

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA HIPOTECA
Principios de la Especialidad y la Publicidad

TESIS QUE PARA OBTENER EL
TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
presenta:

Roberto López Camarena

MEXICO, D. F.

1955



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

DEDICO EL PRESENTE TRABAJO:

Con todo cariño y respeto a mis padres:

Sr. D. JUAN LOPEZ BUSTOS y

Sra. Dña. RAQUEL CAMARENA DE LOPEZ.

D.

A la memoria de mi inolvidable hermano:

FRANCISCO.

A mis queridos hermanos:

ELVA,

JUAN DE DIOS, y

RAQUEL.

A la señorita:

MA. TERESA VIELVA RIVERO.

Al Sr. Licenciado
JORGE SANCHEZ CORDERO,
Agradeciendo sus orientaciones para
la elaboración de este trabajo.

Con amistad y afecto al
Sr. Licenciado RAMON SANCHEZ MEDAL.

INTRODUCCION

Honorables Miembros del Jurado:

Desde los primeros años, que felizmente concurrí a nuestra Facultad de Derecho, me parecieron de singular importancia las instituciones jurídicas creadas a fin de facilitar el desarrollo del crédito. Es la hipoteca, a nuestro pensar, una de las formas de obtener crédito, que presenta mayores garantías tanto desde el punto de vista de los contratantes como del de los terceros. La institución hipotecaria se presenta en nuestros días, después de una evolución de muchos siglos; a través de esos siglos de elaboración, la hipoteca nos ha llegado a la actualidad revistiendo el desarrollo que hace de esa institución una de las mejores, como medio propicio para subsanar las necesidades modernas de obtener créditos con la rapidez exigida, garantizando plenamente los derechos del acreedor y de las personas afectadas con su constitución.

Por estas razones y considerando su importancia, nos hemos decidido a tratar en nuestra tesis profesional, la hipoteca, mirada a través de los principios de la especialidad y la publicidad, es decir, consideramos que tales principios, indispensables en un régimen hipotecario moderno, revisten una importancia muy grande y que, aún cuando muchos autores no tratan el principio de la especialidad dándolo por supuesto, es necesario hacer hincapié en los beneficios que reporta su fiel observancia.

Sin desconocer que nuestro propósito entraña innumerables dificultades y trabajos, quiero hacer notar ante la consideración del Honorable Jurado, lo arduo de la labor emprendida y siendo mis conocimientos limitados, en el presente trabajo encontrarán muchas deficiencias y tal vez grandes errores; tampoco me hago ilusiones de querer presentar ante ustedes, nuevas tendencias o innovaciones en la materia, sino únicamente, mi esfuerzo va enca-

minado a hacer patente, en la medida que mis conocimientos lo permitan, la importancia que todas las legislaciones modernas y especialmente la nuestra, conceden a los principios de la especialidad y la publicidad de la hipoteca.

Ruego pues, al Honorable Jurado mire este trabajo con benignidad, tomando en cuenta que no lo presento como un acopio de conocimientos perfectos e intocables, sino como el modesto ensayo de un alumno ansioso de conocer y mejorarse.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA

Al iniciar el estudio de una institución jurídica, nos es indispensable partir de sus orígenes más remotos, a fin de darnos cuenta de su nacimiento y de su desenvolvimiento a través de las legislaciones de los distintos pueblos, que de una manera o de otra la han practicado. Debemos estudiar, por lo tanto, aquél cuerpo legal que unánimemente se reconoce como la fuente de casi todas las legislaciones modernas: el Derecho Romano.

No obstante ser el Derecho Romano el punto de partida de la generalidad de nuestras instituciones jurídicas, la hipoteca tiene un origen más remoto. Parece que, ya los antiguos judíos practicaban lo que podríamos llamar el antecedente de la prenda y la hipoteca, puesto que en un principio se las confundía. Sin embargo, no cabe duda de que, entre los griegos fué muy conocida; el origen etimológico de "hipoteca" nos viene del griego *υποθηκη*.

Al principio, en Grecia, el deudor que no cubría sus obligaciones podía ser vendido por su acreedor, dándose el caso de que los deudores insolventes vendieran a sus propios hijos para satisfacer sus deudas. Al ser proscrito este procedimiento por Solón, es de creerse que nació la hipoteca. Los griegos organizaron un sistema de publicidad para la constitución de las garantías reales, tan eficaz como lo permitían las circunstancias. "Así pues, los griegos, para simbolizar la hipoteca colocaban sobre la finca gravada un pequeño pedestal o una lápida donde aparecían escritas las cargas a que se hallaba afectada aquella heredad".¹ En el derecho griego, la hipoteca tenía el carácter de una prenda inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, con el inconveniente de que se desposeía al deudor. En la opinión del Lic. Rojina Villegas, la hipoteca en el derecho griego tenía características semejantes a la anticresis. En ésta el deudor entrega a su acreedor un inmueble para la seguridad de su crédito, te-

(1) Pantoja y Lloret, Ley Hipotecaria, T. I. Pág. 7.

niendo el acreedor la facultad para disfrutarlo a cuenta de los intereses, y si no los hay, a cuenta del capital. ²

Por otra parte, los autores no están acordes al definir a qué institución se asemeja más la hipoteca griega, "Grecia nos ofrece una institución que se puede semejar a una venta subordinada a una condición suspensiva y en la cual M. Beauchat se inclina a ver una *datio in solutum* eventual. Bien que la solución sea dudosa, parece que el acreedor, que no es pagado a su vencimiento, tiene el derecho de proceder por enfiteusis, a la expropiación del deudor, es decir, a la expulsión de éste y a posesionarse de la cosa hipotecada deviniendo propietario". ³

En cuanto a sus principios, la hipoteca griega, estaba muy adelantada, pues ya se consignaba la publicidad y la especialidad; el principio de la especialidad se oponía a la afectación general de un patrimonio para garantizar el cumplimiento de determinada obligación, siendo un bien especialmente determinado el que se grava para asegurar el cumplimiento de una obligación contraída por un deudor. El otro principio, de importancia fundamental es el de la publicidad, éste consistía en mojoneras que en un principio sirven para hacer públicas las enajenaciones y después las hipotecas; en las mojoneras se mencionaba: el nombre del acreedor, el objeto de la hipoteca y en último lugar, el monto y naturaleza del crédito garantizado. Sin embargo, parece que el sistema de publicidad no era elemento ni de existencia ni de validez de la hipoteca. El rango de los acreedores hipotecarios se determinaba según la fecha del acto constitutivo, pudiendo probarse éste, por medio de testigos. Aún cuando no era obligatorio hacer la publicidad, en la manera que ha quedado señalada, si era buen método, ya que cuando no se hacía la publicidad, el acreedor quedaba expuesto a perder sus derechos si no se colocaba inmediatamente en posesión del fundo, antes que cualquier otra persona lo hiciese.

a).—*Derecho Romano:*

De los principios griegos sobre la hipoteca, algunos autores opinan que por evolución o desarrollo se creó la hipoteca romana, otros por el contrario ven tal distanciamiento entre las dos instituciones, que aseguran el nacimiento de la hipoteca romana, como independiente de

(2) Der. Hipot. Mexicano, 1945. Pág. 2.

(3) Baudry Lacantinerie y D. Loynez, Du nantissement des privileges et hypothèques, Pág. XII y XIII P. Introduc.

las ideas y principios que se practicaban en Grecia, debido únicamente al genio romano.

Según se expresa Cammarota,⁴ no obstante que en Grecia como en Roma se encuentra la hipoteca bajo una misma denominación y con algunas semejanzas, son instituciones diferentes, "es problemático que el derecho griego haya influido sobre el romano, substancialmente sobre el pignus, pues difieren en sus rasgos esenciales: la clandestinidad del uno (el romano) y la publicidad del otro. La verdad es que —al decir de Chadet— la hipoteca romana se desarrolló espontáneamente, al decir de Labbé, una creación del genio romano. Los latinos tomaron de los griegos nada más que una palabra nueva para designar una cosa vieja".

Otros autores, dudan que haya alguna base de sucesión del derecho griego al romano, "no es fácil indicar la época en que se admitió y se derogó por los romanos, en el caso de que así fuese, el sistema de indicar los gravámenes impuestos a un predio por medio de inscripciones estampadas en lápidas ó columnitas colocadas sobre la finca hipotecada".⁵

Por mucho tiempo, los romanos, sólo emplearon para dar a los acreedores una garantía real, "la enajenación con fiducia", ésta consistía en simular una venta, el deudor de un crédito para asegurarlo enajenaba una de sus propiedades, por medio de la mancipatio ó de la injure cessio, a favor de su acreedor acompañando a esta enajenación, un pacto fiducia, por el cual el acreedor quedaba comprometido a regresar la propiedad de la cosa al tiempo en que el deudor pagaba su deuda. En sus orígenes, el pacto de fiducia, no tenía otra sanción más que la buena fé del adquirente y la posibilidad, por parte del que enajena, de volver a tomar la cosa por usureptio; más tarde, la fiducia, fué sancionada por una doble acción de buena fé: la acción fiducia directa y la acción fiducia contraria⁶. Generalmente el acreedor dejaba en manos del deudor la cosa hipotecada, a título de arrendamiento o de precario, consistiendo éste último en una liberalidad personalísima: una persona concede a otra, que se lo ha rogado, la posesión

(4) Citado por Siller C. en su Tesis Prof. "La Hipoteca en el Código del D. y T. F. 1948, Pág. 40.

(5) Pantoja y Lloret, O. C. Pág. 8.

(6) Paulo, S., II, 13, Párrs. 6 y 7. Petit.

y el disfrute gratuito de una cosa, a cargo de restituirla a la primera reclamación.⁷

Como consecuencias de la enajenación con fiducia, tenemos que, en el caso de que el deudor pague su deuda al vencimiento, el acreedor debe retransmitirle la propiedad de la cosa hipotecada, el deudor puede adquirir la propiedad de nuevo si no se le transmite, por medio de la usureceptio, poseyéndola por un año.

Si por el contrario no paga, no tendrá el derecho de la usureceptio. Parece que el acreedor tiene el derecho de vender la cosa para con su producto hacerse pago, devolviendo la diferencia al deudor.

Quando el acreedor se niega a ejecutar la fiducia, es decir, a retransmitir la propiedad de la cosa al enajenante, sólo había en origen la sanción de un árbitro; la decisión del árbitro no tenía más que un valor moral, a menos que hubieren estipulado una suma determinada a título de pena en caso de contravención a lo pactado. Más tarde el árbitro es substituído por una acción in factum, llamada así porque el pretor al concederla se colocaba fuera del derecho civil, sólo da derecho a una indemnización exacta al perjuicio causado. El uso transforma esta acción en una in jus de buena fe, siendo personal sólo concede un derecho de crédito, no pudiendo por tanto ejercitar ninguna acción contra los terceros adquirentes.

El acreedor tiene una situación especial, por una parte podía enajenar la cosa, pues era propietario; pero por el pacto de fiducia estaba obligado a no hacerlo, ya que tenía el deber de transmitir nuevamente la cosa al enajenante después del pago.

Con tales derechos el acreedor estaba suficientemente garantizado: tiene la propiedad de la cosa y la reivindicatio para el caso en que sea desposeído. Tal estado de cosas tenía muchas desventajas para el deudor: desposesión del objeto que transfería en garantía; la posibilidad de que el acreedor abusando de su derecho, enajenara prematuramente la cosa, con lo que el deudor perdía todo derecho sobre la misma, teniendo sólo una acción personal en su contra, pues no tenía la posibilidad de perseguir a los terceros adquirentes. Este sistema, por otra parte, hacía muy gravoso y difícil el crédito, ya que una cosa que se transfería para obtener un crédito, no podía usarse para conseguir otro, aún cuando su valor fuera muchas veces superior al importe del primero.

(7) Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, México, 1949, Pág. 426.

Estos graves inconvenientes van desapareciendo a medida que se vá llegando a la concreción de la hipoteca, bajo las disposiciones de los pretores romanos que se encargan de ir perfeccionándola.

Como un adelanto hacia la concreción de los principios fundamentales de la hipoteca, se advierte en el derecho romano una innovación, en el momento en que ya no se exige la transmisión, por parte del deudor, de la propiedad de una cosa, que esté dentro de su patrimonio para garantizar una deuda; es la posesión, del bien que sirve de garantía, la que se pasa a manos del acreedor, obligándose éste a devolverla al momento en que se liquide la deuda. "El Derecho Civil admitió un procedimiento más sencillo y más favorable al deudor; es el contrato de "prenda". El deudor entrega al acreedor, a título de prenda, la posesión de una cosa, y el acreedor se obliga a devolverla después del pago".⁸

Por lo tanto, ya no se requiere ser propietario del bien garante, pues no necesita transferir la propiedad, únicamente se requiere tener la posesión.

El acreedor tiene una especie de posesión derivada, sobre la prenda, ya que entre él y el deudor se reparten los beneficios de la posesión. El acreedor está protegido por medio de los interdictos posesorios, pudiendo hacerlos valer contra el mismo deudor; más si el deudor tiene la posibilidad de adquirir la propiedad de la cosa por prescripción (usucapión), a él le favorece la posesión, es decir, que el acreedor para ese efecto posee a nombre del deudor. Los frutos que produzca la prenda, no quedan a favor del acreedor sino a cuenta de intereses y lo que sobre, se aplica al capital. Este posible problema de los frutos, quedó terminado al estipularse generalmente que los frutos quedarían al acreedor por los intereses estipulados. (anticresis).

Todavía este adelanto presentaba muchas desventajas para el deudor, "en resumen, la garantía que el acreedor encuentra en la prenda, consiste en retener la posesión de la prenda hasta que se le haya pagado. Pero si la prenda ofrecía al acreedor una seguridad suficiente, tenía aún muchos inconvenientes para el deudor, quien, al mismo tiempo que conservaba la propiedad de la cosa, perdía su posesión y uso. Es verdad que el acreedor consentía a menudo en restituírsela a título de arrendamiento o de precario, pero podía también negarse a este

(8) Petit, O. C. Pág. 297.

arreglo. Por otra parte, cualquiera que fuese el valor de la cosa dada en prenda no podía servir más que para la garantía de un sólo acreedor. ⁹

En esta época, la hipoteca todavía no se diferenciaba de la prenda, o más bien, con la prenda se suplían las necesidades de las dos instituciones. Es por eso que, tanto los bienes muebles como los inmuebles eran indistintamente objeto de la prenda; si bien prácticamente y por las necesidades particulares, se constituía la prenda con preferencia sobre bienes muebles; se explica ésto, porque la persona que tenía varias prendas, si éstas eran sobre inmuebles, casi nunca podría dedicar la atención necesaria a cada uno de los inmuebles, con lo cual podía incurrir en daños y perjuicios, ya que estaba obligado a cuidarlos y a tener una dedicación como "buen padre de familia".

Por tales razones, era indispensable llegar a otro sistema que se pudiera aplicar a los inmuebles con facilidad; ese nuevo sistema, parte de las bases que para los inmuebles se observaban en la prenda, con la diferencia de que ya no se transmitía ni la propiedad (como en la enajenación con fiducia) ni la posesión (como en la prenda), sino sólo se afectaba determinado bien al cumplimiento de una obligación.

Este momento de evolución de las garantías reales dentro del derecho romano nos dá la creación de la hipoteca. La hipoteca nace como una institución necesaria para resolver los problemas, tanto de los colonos como de los arrendadores, problemas derivados de la práctica de la enajenación con fiducia y de la prenda. "Para dar una seguridad al propietario, el colono, que no tiene ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso, muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados sobre el fundo por el colono (invecta, illata) estarían afectos al pago del arrendamiento por simple convención y sin que se privase al colono de su posesión".¹⁰ Con tal motivo, "para conciliar los intereses ambas partes en los límites de lo posible, se conformaron por establecer una simple convención para no desprenderse de las cosas, autorizándose al locator para apoderarse de las introducidas en el predio".¹¹

(9) Petit, O. C. Pág. 298.

(10) Petit, O. C., Pág. 298.

(11) Maynz, Curso de Derecho Romano, Pág. 937.

De esta manera, los intereses de acreedor y deudor quedan salvaguardados: el acreedor obtiene una seguridad real, sin que esto signifique el inconveniente para el deudor de ser desposeído de la cosa garante, teniendo el acreedor el derecho de ponerse en posesión si no es pagado al vencimiento.

Como medio para hacer efectivo el derecho de garantía sin desposesión, sobre el bien afectado en el patrimonio del deudor, el acreedor cuenta con un interdicto que en fecha imprecisa fue creado por el pretor Salvius, el locator al no ser pagado al vencimiento tiene el derecho de embargar los bienes afectos al pago, ya sea en la misma finca o fuera de ella. Posteriormente se permite al acreedor ejercitar una acción *in rem*, la cual puede hacerse valer a falta de pago contra el ^{propietario} colono o contra cualquier tercero detentador de la cosa gravada, concediendo por lo tanto, ésta acción, un verdadero derecho real. Esta acción es debida al pretor Servius y conocida con el nombre de acción serviana. No obstante, éste adelanto se restringe al caso de la garantía ofrecida por los colonos, para el pago del arrendamiento de predios rústicos. "La Actio Serviana era atribuida al locator de un *predium rusticum* contra el conductor, para la entrega de los *invecta et illata* del conductor sujetos a la prenda".¹²

La acción serviana se fue generalizando para toda clase de créditos, los pretores se encargaron de extenderla, en vista de las ventajas que acarrea para los deudores, que sin encontrarse en el caso específico de los colonos y arrendadores tenían que garantizar algún crédito con bienes semejantes a los que se protegía en el primer caso de la acción serviana. "Desde entonces, todo deudor pudo conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de ninguno de sus bienes, una simple convención... fué suficiente para procurar al acreedor un derecho real".¹³

Tal acción pasa al derecho común como acción cuasi serviana o hipotecaria.

De esta manera, los intereses del acreedor y deudor, están más protegidos: el acreedor adquiere, no la propiedad ni la posesión del bien garante, sino un derecho especial que lo faculta a ponerse en posesión (si no es pagado al vencimiento) y tener una situación semejante a la del acreedor prendario, con la diferencia y ventaja para el

(12) Enneccerus, Tratado de Derecho Civil, Pág. 167 T. III.

(13) Petit, O. C. Pág. 298.

deudor de que conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada, mientras el acreedor no haga uso de la acción cuasi-serviana. Aquí se advierte ya el momento en que se desliga la hipoteca de la prenda, formando una institución diferente. Diferencia que se manifiesta de la comparación de las dos formas de garantía real, en la prenda hay desposesión y en la hipoteca nó; la misma práctica las separa, al constituirse principalmente la hipoteca sobre bienes inmuebles y la prenda sobre muebles. El bien sujeto a hipoteca puede gravarse posteriormente con nuevas hipotecas, lo cual no puede ser en la prenda por el hecho de la desposesión.

No obstante estos adelantos la hipoteca solo concedía al acreedor no pagado, el derecho de reclamar y obtener la posesión de la cosa y guardarla hasta que le sea liquidado su crédito; ésta fue la razón por la que generalmente, a la convención de hipotecar, se añadieran pactos accesorios que permitían al acreedor hacerse un pago más rápido. "En los orígenes no existía derecho alguno a vender la cosa pignorada para pagarse con su producto; pero fué tan corriente reforzar la posición del acreedor mediante un *pastum-de-vendendo* que, ya en el siglo III de C., el derecho a vender está contenido en el *pignus* en virtud del derecho objetivo".¹⁴ Otro sistema fué el de la *lex commissoria*, el acreedor que o era pagado en tiempo adquiría, automáticamente la propiedad del bien hipotecado o dado en prenda; por los peligros que engendraba esta ley el emperador Constantino la prohibió.

Habiendo visto el nacimiento de la hipoteca, la acción que la sanciona y su definitiva distinción con la prenda, nos falta analizar sus caracteres esenciales en el derecho romano: 1.—Es un derecho real accesorio, ya que es necesario que haya una deuda a garantizar, sin importar la naturaleza jurídica de la obligación, puede garantizarse lo mismo una deuda civil que una natural o sujeta a condición. 2.—Es un derecho indivisible, como consecuencia de que la hipoteca subsista toda entera aunque se pague parte de la deuda, o que se destruya parte del bien hipotecado. 3.—Racae sobre toda clase de bienes, ya sean corporales o incorporales, muebles o inmuebles, lo único que se exige es que sean susceptibles de ser vendidos. 4.—Como derecho real, concede el derecho de persecución, venta y preferencia, que en el derecho romano se conocían como la ventaja de ejercitar la

(14) Enneccerus, Pág. 167.

acción in rem hipotecaria contra cualquier tercero detentador; de vender la cosa y de pagarse con su producto con preferencia sobre todos los demás acreedores. 5.—Puede ser general o especial, según que grave todos los bienes del deudor, o que recaiga sobre un bien especialmente determinado. 6.—No se requiere ninguna formalidad, es consensual a diferencia de todos los demás derechos reales que requieren una forma especial de constitución.

Los aspectos más criticables del sistema jurídico de la hipoteca romana, son sin duda: la posibilidad de constituir hipotecas generales y tácitas; así como la falta de publicidad de las hipotecas.

