



29
154

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA AUXILIAR EST
DE ABONOS PROFESIONALES

LA HIPOTECA DE BIENES MUEBLES
EN LA LEGISLACION CIVIL DEL
DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

Jaime Isidro Cruz Palma

México, D. F.

1989

TESIS CON
BALLA DE ORIGEN



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 está 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.

LA HIPOTECA DE BIENES MUEBLES EN LA LEGISLACION CIVIL
DEL DISTRITO FEDERAL.

I.- ANTECEDENTES DE LA GARANTIA HIPOTECARIA EN LA
LEGISLACION MEXICANA.

	Pág.
Código Civil de Oaxaca de 1827-1829.	1
Código Civil del Imperio Mexicano.	3
Código Civil de Veracruz de 1868.	6
Código Civil de 1870.	8
Código Civil de 1884.	13

II.- LA HIPOTECA EN LA LEGISLACION CIVIL VIGENTE
EN EL DISTRITO FEDERAL.

	Pág.
Definición.	19
Características.	22
Naturaleza.	29
Formas de constitución.	56

III.- EL CONTRATO DE HIPOTECA DE BIENES MUEBLES.

	Pág.
Requisitos de existencia.	73
Requisitos de validez y de eficacia.	75
Algunos casos de hipotecas civiles sobre bienes muebles.	85

IV.- LA HIPOTECA DE BIENES MUEBLES EN LA LEGISLACION ACTUAL.

	Pág.
Código Civil de 1928.	96
Códigos Civiles de las entidades federativas.	98
Breve referencia a hipotecas no civiles sobre bienes muebles.	104
C O N C L U S I O N E S.	112

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA GARANTIA HIPOTECARIA EN LA LEGISLACION MEXICANA.

1.- Código Civil de Oaxaca de 1827-1829.

Los libros primero y segundo del Código Civil de Oaxaca, promulgados el 2 de noviembre de 1827 y el 4 de septiembre de 1828, ostentan su articulado completo; pero. el libro tercero, promulgado el 14 de enero de 1829, tiene una reducida extensión de ocho capítulos, entre los que no existe referencia alguna a la hipoteca, a pesar de que en este libro se reglamentan los contratos.

Sobre las diferencias en cuanto al número de artículos entre el Código en estudio y el Código de Napoleón, presunta fuente de aquél, nos dice el maestro Raúl Ortiz Urquidi:

"...El título preliminar del oaxaqueño tiene 13, mientras que el título preliminar del francés sólo 6. Aquí, como se ve, son más los artículos de aquél que los de éste; pero no sucede lo mismo con las siguientes partes, pues en tanto que el libro primero del Código Napoleón consta de 509 preceptos (del 7 al 515) el libro primero del oaxaqueño consta sólo de 376 (del 14 al 389); mientras que el segundo libro del francés es de 195 artículos (del 516 al 710) el segundo libro del de Oaxaca es de 181 (del 390 al 570), y mientras que el tercer libro de aquél contiene 1163 artículos: del 711, hasta donde sirvió de modelo al

oaxaqueño, o sea hasta el 1873 con el que el francés concluye la reglamentación del contrato de sociedad -de compañía lo llama el Código de Oaxaca- éste solo consta de 845: del 571 al último de todo el Código, o sea el 1415..."

"... Cabe advertir que el Código de Napoleón tiene, aparte de los citados 1873 acabados de computar, 408 más, pues el ordenamiento concluye, todo él, y como es bien sabido, en el numeral 2281..."

"... En estos 408 preceptos los franceses reglamentan contratos tan importantes como los de préstamo -el de uso y el de consumo-, los aleatorios del juego y la apuesta, los de garantía como la fianza, prenda, anticresis e hipoteca, así como el depósito, el secuestro, el mandato y las transacciones..."¹

Igualmente, nos dice el autor en cita, que no pudo constatar la existencia de ningún decreto complementario de los legisladores oaxaqueños que haya subsanado dicha omisión y por tal motivo es válido concluir que el contrato de hipoteca, aunque conocido por quienes elaboraron el primer Código Civil de nuestra nación, quedó excluido de toda normatividad en este cuerpo de leyes.

¹ Ortiz Urquidí, Raúl. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. México, Ed. Porrúa, 1974. Págs. 20 y 21.

2.- Código Civil del Imperio Mexicano.

El Código Civil del Imperio Mexicano, expedido en 1866 por Maximiliano de Habsburgo, también quedó inconcluso con la única promulgación de los libros primero y segundo, relativos a las personas y a los bienes, respectivamente; pues, su efímera presencia en la vida nacional, fué insuficiente para la expedición del libro que seguramente habría regulado los contratos, entre ellos, el de hipoteca.

Sin embargo, es importante acotar que la anterior circunstancia no implica que la materia hipotecaria haya quedado excluida de los estudios de los legisladores de la época y prueba de ello son las observaciones que al respecto produce el Dr. Rodolfo Batiza al analizar lo que él denomina las fuentes originales no reveladas del Código Civil de 1870 y del Código de 1884 como su conducto.

