

1
313 00
A 2030
1971
A. Ayala
L. 11

UES BIBLIOTECA CENTRAL

INVENTARIO: 10109748

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector:

Ingeniero: GONZALO YANES DIAZ.-

Secretario General:

Doctor: JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA.-

X X X X X X

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

Decano:

Doctor: GUILLERMO CHACON CASTILLO.

Secretario:

Doctor: JOSE GUILLERMO ORJUELA OSORIO.



JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES.

Primer Examen General Privado sobre: "Ciencias Sociales, Constitución y Legislación Laboral."

Presidente: Dr. Luis Ernesto Arévalo.

Primer Vocal: Dr. Carlos Rodríguez.

Segundo Vocal: Dr. Pablo Mauricio Alvarado.

Segundo Examen General Privado Sobre: "Materias Procesales y Leyes Administrativas."

Presidente: Dr. Francisco Arrieta Gallagos.

Primer Vocal: Dr. Gustavo Adolfo Coyola.

Segundo Vocal: Dr. Francisco Calluñas Pérez.

Tercer Examen General Privado Sobre: "Materias Civiles, Penales y Mercantiles."

Presidente: Dr. Manuel Arrieta Gallagos.

Primer Vocal: Dr. Pedro Luis Apóstolo.

Segundo Vocal: Dr. José Ernesto Criollo.

Asesor de Tesis: Dr. Carlos Ferrufino.

JURADO CALIFICADOR DE LA TESIS.-

Presidente: Dr. Gabriel Gallagos Velázquez.

Primer Vocal: Dr. Jorge Eduardo Toranzo.

Segundo Vocal: Dr. Angel Ramos Coello.

ESTA TESIS LA DEDICO.

A mi madre: SILVIA GUTIERREZ DE AGUILA.

"Ejemplo de ternura, de amor y de fé; sin cuya ayuda hubiera sido imposible mi triunfo."

A mi padre: JOSE EDUARDO AGUILA.

"Quien desde niñez me enseñó el camino del bien y me forjó un corazón de justicia."

A mis hermanos: Dra. Hilda Noemy Aguila, Carlos Alberto --

Aguila y Mario Israel Aguila; "Quienes con sus consejos, hicieron posible la obtención de mi título Académico."

A mis hijos: "Quienes posiblemente vivan en una sociedad distinta".

A todos mis profesores y amigos, especialmente al Ingeniero CARLOS ISRAEL DE LA CRUZ ARITA.

A mis mecanógrafas: Isabel Ruiz de Chávez.

Rosalina Arita.

A la Juventud Marxista Leninista, esperanza de un mañana --
mejor.

" DA PUES A TU SERVIDOR UN CLARO ENTENDI-
MIENTO CON EL CUAL JUZGAR A TU PUEBLO, -
PARA QUE PUEDA YO DISCERNIR ENTRE EL --
BIEN Y EL MAL ".

S A L O M O N .

C O N T E N I D O

INTRODUCCION GENERALIDADES Y CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES DE GARANTIA.-	pág. 1
TITULO I	
CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL	pág. 5
CAPITULO I	
I. NOCIONES GENERALES	pág. 5
II. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA	pág. 8
III. CALIFICACION DE LA PRENDA MERCANTIL	pág. 9
IV. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE PRENDA	pág.10
CAPITULO II	
ELEMENTOS DEL CONTRATO DE PRENDA	pág.12
a) PERSONALES.	pág.12
b) ELEMENTOS REALES	pág.14
c) ELEMENTOS FORMALES	pág.15
d) PERFECCION DEL CONTRATO DE PRENDA	pág.18
CAPITULO III	
DERECHOS Y DEBERES DEL ACREEDOR PRENDARIO.	pág.19
1.- RETENCION	pág.19
2.- ENAJENACION	pág.20
3.- DEVOLUCION DE LA PRENDA	pág.25
CAPITULO IV	
PRENDAS ESPECIALES.	pág.27
1.- PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO	pág.27
2.- BOLO DE PRENDA.	pág.29
3.- PRENDA EN LOS DESCUENTOS DE CREDITOS AL LIBRO	pág.35
4.- PRENDA SOBRE ACCIONES	pág.37

TITULO II	
CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL.	pág. 38
CAPITULO I	
1.- CONCEPTO Y ORIGEN.	pág. 38
2.- CARACTERISTICAS	pág. 40
3.- MODELO DE FIANZA	pág. 44
CAPITULO II	
ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIANZA.	pág. 46
1.- ELEMENTOS PERSONALES	pág. 46
2.- ELEMENTOS REALES	pág. 49
3.- ELEMENTOS FORMALES	pág. 51
4.- EFECTOS DEL CONTRATO DE FIANZA	pág. 51
CAPITULO III	
DERECHOS Y DEBERES DEL FIADOR	pág. 52
1.- DERECHOS DEL FIADOR	pág. 52
2.- DEBER DE PAGO AL BENEFICIARIO	pág. 55
3.- EXTINCION DE LA FIANZA	pág. 56
CAPITULO IV	
FIANZAS ESPECIALES	pág. 57
1.- EL AVAL	pág. 57
2.- FIANZA HIPOTECARIA	pág. 72
3.- FIANZA DE FIDELIDAD	pág. 74
4.- FIANZA DE CREDITO	pág. 76
CAPITULO V	
1.- DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y EL SEGURO	pág. 77
TITULO III	
CONTRATO DE HIPOTECA MERCANTIL.	pág. 81

INTRODUCCION GENERALIDADES Y CLASIFICACION
DE LOS CONTRATOS MERCANTILES DE GARANTIA.

Este pequeño trabajo tiene por objeto la investigación sobre los contratos mercantiles de garantía, los cuales están regulados de manera amplia en las legislaciones de la hermana República de -- Honduras, México, Chile, Costa Rica y la mayor parte de las le- -- gislaciones Europeas.- En nuestro país hasta este año no se -- había legislado nada al respecto y los contratos de prenda, de - fianza y de hipoteca mercantil han sido realizados al amparo de nuestra legislación civil. Divido el trabajo en tres títulos: 1º) La Prenda Mercantil.- 2º) La Fianza Mercantil.- 3º) La Hipoteca Mercantil.

En la prenda mercantil, luego de referirme a sus características cualidades, naturaleza jurídica, elementos, etc; trato con espe- cial atención la prenda sin desplazamiento, el bono de prenda, - prenda en el descuento de créditos en libros y la prenda sobre - acciones, las cuales las denotino prendas especiales, por su pe- culiar forma de cada una de ellas, ora en la forma de constitu- ción, perfeccionamiento de cada una de ellas, deberes y derechos derivados de ellas, extinción; etc.

En la prenda sin desplazamiento, aunque me refiero a la prenda - legislada en la ley de prenda agraria ganadera o industrial, tra- to como novedad la prenda sobre bienes necesarios para la explo- tación de una empresa y que el proyecto regula en su Art. 1538. La fianza mercantil que sólo ha estado regulada en nuestra legis- lación civil, la he tratado siguiendo los lineamientos de dicha legislación y la del proyecto de Código de Comercio, el cual con- sidera a la fianza como mercantil siempre que se constituya por empresas que dentro de su giro ordinario practiquen afianzamen- tos y las otorgadas por instituciones de crédito (Art.1547. Pro- yecto.)

Trato en este Título, en idéntica manera que el anterior, una serie de fianzas especiales, que como el aval garantizan en todo o en parte el pago de un título valor, ya sea éste, pagaré, cheque, conocimiento de embarque, certificado de depósito letra de cambio, etc. También como fianza especial comento la fianza hipotecaria, fianza de fidelidad y la fianza de crédito, la primera de esta enumeración (la hipotecaria) regulada en nuestra legislación y las dos últimas de preferencia en legislaciones extranjeras. Diferencio la fianza del seguro para evitar confusiones de una y otro sobre todo en la forma de su constitución (póliza).

La hipoteca mercantil tampoco ha estado regulada en nuestra legislación y los contratos hipotecarios sobre cosas mercantiles se han celebrado al amparo de nuestra legislación civil. Comento en este título los artículos pertinentes del proyecto de Código de Comercio relativos a dicha hipoteca y como hipotecas mercantiles especiales, la constituida sobre buques, sobre empresas como unidades económicas; hipotecas para garantizar la emisión de bonos y las constituidas sobre ferrocarriles. De todas estas categorías de hipotecas sólo la que recae sobre buques ha estado regulada en el Código Civil (Art. 2167 Inc. 2º C.c) y todo lo relativo al buque como objeto del derecho real de hipoteca, he procurado acomodarlo al libro tercero del Código de Comercio de nuestro país.

No ha servido de guía para este humilde trabajo las exposiciones del eminente profesor de derechos mercantil, don Joaquín Rodríguez Rodríguez, a quien en el curso de mi trabajo de tesis es citado frecuentemente.

Los artículos del proyecto de Código de Comercio que cito - en el curso de mi tesis, no han variado en su contenido y - en igual forma se encuentran en los artículos equivalentes del Código de Comercio que entrará en vigencia el próximo - año y que ha sido publicado en el Diario Oficial número -- ciento cuarenta, tomo doscientos veintiocho del treintuno de julio del presente año y la diferencia es solamente en cuanto a su numeración. Lo mismo puedo decir respecto a los artículos que cito de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.-

ARTICULOS DEL PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO Y SUS EQUIVALENTES EN EL CODIGO DE COMERCIO QUE ENTRARA EN VIGENCIA EN 1.971.-

PROYECTO	CODIGO DE COMERCIO.
1533.	1525
1546.	1538
1539.	1531
1537.	1530
1540.	1532
1541.	1533
1534.	1526
1535.	1527
1536.	1528
1543.	1535

1544.	1536
1545.	1537
1538.	1530
132.	132
1547.	1539
1549.	1541
1550.	1542
1552.	1544
1557.	1549
1551.	1543
1556.	1548
1553.	1545
728.	728
1113.	1105
1559.	1551
553.	553
1560.	1552
556.	556
677.	677
678.	678
683.	683
1237.	1229
1238.	1230
689.	689
1561.	1553
684.	684

TITULO I
CONTRATO DE PRENDA MERCANTIL

CAPITULO I

a) Nociones generales:

Parece ser que la palabra prenda, se deriva del vocablo latino "prehendere", que equivale a asir, agarrar una cosa y su etimología se le hace derivar del vocablo latino "pignus" o "pignus" que representa el acto de aprehender una cosa al constituirse la prenda. Los griegos hablaban del vocablo "pignus" o "pignus" - con lo que aseguraban el contrato de mutuo (1)- Este contrato es de muy remota antigüedad, los hebreos la conocieron y le limitaron las actividades al acreedor pignoraticio, así Moisés legisló: "No tomarás en prenda la rueda del molino, ni la de abajo ni la de arriba, porque sería tomar en prenda la vida del hombre"; "Cuando entregares a tu prójimo alguna cosa prestada, no entrarás en su casa para tomarle prenda. Te quedarás fuera, y el hombre a quien prestaste te sacará la prenda y si el hombre fuere pobre, no te acostarás reteniendo aún su prenda. Sin falta le devolverás su prenda cuando el sol se ponga, para que pueda dormir en su zona.....(Deuteronomio, Cap. 24, versículo 6, 10, 11 y 12). "Si tomaras en prenda el vestido -

1) Enciclopedia OBEA-Tomo XII, pág. 352. Bibliográfica OBEA Editores Libreros-B. Aires-1966.-

de tu prójimo a la puesta del sol se lo devolverás, porque solo eso es su cubierta, es su vestido para vestir su cuerpo... (Exodo. Capítulo 22, versículo 26 y 27).-

Los romanos conocieron la prenda y la hipoteca como formas de garantizar los créditos, con la diferencia de que en la prenda había posesión de la cosa sin que el plazo estuviera vencido, y en la hipoteca al vencimiento de éste. Conocieron también la prenda sin desplazamiento aunque en forma rudimentaria en virtud de una convención accesoria a la " Mancipatio cum fiducia " que permitía al deudor retener la cosa dada en prenda. También aplicaron los romanos la prenda al derecho público para garantizar sus contratos y obligaciones con naciones extranjeras; desconocieron en cambio la prenda mercantil, pero el desarrollo del comercio nacional e internacional y la aparición de modalidades en los títulos valores, han establecido que el contrato de prenda mercantil ocupa un lugar importante en la práctica comercial. Podemos definir la prenda mercantil de la siguiente manera: "La prenda mercantil es un derecho real constituido sobre un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (1). El proyecto de Código de Comercio de nuestro país en su art. 1533, dice: " La mercantil la prenda constituida a favor de -

1)- Art. 2856 C.Civil.D.F. citado por Rodríguez Rodríguez Tomo II, pág. 261.

empresas cuyo giro ordinario comprenda el otorgamiento de créditos con garantía prendaria. También lo es la que se constituye sobre cosas mercantiles como los títulos valores y las mercancías cuando forman parte de las existencias de un establecimiento mercantil. La empresa y los intangibles a pesar de ser cosas mercantiles no pueden darse en prenda pues para ello, sería necesario la posesión en manos del acreedor o de un tercero, (1) y este pondrá en grave circunstancias al deudor (dueño de la empresa) que se vería imposibilitado de cumplir con su obligación crediticia. El proyecto de Código de Comercio en su art. 555 nos dice que "la empresa mercantil se considera como bien mueble; sin embargo, no puede darse en prenda, y esto choca con el principio general que tenemos de que los muebles se dan en prenda y los inmuebles se hipotecan. Considero que así como el art. 1540 (proyecto) establece una entrega simbólica de las cosas ignoradas con la entrega de las llaves de los locales en que aquéllas se encuentran, perfectamente puede darse una transferencia simbólica de la empresa al acreedor, por medio de un título relativo a dicho complejo, seguido desde luego de una inscripción en el registro para garantía de terceros.

La empresa por su difícil ocultación y su imposibilidad de transportarse de un lugar a otro con facilidad, nos dá la idea de que se trata de un inmueble, pero como no es paroté ni lo uno ni lo otro, considero que la empresa como unidad económica y contable es un bien BIEN DE NATURALEZA SIMBÓLICA. El Código de Comercio vigente no define la prenda mercantil y es el Código Civil nuestro, el que en su Art. 2134 C., el que nos dice: "por el contrato de empeño o prenda se entran-

1) Curso de D. Mercantil-Joaquín Garriguez- T-I. Pág. 188.

ga una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

El Código Civil Mexicano del Distrito Federal comprende la prenda entre sus contratos, y la define como un derecho real que se constituye por acuerdo.-

II-CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA.

- A) Es un contrato real; para que se perfeccione, la cosa objeto de la prenda debe ser entregada a su acreedor real o jurídico (1) sin esa entrega no puede hablarse verdaderamente de un contrato de esta naturaleza. El Art. 2136 C., nos dice que esta clase de contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor.
- b) Es un contrato accesorio; "sigue la suerte" de la obligación que garantiza (2), extinguida ésta; se extingue también aquella. El Art. 2135 C., nos dice: "que el contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede".
- c) Es un contrato indivisible; "el acreedor prendario conservará íntegramente la prenda en tanto no se pague la totalidad del crédito con sus intereses y gastos" y también porque el derecho y la obligación que resultan del contrato de prenda no pueden existir separados. (3), El proyecto de Código de Comercio en su Art. 1546, nos dice: "que el derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles"; admitiendo, sin embargo, en su parte fiscal (del artículo referido que el deudor puede hacer pagos parciales y redimir la prenda proporcionalmente. Idéntico criterio tiene el Art. 2890 del Código Civil del Distrito Federal cuando la prenda sea -

1) Art. 2850 C.Civil D.F. (id)

2) Ob. Cit. pág. 261.

3) Ob. Cit. pág. 261.

facilmente divisible y por pacto en contra se ha establecido la redención de la misma por abonos.

d) El contrato de prenda puede considerarse, como un contrato unilateral, puesto que establece obligaciones de un solo lado (1) a cargo del acreedor, que tiene una obligación: restitución de la cosa el día que el acreedor prendario queda completamente pagado y conservación de la cosa como un buen padre de familia (Art. 2144 C.). El contrato de prenda es en realidad un contrato sinalagmático imperfecto, el cual es esencialmente unilateral, aunque nacen otras obligaciones con ocasión de hechos posteriores a la perfección del mismo contrato.-

III- CALIFICACION DE LA PRENDA MERCANTIL.

En nuestro país no ha estado regulada en el Código de Comercio la prenda mercantil, sino que los contratos de prenda se han celebrado al amparo del Código Civil y algunas leyes secundarias cuando los contratantes realizan un contrato de esta naturaleza o realizan un acto de comercio, aunque conforme la teoría clásica de la intermediación o del lucro y el provecho se lo considerase como acto mercantil, independientemente de la persona que lo realiza o la manera de realizarse, - pues dicha teoría sostuvo el acto aislado de comercio realizado por sujetos no comerciantes. Conforme la teoría moderna de al derecho mercantil, los actos que recaen sobre cosas mercantiles, se consideran mercantiles y en los actos de neg

1) Enciclopedia Jurídica "CITE" pág. 356- Tomo XIII-Vitorrial Bibliográfica Argentina 1966.-

cantilidad pura, aunque los sujetos que los ejecutan no son comerciantes, quedan sujetos a las leyes mercantiles y el acto mercantil para una de las partes contratantes lo será para todas.-

El proyecto de código de comercio en su Art. 1533 nos dice: «Es mercantil la prenda constituida a favor de empresas cuyo giro ordinario comprende el otorgamiento de créditos con garantías prendaria. También lo es la que se constituye sobre cosas mercantiles». Entre las cosas mercantiles podemos mencionar: a)- Las cosas accidentalmente mercantiles, objeto de relaciones jurídico-mercantiles que dejan de serlo cuando no les afecta dicha relación; b) Las cosas típicamente mercantiles que nacen para servir al comercio como los títulos valores. La empresa y los intangibles aunque pertenecen a la segunda categoría, no pueden darse en prenda aunque sí pueden hipotecarse.-

El Código de Comercio de México, dice: que la prenda constituida por un comerciante, se presume mercantil, también lo es, «la prenda constituida para garantizar un acto de comercio (Art. 605 C. Co. M.)

IV.- NATURALIZA JURIDICA DEL CONTRATO DE PRENDA.

El contrato de prenda es un contrato en el que hay interés de ambos lados, que lo separa del comodato y del depósito, porque el acreedor prendario, no solo tiene la tenencia de la cosa, sino que también tiene la posesión; aprovecha al deudor que encuentra más fácilmente un crédito y al acreedor

cor que asegura su pago..No obstante este doble aprovecha-
 miento de los contratantes en este convenio y que los autores
 clasifican como un contrato Sinaglarático imperfecto; el con-
 trato de prenda es un contrato unilateral, accesorio y onero-
so.

La naturaleza jurídica unitaria del contrato de prenda no im-
 pide que la prenda mercantil pueda constituirse sobre cosas -
 y sobre derechos, así podemos decir con don Joaquín Rodríguez
 y Rodríguez, que "pueden servir de prenda" "Tanto los bienes
 corpóreos como los incorpóreos" (1), siempre que sean enaje-
 nables. Puede haber prenda sobre "bienes muebles, sobre títu-
 los valores y sobre créditos" (2). En cuanto a las prendas so-
 bre créditos, nuestro Código Civil en su art. 2139 C. dice: -
 " se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pe-
 ro será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del
 crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague -
 en otras manos.

El proyecto de Código de Comercio en su Art.1539 estatuye la
 forma de constituir la prenda sobre títulos valores de la si-
 guiente manera; I) Por endoso en prenda de los títulos a la -
 orden. II) Por ese endoso en prenda y registro, si fueren no-
 minativos. III) Por el mismo endoso y notificación judicial o
 notorial al deudor si el título fuere no negociable..IV) Por
 la transmisión del bono de prenda. V) Por la simple entrega -
 de los títulos, si fueren al portador.

1) Ob. Cit. pág. 263

2) Ob. Cit. pág. 263.

La prenda se constituye por su entrega al acreedor o en manos de un tercero; o bien por la entrega de las llaves de los locales en que se encuentran las cosas pignoras. Arts. 1537 y 1540 P. C., c.o. n. y 2136 C.C.

