

La crisis de la organización societaria reconocimiento y ejecución de garantías dentro del procedimiento de insolvencia.

INTRODUCCIÓN

El procedimiento judicial por virtud del cual una persona física o moral es declarado incapaz de dar cumplimiento a sus obligaciones es denominado en México, CONCURSO MERCANTIL

El CONCURSO MERCANTIL consta de 2 etapas denominadas CONCILIACIÓN Y QUIEBRA.

La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante y la finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago de sus Acreedores reconocidos.

Son acreedores reconocidos aquellos que adquirieron tal carácter en la Sentencia de Reconocimiento Graduación y Prelación de Créditos.

El comerciante que incumpla generalizadamente con sus obligaciones será declarado en concurso mercantil y se entiende por incumplimiento generalizado de las obligaciones (al incumplimiento del comerciante de 2 o mas obligaciones y que se presenten las siguientes condiciones:

- a) Que tengan pasivos por lo menos 30 días de vencidas y representen el 35% o mas de las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se presente la demanda o solicitud;
- b) Cuando el comerciante no tenga activos para hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones a la fecha de la demanda o solicitud).

OBJETIVO

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el reconocimiento de los créditos que atendiendo a su otorgamiento son denominados al amparo de la legislación concursal como créditos con garantía real, así como la eficacia de las garantías dentro del procedimiento denominado concurso mercantil.

DESARROLLO

Por razón de orden resulta indispensable dar una breve explicación del procedimiento judicial de insolvencia denominado CONCURSO MERCANTIL en México.

- El procedimiento concursal inicia a solicitud del comerciante o bien a través de la demanda que haga valer cualquier acreedor.
- El concurso mercantil por disposición de ley consta de dos etapas, las cuales son CONCILIACIÓN y QUIEBRA, sin embargo es preciso señalar que la etapa de conciliación es precedida por una etapa denominada VISITA, la cual tiene como finalidad que un especialista denominado visitador lleve a cabo un análisis en la contabilidad del comerciante en búsqueda de actualizar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de la empresa, requisito fundamental para ser declarada en concurso mercantil.
- El procedimiento concursal en su etapa conciliatoria tiene como finalidad la conservación de la empresa a través de la celebración de un convenio que suscriba dicha empresa con sus acreedores y en caso de no lograrlo será declarada en estado de quiebra cuya finalidad es la venta de la empresa, sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago de sus acreedores reconocidos.
- El incumplimiento generalizado de las obligaciones de un comerciante consiste en: i) el incumplimiento de las obligaciones de pago a dos o mas acreedores distintos; ii) que tenga obligaciones vencidas cuando menos por un periodo de treinta días que representen el treinta y cinco por ciento o mas del total de sus obligaciones; iii) que no tenga activos suficientes para hacer frente a cuando menos el 80% de sus obligaciones vencidas.
- A criterio del Juzgador o bien a solicitud de la empresa insolvente, se dictarán diversas medidas precautorias a fin de evitar que se ponga el riesgo la viabilidad de la empresa con motivo de la solicitud de concurso mercantil, medidas que en la especie resultan ser las mismas que prevé la legislación concursal para la protección de los bienes que integran la masa, al momento de declararse formalmente el concurso mercantil de la empresa como puede ser la suspensión de actos de ejecución en contra del patrimonio de la concursada, así como la suspensión de pagos a acreedores o bien el arraigo del administrador del comerciante.
- Por regla general no se acumularán los procedimientos de concurso mercantil de dos o más Comerciantes, sin embargo la legislación concursal mexicana prevé la acumulación de procedimientos concursales cuando se acrediten diversos requisito entre las empresas controladoras y controladas; sin embargo, resulta

verdaderamente complicado que se actualice tal hipótesis toda vez que los juzgadores han optado por atender dichos procedimientos de manera independiente.