"...Con apoyo en las pruebas disponibles, puede afirmarse que tal vez alrededor de las tres cuartas partes del Código de 1870 están representadas por el Código Civil del Imperio. Aunque sería muy aventurado tratar de precisar el número de artículos que integraban el Código del Imperio, del que sólo fueron publicados sus dos primeros libros. El licenciado Luis Méndez, Secretario de la Comisión Revisora del Proyecto Sierra, base de dicho código, en la carta

4

fecha el 16 de noviembre de 1874, que dirigió al licenciado Agustín Verdugo al hacerle entrega de los manuscritos que contenían los trabajos de la Comisión, describió los 18 cuadernos del proyecto de revisión íntegro en forma que puede resumirse en estos términos:

"...El primer cuaderno comprendía el Título Preliminar y el Libro Primero, o sea el tratado de las Personas; el segundo incluía los Bienes y la Propiedad en general; el tercer cuaderno se refería a toda la materia de sucesiones hereditarias. Los cuadernos restantes trataban desde el título IV hasta el XXIII ("De las Donaciones" hasta "De la Prescripción", en el Proyecto Sierra), es decir, el proyecto revisado completo..."²

Ahora bien, el Proyecto Sierra a que se refiere la transcripción anterior es el proyecto de Código Civil que elaboró Justo Sierra padre por encargo de Don Benito Juárez y el propio investigador que se cita nos menciona que hasta la fecha no se han podido encontrar en los archivos oficiales los dieciséis manuscritos inéditos de la comisión revisora de mérito, por lo que tampoco se ha podido determinar la diferencia existente entre el multicitado proyecto y la versión definitiva del Código Civil del Imperio Mexicano, de cuya existencia no hay duda alguna por múltiples referencias históricas.

² Batiza, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. México, Ed. Porrúa, 1979, Págs. 14 y 15.

En este orden de ideas, nos limitaremos a transcribir la definición legal que de la hipoteca nos proporciona el Proyecto Sierra en su artículo 1934, cuyo texto es altamente probable haya sido reproducido en alguno de los libros del Código Civil del Imperio Mexicano Mexicano que quedaron pendientes de promulgación:

"...La hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación..."

De lo antes expuesto, es posible concluir que los dos primeros códigos civiles de los que se tiene memoria en nuestro país, carecieron de referencia alguna al contrato de hipoteca, no por desconocimiento de dicha figura jurídica, sino como consecuencia de esfuerzos legislativos truncados por las constantes guerras civiles e invasiones que caracterizaron nuestras primeras décadas como nación independiente.

3.- Código Civil de Veracruz de 1868.

El presente Código fué expedido el 17 de diciembre de 1868 y ocupa nuestra atención por haber sido el primero de su tipo en México que fué promulgado completo, aunque su ámbito de validez se redujo al territorio del estado de Veracruz.

De esta manera, el título XX del Libro Tercero de dicho Código se denomina "De la Hipoteca" y en su capítulo I encontramos la primera definición legal del contrato de hipoteca que tuvo efectiva vigencia en nuestro país con posterioridad a nuestra independencia.

El artículo 2284 del Código en comento, nos dice lo siguiente:

"...Art. 2284.- La hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación..."

Desafortunadamente, el legislador veracruzano se abstuvo de incluir en el decreto de promulgación relativo a este Código una exposición de motivos que explicase sus razones para adoptar las definiciones legales en él comprendidas, aunque la coincidencia absoluta que existe entre las palabras utilizadas en el artículo antes transcrito y su correlativo

en el Proyecto Sierra, transcrito en el apartado que antecede, nos permite destacar que el esfuerzo del autor de este último no resultó del todo fallido, ya que la redacción de diversos artículos de dicho proyecto, como sucede con la definición de la hipoteca, fué incorporada a leyes vigentes en su época, siendo prueba de ello el caso a estudio.

Como dato importante para nuestra tesis, estimamos pertinente señalar que ninguna disposición del Código que nos ocupa hace referencia a la posibilidad de que puedan ser objetos del gravamen hipotecario los derechos reales constituidos sobre los bienes raíces, con lo que esta definición deviene en la más rigorista en su apego a la especialidad inmobiliaria de la hipoteca de las que se mencionan como antecedentes de la legislación vigente.

4.- Código Civil de 1870.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de fecha 13 de diciembre de 1870 está precedido por una amplia exposición de motivos que en su parte conducente con el título octavo, referente al contrato de hipoteca, nos dice lo siguiente:

"...El capítulo lo. trata de la hipoteca en general. Convencida la Comisión de que esta materia es, no sólo de alta importancia, sino de una importancia verdaderamente vital, procuró con más empeño su arreglo; examinó atentamente las disposiciones de los Códigos Modernos, y estudió con prolijidad la última ley española, que en verdad satisface sobre los principales puntos. Aplicando a nuestra sociedad los preceptos esenciales y modificando no pocos, llegó a formar este capítulo, que dista mucho de ser completo; pero que indudablemente introduce notables mejoras en nuestro sistema hipotecario. El artículo 1942 fija de un modo terminante la naturaleza de la hipoteca y remueve cualquier duda sobre la especie de bienes en que debe constituirse...."

De la anterior transcripción, se desprende que fué propósito expreso del legislador excluir a los bienes muebles del contrato de hipoteca, ya que no puede darse otra interpretación al comentario relativo al artículo 1942 del código a estudio que a la letra dice:

"...Art. 1942.- La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos o determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos..."

A mayor abundamiento, el propio Código en cita, nos define a la hipoteca de la siguiente manera:

"...Art. 1940.- 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..."