En el caso de la prenda sobre créditos, el Art. 1541 del proyecto nos dice: " En el anticipo de Créditos en libros, la prenda se perfecciona por la anotación que se haga en el registro del descontante, si fuere una institución de crédito.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE PRENDA:

a) Personales: en cuanto a los elementos personales se siguen las reglas generales de la capacidad civil que regulan los Arts. 1316, 1317 y 1318 C., ya que según el último de dichos artículos, son absolutamente incapaces los dementes, los imputados y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. El Art. 7 C., com., vigente dice: "cuando los hijos de familia y menores que administran su peculio profesional o industrial, en virtud de la autorización que los confiere el derecho común, ejecutaren algún acto comercial, quedarán obligados hasta concurrencia de dicho peculio y sometidos a las leyes de comercio ". Este peculio es el llamado profesional o industrial, que menciona el Art. 255 C. Nada dijo el Art. 7 del C. de Comercio citado respecto a los bienes del hijo, Adquiridos a título de donación, herencia o legado, cuando el testador ha dispuesto que tenga el usufruto el hijo y no el padre; o las herencias o legados que pasan al hijo por indig-

nidad o incapacidad del padre, que constituyen el peculio extraordinario. Estos últimos bienes no podría darlos en prenda el hijo de familia, aún cuando fueren muebles, pues el Art. 7 mencionado dice expresamente: "del peculio profesional o industrial". Según mi criterio, siendo tanto el peculio profesional o industrial, así como el peculio extraordinario excepciones a la regla general de que el padre tiene el usufructo de todos los bienes del hijo de familia; perfectamente puede darlos en prenda, siempre que se trate de bienes muebles, pues dichos bienes no tienen ningún gravamen legal. La Ley, queriendo garantizar al tenor en lo posible dice en su Art. 7 C. Com. vigente, que el tenor responderá hasta concurrencia de su peculio profesional o industrial, al realizar un acto de comercio, y esto podría darse en el siguiente caso: Un tenor hijo de familia celebra un contrato principal de su negocio y para garantía de sus prestaciones periódicas o continuadas a la otra parte, le entrega en prenda una acción que representa su peculio profesional o industrial o un bono de prenda, si el tenor incumple su obligación y caducado el plazo, tendrá que pagar al acreador: capital, intereses, gastos necesarios para la conservación de la prenda y los perjuicios ocasionados. En cuanto al consentimiento, como dije antes, se sigue la regla general de los contratos, en cuanto a los actos y declaraciones de voluntad; el cual no debe adolecer de vicios. Pero la prenda mercantil puede constituirse por el propio deudor o por un tercero cualquiera, en cuyo caso la prenda puede aquí garantizar una deuda aún sin el consentimiento del deudor.

El Código Civil nuestro en su Art. 2138 C., nos dice: que "la prenda puede constituirse no sólo por el deudor, sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor." El proyecto de Código de Comercio en su Art. 1534, confirma lo dicho en el Art. 2138 relacionado, agregando que el tercero -- puede constituir la prenda, "aun sin el consentimiento del deudor. b) Elementos Reales. Todas las obligaciones pueden -- garantizarse por medio del contrato de prenda, (1) sean éstas civiles o mercantiles; puras y simples, condicionales y a término; presentes y futuras; pero en nuestra legislación civil la prenda se entrega sólo para la seguridad de un crédito, según el Art. 2134 Inc 1º. C.

Tanto las cosas que se pueden dar en prenda, como ya dijimos antes, pueden ser corpóreas o incorpóreas, siempre que sean enajenables (muebles, títulos valores y créditos), no olvidemos que la ley de prenda agraria, admite que puede darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces.

En cuanto a la cosa ajena que se dá en prenda, es principio general, que no se puede dar en prenda dicha cosa sin el -- consentimiento de su dueño y el Art. 2137 C., corrobora este asunto, cuando expresa que no se puede dar en prenda una cosa sino por quien tenga facultad de enajenarla; sin embargo el Art. 2140 C., nos dice que si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido -- en el prenda, el contrato subsiste, siempre que dicho dueño no la reclame y haya habido alguna época por parte del acreedor;

1) C. cit. página 263.

de lo contrario el acreedor no tendrá ningún derecho sobre la prenda. El Art. 1535 del proyecto es claro en este sentido y nos dice: "No podrá empeñarse la cosa ajena sin el consentimiento de su dueño".

El Código Civil del Distrito Federal (1), establece una presunción de autorización, en cuanto al empeño de cosa ajena, siempre que se prueba que el dueño prestó la cosa con el objeto de que se empeñara. Arts. 2668 y 2869 C.C.F.

Pueden ser objeto del contrato de prenda bienes fungibles o infungibles, o sea aquéllos que se consumen o no por el uso a que están naturalmente destinados.

En el caso de bienes fungibles aunque la cosa objeto de la prenda se consuma, el contrato subsiste y el acreedor está obligado a reintegrar otros tantos bienes de la misma especie y calidad (cosas o títulos). Esta situación es explicable porque la propiedad de los bienes dados en prenda se presume que se transfiere al acreedor, y hay una sustitución de las cosas o títulos fungibles por otros de la misma especie.

El proyecto de Código de Comercio dice en su Art. 1536 "cuando de la prenda se constituya sobre bienes fungibles, se presumirá que su propiedad se transfiere al acreedor, el cual quedará obligado a restituir otros tantos bienes de la misma especie y calidad, salvo pacto en contrario.

c) El Distrito Federal. En materia mercantil sigue siendo aplicable el Código de Comercio.

1) Ob. cit. pág. 263.-

cosaría la constancia escrita (1) de la prenda, ya sea en escritura pública, acta notarial o documentos privados.

La ley de títulos y operaciones de créditos de la República Mexicana, (Art. 334) establece formas especiales de constitución de la prenda mercantil:

- a) "Endoso de los títulos a la orden y endoso de los títulos nominativos mas anotación en el registro del endosor";
- b) "Entrega del título-valor no negociable e inscripción en el registro del endosor", y entrega del documento en que conste el crédito con notificación hecha al deudor";
- c) Por entrega del título representativo de los bienes o del bono de prenda";
- d) Por la inscripción de los créditos "de habitación y usufructuarios";
- e) Por las anotaciones a que se refiere la ley en materia de descuentos, "de créditos en libros". (2)

Si los títulos son al portador hasta su entrega o el depósito de los mismos, pero es necesario una constancia que exprese el recibo de los bienes o títulos dados en prenda y los datos necesarios para su identificación.

La Ley de Prenda Agraria Ganadera o Industrial nos dice: que las partes de común acuerdo pueden formalizar los contratos en escritura pública o en documento privado, autenticando las firmas de los contratantes ante alcalde o notario. Se faculta a los contratantes para que en este último caso puedan

.....

1) Ob. cit. pág. 263

2) Ob. cit. pág. 264.

utilizarse, en lugar del papel sellado correspondiente, papel común en forma de formularios con sus respectivos timbres.-
 Tratándose de créditos refaccionarios, los expresados contratos se inscribirán extractados en la sección especial correspondiente del registro de la Propiedad Raíz de la jurisdicción en que estén ubicados los inmuebles o las fábricas, anejándose al margen de cada inscripción la prenda correspondiente. Art. 8 y 9 L.P.A.G.I.

El Reglamento de las casas de préstamos de nuestro país, publicado el treintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno establece una serie de formalidades para perfeccionar el contrato de prenda, celebrado entre la casa acreedora y el deudor prestatario. El Art. 7 de dicho reglamento manifiesta lo siguiente: "Los objetos que se entregan en calidad de prenda, deberán ser previamente valorados por un experto de la casa prestatante.

Dichas prendas se devolverán al depositante o a su apoderado o encargado, al cancelarse la deuda y los intereses vencidos, previa entrega de la respectiva bolata de empeño. En dicha bolata deberá hacerse constar el valor que de la prenda da el experto de la casa, el detalle de la misma, capital prestado, intereses convenidos por mes, fecha de vencimiento del empeño y será firmada y sellada de puño y letra del gerente o representante legal del establecimiento. Los talonarios se inscribirán en talonarios de cien hojas, numeradas correlativamente hasta alcanzar la cantidad de cien mil, por series que se numerarán ordenadamente con letras del abecedario, de-

biendo extenderse por duplicado, de los cuales el volante se entregará al prestatario en el momento del contrato y el otro tanto que será el talón quedará en poder de la casa prestatadora. Como vemos en este artículo se ha rodeado de una serie de garantías y formalidades, al contrato de prenda, y especialmente de que el mismo debe "constar por escrito y con los timbres correspondientes". En cuanto a las anotaciones en materia de descuentos o créditos en los libros de que nos habla el Art. 1541 del proyecto, es requisito indispensable, - anotarlo en el "registro del descontante, si fuere una institución de crédito".

En general todas las prendas especiales: (bono de prenda, -- avío, bono comercial, etc.), deberán constar por escrito (1).

El Código Civil del Distrito Federal en materia mercantil en su Art. 2860 y 2861, recomienda que "cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente debe constar en el Registro Público", no surte efecto contra terceros el - derecho de prenda, sino desde que se inscribe en dicho registro. El proyecto de Código de Comercio al hablar de la prenda sin desplazamiento, nos dice: que no surte efectos contra terceros, "sino se inscribe en el Registro de propiedad o - de comercio.

d) Perfección del contrato de prenda.

El contrato de prenda se perfecciona según el Art. 2136 C. - de forma general, por la entrega de la prenda al acreedor,

1) Ob. cit. pág. 264.

no sean éstos bienes que integran dicha prenda, corpóreos o incorpóreos, y según los Arts. 1537 y 1540 del proyecto, por la constitución de la misma en poder de un tercero¹ o por la entrega simbólica ("entrega de las llaves de los locales en que se encuentran las cosas empeñadas"). Esta entrega simbólica está comprendida en nuestro Código Civil, es una novedad del proyecto.-

CAPITULO III

DERECHOS Y DEBERES DEL ACREDOR PIGNORARIO.-

1.- Derecho de Retención: El acreedor tiene derecho a retener la prenda, mientras dura el contrato y subsista la obligación principal¹ (1) y se le acaudalan capital, intereses, gastos y perjuicios, Art. 2146 C.C.- Si el acreedor, según el Art. 2153 C. está obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo, también tiene el derecho de pagar dicha prenda con los expresados aumentos. Cuando fueran títulos valores los dados en prenda, el proyecto mantiene la regla general del Código Civil, en cuanto al derecho de retención, pero sólo en cuanto al importe recibido por dichos títulos, pues el art. 1542 (proyecto) dice: "si antes del vencimiento de la obligación garantizada, vencen los títulos dados en prenda o fueren garantizados, el acreedor pignorario conservará la prenda el importe recibido.

1) Ob. cit. pág. 265.

La extinción por cualquier causa de la obligación principal - o que accede la prenda, trae como consecuencia la extinción - del derecho de RETRACCIÓN a que nos hemos referido.

2.- Otro de los derechos del acreedor prencario, es el derecho de PAJUIR, la cosa dada en prenda, según el Código Civil, el acreedor prencario tendrá derecho para que la prenda del deudor forzoso, se venda en pública subasta para que con el producto de dicha venta se le pague, o a falta de postores en la subasta, se valúa por medio de peritos y se le adjudica en pago al expresado acreedor hasta concurrencia de su crédito. En la subasta pueden intervenir como postores, el acreedor y el deudor. El deudor puede redimir la prenda, mientras no se haya consumado la venta o la adjudicación y siempre que el pago de la deuda sea completo incluyendo los gastos que la venta o la adjudicación hubiere ocasionado. En caso de venta o adjudicación, si el precio de la prenda no alcanzare a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero dicho precio a intereses y costos. Como excepción a las reglas anteriores, el Código Civil nos trae una regla especial, que consiste en la omisión de los trámites de la subasta cuando en caso de mora del deudor, el acreedor pueda pedir la adjudicación de la prenda por su tasación; siempre que dicha prenda no tenga un valor mayor de Doscientos colones. (Arts. 2147, 2148, 2150, 2152, todos del Código Civil).

El Reglamento de casas de préstamo que regira en nuestro país al referirse a la enajenación de las cosas dadas en prenda;

nos manifiesta que cada tres meses, los establecimientos tendrán el derecho de rebatir las prendas que hayan cumplido el plazo para el cual fueron empeñadas, sino se ha pagado el capital y los intereses adeudados y se tomará como base para el rebate: la cantidad prestada, los intereses que se adeuden más un cinco por ciento calculado sobre el capital por gastos de rebate. Este rebate tiene que ser público y las prendas que no se vendieron en el rebate, se adjudicarán en propiedad al establecimiento. Este reglamento no permite al acreedor (casa prestadora) participar en la licitación de la prenda, como lo permite el Código Civil en cuanto al acreedor; y la razón, es lógica, pues realizándose en las mismas casas de empeño el rebate correspondiente, sin presencia del Juez, sino sólo del delegado municipal, podría dicha casa aprovecharse de la situación de ventaja con respecto a sus deudores y comprar todos los lotes de prendas que le convinieran, sin permitirle a aquéllos la recuperación.

El proyecto de Código de Comercio inspirado en las más adelantadas doctrinas (del derecho comercial), en su art. 1543, nos manifiesta que "si el deudor no pagare en el plazo estipulado o no habiéndolo en el que se le fija judicialmente, el acreedor podrá pedir, y el juez decretará la venta en pública subasta de los bienes empeñados, previa citación del deudor y del que hubiere constituido la prenda". De este artículo tenemos la novedad con respecto al Código Civil de la necesidad de citar al deudor y al que hubiere constituido la prenda, ya que novedad trae el art. 1544 del expresado proyecto, cuando

en su primer inciso nos manifiesta que si el precio de los bienes dados en prenda, bajaren de valor, al grado de no poder cubrir el adeudo y un veinte por ciento más, el acreedor podrá proceder como en el caso de notoria urgencia (1) y el Juez autorizará la venta bajo la responsabilidad del acreedor aún antes de hacer la notificación al deudor.

Tratándose de títulos valores dados en prenda, el proyecto citado nos trae una situación idéntica a la de desmejora de los precios de las cosas dadas en prenda y esto sucede cuando el deudor no cumple con la obligación de proporcionar en -- tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos mencionados; en cuyo caso -- el acreedor, puede proceder a la venta de dichos títulos como en el caso de grave urgencia. El deudor en este caso, aún -- cuando no haya sido notificado, puede oponerse a la venta, -- proporcionando los fondos necesarios, cubriendo los bienes -- dados en prenda, o bien reduciendo el adeudo, (Arts. 1544, -- Inc. 1o. y 2o., proyecto).

En el caso de grave urgencia, si el acreedor lo solicita y -- el Juez no ve inconvenientes, la realización de las cosas mencionadas, se hará "por medio de los procedimientos establecidos en la plaza" y al precio de bolsa o al de mercado y dichos -- procedimientos extenderán su certificado de venta al acreedor. Teniendo fijado el Inc. 2o. del Art. 1543, "cuando se hará ninguna adjudicación del importe obtenido hasta que sea notificado el deudor y hubiere obtenido oportunidad de oponerse a la misma".

El Código Civil establece el pacto comisorio en su Art. 2147 Inc. 2o., "podrá también estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela, sin necesidad de recurrir a la justicia por un PRECIO SEÑALADO DE CONVENIMIENTO CON EL DEUDOR". Este pacto se ha considerado por casi todos los autores como prejudicial para el deudor, pues pone a éste en situación de desventaja frente a su acreedor, quien podrá explotar la necesidad del deudor y hacerlo firmar este pacto. El proyecto de Código de Comercio en su Art. 1545 es claro en este sentido y dice: "que será nula toda cláusula que autorice la apropiación de la prenda por el acreedor, aunque sea de mayor valor que la deuda, o de disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos anteriores". El mismo artículo últimamente citado nos dice en su Inc. 2o. que será lícita la apropiación de la prenda por el acreedor, si se conviene "por escrito y con posterioridad a la mora del deudor" (La ley de Títulos y operaciones de crédito mexicana, dice: por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda)(1).

En caso de que nadie concurre a la subasta, o bien en la venta directa, el proyecto dice que se adjudicará las prendas por las dos terceras partes de su postura o las dos terceras partes del precio señalado. 1545 Inc. 2o. proyecto.

Nada dice el proyecto respecto a la compra de la prenda por parte del acreedor después o antes del vencimiento de dicho

1) Art. 334 L.T.O.C.

a) El inciso antes y ferido fue reformado por un decreto publicado en el D.O.F. 5-Tomo 226-9/1/70, que considera al pacto comisorio "como no escrito".

prenda, (1) pero es lógico que si el acreedor prendario, compra la cosa dada en prenda, al deudor o al que la constituye automáticamente tiene derecho a apropiársela. Cuando hablamos del pacto comisorio, dijimos que el proyecto lo prohíbe terminantemente; pero no dijimos nada respecto al pacto de enajenación. Este pacto que se estableciera en un contrato de prenda, sería nulo o se vería por no escrito, pues este pacto contraría la naturaleza jurídica de la prenda y tendría graves repercusiones en la finalidad económica de la misma. (2) De cuanto a la prenda constituida sobre títulos o bienes fungibles, de que hablamos anteriormente, así como también cuando se constituye sobre dinero; como se presume que la propiedad se transfiere al acreedor, éste, perfectamente puede enajenar dichas prendas, aún sin el consentimiento del deudor, pues su obligación en dicho contrato se limita a devolver a otros tantos cosas o títulos de la misma especie o calidad. (prenda irregular)

La enajenación de la prenda, puede pactarse de manera que la venta se realice extrajudicialmente; pero si tal pacto no existe, la enajenación de la prenda tendrá que efectuarse judicialmente, siguiendo los libranos de la subasta, del remate o la venta directa (venta por medio de dos comerciantes de plaza) en los casos de grave necesidad.

El acreedor prendario es un acreedor preferente y puede hacer valer su derecho de enajenación en cuanto a los

1) O. cit. pág. 267

2) Ob. cit. pág. 267

bienes dados en prenda, cuando se ha declarado la quiebra del deudor, el Código de Comercio vigente en su Art. 776, nos manifiesta: "que declarada la quiebra, los acreedores no podrán promover ejecución contra los síndicos de la quiebra, ni continuar la que tuvieron contra el fallido".

Se exceptúan de esta regla los acreedores hipotecarios y PRENDARIOS los que podrán iniciar o llevar adelante la ejecución contra los bienes afectos a la seguridad y pago de sus créditos. En otras legislaciones, y particularmente, la mexicana, cuando el acreedor no ha entablado acción, tiene el derecho de separación de los bienes (1) afectos al pago de sus créditos

DEBERES DEL ACREEDOR PRENDARIO:

El acreedor prendario está obligado inmediatamente a devolver la cosa dada en prenda, con sus aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo, siempre que se le paguen íntegramente, la deuda, sus intereses y gastos de conservación. El acreedor prendario, está obligado a cuidar de la prenda como un buen padre de familia (Art. 2144 C.) y responsable de los deterioros de ella, que se ocasionen por su culpa o negligencia. El Código Civil del distrito federal dice: -- "que si el acreedor abusa de la cosa empeñada, el deudor puede pedir que se deposite la prenda o que dé, el acreedor, fianza suficiente de restituir la cosa en el estado en que se recibió. (2) Nuestro Código Civil al respecto es más amplio en este aspecto, pues al suceder un abuso de parte del

1) Art. 160 fr. VI. Inc. I. Ley de Quiebra.

2) Ob. cit. pág. 260.

acreedor, el deudor puede pedir la restitución de la cosa en
 (X)
 pedida en forma inmediata. Art. 2146 C. El proyecto de Código
 de Comercio nada dice al respecto, pero en su artículo --
 primero se refiere al Código Civil. El Código Civil del dis-
 trito federal manifiesta que "siempre que la prenda fuere un
 crédito, el acreedor que tuviere en su poder el título, esta-
 do a
 rá obliga/hacer todo lo que sea necesario para que no se al-
 tere o menoscabe el derecho en aquél representado. (Art. -
 2866). La ley de títulos y operaciones de crédito de la cita-
 da República lleva esta obligación hasta sus extremos al --
 obligar al acreedor prendario a ejercitar todos los derechos
 (2)
 inherentes a los bienes o títulos dados en prenda, siendo los
 gastos de esta operación por cuenta del deudor, y consideran-
 do nulo todo pacto que limite esta responsabilidad. (Art. -
 338 y 339 L.T.O.C.)