"No puede dudarse que el sistema romano presenta, en sus fundamentos, una gran libertad y responde a principios de clara lógica. Su principal defecto lo constituye el gran número y la tendencia absorbente de las hipotecas generales y legales y los privilegios hipotecarios. Hipoteca general es aquella que gravita sobre todo el patrimonio del deudor; legal la que impone directamente la ley, sin consultar a la voluntad del propietario; Los privilegios hipotecarios por su parte, rompen el principio de prioridad, que de varias hipotecas coexistentes sobre la misma finca asignan preferencia de rango a las principalmente constituidas".¹⁵

Con este régimen hipotecario, resultaba sumamente difícil conocer, en un momento dado, las cargas a que estaba sujeto un bien. Mediante un simple convenio, al cual no se le dá ninguna publicidad, puede una persona gravar con hipoteca un bien mueble o inmueble; pudiendo hipotecar la totalidad de sus bienes aún los futuros. De ahí la dificultad de conocer la situación jurídica de los bienes que se ofrecían en garantía, los acreedores estaban en peligro de que viniese otro acreedor con título anterior al suyo, lo cual dejaba sin efecto su derecho hipotecario ya que sólo siendo el primer acreedor hipotecario puede triunfar sobre cualquier otro. Aún teniendo una relativa seguridad de que el bien no está gravado, su primacía se destruía rápida y definitivamente por medio de las hipotecas privilegiadas (privilegios hipotecarios). Una primera hipoteca por ese procedimiento podía convertirse en segunda o ulterior.

Este sistema se oponía, según R. Sohm, al desarrollo del crédito hipotecario, por los grandes inconvenientes que encerraba para

(15) Nussbaum, citado por Siller, C., O. C., Pág. 38.

el acreedor, lo cual contribuyó a hacer mucho más estimable el crédito personal por medio de la fianza. ¹⁶.

No obstante sus grandes inconvenientes, es de notar que el régimen hipotecario romano, es la fuente de donde parte el derecho hipotecario en general, y que aunque se hayan cambiado algunos de sus principios, en el fondo sus caracteres han llegado hasta nuestros días con pocas diferencias.

b).—*Derecho Alemán:*

Al abordar el estudio del régimen hipotecario alemán, veremos: en primer lugar sus orígenes, enseguida la recepción del derecho romano y por último su estado actual.

La evolución de la hipoteca germánica es distinta a la que observamos en el derecho romano, sin dejar de notarse, entre ambos derechos, ciertos puntos de semejanza.

Ya en la época de los francos se conocía una garantía real, se transmitía la propiedad de una cosa; pero a diferencia de la fiducia romana, esta transmisión era bajo condición resolutoria, es decir, se transmitía la propiedad del bien que servía de garantía, pero esa transmisión quedaba sujeta a la condición de que la deuda no fuese pagada; si la deuda se pagaba la transmisión quedaba sin efecto por no haberse cumplido la condición y la propiedad volvía al enajenante. Enseguida viene a aparecer en el campo del derecho germánico, la *Satzung* antigua, que viene a ser la *pignus* romana. En el siglo XIII, surge en el derecho inmobiliario otra garantía real pero sin desposesión. Enneccerus nos dá una idea exacta de lo que se entendía por "empeño nuevo": "La así llamada nueva *Satzung* paralela de la hipoteca romana y raíz de la hipoteca moderna. El pignorante conserva la propiedad, la posesión y el goce del inmueble, el acreedor adquiría, sin señorío material sobre la cosa, el derecho a satisfacerse sobre ella". ¹⁷.

La nueva *Satzung* contenía un procedimiento de ejecución, ya que el acreedor, en sus orígenes, podía acudir ante los tribunales, para que le fuese entregado el inmueble a título de pago (derecho pignoraticio comisario).

El derecho germánico, a diferencia del romano, presenta un principio de distinción: la publicidad, que es en sí uno de los puntos bási-

(16) Instituciones del derecho privado romano.

(17) O. C., T. IV, Pág. 169.

cos de la teoría moderna hipotecaria. Al respecto Enneccerus nos dice: "La nueva Satsung a diferencia de la hipoteca romana, se establecía con solemnidades públicas, especialmente ante el tribunal y el consejo. Al crearse los registros de las ciudades, se requirió la inscripción en el registro que de esta suerte se convirtió en medio de publicidad de los derechos inmobiliarios de garantía".¹⁸.

Por su parte Nussbaum expone las siguientes ideas sobre el origen del derecho hipotecario alemán: "La genealogía del sistema hipotecario alemán se remonta a la edad media. El derecho germánico medioeval conoce y reglamenta dos formas de garantía inmobiliaria (empeños). Una consiste en entregar la finca al acreedor para que la disfrute hasta que le sea saldada la deuda; otra, en rentar al deudor la posesión del inmueble, pero quedando éste sujeto a una especie de proscripción judicial, por la cual se le reserva al acreedor —vencida la deuda— la posibilidad de cobrarse del fundo, mediante la intervención de los tribunales. La imposición de la garantía realizase, en ambos casos, en forma pública —ante el juez o el consejo—, para dar a los herederos del transmitente, o a cuantos puedan tener alguna expectativa sobre la finca, ocasión de intervenir. Siguiendo la terminología de Albrecht, suele darse a la garantía posesoria el nombre de "empeño antiguo" y a la otra el de "empeño nuevo". Sin embargo, estas expresiones pueden ser equivocadas, puesto que el empeño que se dice nuevo llega, al igual que el antiguo, hasta el período de los derechos nacionales germánicos, y a su vez, la forma de garantía llamada antigua se mantiene hasta los tiempos modernos, y hasta sobrevive a la nueva, aunque sea con ciertas mudanzas formales. Pese a lo cual, aquellos nombres se inspiran en un concepto exacto. La forma nueva es la que mejor corresponde, en sus líneas generales, a un régimen económico progresivo y de tipo urbano. La prenda de disfrute —es decir, la antigua— se adapta mejor, por su naturaleza, a las fincas rústicas. El traspaso posesorio de una finca urbana, en la ciudad, no favorece ni al deudor ni al acreedor, no siendo posible, como no lo es, su explotación en forma de alquiler. La garantía antigua responde más fielmente al sistema económico del trueque; la nueva presupone ya un régimen de crédito revestido de tutela jurídica más páficta. Aquélla viene a ser, desde el punto de vista del deudor como una "venta hecha por necesidad"; desde el punto de vista del

(18) O. C., Pág. 169.

acreedor, una especie de "pago al contado provisional"; consecuencia de esto es que el plazo de vencimiento, en esta clase de prendas, sea siempre breve y que la mayor parte de las veces la entrega de la prenda se considere por ambas partes como transacción última y definitiva. Todo a la inversa de lo que ocurre en la segunda forma de garantía. Elemento común de ambas es, originalmente, la ausencia de responsabilidad personal —es decir, de una responsabilidad general sobre los bienes— del deudor, entendida en el sentido moderno. La responsabilidad se circunscribe a la cosa empeñada. En la época en que nacen las dos clases de garantía a que nos referimos, no se halla todavía regulado un procedimiento judicial de ejecución sobre el patrimonio, al modo del que hoy rige y sirve de base a la responsabilidad personal de los deudores en el Derecho moderno. Coinciden también ambas formas de garantía en no compartir el carácter capitalista, que es peculiar de la hipoteca moderna. En la forma llamada antigua es patente esto, y la segunda se utiliza, en un principio, para el aseguramiento de fianzas y otras garantías y obligaciones inciertas. Además, los préstamos no eran nunca, jurídicamente, rentables, porque el derecho canónico prohibía severamente el pacto de intereses. La combinación de créditos de capital y percepción de réditos repugnaba también al régimen primitivo de la economía medioeval, en que los capitales en dinero gozaban de escasas posibilidades para ser fuente de lucros o nuevos capitales. El medio más semejante a las inversiones modernas de que se disponía —y es muy significativo que procediese de los derechos locales— era la "compra de rentas" (la Gült). Consistía ésta en un negocio, mediante el cual el dueño de la finca obtenía una suma de dinero a cambio de abonar un canon perenne, incancelable y transmisible (Ewiggeld), de que respondía exclusivamente el fundo. La finalidad económica fundamental de esta operación era la de facilitar capitales para la edificación o reparación de la propiedad inmueble, reservándose en pago los frutos de estas mejoras. De la "compra de rentas" y el "empeño nuevo" brota, dentro del régimen capitalista, la hipoteca moderna, por efecto de un proceso gradual de transformación y asimilación de las dos formas tradicionales de garantía. Ya entrañaba un cierto germen capitalista la "compra de rentas" en la facultad reservada al dueño de la finca de redimir la renta mediante entrega de una suma global (la palabra "redención" es característica de la técnica jurídica medioe-

val, a que era ajena, en este respecto, la idea de extinción de las obligaciones). Este derecho de rescate, reservado desde antiguo al propietario o en el contrato de compra de rentas, fué poco a poco convirtiéndose en norma legal. Con lo cual, la renta acabó por asumir el carácter de un crédito real inextinguible por parte del acreedor. La creación de las cédulas rentarias a la orden o al portador, ya muy frecuentes en la Edad Media, contribuyó, por otra parte, a fomentar la transmisibilidad de este derecho. Y sirvió también de acicate, así para el desarrollo de la compra de rentas como para el de la forma "nueva" de garantía, la implantación de un procedimiento, por medio del cual pudiese el acreedor cobrarse directamente de la finca. Mientras que originariamente se le asignaba el título dado en garantía, más tarde —cuando lo fundamental para los acreedores pasó a ser el dinero y no la finca— se introdujo como esencial la venta del inmueble —mediante autorización judicial primero, y luego en subasta pública por los tribunales mismos—, entregándose al dueño el producto sobrante. Por su forma externa, coinciden las dos divergentes instituciones de la compra de rentas y la garantía nueva, puesto que el vendedor de aquéllas sujeta también sus fincas a responsabilidad por el deber que contrae, aún cuando no formen directamente objeto del acto de venta, englobando todo su patrimonio inmobiliario en el vínculo pignoraticio. Son conceptos propios todavía de la Edad Media. Y medioeval es también la tendencia a generalizar la pignoración de todo el patrimonio, que prepara la responsabilidad personal accesoria de los deudores, tal como la entienden el Derecho romano y el moderno. Al terminar la Edad Media, el Derecho germánico se encontró, pues, con una forma de crédito territorial que presenta muchos puntos de analogía con la hipoteca moderna. Destacamos, entre ellos los siguientes: su régimen de sustantividad respecto a la prenda inmobiliaria, las formas públicas exigidas para su constitución, y su asiento en libros públicos —requisito éste usual desde el comienzo, tanto para el empeño nuevo como para la compra de rentas—, la reserva de la posesión de la finca por parte del propietario; gravitación de la deuda sobre el fundo; pago del acreedor mediante venta de la finca realizada por los tribunales o con la intervención judicial. A estos elementos añade el siglo XVI la prohibición canónica del pacto de intereses, la implantación de un procedimiento judicial de concurso, que suple y prepara el actual proceso ejecutivo y la crea-

ción de un "derecho de rescate" para las rentas, equivalente a un derecho de cancelación reservado al acreedor rentario. Con todo esto, se prepara el advenimiento de la hipoteca de tipo capitalista".¹⁹

El segundo punto de la evolución del derecho hipotecario alemán lo fijamos en el momento de la recepción del derecho romano. En las siguientes palabras de Enneccerus veremos los efectos de la recepción del derecho romano en el campo del derecho germánico. "La recepción del Derecho romano en Alemania destruyó para el derecho común los principios de publicidad (posesión e inscripción), de especialidad y de diversificación de los derechos de garantía sobre muebles y sobre inmuebles. Las hipotecas tácitas del Derecho romano y sus numerosas hipotecas generales, ya legales, ya convencionales, adquirieron carta de naturaleza, con grave peligro para el crédito real. Pero en los derechos particulares alemanes se mantuvieron los pensamientos germánicos, que se desarrollaron, ya en toda su pureza, ya amalgamándose con las ideas romanas. De esta manera se eliminaron casi totalmente las hipotecas generales, se reconstituyó el principio de publicidad y se diferenciaron los derechos mobiliarios de garantía de los inmobiliarios".²⁰ Como puede verse, no obstante el adelanto a que el sistema hipotecario germánico había llegado, el prestigio del derecho romano, prestigio adquirido a través de muchos siglos, influyó grandemente en las instituciones germánicas; y es sólo mediante un esfuerzo del Estado y de los particulares, que se logra ir depurando las ideas romanas hasta llegar a hacer de la hipoteca un medio de garantía real, sin todos los inconvenientes que introdujo en Alemania la recepción del derecho romano. Para evitar los peligros de las hipotecas tácitas, se dió preferencia a las constituidas judicialmente, con lo cual ya había cierta publicidad; las hipotecas generales son atacadas, al exigirse que se especifique ante el juez las fincas sujetas al gravamen. Se reorganizan los registros, creandose registros especiales para las hipotecas.

Habiendo tratado, someramente, los antecedentes en la evolución del derecho alemán, desde sus orígenes, nos falta examinar su situación actual, es decir, el sistema hipotecario alemán vigente.

El Código Civil alemán en su art. 1113 define la hipoteca de la manera siguiente: "es el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud

(19) Citado por Rojina Villegas, Der. Hip. Mex. 1945, Págs. 4, 5, 6, 7 y 8.

(20) O. C., Pág. 170.

del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor". Nussbaum comentando la presente disposición dice: "La palabra gravamen tiene en la terminología del Código sentido técnico, y alude siempre a un derecho real sobre cosa ajena, considerado en su aspecto pasivo. La hipoteca, por tanto, no engendra una simple relación personal entre acreedor y propietario sino que entraña un derecho absoluto, válido contra todo tercero y establecido directamente sobre la finca".²¹ El principio de accesoriedad ha ido perdiendo terreno en el sistema hipotecario alemán. La hipoteca alemana, a diferencia de la romana y la francesa, va perdiendo su carácter accesorio, para ir constituyéndose como derecho independiente. Al respecto Nussbaum citado por Rojina Villegas nos hace tal deducción al comparar la prenda con la hipoteca: "La prenda, tal como la define el art. 1204 del Código, es una forma de garantía de créditos consistente en un gravamen sobre cosa mueble, que autoriza al acreedor a cobrarse de la cosa prendada. Aquí a diferencia de lo que hace al definir la hipoteca, subraya la ley expresamente la finalidad de aseguramiento, y por tanto, el lazo de dependencia que sujeta a la prenda —derecho real— al derecho personal garantizado. La hipoteca dice que se establece en razón de un crédito reconocido a favor de su titular con lo cual parece dar a entender que la sustantividad e independencia del derecho real son allí mayores".²²

No obstante, todavía hay en el derecho alemán, hipotecas accesorias, la llamada hipoteca de seguridad es un ejemplo de las mismas. Al respecto Enneccerus nos dice: "La hipoteca (refiriéndose a la de seguridad) es accesorio, es decir, dependiente de un crédito a cuya seguridad debe servir, no puede nacer ni subsistir sin un crédito. El acreedor hipotecario y el acreedor personal del crédito a garantizar es necesariamente la misma persona y, por lo tanto, la hipoteca no puede transmitirse ni gravarse sin su crédito".²³

De la hipoteca alemana se distinguen otras formas de garantía inmobiliaria, como son: la deuda inmobiliaria y la deuda de renta; éstas dos últimas se diferencian de la primera, en que en ellas se va

(21) Citado por Rojina Villegas, O. C., Pág. 18.

(22) O. C., Pág. 94.

(23) O. C., Pág. 188.

estableciendo gradualmente la autonomía del derecho real inmobiliario.

La hipoteca puede ser: de tráfico, que es la normal, teniendo una existencia sustantiva y no accesorio y; la hipoteca de seguridad, que viene a ser igual a la nuestra tomada del derecho español, francés y romano, con carácter accesorio. "La hipoteca, es hipoteca de tráfico o hipoteca de seguridad, según que los efectos de la inscripción en el registro se extiendan o no al crédito".²⁴.

El art. 1101 del código civil alemán nos define la deuda inmobiliaria de la manera siguiente: "Es el gravamen establecido sobre un inmueble, sujetándolo al pago de una determinada suma de dinero en favor de una persona". Enneccerus nos dice que la "deuda inmobiliaria es un derecho de garantía no accesorio, pues no presupone un crédito (art. 1192); en su definición la ley evita en absoluto mencionar un crédito y solo por eso se distingue de la hipoteca".²⁵. La deuda de renta "es el gravamen de una finca con una renta en metálico: en plazos periódicos se ha de pagar sobre la finca una determinada cantidad de dinero".²⁶.

En cuanto a la hipoteca de seguridad, vemos que, sólo subsiste si hay un crédito que garantizar, a diferencia de la hipoteca de tráfico; Enneccerus nos dice: "En la hipoteca de tráfico se presupone y finge a favor de los terceros de buena fe, que existe el crédito, si éste está inscrito: los efectos de la inscripción valen, como dice la ley en el Art. 1138, "en cuanto a la hipoteca incluso con referencia al crédito".²⁷.

No obstante, que cada una de estas garantías inmobiliarias tienen sus características particulares bien definidas, existen entre ellas datos que las hacen semejantes y que les son comunes. Al respecto veamos las palabras de Enneccerus: "tienen por contenido común el gravamen de un inmueble con una determinada cantidad de dinero y rigen esencialmente los mismos principios en cuanto a la constitución, transmisión, modificación, supresión, alcance, objeto, manera de hacerse efectivos y tutela de estos derechos. Las diferencias entre la hipoteca y la deuda inmobiliaria no son mayores que las que median

(24) Enneccerus, O. C., Pág. 173.

(25) O. C., Pág. 189.

(26) O. C. Pág. 378.

(27) O. C., Pág. 173.

entre las distintas clases de hipoteca, principalmente entre la hipoteca de tráfico y la de seguridad. La igualdad interna de todos estos gravámenes se hace patente en que cualquiera de ellos puede ser libremente transformado en otro sin que sea necesario el asentimiento de los titulares posteriores; y semejante transformación no constituye supresión de un derecho y constitución de otro nuevo, sino mera modificación en el contenido del existente".²⁸.

c).—*Derecho Francés:*

La evolución del sistema hipotecario francés, es muy semejante, en su desarrollo, a la del derecho romano. La hipoteca francesa no proviene, en sus orígenes, del sistema romano; su introducción en la Galia se lleva a cabo de una manera paulatina, como veremos adelante, hay un paralelismo entre las fases que recorre la institución francesa, con las que pasó la institución romana.

En el período más antiguo del derecho francés, no se practicaba el sistema hipotecario, tal como aparece en las compilaciones de Justiniano; de los formularios de la época merovingia y carolingia, se desprende que sólo había constituciones de prenda, sin tratar de la hipoteca. Por los siglos X y XI, se encuentran datos suficientes para creer que, en esa época, se usó en Francia la propiedad inmueble como medio para garantizar créditos: por medio de la constitución de garantías (*gages*). En el siglo XIII y XIV se opera una transformación en el sistema de las *gages*, ya no se requiere la entrega de la propiedad inmueble como garantía, sino que una simple afectación de sus rentas y frutos, por determinado tiempo, es suficiente para obtener crédito, esto viene a ser, una venta de los frutos de un inmueble por tiempo determinado; institución semejante a la anticresis actual.²⁹.

Por tanto, es hasta el siglo XIII cuando aparece vendaderamente el principio del sistema hipotecario francés: con la *obligatio bonorum*. Por medio de la *obligatio bonorum*, el deudor comprometía para garantizar el crédito de su acreedor, la totalidad o una parte de sus bienes muebles o inmuebles, pero sin desposeerse. El acreedor tenía sólo un procedimiento, difícil y prolongado, para ejecutar los bienes del deudor. Por una convención el deudor declaraba obligar todos sus bienes, permitiendo al acreedor venderlos para hacerse pago; "fue

(28) O. C., Pág. 176).

(29) Pantiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, T. IV, Vol. VIII, Págs. 142 y 143.

esta obligación de bienes la que tomó, en el siglo XVI, el nombre romano de hipoteca y es realmente su equivalente".³⁰

Siguiendo las palabras de Marty, "cuando la institución adquirió su fisonomía precisa, la hipoteca, en el antiguo derecho, se caracterizaba por los rasgos siguientes: 1.—Abundancia de hipotecas generales, es decir, de hipotecas que gravaban los inmuebles presentes y futuros del deudor. En efecto, se admitía que todo acto notarial producía una hipoteca general. Por otra parte, la ordenanza de Moulins de 1568 había conferido el mismo efecto a las sentencias condenatorias. 2.—Clandestinidad de las hipotecas. Las hipotecas, sean especiales, sean generales, no eran publicadas. De ello resultaba que el acreedor que prestaba sobre hipoteca, nunca estaba cierto de que otro acreedor anterior fuese preferente a él."³¹

Este sistema, tan defectuoso, sólo pudo practicarse por la existencia de los notarios; éstos informaban a sus clientes sobre la existencia de hipotecas, ya que, sobre todo en ciudades pequeñas, conocían relativamente el estado de los inmuebles. Para atenuar tales inconvenientes, se trató por lo menos de acabar con la clandestinidad, y a ese propósito va encaminado el edicto de 1673, debido a Colbert, éste edicto dispone la publicidad de las cargas hipotecarias, creando un registro al efecto; no obstante, esta reforma fracasó, debido a la gran oposición de la nobleza que, cargada de deudas, no quería se conociera a la luz pública el monto de sus cargas hipotecarias, pues pensaban que ello acabaría con su crédito.