Ahora bien, reconocida por el legislador la circunstancia de que la ley española sirvió de modelo para la elaboración del título relativo al contrato de hipoteca, es menester indagar las razones por las que dicha legislación excluyó los bienes muebles del objeto de la hipoteca y al respecto el Dr. Rafael Rojina Villegas nos dice: "...Hemos dicho que en el derecho romano, la hipoteca se constituía tanto sobre bienes muebles, como respecto de inmuebles. En realidad, se presentó como una evolución de la prenda. En este proceso intervienen los siguientes elementos: a) El interdicto Salviano, que se concedió al arrendador sobre los elementos de labranza que llevaba el arrendatario al inmueble, entre tanto permanecían en éste. De esta suerte constituían una garantía para el pago de las rentas, sin

necesidad de desposeer al deudor; b) La actio Serviana, por medio de la cual se concedió al arrendador una acción persecutoria de los elementos de labranza introducidos en el predio por el arrendatario, cuando pasaban a manos de terceros, de tal manera que el interdicto Salviano concedido en un principio contra el deudor, tuvo una eficacia real, al ser oponible a terceros la acción persecutoria; c) La acción quasi-serviana, por virtud de la cual se extendió la citada acción real a la hipoteca, como forma de garantía por la cual, sin desposeer al deudor de los bienes y objetos afectos al cumplimiento de una obligación, se otorgaba al acreedor un derecho real, con acción persecutoria sobre los mismos. De esta suerte, la distinción entre la prenda y la hipoteca, según la definición romana: Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem. Es decir, hay prenda, propiamente, cuando pasa al acreedor, hipoteca cuando no pasa, ni aún la posesión..."

3

En lo que se refiere al Derecho Español, el mismo autor nos cita a José María González Ordóñez, transcribiendo un fragmento bastante ilustrativo de sus estudios al respecto: "...El derecho romano admitía que la hipoteca pudiera constituirse sobre bienes inmuebles y sobre bienes muebles, porque lo que especificaba la hipoteca, en aquel derecho, entre los derechos reales de garantía, era la permanencia en

3 Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, Volumen II, México, Ed. Porrúa, 1985, Pág. 438.

la posesión del hipotecante de la cosa que ofrecía en garantía al acreedor. Este criterio de derecho romano pasó a la legislación de Partidas. Pero aún bajo la vigencia de las Leyes de Partidas, la realidad de los negocios en la vida práctica sólo hacía uso de la hipoteca de bienes inmuebles, por la consideración práctica de que solo estos bienes, que no se pueden ocultar, pueden dejarse en poder del hipotecante, sin que ello ofrezca un peligro o riesgo para el acreedor. Ese uso de la vida real trascendió a la doctrina científica y se suscitaron algunas dudas acerca de si la hipoteca tenía o no carácter esencialmente inmobiliario, a diferencia de la prenda. El legislador de 1861 quitó acibar con estas dudas proclamando el carácter inmobiliario de la hipoteca..."⁴

Por lo anterior, resulta interesante transcribir las disposiciones de la Ley Hipotecaria Española que definen a la hipoteca y los límites de su especialidad:

"...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..."

"...Art. 106. Sólo podrán ser hipotecados:

4 González Ordóñez, José María. Apuntes de Derecho Hipotecario. Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, Pág. 358, citado por Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. Pág. 439.

...Primero. Los bienes inmuebles....

...Segundo. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles..."

Como podemos observar, el Código Civil de 1870, en sus artículos 1940 y 1942, está sustancialmente influido por las disposiciones españolas antes mencionadas y prueba de ello es la incorporación de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles como probables sujetos del gravamen hipotecario, en concordancia con el inciso segundo del artículo 106 de la Ley Hipotecaria antes citada, según el estudio comparativo del Dr. Rodolfo Batiza que se refiere a las disposiciones legales antes citadas. ⁵

Por otra parte, también es pertinente señalar que el Código que nos ocupa ya otorga al acreedor hipotecario los derechos de persecución y venta sobre el bien hipotecado, aunque éste pase a terceros, como una consecuencia lógica del carácter real del gravamen (artículo 1941); pero, resulta importante destacar que los artículos 1979 y 2016 de este ordenamiento establecen que la hipoteca sólo puede constituirse en escritura pública y no producirá efecto legal sino desde la fecha en que fuere debidamente registrada,

5 Batiza Rodolfo. Op. cit. Págs. 1168 y 1169.

contrariamente al Código vigente que otorga a dicha inscripción efectos meramente declarativos.

En resumen, el legislador del Código Civil de 1870, en su adhesión al modelo de la Ley Hipotecaria Española de la época, aunque contempla por primera vez la posibilidad de que los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles puedan ser sujetos del gravamen hipotecario, insiste en apearse a la posición doctrinal que excluye a los muebles del contrato de hipoteca, habida cuenta de la estipulación contenida en la fracción octava del artículo 782 del ordenamiento en cita que define como inmuebles a las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles.

Igualmente, es válido concluir que el criterio anterior se sustenta en las apreciaciones históricas de que los bienes muebles son objeto propio de la prenda e ineficaces como garantía en la hipoteca por su fácil ocultamiento, con lo que ésta se alejó de sus orígenes romanos.

5.- Código Civil de 1884.

Como es sabido, de las modificaciones efectuadas por la comisión redactora de este Código en relación con su antecesor, la única verdaderamente trascendente es la que se refiere a la abolición de la herencia forzosa y la proclamación de una manera franca y terminante de la libertad

de testar, según se desprende de los comentarios que al respecto encontramos en la introducción al estudio comparativo de las fuentes del Código Civil de 1928 que hemos citado en antecedentes, cuando señala que "...salvo algunas modificaciones (principalmente la libertad de testar), el Código de 1884 es una reproducción casi literal del Código de 1870..." 6

En este orden de ideas, no existen diferencias significativas, respecto del contrato de hipoteca, entre el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de fecha 31 de marzo de 1884 que empezó a regir el primero de junio del mismo año y su antecesor de fecha 13 de diciembre de 1870; pues, ambos Códigos regulan, en sus respectivos títulos octavos del libro tercero, la figura jurídica en cita, con las salvedades que se indican a continuación.

