habilitadas para esta función.<sup>39</sup>

Más claridad resulta de lo dispuesto en los artículos 129 a 131 de la ley que comento. De acuerdo con el primero, en las operaciones que se hagan con garantía prendaria podrá pactarse que los bienes y derechos objeto de la prenda queden en poder del deudor, considerándose éste, para los fines de la responsabilidad civil y penal correspondiente, como depositario judicial de tales bienes. El deudor podrá disponer de la prenda con la autorización del acreditante, "para llevar a cabo las operaciones de comercialización en la forma que mejor le convenga".

Según el artículo 130 la prenda constituida con arreglo a las disposiciones de dicha ley e inscrita en el registro público de la propiedad y del comercio,<sup>40</sup> dará al acreditante preferencia para el cobro de su cré-

garlos. Es cierto que la factura demuestra que ese bien, en un momento pasado, se vendió a quien aparece en ella como comprador, pero, como la posesión hace presumir la propiedad, corresponde a quien tenga interés en destruir la presunción, *alegar y comprobar* la causa de su posesión. La sola factura a nombre de otro no me parece suficiente.

Otra práctica, que tiene mejor fundamento, es la que tienen los comerciantes de retener la factura mientras no se pague el precio de los bienes. Pero esto no lo hacen, obviamente, con la idea de retener el dominio de los objetivos vendidos. En este caso la factura en poder del vendedor es signo de que no se ha liquidado la operación.

<sup>38</sup> Obviamente lo anterior no es una definición, sino la indicación de cuándo procede otorgar este tipo de créditos prendarios. Por otro lado, la ley, que no me interesa analizar profundamente, se hace un verdadero galimatías con los privilegios del refaccionario, los créditos prendarios y los hipotecarios.

<sup>39</sup> Sólo quien redactó la ley puede entender qué quiso decir el legislador cuando se refirió a "otros productos" derivados de las cosechas.

<sup>40</sup> No siendo comerciante el agricultor, ¿dónde se hace el registro? ¿En el de la Propiedad o en el Comercio? Me parece obvio que en el que corresponde al inmueble en el Registro de la Propiedad.

dito sobre los bienes objeto de la garantía, sobre los productos en los cuales se hubieren transformado y, en caso de venta, sobre el efectivo o título resultante de la operación. La quiebra, liquidación o concurso del deudor no comprenderá los bienes objeto de la garantía.

El artículo 131 permite que la prenda constituida sobre los frutos o productos pueda conservarse en almacenes generales de depósito o en bodegas rurales oficiales; el deudor podrá comprobar la posesión de la prenda, al acreditante, mediante los certificados de depósito o recibos correspondientes.

### 11. *Hipoteca sobre naves*

La Ley de navegación y comercio marítimos, califica de hipoteca la garantía que se constituye sobre naves sin desposeer al deudor. Puede ser hipotecado, inclusive, el navío en proceso de construcción (artículo 104). Prevé la ley un registro público marítimo nacional, donde han de inscribirse toda clase de derechos reales sobre la nave (artículo 96). Los contratos por medio de los cuales se establezcan derechos reales sobre naves deberán constar en escritura pública o en póliza celebrada ante corredor público titulado (artículo 111).

A la luz de las disposiciones de la ley que comento, que declara que a las naves se aplicarán las normas relativas a los bienes muebles (artículo 106), y tomando en consideración lo que se establece en el artículo 116, fracción VIII, que considera privilegiadas "las prendas e hipotecas debidamente registradas", encuentro factible que al lado de la hipoteca sobre naves puede pactarse la prenda sobre éstas. Supuesto en el cual el deudor deberá entregar la nave pignorada al acreedor, en la forma en que tradicionalmente opera la prenda. Aun sin tener ninguna experiencia en derecho marítimo no creo que este supuesto se presente, al menos con frecuencia, en la realidad.<sup>41</sup>

## III. CONCLUSIONES... ¿O PREMISAS?

### 1. *De la indefinición de la prenda*

El problema a que me he venido refiriendo: el de la transferencia o no transferencia de la posesión de los bienes pignorados, guarda estre-

<sup>41</sup> Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Notas sobre la evolución de la diferenciación entre la prenda y la hipoteca en el derecho mexicano", y "Guía para el estudio de sus antecedentes", *Libro del cincuentenario del Código civil*, México,

cha relación con dos puntos importantes en el estudio de la garantía prendaria: el que se refiere a la definición del concepto de prenda; y el de sus efectos en relación a terceros.