Veamos las palabras de Marty, en cuanto al estado del sistema hipotecario, "en resumen, hasta fines del antiguo derecho, la hipoteca se caracterizó por dos rasgos: clandestinidad y casi siempre generalidad. Sin embargo, debe decirse que no era así en algunas provincias. Las hipotecas se publicaban en Bretaña. Lo mismo acontecía en las regiones de pignoración (pays de nantissement) (algunas provincias del norte y del este). Además, la hipoteca general era imposible en estas últimas regiones; la hipoteca sólo podía recaer sobre inmuebles determinados y especialmente descritos".³²

En el periodo revolucionario, la Convención y el Directorio expiden dos leyes sobre la materia. La primera debida a la Conven-

(30) Planiol, O. C., Pág. 143.

(31) Derecho Civil, Trad. Cajica, 1952, Garantías Accesorias. Pág. 119.

(32) O. C., Pág. 120.

ción es del 9 mesidor año III, y consta de 279 artículos. Por esta ley se organiza la publicidad, pero no llegó a ser obligatoria, pues al advertir sus defectos, se prorrogó indefinidamente. Contenía los errores del antiguo derecho en cuanto a la extensión de la garantía hipotecaria, admitiendo las hipotecas generales, abarcando a los bienes futuros del deudor. "Esta misma ley contenía la institución original de la hipoteca sobre sí mismo, mediante cédulas hipotecarias".³³ El Director expide la segunda ley, de 11 de brumario año VII, no sigue las ideas de la anterior en cuanto a las cédulas hipotecarias. Organiza la transcripción de los bienes susceptibles de ser hipotecados, es decir, de las enajenaciones de los inmuebles. Toda clase de hipoteca está sometida a la publicidad; al mismo tiempo introduce el principio de la especialidad. "Las hipotecas sólo podían recaer sobre los bienes presentes del deudor, y esos debían designarse especialmente en la inscripción. Si las hipotecas judiciales o legales podían recaer sobre bienes futuros, los acreedores titulares de esa hipoteca, debían obtener la inscripción, cuando tales bienes entrasen en el patrimonio del deudor".³⁴

El Código de Napoleón no conserva la publicidad de las enajenaciones de los inmuebles; conservando sólo a medias el principio de la publicidad de las hipotecas y el de la especialidad, ya que las hipotecas legales son tanto generales como ocultas. Después de varias reformas la hipoteca francesa presenta los siguientes caracteres:

1.—"Es un derecho real sobre un inmueble, un derecho en la cosa como dice Pothier, un jus in re: es lo que explica que la ley acuerde al acreedor hipotecario el derecho de persecución", "es también por esta idea que se explica el derecho de preferencia".³⁵

2.—De naturaleza inmobiliaria. "Durante más de tres siglos (del XVI al XIX), la hipoteca mueble ha sido suprimida en Francia. Aún actualmente, a pesar de la creación de diversas hipotecas que recaen sobre muebles, la garantía de un acreedor hipotecario generalmente es un inmueble".³⁶

(33) Planiol y Ripert, O. C., Pág. 147.

(34) Marty, O. C., Pág. 122.

(35) Baudry, L., citado por Siller, O. C., Pág. 51.

(36) Planiol y Ripert, O. C., Pág. 132.

3.—De carácter accesorio. "Siendo la hipoteca la simple garantía de un crédito, sigue la suerte de éste y no puede subsistir sin él. La existencia de una hipoteca implica la existencia de un acreedor a quien garantiza. Tal es el sistema actualmente admitido, y conforme a las tradiciones francesas".³⁷ Sin embargo, el citado autor nos presenta algunos casos excepcionales en que hay separación entre la hipoteca y el crédito, así como, entre la acción hipotecaria y la acción personal: "constitución de hipoteca en vista de un crédito futuro", "es muy frecuente ver que la acción personal y la hipotecaria gravan separadamente dos patrimonios distintos", cuando el bien hipotecado no pertenece al deudor personal.³⁸

4.—"La hipoteca es, por naturaleza, indivisible. La hipoteca no se divide, dice Loysel. A su turno, Dumoulin ha dado al principio de la indivisibilidad de la hipoteca una fórmula que es demasiado célebre y cuya traducción es fácil de reconocer en el art. 2114: Est tota in toto et tota in quilibet parte. Ello significa que el inmueble, en su totalidad y en cada una de sus partes, es afectado al pago de la integridad y de cada fracción de la deuda."³⁹

El sistema hipotecario francés, en cuanto a las hipotecas convencionales, es aceptable, no así en cuanto a las legales que por su generalidad y clandestinidad, entraña un serio peligro para los acreedores hipotecarios, así como todos los inconvenientes que por ellas recibe el propietario afectado. Por otra parte, el sistema de publicidad personal, que es el que se emplea, es defectuoso, sin embargo, sólo es posible que se use el sistema de publicidad real, mucho más racional, sin que antes se realice una revisión en el catastro.

Para terminar, indiquemos la opinión de Nussbaum, en cuanto al grado de evolución a que ha llegado el sistema francés, el citado autor nos dice que si se le compara con el sistema alemán, es indudable que está muy atrasado. "El sistema hipotecario francés va a la zaga de todos, siendo tildado de progresivo en los mismos países en que está vigente. La hipoteca francesa conserva todavía el carácter estrictamente accesorio, y con él todos los demás efectos que conocemos del Bajo Imperio Romano".⁴⁰

(37) Planiol y R., O. C. Pág. 133 y 134.

(38) Autor citado, Pág. 133 y 134.

(39) Baudry, L., citado por Siller, O. C., Pág. 51.

(40) Citado por Rojina V., O. C., Pág. 9.

d).—*Derecho Español:*

El Derecho Español es el antecedente directo de nuestro derecho en general, es natural por lo tanto, que nuestro sistema hipotecario siga los liniamientos del sistema hipotecario español.

Por otra parte, el sistema hipotecario español, al igual que casi todos los sistemas occidentales, sigue el desarrollo del derecho romano.

Al igual que el derecho romano primitivo, las leyes de Partida, confundían en una misma designación ("peño" en España) las dos diversas formas de garantía real: la prenda y la hipoteca. La ley primera, título XIII de la Partida V, nos dice: "ue cosa es peño, e quantas maneras son del Peño es propiamente, aquella cosa que vn ome empeña a otro, apoderandole della, e mayormente quando es mueble. Mas segund el largo entendimiento de la ley, toda cosa, quier sea mueble, o rays, que sea empeñada a otra, puede ser dicha, peño manquez non fuese entregado della aquel a quien la empeñasse". No distinguiendo por lo tanto, entre prenda e hipoteca, englobando dentro del concepto de "peño" tanto la garantía real con desposesión como la en que no se realiza la desposesión, y gravando tanto muebles como inmuebles.

Por lo que toca a su constitución, las antiguas leyes españolas, reconocían y sancionaban, en cuanto a su fuente, tres formas de hipoteca: convencionales, legales y judiciales; puesto que la hipoteca podía nacer, por: pacto entre particulares, por la ley y por mandato judicial.

Los principios del sistema hipotecario español, copiados del derecho romano, adolecen de los mismos defectos: no distinguen entre hipoteca y prenda, y las hipotecas son ocultas y generales. Los inconvenientes que traían consigo los principios en que se sustentaba tal sistema hipotecario, fueron la razón de que se buscara una reforma; con tal objeto se expidieron varias disposiciones encaminadas a crear un registro de hipotecas, y en general de todo gravamen sobre inmuebles. Ya en la primera mitad del siglo XVI, se empezó a abandonar el sistema de clandestinidad de la hipoteca, substituyéndose por un sistema mixto de publicidad: se admitía la publicidad de las hipotecas convencionales; quedando junto a éstas, otras ocultas, las hipotecas legales. Es a partir de la Instrucción de Carlos III en 1768, cuando se establece como obligatorio el registro de hipotecas; aunque defec-

tuoso, este sistema de publicidad subsiste hasta el 1o. de enero de 1863, en que entra en vigor la ley hipotecaria de 1861. Los principios de la hipoteca, en la ley hipotecaria y sus reformas, son: los de publicidad de la hipoteca y especialidad y determinación de la cosa hipotecada, como del crédito garantizado; solo las hipotecas registradas perjudican a tercero, con lo que quedan anuladas todas las hipotecas ocultas y tácitas (salvo las excepciones en favor del Estado, provincias y pueblos, y compañías aseguradoras). En virtud del principio de la especialidad se anulan las hipotecas generales cualquiera que sea su fuente.

La ley hipotecaria de 1861 y sus reformas dota a la hipoteca de los siguientes caracteres:

1.—El art. 105 nos dice que la hipoteca es un derecho real accesorio al estipular: "Las hipotecas sujetan directa e inmediatamente a los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor".

2.—Los arts. 118, 123 y 125 de la ley hipotecaria consagran el carácter indivisible de la hipoteca: "La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido"; "Si la finca hipotecada se dividiera en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordoren el acreedor y el deudor"; "Cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados cualquiera que sea el crédito que el deudor haya satisfecho".

3.—La hipoteca solo puede recaer sobre bienes "inmuebles" y los derechos reales enajenables de acuerdo con las leyes, siempre y cuando estén impuestos sobre bienes inmuebles, (según dispone el art. 106, L. H.).

La ley hipotecaria reconoce únicamente dos clases de hipoteca, según su fuente: las convencionales y las legales; a las convencionales les llama, en su art. 138, voluntarias; y el art. 158 establece lo que son las hipotecas legales. Las hipotecas legales en la ley hipotecaria ya no tienen su antiguo carácter, quedando reducidas al derecho de

pedir la constitución de una hipoteca especial y expresa para la garantía de sus derechos, concedido a aquellas personas en cuyo favor las establecía la ley. Las hipotecas judiciales desaparecen del panorama jurídico, en su lugar y para poner al acreedor al cubierto de los fraudes del deudor, se reglamentan las "anotaciones preventivas". Al respecto Manresa y Navarro en sus Comentarios al Código Civil, nos indica el objeto de las anotaciones preventivas: "Esas anotaciones preventivas, establecidas por la ley en substitución de las hipotecas judiciales, pueden tener dos objetos: asegurar las resultas de un juicio, impidiendo que el deudor, fraudulentamente, se constituya en insolvencia para burlar la acción del acreedor, ó hacer constar públicamente la existencia de ciertos derechos, que por no ser todavía definitivos ó por cualquiera otra circunstancia, no están en condiciones de inscribirse en el registro público como verdaderos derechos reales".⁴¹.

Al expedirse el Código Civil Español, no se introduce ninguna innovación, su articulado concuerda con lo estipulado anteriormente por la ley hipotecaria; limitándose, el código citado, a reafirmar los principios consignados en la Ley hipotecaria y sus reformas.

Sin embargo, nos parece de interés hacer notar una diferencia que se advierte al comparar lo estipulado por el primer párrafo del art. 1875 del Código Civil, con lo dispuesto por la ley hipotecaria, en cuanto a la materia de inscripción. La ley hipotecaria exige el requisito de la inscripción de la hipoteca, para que pueda perjudicar a terceros, es decir, concede a la hipoteca plena validez entre las partes; exigiendo la inscripción sólo para que la hipoteca pueda tener efectos contra tercero. El Código Civil, en el art. 1875, establece el requisito de la inscripción, como condición indispensable, para la validez del acto, con lo que va más allá, concediendo a la inscripción mayor importancia que la que le concedía la ley Hipotecaria, pues sin la inscripción la hipoteca resulta nula, aún en las relaciones entre las partes, no teniendo para las partes más valor que el de una promesa.

Por otra parte, de lo dispuesto en el art. 1875 segundo párrafo, encontramos que dicho Código permite todavía algunas hipotecas tácitas, si bien no generales, al decir: "las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tiene otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse

(41) O. C., Madrid, 1907, Pág. 462.

la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro".

En 1909, se ordena la adaptación del articulado de la ley Hipotecaria a lo dispuesto en el Código Civil, siendo en ese mismo año cuando se hace la publicación de la nueva edición de la Ley Hipotecaria Reformada.

Por la ley de 30 de diciembre de 1944, se lleva a cabo una nueva reforma a la ley hipotecaria española, siendo este cuerpo legal el que se encuentra en vigor actualmente.

e).—*Derecho Mexicano:*

En México, en la época precortesiana, creemos que no se empleaban las garantías inmobiliarias; puesto que la organización de la propiedad entre los aztecas, atribuía al monarca el jus abutendi, teniendo los particulares, únicamente, el jus utendi y el jus fruendi. Sin embargo, a este principio general había algunas excepciones, cuando el monarca para reconocer los méritos de un guerrero, le entregaba en donación algunas tierras, sin quedar éste obligado a transmitírselas a sus descendientes, pudiendo donarlas o enajenarlas cuando gustase. Así pues, en general, el único que tenía propiedad individual era el monarca; sus parientes tenían una propiedad restringida, sólo podían transmitirla a sus descendientes.

En la Nueva España, como es natural, se introdujeron todas las disposiciones españolas en materia hipotecaria. Aun en México independiente siguen en vigor todas las leyes civiles que se observaban durante la colonia; es hasta la expedición del Código Civil de 1870, cuando se establece una reglamentación que viene a derogar las disposiciones de los antiguos códigos españoles. Por otra parte, el código de 70 se aparta de los principios anteriores de las leyes españolas, principios tomados casi al pie de la letra del sistema hipotecario romano, introduciendo la teoría germana de la especialidad y publicidad hipotecaria, con algunas modificaciones.

El Código Civil de 1884, reproduce casi íntegramente lo dispuesto en el Código de 1870, en cuanto al sistema hipotecario, como se desprende de la concordancia que se advierte en ambos ordenamientos. El art. 1823 del Código Civil de 1884, reproduce lo dispuesto en el art. 1940 del de 1870; el derecho de persecución reconocido por

el primer código mexicano en su art. 1941, se reprodujo en el C. C. de 1884, en su art. 1824; la naturaleza indivisible de la hipoteca consagrada en el art. 1954 del primer código, se encuentra reglamentada en el art. 1837 del segundo; tanto en uno como en otro de los dos códigos, encontramos el principio general de que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles, con lo cual se apartan de las ideas romanas, (art. 1940 y art. 1823, respectivamente). El código de 1870, establecía que sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, art. 1964, en este punto el código de 1884 introduce una reforma, al decir, "sólo puede hipotecar, el que puede enajenar, y solo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados; salvo lo dispuesto para el caso de la hipoteca necesaria en los artículos 1876 y 1877". Se refiere al "caso en que el marido tiene obligación de constituir hipoteca necesaria sobre los bienes de su mujer a favor de ésta, los cuales no puede enajenar".⁴² En cuanto a las formalidades para la constitución de la hipoteca tanto el código de 1870, como el de 1884, establecen que la hipoteca no surtirá efecto alguno legal sino desde la fecha en que fuera debidamente registrado (el cód. de 1884 añade "y hora") art. 1889 del segundo código. Y que "la hipoteca para subsistir necesita siempre de registro", art. 1857 cód. de 1884. Siendo el primero de éstos reproducción del art. 2016 del código de 1870. M. Mateos Alarcón, comentando el último art. mencionado nos dice, "Así, pues, el Código priva de una manera absoluta a la hipoteca de todo valor legal, ya sea respecto de terceras personas, ya respecto de los mismos contratantes, si no se inscribe debidamente en el Registro Público, a fin de evitar los fraudes a que antiguamente daba lugar su ocultación, y constituye, por lo mismo, una circunstancia esencial de su existencia y validez".⁴³

En fin, como decíamos antes, el Código Civil de 1884 reproduce en general lo dispuesto por el de 1870, salvo algunas reformas en cuanto a detalle, sin introducir alguna variación de importancia en cuanto al fondo del sistema hipotecario anterior.

Por decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, de 3 de abril de 1917, el art. 1889 del código de 1884, fué reformado quedando en la forma siguiente, "La hipoteca no producirá efecto le-

(42) Manuel Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, Pág. 23.

(43) O. C., Pág. 100.

gal alguno contra tercero sino desde la fecha y hora en que fuere debidamente registrada"; éste artículo vino a dar al registro su función propia, es decir, como protector de los intereses de terceros, quitando el carácter solemne a la hipoteca. El mismo decreto faculta, la constitución de hipotecas en escritura privada, (antes se exigía escritura pública, siendo ésta la única inscribible en el registro) cuando el crédito hipotecario no exceda de quinientos pesos, debiendo otorgarse ante dos testigos y haciendo tantos ejemplares como partes contratantes, los ejemplares deberían ser timbrados.

El Código vigente, en su art. 2893, define la hipoteca en los siguientes términos: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que dan derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley", como puede verse esta definición se aparta de la emitida por los códigos anteriores. El nuevo código introduce algunas reformas; creemos que una de las innovaciones de mayor importancia, es la que se refiere a los bienes que pueden ser gravados por hipoteca: en los códigos anteriores se estipulaba que la hipoteca recae exclusivamente sobre inmuebles y los derechos reales sobre ellos impuestos; el código vigente dice: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados" (art. 2895). Por tanto, si el legislador suprimió el requisito de que los bienes hipotecables fueran inmuebles únicamente, es que quiso permitir la constitución de hipotecas sobre muebles, con tal de que puedan ser especialmente determinados. Otra reforma de importancia, que introduce el código de 1928, es respecto de la indivisibilidad de la hipoteca; el código de 1884 establecía la indivisibilidad en sus dos aspectos: en cuanto al crédito garantizado y en cuanto a los bienes gravados; el código actual solo conserva uno de esos aspectos de la indivisibilidad: en cuanto al crédito garantizado. Rojina Villegas nos dice al respecto, "El Código actual deroga el principio de la indivisibilidad en cuanto a los bienes gravados: modifica al código anterior, al estatuir que es de naturaleza de la hipoteca el que se opere la división en los casos antes citados (se refiere a lo dispuesto por los arts. 1836 a 1842, del cód. de 1884), y que dicha división es obligatoria cuando se hipotequen varias fincas".⁴⁴ El

(44) O. C., Pág. 99 y 100.

art. 2919, al decir, "La hipoteca nunca es tácita ni general, para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro", reforma el art 1857 del código anterior; ya antes hicimos alusión a la reforma introducida, por decreto de 3 de abril de 1917, en que se reforma el art. 1889 del código de 1884, el Lic. Borja Soriano⁴⁵ al comentar la reforma que indicamos dice, "Es cierto que no se reformó el art. 1857 del Código Civil (de 1884) según el cual la hipoteca para subsistir necesita registro; pero la intención del legislador al reformar el art. 1889, es tan clara, que el que no se haya reformado el art. 1857 no puede atribuirse sino a una inadvertencia".

Sin pretender haber expuesto todas y cada una de las reformas que en materia hipotecaria, introdujo el Código vigente, creemos haber apuntado unas de las principales diferencias del citado ordenamiento con respecto al anterior.

(45) Hipoteca, Nos. 1, 2 y 3 del T. IV de la Revista de Ciencias Sociales.

CAPITULO SEGUNDO

LA HIPOTECA, DEFINICION Y CARACTERES.

a).—*Diversas definiciones de la Hipoteca.*

Las legislaciones modernas tienen por costumbre dar definiciones de las instituciones que reglamentan, definiciones que casi siempre son imprecisas y que en el mejor de los casos sólo consignan algunos de los caracteres sobresalientes de la institución de que se trate. Un código siendo un conjunto de normas imperativas, no debe tratar de definir una institución, sino fijar sus caracteres esenciales y de validez, debiendo ser la doctrina, la que analizando los diversos conceptos que el legislador ha vertido, confeccionará la definición, que indique todos y cada uno de sus caracteres.

No obstante lo anteriormente expuesto, nos parece de interés señalar algunas definiciones consignadas en diversos códigos.

El Código Civil alemán en su art. 1113, define a la hipoteca diciendo: "Es el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor". Esta definición indica el carácter real de la hipoteca, al decir gravamen; indica que sólo se puede constituir hipoteca sobre una finca o fincas determinadas; estableciendo la facultad de vender para que el acreedor pueda hacerse pago.

El Código francés en su art. 2114, señala la siguiente definición: "La hipoteca es un derecho real sobre inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación. Es por naturaleza indivisible, y subsiste íntegramente sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada parte de los mismos. Persigue a dichos inmuebles aún cuando pasen a manos de cualquiera persona". Esta definición no alude a que los inmuebles deban ser expresamente determinados; tampoco enuncia la facultad de vender, por parte del acreedor, y hacerse pago con el producto de la venta, por otra parte, no indica que no se realiza la desposesión de los inmuebles hipotecados.

La Ley Hipotecaria española, más que definir, se contenta con señalar algunos de los caracteres de la hipoteca, al decir en su art. 105, "Las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor".

Nuestro Código de 1884, reproduce la definición que establecía el Código Civil de 1870, al decir en su art. 1823. "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". Esta definición es insuficiente: al no decir que él que constituye la hipoteca sobre sus inmuebles no pierde la posesión de los mismos, que esos bienes deben estar determinados y ser enajenables; tampoco enuncia que concede la acción de persecución y venta; sin embargo, nos habla de que la hipoteca es un derecho real de garantía, y que concede la preferencia en el pago.

Además de las definiciones expuestas creemos importante mencionar la que nos presenta Planiol, ¹ "La hipoteca es una garantía real que, sin desposeer actualmente al propietario del bien hipotecado, permite al acreedor ampararse de él a su vencimiento, para rematarlo, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre, y obtener el pago de su crédito con el precio, con preferencia a los demás acreedores".

Nuestro Código Civil vigente, adopta, en su art. 2893 los principios enunciados por Planiol, y define a la hipoteca diciendo: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

Nos parece muy completa y acertada la definición que, de hipoteca, nos señala el Lic. Rojina Villegas, al decir: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación". ².