El deudor por su parte tiene derechos que son correlati-
 vos a los deberes del acreedor: derecho de recuperar la cosa
 mediante el pago correspondiente, derecho de obtener un reci-
 bo por las cosas que entrega (boleto) de validez al depósito -
 de la prenda cuando haya abuso del acreedor o la constitu-
 ción de fianza, suspender la enajenación de la cosa en ca-
 sos de subasta; de recibir el exceso recaudado por la venta
 de la cosa; etc. (1)

Entre los deberes del deudor podemos citar los siguientes:-
 pagar al acreedor por los gastos en que éste haya incurrido

1) Ob. cit. pág. 269.

(X) El Proyecto de Código de Comercio no regula esta clase de
 deberes del acreedor prendario, pero en su art. 1º se re-
 fiere al Código Civil con lo cual queda resuelto el pro-
 blema.

(2) Derechos que tienen un contenido económico directo, como
 el que tiene el acreedor prendario sobre una acción.-

en la conservación y tenencia de la prenda, así como los daños y perjuicios que ocasionare; sustituir la prenda por otra de igual o mayor valor, u otorgar una caución competente, cuando la cosa empeñada se restituyere a su dueño, se pierda o se deteriorare por culpa del deudor; proporcionarle al acreedor, los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban hacerse sobre los títulos dados en prenda. (1) (X)

CAPITULO IV.

PRENDAS ESPECIALES:

- 1)-Prenda sin Desplazamiento: El proyecto de Código de Comercio trae como novedad la prenda sin desplazamiento en forma extensiva, a todos aquéllos casos en que al gravamen debe constituirse sobre instrumentos que el deudor necesita para su trabajo o para su vida diaria, cuando en actualmente solo está regulada en la ley de prenda agraria ganadera e industrial para los créditos refaccionarios de avío pecuario e industriales. El proyecto de Código de Comercio en su Art. 1536, especifica que la prenda podrá constituirse sin desplazamiento de los bienes mencionados, que servirán de modo del constituyente cuando recaiga sobre bienes necesarios para la explotación de una empresa, y en los casos que este Código lo permite. De tal manera que se pueda dar en prenda sin desplazamiento, según este artículo, los aquellos elementos sin los cuales la empresa ya sea industrial o de servicios, no pueda realizar adecuadamente el fin para el cual fué cons-

1) Ob. cit. pág. 269

(X) Estos deberes del deudor preudario están contemplados en el Cod.C. en los Arts. 2141, 2146 y 2156.

tituida; por ejemplo: se constituye una empresa para el servicio público del transporte de mercadería por medio de camiones pesados, el dueño de la empresa necesita dinero para mejorar sus unidades y solicita un crédito dando como prenda las unidades de su empresa; como dichas unidades son indispensables para el fin que la empresa se ha propuesto, perfectamente puede constituirse una prenda sin desplazamiento con dichas unidades. Además de la prenda sin desplazamiento, podemos mencionar como prendas especiales: el bono de prenda y la prenda en el descuento de créditos en libras.

La ley de prenda agraria, ganadera o industrial dada en el año de mil novecientos treinta y tres, tuvo por objeto resolver una tremenda crisis que afectaba a nuestro país y al mundo entero y su objetivo primordial era garantizar los créditos de avío, los perfeccionarios mobiliarios e inmobiliarios, los pecuarios y los industriales, por medio de una prenda, que bien podría ser los frutos pendientes o cosechados; caderas, productos de minería, elaboración de objetos industriales; maquinarias, arcos o instrumentos de labranza, animales de cualquier especie y sus productos; etc. Dicha prenda se constituye por medio de escritura pública o bien por medio de escritura privada autenticada ante el alcalde municipal, celebrada entre la entidad que da el préstamo y el prestatario. Dicho crédito tiene carácter privilegiado en relación con otros créditos que crecen al prestatarlo, y para su debido cumplimiento, dicha ley, tiene establecidas san-

ciones (penales) para los que destruyan, inutilizan o enajenen las cosas dadas en prenda, o no se lleve a cabo los cultivos mencionados en el respectivo contrato. Esta clase de prendas como dije antes, quedan en poder del deudor, contra la regla general, de que la prenda siempre queda en poder -- del acreedor prestatario. Considero que esta clase de prenda es especialísima como lo es- el bono de prenda y otras, que se creó para beneficiar la industria agrícola del país pero que necesita reformas que se adapten al momento actual. El proyecto de Código de Comercio en su Título VII Capítulo VIII -- trae lo relativo a la ley de prenda agraria, bajo el epígrafe de "Créditos a la Producción", con muy pocas modificaciones.

Siendo el acto de comercio, el acto en masa realizado -- por empresa; con muy buen sentido el proyecto de Código de Comercio, al referirse a la prenda sin desplazamiento, dice: que podrá constituirse sobre pliegos necesarios para la explotación de una empresa.(1)

- 2)-Bono de Prenda: Al referirse al bono de prenda tendrá que enfocarse el certificado de depósito, pues ambos títulos son representativos de mercaderías depositadas en un almacén general de depósitos y se relacionan el uno con el otro.

El proyecto de ley uniforme de títulos valores para Centro -- América en su Art. 210 dice: "El certificado de depósito tendrá la calidad de título representativo de las mercancías -- por él representadas. El bono de prenda incorporará un crédito

(1) pliegos necesarios o elementos esenciales. Art. 1538 Proy.

to mandario sobre las mercancías amparadas por el certificado de depósito". Art. 211 de dicho proyecto. Es por ello que me referiré a estos títulos en forma combinada, pues al depositar los comerciantes sus mercancías en almacenes generales de depósito debidamente autorizados, éstos quedan facultados para expedir certificados de depósito y esquemas - de bonos de prenda.

Los almacenes generales de depósito, son en nuestro país las únicas sociedades anónimas (1) que pueden expedir certificados de depósito y bonos de prenda. Desde luego dichas sociedades deben estar constituidas conforme a la ley y con un capital no menor de cien mil colones, debiendo rendir además - una fianza de veinte mil colones y una póliza alícuota de seguro contra todo riesgo. Estos almacenes estimulan las operaciones de crédito sobre productos agrícolas, forestales, de minería y en general sobre mercaderías de toda clase. Su labor principal la constituye la custodia y conservación de los bienes muebles que se depositan, respondiendo por ello hasta de la culpa leve; la venta de las mercaderías en los casos previstos y la expedición de bonos de prenda y certificados de depósito. Estas sociedades están fiscalizadas por la junta de vigilancia de Bancos y Sociedades Anónimas y responden de la legitimidad del título, de la cantidad o calidad de las mercaderías a que el certificado se refiere y a la conservación de los mismos. La obligación de los almacenes de depósito ill;

(1) Según la Ley de Almacenes Generales de depósito, llaman a estas Sociedades "Establecimientos"; ellos tendrán que estructurarse como sociedades anónimas.

var libros de registro de los certificados de depósito y de los bonos de prenda. En los libros que se anoten los respectivos bonos de prenda se anotarán los endosos efectuados, como también en los de anotación de certificados de depósito se anotarán los respectivos traslases del certificado. El bono de prenda llamado, también albarán o boletín de prenda concede por sí mismo un privilegio de un crédito prendario y es en sí un contrato de un contrato de préstamo cuya garantía son los bienes depositados en el respectivo almacén; debe constar por tanto entre otras cosas: el nombre del tenedor del bono; el importe del crédito; el interés convenido; fecha de vencimiento no posterior a la fecha de conclusión del depósito; firma del tenedor del certificado que negocia el bono. El bono se primera vez se anotará en el respectivo certificado de depósito, ya sea por el almacén o por la institución en el mismo en la negociación del bono de tal modo y alizado una operación con el mismo.-

Esta anotación deberá hacerse constar también en el bono.-

El bono de prenda deberá tener un número de orden idéntico al número que tiene el certificado de depósito, pero cuando se trata de varios bonos de prenda relativos a un mismo certificado de depósito, la numeración de dichos bonos tendrá que ser progresiva.

El acto causal por el cual el bono de prenda y el certificado de depósito son emitidos; es el contrato celebrado entre el almacén general de depósito y el dueño de las mercaderías depositadas. Este contrato es de depósito y el dueño de las mercaderías puede depositar directamente las mercaderías en el almacén o bien puede hacerlo por medio de un tercero.- Efectuando el depósito, el almacén emite un certificado de depósito que lleva adherido un bono de prenda, tratándose de mercancías designadas individualmente, pero cuando por ejemplo, los bienes depositados son varios tractores (esto es genéricamente), pueden emitirse varios bonos de prenda conexos con un solo certificado de depósito, o bien, varios certificados de depósito conexos con varios bonos de prenda; pero el valor de todos los bonos no podrá ser superior al valor que tendría el único bono de prenda, en caso de que no fuese múltiple.

Cuando los bienes depositados fueren genéricos y el tenedor del bono de prenda no quisiera negociarlo por su elevada cuantía; podrá hacer uso del derecho de dividir su título de crédito en otros varios, para ello pedirá al almacén que las mercancías designadas se dividan en lotes a fin de obtener varios certificados de depósito, los cuales serán entregados al tenedor del único certificado, previa notificación y desde luego anulando o cancelando el certificado original.

El tenedor de un bono de prenda, goza de un perfecto derecho real de prenda sobre los bienes depositados y a su vencimiento, tiene derecho a cobrar el valor del crédito prendario más los intereses convencionales, a menos que el bono - haya sido descontado, en cuyo caso se descontará legalmente (en caso de mora). Este derecho es privilegiado y sólo es - afectado por las deudas fiscales, (derechos de aduana) y los gastos de almacenaje. El bono de prenda puede ser título nominativo o a la orden. Es propagativo en la primera operación crediticia y a la orden en las siguientes: en el primer caso el bono debe anotarse en el registro del visor y en el cuerpo del certificado de depósito, con el único objeto de que - la entidad emisora de los títulos al momento que se presente el tenedor del certificado de depósito ya sea al vencimiento de este o antes; puede exigirse el valor del bono de prenda con sus intereses. Esta operación salvaguarda también los - intereses de los futuros adquirentes del certificado, pues fácilmente se dan cuenta del gravámen que afecta a las mercancías depositadas. El tenedor del bono que a la fecha de - su vencimiento lo presentara a la entidad emisora y no fuere pagado, tendrá derecho a protestarlo dentro de los ocho días siguientes en las mismas oficinas del almacén de depósito, - quien pondrá una razón indicando que el bono fué presentado a su vencimiento, pero que no fué pagado por ninguno de los obligados a depositar su importe, una vez protestado el bono, el tenedor deberá pedir al almacén la venta de los mer-

cancias depositadas dentro de los ocho días siguientes; esta venta deberá ser hecha en remate público con señalamiento de día y hora y con las publicaciones correspondientes en el Diario Oficial y en los periódicos particulares; la base del remate serán las tres cuartas partes del precio que dichos bienes tienen en plaza y los bienes pueden ser vendidos aún antes del remate. Si del producto de la venta no se alcanzare a pagar las deudas fiscales, gastos de almacenaje y bono de grama, el tenedor del bono y el almacén podrán usar la acción cambiaria en vía directa y de regreso contra el primero que negoció el bono y contra los demás endosantes y avalistas para los efectos del pago de la totalidad del adeudo; en caso contrario, el remanente quedará en el almacén a la orden del dueño (tenedor) del certificado de depósito.

El almacén general de depósito, puede acceder al remate público de los mercaderías depositadas, previo consentimiento del tenedor del certificado de depósito; en los casos siguientes: cuando los bienes se encuentran en peligro de deteriorarse por su naturaleza, o por que tratándose de materias inflamables o corrosivas puedan dañarse considerablemente a las demás mercancías que se encuentran en depósito; cuando se adjudicare al almacén un veinticinco por ciento del valor de los bienes depositados o bien cuando las mercancías disminuyan del valor en el mismo veinticinco por ciento

to; cuando pasen ocho días sin que se retiren las mercaderías o no se revalide el certificado de depósito.

El tenedor de un bono de prenda que no lo presentare a protesto dentro de los ocho días siguientes a su vencimiento o no pidiere la venta de los bienes dentro del mismo plazo, o no ejercitare las acciones en vía de regreso, se le declarará caduca su acción.-(X)

Las acciones derivadas del bono de prenda prescriben en tres años a partir de la fecha en que debieron ser usadas.-

PRÉSTAMO DE LOS DESCUENTOS DE CRÉDITOS EN LIBROS.

3)-Se trata de una operación mercantil que sólo la pueden realizar las instituciones de crédito. En esta operación intervienen tres personas, a saber: el deudor, el comerciante acreedor de el primero y la institución bancaria, que realiza con el comerciante un contrato de apertura de crédito en virtud del cual el banco o entidad acreditante confiere al comerciante una cantidad de dinero en efectivo, y para garantía de la entidad acreedora, el comerciante le cede a aquélla los créditos que tiene contra los deudores; siempre que dichos créditos sean exigibles a término o con previo aviso y que los deudores estén conformes con los mismos. El contrato entre el comerciante y la entidad descontadora (banco) deberá constar en una cédula, a la que -

(X) La caducidad opera después de tres meses de haber recibido una cantidad inferior al bono, o cuando se realizó la venta de los bienes depositados, o cuando se le notificó que la venta no podría efectuarse.

se le adicionarán notas relativas a cada deudor del comerciante, especificando el nombre del deudor, cuantía de crédito, intereses pactados y las formas y condiciones de pago. El comerciante girará letras a favor de la institución de crédito y a cargo de los deudores en los términos convenidos para cada crédito; pero esta operación, no tiene rasgo de afecto que el de una acción preventiva, pues el banco no podría endosar dichas letras, si no está autorizado expresamente por el descontatario (comerciante). En todo caso, si el comerciante no paga en el término estipulado "deberá efectuar el cobro de los créditos de sus deudores, no por cuenta propia, sino como mandatario de la entidad descontante" (1). Los autores modernos están de acuerdo en que en esta operación lo que realmente existe es una "apertura de crédito con garantía prendaria sobre derechos de crédito". En otras palabras, la entidad descontante concede el crédito al comerciante y éste da en prenda a aquélla, los créditos que tiene con sus deudores. El proyecto de Código de Comercio en su Art. 1541 dice: "en el descuento de créditos en libras, la prenda se perfecciona por la anotación que se haga en el registro del descontante, si fuere una institución de crédito", con lo que se pone a tono con la moderna teoría del derecho mercantil.

1) "Títulos y operaciones de crédito", Raúl Cervantes Ahu-
naga-Editorial "Cerrera" S.A. México-1966-pág. 250.-

PRÉFIDA SOBRE ACCIONES.

- 4)-La acción está considerada como cosa mueble que está en el comercio, y es uno de los afectos cotizables que se puede dar como garantía. El dueño de la acción puede dar en prenda sus acciones entregándoselas al acreedor, pero el derecho a votar siempre lo tiene el deudor, a menos que delegue al acreedor este derecho; en caso necesario puede exigir al deudor al acreedor, que presente las acciones ignoradas a la Sociedad, para poder ejercer sus derechos. -
- (1). El proyecto del Código de Comercio en su Art. 132 es claro en este sentido y dice: ^{en otras palabras/} que los derechos personales del accionista serán ejercidos por el dueño de la acción; y los patrimoniales por el tenedor legítimo de la misma - (acreedor hipotecario).

.....

1) Emilio Lengle y Rubio "D. Mercantil Español".- Editorial "Gotha" 1959.-

-

TITULO II.

CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL

CAPITULO I

1) CONCEPTO Y ORIGEN. Lo mismo que expliqué cuando me referí a la prenda mercantil, puedo decir con respecto a este contrato de garantía, en lo que se refiere a su regulación, -- pues no estando legislado nada al respecto en el Código de Comercio todos los contratos de fianza, ora fueran civiles o mercantiles, han sido celebrados al amparo de nuestra legislación civil. En términos generales el origen de la fianza se encuentra en las antiguas instituciones de la legendaria Grecia, y en ellas este contrato tan importante en -- nuestro derecho civil y mercantil, no era un contrato accesorio, sino un elemento jurídico necesario para que se perfeccionaran los otros contratos, pues el consentimiento de los contratantes no era suficiente para la perfección de -- los mismos; sino que era necesario la intervención de un -- tercero que afianzara la ejecución del acto, convirtiéndose el caucionador en deudor solidario. Esto obedecía a que la mayoría de los pobladores eran campesinos de escasos recursos que no ofrecían una seguridad real al acreedor. Este -- contrato se desarrolla y perfecciona en Roma tomando carta de ciudadanía en el derecho romano. A diferencia del contrato de prenda mercantil, que es constitutivo real, el con-

trato de fianza, es PERSONAL y la garantía que recibe el -- acreedor, no es el dominio ni la entrega material de la cosa; sino una promesa de pagar si el deudor no paga, fundamentada en la confianza y solvencia económica del fiador, -- quien tiene sobre sus bienes una responsabilidad difusa. El Código Civil en su Art. 2086 C., no define a la fianza como contrato, sino como una obligación al decir: "la fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o mas -- personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple". El Código de Comercio de la República de Guatemala no define lo que es la fianza, sino que nos da los elementos para considerar una fianza como -- mercantil, al decir: "para que una fianza sea mercantil, no es necesario que el fiador sea comerciante, siempre que lo sean los principales contratantes y que la fianza tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil. (Art. 477 C.Com.Guat.). Idéntico criterio sigue el Código -- de Comercio Español al considerar mercantiles los afianza- mientos que tengan por objeto "asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil". (Art. 439 C.Com. Español). El proyec- to de Código de Comercio de nuestro país en su Art. 1547, -- dice: "es mercantil el contrato de fianza que se constitu- ye por personas, que, dentro de su giro ordinario practi--

quen dicha operación y la otorgada por instituciones Bancarias".-

De acuerdo con todos los criterios podemos decir que la fianza mercantil es un contrato de garantía accesorio, por el cual una o mas personas se comprometen con el acreedor o acreedores, a pagar por el o los deudores, si éstos no lo hicieron, siempre que los otorgantes lo hagan en forma habitual y profesional, cabe decir en masa.-

2) CARACTERES.- 1) "Es un contrato, "lo que implica una convención en virtud de la cual una o mas personas se obligan para con otra u otras o (recíprocamente) a dar, hacer o no hacer algo, es una manifestación unilateral de voluntades que coinciden en algo. El Código Civil nuestro clasifica las fianzas en convencionales, legales y judiciales (Art. 2087 C.) En cuanto a las dos últimas categorías, en nada desnaturalizan la calidad de contratos de las mismas, pues ello solo significa que la obligación de constituir una fianza deriva a veces de la ley y a veces de la voluntad del Juez. 2) CONSENSUAL.- La fianza se perfecciona por el consentimiento de las partes contratantes, como la compraventa, la permuta y otros, no siendo necesario el consentimiento del deudor, pues perfectamente se puede dar una fianza aún en contra de la voluntad del deudor, aunque en este caso el fiador no puede exigir del deudor el reembolso de lo que haya pagado por él en concepto de intereses, gastos y costas- recíprocamente- lo vale.-

(X)
 tos e indemnizaciones (Art. 2120 y 2125 C). teniendo el fiador solamente acción de repetición, según las reglas generales. 3) ACCESORIO.— Este carácter se refleja en el hecho de que la fianza no puede extenderse a más que la obligación principal, y subsiste hasta la completa terminación del contrato afianzado y la cancelación definitiva de las obligaciones que nazcan del contrato principal. No puede haber fianza si no hay contrato principal válido, puesto que la fianza sigue la suerte del contrato principal, sin perjuicio que la invalidez del contrato principal obedezca a una excepción puramente personal del deudor. Por este carácter la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la de su fiado, pudiendo aquél oponer frente al acreedor todas las excepciones objetivas que nazcan del contrato principal, y las que nazcan del contrato accesorio, sin poder oponer las excepciones personales del deudor. El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor; y si se hubiera obligado a más se reducirá su obligación a los límites de la obligación principal. Si se hubiera obligado por otro tanto de la obligación principal se presume que se obligó por otro tanto. 4) GRATUITO. El Código Civil nuestro, en su Art. 2092 C., nos dice que el fiador puede pactar con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta. No es, pues, de la esencia del contrato de fianza civil, el carácter de gratuidad, pues según la última

(X) Salvo en cuanto se haya extinguido la obligación del deudor.

na disposición citada la remuneración es convencional; pero en la fianza mercantil, la gratuidad es la excepción, porque la fianza mercantil, es acto de empresa realizado en casa, en forma habitual y profesional, y cualquier empresa -- que se dedique en escala a la explotación de esta clase de negocios no podría hacerlo en forma gratuita. La Ley de Instituciones de fianzas de la República Mexicana nos dice en su Art. 1 L. Ins. F. "Que para dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso, en cualquier ramo se requiere autorización del Gobierno Federal".