En primer término, en tanto que el título octavo del libro tercero del Código de 1870 regulaba la hipoteca en sus artículos 1940 al 2053, o sea un total de 114 artículos, su correlativo del Código de 1884 la regula en 105 artículos, comprendidos entre el 1823 y el 1927; pues, los supuestos previstos por los artículos 1966, 1967, 1969, 1973, 1999 y 2003 del primer ordenamiento no son contemplados en el nuevo código, mientras que los supuestos previstos por los

6 Batiza Rodolfo. Op. cit. Pág. 13.

artículos 1860, 1861, 1870, 1871, 1889 y 1890 son contemplados en el Código en estudio en el artículo 1845 por lo que se refiere a los dos primeros artículos en cita, 1849 por lo que se refiere a los dos siguientes y 1866 por lo que atañe a los dos últimos.

Ahora bien, los artículos 1866 y 1867 del Código de 1870 contemplaban la posibilidad de que la hipoteca se hiciese efectiva únicamente por algunos de los plazos del capital o de intereses y de que se transfiriese la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha; la cuál, con los intereses, podía deducirse del precio, salvo que el comprador no deseara la finca con dicha carga y depositara el importe insoluto con sus respectivos intereses para que fueran pagados al acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.

Por otra parte, el artículo 1869 del Código anterior declaraba nula la hipoteca constituida por el fallido dentro de los treinta días anteriores a la declaración de quiebra, en tanto que el artículo 1873 preveía la posibilidad de que se pudiese constituir ampliación de hipoteca sobre otros inmuebles propiedad del deudor para garantizar créditos caídos sobre el crédito hipotecario, cuando la finca hipotecada no perteneciera a éste.

Por último, el artículo 1999 del Código anterior declaraba que estaban obligados a constituir hipoteca, aunque no se les exigiera, los ascendientes por los bienes que administrasen de sus descendientes, los tutores respecto de los bienes de los menores e incapacitados a su cuidado y el marido por la dote, donaciones antenuptiales y bienes parafernales, en tanto que el artículo 2003 establecía que la hipoteca necesaria por razón de donaciones antenuptiales, sólo tendría lugar en el caso de que se hubieran ofrecido como aumento de la dote.

Sin embargo, el Código de 1884, en su artículo 2000, correlativo del 1875 de su antecesor, dejó expeditos los derechos de los beneficiarios de la hipotecas necesarias contempladas por los artículos 1999 y 2003 de este último para exigir el otorgamiento de las hipotecas correspondientes, con lo que el nuevo Código transformó en potestativas tales acciones.

Por lo demás, el Código de 1884 repite en sus artículos 696 y 697, correlativos de los marcados con los números 784 y 785 de su antecesor, las definiciones de que "...los bienes son muebles, o por su naturaleza o por determinación de la ley y son bienes muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior...", en tanto que define con precisión los bienes que para efectos de ese

Código son inmuebles, según relación inserta en su artículo 684, correlativo del 782 de su antecesor y del 750 del vigente.

Salvo las diferencias antes contempladas, ambos Códigos son coincidentes en la regulación de las normas básicas de la hipoteca, por lo que nos limitaremos a destacar que el legislador de 1884 persiste en limitar el objeto de la hipoteca a los bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

En resumen, podemos concluir que un elemento significativo del marco jurídico aplicable al contrato de hipoteca a partir de la vigencia de las leyes propiamente mexicanas, estriba en la restricción de su objeto a los bienes inmuebles, con notable excepción de los derechos reales constituidos sobre los mismos, aunque por definición legal éstos también pasaron a ser inmuebles, por determinación expresa del legislador que es visible desde la exposición de motivos del Código Civil de 1870, cuya intención fue tácitamente reiterada por el legislador de 1884 al reproducir fielmente la definición legal de dicho contrato en los artículos que hemos correlacionado en antecedentes, de los que es modelo cierto la legislación española contemporánea de tales ordenamientos, por así reconocerlo el propio legislador.

Esta característica es de particular relevancia para nuestra tesis, porque la tradición inmobiliaria del contrato de hipoteca en cuanto a su objeto en la legislación mexicana, posteriormente será modificada por el legislador de 1928 para hacerla extensiva a toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, conforme a lo que expondremos más adelante.

CAPITULO II

LA HIPOTECA EN LA LEGISLACION CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

1.- DEFINICION.

El Código Civil vigente, en su artículo 2893, define a la hipoteca de la siguiente manera:

"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".

En este orden de ideas, es claro que la definición legal vigente de la hipoteca se distingue de sus antecesoras por la aparición de dos nuevos elementos, consistentes en la utilización genérica de la palabra "bienes", sin distinción de tipo y la aclaración de que estos no se entregan al acreedor.

Igualmente, es de destacar que los Códigos anteriores definían a la hipoteca como un derecho real y el vigente utiliza la expresión "garantía real", por lo que la definición legal anterior es más clara por lo que se refiere a la terminología utilizada, aunque la precisión de la actual definición sobre la no desposesión del bien gravado,

establece una diferenciación más nitida respecto de la prenda.

Respecto del objeto en que recae la hipoteca, los Códigos anteriores lo señalan con claridad al rezar "bienes inmuebles o derechos reales", en tanto que el vigente únicamente menciona la palabra "bienes" en lugar de la expresión antigua, involucrando tácitamente, tanto a los bienes muebles, como a los inmuebles, según lo reconoce la doctrina.