(1) O. C., Pág. 131.

(2) O. C., Pág. 10 y 11.

b).—Caracteres sobresalientes de la hipoteca.

En el presente inciso trataremos de enunciar todos los caracteres de la hipoteca, tomando como base la definición de hipoteca del Maestro Rojina Villegas, y analizar los caracteres que en nuestro Código vigente nos parecen de mayor importancia.

Aunque los autores señalan distintos caracteres a la hipoteca, en sus respectivas definiciones, casi todos están de acuerdo al señalar los más importantes.

Así, Planiol enuncia como caracteres principales de la hipoteca: 1.—Que es un derecho real: 2.—ordinariamente inmueble; 3.—siempre accesorio, y 4.—generalmente indivisible. Baudry-Lacantinerie y D. Loynez³ señala como principios sobresalientes de la hipoteca, que: 1.—Es un derecho real sobre inmuebles; 2.—engendra un derecho de preferencia; 3.—de persecución; 4.—es por naturaleza indivisible en cuanto al crédito y los bienes gravados, y; 5.—es un derecho accesorio lo mismo que el privilegio.

El Lic. Rojina Villegas, hace derivar de su definición los siguientes caracteres: 1.—La hipoteca es un derecho real de garantía; 2.—la hipoteca se constituye sobre bienes determinados y enajenables; 3.—tiene carácter accesorio; 4.—el deudor no es desposeído del bien gravado; 5.—concede las acciones de persecución, de venta y de preferencia en el pago.⁴

Por nuestra parte, considerando que la enumeración de los caracteres de la hipoteca, expuesta por el Lic. Rojina Villegas, es la más completa y de acuerdo con nuestro derecho positivo, será a la que atenderemos en el desarrollo del presente capítulo.

LA HIPOTECA ES UN DERECHO REAL DE GARANTIA.

Siendo muy discutida la naturaleza jurídica de los derechos reales, pues los diversos autores que tratan el problema, lo enfocan desde diversos puntos de vista; nosotros nos conformamos con exponer, no la naturaleza jurídica, sino las características fundamentales de los derechos reales de garantía, características que por otra parte los distinguen de los derechos personales.

(3) Citado por Rojina Villegas, O. C., Pág. 19 y 20.

(4) O. C., Págs. 11 a 16.

a.—Los sujetos en los derechos reales de garantía; en este tipo de derechos reales, el sujeto activo está generalmente determinado, habiendo la posibilidad de que no lo esté, debido a alguna condición ó a un litigio. El sujeto pasivo también está determinado, teniendo varias obligaciones de carácter patrimonial; “además de este sujeto pasivo determinado, —como dice Rojina Villegas—, existe el sujeto pasivo universal, toda vez que los derechos reales son oponibles a todo el mundo, valederos erga omnes”.⁵

b.—Objeto; al igual que todos los demás tipos de derechos, el objeto del derecho real es la conducta humana. Pero aparte de este objeto directo, hay otro indirecto que es un bien, el bien que reporta al gravamen.

El poder jurídico que se concede a los titulares de los derechos reales de garantía, se ejerce en función de aseguramiento y de preferencia. Esto se consigue con la acción que se concede a estos derechos reales, de persecución, venta y preferencia en el pago.

Al hablar Plaiol sobre las garantías reales, nos dice que la hipoteca presenta muchas ventajas sobre las demás: no despoja al deudor, concede el derecho de persecución, a diferencia del privilegio romano, que sólo concedía un derecho de preferencia; y que en relación con la fianza tiene la superioridad de las garantías reales sobre las personales.⁶

El carácter real de la hipoteca, lo señala nuestro Código Civil en su art. 2893, al enunciar, “La hipoteca es una garantía real...”.

BIENES SUSCEPTIBLES DE GRAVARSE POR HIPOTECA.

Son diversos los criterios en cuanto a los bienes que pueden ser gravados por hipoteca. Ya hemos visto que en derecho romano se podía constituir la hipoteca tanto sobre inmuebles, como sobre muebles. El derecho alemán dispone que solo las fincas pueden ser objeto de una hipoteca, es decir, no se conforma con que únicamente los inmuebles se puedan gravar, sino que limita el objeto de la hipoteca a las “fincas y a los derechos equiparados a ellas”.⁷

(5) Derecho Civil Mexicano, T. III, Pág. 87.

(6) O. C., Pág. 18 y 19.

(7) Enneccerus, O. C., Pág. 192.

Por su parte el derecho español, sólo admite la hipoteca sobre inmuebles, lo mismo estipula el francés. Sin embargo casi todos admiten excepciones. El Derecho francés admite las hipotecas muebles de: los buques, barcos y aeronaves, la pignoración de los establecimientos comerciales, y los warrants agrícolas y hoteleros.⁸

Nuestros códigos anteriores estipulaban que la hipoteca sólo podía recaer: sobre bienes inmuebles, el art. 1940 del primer Código mexicano así lo dispone: "Bajo la palabra hipoteca se entiende un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".⁹

Por su parte, el Código de 1884, en su art. 1825 dice: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos".

Ya antes hicimos notar la diferencia fundamental que introdujo el Código vigente en cuanto a los bienes susceptibles de hipotecarse; al no prohibir la hipoteca sobre muebles, ni exigir que se constituya únicamente sobre inmuebles; por lo que aquí nos concretaremos a hacer un comentario a lo establecido por el actual código en cuanto al objeto de la hipoteca.

El art. 2895. del Código de 1928, dispone: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados". Nos habla de bienes en general, por lo que al no establecer una taxativa, debemos entender que lo hizo para que se pudiera gravar con hipoteca toda clase de bienes: muebles e inmuebles, corporales e incorporales. No obstante, que la ley no impone como obligación, la constitución de la hipoteca sobre bienes inmuebles, en la práctica, generalmente el bien gravado por una hipoteca es un inmueble. Al establecerse como único requisito para que un bien se pueda hipotecar, que "debe estar especialmente determinado", concluimos: todos los muebles que puedan identificarse de una manera indubitable y ser registrados, pueden ser objeto de una hipoteca. El art. 2310 frac. II, reformado por decreto de 31 de diciembre de 1951, trata de la venta en abonos e indica "si se trata de bienes muebles que sean susceptibles de identificarse de manera indudable, podrá también pactarse la cláusula resolutoria

(8) Planiol, O. C., Pág. 155 y sigs.

(9) Calva y Segura, Instituciones del Derecho Civil, T. II de Contratos, Pág. 296.

de que habla la fracción anterior, y esa cláusula producirá efectos contra tercero si se inscribió en el Registro Público. El Reglamento determinará cuales muebles pueden ser materia de registro. Entre los muebles inscribibles tenemos: los automóviles, motores, pianos, máquinas de coser, etc.

Los bienes gravados por hipoteca deben ser enajenables de acuerdo con el art. 2906 del C. C., "Sólo puede hipotecar el que puede enajenar y sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados". Por lo tanto, es indispensable que los bienes de que se trate, no sólo estén en el comercio, sino que sean además enajenables; hay bienes que estando en el comercio no se pueden enajenar: patrimonio de familia, que es inalienable. Eso se explica porque siendo el fin de la hipoteca, el poder hacerse pago con el precio del bien garante, en caso de incumplimiento, esto no se lograría si tales bienes no se pudieran (vender) enajenar.

Como un carácter distintivo de la hipoteca, tenemos el hecho de la no desposesión. El que ha constituido sobre sus bienes alguna hipoteca, no se ve privado de su posesión, con lo que, a la vez que adquiere un crédito, conserva la propiedad, el uso y goce de sus bienes. La desposesión es el carácter que distingue a la prenda de la hipoteca. En nuestro Código anterior, se podía distinguir la prenda de la hipoteca por dos caracteres distintos: a.—La hipoteca recae sobre inmuebles y la prenda sobre muebles; b.—En la prenda se desposee al constituyente del objeto dado en prenda, en la hipoteca no se realiza tal desposesión. Al permitir nuestro Código vigente la hipoteca sobre muebles, ésta sólo se distingue de la prenda por la no desposesión; ya que tanto una como otra son derechos reales de garantía, recaen sobre muebles, concediéndose en las dos instituciones los derechos de persecución venta y preferencia en el pago.

ACCESORIEDAD.

Con éste carácter nos ha llegado la hipoteca, carácter que le imprimió el derecho romano. El carácter accesorio es aceptado por casi todas las legislaciones, así lo consignan el derecho francés, español, argentino, etc.; procediendo nuestra institución hipotecaria de esos derechos, también conserva la accesoriedad de la hipoteca.

El carácter accesorio de la hipoteca es debido a que tal garantía real se constituye para garantizar una obligación principi. De esto se

derivan ciertas consecuencias, la hipoteca por su accesoria sigue todas las vicisitudes de la obligación garantizada. Planiol expone al respecto: "Siendo la hipoteca la simple garantía de un crédito, sigue la suerte de éste y no puede subsistir sin él".¹⁰.

Es decir, que todas aquéllas situaciones y modalidades que afectan a la obligación principal, afectará igualmente a la hipoteca. En el derecho alemán, como vimos antes, la hipoteca común, hipoteca de tráfico, va perdiendo su carácter accesorio. Es la hipoteca de seguridad (paralela a la nuestra), la que conserva plenamente el carácter accesorio. Enneccerus al referirse a la accesoria de la hipoteca nos dice: "La accesoria de la hipoteca no significa, pues, que en caso de nulidad o extinción del crédito, la finca no esté gravada en modo alguno con el importe de la hipoteca, sino que el gravamen sólo es hipoteca e hipoteca ajena en el supuesto de existir un crédito, pues en otro caso será deuda inmobiliaria de propietario".¹¹

En nuestro derecho positivo, la hipoteca como accesoria del crédito que garantiza, sigue la suerte de éste. No obstante el principio de la accesoria, que lógicamente no consentiría en la separación de la hipoteca del crédito garantizado, permite ciertas excepciones; casi todas las legislaciones están de acuerdo en concederlas. Los casos de excepción al principio de la accesoria pueden estudiarse en tres distintos momentos: 1.—Constitución de hipoteca antes del nacimiento de la obligación principal, como dice Planiol: hipoteca en vista de un crédito futuro: 2.—En la vida misma de la obligación principal; 3.—Después de la extinción del crédito garantizado.

Primer grupo.—Nuestro Código Civil en su art. 2921, permite la constitución de hipoteca en vista de un crédito futuro o de una obligación sujeta a condición suspensiva: "La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse". Esta excepción se aplica, cuando los tutores, curadores, administradores, etc., constituyen hipoteca para garantizar las obligaciones en que puedan incurrir al desempeñar su cargo. En éstos casos es palpable que el crédito no ha nacido y sin embargo, ya hay una constitución de

(10) O., c., pág. 132.

(11) O., c., pág. 188

hipoteca. No obstante, como dice Rojina Villegas, esta excepción, en realidad, sólo deroga en parte el principio general, puesto que cuando la obligación no se realiza, la garantía hipotecaria no surte efectos. Además según el art. 2923 del mismo ordenamiento, es necesario hacer una anotación al margen de la inscripción hipotecaria cuando se realice la obligación futura o se cumplan las condiciones, sin esto no surtirá efectos (aprovechar o perjudicar) a tercero la hipoteca constituida.

Segundo grupo.—Las excepciones al principio de la accesoriidad, se producen en este caso, como derivado de la dualidad de acciones: la real hipotecaria y la personal. Desde el punto de vista del sujeto activo, mientras exista la obligación, como dice Planiol¹², la hipoteca y el crédito estarán reunidos en una sola persona, es decir, el titular del crédito es necesariamente el titular de la hipoteca. Es desde el punto de vista del sujeto pasivo de estos derechos donde se encuentra la excepción: cuando el que constituye la hipoteca lo hace por garantizar una deuda ajena. Nuestro art. 2904 C. C., faculta la constitución de una garantía hipotecaria para asegurar la deuda de otro: "La hipoteca puede ser constituida tanto por el deudor como por otro a su favor". Encontramos la misma desvinculación cuando el que ha hipotecado uno de sus bienes, lo enajena. El deudor queda obligado personalmente, siendo el adquirente del bien gravado, el sujeto pasivo de la acción real hipotecaria.

Tercer grupo.—Cuando hay supervivencia de la hipoteca después de la extinción del crédito garantizado. Se dice, que cuando el crédito se extingue por novación, la hipoteca puede ser conservada, con su fecha primitiva, para que garantice la nueva obligación, siempre que el acreedor de la nueva deuda quiera reservarse dicha garantía hipotecaria. Los arts. 2220 y 2221 C. C., se refieren al asunto; el primero dice, que el acreedor mediante una reserva expresa puede impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que de esta manera pasan a la nueva obligación; el segundo establece que, es necesario el consentimiento del tercero que sea propietario de los bienes hipotecados o empeñados. Como dice el Maestro Rojina Villegas; este caso de excepción es aparente, pues las formalidades que se exigen vienen a constituir una nueva hipoteca, "en realidad lo que ocurre es

(12) O., c., pág. 133.

una nueva constitución de hipoteca, que debe registrarse para que surta efectos contra tercero". Y continúa diciendo, que de la necesidad de que consientan todos los interesados en que subsistan las garantías reales y de ese acuerdo, es de donde hay que derivar la constitución de la nueva hipoteca.¹³

INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA.

El carácter de indivisibilidad de la hipoteca, abarca dos aspectos: en cuanto al crédito garantizado y en cuanto a los bienes gravados. Desde el derecho romano la hipoteca fué indivisible en los dos aspectos citados, así pasó al derecho francés, español, mexicano, etc., hasta que el Código vigente admitió la divisibilidad en cuanto a los bienes gravados.

En el derecho alemán la hipoteca es divisible, esta división se realiza, fraccionando el crédito hipotecario y no es necesario el consentimiento del propietario de la finca. Tal división se opera, cuando se transmite parcialmente el crédito hipotecario, por cesión, por adjudicación judicial o en virtud de la ley, también cuando el acreedor fracciona el crédito, conservándolo todo, pero con la mira de ceder una parte posteriormente.¹⁴

Nuestros Códigos anteriores, señalaban como característica de la naturaleza de la hipoteca el ser indivisible, tanto respecto del crédito garantizado, como de los bienes gravados. Para mejor comprender este principio lo estudiaremos en sus aspectos.

1.—Indivisibilidad en cuanto a los bienes gravados.

El Código de 1870, establecía en su art. 1953, como nos dice Mateos Alarcón: "que cuando se hipotequen varias fincas juntamente por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravamen de que cada una deba responder" y solo cuando se contravenya esta disposición, tendrá efectos el principio de la indivisibilidad.¹⁵ El art. 1954, enuncia la regla general: "La hipoteca es indivisible por su naturaleza, y por lo mismo, subsiste íntegra, mientras no se cancela, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la

(13) O., c., pág. 94 y 95.

(14) Enneccerus, O. c., pág. 225.

(15) O., c., pág. 10.

obligación garantizada; y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido".¹⁶. Por su parte el Código de 1884 (reformando el art. 1953 C. C. 1870), dispone en su art. 1836: "Cuando se hipotequen varias fincas por un solo crédito, el acreedor puede hacer efectiva la obligación sobre cualquiera de ellas o sobre todas, simultanea o sucesivamente, hasta obtener el pago total, a no ser que en la escritura se haya determinado la cantidad o parte del gravamen de que cada una de las fincas deba responder".

El Código de 1884, siguiendo al de 1870, estipulaba, que si la finca hipotecada se dividía en dos o más, no se distribuiría entre ellas el crédito, sino cuando el acreedor y el deudor así lo hayan acordado; si tal distribución no se verifica, el acreedor puede repetir por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas, o contra todas, simultanea o sucesivamente (art. 1838 y 1839). El art. 1842 del mismo Código, decía: "Cuando sea una la finca hipotecada, o cuando, siendo varias, no se haya señalado la responsabilidad de cada una, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, sea cual fuere el crédito que el deudor haya satisfecho". Como puede verse, la indivisibilidad, en nuestros códigos anteriores, era de la naturaleza de la hipoteca, pero no de la esencia.

El Código vigente, introduce al respecto una modificación de importancia: conserva la indivisibilidad en cuanto al crédito, pero admite la divisibilidad en cuanto a los bienes gravados. El art. 2912 así lo dispone: "es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca", en el caso de que se hipotequen varias, y concluye que cada finca puede ser redimida al pagarse el crédito que garantiza. El art. 2913 dice además, que al hipotecarse una finca susceptible de ser fraccionada, "se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones", mediante acuerdo entre el propietario y el acreedor, y a falta de tal acuerdo, la distribución del gravamen la hará el juez.

Comentando los artículos citados, el Lic. Rojina Villegas, expone: "Los preceptos anteriores han elevado, por tanto a la categoría de interés público, la divisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, pues la misma ya no depende de la voluntad de las par-

(16) Mateos A., O. c., pág. 7.

tes"... "este interés público está relacionado con el problema referente a fomentar el crédito hipotecario".¹⁷.

2.—Indivisibilidad en cuanto al crédito garantizado.

La indivisibilidad en cuanto al crédito significa, según Planiol, que "cada parte de la deuda está garantizada por la totalidad del inmueble"¹⁸. El Lic. Rojina Villegas, nos dice que aún cuando el crédito disminuya por pagos parciales, la hipoteca subsiste íntegra sobre los bienes gravados.¹⁹ Este principio tiene su base en que habría una imposibilidad material para ir reduciendo la hipoteca, según lo que disminuya la obligación principal. En el caso de edificios, sería imposible sacar a remate una porción del inmueble, ya que no se podría vender la parte proporcional afectada. En el caso de terrenos, el deudor puede fraccionarlos, colocándose en el supuesto del art. 2913 C. C., para que de esa manera se divida el gravamen proporcionalmente.

CONCEDE LOS DERECHOS DE: PERSECUCION, VENTA Y PREFERENCIA.

a).—Derecho de Persecución.

Por la acción personal, el acreedor tiene el derecho a ser pagado con los bienes de su deudor; la acción hipotecaria va más allá, confiere al acreedor hipotecario, ejercitar su derecho cualquiera que sea el poseedor del bien gravado; es decir, aunque el bien garante haya salido del patrimonio del deudor, porque éste lo haya enajenado. Planiol, al respecto expone: "aunque el deudor enajene sus bienes, el acreedor hipotecario seguirá el inmueble cualquiera que sea su poseedor y lo embargará, no obstante que haya dejado de pertenecer al deudor y llegado a ser propiedad de alguien que nada le debe".²⁰.

El art. 2894 de nuestro Código Civil, concede el derecho de persecución, al decir: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gra-

(17) O. c., pág. 100 .

(18) O. c., pág. 135

(19) O. c., pág. 102

(20) O. c., pág. 325

vamen impuesto aunque pasen a poder de tercero". El citado ordenamiento, establece diferencias entre la posesión originaria y la posesión derivada, de ahí la necesidad de saber contra cuales poseedores se puede entablar la acción de persecución, y en que casos.

El art. 791 C. C. define quien tiene la posesión originaria y quien la derivada, "Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, y otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada". Se puede intentar la acción hipotecaria, art. 12 Código de Procedimientos Civiles, "contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en su caso, contra otros acreedores".

Hay que distinguir que la acción hipotecaria persecutoria, sólo procede contra terceros adquirentes y no contra el deudor o sus causahabientes a título universal, pues en este caso se entiende que hay una substitución del deudor, y contra él se tiene la acción real hipotecaria.

Concluyendo de lo que nuestro derecho reglamenta, podemos decir: la acción de persecución procede contra los terceros que adquieran, a título particular, la propiedad del inmueble, así como contra los poseedores originarios, es decir, contra los poseedores a título de dueño.

En el caso de los poseedores derivados, no procede la acción que tratamos, toda vez que para que haya posesión derivada, debe haber posesión originaria. Al titular de la posesión originaria la ley presupone la calidad de propietario. (art. 791 C. C.).

Para terminar el estudio del presente inciso, expondremos los supuestos para el ejercicio de la acción de persecución: 1.—Se necesita que la cosa pase a poder de tercero; 2.—Que el crédito sea efectivo, por haberse cumplido el plazo o la condición; 3.—Es necesario que la hipoteca se haya inscrito en el Registro Público.

b).—*Derecho de Venta.*

En el derecho romano, con el fin de hacer rápidamente efectiva la garantía hipotecaria, se ideó un medio: el pacto comisorio; la *lex comisoria*, facultaba, al acreedor, para que por una convención o pacto accesorio, en caso de incumplimiento de la obligación garanti-

zada, se convirtiera en propietario del bien gravado. Como indicamos antes, este procedimiento era sumamente peligroso para el deudor, por lo que dicho pacto fue prohibido. En substitución se estableció: el pacto de vendendo, por medio del cual, en caso de incumplimiento, el acreedor podía vender la cosa y hacerse pago, devolviendo el sobrante al deudor. Más tarde, al crearse la acción real hipotecaria, se facultó al acreedor que la había ejercitado el derecho de vender los bienes gravados; con este derecho pasa la hipoteca a los derechos modernos.

En todas las definiciones de hipoteca, se hace alusión a la facultad de vender, como medio de hacer efectiva la garantía. Al respecto Rojina Villegas,, dice: "El derecho de venta es otro efecto de la hipoteca, que puede presentarse como consecuencia del ejercicio de la acción y del juicio hipotecario, o bien, por virtud de un pacto en que se convenga la venta extrajudicial de la cosa".²¹.