El Código de Comercio de la República de Guatemala se adhiere al Código Civil nuestro, en su Art. 479 C. R. G: "mediante pacto expreso entre el principal obligado y su fiador, puede éste exigirle una retribución por la responsabilidad que contrae en la fianza. El Código de Comercio Español dice: "que el contrato de fianza será gratuito, salvo pacto en contrario". 5) ^(X) FORMAL. La fianza civil y la mercantil en nuestro país, constan en escritura pública, en acta notarial, o en documento privado autenticado; pero en otros países la fianza mercantil consta necesariamente en Póliza cuyos modelos son aprobados por la Secretaría de Hacienda. (1). En todo caso, la fianza debe constar por escrito y sin este requisito no tendrá ningún valor (2).

El proyecto del Código de Comercio nuestro, en su Art. 1549 dice: "La fianza mercantil se hará constar en póliza -

1) Ob. Cit. Pág. 273

2) C. de Com. de la Rep. de Chile. Edición de 1958-Pág. 190. - Art. 520

(X) Art. 441 C. de C. Español

que contendrá:

- I. El lugar y la fecha de su expedición.
- II. El nombre o denominación de la persona, natural o jurídica a cuyo favor se otorgue.
- III-El nombre y demás datos que identifiquen al fiado.
- IV. Hincación de las obligaciones garantizadas y el valor y circunstancias de la garantía. (X)
- VI-La firma autógrafa del representante de la institución fiadora.

En el caso de que no exista b6liza, el contrato de fianza se probará por la confesión de la institución fiadora o por cualquier otro medio, siempre que exista un principio de prueba por escrito (Art. 1550 proyecto); sin lo cual como dije antes, la fianza no tendr3a ning6n valor. 6) 13. EL CONTRATO DE GARANTIA. En verdad, la fianza debe en mejor posici6n al acreedor, pues 6ste, en caso de incumplimiento de su deudor principal, porque carece de bienes, puede cobrar su obligaci6n en los bienes del fiador, o bien edilar su acci6n conjuntamente en caso en que el fiador haya renunciado al beneficio de excusi6n de bienes, beneficio 6sto, que en la fianza mercantil carece de importancia, pues en ella el fiador responde solidariamente con el fiado y carece de dicho beneficio.

El fiador siempre se compromete a pagar una cierta cantidad de dinero, sin importar la clase de obligaci6n de su fiado, para el caso, el Art. 52 de la Ley de Liquidaci6n vigente,

(X) V- Nombre y domicilio de la instituci6n fiadora.

(X) En la fianza mercantil el fiador responde solidariamente por el fiado, sin gozar del beneficio de excusi6n de bienes (1548 Proyecto)

establece que las personas que deseen prestar servicios en el extranjero deberán depositar la cantidad de quinientos colones en la Dirección General de Tesorería, para cubrir los gastos de repatriación de dichas personas o sustituirse dicha cantidad por una fianza a favor del Estado. Dicha fianza se hace por la cantidad antes dicha y a favor del Fisco de la República de El Salvador; en caso de que el fiado no pueda regresar a nuestra patria, el fiador tendrá que hacer efectiva la fianza expresada sin importar, como dije antes, la naturaleza de la obligación del fiado. La Ley de Instituciones de Fianzas de la República Mexicana establece para las instituciones de fianzas, cuando la obligación afianzada sea de dar o de hacer, la posibilidad de que dichas Instituciones puedan cumplir su obligación de forma alternativa.(1)

En el mundo comercial, siendo las relaciones, por su índole múltiples, variables y complejas, la fianza mercantil pareciera que viene a ser un dique o valladar a dichas relaciones; pero en verdad no es así, pues al tratar el aval, veremos el papel importantísimo que desempeña esta clase de fianza especial en la letra de cambio.

3) MODELO DE FIANZA BANCARIA A FAVOR DE UNA INSTITUCION AUTONOMA, GARANTIZANDO LAS OBLIGACIONES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA.

LUIS RAUL HERRERO, mayor edad, contador, de este domicilio, actuando a nombre y en representación del BANCO DE

1) Arts. X, transitorios. L. Inst. F. y 121 L.I.F. Ob. cit. -
pág. 274.

CREDITO POPULAR, S. A., Institución de Crédito de esta plaza, por el presente documento OFORGO: que el Banco que representa se constituye fiador solidario a favor de la COMISIÓN EJECUTIVA PORTUARIA AUTÓNOMA (CEPA) hasta por la suma de -- DIEZ MIL COLOMBES, garantizando el fiel cumplimiento de parte de SERVICIO AGRICOLA SALVADOREÑO, S. A., de este domicilio, en el pago de los servicios portuarios y otros en que incurran mercaderías que se importen consignadas a Servicio Agrícola Salvadoreño, S.A., La presente fianza se constituye para el plazo de un año a contar de esta fecha. El Banco no aceptará ninguna clase de reclamos después de la vigencia de la fianza. Para los efectos de las obligaciones que contrae el Banco por medio de este instrumento se somete a la competencia de los Tribunales de esta ciudad; renuncia al derecho de apelar del decreto de embargo, sentencia de merito y demás resoluciones alzables del juicio ejecutivo y sus incidentes; renunciando al beneficio de excusión de bienes y fianza de esta ciudad como domicilio especial siendo depositario de los bienes que se embarguen, la persona que la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma designe, relevando a quien se nombre de la obligación de rendir fianza; siendo de cargo del Banco las costas procesales, aunque conforme a las reglas generales no fueren condenado en ellas. La fé de lo cual firmo el presente documento en la ciudad de San Salvador, a diecisiete de abril de mil novecientos setenta.- Brindado-que-Valle #.-

CAPITULO II.

ELEMENTOS DEL CONTRATO.-

1) Elementos personales. En todo contrato de fianza encontramos a tres sujetos que intervienen en la relación contractual: el fiador, que asume la obligación de pagar una cantidad de dinero si el fiado no cumple la obligación principal; el acreedor, que recibe la garantía del fiador de que será cumplida la obligación; garantía que se entiende extendida a todos los bienes del fiador; y el fiado o deudor, que es el principal obligado.

En la fianza civil el fiador puede ser una persona natural o jurídica exigiéndose para las primeras capacidad, objeto lícito, consentimiento y causa lícita; y para las segundas la no contravención/ a las reglas adoptadas para/ el gobierno de las mismas (Arts. - 1316, 1318 C.)

La fianza mercantil, es una fianza que se constituye por empresas que dentro de su giro ordinario practican las operaciones de rendir fianza y las otorgadas por instituciones de crédito, aunque estas instituciones no se dediquen habitualmente a la práctica de rendir fianzas. Las empresas fiadoras y las instituciones de crédito deben estar debidamente autorizadas para dedicarse al negocio de vender fianzas; la Ley de Instituciones de fianzas de la República Mexicana concede esta facultad a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y solamente con esta autorización pueden las casas fia-

deben usar los términos de caución, afianzamiento o su equivalente; (1) denominaciones que en nuestro país las usan las casas fiadoras y tramitadoras sin tener ni son. La Secretaría de Hacienda/concede discrecionalmente la facultad de operar en una o todas las siguientes ramas: fianzas para personas - que tengan a su cargo la administración de fondos públicos o privados; fianzas ante autoridades judiciales y fianzas ante autoridades administrativas.

La solicitud se presenta ante la autoridad aludida con el proyecto de escritura social y un comprobante de haber depositado el Diez por ciento del capital social en efectivo o su equivalente en títulos valores. La Secretaría aludida es la que se encarga de aprobar la escritura social, hacer observaciones y de recibir definitivamente el instrumento al Registro de Comercio. (2).

Actualmente en nuestro país, las casas fiadoras que operan y especialmente las que se dedican a otorgar fianzas a los motoristas, según disposiciones, órdenes, acuerdos, instructivos, etc., de la Dirección General de la Policía Nacional y del Departamento General de Tránsito, han tenido que ser autorizadas por dichos organismos; presentando a la Secretaría del Departamento General de Tránsito una solicitud en papel sellado de treinta centavos, acompañando a ella, - el testimonio de escritura social debidamente registrada e inscrita en el Registro Civil y de Comercio; constancia de buena conducta de los socios, extendida por la Dirección Ge-

1) Ob.cit. pág. 274.

2) Ob.cit. pág. 275.

neral del cuerpo y una fianza Bancaria por la cantidad de -
 Cincuenta mil colones, para responder por los daños y perjui-
 cios en que incurrieren sus fiados. El Departamento requiere -
 la solicitud y documentos a la Dirección General del cuerpo
 quien da la aprobación definitiva y comunica la resolución a
 las diversas delegaciones de policía de la República. Quedan
 autorizadas dichas casas automáticamente para nombrar una --
 persona de buena conducta y con su respectivo carnet, para -
 que pueda tramitar sus documentos. Las casas fiadoras así --
 autorizadas, quedan sujetas a acatar las disposiciones de la
 Dirección General de Policía y del Departamento General de -
 Tránsito y responden ante ellos de los reclamos que los --
 clientes hicieren. La Dirección General se reserva el dere-
 cho de cancelar a dichas casas, cuando infrinjan los acuer-
 dos u órdenes o incumplan sus obligaciones.

Las Instituciones de fianzas pueden ser perfectamente so-
 ciedades anónimas o bien empresas individuales de responsabi-
 lidad limitada, /^{estas últimas/} que el proyecto de Código de Comercio nues-
 tro trata en un capítulo especial --establecidas --- con el
 fin de dar mayor desarrollo al comercio en el país y evitar
 que se busque igual resultado en la constitución de socieda-
 des anónimas.

Las Instituciones de fianzas gozan de ciertos privile-
 gios (1): Valor ejecutivo de los contratos de fianzas, -
 acompañados de la certificación del contador de la Institu-
 ción fiadora, para el cobro al fiado de la cantidad que se
 ha pagado por su obligación; valor ejecutivo de los recibos

1) Ob. cit. pág. 275, 276.-

que no hayan sido pagados y que estén vencidos, con la certificación idéntica (del contador de la I. Fiadora). Todo el que quiera demandar a una Institución fiadora, deberá someterse previamente a una conciliación ante una Secretaría Especial (Arts. 92 y 93 L. Inst. F.) No entran en concurso o liquidación en que entran los fiados o contrafiadores, y a las expresadas empresas fiadoras se les afirma categóricamente de que gozan de solvencia económica (Art. 32 L. Inst. F.) reconocida. El fiado o deudor, puede ser una persona jurídica o una persona natural, se puede afianzar a la herencia yacente (Art. 2096 C.). No es necesario el consentimiento de ellas y aún se puede fiar sin orden, sin noticia y aún contra la voluntad del deudor (Art. 2095 C.)

El acreedor en el contrato de fianza, puede ser el que es acreedor en la obligación principal, y también recibe el nombre de beneficiario. Como se puede fiar al que es fiador, como en el caso del reafianzamiento, la obligación derivada de la fianza se convierte en obligación principal a su vez.

2) HECHOS REALES. En el contrato de fianza existen dos clases de obligaciones: la obligación garantizada y la obligación que asume el fiador principal; sin perjuicio, como en el caso del reafianzamiento de que existe una institución fiadora que está obligada a proveer de fondos a la fiadora tan pronto sea ésta requerida de pago por el beneficiario y en la contrafianza en que el fiador recibe promesa de que le serán devueltas las cantidades que haya pagado por el fiado;

pero estos contratos mas bien son contratos accesorios del contrato principal de fianza para garantizar al acreedor y al fiador respectivamente.

La obligación a que accede la fianza puede ser de cualquier naturaleza, inclusive natural; pueden ser de dar, de hacer y de no hacer; simple, a plazo, condicional, futura, hasta día, o desde día cierto y bajo condición suspensiva o resolutoria (Art. 2089, 2090, 2091, C. Civ.). La obligación que asume el fiador respecto a su fiado, es la de pagar una cantidad de dinero, cuando éste incurra su obligación de dar, hacer o no hacer y si se pagase una cosa distinta de dinero, no constituye fianza (Art. 2093, inc. último C. Civil); sin embargo, en algunas legislaciones mercantiles extranjeras y cuando las instituciones de fianza han caucionado una obligación de hacer o de dar una cosa determinada; se les permite cumplir por si mismo la obligación garantizada o bien comisionar a alguien bajo su responsabilidad para que cumpla con la obligación del fiado (fiducomiso). El proyecto de Código de Comercio nuestro no dice nada al respecto, mas bien mantiene la posición de que el fiador paga la cantidad de dinero; pues en su Art. 1552, nos dice que " las instituciones fiadoras incurrirán en mora diez días después, de que por escrito, el beneficiario los haya solicitado el pago de la fianza. " Será nulo el pacto que fije un plazo diverso al que señala este artículo, o una tasa diversa de la legal a los intereses moratorios." ^{Los términos/} "Pago de fianza e intereses moratorios," nos llevan a la conclusión, de que el proyecto de Código

digo de Comercio nuestro, no quiso facultar al fiador para que pudiera cumplir su obligación en forma alternativa.-

3) ELEMENTOS FORMALES. En cuanto a los elementos formales de el contrato de fianza mercantil, se remite a lo explicado en el numeral 5 del capítulo I, de est. título.

Efectos del contrato de fianza.

El primer efecto del contrato de fianza, es que el fiador tiene que pagar la obligación garantizada, toda vez que sea exigible, es decir, que si dicha obligación es condicional es requisito que se haya cumplido la condición, y si es a plazo, que este se haya vencido. La obligación garantizada comprende tanto la deuda total como sus accesorios que se deban. El fiador debe pagar cuando el deudor principal no lo haya hecho, y en materia civil el fiador goza del beneficio de excusión de bienes en virtud del cual puede pedir que se persiga primeramente al deudor principal en sus bienes o en las hipotecas o prendas constituidas para seguridad de la deuda contraída, toda vez, que el beneficio expresado no se haya renunciado expresamente; pero en la fianza mercantil se carece de este beneficio, así como al de orden, y para hacer efectivo el pago de la fianza basta el simple requerimiento, incurriendo en mora las instituciones fiadoras o Bancarias, diez días después de que por escrito, el beneficiario de la fianza lo haya solicitado el pago. (Art. 1552 proyecto).

A las instituciones de fianzas se les exige que el total de fianzas no exceda en un porcentaje a sus reservas de capital y al capital pagado; que en caso necesario tengan -

que valerse de un reafianzamiento o cofianzamiento de Instituciones debidamente autorizadas.

El reafianzamiento es la fianza que se otorga a la Institución afianzadora para el caso de que pague la obligación - al acreedor; cofianzamiento es el otorgamiento de fianzas - entre dos o mas Instituciones autorizadas, contrafianza, es la garantía que recibe el fiador de que le serán restituidas las cantidades pagadas por el fiado (1); en el cofianzamiento las Instituciones cofianzadoras no gozan del beneficio - de división, salvo pacto en contrario (Art. 1557 Proyecto).

CAPITULO III.

DERECHOS Y DEBERES DEL FIADOR.

1) Derechos del fiador. El deudor está obligado a reintegrar le al fiador, todo lo que éste haya pagado por él, aunque no haya prestado su consentimiento, pues se puede afianzar a una persona sin orden de este, sin noticia de ella y aun sin su consentimiento, tal derecho que se llama derecho de reintegración o de regreso, cuando se ha constituido en contra de la - voluntad del deudor, sólo confiere derecho al fiador para cobrar del deudor lo que haya pagado en beneficio de éste y en cuanto con ello, haya extinguido la deuda (Art. 2095-2125 numeral 2o. C.C.)

El fiador que paga por el deudor generalmente tiene derecho^a que se le indemnice: a) de la deuda principal; b) de los intereses respectivos desde que lo haya notificado al deudor

1) Curso de Derecho Mercantil, Joaquín Rodríguez Rodríguez, - pág. 278 Tono II. 4ª Edición Editorial "Porruá S.A." México D.F. 1960.

que se ha hecho el pago al acreedor, aunque en la póliza no se hubieran establecido intereses con la institución fiadora c) de los gastos que haya hecho la Institución fiadora en - (X) darle noticia al deudor de haber sido requerida de pago; /d) de los -daños y perjuicios que haya incurrido la institución fiadora por culpa del deudor, siempre que no sean incensiderados (Art. 2120 C.C.).

También la Institución fiadora tiene derecho a exigir una prima por el servicio prestado y a cobrar las atrasadas aún por la vía ejecutiva. Las Instituciones fiadoras tienen a veces que garantizarse el reembolso de lo que hayan pagado por sus fiados, principalmente cuando las fianzas otorgadas excedan el límite de retención exigido por la ley para cada riesgo y carezcan de un refianzamiento o cofianzamiento; - sin perjuicio de los arreglos convencionales que se establezcan en cada póliza con los fiados. Las casas fiadoras antes de pagar el valor de la fianza, pueden exigir que el fiado - garantice por medio de prenda, depósito, hipoteca, etc., el monto de el riesgo acordado en el contrato. El proyecto de Código de Comercio de nuestro país, al referirse a este derecho dice: "La institución fiadora, después de celebrado el contrato, solo podrá exigir que el fiado o el contrafiador - lo caucionen el pago, en los casos siguientes: I. Si se han proporcionado datos falsos sobre la solvencia del fiado o - del contrafiador. II.- Si se constituyó contragarantía real y el valor de los bienes disminuyere de tal manera que fue-

(X) Pero no podrá pedir el reembolso de los gastos que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador.-

son insuficientes para cubrir el importe de la obligación garantizada. III. Si la obligación afianzada se hace exigible, o se demanda judicialmente su pago. IV. Si transcurran cinco años y la obligación no tiene señalado plazo de vencimiento, o éste no se deriva de su naturaleza misma. Art. 1551 proyecto.

Para el fiel cumplimiento de lo dicho anteriormente, -- las Instituciones fiadoras tendrán acción contra cualquiera de los obligados en el contrato de fianza para obtener el secuestro precautorio de sus bienes; así lo menciona la parte final del Art. 1551 del proyecto cuando dice: " Para los -- efectos del presente artículo, la institución fiadora podrá embargar precautoriamente bienes de sus deudores. El embargo se mantendrá hasta que la institución fiadora quede relevada de su obligación o se constituya contragarantía suficiente".

La acción precautoria mencionada anteriormente puede -- ser ejercitada, tanto como acto previo a la demanda, como en el juicio correspondiente. La institución fiadora goza del -- beneficio de subrogación, o sea que si la institución fiadora paga al acreedor en virtud de una póliza, se subroga automáticamente por Ministerio de Ley, en todos los derechos, -- privilegios y acciones que estén a favor del acreedor y que se deriven de la obligación en la institución fiadora ha -- garantizado. El Art. 1556 del proyecto de Código de Comercio al referirse a la subrogación dice, "La institución reafianzadora que pague a la fiadora se subrogará en los derechos --

de ésta contra los fiados y contrafiadores".

En el caso de que una misma obligación sea afianzada por varios fiadores, que conjuntamente se les llama "cofiadores" y uno de estos cofiadores paga la totalidad de la obligación, tendrá derecho a reclamar de los otros la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer. El Código Civil llama en su art. 2128, "Subrogación en los derechos del acreedor" y en el proyecto de Código de Comercio en su art. 1557, establece el principio de división sólo en el caso de que este se haya pactado: "En el confianzamiento, los instituciones confianzadoras, no gozarán del beneficio de división, salvo pacto expreso en contrario".