- A mayor abundamiento, una vez admitida la solicitud de concurso mercantil de la empresa insolvente, puede solicitarse o declararse como medida protectora de la masa las medidas precautorias las cuales constituyen una la protección del patrimonio de la concursada.
- Admitida la demanda o en su caso la solicitud de declaración de concurso mercantil el Juez abrirá la etapa de visita, en la cual el visitador previo análisis de la contabilidad de la comerciante emitirá un dictamen del cual se advertirá esencialmente si la comerciante ha incumplido generalizadamente con sus obligaciones y con fundamento en dicho documento el Juez dictará una sentencia con el carácter de definitiva en la que de encontrarse en los supuestos antes citados declarará a la empresa en concurso mercantil.
- La sentencia que en su momento declare a la empresa en concurso mercantil tendrá los efectos que a continuación se señalan, mismos que estrictamente vinculan a esta con sus acreedores, y no irrogan efecto alguno en las relaciones comerciales que las demás empresas del Grupo Durango tenga.
- La sentencia que declare en concurso mercantil a la empresa estará integrada por:
 - I. El nombre, de la empresa y domicilios de los socios ilimitadamente responsables.
 - II. La fecha en que se dicte.
 - III. La fundamentación de la sentencia en términos de lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, disposición legal que refiere al incumplimiento generalizado de las obligaciones, así como una lista de los acreedores que el visitador hubiese identificado en la contabilidad del Comerciante, señalando el monto de los adeudos con cada uno de ellos, sin que ello tenga el alcance de agotar el procedimiento de reconocimiento, graduación y prelación de créditos al que acudan los acreedores.
 - IV. La orden al Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM), para que designe al conciliador y en tanto sea nombrado y acepte y proteste el cargo, el Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes tendrán las obligaciones que la ley atribuye a los depositarios.

V. La declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que el Comerciante haya solicitado su quiebra; el comerciante puede solicitar el concurso mercantil sin embargo es potestad de este que solicitar su apertura en la etapa de conciliación o bien en la etapa de quiebra.

VI. La orden al Comerciante de poner de inmediato a disposición del conciliador los libros, registros y demás documentos de su empresa, así como los recursos necesarios para sufragar la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de declaración de concurso mercantil.

VII. El mandamiento al Comerciante para que permita al conciliador la realización de las actividades propias de sus cargos.

VIII. La orden al Comerciante de suspender el pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha en que comience a surtir sus efectos la sentencia de concurso mercantil; salvo los que sean indispensables para la operación ordinaria de la empresa, respecto de los cuales deberá informar al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes de efectuados.

IX. La orden de suspender durante la etapa de conciliación, todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante, salvo los créditos que prevé la fracción XXXIII, del apartado A del artículo 123 de nuestra Carta Magna.

X. La fecha de retroacción, dicha fecha refiere al periodo de vigilancia al cual se someterá a la comerciante para el caso en que haya enajenado de forma indebida su patrimonio agravando su estado de insolvencia.

XI. La orden al conciliador de inscribir la sentencia en el registro público de comercio que corresponda al Domicilio del Comerciante y en todos aquellos lugares en donde tenga una agencia, sucursal o bienes sujetos a inscripción en algún registro público.

XII. La orden al conciliador de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos;

XIII. El aviso a los acreedores para que aquéllos que así lo deseen soliciten el reconocimiento de sus créditos, y la orden de que se expida, a costa de quien lo solicite, copia certificada de la sentencia.

- Para el caso de ser declarado en concurso mercantil a la empresa se iniciará el procedimiento de reconocimiento de créditos.

El reconocimiento de créditos se llevará a cabo atendiendo a las reglas que la propia ley establece mediante la presentación al conciliador de la solicitud de reconocimiento de crédito bajo el formato establecido por la Ley, acompañada de los documentos en que se funde el crédito, así como la presentación a cargo del conciliador de las propuestas de reconocimiento de créditos provisional y definitiva.