Hay necesidad, pues, de distinguir las dos posibles situaciones, es decir: la venta judicial y la venta extrajudicial.

Venta Judicial.—De acuerdo con el primer párrafo del art. 2916 C. C., el acreedor puede adquirir la propiedad del bien gravado, por remate judicial, o por adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles. Esta forma es la común y no se requiere estipulación de ninguna clase, unicamente se debe observar lo dispuesto en el C. Proc. C.

El art. 485, C. Proc. C., dispone la manera para que se efectúe el avalúo: el demandado debe designar perito valuador, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la demanda, y de no hacerlo, el acreedor (actor) puede pedir, que se tome el valor catastral como base del remate; y cuando en el Catastro no haya constancia al respecto el Juez nombrará el périto que corresponde al deudor. Para fincar la venta se prefiere al postor que ofrezca más y en mejores condiciones. En el caso de que no haya postor en la primera subasta, el acreedor puede optar: bien porque se le adjudiquen los bienes por las dos terceras partes del precio base del remate, o bien porque se proceda a una segunda subasta, rebajando el veinte por ciento de la tasa anterior. (art. 482 C. Proc. C.).

(21) O. c., pág. 263

El segundo párrafo del art. 2916 C. C., dispone que el acreedor "puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero". Se establece tal artículo en protección del deudor, que apurado por los compromisos, podría fijar un valor de adjudicación gravoso para sus intereses; tal compromiso, al constituirse la hipoteca, equivaldría a un pacto comisorio, prohibido por todas las legislaciones modernas.

Venta Extrajudicial.—El art. 488 C. Proc. C., establece que, "En el caso previsto por el segundo párrafo del art. 2916 C. C. no habrá lugar al juicio, ni a las almonedas ni a la venta judicial; pero sí habrá avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago. La venta se hará de la manera que se hubiere convenido; y a falta de convenio, por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la venta alegando las excepciones que tuviere, y esta posición se substanciará sumariamente. También pueden oponerse a la venta los hipotecarios posteriores, alegando prescripción de la acción hipotecaria". El art. citado, permite con cierta confusión la venta extrajudicial, al decir que no habrá lugar a juicio, almonedas ni a venta judicial; el avalúo que exige, no debe entenderse como avalúo judicial, sino como el avalúo que fijen las partes en el convenio, y tal avalúo sólo es válido, si el convenio que lo fija se hace hasta el momento de exigirse el pago. Sería redundante que el art. 488 del C. Proc. C. se refiriera al avalúo judicial, ya que el art. 2916, permite que por convenio se fije el precio de la adjudicación. El avalúo de que habla el art. 488, se refiere pues, al precio que fijen las partes en el convenio. Además si las partes no fijan en el convenio de que se trata, el procedimiento de venta, ésta se hará por medio de corredores.

c).—*Derecho de Preferencia.*

Como otro efecto de la hipoteca tenemos el derecho de preferencia que suponiendo conflicto entre varios acreedores, tiene por objeto determinar el orden en que deben ser pagados con el valor del bien rematado o vendido.

Se presentan varios casos de conflicto de acreedores:

1.—Cuando habiendo ejercitado su acción, el acreedor hipotecario, se presentan en la subasta otros acreedores alegando tener de-

recho sobre el precio de la cosa. El art. 2985 C. C., establece la solución, disponiendo que del precio de los bienes hipotecados se pagará: "I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes; II.—Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes; III.—La deuda de seguro de los propios bienes; IV.—Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2982, comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoratícios, según su fecha, así como sus réditos durante los últimos seis meses". El art. 2982 dispone, que cuando varios acreedores hipotecarios tengan derecho sobre los mismos bienes, se pagarán de acuerdo con la fecha de la constitución de las hipotecas, si fueron registradas en tiempo, si nó, se pagarán de acuerdo con la fecha de inscripción en el registro.

2.—Cuando se forma un concurso especial de acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes. El art. 477 C. Proc. C. dispone al respecto: "Si comenzando el juicio se presentan alguno o algunos acreedores hipotecarios, se procederá conforme a las reglas de los concursos". Este art. debe interpretarse, relacionándolo con el art. 476 del mismo ordenamiento, el cual dispone que si del título con que se ejercita la acción hipotecaria aparecen acreedores hipotecarios anteriores, el juez les notificará la cédula hipotecaria. El art. 2982, dispone la forma en que serán pagados, atiende en primer lugar, como antes expusimos, a la fecha de constitución de la hipoteca, y solo que ésta no se haya registrado en el término legal, se atenderá a la fecha de inscripción.

3.—Cuando el deudor es declarado en concurso; a dicho concurso acuden todos los acreedores, excepto los hipotecarios y los prendarios, que de acuerdo con el art. 2981, pueden cobrarse sin entrar en concurso, haciendo valer sus acciones respectivas. Si los acreedores hipotecarios entran en concurso, quedan sujetos a todos los acuerdos que se toman, teniendo voz y voto. Teniendo éstos acreedores la facultad para cobrarse fuera del concurso, es común que no intervengan en él. Si los acreedores hipotecarios no han hecho valer sus derechos, el síndico, al llegar el periodo de graduación, puede vender los bienes y depositar el importe de los créditos y los réditos correspondientes (art. 2987 C. C.).

Los juicios hipotecarios no se acumularán al concurso de acuerdo con la frac. VIII del art. 739 C. Proc. C., aquí pone de manifiesto el código procesal, que no basta tener un crédito hipotecario para

no entrar a concurso, sino que es necesario que antes o después se promueva la acción respectiva. El acreedor hipotecario debe evitar, entablar un juicio ejecutivo para hacer efectivo su crédito, pues éste si es acumulable al juicio universal.

PUBLICIDAD.

No siempre se ha estimado la necesidad de la publicidad de las transacciones inmobiliarias y de los gravámenes reales con el sentido que se nos presenta ahora. En el derecho romano se estimaba como perjudicial al interés general, el que se hicieran públicos los gravámenes y la situación exacta de los bienes. La hipoteca romana se caracteriza por la clandestinidad y generalidad de su constitución. Por un simple pacto se podía constituir hipoteca, quedando naturalmente oculta a terceros: también se permitía la afectación general de los bienes del deudor.

Muchos siglos después nace, en Alemania, otro sistema: el de publicidad y especialidad de las garantías reales. Con la publicidad de los gravámenes se logra un auge en el desarrollo del crédito hipotecario, redundando en beneficio de los acreedores, al evitarles los peligros de la ocultación de las cargas hipotecarias, y de los deudores que de esa manera tienen un fácil acceso al crédito que necesitan. Tal sistema se ha puesto en práctica en todas las legislaciones modernas.

De los principios de los dos sistemas anteriores, se formó uno mixto. Establece la publicidad y especialidad como regla general; pero permite algunas hipotecas tácitas y ocultas, en favor de ciertas personas. Para las hipotecas legales no rige la publicidad, siendo éstas ocultas. Este sistema se practicó en España hasta la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861.

Nos parece interesante exponer, brevemente, algunos de los sistemas de publicidad inmobiliaria más importantes: Sistema Francés. La publicidad en este sistema, se lleva acabo por medio del procedimiento rudimentario de la transcripción del título sujeto a registro. La transcripción no es un elemento requerido para que los actos sujetos a ella, tengan efecto entre las partes, en lo que concierne a terceros es indispensable. (Folio personal, mediante índice de titulares). Sistema Germánico.—A diferencia de lo que ocurre en el sistema francés, la

inscripción se practica en forma esquemática en folios reales, de los cuales se abre uno especial a cada finca. Para transmitir la propiedad, crear derechos sobre ella, gravarla, etc., es necesario un acuerdo entre las partes que realizan tal acto. Basta la validez del acuerdo en que se transmite o crea algún derecho, es decir, lo que importa es que se haya querido transmitir y adquirir respectivamente, el por qué, no interesa. El asiento en el registro establece una presunción de veracidad; presunción *juris tantum*, susceptible de ser destruída mediante prueba en contra; y presunción *juris et de jure* en cuanto afecte a personas que de buena fe han adquirido algún derecho, fiándose en lo manifestado en el registro.

Sistema Australiano.—Procedimiento inspirado en el sistema alemán, es instaurado por el "Acta Torrens". En este sistema el propietario es libre de inscribir o no su finca, pero una vez inmatriculada, su vida jurídica se rige por las normas registrales. El certificado entregado al titular es el título inatacable de la propiedad que consigna. En la oficina se agrega el título relativo (duplicado), formándose el registro, con el conjunto de títulos archivados.²²

En nuestro Derecho, el sistema de publicidad, es una derivación del sistema germánico, con ciertas variaciones, se hace un extracto de lo consignado en el título que se quiere registrar, y se inscribe en la página correspondiente al bien de que se trata. El art. 3018 C. C. dice que la inscripción puede ser pedida por el que tenga un interés legítimo, en el derecho que se quiere inscribir, o por el notario que haya autorizado la escritura.

Aún cuando en los Códigos anteriores, se establecía el registro como una solemnidad, sin la cual el contrato no producía efecto alguno; desde el decreto de 3 de abril de 1917, se dispuso que el registro no era indispensable para la validez del acto, sino que únicamente era necesario para que el acto que debía registrarse produjera efectos en cuanto a tercero. El art. 3007 C. C. dispone: "Los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le sean favorables".

(22) 'A. de Cossio y Corral, Lecciones de Derecho Hipotecario, Barcelona 1945, pág. 15 a 20.

Por decreto de 31 de diciembre de 1951, se reformó, entre otras, cosas los artículos relativos a Registro Público, Título II, de la Parte Tercera del Código Civil.

El art. 3010, reformado, establece también una presunción juris tantum, de veracidad respecto de lo consignado en el Registro Público: "El derecho registrado se presume que existe y que pertenece a su titular en la forma expresada por el asiento respectivo".

El Lic. Borja Soriano,²³ nos dice: "Resumiendo: la hipoteca fué antes un contrato solemne; hoy no lo es; pero esto no quiere decir que sea consensual, sino que pertenece a ese tipo intermedio que en la clase hemos designado con el nombre de contrato formal, en le que la omisión de la forma prescrita por la ley produce no la inexistencia, como sucede en los contratos solemnes, sino una nulidad relativa.

ESPECIALIDAD.

Por la importancia de tal carácter de la hipoteca y por ser el objeto de este trabajo, trataremos en un capítulo aparte todo lo referente al principio de la especialidad de la hipoteca.

(23) (O. c., pág. 93).

CAPITULO TERCERO

**LA ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA EN
ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS**

a). *En Alemania.*

El régimen hipotecario alemán se ha caracterizado, desde sus orígenes, por reglamentar a la hipoteca con los principios de especialidad y publicidad; así, la antigua y la nueva *Satzung*, sólo podían recaer sobre bienes inmuebles "determinados especialmente"; y como dice Enneccerus, "ha sido desconocido hasta ahora en el derecho germánico el empeño de todo el patrimonio; los derechos reales de garantía sólo pueden constituirse sobre cosas singulares. Algunos llaman a éste principio de especialidad del derecho germánico relativo a los derechos de garantía".¹

Como antes apuntamos, la recepción del derecho romano en el panorama jurídico alemán, trajo consigo la introducción de las hipotecas generales y ocultas; no obstante esa innovación, los particulares conservaron las antiguas prácticas, casi en su totalidad, o combinadas con las ideas romanas, como resultado se abandonaron casi todas las hipotecas generales y se volvió al sistema de publicidad. Enneccerus en la *Obra citada*,² manifiesta que las hipotecas generales no se conocen en el derecho actual; pero que, sin embargo, por ley de ferrocarriles del Reich, de 30 de agosto de 1924, en su art. 4, se establece una hipoteca legal, que viene a ser general sobre todo el patrimonio inmobiliario de la *Cía.*, alemana de ferrocarriles del Reich, y se extiende tácitamente a los inmuebles y sus accesorios presentes, y que se adquirieran en lo futuro. Esta es, pues, una hipoteca general que recae no sólo sobre la totalidad de los bienes presentes de una persona (moral, en el caso), sino también sobre sus bienes futuros; la única condición es, que deben ser inmuebles.

(1) O. c., pág. 170.

(2) Pág. 175.

El principio de la especialidad en el derecho alemán, abarca los dos aspectos del mismo, en cuanto al crédito y en cuanto a los bienes gravados. Por otra parte, debe llenarse la especialidad en la inscripción, ya que para que la hipoteca exista debe ser inscrita en el registro público.

Especialidad en cuanto al crédito.—En la hipoteca debe determinarse el monto del crédito que se garantiza, "el crédito tiene que ser pecuniario y consistir en un capital". Si el crédito es futuro o condicional, la hipoteca no habrá nacido, sino hasta que se cumplan tales modalidades, en esos casos existirá una deuda inmobiliaria de propietario. La finca hipotecada sólo estará sujeta al crédito hipotecario si éste se ha inscrito, el requisito de la inscripción es necesario tanto respecto del capital como de los intereses pactados. Por otra parte el derecho alemán permitía que el crédito se fijara en varios valores principalmente en marcos oro y en marcos del Reich, pero siempre es necesario que lo que aparezca como importe del crédito no sea diferente de lo que se indica como importe de la hipoteca: si se concede, para garantía de un crédito de 50 marcos oro, una hipoteca de 50 marcos del Reich, el gravamen será nulo. Debiendo el importe de un crédito estar determinado e inscrito; si las partes quieren elevar su importe, es necesario, para modificar la hipoteca, el asentimiento de los titulares iguales o posteriores, es decir de los acreedores hipotecarios de igual o posterior rango, tal requisito se explica, porque ellos pueden ver afectados sus derechos al cambiarse el monto de un crédito preferente al suyo.³ El caso de la hipoteca de máximo, la cual no responde por un crédito especialmente determinado de antemano, sino que, en ella se da el valor máximo del crédito que se quiere garantizar, posteriormente se fija el monto del crédito el que nunca será superior al máximo fijado en la hipoteca. La hipoteca de máximo se usa principalmente para asegurar créditos no determinados, cuya cuantía está por determinarse; y como nos dice Enneccerus, "la hipoteca de máximo garantiza el crédito que en cada momento corresponda al acreedor hasta el límite del importe máximo establecido. La cuantía del crédito puede oscilar en el tiempo, cosa que es corriente sobre todo en las relaciones obligatorias duraderas".⁴

(3) Enneccerus, O. c., pág. 204 y sigts.

(4) O. c., pág. 33.

Si bien, en este caso no está exactamente determinado el monto del crédito, si tenemos determinado el alcance del mismo ya que tenemos el límite superior que podrá alcanzar; la fijación de ese máximo es lo que nos interesa saber, tanto al deudor como a los terceros que adquieran el bien de que se trate.

Especialidad en cuanto a los bienes gravados.—El art. 1113 del Código Civil alemán, dispone que la hipoteca "es el gravamen impuesto sobre una finca" y que por tal, el beneficiario puede obtener de la misma (finca) "una determinada suma de dinero", como puede verse tal precepto consigna el principio de la especialidad en sus dos aspectos; pues como dice el Lic. Rojina Villegas, al comentar el art. citado. "...asimismo se indica el carácter real de la garantía y la necesidad de que ésta se constituya sobre una finca o fincas determinadas".⁵ En el derecho alemán, sólo se pueden gravar con hipoteca, las fincas y los derechos que a ellas se equiparan; y sólo se puede gravar una parte de una finca cuando se haya constituido, por segregación, en una finca aparte inscrita como finca independiente.

Especialidad en el registro.—La hipoteca para constituirse necesita: de un acuerdo entre el propietario de la finca y el acreedor, y por la inscripción. El sistema de publicidad de Alemania es uno de los conocidos por "substantivo" y que Dorta Duque,⁶ llama substantivo de fuerza probatoria relativa, por esto se entiende que es necesaria la inscripción, como requisito esencial de los actos que constituyen, modifican y gravan los derechos reales, "el que no tenga su derecho de hipoteca inscrito, no es considerado como titular de tal derecho"; por otra parte, el sistema alemán de los folios reales, en el que cada finca, en el registro presenta un estado completo de su situación jurídica, es decir, presenta su situación, extensión y cargas que sobre ella pesan; sólo importa lo que en el registro esté inscrito, considerándose como la verdad legal; ésta es una presunción juris tantum, lo que significa que se tiene por verdadera mientras no se demuestre lo contrario, la carga de la prueba pesa sobre el que impugne la inscripción. Y como expone Enneccerus,⁷ hablando de las presunciones de exactitud del registro: "Se presume que la hipoteca inscrita existe y que corresponde a aquel a cuyo favor está registrada; si está conclada

(5) O. c., pág. 18.

(6) Curso de Legislación Hipotecaria, Habana 1938, pág. 10 y sigs.

(7) O. c., pág. 231.

se presume su inexistencia", y sigue diciendo, que siendo necesidad la existencia de un crédito válido para que la hipoteca se constituya, "la presunción de la exactitud de la inscripción de la hipoteca presupone una presunción de la existencia del crédito". Esta presunción —*juris tantum*, como dice Cossio y Corral, "se convierte en *juris et de jure* (principio de la fe pública), en cuanto afecta a aquéllos que de buena fe y por acto voluntario adquieren derecho sobre la finca, fiándose en las manifestaciones registrales, que, por una ficción jurídica, se estiman exactas e íntegras".⁸

El art. 28 de la Ley del Registro Inmobiliario, dispone que el importe del gravamen debe señalarse en moneda del Reich; "el gravamen tiene que consistir en una cantidad en metálico sobre la finca".⁹

Los requisitos de la inscripción, son señalados por el art. 1115 Código Civil Alemán, y dispone que menciones debe contener: 1.—El acreedor, no siendo necesario designarlo nominativamente, basta con que su identidad pueda determinarse. 2.—El importe pecuniario del crédito debe determinarse en moneda del Reich, este importe, debe ser siempre el de la hipoteca; lo que se indica en el registro como importe del crédito no será distinto del importe de la hipoteca, si tal sucede el gravamen será nulo. 3.—El tipo de interés si los créditos devengan intereses, también debe indicarse el importe pecuniario de otras prestaciones accesorias (penas convencionales, etc.).¹⁰

El registrador no debe inscribir una hipoteca si el crédito está descrito sin claridad en el consentimiento de la inscripción, casos en que no se indica la causa de la deuda, o por no indicar la fecha de vencimiento, en tal caso, si el crédito puede identificarse, no se perjudica a la hipoteca. Pero los pactos que no se inscriben no pueden ser oponibles a terceros de buena fe que adquieran la finca o la hipoteca, art. 1138 del C. C. alemán.

Es pues, interesante en grado sumo, notar la gran importancia que en el derecho alemán se concede al principio de la especialidad, el cual unido y en armonía con el de publicidad, es el soporte de la hipoteca, en beneficio de acreedores, deudores y terceros en general, facilitándose con tal sistema el crédito hipotecario de tanta importancia en la época actual.

(8) O. c., pág. 19.

(9) Enneccerus, O. c., pág. 193.

(10) Enneccerus, O. c., pág. 197 y 198.

b). *En Australia.*

Incluimos el presente inciso, debido al interesante sistema de publicidad australiano o Acta Torrens, original derivación del sistema germánico; como todas las legislaciones modernas, la australiana, exige el principio de la especialidad en la constitución de gravámenes reales; además, en el sistema australiano, sistema de substantividad con fuerza probatoria absoluta, se sigue el procedimiento de inscripción como elemento esencial del acto. Al respecto seguiremos las palabras de Dorta Duque, quien expone: "Un procedimiento similar se sigue para la constitución del derecho real de garantía conocido en el derecho anglo-sajón con el nombre de "mortgage", por cuyo procedimiento concertado el préstamo con la garantía del inmueble, se extiende, por duplicado, una relación auténtica del convenio, sus condiciones, intereses, forma de amortización del capital, etc.; y se envía dicha relación por duplicado, con el certificado de propiedad, a la oficina del Registro; y considerando sus funcionarios que reúne los requisitos extrínsecos exigidos por la ley, se procede en dicha oficina a anotar el referido convenio de Mortgage, en el duplicado del certificado de propiedad, que ya obra en poder del Registro formando sus libros, y en el certificado remitido por el propietario, a quien se le devuelve; uno de los duplicados de la relación que contiene el convenio se conserva en el Registro y el otro se devuelve al acreedor, con el testimonio de haberse anotado en el Registro; de esta manera no se ve privado el propietario de su certificado de propiedad, el cual podrá seguir utilizando, pero sin perjuicio del derecho del acreedor, porque en dicho certificado consta la anotación del gravamen constituido".¹¹ Semejante al sistema alemán, el sistema australiano se caracteriza, por el valor que se concede a la inscripción la cual tiene una fuerza probatoria absoluta, no relativa como en Alemania, el que aparezca como dueño de un derecho real o gravamen real, por estar así inscrito en el registro, deberá ser considerado como tal, no importa los vicios que le afecten, y como dice el autor antes citado ¹² "la inscripción hace irrevocable el título, a no ser por causa expresa de rescisión". El Estado es el que hace frente a las reclamaciones por esos vicios, y con tal fin instituye un fondo de seguro, el que se constituye por medio de

(11) O. c., pág. 41.