2) Deber de pago al beneficiario. La obligación que asume el fiador con respecto a el beneficiario es la de pagar una cantidad de dinero en sustitución de la que debe pagar el fiado o de la obligación de dar cosa determinada, de hacer o no hacer, que el mismo fiado tuviera. El proyecto de Código de Comercio en su art. 1552, nos habla de la mora del fiador, luego que el beneficiario haya solicitado el pago de la fianza, lo que corrobora el aserto de que la única y principal obligación del fiador es la de pagar una cantidad de dinero al beneficiario por el incumplimiento del fiado. El Código Civil nuestro en su art. 2093, Inc. último nos dice: que "la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa^o de una suma de dinero, no constituye fianza". Este artículo corrobora también lo anterior; sin embargo la ley -

de instituciones de fianzas de la República Mexicana, nos habla de que las instituciones de fianza cuando garantizan obligaciones de dar o de hacer una cosa determinada, podrán sustituirse en el cumplimiento de la obligación por sí o -- constituyendo fideicomiso (Art. 121 U. Inst. F.) (1). En el proyecto de Código de Comercio nuestro no se prevé esta posibilidad de cumplir de forma alternativa la obligación del fiador, pues se quiso quedar acorde con los postulados del Código Civil.

3) Extinción del contrato de fianza: La fianza mercantil, por su carácter accesorio, sigue la suerte de la obligación principal y también se extingue por las mismas causas que las demás obligaciones; sin embargo el proyecto de Código de Comercio, trae un modo especial de extinción de la fianza mercantil, que consiste en la falta de comunicación, por parte del acreedor, a la institución fiadora, dentro de los cinco días siguientes, de la espora o prórroga de la deuda concedida al deudor; o bien el otorgamiento de una segunda prórroga sin el consentimiento de la institución fiadora (Art. 1553). Este modo de extinguir la fianza es obvio, pues la institución fiadora, puede pagar el crédito y exigir a tiempo al deudor, el reembolso de lo pagado, sin correr el riesgo de encontrar insolvente al deudor, por la prórroga concedida en forma inconsulta.-

1) Ob. cit. pág. 276.

CAPITULO IV.

FIANZAS ESPECIALES: 1) Aval. El aval es una fianza especial, cambiaria y solidaria, que sirve para garantizar, en todo o en parte, el pago de un título valor.

El art. 15, del proyecto de ley uniforme de títulos valores para Centro América, lo define así: "mediante el aval, se podrá garantizar en todo o en parte el pago de un título valor". El código vigente en su art. 420 dice: "... el pago de la letra pueda ser garantizado en todo o en parte, con -- una obligación escrita, llamada WAL". El proyecto de Código de Comercio nuestro en su art. 723, dice: "mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de la Letra de cambio....." No obstante que al principio dice que el aval, es una fianza, que sirve para garantizar en todo o parte el pago de un título valor, algunos tratadistas, como el profesor Rodolfo G. Fontanarrosa de la Universidad del Litoral Rosario Argentina, al referirse al proyecto de ley uniforme, de Títulos valores para C.A., dice: "En concepto tradicional, - el aval es una garantía de naturaleza únicamente cambiaria. Aplicables sin duda alguna a la letra de cambio y al pagaré, ya no resulta tan clara su vigencia con relación a - los cheques, respecto de los cuales una autorizada doctrina se manifiesta contraria. En nuestro país (Argentina) su práctica es nativa de cheques es desconocida" (1); sin embargo considere que todos los títulos valores pueden ser objeto de

1) "Tesis: "Consideraciones al Proyecto de Ley uniforme de Títulos valores para C.A." pág.41 Dr. Vicente de Jesús Palencia.

una fianza especial, para el caso, pueden ser avalados, por ejemplo: a) el conocimiento de embarque: este título es representativo de mercaderías y acredita la propiedad de las mismas; el tenedor legítimo de dicho título puede reclamar las mercaderías, con la sola presentación del documento, pagando desde luego los impuestos y gastos que en el mismo título se consignan. El dominio de las mercaderías representadas por el conocimiento de embarque se trasmiten, si éste es al portador, por la simple entrega del título; si éste es a la orden, por el simple endoso. El conocimiento de embarque es uno de los títulos de los cuales hay que hacer varias copias, para el caso, cuatro; una para el cargador, otra para el consignatario, una tercera para el capitán y la última para la empresa naviera; la copia del consignatario es la única que tiene la calidad de título valor y los derechos de autonomía y literalidad que en ellos se consigna. El tenedor de un conocimiento de embarque, perfectamente puede negociar lo, entregándolo o endosándolo, pero la persona que recibe el conocimiento, perfectamente puede exigirle al endosante o portador, que firme sus firmas, para garantía de que las mercaderías representadas por el título le serán entregadas por el capitán de la nave en el lugar y con las condiciones establecidas en el conocimiento. En el caso de que la obligación consignada en el título no sea cumplida por el obligado, el tenedor legítimo del mismo deberá protestarlo en la nave o en las oficinas de la empresa naviera y entablar su

acción cambiaria en vía directa contra los endosantes o VALISTAS, y contra la empresa naviera quienes son solidarios, ya sea para la entrega de las mercaderías, o bien para el pago de las mismas con indemnización de daños y perjuicios. La empresa naviera también puede VALER su obligación por medio de un seguro de viaje y en tal circunstancia, el tenedor de un conocimiento de embarque que no ha sido satisfecho, perfectamente puede entablar su acción cambiaria en vía directa contra la empresa aseguradora, avalante, para el pago del monto del seguro, sin perjuicio de entablar siempre la misma acción contra la empresa naviera por el resto insoluto.-

Si alguno de los VALISTAS o endosantes pagó o entregó la mercadería descrita en el conocimiento, puede perfectamente entablar su acción en vía de regreso contra cualquiera de los signatarios anteriores a él para el adecuado reembolso.

EL AVAL, pues, es perfectamente dable como fianza en esta clase de título valor y su presencia en el mismo garantiza de mejor manera los derechos del tenedor legítimo del título, pues el VALISTA O VALANTE, es un obligado más en la relación jurídica cambiaria; b) Aval en el certificado de depósito y en el bono de prenda. Anteriormente dije que el certificado de depósito y el bono de prenda son títulos representativos de mercaderías que se encuentran en un almacén general de depósito, y que el bono de prenda incorpora un crédito sobre las mercancías amparadas por el certificado de depósito. El almacén general de depósito emite los respec-

tivos certificados con sus anexos o sean los bonos de prenda; el bono de prenda puede darse en garantía prendaria separada del certificado de depósito, anotando en éste aquella operación; pero el certificado de depósito puede negociarse transfiriendo con él el dominio de las mercancías por él amparadas. El tenedor legítimo de un certificado puede transferirlo por el simple endoso ya sea completo o incompleto, pero como el certificado incorpora un derecho a mercancía, las cuales se describen en el mismo y que se suponen existentes en el almacén; el endosatario puede perfectamente exigirle al endosante que le dé 'WILL', y si el endosante 'WILL' su firma; en caso de que las referidas mercaderías no se encuentren en el almacén, o no se encuentren las descritas en el certificado; el tenedor del certificado tiene acción directa contra todos los endosantes y avalistas del certificado para el pago del mismo y daños y perjuicios, pero actúan solidariamente. EL AVALANTE que paga el valor del certificado tiene acción en vía de regreso contra los signatarios que hayan firmado antes que él.

El endoso del bono constituye de pleno derecho prenda sobre las mercaderías a favor del cesionario y cuando es por vez primera tiene que ser con intervención del Almacén General o de una Institución de Crédito. El acreedor y endosatario del bono de prenda puede perfectamente exigir que el tenedor del certificado le 'WILL' su firma; así como también

los subsiguientes endosaterios del bono pueden exigir esta garantía de sus antecesor s. El tenedor del bono de prenda para poder hacer uso de las acciones cambiarias derivadas del bono, contra los avalistas y endosantes, deberá protestarlo dentro de los quince días siguientes a su vencimiento y notificar al almacén dentro de los ocho días de protestado, la venta de las mercancías que garantizan el bono. El tenedor legítimo tiene acción directa contra los endosantes y AVALISTAS del bono para el pago del crédito, intereses y costos, o por el saldo insoluto, cuando los bienes llevados a subasta por el almacén no cubran el valor del bono sus intereses y costos. Los endosantes y AVALANTES tienen acción en vía de regreso contra sus signatarios anteriores.- c) El aval en los certificados fiduciarios de participación. Los certificados fiduciarios de participación son títulos valores de naturaleza causal, que incorporan derechos derivados de un fideicomiso. Esta clase de fideicomiso está permitida en la Constitución Política, siempre que su manejo esté a cargo de bancos o instituciones de crédito y cuya duración no pase de veinticinco años. En los fideicomisos siempre existe una relación de confianza entre el fideicomitente y la persona encargada de administrar el fideicomiso (Banco), que recibe el nombre de fiduciaria, a quien generalmente se le traspasan en propiedad los bienes para que cumpla el compromiso a favor del fideicomisario, quien puede ser individual o colectivo. El acuerdo de emisión de los certificados fiduciarios de parti-

ción es tomado por la Junta Directiva del Banco en cumplimiento al acto constitutivo del fideicomiso, y su cuantía es regulada por la oficina encargada del control estatal, - previo valúo y peritaje de los bienes. La escritura de emisión será otorgada por los representantes legales del Banco haciéndose constar en ella, el acuerdo de la oficina del Estado, el fideicomiso que le sirve de base, la cuantía de la emisión y el acto constitutivo del fideicomiso, . Los certificados se colocan al público y pueden emitirse nominativamente, a la orden o al portador, o bien como títulos nominativos con cupones al portador. El certificado así emitido puede incorporar varios derechos: participación a una parte alícuota de los rendimientos de los bienes fideicomitidos; a una parte alícuota de los mismos bienes al finalizar el fideicomiso; a una parte alícuota del producto de la venta de los bienes dados en fideicomiso cuando éste finalice. No obstante que estos títulos son de naturaleza causal, cuyo acto que les ha dado origen siempre hay que hacerlo constar en los mismos y que su autonomía es limitada en relación con el acto causal; no escapan a la regla general de que pueden ser objeto de un afianzamiento, especialmente cuando se trata de certificados a la orden, pues definimos el aval, como una fianza especial, cambiaria y solidaria para garantizar en todo o en parte el pago de un título valor.

Si la entidad emisora (Banco), emite un certificado de

participación, el cual incorpora un derecho literal y autónomo, el transfer legítimo de dicho certificado puede transferirse mediante endoso y el adquirente puede exigir del endosante que le dé AVAL, para garantizar mejor los derechos que el título incorpora. Si al finalizar el plazo del fideicomiso no se pagara el certificado o no se amortizara en los plazos convenidos, cuando así se hubiera estipulado en los títulos y en la escritura de constitución, el transfer del certificado tiene acción directa contra el endosante y contra la entidad emisora por el valor de lo que el certificado representa (amortización, cuota alícuota de rendimiento o parte alícuota de bienes o de su valor de venta) y el AVALANTE o signatario - que responde por el valor del certificado, tiene acción cambiaria - en vía de regreso contra los firmantes anteriores. No obstante al proyecto de Código de Comercio, no conciben AVAL en los certificados fiduciarios de participación. b) El Aval en el cheque. - El cheque es un instrumento de pago que contiene una orden de pago dada por el librador del cheque (girador) contra un determinado Banco (librado) y a favor de una o más personas determinadas (beneficiario). El obligado a pagar el cheque es el Banco girado, quien en virtud de un contrato de depósito o de cuenta corriente con el librador del cheque tendrá que pagarlo, siempre que dichos cheques estén girados en las formularias entregadas por el Banco al girador, que éstas tengan suficientes fondos en depósito para ello, que no tenga alteraciones ni interrupciones y que -

coincida la firma del girador con la firma registrada en las tarjetas del Banco. También es requisito indispensable que el cheque no sea girado con la fórmula de no negociable, sino a la orden o al portador, pues en el primer caso sólo puede ser cobrado por una institución bancaria. El cheque es un título valor abstracto, en cuyo título no es necesario hacer constar la relación causal que jurídicamente le sirvió de base, siendo su autonomía absoluta e ilimitada. El cheque deberá ser presentado a cobro dentro de los quince días siguientes a la emisión si debe ser pagado en la misma plaza en que fué girado; dentro de un mes de la fecha de su emisión si debe ser cobrado en otra plaza, pero dentro de la República y dentro de tres meses si el cheque es emitido en el extranjero para ser cobrado en el Salvador, todos estos términos a partir de su emisión. Si el cheque fuere presentado a cobro para su pago y no fuere pagado, el tenedor legítimo del cheque especialmente si es a la orden deberá protestarlo dentro de los quince días siguientes, según el proyecto, pudiendo hacer uso de la acción cambiaria en vía directa y en vía de regreso. En esta clase de títulos valores la acción cambiaria no se puede hacer valer en contra del girado (Banco), pues entre éste y el tenedor del título no existe ninguna relación ni obligación; sino que la obligación existe entre el girador, endosantes y avalistas y el tenedor legítimo del título, dijémos que el AVALANTE tiene que manifestar el avalar

a un endosante el nombre de la persona por quien da AVAL; pero puede suceder que el AVALANTE SOLO FUER sin manifestar a quien afianza, entonces su firma se confunde con los demás endosantes y entonces el Avalante aparece en el cheque como si él hubiera intervenido en la secuencia de endosos y hubiera sido en un momento dado tenedor legítimo del cheque, lo cual no es cierto, pues el espíritu del avalante siempre fué dar FIANZA por uno o mas endosantes y no intervenir en la secuencia como acreedor de los endosantes anteriores. El tenedor legítimo del cheque tiene acción directa en contra de todos los obligados en el mismo ya sean endosantes o avalistas y los signatarios que paguen tienen acción en vía de regreso en contra de los firmantes anteriores. todos los signatarios del cheque responden solidariamente al tenedor legítimo del mismo y el avalante viene a ser un obligado más. e) El Aval en el pagaré. El pagaré es un título valor de naturaleza abstracta que contiene un compromiso de pagar una cantidad de dinero con sus intereses a una persona que se llama beneficiaria. El que emite el pagaré se llama suscriptor y este título valor recibe el nombre de pagaré de comercio, vale o pagaré a la orden. El pagaré contiene una promesa incondicional de pagar una cantidad de dinero a un beneficiario determinado, en un lugar y época prefijada. El beneficiario es el primer tenedor legítimo del título y perfectamente puede -- trasmitirlo por endoso, los subsiguientes tenedores del pagaré pueden exigir de sus endosantes que AVALEN sus firmas pa-

ra mejor garantía de que el pagaré será cancelado en el lugar y fecha indicada en el mismo. En caso de incumplimiento por parte del suscriptor, deberá ser protestado en los mismos términos que la letra de cambio por falta de pago, y su tenedor tiene acción en vía directa contra todos los endosantes, avalistas y girador del pagaré para los efectos del pago del pagaré, intereses moratorios a partir de su vencimiento, intereses del documento, gastos del protesto, premio de cambio y gastos de situación. El endosante o AVALANTE que paga tiene acción cambiaria en vía de regreso contra sus anteriores signatarios y contra el suscriptor del pagaré para el reembolso de lo que hubiere pagado menos las costas en que hubiere sido condenado. La falta de protesta del pagaré -- trae como consecuencia la caudidad de las acciones cambiarias que el tenedor legítimo tenga contra los endosantes y AVALANTES, quedándole únicamente las acciones cambiarias contra el suscriptor del pagaré y sus AVALANTES, quienes al pagar el pagaré tienen acción en contra del suscriptor que en estos casos tiene el papel de aceptante. f) El aval en la letra de cambio. La letra de cambio es un título valor de naturaleza abstracta, en cuyo texto no se hace constar la relación jurídica causal de donde procede la obligación que la letra documenta. La letra de cambio es una orden de pago emitida por el girador de la letra contra el girado y a favor del beneficiario. El beneficiario es el primer tenedor -



legítimo de la letra de cambio y deberá presentarla para su aceptación al girado en la letra y protestarla por falta de aceptación o por falta de pago. La letra de cambio siempre se emite a la orden y en ella perfectamente puede darse el aval de preferencia. La letra de cambio puede ser domiciliada y documentada y puede emitirse a la vista, a cierto plazo vista, a cierto plazo fecha y a día fijo.-

La letra incorpora obligaciones crediticias, y en el comercio mundial, permite a los comerciantes que tienen obligaciones, que éstas sean cubiertas por otros comerciantes en virtud de un giro de letras por el importe de sus obligaciones. El aceptante de una letra es el obligado final en la letra de cambio y si no aceptare, el último obligado es el librador. Librador y aceptante son obligados solidarios frente al tenedor legítimo que ejerce la acción cambiaria en vía directa, pero el girador o emisor que paga tiene acción en vía de regreso contra el girado o aceptante para repetir lo pagado.-

La letra de cambio, a diferencia del pagaré no admite intereses y en caso de mora sólo los legales; si la obligación causal los admite, deberá dividirse los intereses entre el número de letras y aumentarse a capital. El tenedor legítimo de una letra de cambio, que es el beneficiario perfectamente puede endosar la letra y trasmitir con ella el derecho que incorpora, o sea la orden de pago contra el girado obligado.

o aceptante de la letra. Los demás tenedores de la letra pueden exigir - al beneficiario que avale su endoso, así como - también el beneficiario puede exigir al girador o girador que avale su obligación. En caso de falta de aceptación o de falta de pago deberá el tenedor legítimo protestar la letra dentro de los plazos legales, para evitar la caducidad de la letra y la pérdida de las acciones cambiarias respectivas. El tenedor de una letra protestada tiene acción cambiaria directa en contra de los endosantes anteriores, y aceptante, así como también en contra de sus AVALISTAS. El endosante o AVALISTA que paga tiene acción en vía de regreso en contra sus signatarios anteriores y sus avalistas, así como también contra el aceptante, que es el último obligado.

Los que aceptan o pagan por intervención, se subrogan en los derechos del tenedor legítimo para ejercitar la acción - en vía de regreso, la cual es siempre cambiaria.

El aval lo definiremos como una fianza, pero se diferencia de la fianza, que sirve para garantizar obligaciones ordinarias, sean éstas mercantiles o civiles por las siguientes razones:- 1) Desde el punto de vista de la naturaleza de las - obligaciones, la fianza es una obligación accesoria siguiendo de consecuencia la suerte de la obligación principal, si se anula la última, se anularía la fianza; en cambio en el aval no se sigue el mismo principio, la obligación del avalista es tan principal como la del avalado. La invalidez de la obligación del avalado, no trae como consecuencia la nulidad

de la obligación del avalista, sus obligaciones son independientes y distintas y bien surtiere el avalante, avalar la obligación de un menor la cual por falta de capacidad o falsedad sería nula, pero no lo sería para el avalista. 2) La fianza ordinaria fuera de los casos en que el fiador ha renunciado expresamente al beneficio de excusión de bienes, cuando se ha incumplido la obligación, el acreedor para obtener el pago de su débito debe perseguir los bienes del fiado y solo en caso de que éstos no alcancen para cubrir la deuda o el fiado sea insolvente, puede perseguir los bienes del fiador, en el AVAL, el tenedor legítimo del título valor, puede dirigir su acción directa contra el AVALANTE, en virtud de la autonomía de los actos cambiarios. 3) Desde el punto de vista formal, la fianza ordinaria puede hacerse constar en instrumento distinto de aquél en que se consigna la obligación principal; el aval deberá hacerse constar en el cuerpo mismo del título o en hoja separada adherida a él mismo, de lo contrario el aval sería una fianza ordinaria. Por otra parte cuando una persona ha firmado en un título valor sin manifestar que da aval y no se le puede deducir otro carácter a esa firma, se presume que da aval; la fianza ordinaria no se presume. Fuera de las diferencias mencionadas, tanto la fianza ordinaria como el aval garantizan una obligación principal.-

~~El aval para que surta efectos jurídicos cambiarios debe~~

rá constar en el título mismo en hoja adherida a él, ser firmado por el avalante, pues de su firma nace la obligación y expresarse junto a la firma del avalado, las palabras "por --aval", por "garantía" u otra análoga; si no se emplea ninguna fórmula equivalente y solamente se firma el título, tal firma se entenderá como firma avalante; si el aval se dá por un endoso "sin responsabilidad" y no se repitió esta cláusula al firmar por aval, el avalante responde en absoluto e incondicionalmente. El avalista responde por cualquiera de los deudores del título y es obligación mencionar por quien responde, de lo contrario hay una presunción de que garantiza las obligaciones del aceptante, si los hubiere, y si no, las del librador (Art. 728 proyecto) Esta presunción parte del principio de que el silencio del avalante debe de interpretarse en el sentido de que ha querido liberar al mayor número de obligados y evitar el mayor número de juicios ejecutivos derivados de la acción cambiaria.