En efecto, el Dr. Rafael Rojina Villegas nos dice "...En el Código vigente se introduce como innovación importante en cuanto a las características de la hipoteca, la posibilidad de que recaiga sobre bienes muebles o inmuebles; pero debe entenderse que la misma está limitada a la naturaleza registrable de los bienes o derechos objeto del gravamen, pues si no fuere así, la hipoteca no tendría sus características fundamentales como garantía real, consistentes en la oponibilidad del derecho a terceros a través de las acciones persecutoria, de venta y de preferencia en el pago..." 7

Igualmente, el Dr. Rafael de Pina nos dice a este respecto que "...Al contrario de lo dispuesto en el anterior, este Código admite la hipoteca sobre bienes muebles. La

7 Rojina Villegas Rafael. Op. cit. Pág. 414.

calidad de muebles o inmuebles es indiferente para que puedan ser objeto de esta garantía real..."⁸

Por otra parte, la naturaleza accesoria de la hipoteca se encuentra especificada en ambos sistemas; pues, los Códigos anteriores insertan en sus definiciones la expresión "para garantizar el cumplimiento de una obligación" y el Código actual, utiliza en su lugar la frase siguiente: "en caso de incumplimiento de la obligación garantizada".

Por último, los tres Códigos en estudio, mencionan el carácter preferente de la hipoteca, señalando los dos primeros la "preferencia en el pago" de la obligación correspondiente, en tanto que el vigente indica el derecho del acreedor a ser pagado con el valor de los bienes hipotecados, "en el grado de preferencia establecido por la ley".

Por lo anterior, la definición que nos ocupa queda resumida en los siguientes elementos integrales: 1o. La hipoteca es un derecho real; 2o. Constituido sobre bienes determinados; 3o. Que no implica desposesión para el dueño del bien gravado; 4o. Accesorio; 5o. Que concede derechos de preferencia al acreedor para ser pagado con el valor de los bienes gravados.

⁸ De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Cuarto. México, Ed. Porrúa, 1986, Pág. 279.

2.- CARACTERISTICAS.

1o. La hipoteca como derecho real.

Doctrinariamente se ha establecido que la esencia del derecho real está constituida por el gravamen que implica, produciendo un señorío jurídico que recae sobre la cosa, oponible a terceros, por encima de todo acto que pudiera menoscabarlo y el cuál, en última instancia, se traduce en la realización del valor de la cosa.

Las conclusiones anteriores se desprenden de la evolución que ha tenido el concepto clásico de derecho real que originalmente fué definido como "...La relación establecida entre una persona como sujeto activo y todas las demás como sujetos pasivos. Entre una persona y una cosa no puede existir relación de orden jurídico; sería un contrasentido. La relación directa no es sino un hecho, y tiene un nombre: es la posesión. Por definición, todo derecho es una relación entre personas..."⁹

tal es, la construcción gracias a la cuál el acreedor que es titular de un derecho real puede obtener por sí mismo de la cosa pignorada la cantidad de dinero que le

⁹ Planiol M. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tomo I. París, 1912, Pág. 758, citado por Eugène Gaudemet. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Ed. Porrúa, 1984, Pág. 13.

corresponde, sin necesidad de interferencia o pretensión contra el que sea propietario o poseedor actual de ésta; pues, "...los derechos reales son aquellos que, creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuya potestad se encuentra sometida, de modo más o menos completo, imponen por ello mismo a todo el mundo la obligación de no molestar a su titular. Esta obligación negativa, que el derecho real impone a todos respecto de su titular, acarrea dos consecuencias que son los atributos necesarios, los signos distintivos del propio derecho: el derecho de preferencia y el derecho de persecución..." 10

Para nuestro estudio, la esencia del referido concepto, no es más que el señorío del acreedor hipotecario sobre la cosa al destacar que la hipoteca, en caso de incumplimiento de la obligación que garantiza, da derecho al acreedor para ser pagado con el valor de los bienes, lo que implica que es posible la realización del valor de la cosa, sin que sea menester la intervención del propietario o del poseedor de ésta; pues, se dirige la satisfacción de tal derecho contra el objeto, sin mención de cualquier persona que pudiera estar ejercitando sobre la cosa hipotecada algún acto de dominio.

Por ello, aunque los bienes hipotecados pasen a terceras manos, continúan afectos al gravamen, es decir, sujetos al cumplimiento de la obligación.

10 Gaudemet Eugène. Op. cit. Pág. 20.

2o. La hipoteca recae sobre bienes determinados.

Conforme a la corriente seguida por el derecho patrio hasta la promulgación del Código actual, el criterio más arraigado respecto del objeto de la hipoteca era el de que sólo los bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos podían integrar la esfera total objetiva de la hipoteca, hasta que la propia definición de hipoteca que nos brinda el Código vigente cambió tal apreciación, considerando a los bienes en general como objetos susceptibles de hipoteca.

Como ya señalamos, el Código de 1870 al referirse al objeto de la hipoteca, en su artículo 1940, nos dice que es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles y derechos reales, para abundar en su artículo 1942 con el señalamiento de que "...sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos..."

El Código de 1884 copia en sus artículos 1023 y 1825 las palabras usadas por su antecesor en las citadas normas.

El Código vigente, en sus artículos 2893 y 2895, rompe en general con la concepción inmobiliaria de sus precedentes respecto del objeto de la hipoteca y nos dice:

"...Artículo 2893.- La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor..."; mientras que el segundo expresa:

"...Artículo 2895.- La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente designados..."

Al leer las citadas disposiciones se ve claramente la nueva orientación que el legislador de 1928 ha impuesto para la materia hipotecaria, pues si con anterioridad al ordenamiento comentado, sólo los bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos eran los únicos viables para integrar el objeto de la hipoteca, éste ya en nada se refiere a una apreciación de tal exclusividad, considerando por ello, con independencia de las limitaciones registrales que en su oportunidad analizaremos, tanto a los muebles como a los inmuebles, susceptibles de ser hipotecados.

3o. La hipoteca no implica desposesión para el dueño del bien gravado.

Este elemento distintivo de la hipoteca, conforme a la actual legislación, es determinante para establecer una diferencia básica con la prenda; pues, al excluir los Códigos anteriores a los bienes muebles del objeto de la hipoteca, se estableció la tradición de constituir hipoteca en lugar de

prenda por la naturaleza del bien gravado, inmueble para la primera y mueble para esta última.