- Durante la etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponderá al Comerciante, salvo que a petición del conciliador sea solicitada la remoción del comerciante de la administración.
- **El comerciante que continúe con la administración, efectuará las operaciones ordinarias incluyendo los gastos indispensables para ellas y el conciliador vigilará la contabilidad y todas las operaciones que realice, lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley de Concursos Mercantiles.**
- Durante la tramitación del procedimiento concursal en la etapa de conciliación y por regla general, el conciliador y el comerciante considerarán la conveniencia de conservar la empresa en operación sin embargo a efecto de evitar el crecimiento del pasivo o del deterioro de la Masa, el conciliador previa opinión de los interventores podrán solicitar al Juez el cierre de la empresa ya sea total o parcial, definitiva o temporal.
- Podrá ser removido el comerciante de la administración de la empresa por virtud de la sentencia de declaración de concurso mercantil o bien a solicitud del conciliador cuya consecuencia será la suspensión de las facultades de los órganos que de acuerdo a la ley o a los estatutos de la empresa tengan competencia para tomar determinaciones sobre los administradores, directores o gerentes.
- **Por cuanto hace al cumplimiento de obligaciones pendientes del comerciante al momento de declararse en concurso mercantil:**

1.- La declaración de concurso mercantil de un comerciante no afectará la validez de los contratos celebrados sobre bienes de carácter estrictamente personal, de índole no patrimonial o relativos a bienes o derechos cuya administración y disposición conserve el Comerciante.

2.- Los contratos, preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el Comerciante, salvo que el conciliador se oponga por así convenir a los intereses de la Masa, es preciso destacar que el contrato de compraventa tiene efectos inmediatos al momento de pactarse precio y cosa aunque el precio no se haya pagado y/o la cosa no haya sido entregada.

3.- El que hubiere contratado con el Comerciante, tendrá derecho a que el conciliador declare si se opondrá al cumplimiento del contrato. Si el conciliador manifiesta que no se opondrá, el Comerciante deberá cumplir o garantizar su cumplimiento. Si el conciliador hace saber que se opondrá, o no da respuesta dentro del término de veinte días, el que hubiere contratado con el Comerciante podrá en cualquier momento dar por resuelto el contrato notificando de ello al conciliador. La citada resolución se refiere a contratos cuyos efectos se prorrogan en el tiempo o de obligaciones de tracto sucesivo.

Cuando el conciliador esté a cargo de la administración o autorice al Comerciante la ejecución de los contratos pendientes, podrá evitar la separación de los bienes, o en su caso exigir su entrega, pagando su precio.

4.- No podrá exigirse al vendedor la entrega de los bienes, muebles o inmuebles, que el Comerciante hubiere adquirido, a no ser que se le pague el precio o se le garantice su pago. La citada disposición resulta aplicable para el caso de celebrarse contratos de promesa o bien en el tratamiento de órdenes de compra en donde se establece el precio y el objeto a adquirir siempre y cuando se encuentre pendiente de cumplimiento la obligación a cargo del vendedor de las mercancías.

5.-El vendedor tendrá derecho a reivindicar los bienes si hizo la entrega en cumplimiento de un contrato definitivo que no se celebró en la forma exigida por la ley. No procederá la reivindicación si el contrato consta de manera fehaciente y el Comerciante, con autorización del conciliador, exige que al contrato se le dé la

forma legal o de cualquiera otra forma se extinga la acción de nulidad por falta de forma del contrato. Si bien es cierto que la acción reivindicatoria involucra tanto a bienes muebles como inmuebles la citada resolución vincula a bienes inmuebles por las formalidades que su transmisión de propiedad involucra la legislación o bien en tratándose de contratos de arrendamiento en cualquiera de sus modalidades.

6.- El vendedor de bienes muebles no pagados, que al declararse el concurso mercantil que estén en ruta para su entrega material al Comerciante declarado en concurso mercantil, podrá oponerse a la entrega: i) Variando la consignación en los términos legalmente admitidos; ii) Deteniendo la entrega material de los bienes, aunque no disponga de los documentos necesarios para variar la consignación.