El avalista debe mencionar la cantidad que avale, de lo contrario se entenderá que avale todo el importe del título; si se obliga a más, se reducirá la obligación al importe del título.

El Código de Comercio vigente en su Art. 421 nos dice: - que el aval puede prestarse aún por carta, pero un aval de esta naturaleza funcionaría como fianza ordinaria y no tendría consecuencias cambiarias; el tratadista español con --

GIAR GALPI. (1) Al referirse al aval dado por separado, nos dice: que el aval dado por separado en la letra de cambio -- siempre convierte al avalante en codudor solidario con el aceptante o endosante, pero que tiene efectos distintos si se pone en el cuerpo de la letra. La responsabilidad solidaria del aval en documento separado es IMPERSONAL, es decir que solo la puede exigir la persona a favor de la cual el aval fue dado en el documento en que tal garantía se constituyó. Unicamente esta persona tiene acción contra el avalista pero no persona alguna de los demás que figuran en la letra y que pueden tener u obtener los derechos que de la misma se derivan al exigir el pago.

El avalante formalmente queda obligado en los mismos términos que el avalado, así por ejemplo: si se presta aval por el aceptante, la obligación contraída por el avalista es de aceptante, la cual es autónoma. La obligación del avalante es solidaria con la obligación del avalado y al tenedor legítimo del título solo puede oponérsle las excepciones personales del avalista o las resultantes de vicio formal del título, pero no las personales del avalado. El avalista que pague adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y en contra los que sean responsables respecto de esta última, en virtud del título. Si el aval se ha prestado por mas de dos endosantes, el avalista estará obligado con respecto de los signatarios posteriores, a él y

1) GIAR GALPI, citado por el Dr. Vicente de Jesús Palencia - Franco Ob. cit. pág. 38.

será acreedor de los signatarios anteriores; si paga, los signatarios posteriores quedan liberados y puede exigir el pago contra los signatarios anteriores.-

Si en un Título el avalante no ha indicado la persona que quien da aval, en caso de que haya aceptación, el avalista - que pague solo puede exigir el importe del título contra el avalado, pues el aceptante no tiene acción de regreso; si no hay aceptación solo puede exigir el pago del librador; los demás signatarios quedan liberados.

El aval solo lujosamente deja entrever su índole accesoria, cuando el tenedor del título, no puede ejercitar sus acciones contra el avalante sino cumple también con el avalante aquéllos deberes que tiene con el avalado; y por consiguiente sino lo cumple al pago, al avalante, en el término fijado por la ley para exigirle el pago al avalado; sino saca el protesto contra el primero, cuando sea necesario hacerlo para conservar los derechos cambiarios.

2) FIANZA HIPOTECARIA. - El Código de Instrucción Criminal y la Ley de Procedimientos Criminales sobre accidentes de Tránsito, nos mencionan la fianza hipotecaria; el primero en su Art. 94 Ic. nos dice: "En lugar de la fianza de la haz puede admitirse el depósito ante el Juez de la causa de la cantidad mandada afianzar, o HIPOTECA de bienes raíces saneados que valgan por lo menos el doble de la expresada cantidad.

En ambos casos el reo se obligará a presentarse ante el Juez al ser requerido por éste de conformidad al Art. 92. Ca.

se no presentarse al reo dentro del término señalado por el Juez, ingresará a las arcas nacionales la cantidad depositada o se hará efectiva la obligación en los bienes hipotecados, por quien correspondiera, mediante aviso del Juez respectivo, ingresando su producto en las mismas arcas.

La segunda en su Art. 33 manifiesta: "se concederá la excarcelación del indiciado, si éste asegurare debidamente la cantidad que en forma provisional fijare el Juez como indemnización de daños y perjuicios, mediante consignación de dicha cantidad o del otorgamiento de fianza HIPOTECARIA....."

También podrá concederse libertad condicional del reo o revisión condicional de la pena, si aquél asegurare en cualquiera de las formas que indica el inciso que antecede, la cantidad fijada en la sentencia como indemnización de daños y perjuicios".

Estas fianzas se otorgan ante notario y para responder de los resultados del juicio.

Con el testimonio se presenta al interesado ante el Juez de la causa, quien lo remitirá con oficio al Registrador de Hipotecas, agregando desde luego las solvencias municipales y de renta y vitalidad. Una vez ordenada la inscripción de la fianza por el Registrador deberá oficiar al juez de la causa dicha órden, para los efectos de libertad al reo. (Art. 96 - IC.) Si estas fianzas son otorgadas por empresas que dentro de su giro ordinario se dedican a esta clase de operaciones,

o por instituciones bancarias y siempre que dichas operaciones se realicen en masa, estaremos en presencia de una fianza hipotecaria de naturaleza mercantil.-

3) FIANZA DE FIDELIDAD. (1)

La fianza de fidelidad es aquella que otorgan las empresas -- fiadoras que se les ha concedido esta facultad por voluntad estatal para que se dedican a caucionar la fidelidad de los empleados, dependientes o cualquier persona que tuviera responsabilidad de carácter pecuario; tambien esta clase de -- fianzas se amplía para garantizar el manejo de fondos de los empleados de gobierno. En nuestro país se exige esta clase de fianzas a los empleados que manejan fondos y valores del Estado y correspond a la Corte de Cuentas, exigir dichas cauciones, señalar su cuantía, calificarla, custodiar los títulos relativos a ella y cancelarlas cuando proceda. (Art.5 - 7 Ley Orgánica de la Corte de Cuentas de la República). Estas fianzas como toda clase de fianzas, es reaurada y el -- fiado tiene que prestar una prima o una garantía según el caso; si se exige una prima ésta se divide en gastos de administración, una provisión para siniestros, gastos de comisiones, gastos de investigación y utilidades. Las proporciones de estos elementos varían dentro de cada clase de fianzas; -- por ejemplo, en las fianzas de fidelidad la proporción para siniestros es mucho mayor que las fianzas que garantizan re-

1) Revista Mexicana de Seguros No. 255 de 30 julio/69, pág. 25 y 26.

reparación del daño y las que se otorgan para obtener la libertad de un procesado; otras fianzas gastan mayor cantidad de dinero en investigaciones; las comisiones y los gastos de administración corren por cuenta de la prima; las utilidades deben de ser las legales cuando menos, y la forma de fijar dichas primas o cuotas puede ser la experiencia o los tanteos generalmente hay manuales para fijar las cuotas referidas; pero en las fianzas de fidelidad la base que se toma es la especificación o el número de expedientes cubiertos con la fianza; algunas fianzas tienen precio fijo.

En la fianza de fidelidad las primas proporcionan el fondo principal de donde se sacará para pagar las pérdidas, y en este caso se asocian al seguro en que el pago que se hace al beneficiario se divide en todas las primas de los asegurados.

En las fianzas de fidelidad los métodos de tarificación se encuentran generalmente estandarizados. La fianza de fidelidad está inspirada en la fianza de fidelidad de Norte América, la que sostiene en esta clase de fianzas el carácter de un seguro; sin embargo sostiene que esta clase de fianza no puede tener este carácter, porque el contrato de seguro lo celebran dos personas y puede terminarse en cualquier momento con el consentimiento mutuo o sin él; en cambio una fianza se otorga para proteger a una tercera persona y hay casos en que solo se puede cancelar con el consentimiento de ésta y

otras veces ni con el consentimiento de los que intervienen como en el caso de fianzas otorgadas y subeditadas a condiciones estatutarias.

Más adelante explicaré otras diferencias entre la fianza y el seguro.

En conclusión en las fianzas de fidelidad, la técnica de organización es la de un seguro, pero se diferencia en sus elementos esenciales: como es el reembolso de parte del fiador de la cantidad pagada al beneficiario, la imposibilidad de poder girar sobre el crédito (fianza) que otorga el fiador, etc.-

4) FIANZA DE CRÉDITO.

La fianza de crédito sirve para garantizar contratos de crédito, (1) como los préstamos bancarios, compraventa en abonos etc. Esta fianza tiene la peculiaridad de que se celebra entre la empresa afianzadora y el deudor principal, y el beneficiario no interviene hasta que existe una reclamación; si el deudor principal no cumple sus compromisos se presenta la reclamación correspondiente. Esta clase de fianzas, ha sido suprimida en algunas legislaciones, por el peligro de que las empresas que intervienen en ellas puedan desestabilizarse, económicamente, autorizándolas solamente para garantizar préstamos otorgados a empresas constructoras. En nuestro país necesariamente tienen que intervenir en los créditos --

1) Revista Mexicana de Seguro Pág. 54-No.252-Marzo 31/69.-

mencionados anteriormente; la institución fiadora, el acreedor y el deudor principal.

CAPITULO V.-

DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA Y EL SEGURO. (1)

La fianza es un contrato por el cual una persona ya sea física o moral, se compromete ante otra, a cumplir las obligaciones contraídas por un tercero o pagar en su defecto una cantidad de dinero si este tercero no lo hace.

Por el contrato de seguro la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima a resarcir un daño o pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato. Generalmente se confunde la fianza y el seguro cuando la primera es de las llamadas fianzas de fidelidad, pues en estas fianzas sí se corre un riesgo; pero en las demás fianzas no hay ninguna semejanza.

El seguro, es esencialmente un riesgo distribuido entre todos los asegurados, quienes son participantes mediante el pago de pequeñas cantidades que se llaman primas con las que se forma reserva suficiente para pagar el seguro convenido.

En las instituciones de fianza no se corre riesgo alguno, o por lo menos el riesgo que se corre es mínimo; llegando a veces a ser lo que el fiador recibe como primas no son en realidad primas; sino honorarios que le corresponden al ser-

1) Revista Mexicana de Seguros # 252 de 31 marzo/69 pág. 53.

servicio prestado por la empresa y en caso de que el beneficiario reclame la fianza, ésta se liquida por cuenta del deudor principal o fiado, ya sea con fondos que de antemano entregó en depósito a la empresa o con fondos que deberá entregar en el momento que sean requeridos. Si el fiado no pagase por insolvencia manifiesta, la empresa fiadora tiene el derecho de cobrar al contra-fiador o bien subrogarse en los derechos -- del acreedor para perseguir al fiador insolvente; o bien protegerse por medio de embargo o secuestro precautorio de los bienes del deudor, suficientes para cubrir el importe de la deuda.

Otra diferencia es que en el seguro la realización del riesgo, no tendrá que intervenir la voluntad del asegurado; en cambio en la fianza la realización del riesgo siempre es voluntad del fiado.

En los seguros las reclamaciones son pagadas/ como dijimos antes por el conjunto de asegurados, en las fianzas, las reclamaciones las paga la empresa afianzadora.

En seguros, al pagarse una reclamación la empresa no -- trata de recuperar la cantidad que paga, aunque tiene derecho a subrogarse; en cambio la empresa afianzadora siempre -- tratará de recuperar lo pagado, ya sea en dinero efectivo, -- valores, derechos reales, o simples garantías.

El seguro es una repartición de riesgos en una mutualidad o cooperativa; la fianza es un servicio.

El contrato de seguro se perfecciona con la solicitud del

nismo; la fianza no se perfecciona sino por la entrega de la póliza correspondiente, o la celebración del contrato en escritura pública, acta notarial o documento privado.

Si la compañía afianzadora al pagar al beneficiario un riesgo, este pago fuera considerado como un seguro, es decir que se pagase con fondos acumulados por un conjunto de individuos, las primas tendrían que ser elevadísimas para con ellas formar reservas suficientes, que puedan hacer frente a la frecuencia de los riesgos realizados.

En el contrato de fianza se incluye la promesa adicional por parte del fiado de que reembolsará a la fiadora cualquier pago que haga por falta de cumplimiento. Esta obligación no existe en el contrato de seguro y aunque exista la subrogación ésta se presenta a nombre del asegurado y no a nombre de la aseguradora. Las compañías aseguradoras no imponen a sus asegurados más que la obligación de pagar la prima.-

Las primas y honorarios que se cobran en algunas fianzas no se basa en la ley de los grandes números o cálculo de las probabilidades como sucede en el seguro.

En el contrato de seguro desde el siniestro se tiene que pagar el premio sin restricción alguna, a menos que exista alguna restricción de las comprendidas en la póliza; en cambio en la fianza no se puede hacer excepciones sino que realizado el siniestro la empresa afianzadora paga al beneficiario.

En conclusión podemos decir, que el contrato de seguro y

el contrato de fianza mercantil son operaciones cuyas fronteras se entrecruzan, sin embargo hay una diferencia fundamental; la técnica seguida en la evaluación de los riesgos en la fianza que garantizan las obligaciones. Este riesgo práctico no vale nada, es decir vale cero, eliminando la eventualidad de la pérdida. En el seguro los riesgos son mayores es decir suben por el cero.

He he referido a estas diferenciaciones entre el seguro y la fianza, porque nuestro proyecto de Código de Comercio - aprobado por la Asamblea Legislativa y no publicado todavía, al comentar sobre la fianza mercantil en su exposición de motivos, manifiesta que "la reglamentación ha sido hecha procurando establecer una forma paralela al sistema de póliza, - que se usa para comprobar contratos de seguro y otros.(1).

1) Proyecto de Código de Comercio-Exposición de Motivos-pág. 360.- Revista del Ministerio de Justicia.

TITULO III.

CONTRATO DE HIPOTECA MERCANTIL

CAPITULO I

GENERALIDADES Y CLASIFICACION.

Sabemos que conforme al Código Civil, "la hipoteca es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito sin que por eso dejen aquéllos de permanecer en poder del deudor..." (Art.2157 C.C.). El derecho de hipoteca concede prelación al acreedor en el pago del crédito y accesorios hasta el valor de el bien hipotecado. En lo civil se establecen las hipotecas sobre bienes inmuebles y por excepción sobre los muebles como las NAVES (Art.2167 Inc. 2o.C.C.) por su difícil ocultación, pero actualmente el proyecto de Código de Comercio trae como novedad la hipoteca sobre empresas consideradas como unidades patrimoniales y sobre ellas puede seguirse el juicio ejecutivo correspondiente para el caso de incumplimiento como si se tratara de bienes inmuebles. La hipoteca sobre bienes muebles e inmuebles, no era una novedad en el derecho Romano, ellos la admitían y la diferencia estaba en la transmisión de la posesión. Las principales hipotecas mercantiles que podemos mencionar son las siguientes: a) Hipotecas sobre buques; b) Hipotecas sobre empresas; c) Hipotecas para garantizar la emisión de obligaciones; d) Hipotecas ferroviarias; e) Hi

hipotecas para garantizar las operaciones nacidas al amparo de un contrato de apertura de crédito; f) Hipotecas abiertas. - Las cuatro primeras categorías están detalladas en los capítulos siguientes, pero las dos últimas no las he tratado en ellos, por lo extenso de mi trabajo sin embargo trataré de explicarlas en este capítulo.

Las hipotecas que garantizan las operaciones que emanan de un contrato de apertura de crédito, tienen como presupuesto un contrato de apertura de crédito por el cual el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma de dinero, o a contraer por cuenta de éste una obligación quedando el acreditado obligado a cancelar dicho crédito u obligación en la forma convenida con sus intereses, prestaciones y comisiones (Art.1112 proyecto). La hipoteca tiene la cualidad de que es válida desde el momento en que se otorga el contrato de apertura, aún cuando el acreditado no haya retirado suma alguna de dicho crédito. Esta hipoteca garantiza en forma accesoria obligaciones principales futuras que no necesariamente existirán.. La hipoteca no se extingue por el hecho de que el acreditado tenga un plón blanco en su crédito, sino hasta que se haya agotado el valor total del crédito -- abierto, es decir cuando no tenga derecho a hacer nuevos retiros, pues la hipoteca subsiste en forma accesoria.

Hipotecas abiertas.

Constituye también una obligación accesoria, en virtud de la

cuál el hipotecante constituye hipoteca sobre determinados bienes inmuebles a favor de una institución hipotecaria, para responder por toda clase de créditos y hasta un límite señalado en el contrato; tiene la misma característica que la hipoteca anterior en cuanto a su extinción, o sea que subsiste aunque el hipotecante esté solvente con la Institución acreedora, pues puede hacer uso de nuevos créditos.

CAPITULO II.

HIPOTECAS SOBRE BUQUE.

1.) NATURALEZA JURIDICA DEL BUQUE: El buque es un objeto susceptible de dominación jurídica, sobre él recaen una serie de derechos incluyendo el derecho real de hipoteca; sin embargo en el antiguo derecho mercantil al buque se le personificaba, a tal grado que en el "consulado del mar" el buque pagaba, engancha la tripulación o recibe flotes; resabio de esto lo tenemos en el Art. 727 C. Com.vigente, que nos dice: "Si el abordaje fuese inmutable a ambos buques, cada uno de ellos soportará su daño propio, y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargamentos". Idéntica disposición la encontramos en el Art. 488 Inc. 2o. del mismo Código, en cuanto a la representación del buque, que nos dice: "Se entiende por naviero la persona encargada de avituallar o representar el buque en el puerto en -

que se halla. Estas y otras disposiciones del Código de Comercio, no son otra cosa que pervivencia del derecho medioeval de personificar a animales y cosas. En realidad estos derechos que se atribuyen a las naves, son derechos y obligaciones bien del propietario, del naviero o del capitán del buque.-

El buque es una cosa compuesta de otras cosas simples, ya dijimos que los Romanos los consideraban dentro de las tres conexas. Este complejo forma una unidad jurídica nueva, con un destino económico común: la navegación. El buque se compone de un cuerpo, una estructura y sus accesorios. Dentro del cuerpo y la estructura del buque podemos mencionar: el casco la cubierta, la quilla y el timón, las máquinas, las calderas las velas, etc.; cosas igualmente principales y necesarias para que exista el buque. Las cosas accesorias están en razón de dependencia económica respecto al buque, y tienen una comunidad de destino jurídico en todos los negocios que afectan al mismo, como aparejos, anclas, botes, anteojos, banderas de señales, cartas marítimas, etc. Pero la carga, el lastre, el combustible, las provisiones, el carbón y las municiones, no pertenecen al buque ni se toman en cuenta en su venta o hipoteca, por faltarles la destinación duradera al servicio de la nave.

En la antigua Roma el buque era considerado como bien inmueble, por su condición de trasladarse de un lugar a otro sin alterar su sustancia, pero ciertas condiciones jurídicas de los inmuebles fueron aplicándose a los buques en forma --

gradual, a saber: la transmisión del dominio, del buque que está sujeta a normas particularísimas; el buque se puede adquirir por la usucapión; se puede reivindicar aún en contra de terceros de buena fé; la constitución de derecho de garantía sobre el buque están sujetos a publicidad el procedimiento ejecutivo contra los buques y las liberaciones de privilegios, es semejante al procedimiento utilizado con los inmuebles. Estas circunstancias pusieron en duda la condición de muebles de los buques.

Fue el derecho germano el que al reglamentar sobre muebles e inmuebles, el que elaboró un sistema en virtud del cual una cosa en su naturaleza física mueble, puede por obra del legislador, pasar de mueble a inmueble o viceversa, cuando exigencias sociales, o económicas así lo exijan. Esta actividad legislativa es la que en parte ha dado solución a la naturaleza jurídica del buque.

Algunas legislaciones como Provenza, Prusia, Hamburgo, etc., consideraron al buque como bien inmueble, sin embargo Alemania, Inglaterra, Suecia, y Noruega, se los considera como mueble de una naturaleza especial. BRUNETTI dice: " que la nave considerada en su aspecto físico es mueble, entra en el legado de todos los muebles, si es de un menor no puede ser enajenado, sino en la forma especial para la venta de bienes muebles, pero considerada en su universalidad de hecho, la nave se regula por normas análogas a los inmuebles, se puede adquirir por la usucapión y reivindicarse..."(1)

Enciclopedia Jurídica "COMBA" Tomo II B.C. CL1-Pág.418, Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.L 1955.

(1) Enciclopedia Jurídica "COMBA" Tomo II B.C.L1. Pág. 428.- Editorial Bibliográfica Argentina. B. Aires Argentina, 12/5/1955.



Autores Eclécticos consideran al buque un mueble de naturaleza "sui generis".