(12) O. c., pág. 9.

un impuesto sobre el valor de los inmuebles inmatriculados. Por otra parte, cada finca presenta en el título de propiedad que la ampara un estado completo de los gravámenes que sobre ella están impuestos. Tal sistema previene a deudores, acreedores y sobretodo terceros, contra los vicios posibles del bien de que se trate, evitando molestias y haciendo que en un momento dado se conozca perfectamente la situación legal de los inmuebles.

c). *En Francia.*

El antiguo derecho francés, al igual que el romano, permitía las hipotecas generales y ocultas; es hasta fines del siglo XVIII, cuando para remediar los inconvenientes de las antiguas prácticas, se dispone que la hipoteca debe ser especial; por medio de la ley de 11 de brumario del año VII (1o. de noviembre de 1789), se realiza esta innovación. Las hipotecas, según la ley, sólo podían recaer sobre bienes presentes del deudor, dichos bienes serían objeto de designación especial en la inscripción; aun cuando las hipotecas legales y judiciales, podían recaer sobre bienes futuros, el acreedor debería practicar la inscripción del bien, cuando éste ingresara en el patrimonio del deudor.

El Código Civil francés no supo conservar las ventajas que introdujeron las leyes del período revolucionario: no conservó lo dispuesto en la ley de brumario, en cuanto a la especialidad de la hipoteca; ciertamente, la hipoteca, en principio, debería ser especial; pero varias hipotecas: las legales, no quedan sujetas al principio de la especialidad. Otra error del Código Civil, fué el de no imponer como obligatoria la publicidad de los actos translativos de dominio de los bienes susceptibles de hipotecarse; y aunque estipula la publicidad de las hipotecas, el principio no rige para las legales. Más adelante, por medio de varias reformas se fué introduciendo la publicidad de los actos translativos de dominio.

Según Marty, es de notarse en la organización de la hipoteca en francia la diferencia de reglamentación entre las hipotecas convencionales y las legales. Las hipotecas convencionales deben ser especiales y están sujetas a publicidad, por lo que su reglamentación es satisfactoria; no así las hipotecas legales, las que exigen una reforma por su generalidad y clandestinidad.¹²

(13) O. c., pág. 124.

Es necesario pues, observar en el sistema hipotecario francés el principio de la especialidad, refiriéndonos a las hipotecas convencionales o voluntarias.

Hipotecas convencionales.—El principio de la especialidad en sus dos aspectos: en cuanto al crédito garantizado y en cuanto a los bienes gravados. Así, tenemos que la hipoteca sólo es válida, si el crédito por el cual se constituye, está individualizado en cuanto a su causa y cuantía; además, la hipoteca sólo será válida, si declara especialmente la naturaleza y situación de los inmuebles hipotecados (art. 2129 C. C. francés). Estas dos reglas forman un elemento de validez de la escritura constitutiva, y según Planiol, la falta de ese requisito acarrea la nulidad del acto, "cuando una constitución de hipoteca es nula, por no satisfacer suficientemente el principio de la especialidad, su irregularidad no se encontraría cubierta por una designación especial de los inmuebles hipotecados".¹⁴

La especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito garantizado, está consignada en el art. 2132 del C. C. francés, al disponer: "la hipoteca convencional sólo es válida en tanto cuanto la suma por la cual se constituye es cierta y determinada, por la escritura constitutiva". Según Planiol, esta regla es la más importante: "la limitación de los créditos garantizados por medio de una hipoteca es esencial tanto en interés de los terceros, futuros acreedores o adquirentes, como en el deudor"... "las hipotecas por causa indeterminada impiden conocer exactamente el pasivo hipotecario del deudor en cualquier momento".¹⁵ Por su parte, Colín y Capitant, conceden mucha importancia a las dos reglas de la especialidad, "si no se tuviesen en cuenta estas dos indicaciones, si los inmuebles se hipotecaran para la garantía de todos los créditos que pudieran originarse en favor del acreedor sin limitación, el crédito del deudor quedaría consumido a la primera hipoteca que otorgase, pues en esta incertidumbre, ninguna otra persona consentiría en prestarle dinero".¹⁶

Es indispensable indicar en la escritura constitutiva: primero, la causa del crédito y, en segundo lugar su cuantía; el segundo requisito sólo es necesario si el importe del crédito es conocido. Como dice

(14) O. c., pág. 190.

(15) O. c., pág. 138 y 139.

(16) O. Curso Elemental de Derecho Civil, Trad. Madrid, 1925. T. V., No. 388.

Colín y Capitant, "la individualización del crédito debe hacerse en la escritura constitutiva de la hipoteca a la vez que en la inscripción",¹⁷ pero si el crédito no se puede precisar, basta que en el momento de la inscripción se fije la cuantía.

El Notario debe indicar la causa del crédito, bien sea: préstamo, crédito resultado de una obligación de hacer, etc., y también debe enunciar el monto de ese crédito, pero cuando el monto del crédito sea desconocido, se fijará por medio de evaluación del acreedor en el momento de la inscripción.

Especialidad en cuanto a la garantía hipotecaria.—De lo dispuesto en el art. 2129, se desprende que la ley no prohíbe que un deudor hipoteque todos sus bienes inmuebles presentes, únicamente exige que sean designados nominativamente. Jossierand, al tratar la especialidad de la garantía hipotecaria dice: "la hipoteca convencional no puede establecerse en forma vaga, sobre los bienes, sobre los inmuebles del deudor; debe tener un objeto determinado; no quiere esto decir que el constituyente no pueda afectar varios inmuebles a la garantía de una misma deuda, sino que estos inmuebles deben ser especificados, individualizados, en el acto constitutivo, a fin de que se pueda conocer exactamente la extensión de la garantía hipotecaria".¹⁸ Por su parte, Planiol, dice: Para responder exactamente al deseo de la ley, sería necesario, por tanto, designar en el acto, la naturaleza (casa, fábrica, viña, bosque, etc.), y la situación de los inmuebles hipotecados, y para esto sería necesario dar las indicaciones que permitan, de una manera segura, individualizar el inmueble de que se habla; el número de una casa de ciudad, el nombre de una propiedad rústica, pues casi siempre tienen un nombre y, en defecto de estos medios de designación, precisar los límites y colindancias".¹⁹

La sanción a la falta de estos requisitos es la nulidad absoluta, como propone Jossierand, "la nulidad es absoluta; está a disposición de todos los interesados deudores, acreedores hipotecarios de categoría posterior; no estaría cubierta por una designación de los inmuebles en la inscripción; la ley quiere que la hipoteca nazca especializa-

(17) O. c., No. 313.

(18) Derecho Civil, Trad. S. Cunchilos y Manterola, Buenos Aires, 1951. T. II, vol. II, pág. 551.

(19) O. c., pág. 189.

da. Pero está muy generalmente admitido que el acto, nulo como constitutivo de hipoteca, valga como promesa de hipoteca".²⁰

Sin embargo, la jurisprudencia francesa se muestra muy amplia en la interpretación del art. 2129, no exigiendo la individualización, se contenta con una designación colectiva, cuando son varios los inmuebles afectados, así pues, la hipoteca será válida si recae sobre todos los inmuebles que una persona posee en determinado municipio, o circunscripción territorial, a condición de que se indique sumariamente su naturaleza. Esta práctica se hace en favor de los deudores, por la gran división de la propiedad rural, al deudor le sería difícil la afectación si en la escritura tuviese que hacer una enumeración detallada de las parcelas gravadas. El bien que resulta de tal práctica es muy dudosa, ya que en muchos casos, por ignorancia, el deudor ve afectados todos sus inmuebles, cuando el quería tener varios de ellos libres de gravamen. Por otra parte, al no insertar la naturaleza de alguno de ellos, éste no quedaría gravado: cuando se hipotecan las tierras y viviendas que un deudor posee en tal municipio, no queda afectada la fábrica, por no haberse dicho "las fábricas", aun cuando la voluntad fuere de que quedara gravada. Criticando la interpretación de la jurisprudencia francesa al respecto, Josserand nos dice, que tal interpretación va en contra de lo dispuesto por la ley: "Pero lo cierto es que no responde ni al texto ni al espíritu de la ley: a una designación nominativa y concreta, la corte de cansación, sustituye arbitrariamente, por razones de comodidad práctica, una designación genérica y abstracta; sustituye un número, no por otro número, sino por un género; y los autores tienen razón para considerar que dicha sustitución es ilegal".²¹

Como una consecuencia al principio de la especialidad el art. 2129 en el segundo párrafo, prohíbe la hipoteca de bienes futuros; sin embargo, hay dos excepciones al respecto, las permitidas por los arts. 2130 y 2131 del C. C. francés. La primera disposición citada, permite la hipoteca de los bienes futuros cuando los actuales no sean suficientes, Colin y Capitant exponen al respecto, "El art. 2130, sólo permite la operación prevista si los bienes presentes y libre del deudor son insuficientes para la garantía del crédito, y, por tanto, exige que

(20) O. c., pág. 552.

(21) O. c., pág. 553 y 554.

el deudor sea ya propietario de inmuebles, pero inmuebles insuficientes, para la garantía del capitalista que la exige".²² El segundo caso se presenta cuando los bienes hipotecados se deterioran o pierden, en tal situación el acreedor puede pedir hipoteca sobre los bienes futuros, o que se le pague inmediatamente. Aun cuando en estas dos excepciones no se observa, en principio, la especialidad, tal peligro se ve disminuído por la exigencia del art. 2148, de que se determine la naturaleza y situación de los inmuebles al hacerse la inscripción, la cual se llevará acabo cuando el deudor vaya adquiriendo nuevos inmuebles.

Habiendo visto lo que se entiende en Francia, por especialidad de la hipoteca, en el momento de su constitución, veamos ahora los requisitos del registro en cuanto al mismo principio de la especialidad.

Datos relativos al crédito garantizado.—Como complemento diremos que además del título constitutivo de la hipoteca (acta notarial), se requieren para llevar acabo el registro, de dos hojas "bordereaux" iguales, en las que se llenarán los requisitos exigidos por el art. 2148 reformado. Con respecto al crédito garantizado deben constar las siguientes menciones: 1.—Se debe consignar la fecha y naturaleza del título que dió origen a la garantía, es decir, se pide causa y naturaleza del crédito garantizado; 2.—Indicar el monto del crédito, sus modalidades y la fecha de vencimiento. Si es indeterminado, el acreedor deberá hacer una evaluación. Estos requisitos los deben llenar todas las hipotecas, hasta las judiciales y legales, pero para estas últimas, como sus derechos son eventuales o variables (hipotecas de las mujeres casadas y de los sujetos a tutela), el monto sólo puede fijarse posteriormente en la liquidación definitiva. Fuera de esos casos excepcionales el acreedor debe realizar una evaluación; "De esto resulta que el acreedor que obtiene la inscripción, debe valuar por sí mismo su crédito, cuando sea líquido, tal como una indemnización de seguro respecto a la cual se hace la inscripción, antes del peritaje".²³ El avalúo deberá comprender el crédito, sus accesorios, los cuales consisten en gastos de inscripción, para obtener el título y para registrarlo, los gastos de juicio y de manera especial los intereses que cause. Si el crédito es condicional, debe indicarse el acontecimiento o la condición de que depende el derecho (ley de 1918).

(22) O. c., pág. 395.

(23) Planiol, O. c., pág. 251.

Datos relativos a los bienes gravados.—Todas las hipotecas convencionales, además de ser especiales en cuanto al crédito garantizado, deben serlo en cuanto a los bienes gravados, deben contener indicaciones suficientes para identificar el inmueble de que se trate. Como vimos antes, el Código Civil exige que la especialidad de los bienes gravados se realice designando la naturaleza y situación de los inmuebles; pero la jurisprudencia liberalmente, permite una designación global, llegando a permitir que se inscribiera: "se hipotecan todos los inmuebles que el deudor A posee en tal distrito". Al respecto Jossierand dice, "era esto llevar muy lejos el liberalismo y destruir el principio de la especialidad de la garantía hipotecaria; la ley de 1o. de marzo de 1918, puso fin a estos abusos; para llegar a una identificación cierta del inmueble hipotecado, se exige que los "bordereaux" contengan los números y secciones del catastro a que corresponden". ²⁴

Ahora indicaremos concretamente el aspecto general de las hipotecas legales; ya en otra parte hemos hecho notar lo defectuoso del sistema hipotecario francés en cuanto a las hipotecas legales debido a su generalidad y clandestinidad. Planiol al estudiar, este tipo de hipotecas y en particular sus caracteres generales expone: "las tres hipotecas legales del art. 2121, son hipotecas generales, que recaen incluso sobre bienes futuros del deudor (art. 2122); pero no son las únicas en tener ese carácter: la hipoteca judicial es también una hipoteca general". Por otra parte, dice que las hipotecas legales de las mujeres casadas y de las personas sujetas a tutela, están dispensadas de inscripción; "por lo demás, son ellas las únicas ocultas que existen en el Derecho francés". ²⁵

Es de notarse, pues, la diferente reglamentación, que está en vigor en Francia, respecto de las hipotecas legales; deficiente, pues adolece de los vicios de la generalidad y clandestinidad. El objeto de la hipoteca legal es el de favorecer a determinadas personas, como son los individuos sujetos a tutela y las mujeres casadas, el Estado y los municipios, etc.; esta protección es ilusoria en determinados casos, como dice Planiol, cuando el que debía soportar el gravamen hipotecario

(24) O. c., pág. 621 y sigts.

(25) O. c., pág. 193 y 194.

tecario, no tiene bienes inmuebles; la ley no concede en estos casos, algún otro privilegio sobre muebles. ²⁶

d).—*En España.*

En España, nos encontramos con que en la antigüedad, antes del siglo XVI, se siguió un sistema hipotecario de generalidad y clandestinidad. Del siglo XVI hasta la promulgación de la ley hipotecaria de 1861, estuvo en vigor el sistema mixto, es decir, se exige la especialidad y publicidad de las hipotecas voluntarias, siendo generales y ocultas las hipotecas legales. A partir de la ley de 1861 el sistema hipotecario español adoptó el principio de especialidad y de publicidad de la hipoteca. La ley hipotecaria española y el código civil, disponen que las hipotecas legales se equiparan a las voluntarias, puesto que, aquel en cuyo favor las establece la ley no tiene más derecho que el de pedir su otorgamiento e inscripción del documento en que se haya formalizado la hipoteca, (art. 1875 C. C. español). El art. antes citado, sin embargo hace unas excepciones, permitiendo como hipotecas tácitas, las que concede en favor del Estado, las provincias y los pueblos, pero tales hipotecas si bien son tácitas, no son generales, por lo menos en cuanto al crédito garantizado, ya que se otorgan sólo por la última anualidad de los tributos; y en favor de los aseguradores por el valor de la prima (premio) del seguro.

Como lo hace notar González y Martínez ²⁷, el ámbito que abarca el principio de la especialidad es cada vez más extenso, las antiguas reglas han evolucionado, ya no se concretan a determinar más la descripción del bien hipotecado y del crédito asegurado, sino que pasan a todo el sistema hipotecario, a sus elementos orgánicos.

La especialidad en el derecho español en cuanto al crédito garantizado. Se debe designar el monto de dicho crédito, así como los intereses pactados, el art. 114 L. Hipotecaria, dispone al respecto, "La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés, no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los últimos dos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad correspondiente". Se exige pues la determinación del crédito garantizado, pues dado el sistema seguido, únicamente se en-

(26) O. c., pág. 195.

(27) Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil, T. I. pág. 428.

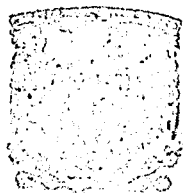
tiende constituido el gravamen si se ha inscrito en el registro, y sólo por lo que se ha manifestado. El sistema seguido en España es parecido al alemán, ya que se requiere: primero un acuerdo real, que debe constar en escritura pública (por excepción en documento auténtico), en segundo lugar es preciso que se realice la inscripción, elemento esencial para la constitución de la hipoteca, no sólo con respecto a terceros, sino entre las partes. Con la diferencia que no se concede a la inscripción un valor absoluto, únicamente en cuanto a terceros, como en el derecho alemán; la inscripción no convalida el acto nulo, ni da derechos, como el sistema de la substantividad en lo que se refiere al dominio y otros derechos reales; pero en cuanto a la hipoteca, se observa el sistema de la substantividad, favorece a los terceros de buena fe.

En cuanto a los bienes gravados, por el principio de la especialidad, no se puede gravar todo el patrimonio del deudor, sin señalar especialmente, los inmuebles que se afectan, dado que son los bienes objeto de la hipoteca, así como casi todos los derechos reales, en la medida que son enajenables. Por otra parte, en España, se ha adelantado y ampliado el principio de que tratamos, siendo necesario, dar todos los datos indispensables para una identificación precisa del bien hipotecado. También, se considera otro principio, Valverde ²⁸ habla del principio de determinación "cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito (Art. 119 L. H.) se determinará la cantidad o parte del gravamen de que cada una deba responder" y sigue diciendo, "es necesario e indispensable, la distribución del capital prestado, pues la falta de este requisito impide la inscripción del documento". ²⁹ El art. 189 del reglamento de la Ley Hipotecaria, dice: "no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas y derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes o por mandato judicial en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder...".

Especialidad en cuanto a registro.—Siendo necesario que en la escritura constitutiva se consigne, el número y valor de las obligaciones que garantice la hipoteca, es también requisito indispensable el

(28) Tratado de Derecho Civil "Español" T. II. pág. 588.

(29) pág. 589.



fijar en la inscripción ciertos datos relativos al crédito que se garantiza. El art. 12 de la L. H., dispone que en la inscripción se debe determinar el crédito garantizado, su importe se debe fijar en metálico, en moneda española. La hipoteca para subsistir necesita que haya un crédito al cual garantice, sin embargo, basta que haya un crédito futuro o condicional, si el crédito está sujeto a modalidad, de todas formas se darán los datos necesarios para individualizarlo suficientemente. Estos requisitos para el capital rigen también para los intereses, es decir, la hipoteca no los asegura si la estipulación y cuantía de los mismos no se ha inscrito. (art. 145 L. H.). La hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes determinados; la inscripción de la hipoteca se realiza precisamente en el folio real, de la finca o bien gravados, para ello se debe designar en la escritura constitutiva, la naturaleza y situación del inmueble afectado; en el folio correspondiente se hará la inscripción relativa a la hipoteca, cuantía, vencimiento, intereses y debe designarse el acreedor, a favor de quien se constituye el gravamen.

Como vimos, las hipotecas generales desaparecieron completamente en España, "después de la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, basada como es sabido en los principios de la especialidad y de la publicidad, desaparecieron las hipotecas generales, las tácitas y las privilegiadas, convirtiéndose en especiales y expresas, siendo sustituidas las hipotecas judiciales por las anotaciones preventivas".³⁰ Por otra parte dice Valverde, que la publicidad, especialidad y determinación son las bases en que descansa el sistema hipotecario español.³¹

D. Jerónimo González y Martínez, expone que las consecuencias del principio de la especialidad son:

1.—La cimentación del sistema sobre la inscripción de superficies deslindadas del globo terrestre, descritas con arreglo a pautas rígidas en asientos numerados correlativamente y extendidos bajo folio separado. La finca entidad hipotecaria es el soporte jurídico de los derechos reales que a ella se refieren y responde a las necesidades de especializarlos o especificarlos. 2.—"Con la inscripción los derechos reales adquieren una naturaleza precisa". La legislación hipo-

(30) Valverde, O. c., pág. 606.

(31) O. c., pág. 607.

tecaría exige que se especifique su naturaleza y situación, condiciones y cargas. 3.—No valen determinaciones imprecisas o ambiguas. 4.—También es necesario especificar la distribución del crédito entre las fincas que le sirven de garantía. 5.—La especialización de las cargas llega a su máximo, en los casos en que, como en la hipoteca es necesario se precise pecuniariamente el capital, intereses y prestaciones accesorias, siendo necesario además fijar el monto del crédito en moneda española. ³².

El régimen hipotecario español es de manera interesante para nosotros, puesto que nuestras leyes generalmente se han inspirado, en las españolas; nuestros Códigos de 1870 y 1884 presentan numerosas concordancias con la Ley Hipotecaria, de la cual tomaron las principales inspiraciones, es pues, interesante tener en cuenta las disposiciones españolas para mejor entender nuestras propias instituciones, en el caso, la institución de la hipoteca.

e).—*En Argentina.*

La hipoteca argentina, con base en el Derecho español, y siguiendo los principios germánicos de la especialidad y la publicidad, es sumamente parecida a la nuestra. Atendiendo, ahora únicamente al principio de la especialidad, diremos que, está consagrado en la Argentina, por el Código Civil, en sus múltiples aspectos, tanto en la constitución como en la inscripción de la hipoteca.

Segovia, en su obra "El Código Civil de la República Argentina, T. II, expone, que "no puede constituirse hipoteca, sino sobre cosas inmuebles especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero, también cierta y determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si élla consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare su valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca". ³³ De lo expuesto por Segovia, se pueden derivar los siguientes principios: La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles, los cuales deben designarse especialmente; El principio de la especialidad rige también, para la designación del crédito garantizado, debiendo éste estar determinado. En los casos en que por la

(32) O. c., pág. 429 y sig.

(33) pág. 344.

naturaleza de la obligación garantizada, no pueda determinarse el valor del crédito, se debe hacer una evaluación; quedando, por tanto, el crédito determinado en cuanto a su naturaleza y cuantía.

El art. 3130 del Código Civil argentino, dispone que el acto constitutivo de la hipoteca debe constar en escritura pública o en documento auténtico expedido por autoridad competente. El art. 3133 del citado ordenamiento, estipula las menciones que debe contener el acto constitutivo de la hipoteca: 1.—Nombre, apellido, domicilio del acreedor, y las mismas designaciones relativas al deudor, los de las personas jurídicas por su denominación legal y el lugar de su establecimiento; 2.—La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra; 3.—La situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana la ciudad o villa y la calle en que se encuentre; 4.—La cantidad cierta de la deuda.