7.- El Comerciante declarado en concurso mercantil que hubiere comprado un bien del cual aún no se le hubiere hecho la entrega, no podrá exigir del vendedor que proceda a ella en tanto no pague el precio o garantice su pago.

Si la entrega se hubiere efectuado sólo en virtud de una promesa de venta, el vendedor podrá reivindicar la cosa si el contrato de venta no se elevó a escritura pública, cuando este requisito sea legalmente exigido.

8.- Cuando se decida la ejecución del contrato y el pago del precio estuviere sujeto a término no vencido, el vendedor podrá exigir que se garantice su cumplimiento.

9.- Si se tratare de ventas por entregas, y algunas de éstas se hubieren efectuado sin que hayan sido pagadas, deberán pagarse, salvo que el conciliador se oponga al cumplimiento del contrato.

- Las cuentas corrientes de un comerciante declarado en concurso mercantil se darán por terminadas anticipadamente para exigir o cubrir sus saldos, salvo autorización del conciliador para continuar con dicho contrato.
- Con motivo de la sentencia de concurso mercantil se dará por terminados los contratos de reporto celebrados por el Comerciante.
- Para efectos de la Ley de Concursos Mercantiles se entenderá por operaciones financieras derivadas aquéllas en las que las partes estén obligadas al pago de dinero o al cumplimiento de otras obligaciones de dar, que tengan un bien o valor de

mercado como subyacente, así como cualquier convenio que, mediante reglas de carácter general, señale el Banco de México.

Deberán compensarse, y serán exigibles en los términos que dispone la Ley de Concursos mercantiles las deudas y créditos resultantes de convenios marco, normativos o específicos, celebrados respecto de operaciones financieras derivadas, operaciones de reporto, operaciones de préstamo de valores, operaciones de futuros u otras operaciones equivalentes, así como de cualesquiera otros actos jurídicos en los que una persona sea deudora de otra, y al mismo tiempo acreedora de ésta, que puedan reducirse al numerario, aun cuando las deudas o créditos no sean líquidos y exigibles en la fecha de declaración del concurso mercantil pero que, en los términos de dichos convenios o de legislación concursal, puedan hacerse líquidos y exigibles.

El saldo deudor que, en su caso, resulte de la compensación a cargo del Comerciante, podrá exigirse por la contraparte correspondiente mediante el reconocimiento de créditos. De resultar un saldo acreedor en favor del Comerciante, la contraparte estará obligada a entregarlo al conciliador para beneficio de la Masa, en un plazo no mayor a treinta días naturales, contados a partir de la fecha de la declaración del concurso mercantil.

- En términos de ley, el periodo conciliatorio tendrá una duración de 185 días prorrogables en dos ocasiones por noventa días cada uno de ellos siempre y cuando se cumpla con los requisitos que establece la legislación concursal.
- El conciliador procurará que la empresa y sus acreedores lleguen a un convenio mismo que será eficaz cuando sea suscrito por el comerciante y sus acreedores que represente más del 50% de la suma de: i) del monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos como comunes y ii) el monto reconocido a aquellos acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

Podrán suscribir el convenio todos los acreedores reconocidos con excepción de los acreedores por créditos fiscales y los laborales.

- En su caso el convenio será aprobado por el Juez con el dictado de una sentencia y en consecuencia se dará por terminado el concurso mercantil y cesarán en sus funciones los órganos del mismo. Al efecto, el juez ordenará al conciliador la

cancelación de las inscripciones que con motivo del concurso mercantil se hayan realizado en los registros públicos.