Nuestro Código de Comercio vigente en su art. 487, dice "Para todos los efectos del derecho sobre los que no se hiciera modificación o restricción por los preceptos de este Código, seguirán los buques su condición de bienes muebles". Deja nuestro Código la posibilidad de que el legislador pueda oportunamente considerar al buque como bien inmueble.

Podemos concluir diciendo: que la nave es una universalidad de hecho con su conjunto de cosas conexas para una finalidad común que es la navegación y que constituye su unidad de destino.

2.- EL BUQUE COMO OBJETO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.

En Roma existía una diferencia entre la prenda y la hipoteca, en la prenda el acreedor obtenía la posesión de la cosa desde la constitución de su derecho, mientras que en la Hipoteca dicha posesión la obtenía al vencimiento del crédito y siempre que la cosa fuera posible; pero posteriormente, la división tajante entre bienes muebles o inmuebles, trajo como consecuencia que la prenda quedase para los bienes muebles y la hipoteca para los bienes inmuebles. En cuanto a las naves las mismas servían de garantía por consentimiento o por estipulación sin publicidad alguna. (1)

En el derecho germánico el deudor es despojado de su bien y la prenda adquiere preponderancia, y es hasta fines -

(1) Ob. Cit. OTEBI-Tomo II B CL: - Pág. 428.

del siglo XVIII, que la hipoteca naval adquiere carta de ciudadanía.

El buque considerado tradicionalmente como cosa mueble, tenía que ser objeto del derecho de prenda, lo cual implicaba un perjuicio para los propietarios de buques que se veían desposeídos de sus naves o imposibilitados para poder explotar sus industrias y consecuentemente, retrasos en el pago de sus créditos. Se hacía necesario idear una fórmula que sin despojar al dueño de la posesión del buque, garantizase fielmente los derechos de los acreedores.

Para ello contribuyó grandemente la necesidad de los constructores de buques para obtener capitales para su industria, el aumento del comercio marítimo internacional y la insatisfacción por parte de los navieros para obtener préstamos por el sistema de préstamo a la gruesa.

En la antigua Francia la nave que se daba en garantía era traspasada en propiedad al acreedor, quien permitía el uso de la nave al deudor y emitía un contrato accesorio en el que se establecía que la venta del buque había sido aparente. El Código Italiano de mitad del siglo XIX permitía la presencia en el buque de un "custodio", que representaba al acreedor en los viajes del mismo y que podía ser el mismo capitán. En el antiguo derecho alemán la tradición de la nave se constituía por la entrega de un título a el acreedor y su respectiva anotación; no fue sino hasta a fines del siglo pasado -

cuando la mayoría de las legislaciones sustituyeron el desplazamiento de la posesión de los buques de manos de los dueños por la inscripción del gravamen en un registro público naciendo así la hipoteca naval, que regulará en adelante a los buques con procedimientos aplicables a los bienes inmuebles. Si la hipoteca naval se le objetaba que los buques son bienes muebles y que carecen de domicilio e individualidad determinada, y que no podría efectuarse la publicidad que requiere la hipoteca; pero anteriormente dije que el buque es un mueble de naturaleza sui-génaris que tiene su domicilio en el puerto de su inscripción y su individualidad es fácilmente determinable. La hipoteca naval es una institución especial de garantía que las leyes someten a un régimen particular de inscripción.

La hipoteca naval puede tener por objeto, según las distintas legislaciones, buques de diverso tonelaje, pero generalmente se fija un mínimo de arqueo. La hipoteca naval comprende todos los aparejos, pertrechos, resacas y máquinas, siempre que fueren del propietario y no hubiere pacto contrario. La ley Belga de 1906 y la española de 1893, incluyen los flotes ganados y percibidos durante el último viaje como objeto de la hipoteca naval.

Puede ser también objeto de hipoteca, el buque en construcción, aunque no los simples materiales, pero se tropieza con la dificultad de saber en que momento la construcción

deja de ser construcción y se convierte en buque, solo se -- exige como en la ley española que se haya invertido en el -- mismo la tercera parte del presupuesto del valor total del ca -- go; el Código Italiano exige que la construcción se haya pue -- ste en conocimiento de la autoridad, con indicación de la per -- sona por cuya cuenta se efectúa y la documentación auténtica -- da.-

Entre las personas que pueden hipotecar el buque podemos mencionar al dueño (siendo capaz) y el mandatario (naviero) debidamente autorizado. Si son varios los dueños deberá hip --otecarse por mayoría.

Los propietarios de buques que deseen hipotecarlo duran -- te el viaje, deberán declararlo antes de salir de puerto an -- te la autoridad respectiva de puerto de matrícula indicando el valor de la hipoteca, haciéndose constar tal circunstan -- cia en la patente de navegación y en el registro de matríc -- ula y en el extranjero deberá hacerse la manifestación ante -- el cónsul correspondiente.

La ley de Hipoteca Naval belga, trae un curioso caso de hipoteca por inscripción telegráfica (1), por la cual el ca -- pitán del buque, en caso de necesidad constituye hipoteca so -- bre su buque enviando un telegrama al conservador de hipote -- cas con las indicaciones debidas para su inscripción, tal hi -- poteca será válida, siempre que a partir de tres meses de la inscripción del telegrama se presente al conservador la es --

(1) Enciclopedia Jurídica O.E.P.A., Tomo II B.C.L.A.- pág. 448 Edi -- torial Bibliográfica Argentina S.R.L. 1955.

critura de constitución de la hipoteca para su inscripción definitiva.

La hipoteca naval puede redactarse en escritura pública, en róliza o en documento privado y se permite negociar con los títulos hipotecarios, con el objeto de incrementar el comercio marítimo, de tal suerte, que se puede transmitir mediante endoso, un título hipotecario siempre que sea a la luz de lo transmitiendo así el derecho hipotecario.

Entre los derechos del acreedor hipotecario, tenemos el derecho de persecución de cualquier bien que lo posea y si es un tercero lo interceptará para que pague el crédito y subrogarse, abandonarlo o permitir el embargo y la venta de la nave, que siendo judicial, extingue toda responsabilidad del buque y la carga de la hipoteca.

El acreedor hipotecario está en privilegio respecto a acreedores quirografarios, pero no lo está con respecto a los acreedores que señala el art. 482 de nuestro Código de Comercio vigente, quienes tienen preferencia al buque en que en dicho artículo se enumeran. El crecimiento de privilegios del buque en cierto modo lesiona a la hipoteca naval, a tal grado que la conferencia de Bruselas de mil novecientos veintitrés, impuso restricciones a la restrección de la hipoteca naval y limitó los privilegios en la siguiente manera: a) Costas judiciales debidas al Estado, derechos de fano, de tonelaje o de puerto, custodia y conservación; b) créditos -

al capitán y tripulación; c) créditos debidos por salvamento y asistencia; d) indemnizaciones por abordaje o accidentes de navegación; e) los préstamos a la gruesa.(1)

La hipoteca naval se extingue por los mismos modos del Código Civil, por la venta judicial o por la no renovación de la inscripción dentro de cierto tiempo generalmente tres años. En cuanto a la prescripción de la hipoteca naval rigen los mismos principios del Código Civil.

En nuestro Código de Comercio vigente se desconoce la institución de la hipoteca naval, y las hipotecas sobre buques se han constituido de conformidad al Código Civil, pues el art. 2167, dice: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes que se posean en propiedad o usufructo o sobre NAVES".

Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las navas pertenecen al Código de Comercio. En este artículo está aplicándose al buque que es un bien mueble, disposiciones que son aplicables a los inmuebles con lo que nuestro Código está de acuerdo con aquéllas legislaciones, que han regulado la hipoteca naval. La escritura pública de hipoteca autorizada ante notario o ante agente diplomático permanente o cónsul de carrera, deberá ser inscrita en el registro de Comercio, para que surta efectos respecto de terceros. Dicha hipoteca naval para hacerla efectiva el acreedor tendrá que seguir el juicio ejecutivo correspondiente y en caso de venta

(1) Curso de Derechos Mercantil-Joaquín Garriguez. Tomo II, pág. 605 Tercera edición 1960.

judicial del buque tendrá que esperar que se paguen los privilegios del art. 482 C. Cor. (Salarios de los depositarios y guardas del buque, alquiler del alacén donde se hubiere custodiado el aparejo y pertrechos del buque, reembolso de los efectos del cargamento que hubiere vendido el capitán para reparar el buque, créditos por materiales y mano de obra, préstamos a la gruesa, etc.) para con el remanente cubrir su crédito.-

El proyecto de Código de Comercio en su art. 1559 dice; "Podrán hipotecarse las empresas mercantiles y las navos. Las hipotecas sobre navos se registrarán por leyes especiales y, a falta de éstas, por el Código Civil."

El Código de Bustamante del cual es signatario El Salvador en su art. 276 dice: "A la ley de la situación debe corresponder la facultad de arrear y vender judicialmente una nave, esté o no cargada y despachada".

3.- REGISTRO DE BUQUES

El registro de buques corre paralelo al registro inmobiliario.

Para la transmisión de un buque, aún cuando éste es considerado bien mueble, no basta el simple paso de la posesión del comprador al vendedor, como sucede en esta categoría de bienes, sino que hay que rodear de publicidad cualquier traspaso que se haga de los mismos, cual si se tratara de bienes inmuebles. En la edad media la transmisión de un buque se realizaba por medio de su publicación ante el consejo municipal y la

subsiguiente inscripción en el libro de la ciudad, el cual era público. Este parecido entre el registro inmobiliario y el registro de buques ha llevado a considerar a éste como un registro de propiedad hasta identificarlo con el registro mercantil. En nuestro país, el registro de buques se lleva en el registro mercantil de la jurisdicción a que corresponda - el puerto donde esté matriculado el buque, y su matrícula se inscribe en la Secretaría Marina, según la Ley de Navegación y Marina (Arts. 476 C. Cor. y 26 - 29 Ley de Navegación y Marina).-

La inscripción de un buque en el registro mercantil tiene que contener los siguientes datos para identificarlo: -- nombre actual y anteriores del buque, nombre del propietario o de la Compañía naviera, clase de aparejo, sistema de fuerza en las máquinas, años de la misma, material del casco, dimensiones principales, tonelaje total y neto, señal distintiva en el Código Internacional de Señales, abanderamiento, valor del buque, domicilio del armador, etc. Esta inscripción nos determina la propiedad del buque, los cambios que ésta sufra, así como las cancelaciones de gravámenes, su imposición y modificación. La certificación de la inscripción del buque, que el capitán debe llevar consigo entre los papeles de a bordo, acredita la propiedad del buque y todas las obligaciones que pesan sobre el mismo (Art. 514 C. Cor. vigente).

La publicidad material del registro de buque, tiene por

objeto que el dominio y los demás derechos reales, se considerarán constituidos o traspasados, con respecto de terceros siempre cuando conste su inscripción en el registro. El registrador mercantil deberá calificar los documentos de traspaso, gravamen o restricción que afectarán al buque, analizando las formas extrínsecas de los mismos y la claridad de sus circunstancias para garantía de la legalidad de la inscripción. En el registro de buques, se aplica también el principio de "tracto sucesivo", que es propio de la propiedad inmobiliaria, según el cual para que pueda anotarse o inscribirse un traspaso o gravamen que afecte la propiedad de un buque, deberá su dueño tener anotado o inscrito previamente su derecho.-

En el registro de buques, como en el registro de propiedad, además de los libros de presentación de documentos, los hay de anotaciones preventivas, de inscripciones propiamente dichas, de cancelaciones y anotaciones marginales.

La inscripción es el asiento en que se hace constar el traspaso, la constitución, la modificación del dominio, y de derechos reales sobre los buques. Estas inscripciones pueden ser de propiedad, de hipoteca, de crédito sobre el buque y en general de imposición, modificación y cancelación de gravámenes. La inscripción de la hipoteca se realiza en virtud de escritura pública, póliza de corredor de comercio, intérprete de buque o agente de cambio y bolsa o documento privado, firmado por los interesados y presentados dichos documentos

tos al registrador de buques. Esta misma clase de documentos son presentados para inscribir la subrogación y posesición de la hipoteca naval.

La inscripción de los créditos preferentes, como préstamos a la gruesa, averías gruesas y créditos refaccionarios, se realiza por anotación provisional que se hace en la certificación de la inscripción del buque que el capitán lleva a bordo. El Código de Comercio nuestro al referirse a los créditos preferentes en su Art. 482, sigue el mismo criterio antes mencionado en cuanto a la anotación de los mismos en la certificación de la inscripción del buque, cuando en lo pertinente, dice: "Art. 482 No. 4o. Inc 2o. "Para gozar de esta preferencia, los créditos contenidos en el presente número, deberán constar por contrato inscrito en el registro mercantil, o si fuere de los contraídos para el buque estando en viaje y no habiendo regresado al puerto de su matrícula, estando con la autorización requerida para tal s casos, y anotados en la certificación de inscripción del mismo buque".

La misma circunstancia de adaptación en la certificación de la inscripción del buque, la encontramos en nuestro Código de Comercio en los préstamos a la gruesa, en el numeral 5o. del Art. 482, antes relacionado y en los Arts. 480 Inc. 3o. y 485 C.Com. Las anotaciones preventivas son anotaciones provisionales, que tienen por objeto asegurar los resultados de un juicio, preparar una inscripción definitiva, o en garantizar la efectividad de un derecho perfecto pero no consy

nado. Se puede anotar preventivamente la demanda sobre validez de una póliza o de una obligación, demanda de tanteo de parte de un copartícipe de un buque o por falta de formalidades subsanables.

La cancelación de una inscripción en virtud de la cual se priva de su efecto a otra anterior, no es necesario acuerdo de voluntades, bastando que la persona a cuyo favor está la inscripción, exprese su consentimiento para la cancelación por medio de una escritura o documento auténtico.

En nuestro país, el registro de buques está dentro del registro mercantil y toda operación de traspaso de un buque para que surta efecto contra terceros, debe estar inscrita en el registro mercantil referido, así lo ordena el art. 476 del Código de Comercio vigente, cuando dice: "La adquisición de un buque deberá constar por escrito, y no producirá efecto respecto de tercero si no se inscribe en el registro mercantil...." El mismo artículo añade que para adquirir el buque por posesión (usucapión) se necesita además de tres años y buena fé, la inscripción del justo título en el registro.- El art. 480 del mencionado Código, nos menciona la necesidad de inscribir la escritura de enajenación de un buque que se halle en viaje o en puerto extranjero, en el registro del consulado de nuestro país y otorgarsela venta ante el mismo quien remitirá al registro mercantil del puerto donde está inscrita la nave, copia auténtica de dicha escritura. En la Secretaría de Marina se llevan registros de buques para los

efectos de matrícula de los mismos, así lo ordena el Art. 29 de la Ley de Navegación y Marina vigente, que dice: "Toda nave nacional deberá ser matriculada en la Secretaría de Marina. La matrícula deberá renovarse cada dos años. El expediente de creación o de renovación de la matrícula, podrá seguirse por los comandantes y capitanes de puerto o por los agentes diplomáticos o consulares de El Salvador en el extranjero."

La patente de navegación que el capitán debe llevar en los papeles de abordo, es extendida por el Poder Ejecutivo - en el ramo de Marina, así lo dice la ley antes citada en su Art. 26: "El Poder Ejecutivo de El Ramo de Marina, extenderá patente de navegación a las embarcaciones mayores construidas en El Salvador o de propiedad de salvadoreños, previa la información creada por el comandante y capitán del puerto - respectivo y resultado favorable".

"También podrá extender patente a las otras naves que lo soliciten imponiendo las condiciones que juzgue convenientes"

El Art. 108 del Reglamento de Marina nos habla de un registro de traspasos de naves que se lleva en la Secretaría de Marina y la obligación del notario autorizante de informar a dicho registro, dicho Art. dice: "Los cartuleros autorizarán escrituras de venta de embarcaciones de cabotaje. De dichos traspasos darán aviso a la Secretaría de Marina para la anotación correspondiente, quien lo hará al constarle que la embarcación no se halla procesada por infracciones aduaneras"

ras y se encuentra libre de gravámenes, o si los interesados otorgaren garantía suficiente.

No existiendo actualmente en nuestro país, un registro mercantil adecuado a las necesidades económicas y sociales - del comercio marítimo, y estando en vías de organizarse el - registro mercantil independiente de los juzgados de lo civil; adecuado sería que se creara el registro marítimo (Registro de Buques), independiente del registro comercial, que inscribiría a los comerciantes y sus actos, pues los principios básicos de unos y otros son diferentes.-

CAPITULO III

1.- HIPOTECA SOBRE EMPRESAS

La empresa es un organismo que se propone producir para el mercado determinados bienes o servicios con independencia funcional de cualquier otro organismo (Jares). (1) Han sido los economistas los que nos han traído el concepto de empresa al campo del derecho mercantil, sabido es que después de la segunda guerra mundial se produjo un brote de empresas nuevas debido a la prosperidad de las naciones y la necesidad de suministrar mayor cantidad de bienes y servicios a los consumidores. La necesidad de que los propietarios de empresas mercantiles obtengan créditos sobre sus propias empresas, consideradas como bienes muebles, ha hecho que los mercantilistas crean la hipoteca mercantil como un contrato mercantil de garantía. Las empresas pueden clasificarse en grandes

(1) Curso de Derechos Mercantil J. R. Rodríguez. Tomo I- pág. 411, 4a. Edición. Editorial "Porrua". México 1960.

pequeñas o infinitesimales, (1) pero todas gozan de la naturaleza de cosas universales como la sucesión y de ser también cosas típicamente mercantiles.

La naturaleza jurídica de la empresa es explicada a través de varias teorías, entre ellas funcionistas; las inmaterialistas, que consideran a la empresa como una idea organizada como clientela asegurada o como protección del trabajo; teorías atomistas que no consideran a la empresa como un conjunto unitario, sino que los elementos de que se constituye la misma mantienen su individualidad y por último las teorías unitarias que son patrimoniales dentro de las cuales encontramos la que considera a la empresa como una cosa universal funcionando como una sola unidad y compuesta de una pluralidad de elementos y que el orden jurídico considera "sub-especie universitatis". (2) Esta empresa así considerada (cosa universal) se adapta a las modernas teorías del derecho mercantil moderno y sobre ella puede constituirse hipoteca mercantil.

La empresa como "res universitatis" comprende al conjunto de trabajo, bienes materiales, bienes incorpóreos o intangibles. Dentro de los elementos materiales se comprenden: los artículos de venta al público, materias primas, activo fijo, tales como maquinaria y demás elementos necesarios para tener en marcha una empresa, el establecimiento, cuando pertenezca a ella, y los bienes inmuebles que sobre ella hayan --

(1) "Curso de Economía Industrial" P. DE LA SALLE HELLSON -pág. 74. - Editorial Aguilar, Madrid 1959.

(2) Ob. Cit. J.R. Rodríguez. Tomo I. Pág. 412.

asignado.

Los bienes incorpóreos comprenden: el crédito comercial la dirección para coordinar teleológicamente todos los elementos de la empresa (aviamento); patentes, distintivos comerciales; marcas de fábrica; el nombre comercial, la fama mercantil, etc.

El proyecto de Código de Comercio en su Art. 55 menciona los anteriores elementos cuando nos dice: "La empresa mercantil está constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios".

Cuando la empresa puede pertenecer como propiedad a una sola persona, la complejidad de su constitución y de sus tareas, las convierte modernamente en sociedades anónimas, comanditarias y de responsabilidad limitada. Forman también parte de la empresa el capital (dinero en efectivo) la actividad organizadora, lucha investigadora, publicitaria, técnica y de ejecución material, así como también el rótulo del establecimiento, de la fábrica o del centro productor o director de la empresa.(1) En términos generales, estos tres elementos; trabajo, bienes materiales y bienes inmateriales o intangibles, dan como resultado un ente de naturaleza económica, que sirve al comerciante para desarrollar su actividad profesional proporcionando al público con ánimo de lucro y

(1) Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. II - Tomo, pág. 41 y 42.

de manera sistematizada bienes o servicios.

La empresa como unidad económica es un bien mueble, sin embargo puede constituirse sobre ella el derecho real de hipoteca; esto ya no es una novedad, pues cuando hablé de las naves, me refería al Art. 2167 C.C.; que permite la hipoteca sobre naves, aún cuando éstas sean bienes muebles, y la razón por lo cual se permite la hipoteca de empresas, es la misma que se aduce para la hipoteca de naves: la difícil ocultación de la empresa como unidad patrimonial. El Código de Comercio nuestro ignora la hipoteca sobre empresas, pero el proyecto de Código de Comercio en su Art. 1559 dice: "Podrán hipotecarse las empresas mercantiles y las naves".