Ahora bien, el Código actual contempla la posibilidad de que exista prenda sin entrega de los bienes que la integran, por lo que ésta se distingue de la hipoteca de bienes muebles, por la sola circunstancia de que en esta última no es menester la entrega real o jurídica de la cosa gravada (Arts. 2858 y 2893).

4o. La hipoteca como derecho accesorio.

Como principio general se establece que toda garantía es siempre accesorio y la hipoteca no se salva de tal principio, ya que si bien es cierto que concede facultades al acreedor aún antes del vencimiento de la deuda, no menos cierto es que se extingue cuando la obligación garantizada deja de existir.

Por ser la hipoteca un derecho accesorio del crédito que garantiza, las modalidades a que esté sujeto este último se reflejarán en la forma constitutiva de aquella. De tal manera que si el crédito es puro y simple, tendrá las mismas características la garantía; si por el contrario, está sujeto a un plazo o a una condición, la eficacia de la hipoteca existirá desde que se actualice una u otra modalidad

y si se anula o rescinde la relación principal, la hipoteca correrá igual suerte.

Ahora bien, el carácter accesorio en estudio de la hipoteca, no implica la imposibilidad de separación de ésta con relación a la obligación que garantiza, cuando los sujetos que normalmente deberían ser los mismos en ambas relaciones jurídicas, principal y accesoria, se diversifican por cualquier modo, al grado de que la primera llega a tener sujetos distintos y diversos a los protagonistas de la obligación que se ha asegurado por medio de ella.

Tal supuesto se presenta cuando al constituir hipoteca un tercero, ajeno como es a la relación personal, lo hace para garantizar la deuda del obligado directo; o bien cuando el deudor personal o hipotecario son la misma persona y enajena el bien gravado, sustituyendo en virtud de ello, su situación como garante real con la del tercero adquirente que se ve de esta manera obligado a pagar la hipoteca, si no desea el remate de su bien.

5o. La hipoteca concede derechos de preferencia al acreedor para ser pagado con el valor de los bienes gravados.

Esta característica no es sino una consecuencia lógica del carácter real del derecho hipotecario.

En este orden de ideas, la propia doctrina establece que el vínculo de derecho existente entre el acreedor y el deudor, desde el momento en que se cumplen las formalidades necesarias para lograr su plena validez, presenta un carácter especialísimo que genera el derecho de preferencia -jus preferendi-, en virtud del cual el acreedor es preferido a cualquier otro en el pago de lo debido, así como también otorga un derecho de persecución -jus perseguendi-, por el cual el acreedor tiene el derecho de perseguir el bien en poder de quien se encuentre.

Estos dos atributos que caracterizan a todo derecho real, se presentan en la hipoteca para darle efectividad y constituir su punto de apoyo como derecho real de garantía, complementados con el derecho de venta, el cual confiere al acreedor, en definitiva y como corolario de la ejecución, un derecho sobre el precio del bien mediante la subasta judicial, conforme a señalamientos doctrinales que transcribimos en el siguiente párrafo por su notable claridad.

"...El derecho de preferencia veda toda concurrencia con el titular del derecho real que lo ejercita. Si varios derechos reales pesan sobre la misma cosa, en principio, el orden cronológico de su constitución determina la graduación de los diversos titulares. Los ejercen unos después de otros, pero cada uno el suyo, con exclusión de los demás. Una vez

constituido el derecho real, si la cosa sale del patrimonio del constituyente; el titular podrá ejercitar su derecho contra un tercer adquirente, aunque no haya tratado con él; podrá perseguir la cosa. Si no hubiese un derecho real, tendría que demandar una indemnización al constituyente, pero perdería la cosa. He ahí otra consecuencia de la obligación negativa..." 11

3.- NATURALEZA.

A) REQUISITOS DE FONDO.

Tres requisitos de fondo se requieren para la validez de la hipoteca, a saber: 1o. Que el constituyente de la hipoteca sea propietario de los bienes o titular de los derechos que vaya a hipotecar; 2o. Que tenga la capacidad necesaria para hipotecar y 3o. Que la hipoteca sea especial.

Primer requisito.- Ser propietario de la cosa hipotecada es un requisito estimado como indispensable por la totalidad de las legislaciones que en México se han ocupado de la hipoteca.

Este principio se refleja en el artículo 2986 del Código Civil que establece que "...Sólo puede hipotecar el que puede

11 Gaudemet Eugène. Op. cit. Pág. 20.

enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados..."; pues, la facultad de enajenar es atributo exclusivo del derecho de propiedad.

A este respecto es interesante mencionar que en el caso de copropiedad, el artículo 2902 del código en cita, establece que el predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios, aunque más adelante señala que el copropietario puede hipotecar su porción indivisa.

Sobre el aspecto anterior, se han pronunciado los siguientes comentarios: "...Cuando la propiedad pertenezca a dos o más conductores es claro que se requiera el consentimiento de todos para gravar en su totalidad el inmueble. Esto no impide que pueda gravarse la parte proporcional que al deudor corresponda en la propiedad indivisa del bien común, lo que desde luego constituye una forma de hipoteca futura porque se constituye sobre la parte que le corresponde al copropietario, al practicarse la división de la cosa común. En el código anterior no se permitía esta especie de hipoteca por la posible defraudación o menoscabo de los derechos del acreedor. El Código vigente suprime esta posibilidad estableciendo expresamente el derecho del acreedor para intervenir en la división..."¹²

¹² Galindo Garfias, Ignacio y otros. Código Civil Comentado para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Tomo V, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1988, Pág. 416.