- Están prohibidos los convenios particulares en materia concursal.
- Una vez transcurrido el periodo conciliatorio y sus prórrogas sin que se haya llegado a un convenio entre la empresa y sus acreedores, a solicitud del propio comerciante, del conciliador o bien por el simple transcurso del término conciliatorio sin la celebración de un convenio el Juez declarará la quiebra del comerciante
- Los efectos de la sentencia de quiebra son:
 - I. La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del Comerciante sobre los bienes y derechos que integran la Masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad.
 - II. La orden al Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes de entregar al síndico la posesión y administración de los bienes y derechos que integran la Masa, con excepción de los inalienables, inembargables e imprescriptibles.
 - III. La orden a las personas que tengan en su posesión bienes del Comerciante, salvo los que estén afectos a ejecución de una sentencia ejecutoria para el cumplimiento de obligaciones anteriores al concurso mercantil, de entregarlos al síndico;
 - IV. La prohibición a los deudores del Comerciante de pagarle o entregarle bienes sin autorización del síndico, con apercibimiento de doble pago en caso de desobediencia, y
 - V. La orden al IFECOM para que designe al conciliador como síndico, en un plazo de cinco días, o en caso contrario designe síndico; entre tanto, quien se encuentre a cargo de la administración de la empresa del Comerciante tendrá las obligaciones de los depositarios respecto de los bienes y derechos que integran la Masa.
- La sentencia que declare la quiebra implicará la remoción de plano, sin necesidad de mandamiento judicial adicional, del Comerciante en la administración de su empresa, en la que será sustituido por el síndico tomando las medidas necesarias para su seguridad y conservación.

- La quiebra de la empresa tiene como finalidad la enajenación del activo y en consecuencia el pronto pago a sus acreedores de acuerdo con la graduación y prelación de los créditos teniendo como procedimiento de enajenación la subasta pública.

Como podrán advertir el procedimiento denominado Concurso Mercantil tiene como objetivo principal la reorganización de la empresa y por consecuencia su reincorporación a la actividad comercial

Ahora bien, en términos de la Ley de Concursos Mercantiles existen diversas clasificaciones en las que se pueden ubicar los acreedores de una empresa que haya sido declarada en concurso mercantil las cuales son:

- Por cuanto hace a la graduación de los créditos dentro del procedimiento concursal la ley de la materia establece en su artículo 217 la siguiente graduación:

I. Acreedores singularmente privilegiados;

II. Acreedores con garantía real;

III. Acreedores con privilegio especial, y

IV. Acreedores comunes.

Son acreedores singularmente privilegiados los siguientes: i) Los gastos de entierro del Comerciante, en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento, y ii) Los acreedores por los gastos de la enfermedad que haya causado la muerte del Comerciante en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento.

Son acreedores con garantía real, siempre que sus garantías estén debidamente constituidas conforme a las disposiciones que resulten aplicables: i) Los hipotecarios, y ii) los provistos de garantía prendaria.

Son acreedores con privilegio especial todos los que, según el Código de Comercio o leyes de su materia, tengan un privilegio especial o un derecho de retención.

Son acreedores comunes aquellos créditos cuyas obligaciones no se encuentren garantizadas.

- La legislación concursal prevé como forma de pago de los créditos la siguiente: i) Créditos laborales; ii) Créditos denominados contra la Masa integrados por aquellos créditos a que se refiere la fracción XXIII del apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los créditos contraídos por la administración de la Masa (créditos operativos), los créditos para atender gastos para la seguridad de la Masa, refacción, conservación y administración y por último los gastos derivados de diligencias de procedimientos judiciales y extrajudiciales con beneficio directo a la Masa; iii) créditos singularmente privilegiados; iv) los créditos con garantía real; iv) créditos con privilegio especial como lo son los fiscales, y algunos créditos de Seguridad Social, INFONAVIT; v) los créditos comunes.
- Los honorarios de los especialistas (visitador, conciliador y síndico) se calcularán de acuerdo con las reglas generales de la Ley de Concursos Mercantiles y serán con cargo de la Masa y de conformidad con la reforma a la legislación concursal de diciembre de 2007, los honorarios de los especialistas son créditos que se pagan como un gasto ordinario de la empresa.