Habiendo enunciado las menciones que debe contener la escritura constitutiva, veremos cómo se deben llenar esos requisitos en cuanto a la especialidad del crédito garantizado.

El art. 3111 C. C. argentino, dispone que sólo habrá hipoteca si ésta se constituye por una suma de dinero cierta y determinada; el art. 3133, exige que en la escritura constitutiva se fije "la cantidad cierta de la deuda", esto es esencial, como dice Machado ³⁴ "porque no hay hipoteca sin cantidad determinada, y aunque la obligación principal sea de hacer o de no hacer, o no tenga cantidad cierta, la hipoteca determinará la cantidad hasta que debe responder", esto se hará por medio de la evaluación propuesta por el art. 3111, con la apreciación estimativa al construirse la hipoteca.

Para mayor determinación del crédito, el Código Civil argentino, exige se indique la causa del mismo, es decir, que se haga referencia al contrato principal, indicándose "la fecha y naturaleza del contrato a que accede".

La especialidad en cuanto a los bienes gravados, se exige en el sistema hipotecario argentino, y en particular el art. 3134, nos dice que "una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque, como existentes en un lugar o ciudad determinada, no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial

(34) "Código Civil Argentino", T. 8, pág. 65.

de la especialidad del inmueble gravado, la escritura hipotecaria debe designar separada e individualmente la naturaleza del inmueble". Segovia, comentando el art. citado, dice, que al exigirse esa determinación en las designaciones, lo único que se pretende es evitar perjuicios a los contratantes y sobre todo a terceros. ³⁵

El art. 3135 del C. C. argentino, dispone que la falta de alguna de las designaciones prevenidas no anula la hipoteca, "siempre que pueda venir en conocimiento positivo la designación que falte". Al respecto, Machado expone ³⁶ la constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda prevenir en conocimiento la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso, por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca, quedando reducida a una cuestión de hechos y teniendo presente que en caso de duda, se debe decidir a favor de la libertad de la finca. No importa pues, que se haya omitido alguna designación, los jueces pueden declarar válida la constitución, si del conjunto de datos enunciados, se puede tener la certidumbre sobre el inmueble hipotecado.

No obstante lo anterior, hay designaciones esenciales cuya omisión anula la escritura, aunque llegaran a conocerse posteriormente, estas designaciones son las que enumera el art. 1004 del C. C. argentino, fuera de esas hay otras que anulan el acto constitutivo sólo cuando no se puede llegar a conocerlas, como la omisión de la cantidad garantizada, o la falta de designación del inmueble. Conviene no confundir las cuestiones de hecho que puede apreciar el juez, con las de derecho en que la validez o nulidad de la escritura depende de formalidades que deben llenarse. Y concluye que, la designación del inmueble gravado es de derecho. ³⁷

En cuanto a los requisitos de la especialidad en el registro, los arts. 3139, 3140, 3141 y 3145, disponen cómo debe llevarse acabo la toma de razón en el registro público.

El art. 3145, dispone que, el registro debe hacerse en el oficio de hipotecas del pueblo en cuyo distrito estén situados los inmuebles que se hipotecan. El art. 3139 dispone "la toma de razón ha de reducirse a referir la fecha del instrumento hipotecario, el escribano an-

(35) O. c., pág. 357.

(36) O. c., pág. 65 y sigs.

(37) pág. 66 y s.

te quien se ha otorgado, los nombres de las partes, su vecindad, la calidad de la obligación o contrato, y los bienes raíces gravados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, situación y linderos, en la misma forma que se expresen en el instrumento".

Machado³⁸ expone al respecto "la toma de razón en el registro de la hipoteca, tiene fuerza de escritura pública, pero no puede prevalecer sobre la escritura hipotecaria, ni anularla por falta de alguna de las enunciaciones; en cambio puede hacer perder la colocación y el orden si la toma de razón se nulifica por falta de formalidades esenciales con relación a terceros que hubiesen adquirido otra hipoteca sobre el inmueble. Así, si el anotador cambiase la designación del inmueble y resultare encontrarse libre, la segunda hipoteca prevalecerá sobre la primera, salvo el derecho del acreedor de ir contra el anotador. La razón es que el registro es esencial para la existencia de la hipoteca contra los terceros que no intervinieron".

Por mandamiento del art. 3140, se debe presentar al registro la primera copia de la escritura de la obligación, cuando no se hubiera extendido, en la misma la hipoteca.

Comentando Segovia el art. 3141, dice que entre otras cosas la toma de razón se ha de referir: 1.—"Interesa la cantidad cierta de la deuda y los intereses que produzca"; 2.—El nombre o naturaleza, situación y linderos de los inmuebles hipotecados.³⁹ Y sigue diciendo que: "Debiendo hallarse en la toma de razón misma, los datos que los terceros necesiten para conocer la situación hipotecaria del deudor"... "una inscripción incompleta o viciosa no podrá convalidarse, por la razón de que la escritura hipotecaria, contenga las enunciaciones exigidas por el presente artículo".

Por otra parte, el art. 3141, exige al oficial público, que inscriba los bienes hipotecados, describiéndolos en la misma forma que se exprese en el instrumento.

Machado, comentando el art. 3142, expone: "Si el que ha dado una hipoteca sobre sus bienes, se vale de la falta de inscripción, para hipotecarlos a otra persona, sin prevenirle de la existencia de esa hipoteca, será culpado de fraude y como tal, sujeto a satisfacer los daños y perjuicios, a la parte que los sufriere por su dolo".⁴⁰

(38) pág. 70, O. c.

(39) O. c., pág. 361.

(40) O. c., pág. 86.

CAPITULO CUARTO

LA ESPECIALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

a).—*En los Códigos de 1870 y 1884.*

Como indicamos anteriormente, el Código de 1870, viene a reformar el sistema hipotecario de los antiguos códigos españoles vigentes en México hasta 1870. El principal adelanto que introduce el Código de 1870, siguiendo las reformas estipuladas por la Ley Hipotecaria Española de 1861, es la reglamentación de la hipoteca bajo los principios germánicos de la especialidad y publicidad.

Siguiendo lo expuesto por el Lic. Borja Soriano ¹, tenemos, que antes del Código de 1870, las hipotecas a más de caracterizarse por su clandestinidad (aunque se aceptaba que las hipotecas debían publicarse, el registro sólo se exigía para las voluntarias, quedando fuera de esa publicidad las legales o tácitas), se permitían las hipotecas generales y tácitas, tanto en cuanto al crédito garantizado como respecto de los bienes gravados. Al hablarnos el autor citado de las hipotecas tácitas, expone: "esas hipotecas garantizaban créditos indeterminados cuyo monto variable no podía fijarse de antemano"... "éste era un vicio muy grave en la organización de las hipotecas". Las hipotecas eran generales también en cuanto a los bienes gravados, bien porque gravaban todos los bienes presentes del deudor, por gravar hasta los bienes futuros. Las hipotecas generales ofrecían muchas desventajas: el deudor bajo las exigencias del acreedor, generalmente, gravaba todos sus inmuebles a la primera hipoteca, consumiendo de tal manera su crédito, es decir, por una deuda por pequeña que sea el deudor tiene que gravar todos sus bienes; como resultado de las afectaciones generales se perjudica la transmisibilidad de los inmuebles gravados, ya que la hipoteca presentará siempre un obstáculo para la venta de los bienes que están sujetos a ella. Por lo que toca a los acreedores, la generalidad de la hipoteca los lleva a

(1) O. c., pág. 41.

juicios de prelación sumamente tardados y a fuertes gastos ocasionados por los mismos juicios; además siendo la hipoteca general en cuanto al crédito garantizado, el acreedor nunca estará seguro del monto de los créditos que asegure un bien, es decir, no se puede conocer el monto de las obligaciones hipotecarias anteriores lo que permite constantes fraudes. Los terceros también se ven perjudicados, ya que no saben si un bien se encuentra libre de gravamen, y aunque lo sepan, no sabiendo el monto de la obligación garantizada, tienen el peligro de sufrir engaños, o cuando menos, en muchos casos los créditos aumentan mucho su valor, quedando expuestos a graves perjuicios; esto unido a la falta de publicidad de las hipotecas hace punto menos que imposible el crédito hipotecario, dificultando grandemente la transmisibilidad de los bienes gravados.

Con la promulgación del Código Civil de 1870, se desechan las antiguas prácticas de las hipotecas generales, para aceptarse el principio de la especialidad, como nos expone Calva y Segura, "La hipoteca general de todos los bienes habidos y por haber, reconocida igualmente por las leyes antiguas y usada con tanta frecuencia que casi no había contrato en que no interviniera, también dejó de subsistir, en razón de que el sistema seguido por nuestra ley requiere esencialmente la especialidad", siendo necesario para que la hipoteca subsista, que recaiga sobre bienes especialmente determinados.²

El Código de 1870, reglamenta en sus artículos 1942 y 2026 los aspectos de la especialidad de la hipoteca, el primero de los preceptos indicados dispone que la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados; el segundo, exige que en el registro se haga constar: la naturaleza del derecho real ó de los predios hipotecados, su ubicación, nombres, números, linderos y demás circunstancias que los caractericen. Mateos Alarcón, comentando el sistema seguido por nuestro primer Código, dice: "El sistema se ha recomendado por sus excelentes resultados en la práctica, que lo hacen preferible al sistema francés llamado mixto, que sanciona la publicidad y la especialidad para las hipotecas voluntarias o convencionales; pero no las exige para las legales, dando así lugar a la comisión les".³

(2) O. c., pág. 300.

(3) O. c., pág. 5.

respecto de ellas, de los abusos que se evitan en las convenciona-

Después de estos breves antecedentes al sistema seguido por nuestro primer Código Civil, en lo que se refiere a la especialidad, empezaremos a analizar dicho principio en sus diferentes aspectos, a través de lo dispuesto en el Código de 1870 y las reformas que al respecto introduce el Código Civil de 1884.

El art. 1942 del Código Civil de 1870, introduce el principio de la especialidad al enunciar que la hipoteca solo puede recaer sobre bienes inmuebles ciertos y determinados o sobre derechos reales constituidos sobre inmuebles, es decir, que se exige que en la escritura constitutiva se expresen las designaciones necesarias para identificar de una manera precisa el bien objeto de la hipoteca; el Código de 1884 reproduce el anterior precepto en su art. 1825. En el caso presente la especialidad tiene por objeto determinar exactamente el bien gravado, si bien se pueden hipotecar varias fincas conjuntamente, estos deben designarse de manera indubitable, no valen las designaciones globales, admitidas anteriormente, como en Francia hasta 1918, debido a la interpretación jurisprudencial del art. 2129 del código civil francés.

En cuanto al crédito garantizado, es indispensable que se determine en cuanto a su causa y en cuanto a su cuantía, intereses, fecha de vencimiento de la obligación principal, etc. Tales requisitos se desprenden de los dispuestos por el art. 2026, frac. IV, V y VI del Código de 1870. El Código Civil de 1884 en su art. 1899, reforma alguna de las fracciones del art. 2026 del código anterior, particularmente la fracción IV, dispone como necesidad que al constituirse la hipoteca se determine estimativamente la cantidad de la obligación, si ésta es indeterminada. La frac. I se adiciona, debiéndose indicar la edad de los contratantes y la capacidad de los contratantes para obligarse; todas las demás designaciones estipuladas por el art. 2026 se incorporan en el art. 1899 del Código de 1884.

Por otra parte, el art. 1953 del Código Civil de 1870, estipula que cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un solo crédito, las partes deben fijar la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder; la posibilidad de esa precisa determinación del monto del gravamen que afecta a cada finca, es potestativo, tiende a la mayor determinación del crédito garantizado en provecho del deudor; pero en el caso de que no se fije esa determinación,

todas las fincas quedan sujetas al gravamen impuesto, tal disposición al romper tímidamente con el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, tiene por objeto, llevar un paso hacia delante al principio de la especialidad del crédito, es decir, fijar exactamente el monto del crédito por el que una finca debe responder. Este principio llamado por Valverde, principio de determinación de la hipoteca, creemos que no es otra cosa que un progreso en el desarrollo del principio de la especialidad, que va teniendo cada vez mayor alcance. El Código Civil de 1884, en su art. 1836 reforma al art. 1953 del primer Código, y dispone que "cuando se hipotequen varias fincas juntamente por un sólo crédito, el acreedor puede hacer efectiva la obligación sobre cualquiera de ellas o sobre todas simultánea o sucesivamente, hasta obtener el pago total, a no ser que en la escritura constitutiva se haya determinado la cantidad o parte del gravamen de que cada una de las fincas deba responder". Según Mateos Alarcón, era mejor el sistema seguido por el Código de 1870; nosotros creemos que la reforma de que se trata sólo alcanza a la redacción del precepto, ya que los dos disponen que en el caso de no pactarse la determinación de la cantidad que grava a cada finca, el acreedor puede hacerse pago sobre cualquiera de ellas, simultáneo o sucesivamente. El Código de 1870 mandaba que se hiciera tal determinación (art. 1953), pero si no se determinaba, el principio de la indivisibilidad regiría sobre ese punto. El art. 1836 (C. C. de 1884), al revés dá como regla general que a no ser del pacto expreso, las fincas hipotecadas juntamente, responden del crédito garantizado por todo su valor y que el acreedor puede ejercitar su derecho sobre todas o sobre la que quiera. En resumen los dos artículos coinciden en que dejan a la voluntad de las partes el determinar o no la parte de gravamen que a cada finca deba corresponder.

El art. 1930 del primer Código Civil, disponía que la hipoteca nunca sería tácita, el art. 1857 del Código de 1884, lo adiciona diciendo que no será tácita "ni general", esta adición se explica por el deseo del legislador de dejar bien sentado, que el sistema mexicano acogía el principio de la especialidad; sin embargo, no hacía falta tal reforma, ya que el art. 1825 del propio código de 1884 disponía que la hipoteca sólo podía recaer sobre inmuebles "ciertos y determinados", con lo que ya no había lugar a la constitución de hipotecas generales.

En los casos de obligaciones sujetas a modalidades, cuando se aseguren con hipoteca, es necesario que se enuncie en la escritura pública así como en el registro, la condición a que está sujeta la obligación principal; además el art. 1985 del primer Código mexicano disponía que cuando se cumpliera la condición o se llegare el término, se debe hacer constar por medio de una anotación al margen del registro de la hipoteca, sin ese requisito, no puede aprovechar ni perjudicar a terceros la hipoteca constituida; lo mismo dispone el art. 1862 del Código de 1884.

La inscripción en el registro público es necesaria para que la hipoteca produzca efectos, no sólo en cuanto a terceros sino en cuanto a los mismos contratantes; tal se desprende de lo dispuesto por el art. 2016 (C. C. de 1870), al decir "la hipoteca no producirá efecto alguno legal sino desde la fecha en que fuere debidamente registrada"; lo mismo dispone el art. 1889 del Código de 1884, pero añade al precepto anterior diciendo que la hipoteca no surte efecto sino desde la fecha "y hora" en que se registre; además la inscripción se debe hacer, como dice Calva y Segura⁴ "en los Oficios de Hipotecas, a cuyos términos pertenezcan por razón de su ubicación, los predios hipotecados", se debe presentar el título original que se desea inscribir; el art. 2033 (C. C. de 1870), establece la nulidad de la inscripción si falta alguna de las enunciaciones que se deben inscribir, siendo nulo el registro, la hipoteca no producirá efecto alguno (art. 1980).

El Código de 1881 reforma en su art. 1879, lo dispuesto por el art. 2024 del primer Código Civil, al estipular que "el registro se hará en los libros del Registro Público...", pues como dice Mateos Alarcón: "su reforma se hizo, porque no debiendo existir los oficios de hipotecas, sino Oficios del Registro Público... era preciso variar en este sentido la redacción del artículo."⁵

Los requisitos que debe llenarse para la inscripción de las hipotecas, son los enumerados en los arts. 2024 a 2026 del Código Civil de 1870. El art. 2026 determina particularmente las enunciaciones que tomadas del título original, deben constar en la inscripción de la hipoteca. Indicaremos las diversas disposiciones que se contienen

(4) O. c., pág. 394.

(5) O. c., pág. 102, Notas comparativas del Lic. Macedo.

en dicho artículo y las reformas que introdujo el legislador hasta la promulgación de nuestro actual Código Civil.

La frac. I del art 2026, proviene que en el registro debe constar: "Los nombres, domicilios y profesiones de acreedor y deudor. Las personas morales se designarán por el nombre oficial que llevan, y las compañías por su razón social". Esta fracción fué reformada por la frac. I del art. 1899, ya que se adiciona con la edad de los contratantes, como dice Mateos Alarcón, a fin de que se pueda juzgar su capacidad jurídica".⁶ El art. 1899 del Código de 1884, es reformado a su vez por decreto de 3 de abril de 1917, quedando la frac. I en los siguientes términos: "Los nombres, domicilios y profesión del acreedor y del deudor y la expresión de que son mayores de edad y hábiles para obligarse. Las personas morales se designarán por el nombre oficial que lleven y las compañías por su razón social". La ley quiere con esto dejar bien determinado quienes son los contratantes, por medio de sus generales.

La frac. II del art. 2026, ya citado, estipula: "La fecha y naturaleza del crédito; la autoridad o Notario que la suscriba, y la hora en que se presente al Registro"; El Código de 1884 repite el anterior precepto; reformado por decreto de 1917 (citado), quedando como sigue: "La fecha y naturaleza del crédito; la autoridad y notario que en su caso autorice la escritura y los nombres de los testigos ante quienes se haya otorgado; la hora en que se presente al registro". Como dice el Maestro Borja Soriano⁷. "El crédito es la obligación que garantiza la hipoteca. Su fecha es el día en que se contrajo la obligación... La naturaleza del crédito debe expresarse diciendo si el crédito nace de un préstamo, de una venta, etc."

La frac. III del art. 2026, manda que se debe enunciar: "La especie de derecho que se constituye, trasmite, modifica o extingue por el título; así como el contrato, partición o juicio de que procede". El Código Civil de 1884, y su reforma de 1917, consagran el mismo precepto. Crítica este precepto el Lic. Borja Soriano, diciendo: "Esta fracción del art. 1899 está redactada en términos impropios, supuesto que en el caso de que se trata, el único derecho objeto de la inscripción es la hipoteca".

(6) O. c., pág. 102.

(7) O. c., pág. 99.

La frac. IV del art. 2026, expresa: "El monto del crédito" El art. 1899 (C. C. de 1884), reforma la anterior disposición manifestando que cuando la obligación garantizada con hipoteca no fuere de cantidad determinada, los interesados fijarán en la escritura la cantidad en que estimen la obligación, y por la que se entenderá constituida la hipoteca. Si bien esta reforma se hizo en virtud de que quede bien determinada la responsabilidad de la finca, dice Mateos Alarcón⁸, que tal reforma tenía por objeto proteger los derechos fiscales, que sin ella eran defraudados. Casi en los mismos términos queda el presente artículo después de la reforma de 1917, al disponerse que, "IV.—El monto del crédito que se garantice. Si la obligación garantida no fuere de cantidad determinada, los interesados fijarán en la escritura constitutiva de la hipoteca la estimación que le den". Esta fracción es de suma importancia ya que en ella se consigna la obligación de determinar el crédito garantizado, es decir, exige la especialidad en cuanto al crédito, no sólo en la escritura constitutiva, sino también en la inscripción. Borja Soriano dice al respecto: "No basta con que los terceros estén advertidos de la existencia de la hipoteca; es preciso aún que sepan el monto de las cargas hipotecarias establecidas sobre el inmueble para poder apreciar, con conocimiento de causa, las garantías de solvencia que ofrece el deudor".⁹

La frac. V del art. 2026 dispone: "Si causa réditos, se debe expresar la tasa de ellos y la fecha desde que deben correr". El art. 1899 del Código de 1884, toma la mencionada fracción en todos sus términos. La reforma de 1917, igualmente la consigna casi en la misma redacción; Esta fracción también es un resultado del principio de la especialidad en cuanto al crédito, ya que es importante conocer, además del crédito, los intereses que el mismo devengue, es decir, con esto los terceros conocen perfectamente la extensión del crédito garantizado.

La frac. VI del mencionado art. 2026, dispone que se inscriba: "La época desde la cual podrá exigirse el pago del capital". Tomado en sus términos por el art. 1899 (C. C. 1884) y su reforma de 1917. El Maestro Borja Soriano, comentando la fracción que tratamos dice: "Para juzgar el crédito inmueble de una persona es nece-

(8) O. c., pág. 102.