Es fácilmente demostrable que, a la luz del derecho positivo, no puede darse una definición del concepto de prenda que reúna las reglas que exigen los lógicos para una correcta definición. Efectivamente, caen dentro de la regulación de la prenda, en nuestras diversas leyes, situaciones de la más variada naturaleza:

a) *La tradicional prenda de bienes con desposesión del deudor*, que del *pignus* romano pasó a ser una garantía exclusiva sobre bienes muebles.

b) *La prenda de derechos* que, por su naturaleza, no presenta problemas posesorios, porque los derechos no se poseen: se ejercitan. En la prenda de derechos, al deudor prendario no se le desposee; sólo se notifica al deudor que ese derecho se encuentra garantizando determinado crédito del acreedor prendario.<sup>42</sup>

c) *La prenda sobre cosechas*; esto es, se trata de una prenda de bienes futuros, inmuebles (¿hipoteca?) en una primera etapa, pero destinados a convertirse en muebles cuando la cosecha se recoja.

d) *La prenda con registro sobre bienes muebles sin desposeer al deudor* prendario de los bienes pignorados.

e) *La prenda sin desposesión y sin registro*, como acontece en el caso de la prenda para la adquisición de bienes de consumo duradero a que se refiere la Ley de instituciones de crédito y organismos auxiliares.

f) *La prenda sin desposesión sobre bienes determinados de modo genérico*, futuros y susceptibles de mezclarse con otros y transformarse en otros bienes, en dinero o crédito derivados de su enajenación. Como acontece en los créditos de habilitación y en los refaccionarios.<sup>43</sup>

UNAM, 1978, p. 308, comenta que el artículo 116 fracción VII "plantea dudas de difícil solución, al hacer referencia a la prenda sobre buques... y dejarla sin reglamentación... "Tal ausencia de reglas lleva, como expongo en el texto, a la aplicación de las de la prenda mercantil, que implica la desposesión del deudor o constituyente de la prenda.

<sup>42</sup> La prenda sobre créditos, admitida por el Código civil, no reúne los requisitos que da el propio Código al definir el contrato de prenda. De lo que resulta, o bien el contrato de prenda no crea un derecho real, sino sólo una limitación que el constituyente tiene en general sobre sus bienes (corporales o incorporales), o bien, la llamada prenda sobre créditos no lo es tal, sino sólo es una figura que se le asimila en su regulación.

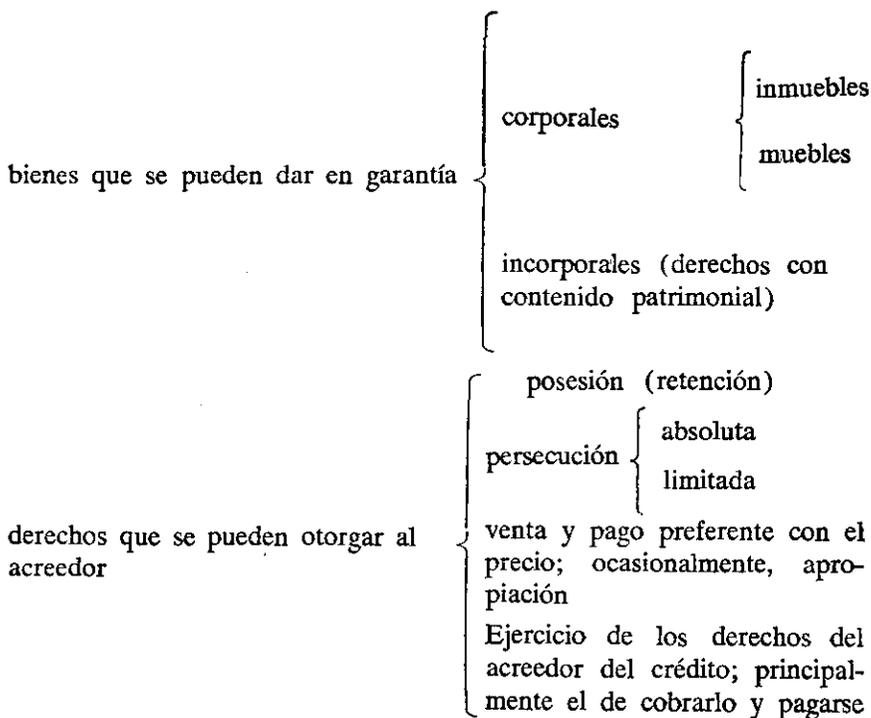
<sup>43</sup> El legislador, en estos casos, habla de prenda, cuando debió haberlos regulado sólo como privilegios. Difícilmente pueden considerarse prendas. Sobre todo en los refaccionarios, en los cuales la garantía se asemeja más a la hipoteca.

La única nota común que podemos encontrar, analizando la diversa naturaleza de los bienes dados en garantía, y la regulación que para cada caso el legislador establece, consiste en el derecho del acreedor para cobrarse de modo preferente sobre los bienes del deudor o del tercero que presta la garantía, en caso de que el crédito garantizado no se pague con toda oportunidad o de que la obligación no se cumpla.

Como se ve, nada más alejado de la regulación de la prenda que la definición del artículo 2856 del Código civil, según la cual “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”.

## 2. *Intento de establecer reglas para un análisis realista de las garantías reales*

El segundo problema que apunté, el de la oposición de la prenda a terceros, me lleva a considerar, aunque sea de modo somero, el panorama general de las garantías reales. Éstas pueden otorgarse de acuerdo con el cuadro que sigue:



Tradicionalmente se ha conocido como prenda a la garantía que se constituye sobre muebles con desposesión. Después se incluyó la prenda sobre derechos patrimoniales. Posteriormente el concepto se extendió a la que se otorga sobre muebles sin desposeer al deudor; y, últimamente, con completo desconocimiento de los conceptos, sobre universalidades. Además, como quedó expuesto, sobre cosechas, que son inmuebles destinadas a convertirse en muebles.