Igualmente, es importante referirnos a los casos de propiedad condicional por estar sujeta a condición suspensiva o resolutoria.

En el primer caso, no se tendrá la propiedad del bien sino hasta el momento en que el acontecimiento futuro e incierto que lleva inhibida la condición se realice y es hasta entonces cuando la hipoteca puede constituirse válidamente.

La propiedad sujeta a condición resolutoria implica que el adquirente goza de la propiedad de la cosa mientras el acontecimiento que implica la condición no se realice y que, por el contrario, el enajenante no puede ser propietario de ese mismo bien sino a partir del momento en que el adquirente haya dejado de serlo.

Así la situación, el enajenante del inmueble o sus sucesores, hasta en tanto no se cumpla la condición resolutoria, no pueden hipotecar la cosa puesto que carecen del derecho de propiedad sobre ella.

En lo que respecta al adquirente, como él goza de la propiedad de la cosa y hasta en tanto no se cumpla la condición, puede decirse que está en aptitud de hipotecarla, aunque como su dominio está sujeto a revocación, la hipoteca

seguirá igual suerte; pues, "...se aplica la regla general del artículo 1853 del Código anterior: "Nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones a que esté sujeto su derecho de propiedad"; este artículo ya no es reproducido por el Código vigente, pero por su contenido lógico subsiste, lo acepta la doctrina y es de aplicación estricta: si el dominio es revocable, la hipoteca está sujeta a revocación..." 13

De cualquier manera, el artículo 2905 del Código vigente impone al propietario, cuyo derecho sea condicional o de cualquier manera limitado, la obligación de declarar en el contrato en que se constituya la hipoteca, la naturaleza de su propiedad, si la conoce, con el fin de que el acreedor pueda invocar el engaño de que hubiera sido objeto por la ocultación de tales limitaciones, sin perjuicio de que en el Registro Público podría percatarse de éstas con anterioridad a la celebración del contrato.

Normalmente es el deudor quien constituye la hipoteca para garantizar el crédito que en su contra tiene el acreedor; pero, nada impide que la seguridad sea otorgada por un tercero, constituyendo la hipoteca sobre un bien de su pertenencia, conforme previene el artículo 2904 del Código Civil.

13 Rojas Villegas, Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, Pág 520.

El gravamen hipotecario que así constituye el tercero se rige por los mismos principios que los establecidos por el deudor. Sin embargo, tenemos una diferencia esencial en cuanto a las consecuencias para el caso de incumplimiento, porque el tercero sólo responde real y no personalmente para con el acreedor hipotecario, por lo que únicamente responde del crédito con el bien hipotecado y si la garantía es insuficiente para cubrirlo, el acreedor no tendrá ni gozará de facultades para ir en contra de los demás bienes pertenecientes al tercero.

Esta responsabilidad del tercero, limitada tan sólo por el valor de la cosa gravada, ha quedado establecida en el mismo acto constitutivo de la hipoteca, por lo que el acreedor no puede sacar mejor derecho del que a su favor se ha aceptado y establecido. Mas no por ser el tercero un obligado real, hemos de desvincular su obligación de la causa que le ha dado origen: el crédito existente en contra del deudor y como la hipoteca tiene el carácter de accesoriedad, tan pronto y como se anule por cualquier medio la obligación principal, la hipoteca seguirá igual suerte y el tercero se verá liberado en su bien de la carga que ha constituido.

Segundo requisito.— La capacidad necesaria del constituyente para hipotecar es una derivación lógica del principio de que sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar, ya que sólo aquéllos que tengan facultad para

disponer de sus bienes o la autorización necesaria para llevar a cabo actos de dominio están legitimados para ello.

El fundamento de tal disposición reside en que la hipoteca, por ser un derecho real, crea una acción que el acreedor hará valer en el patrimonio del constituyente e impondrá la eventualidad de la realización de la garantía para satisfacer el crédito, por lo que la aptitud suficiente para conferir un derecho de venta debe de existir desde el instante en que se constituye la garantía hipotecaria.

Para hipotecar no es pues suficiente la capacidad para obligarse, es necesario contar con la capacidad para enajenar tal y como formalmente lo exige la ley, ya que la hipoteca supone en última instancia una enajenación para el caso probable de que no se cumpla la obligación principal.

De todo lo dicho se concluye que no tienen capacidad para hipotecar, en términos generales, quienes no la tienen para contratar, enajenar o administrar libremente sus bienes. He aquí algunos casos:

a) **MENORES.**— La menor edad es una restricción a la personalidad jurídica (Art. 23) que trae como consecuencia que el sujeto no tenga la facultad de disponer libremente de su persona y sus bienes y por ello, si el menor de edad

carece de la facultad de ejercicio necesaria para disponer de su patrimonio, tampoco podrá válidamente hipotecar.

En este caso, quienes representan al menor, ya sean los que ejerzan la patria potestad o los tutores, podrán suplir esta capacidad, ejercitando los derechos, con ciertas restricciones; pues, es menester que concurran las siguientes circunstancias: primero, que haya una causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y, segundo, que se dé una autorización previa por el juez competente (Art. 436).

Para el caso de que el menor sea copropietario de un bien, además de lo establecido para la hipoteca de propiedad, se requiere que se manden justipreciar los bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o si, por el contrario, es conveniente la hipoteca (Art. 564).

El menor emancipado, pese a que tiene la libre administración de sus bienes, requiere de la autorización judicial para hipotecar válidamente sus bienes raíces (Art. 643 frac. I).