(9) O. c., pág. 100.

sario tener en cuenta la época en la cual está uno expuesto a ver que se le exija la venta de sus inmuebles".¹⁰

La frac. VII del art. 2026, indica que se debe enunciar el objeto de la hipoteca; "La naturaleza del derecho real o de los predios hipotecados, con la ubicación de éstos, sus nombres, número, linderos y demás circunstancias que los caractericen". Esta fracción, consagra la especialidad en cuanto a los bienes gravados, indicando un variado número de menciones que se deben llenar a fin de poder identificar plenamente el objeto gravado de que se trate. Este requisito se exige tanto en la inscripción como en la escritura constitutiva. Tanto el art. 1899 como su reforma de 1917, consagran el principio en los mismos términos empleados por la fracción transcrita. Al respecto Borja Soriano expone: "Cuando es objeto de la hipoteca un derecho real, su naturaleza se determina designándolo por su nombre, por ejemplo usufructo. Cuando la hipoteca recae sobre un predio, su naturaleza se menciona indicando si es rústico o urbano".¹¹

La frac. VIII del mencionado art. 2026, establecida en protección de los derechos fiscales, dispone que es necesario inscribir: "El pago de las contribuciones a que estuviere sujeta la finca hipotecada". Igual disposición enuncia la fracción VIII del art. 1899 (C. C. de 1884) y su reforma de 1917. La inclusión de la presente fracción en el artículo que se comenta, no se explica, sino como un medio más de que se vale la autoridad para evitar los fraudes al fisco. El Maestro Borja Soriano comentando la fracción en cuestión expone: "Esta es una de tantas intromisiones del derecho fiscal en el derecho civil".¹²

El art. 1899 según la reforma de 3 de abril de 1917, adiciona al presente artículo con otra fracción, que está redactada en los siguientes términos: "La constancia de haberse cerciorado el Registrador de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, cuando la escritura sea privada, con arreglo a lo que dispone la fracción IX del artículo 1899 reformado" según lo expuesto por el Lic. Borja Soriano¹³.

Como dice Mateos Alarcón al comentar el art. 2026 del Código Civil de 1870, "todos estos requisitos son de tal manera esenciales,

(10) O. c., pág. 100.

(11) O. c., pág. 101.

(12) O. c., pág. 101.

(13) O. c., pág. 101.

que es nulo el registro que se hace omitiéndolos, y tienen por objeto distinguir con toda claridad y precisión los inmuebles y los gravámenes que reportan, de manera que fácilmente pueda saberse por los interesados las responsabilidades que aquellos reportan y si pueden celebrar con toda seguridad algún contrato sobre ellos". En cuanto a la fracción VIII del art. 2026, el autor citado, comenta acertadamente que aunque dicha fracción sólo se explica vista la prohibición que las leyes fiscales imponen a los notarios de expedir escrituras sin que se compruebe por los interesados que se han pagado los impuestos que causan dichos inmuebles; dice que tal requisito "tiene por objeto ministrar un dato más sobre el gravamen probable que puede reportar el inmueble, en el caso en que el deudor no pague las contribuciones, pues el privilegio de que goza el fisco, hace de pago preferente el importe de éstas, el cual garantiza el mismo inmueble".¹⁴

De lo expuesto, podemos deducir que nuestra legislación en materia hipotecaria, desde el primer Código Civil mexicano se ha preocupado por reglamentar lo más completamente posible a la hipoteca, en cuanto al principio de la especialidad, ya en la escritura constitutiva, como en el registro. También debemos decir que esta forma de concebir a la hipoteca no es exclusiva de nuestro derecho, sino que todas las legislaciones modernas tienen como preocupación reglamentar el sistema hipotecario bajo los principios de especialidad y publicidad, los cuales por otra parte, se complementan, de tal manera que para la efectividad de uno se necesita la exigencia del otro.

b).—*En el Código Vigente de 1928.*

Nuestro Código Civil de 1928, vigente desde 1932, siguiendo lo dispuesto por sus predecesores, continúa aceptando como base del sistema hipotecario mexicano los principios de la especialidad y la publicidad, dando a la especialidad un contenido más amplio según veremos enseguida. El art. 2919 del Código vigente consagra el principio de la especialidad y concretamente el art. 2895 manda que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes "especialmente determinados"; El art. 3055, según la reforma de diciembre de 1951, al capítulo de registro público, en sus fracciones III y IV manda que se

(14) O. c., pág. 102 y Sigts.

determine especialmente el crédito garantizado. Por otra parte, el art. 2919 del código vigente corresponde y reforma el art. 1857 del C. C. de 1884, la reforma se refiere a la exigencia del registro, únicamente para que la hipoteca tenga efectos contra tercero. Es pues la especialidad uno de los requisitos que se exigen para que la hipoteca quede válidamente constituida. Como nos dice el Lic. Rojina Villegas, "En cuando a la hipoteca, conforme al principio moderno de la especialidad, ésta sólo puede constituirse válidamente sobre bienes individualmente determinados. No se acepta que el bien sea determinable en lo futuro, o que pueda llegar a determinarse a través de ciertos factores de tiempo o cantidad, como ocurre en las obligaciones de dar, v. g. cuando una persona se obliga a vender las mercancías necesarias para abastecer una tienda".¹⁵.

Como antes dijimos, el Código Civil vigente ha dado mayor extensión al principio de la especialidad, al exigirse una determinación más completa en cuanto al crédito, siguiendo para ello un concepto que nos parece muy acertado y que en los derechos modernos se toma en cuenta o se tiende hacia él; se quiere que en el sistema hipotecario quede bien definido, que en la hipoteca opera como base una unidad, ya sea la finca, o una individualidad mueble de tal manera que, aún cuando se hipotequen varias de esas individualidades cada una debe reportar un gravamen determinado, y al constituirse una hipoteca sobre varias, en la misma escritura se tiene la obligación de expresar, que parte del gravamen reporta cada una de las distintas individualidades; más aún, dice nuestro Código: "Cuando se hipotequen un predio que pueda ser fácilmente fraccionado, las partes de común acuerdo y en su defecto el juez deben fijar la parte del gravamen que cada nueva unidad deba reportar", hasta cierto punto esta innovación va contra el principio de la indivisibilidad, pero nuestra ley considera de mayor importancia el señalar exactamente la cuantía, del gravamen impuesto, que a cada finca o nueva unidad corresponde, por ser de gran provecho para los deudores que de esa manera, aún cuando no puedan liquidar el crédito total, tienen posibilidad de librar al menos alguna de las fincas gravadas, haciendo esto que con una fácil liberación la finca pueda ser vendida; y que los posibles compradores, aún cuando la finca no se les entregue li-

(15) O. c., pág. 13.

berada, tengan la certeza de que porción del gravamen pesa sobre ella, de otra forma, el acreedor podría hacer efectivo la totalidad del go, mucho más difícil la movilidad de tales bienes. Es sumamente crédito, contra cualquiera de las fincas hipotecadas, siendo desde luego interesante, en nuestra opinión, el que a cada bien que constituya una unidad independiente, se le fije proporcionalmente el crédito que asegura; Teniendo nuestra hipoteca como objeto, una individualidad o un conjunto de individualidades (bienes), resulta muy práctico que a cada individualidad, que se determinará de acuerdo con las reglas de la especialidad, se le fije concretamente el crédito que la grava con todos sus accesorios, es decir, fijar además del capital que la grava, los intereses que en el caso se puedan hacer efectivos sobre dicho bien.

A fin de tratar con cierta lógica el punto en cuestión, analizaremos primero, La especialidad en cuanto al crédito garantizado y en segundo lugar la especialidad en cuanto a los bienes gravados.

Especialidad en cuanto al crédito garantizado.—Hemos visto que este requisito para la constitución de la hipoteca, es hasta cierto punto reciente, nuestro derecho lo adopta desde el Código Civil de 1870, tiene su origen en el derecho germánico. Antes del código de 1870, vimos que se aceptaba la constitución de hipotecas generales (tácitas), que podían garantizar créditos indeterminados, también enunciamos los inconvenientes y desventajas que tales procedimientos acarreaban. Nuestro Código Civil vigente, en el capítulo relativo a la hipoteca, manda de manera general que se fije especialmente el crédito garantizado: "La hipoteca nunca es tácita ni general", por lo demás presupone más bien que reglamentar, la necesidad de que se especialice la obligación garantizada, con lo que eso implica, es decir, se debe enunciar: la causa, cuantía e intereses del crédito garantizado. Pero en las disposiciones relativas al registro público, encontramos que entre las enunciaciones que el código ordena se inscriban, está la de la necesidad de determinar el monto del crédito asegurado, así como la tasa de los intereses, etc. La frac. III del art. 3015 ordena que se debe inscribir: "El valor de los bienes o derechos a que se refieren las fracciones anteriores. Si el derecho no fuere de cantidad determinada, los interesados fijarán en el título la estimación que le den"; la frac. IV dispone que: "Tratándose de hipotecas, la época en que podrá exigirse el pago del capital garantizado, y si causare réditos, la tasa o el monto de éstos y la fecha desde

que deban correr"; Es pues necesario que se fije además del monto del crédito garantizado, la cuantía de los intereses pactados y la fecha desde que se cobrarán. Por otra parte, no solo se exige que se enuncie el monto del crédito, sino que de acuerdo con el art. 2912, y esto es una innovación del código vigente, cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, se debe determinar forzosamente la parte del gravamen que asegura cada una, y que cada finca puede ser liberada al pagarse la cantidad o parte del crédito que garantiza. Creemos que este es un adelanto de mucha importancia en cuanto a la especialidad del crédito garantizado, ya que viene a fijar exactamente, el monto por el que necesariamente responde la finca. Las fincas hipotecadas ya no responden como ordenaba el código anterior, por la totalidad de la deuda, sino que a cada finca se le debe fijar de manera especial la cantidad que la grava, pagándose la cual la finca quedará libre, aún cuando no se haya pagado las demás porciones del crédito garantizado. Por su parte, el art 2913, es una consecuencia del precepto anterior, al ordenar "Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Al efecto se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario; si no se consiguiera ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos". Es pues indispensable y forzoso que cada nueva finca individual reporte una parte determinada del gravamen, es decir, se exige que cada unidad (finca) responda sólo por un crédito determinado y que se fije el que le corresponda, ya sea por las partes o en su defecto por el juez.

Según la reforma del capítulo relativo al Registro Público, de diciembre de 1951, el art. 3055, dispone las enunciaciones que se deben inscribir en el registro; La frac. IV dispone que "Tratándose de hipotecas, la obligación garantizada; la época en que podrá exigirse su cumplimiento; el importe de ellas, o la cantidad máxima asegurada, cuando se trate de obligaciones de monto indeterminado; los réditos si se causaren y la fecha desde que deban correr". Esta fracción engloba las fracciones III y IV del art. 3015 derogado por el decreto de dic. de 1951.

Nuestro Código Civil, aun cuando permite el pacto de intereses en la hipoteca, y ordena que éstos se fijen tanto en la escritura constitutiva como en la inscripción, para que sean exigibles, ordena

en el art. 2915, que la hipoteca cuando devengue intereses, no los garantiza en perjuicio de terceros, sino por tres años, cuando no se haya fijado expresamente que los garantizará por más tiempo, pero con el requisito de que no exceda el tiempo para la prescripción de los intereses y que se haya tomado nota de tal convenio en el Registro Público. El art. 1162 señala como término de prescripción para las prestaciones periódicas, cinco años contados a partir del vencimiento de cada una de ellas.

En el caso de obligaciones futuras o sujetas a condición, aseguradas con hipoteca, nuestro Código dispone que se fije el monto máximo que se asegura, cuando la obligación no sea por cantidad determinada (art. 3055 frac. IV), por otra parte para determinar ese monto en el caso de los tutores, que deben otorgar garantía hipotecaria, el art. 528 señala las bases para indicar la cuantía de la hipoteca. Otra razón por la que es necesaria la determinación exacta del crédito garantizado, es por lo estipulado en el art. 2917, que al disponer la forma en que se debe constituir la hipoteca, manda que si el crédito garantizado excede de cinco mil pesos se debe otorgar la hipoteca en escritura pública, "cuando no excede esa cantidad —dice el art. citado— podrá otorgarse en escritura privada ante dos testigos de la cual se harán tantos ejemplares como sean las partes contratantes". Este art. fue reformado por el art. 45 de la ley del Notariado exigiéndose escritura Pública para los contratos que excedan de \$ 500.00

En esta forma, nuestro Código Civil exige una determinación precisa y exacta del crédito garantizado, debiéndose indicar la obligación garantizada, su importe, los réditos que cause si se han pactado, fecha de vencimiento, esta enunciación es de manera interesante para los terceros que puedan adquirir: bien la hipoteca, bien la cosa hipotecada; y para concretizar de manera más efectiva el gravamen se exige la fecha desde la cual se devenguen los intereses. De tal suerte, que con estas disposiciones se protegen plenamente los intereses de las partes, y por medio de la publicidad que complementa la especialidad, los terceros no se ven perjudicados fraudulentamente, contribuyendo todo esto al desarrollo del crédito territorial, tan necesario en los tiempos actuales.

Respecto de la necesidad de la especialidad nos dice Rojina Villegas: "El régimen de publicidad indispensable también de la hipoteca moderna descansa a su vez en el principio de determinación y

especialidad del gravamen, de tal manera que todo el sistema observado en cuanto al registro o inscripción de la hipoteca, así como en cuanto a los efectos para terceros, no podría llevarse a cabo si no existiera la determinación y especialidad de la hipoteca".¹⁶

Especialidad en cuanto a los bienes gravados.

Expresamente el art. 2895 del Código Civil, dispone que "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados", si bien exige la dterminación expresa de los bienes objeto de la hipoteca como nuestros códigos anteriores, a diferencia de ellos no circunscribe el objeto de la hipoteca a los bienes inmuebles, sino que, como hicimos notar, abarca con la designación "bienes" el objeto de la hipoteca, y como requisito exige que esos bienes se puedan designar especialmente, es decir, de manera cierta e indubitable, para poder indentificarlos individualmente; por tanto, además de los inmuebles y los derechos sobre los mismos, se pueden hipotecar los muebles, con tal de que se puedan identificar plenamente. Los bienes muebles que puedan ser objeto de registro, lo podrán ser de hipoteca.

Lo dispuesto por el art. anterior se complementa con lo estipulado en el capítulo de registro público, a fin de determinar especialmente el objeto gravado, se exige la determinación del inmueble de que se trate por medio de las enunciaciones, respecto a: su naturaleza, situación y linderos, y demás designaciones que sirven para identificarlo absolutamente. Tal cosa disponía el art. 3015, derogado por el decreto de diciembre de 1951. El artículo 3055 según la reforma indicada ordena: "Los asientos de inscripción deberán expresar las circunstancias siguientes: I.—La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción o a los cuales afecte el derecho que debe inscribirse; su medida superficial, nombre y número si constare en el título; así como las referencias al registro anterior y las catastrales que prevenga el reglamento". Todas las formalidades exigidas para el registro deben constar en la escritura porque como nos dice el Lic. Rojina Villegas, "Para que pueda hacerse constar en el registro esa serie de requisitos, es menester que consten en la escritura; de otra manera el Registrador no podría suplirlas y,

(16) O. c., pág. 115.

lógicamente, al ser requisitos del registro son también de la escritura". 17.

El peligro que entrañaba la afectación hipotecaria de los muebles que debido a su movilidad, podían ser ocultados en fraude de los acreedores, desaparece casi por completo, si se exige que en la constitución de hipoteca sobre muebles, se siga el principio de la especialidad y de la publicidad. En primer lugar por la especialidad sólo podrán hipotecarse los muebles que puedan ser objeto de registro, es decir, que de sus caracteres naturales puedan identificarse individualmente, tales bienes pueden ser: automóviles, máquinas, motores, etc., los que se pueden identificar por medio de tipo de modelo, serie a que corresponda y el número, y organizándose un registro de muebles de manera completa para que aquéllos puedan ser identificados, se puedan gravar y en tal caso se puedan inscribir en el registro público para evitar fraudes a los acreedores, y todos los perjuicios que traería consigo una hipoteca oculta.

Los arts. 3063 y 3064 del Código Civil vigente ordena la manera de llevar a cabo la inscripción de las operaciones sobre muebles.

El art. 3063 dispone: "que se inscriban en el registro de muebles: I "Los contratos de compraventa de bienes muebles sujetos a condición resolutoria a que se refiere la fracción II del artículo 2310". Esta fracción nos habla de la venta con cláusula resolutoria de muebles que se pueden identificar de manera indubitable, tales como automóviles, pianos, máquinas de coser, etc.

Según lo dispuesto por el Reglamento del Registro Público.

II.—"Los contratos de compraventa de bienes muebles por los cuales el vendedor se reserva la propiedad de los mismos a que se refiere el artículo 2312". El art. 2312, dispone que para que se pueda pactar la reserva de la propiedad por el vendedor, y el pacto tenga efectos contra tercero, se necesita que la venta recaiga sobre bienes que puedan identificarse de una manera indudable.

Creemos que, ya que el legislador ha admitido la hipoteca sobre muebles, el art. 3063, debería estipular que se inscribieran en el registro de muebles, las hipotecas que de acuerdo con las leyes recaigan sobre dichos bienes; siendo necesario que tales muebles puedan identificarse de manera indubitable, es decir, sólo se pueden hipotecar los muebles que pueden registrarse de acuerdo con lo que

(17) O. c., pág. 133.

ordena el Reglamento del Registro Público, con esto se llenaría completamente la exigencia de que el objeto de la hipoteca quedara especialmente determinado.

Por su parte el art. 3064 dispone en su fracción II, las enunciaciones que debe llenar el registro de muebles: "La naturaleza del mueble con las circunstancias o señales que sirven para identificarlo de manera indubitable".

CONCLUSIONES FINALES

- I.—Constatamos como de singular importancia, el desarrollo alcanzado por el principio de la especialidad respecto de inmuebles, ya que, consideramos que nuestro Sistema Hipotecario ofrece sobre el particular el máximo de garantías teóricamente previsibles.
- II.—Nuestro Código Civil vigente condiciona la constitución de la hipoteca sobre bienes muebles, a que éstos queden especialmente determinados, en consecuencia, todos los muebles susceptibles de identificarse en forma indubitable y que sean registrables, pueden ser objeto de una hipoteca.
- III.—Consideramos que nuestro Sistema Hipotecario, para ser congruente con el principio de la especialidad, debió consignar en el artículo 3063, una fracción que ordenara, que en el registro sobre muebles se inscribieran: “Las hipotecas sobre bienes muebles”.
- IV.—La inscripción de las hipotecas muebles, para llenar el requisito de la especialidad en el registro, debe contener las enunciaciones que el artículo 3064 exige para el registro de muebles.
- V.—Debe adicionarse la fracción III del artículo 3064, en el sentido de que deberá expresar: “El importe del crédito garantizado con hipoteca”.
- VI.—Lo dispuesto por el artículo 2912 del Código Civil vigente, no sólo se debe aplicar al caso de varias fincas hipotecadas, sino también a aquél en que se hipotequen varias individualidades, se trate de muebles o de derechos.

BIBLIOGRAFIA.

- BORJA SORIANO, Manuel. "La Hipoteca", Nos. 1, y 3 del T. IV de la Revista de Ciencias Sociales. Mex. 1926.
- CALVA Y SEGURA. "Instituciones de Derecho Civil", T. II México, 1875.
- COLIN Y CAPITAT. "Curso Elemental de Derecho Civil", T. V. Madrid, 1925.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. "Lecciones de Derecho Hipotecario". Barcelona, 1945.
- DORTA DUQUE, Manuel. "Curso de Legislación Hipotecaria". La Habana, 1938.
- ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. "Tratado de Derecho Civil" T. III vol. II, Trad. Pérez González y J. Alguer. Barcelona, 1937.
- GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo. "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", T. I.
- JOSSERAND, Louis. "Civil", T. II. Trad. S. Cunchillos y Manterola. Buenos Aires, 1951 (vol. II).
- MACHADO, J. O. "Código Civil Argentino", T. 8.
- MANRESA Y NAVARRO, José Ma. "Comentarios al Código Civil Español", T. XII. Madrid, 1907.
- MARTY, G. "Derecho Civil", Garantías Accesorias. Trad. Cajica. Puebla, 1952.
- MATEOS ALARCON, Manuel. "Estudios sobre el Código Civil del D. F. y Territorios. T. IV. México, 1893.
- MAYNZ, Charles. "Curs de Droit Romain". T. I.

- PANTOJA Y LLORET. "Ley Hipotecaria", T. I.
- PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Trad. J. Ferrández G. Ed. México, 1949.
- PLANIOL Y RIPERT. "Tratado Elemental de Derecho Civil", T. IV vol. VIII, de la Trad. Cajica. Puebla, 1948.
- ROJINA VILLEGAS, Rafaél. "Derecho Hipotecario Mexicano", Méx. 1945. "Derecho Civil Mexicano", T. III, Méx. 1949.
- SEGOVIA, L. "El Código Civil de la República Argentina" T. II. Buenos Aires, 1933.
- SILLER CEDILLO. "La hipoteca en el Código del D. y Territorios Federales". Tesis, México, 1948.
- SOHM, Rodolfo. "Instituciones del Derecho Privado Romano".
- VALVERDE. "Tratado de Derecho Civil Español", T. II. Valladolid, 1920.

I N D I C E .

INTRODUCCION

I.—ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA:

- a).—Derecho Romano
- b).—Derecho Alemán
- c).—Derecho Francés
- d).—Derecho Español
- e).—Derecho Mexicano

II.—LA HIPOTECA, DEFINICION Y CARACTERES:

- a).—Diversas definiciones de la Hipoteca
- b).—Caracteres sobresalientes de la Hipoteca

III.—LA ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA EN ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS:

- a).—En Alemania
- b).—En Australia
- c).—En Francia
- d).—En España
- e).—En Argentina

IV.—LA ESPECIALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO:

- a).—En los Códigos de 1870 y 1884.
- b).—En el Código vigente de 1928.

CONCLUSIONES FINALES

BIBLIOGRAFIA