En la hipoteca sobre empresas, se comprenden todos sus elementos, sin describirlos nominalmente, aunque perfectamente en el instrumento de la hipoteca pueden mencionarse los elementos de la empresa según el inventario. El instrumento de hipoteca se inscribirá en el registro de comercio y la empresa podrá continuar ejerciendo sus actividades con la vigilancia de un interventor que se mencionará en el instrumento de hipoteca y a cargo del titular de la empresa. (Art.1560 proyecto.)

" Las hipotecas constituidas a favor de sociedades financieras (Bancos), sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera, o las que se constituyen para garantizar empresas públicas o para garantizar los créditos

otorgados para construir obras o mejoras de servicio público comprenden: la concesión o concesiones respectivas, todos los elementos materiales, muebles e inmuebles afectos a la explotación; el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, nacidos de las operaciones, sin perjuicio que la empresa pueda disponer de dichos créditos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones sin necesidad del consentimiento del acreedor, siempre que no se pacte lo contrario. Sobre estas empresas puede constituirse una segunda hipoteca si el importe de los créditos netos de la explotación libres de toda otra carga alcanza para cubrir los intereses y amortización del capital (Art. 124 Ley de Instituciones de Crédito de la República Dominicana). En nuestro país los créditos para las empresas ganaderas, industriales y agrícolas están reguladas en la Ley de Préstamo Agraria Ganadera o Industrial; en el proyecto se regulan en el título VII capítulo III. Bajo el epígrafe de "Créditos a la Producción".

El comercio se considera modernamente como una función pública y las empresas que lo promueven deben gozar de estabilidad, por esto cuando se hipoteca o se embarga una empresa mercantil, no se suspende el giro ordinario de la misma en cuanto a las mercancías, las cuales tienen que ser vendidas al público y cuya omisión traería como consecuencia el cierre de la empresa. Se permite que la empresa venda algunos

de sus elementos siempre que en el movimiento normal de sus operaciones sustituya dichas mercancías por su precio o por bien de igual o mejor valor. No se está contra el principio civilista de que las cosas hipotecadas no pueden enajenarse; pues la empresa responde con su valor de inventario.

El interventor nombrado por el acreedor hipotecario o por el depositario en caso de embargo, es el encargado de vigilar la empresa para evitar cualquier fraude en perjuicio de los acreedores, por consiguiente supervisará todas las operaciones de la empresa para que las mercancías sean vendidas a su justo precio, que los fondos ingresen en caja y autorizará la salida de aquéllos que sean indispensables para la buena marcha de la empresa.

La unidad de destino de los elementos de la empresa impide que el secuestro se haga aisladamente de algunos de sus elementos; dicho secuestro debe abarcar la empresa en su conjunto y solo se permitirá el secuestro de elementos aislados de la empresa, cuando los acreedores sean hipotecarios preterarios o de crédito especial, o bien cuando el secuestro no impida la continuación de la actividad de la empresa. (Art. 556 Proyecto). En caso de ejecución judicial de una empresa, los procedimientos a seguir son los del juicio ejecutivo, y si dicha empresa fuese a subasta y no hubiere postores, el juez adjudicará en pago la empresa en su conjunto como unidad al acreedor, comprendiendo bienes muebles e inmuebles. Estos deberán ser descritos minuciosamente en el acta de remate y

auto de adjudicación pues con ello el acreedor legitima su propiedad y posesión. Dicho auto de adjudicación deberá ser inscrito en el registro de comercio previo pago de los derechos. El proyecto no dice que el adjudicatario tenga que presentar el auto de adjudicación al registro de la propiedad, para que los bienes inmuebles que aparecen inscritos a nombre del anterior dueño de la empresa sean traspasados a su nombre; pero considero que el registrador de la propiedad, deberá inscribir por traspaso a nombre del adjudicatario de la empresa los bienes inmuebles que comprendía ésta con solo la presentación del auto de adjudicación aludido, aunque se haya adjudicado una empresa como unidad.

2.- HIPOTECA PARA GARANTIZAR LA EMISIÓN DE TÍTULOS VALORES.

Todas las sociedades por acciones, en todo el mundo se les permite que para proveerse de capital para comprar bienes o para realizar construcciones, eritan obligaciones, evitando el aumento de capital social, por parte de los socios y obteniéndolo de los particulares. Dichas obligaciones reciben el nombre de deventuras en algunos países, como Argentina, Brasil, Uruguay; en los Estados Unidos se les denomina "bonds" cuando se trata de obligaciones a corto plazo y sin garantías especiales. Nuestro Código de Comercio no regula esta clase de obligaciones aunque el Código de Procedimientos Civiles nuestro los considera títulos ejecutivos. La emisión de bonos en nuestro país ha estado concedida al Estado y las instituciones oficiales autónomas de acuerdo con sus

respectivas leyes especiales, tales como el "Insafi", "La Cerepa", "El Instituto de Colonización Rural", etc. Las sociedades al emitir obligaciones contraen un débito con los tenedores de las respectivas obligaciones, el cual ha de garantizarse con los bienes de la propia sociedad.

César Vivante, citado por Antonio Brunetti, y refiriéndose a la emisión de obligaciones dice: "Se prefiere este modo a la emisión de nuevas acciones cuando el aumento de capital sea necesario solo temporalmente, cuando no se quiera dividir los beneficios sociales con otros accionistas o no sea posible encontrar personas dispuestas a compartir los riesgos de la empresa. El fin económico del negocio es asegurar por cierto tiempo el capital disponible, envolviéndolo de modo que se encuentre con su rédito cuando se necesita para pagar sus intereses y para extinguir en plazos sucesivos incluso el mismo débito: la sociedad que realiza la operación cuenta con hallarse al terminar la operación sin el débito y con un patrimonio aumentado." (1)

El Proyecto de Código de Comercio en el libro tercero - título II Capítulo V. Regula lo relativo a la emisión de obligaciones, que en el mismo se denominan "Bonos" y que se definen como "Títulos valores representativos de la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo a cargo del emisor". Art. 677. Proyecto.

Generalmente es a la sociedad de capital a quien se le ha facultado la emisión de obligaciones, pues son organizaciones que persigue la explotación de grandes empresas, que

difícilmente puede llevarlas a cabo el individuo o las pequeñas empresas. Las grandes sociedades anónimas en forma de -- grandes fábricas o de empresas de servicio público, tienen -- que renovar sus equipos y sus plantas casi en forma permanente, lo que hace erogaciones de capitales, que en circunstancias determinadas, no se tienen. Para resolver este problema se emiten obligaciones o "deventures", en forma de títulos nominativos, a la orden o al portador, los cuales incorporan un derecho literal y autónomo; devolución del préstamo con sus intereses, en el plazo convenido. El pequeño ahorrante encuentra en la adquisición de estos títulos, una inversión útil y reproductiva, a la vez que segura. En el proyecto de Código de Comercio se faculta la emisión de bonos -- al Estado, el Municipio, las Instituciones Oficiales autónomas. Las sociedades de economía mixta, instituciones de interés público, las sociedades de capital y las asociaciones, corporaciones o fundaciones que tengan personería jurídica. (Art. 678. Proyecto).

La palabra "deventures" viene de un verbo latino: "debeo" deber, "debui", "debitum", "debere", "deber" lo que se debe -- o lo que deberes ". (1)

Estos deventures, obligaciones o bonos, pueden emitirse: a) con garantía flotante; b) sin garantía; y c) con garantía especial, según la legislación Argentina. La primera es la --

(1) "Deventures u obligaciones" 1946 P. 12 Bernardo Abbas.

más amplia de todas las garantías, equivale a un derecho de prenda sobre todos los bienes de la sociedad, y que flota sobre todo el patrimonio social, sin tocarlo, siempre que no se produzca el incumplimiento por parte del deudor o uno de los actos previstos en la Ley. (1) La sociedad conserva -- mientras dure el plazo de redimir los bonos del derecho de propiedad sobre sus bienes y sólo se le prohíben vender o ceder su activo, otorgar una nueva emisión de deventuras que tengan que pagarse en igualdad de condiciones que los anteriores, o reducir su capital sin reembolso proporcional de las obligaciones.

Los bonos o deventuras sin "garantía", son aquellos cuyos tenedores carecen de ciertos privilegios, de que gozan -- los tenedores de bonos con garantía flotante, tienen que liquidar judicialmente a la sociedad, y su calidad es de acreedores quirografario. (2) En verdad no son bonos sin "garantía", sino que su garantía es restringida. Los bonos con garantía "especial" tienen afectados uno o varios inmuebles de la entidad emisora, con los cuales se garantizan el pago de dichos bonos para el caso de incumplimiento por parte de la emisora.

Como dije antes solo los entes colectivos, pueden emitir obligaciones, sin embargo, Vicente Galle, citado por Cucurella dice: "que los particulares pueden emitir obligaciones -- ya que expresamente hablan los códigos vigentes de la adición en bolsa de las obligaciones emitidas por particulares

(1) "Código de Comercio y Leyes Complementarias" Carlos Juan Zavala Rodríguez, Pág. 450 Editorial Roque de Palma. Buenos Aires 1959.

(2) Ob. Cit. Pág. 452 Carlos Juan Zavala Rodríguez.

siempre que sean hipotecarias o se hallen suficientemente garantizadas".(1)

Los bonos son títulos causales, o sea que es indispensable en el cuerpo del título hacer constar el acto causal que les ha dado origen; sin embargo, autores como "Valeri" citado por Brunetti,(2) considera que las obligaciones son títulos abstractos, cuya relación jurídica que le sirvió de causa no consta en el cuerpo del título.

El contrato celebrado entre la sociedad emisora y los tenedores de bonos, es un auténtico "mutuo", que se diferencia del mutuo ordinario por diferencias de forma: Como la cantidad de mutuantes es que queda dividido el contrato. El reembolso es mayor que la suma mutuada; la prueba del crédito está confiada a un título nominativo, a la orden o al portador.(3) La entidad emisora tendrá que devolver intereses y capital a cada tenedor de bono al final del plazo señalado en el plan de emisión. Para acordar la emisión, se tiene que tomar en cuenta una serie de garantías, por ejemplo: la emisión no podrá ser superior al capital social; tampoco será mayor que el capital contable, de la entidad emisora, según el último balance efectuado. En casos de especiales circunstancias que afecten a la economía nacional, las sociedades podrán emitir obligaciones por un importe superior al capital social. Nuestro Proyecto de Código de Comercio, permite esta

(1) "D. Mercantil" Gabriel Avilés Cucurulla, pág. 593 Editorial Ha. Hoch-Barcelona.

(2) Ob. Cit. Brunetti. Pág. 551.

(3) Ob. Cit. Brunetti. Pág. 548.

clase de emisión para cubrir el precio de bienes, cuya adquisición o construcción hubiere contratado la emisora, pero -- siempre con la autorización de la inspección de bancos y sociedades mercantiles (Art. 683). La Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, decretada el siete de abril del presente año y votada por el Poder Ejecutivo en su título III, Capítulo IX, clasifica los bonos de la siguiente manera: a) bonos de garantía general, son obligaciones a cargo de la institución emisora, garantizados por la totalidad o por una parte de los títulos de crédito o por los préstamos prendarios o hipotecarios que tuviere en cartera; b) bonos de garantía especial. son obligaciones a cargo de la institución emisora, que están respaldadas especialmente por prenda sobre créditos hipotecarios o prendarios, propiedad de la emisora, hipoteca de bienes raíces, que sean propiedad de una persona distinta, natural o jurídica que constituya la garantía en favor de los tenedores de bonos; c) Bono bancario hipotecario. El que se garantice con hipoteca de bienes raíces constituida por un tercero a favor de todos los tenedores; d) Bonos comerciales. Los que están garantizados con prenda de letras de cambio, pagarés, y demás efectos de contables en el comercio. (Arts. 143 y 144 de la expresada Ley).

Los bonos emitidos por las instituciones autónomas, como el "Insafin" o la "Cobaf", no son bonos bancarios hipotecarios, sino que la garantía de los mismos se tiene en el cargo

cho de prenda general sobre la institución y subsidiariamente la garantía del Estado. Para garantizar los bonos bancarios, el tercero que desea un crédito de un banco, constituye una hipoteca a favor de sus futuros acreedores indeterminados si los títulos van a ser emitidos al portador, o determinables si son emitidos en forma nominativa o a la orden.- El banco concede el crédito al tercero en base a la garantía concedida, el tercero firmará los bonos como avalista del banco y responderá solidariamente como un deudor en la vía cambiaria y directamente en la vía hipotecaria, previo acuerdo de emisión por parte de la junta general y firma de la escritura respectiva. (Art. 1237 y 1238 Proyecto). En realidad el tercero deudor de los tenedores de bonos, no es un avalista del banco, sino que el principal deudor; el banco sí desempeña un papel de avalista del deudor, con respecto a los tenedores de bonos, pues le está permitido cobrar una comisión por esta clase de operaciones; más bien es un comisionista.-

La escritura de emisión con el gravamen hipotecario se inscribirá en el registro de comercio y en el registro de propiedad. (Art. 684 Proyecto).

Las sociedades emisoras pueden también garantizar la emisión de bonos hipotecarios, mediante créditos hipotecarios constituidos a favor de la entidad emisora, o bien, sobre ciertos bienes dados en fideicomiso de garantía, o bonos hipotecarios de otras instituciones. Son obligaciones emitidas

por una institución de crédito, con garantía preferente sobre los créditos hipotecarios constituidos a favor de la misma.(1)

"La hipoteca constituida a favor de los tenedores de bonos, es una hipoteca en comunidad, cada bono representa una fracción del crédito colectivo, otorgado a la emisora. Se ha discutido sobre la esencia de esta clase de hipoteca, por el hecho de concederse a favor no de acreedores actuales, sino de futuros; así como sobre las facultades del obligacionista respecto de la hipoteca colectiva en la constitución, vigencia y cancelación de la misma; sin embargo se ha considerado como una hipoteca especial que está de acuerdo con el moderno derecho mercantil, la cual tiene los siguientes caracteres: I) Ser otorgadas a favor de acreedores indeterminados, si los títulos son al portador; o a favor de acreedores determinables, si los títulos son a la orden o nominativos y no se hubiere indicado todavía los nombres de los titulares ". II) "Existir validamente aún antes de la emisión de los títulos" III) "Ser garantía,, en forma fraccionaria, respecto de los derechos de cada uno de los tenedores de los títulos". IV) - "Trasmitirse con los títulos, sin necesidad de notificación ni de registro". V) "Ser modificadas o canceladas de conformidad a las reglas pertinentes de este Código, según la naturaleza de los títulos valores que garantizan ". (Art. 1561 - Proyecto).

(1) Ob.Cit. J. Rodríguez Rodríguez, Pág.73- Tomo II

La cancelación de la hipoteca que garantiza la emisión de obligaciones se cancela total o parcialmente por medio de acta notarial al pie de la escritura de emisión y previo acuerdo de la junta general de tenedores de bonos con voto favorable de los tenedores que representen las tres cuartas partes del capital (Art. 699 Proyecto). Desde luego habrá que presentar dicha acta al registro de comercio y al registro de la propiedad raíz o hipotecas.

Las cédulas hipotecarias en nuestro país, son obligaciones a cargo del banco hipotecario, en las que también pueden emitir certificados u otros títulos; el pago de dichas obligaciones estará garantizado con los créditos hipotecarios que el banco conceda a los particulares, con un fondo especial de garantía, con el activo que pertenezca al banco y subsidiariamente con el crédito del Estado. (Art. 3 Ley del Banco Hipotecario.) La Ley de Instituciones de Crédito de la República Mexicana (Art. 2 fracción IV, y 34) llama a estas Cédulas con el nombre de "Bonos Hipotecarios" y a lo que nosotros llamamos "bonos" con garantía hipotecaria, ellos lo llaman cédulas hipotecarias.(1)

El Art. 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la República Mexicana nos dice: "Cuando en garantía de la emisión se den en prenda títulos o bienes, la prenda se constituirá en los términos de la sección 6a. del

(1) Op. Cit. Joaquín Rodríguez t. Tomo II, pág. 25.

capítulo IV, Título II, de esta Ley. Cuando se constituya -- hipoteca, se entenderá que la hipoteca cubre sin necesidad -- de ulteriores anotaciones o inscripciones en el registro público, todos los saldos que eventualmente dentro de los límites del crédito total representado por la emisión, queden insalvados por conceptos de obligaciones o cupones no pagados o amortizados en la forma que se estipula, la prenda o la hipoteca constituidas en garantías de la emisión solo podrán ser canceladas total o parcialmente, según se haya estipulado en el acta de emisión, cuando se efectúe, con intervención del representante común la cancelación total parcial, en su caso de las obligaciones garantizadas".

3.- HIPOTECAS SOBRE FERROCARRILES.

Una empresa ferrocarrilera necesariamente por constituir un servicio público, tiene que cambiar su material rodante -- constantemente, adquiriendo nuevas locomotoras, vagones durmientes, señales, terrenos para secciones, depósitos, bodegas estaciones, edificios, etc. para cumplir adecuadamente esta misión la empresa necesita la obtención de capitales de parte de los particulares o de otras empresas más poderosas; si la empresa forma parte de una sociedad anónima, perfectamente se pueden obtener esos capitales, mediante la emisión de bonos, garantizando a los tenedores por medio de hipotecas -- que afecten determinados bienes de la empresa o toda ella; -- pero en virtud de considerarse a la empresa como unidad patrimonial que ofrece al público bienes o servicios, ésta puede

de obtener créditos para la renovación de sus elementos, por medio de una hipoteca mercantil, sobre todas las empresa ferrocarrilera, como unidad, comprendiendo desde luego la concesión o concesiones, las estaciones, las bodegas, edificios porción de terreno (faie) sobre el cual corre el ferrocarril las vías y sus accesorios, los vagones, máquinas, señales, puentes, el dinero en caja de la explotación, créditos de la empresa nacidos del negocio, etc. Dicha hipoteca deberá inscribirse en el registro de comercio y en el registro de la propiedad raíz, a cuya jurisdicción se encuentren inscritas las terminales de la empresa ferrocarrilera. Sabido es que según los Arts. 25 y 26 del Reglamento del Registro de la Propiedad, para inscribir un ferrocarril, o tranvías no es necesario que exista antecedente inscrito, ni descripción de colindantes, bastando para ello, la extensión longitudinal del trayecto y el ancho de la faja la información seguida por el fiscal de hacienda, que haga constar que está concluida la obra o sección y la indicación de los lugares en que se encuentran las terminales. En la jurisdicción en que se encuentran las terminales se inscriben las respectivas vías; lógicamente la hipoteca mercantil sobre el ferrocarril deberá inscribirse en el registro de comercio del domicilio de la empresa y en el registro de la propiedad a cuya jurisdicción corresponden las terminales. El ferrocarril podrá seguir operando siempre que lo haga bajo la vigilancia de un interventor, nombrado por el acreedor en el instrumento de hipoteca.

BIBLIOGRAFIA.

AUTORES.	OPRA CITADA.
1.- Joaquín Rodríguez Rodríguez	Curso de Derecho Merc. T.II
2.- Joaquín Garríguez.	Curso de Derecho Merc. T.II
3.- George Ribort.	Tratado Elemental de Derecho Comercial.
4.- José Santa Cruz Teijeiro.	Derecho Mercantil.
5.- E. Laglo Rubio.	Derecho Mercantil Tomo I.
6.- César Vivante.	Derecho Mercantil.
7.- Proyecto de ley uniforme de títulos valores para Centro América.-	
8.- Malagarriga.	Tratado elemental de Derecho Comercial.
9.- Comisión Redactora.	Proyecto de C. de Comercio, El Salvador.-
10.- Código de Comercio de la República de Honduras.	
11.- Raúl Cervantes Ahumada.	Títulos y operaciones de Crédito.
12.- Código Mercantil de la República de Guatemala.	
13.- Ley de Almacenas generales de depósito.	
14.- Código de Comercio de la República de El Salvador.	
15.- Reglamento de Casas de préstamo de El Salvador.	