Es en la graduación de los créditos dentro del procedimiento concursal, donde nos detenemos a efecto de llevar a cabo los requisitos con los que debe contar un crédito para efectos de ser considerado.

Para efectos de ser considerado un crédito con garantía real resulta necesario advertir el artículo 219 de la Ley de Concursos Mercantiles que cita los requerimientos

“Artículo 219.- Para los efectos de esta Ley, son acreedores con garantía real, siempre que sus garantías estén debidamente constituidas conforme a las disposiciones que resulten aplicables, los siguientes:

I. Los hipotecarios, y

II. Los provistos de garantía prendaria.

Los acreedores con garantía real percibirán el pago de sus créditos del producto de los bienes afectos a la garantía, con exclusión absoluta de los acreedores a los que hacen referencia las fracciones III y IV del artículo 217 de esta Ley y con sujeción al orden que se determine con arreglo a las disposiciones aplicables en relación con la fecha de registro”.

Atento a lo anterior podemos advertir con meridiana claridad que el legislador considera que únicamente serán considerados como créditos con garantía prendaria o hipotecaria aquellos cuyas garantías se encuentren constituidas conforme a las disposiciones legales.

Es decir, el Derecho Positivo Mexicano reconoce como medios tradicionalmente reconocidos para garantizar las obligaciones la fianza, la hipoteca y la prenda; es preciso advertir que tanto la hipoteca como la prenda ambas figuras tienen un marco regulatorio distinto, sin embargo en su constitución encontramos un contexto muy similar.

La hipoteca o contrato de hipoteca es un contrato accesorio de garantía, a través del cual el deudor o un tercero concede al acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable para asegurar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; lo anterior implica que la garantía hipotecaria puede otorgarse por el mismo deudor o por un tercero y que da derecho al acreedor a ser pagado con el valor de los bienes en caso de incumplimiento de la obligación.

La hipoteca es necesaria cuando por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores.

El artículo 2919 del Código Civil para el Distrito Federal establece claramente los requisitos de existencia y validez del contrato de hipoteca los cuales son:

- La hipoteca nunca es tácita, ni general.
- La hipoteca para producir efectos contra terceros debe recaer sobre bienes determinados.

Por general se entiende la constitución de una hipoteca respecto de la generalidad de bienes del deudor, consecuentemente no surtirá efecto alguno la hipoteca que se constituya sobre

la totalidad de los bienes del deudor presentes y futuros sino que deber determinarse el bien o bienes que afecte en garantía.

En razón de lo anterior es evidente que el requisito de existencia del contrato de hipoteca recae en el objeto y en el consentimiento del garante

De lo anterior podemos apreciar que el requisito formal que la propia legislación establece para que surta plenamente los efectos de garantía y a su vez de procedencia a la vía especial requiere que se haga constar en escritura pública, se encuentre registrado en el Registro Público de la Propiedad y que sea exigible en los términos pactados.

Por su parte la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, pueden darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado. Para que ésta prenda surta sus efectos contra tercero necesitará inscribirse en el Registro Público a que corresponda la finca respectiva.

Para que se tenga por constituida la prenda, por regla general deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente y se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley.

Tanto la legislación civil mexicana que regula la hipoteca así como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el Código de Comercio establecen claramente las reglas para la constitución de una garantía prendaria.

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

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

Partes. El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante.

No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente.

Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente deba constar en el Registro Público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde que se inscriba en el Registro.

Por su parte la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito en materia de comercio, establece que la prenda se constituye:

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

II.- Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro,

III.- Por la entrega, al acreedor, del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro;

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

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

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

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

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

Es preciso advertir que en caso de que se den en prenda bienes o títulos fungibles, la prenda subsistirá aun cuando los títulos o bienes sean sustituidos por otros de la misma especie.

Cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de éstos se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constar por escrito.

Cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.