Mientras no se salga del ámbito de las relaciones entre deudor y acreedores se cumple sin problemas con la función primordial de estas garantías o sea, que si el deudor no paga, el acreedor tendrá derecho a que los bienes se vendan y que con el producto de tal venta se le pague.

La situación se complica cuando se trata de coordinar este derecho del acreedor, con los de los terceros que no intervinieron en la constitución de la garantía. La solución dogmática: se trata de un derecho real y, en consecuencia, es oponible a todos; resulta absurdo que se aplique sólo porque a una determinada situación se le calificó como prenda, dando así un significado mágico a esta palabra.

En tanto que el sistema jurídico pueda establecer una forma eficaz de avisar a los terceros de la situación de los bienes, y sólo cuando pueda atribuirse a negligencia o mala fe de dichos terceros el desconocimiento de la situación, será lícito oponerles el derecho del acreedor. En caso contrario, y aunque la ley lo consagre, o se cometerá una tremenda injusticia, o la prenda será, de hecho, ineficaz.

Debe partirse de una doble base: 1º las garantías reales constituyen una excepción al principio general de que el deudor responde de todos sus bienes, con todo su patrimonio, de modo general, y 2º el tercero, por definición, es ajeno a la operación por medio de la cual se constituyó la garantía. Tiene escaso o ningún conocimiento de ella, y en la misma situación se encuentra respecto de la situación jurídica del bien. En cambio las partes y sobre todo el acreedor, no sólo intervinieron en la operación sino que tuvieron oportunidad de conocer el estado general del patrimonio de su deudor y, por lo menos relativamente, cuál es su solvencia moral.

El derecho de persecución de los bienes empeñados que eventualmente pueda concederse al acreedor no debe ser absoluto, como a menudo se encuentra establecido en la ley, que partiendo de que se trata de un "derecho real", lo hace oponible a todo mundo.

Al regular las relaciones entre los seres humanos es necesario atender a la realidad, de otro modo se cometen injusticias. Así, para conceder al acreedor los derechos de preferencia y persecución se deben tener

presentes las diversas circunstancias del caso concreto. De modo preliminar, propongo los siguientes criterios:

En primer lugar, como ya quedó expuesto, amerita protección el derecho del acreedor para que se le pague de modo preferente. Para esto se ha reconocido, en la ley, la validez de las garantías reales.

También, lógico es, debe protegerse el derecho del mismo acreedor para perseguir los bienes cuando ha sido desposeído, o cuando éstos han salido del patrimonio de su deudor. Pero esta protección no debe ser absoluta.

Siempre se debe tener presente a los terceros que de buena fe establecen relaciones con el poseedor de los bienes, y cuando se trata de muebles presumen que tienen el dominio de ellos y que no se encuentran gravados. Caso en el cual las limitaciones y trabas a ese dominio les pueden ser, en mayor o menor grado, opuestas atendiendo 1º a la posibilidad de que una auténtica publicidad puede prevenirlos, informándoles acerca de tales gravámenes o limitaciones (circunstancia que, evidentemente, es más fácil cuando se trata de garantías sobre inmuebles o sobre derechos); 2º a la mayor o menos posibilidad de circulación y de identificación de los bienes; 3º la profesión del poseedor.

Así será más fácil dar publicidad a estas garantías respecto de bienes que, como ya quedó apuntado en algún párrafo precedente, en razón de su valor, de su tamaño o del modo especial de usarlos difícilmente pueden desaparecer o confundirse con otros bienes. Son fácilmente identificables y se asemejan a los inmuebles, tales como aeronaves y buques.

Después tenemos los bienes muebles no fungibles y los fácilmente identificables, como lo reconoce el artículo 2310 del Código civil.

Por último, tenemos los bienes fungibles sin signos de identificación. Llegando al dinero que por su naturaleza siempre se transmite en propiedad.

La profesión de quien posee los bienes tiene, también, especial importancia. Así como lo reconoce nuestra ley civil, si quien posee la prenda es un comerciante que se dedica a la venta de esa clase de bienes, no se puede despojar al comprador de los que le haya comprado si no se le restituye lo que pagó por ellos.

No se me escapa que el desarrollo de los puntos enumerados en este último apartado debe ser objeto de una análisis mucho más profundo; pero me conformo con lo que llevo obtenido, pues la finalidad que buscaba al iniciar este estudio: obtener una visión más clara de la situación que guardan los bienes dados en prenda, en cuanto a las rela-

ciones entre su poseedor, su dueño, y los terceros ajenos a esta situación, creo haberla conseguido.

No quiero terminar sin apuntar una última conclusión: una vez más compruebo, por medio del análisis de los hechos concretos (considerando entre éstos las disposiciones legislativas), lo peligroso que es construir sistemas jurídico sobre bases meramente dogmáticas y especulativas.

José María ABASCAL ZAMORA