En razón de lo anterior encontramos que tanto en la constitución de la hipoteca, así como en la constitución de la prenda requiere en términos de la legislación mexicana para efectos de que surta plenamente sus efectos ambas garantías que el contrato sea inscrito en el Registro Público de Comercio por lo que hace a la prenda y por cuanto hace a la hipoteca que esta sea inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

Es decir, la propia legislación concursal justifica y reconoce las formalidades del otorgamiento de las garantías toda vez que establece en su artículo 219 que establece que para los efectos de la legislación concursal serán acreedores con garantía real siempre que sus garantías estén debidamente constituidas conforme a las disposiciones que resulten aplicables.

Por su parte existe una distinción entre el Registro Público de la Propiedad y el Registro Público de Comercio.

El Registro Público de la Propiedad y el del Comercio se distingue de todos los demás, porque los actos que se inscriben en el surten efectos y son oponibles frente a terceros.

En cambio otros registros solo son catálogos de bienes o de personas y su falta de inscripción, no trae mas sanción que la administrativa.

El Registro Público de la Propiedad esta regulado por una ley local y el de Comercio por una ley federal.

Al respecto el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las facultades legislativas no reservadas a la federación, pueden o deben ser asumidas por la cámara de diputados de los diferentes Estados; caso en el que se encuentran tanto el Código Civil y la regulación del Registro Público de la Propiedad.

Por su parte el artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como facultad del Congreso de la Unión, legislar en materia mercantil, y por lo tanto sobre el registro de Comercio.

Otra de las grandes diferencias de ambos registros radica en que el Registro Público de la Propiedad tiene como fin dar publicidad sobre las cosas y los derechos reales. En efecto deben inscribirse los títulos por los cuales se crea, declara, reconoce, adquiere, transmite,

modifica, limita, grava o extingue el dominio, posesión y los demás derechos reales sobre inmuebles.

En cambio en el Registro Público de Comercio se inscriben los comerciantes, personas morales o físicas, los hechos relacionados con ellos, los buques y aeronaves. De acuerdo con el Código de Comercio en su artículo 21 en el ascienso registral (Folio Mercantil) se inscriben la matrícula de comerciantes individuales, la constitución de sociedades mercantiles, los nombramientos de personas; los poderes generales para actos de administración y dominio y para otorgar o suscribir títulos de crédito; así como la inscripción de obligaciones como hipotecas industriales hipotecas de buques o aeronaves; créditos de habilitación y avío o refaccionarios en los términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las fianzas y contrafianzas, los contratos de comisión mercantil y por supuesto las prendas que se otorguen

Ahora bien, la verdadera pregunta es si la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y en su caso el de Comercio, tiene efectos constitutivos o bien declarativos ya que entenderíamos por regla general que la inscripción tiene tan solo efectos declarativos los cuales al ser distintos de aquellos denominados constitutivos podría llevarnos a la consecuencia de considerar que la inscripción registral constituye un elemento de publicidad del acto de aquellos denominados declarativos y por tanto si alguna garantía fuera constituida acorde a la legislación mexicana sin que esta fuera inscrita en el Registro, la citada omisión no podría considerarse como una violación a la disposición contenida en el artículo 219 puesto que se cumple con los elementos constitutivos del acto y no con un elemento declarativo como lo es la inscripción en el Registro Público sin embargo el criterio de los juzgadores en la práctica advierte que en caso de no estar inscrito el acto la garantía no fue otorgada en los términos de la legislación civil y por ende se encuentra viciada la garantía y con ello el reconocimiento del crédito es considerado como común.

En razón de lo anterior podemos concluir que si bien el derecho concursal mexicano reconoce el grado de acreedores con garantía a aquellos créditos en los que las partes hayan acordado garantizar las obligaciones mediante el otorgamiento de la prenda o hipoteca, no menos cierto es que resulta indispensable que el otorgamiento de dichas garantías se encuentre ajustado al marco regulatorio tanto civil como mercantil atendiendo en especial a las formalidades en el otorgamiento y su eficacia obteniéndola con la inscripción ante el Registro Público de la Propiedad o del Comercio en su caso.