Por lo antes expuesto, la hipoteca que constituye un incapaz está viciada de nulidad relativa, ya que el artículo

1795 fracción 1, establece que el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas y esta nulidad es relativa, porque sólo puede alegarse por el incapaz (Art. 2230); asimismo, el contrato puede ser confirmado cuando cese la incapacidad (Art. 2233); su cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o cualquier otro modo se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad (Art. 2234) y de la misma manera, la acción de nulidad es prescindible (Art.2236).

b) DEMENTES.- Teniendo el demente, al igual que el menor, incapacidad general para contratar o para disponer libremente de sus bienes y su persona, se ve en la imposibilidad de realizar por sí mismo todo acto constitutivo de hipoteca que grave su patrimonio y entonces, lo mismo que en el caso anterior, es el tutor con las mismas condiciones establecidas para el menor, quien está facultado para concertar la hipoteca.

La hipoteca constituida por un demente es inexistente, ya que dada su condición psicofisiológica, no puede exteriorizar racionalmente su voluntad y al faltar ésta, no puede formarse el consentimiento que, como es sabido, es un requisito indispensable para la existencia de todo acto jurídico (Art. 2224).

c) SORDOMUDOS.- Sólo si no saben leer ni escribir, estarán impedidos para hipotecar sus bienes y en tal caso habría necesidad de que el acto se realizara por medio de sus representantes y en las condiciones ya establecidas para los tutores.

d) EBRIOS Y TOXICOMANUS.- Cuando los primeros son consuetudinarios y los segundos hacen uso inmoderado de las drogas enervantes, previa tramitación del juicio de interdicción que los sujete a tutela, de ninguna manera podrán contratar válidamente una hipoteca y sus representantes serán los encargados de llevar a cabo tal acuerdo con las mismas condiciones ya establecidas para casos similares (Arts. 450 fracción IV y 462).

e) EXTRANJEROS.- El artículo 27 de la Constitución Política Mexicana es muy claro en cuanto a que los extranjeros están incapacitados para adquirir bienes raíces o derechos reales sobre los mismos dentro de las zonas de restricción indicadas por dicho ordenamiento, en tanto que fuera de éstas, se requiere permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Sin embargo, al respecto es interesante citar el tratamiento especial que la Suprema Corte de Justicia ha establecido como aplicable para los extranjeros que tienen el carácter de inmigrados en ejecutoria aislada que es posible

consultar en las pagina 665 de la Ultima Compilación de Precedentes de la Tercera Sala que no han integrado Jurisprudencia del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte (1969-1986), cuyo texto es el siguiente:

HIPOTECA, CONTRATO DE, CELEBRADO POR INMIGRADOS.- Es cierto que el artículo 71 de la Ley General de Población previene que los extranjeros sólo podrán adquirir bienes raíces, acciones o derechos reales sobre los mismos, previo permiso de la Secretaría de Gobernación; sin embargo, no debe tomarse dicho precepto en forma aislada, sino en relación con los demás que se refieren al mismo punto. Así, el artículo 14 fracción IV del Reglamento de la Ley de Población previene que los inmigrados podrán adquirir bienes raíces, acciones y derechos reales sobre los mismos con sólo ajustarse a lo que se disponga de acuerdo con lo previsto por la fracción I del artículo 67 del propio Reglamento. La fracción I del artículo 67 del citado Reglamento, establece que la Secretaría de Gobernación tiene la facultad de imponer limitaciones a las actividades de los inmigrados, ya sea en el mismo oficio en el que se les otorgue esta calidad o en cualquier tiempo posterior, pudiendo también hacerlo mediante acuerdos de carácter general. Y si en un caso no hay prueba en autos de que la Secretaría de Gobernación le hubiera impuesto al acreedor hipotecario, con calidad de inmigrado, alguna limitación para adquirir derechos reales sobre inmuebles, sino que, por el contrario, expresamente manifestó dicha

Secretaría que éste no requería previa autorización para celebrar el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria cuya nulidad se demanda, debe concluirse que dicho contrato es válido, pues el artículo 71 de la Ley General de Población, en relación con los demás preceptos de la misma ley, no establecen la incapacidad del extranjero para celebrarlo, debiendo advertirse que si se tratase de la adquisición de bienes raíces a que se refieren dichos preceptos, entonces si se requerirá permiso tanto de la Secretaría de Gobernación, como de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en los términos de la fracción I del artículo 27 Constitucional.

Amparo Directo 4160/71. Juana Sánchez de Guevedo y coags. 30 de noviembre de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Séptima Época: Vol. 47, Cuarta Parte, Pág. 43.

Por otra parte, en relación con la capacidad para hipotecar, debemos mencionar los casos especiales de las hipotecas constituidas por mandatarios, donatarios, propietarios aparentes, herederos aparentes o propietarios cuyo título es declarado nulo.

Hipoteca constituida por mandatario.- Es requisito indispensable para que el mandatario pueda hipotecar los bienes del mandante que éste le haya dado facultades para ejercer actos de dominio sobre dichos bienes (Art. 2554, tercer párrafo).

La extralimitación de poderes por el mandatario para constituir una hipoteca, acarrea un vicio en el acto que implica su nulidad relativa, ya que el mandante puede, en términos del artículo 2565, ratificar las operaciones hechas por el mandatario con violación o con exceso del encargo recibido.

"... Es decir, en los casos en que el mandatario haya traspasado los límites del mandato, éste sea nulo o haya sido revocado, no se crean relaciones entre el mandante y los terceros, pero el mandante puede ratificar lo que hizo el mandatario traspasando el mandato, cuando éste le había sido revocado, o cuando es nulo; se trata pues, de una nulidad relativa y queda a voluntad del mandante cumplir, y por consiguiente, ratificar tácitamente las obligaciones contraídas por el mandatario..." 14

Igualmente, por aplicación misma de las normas que rigen el mandato, el mandatario estará obligado a rendir cuentas de las sumas recibidas con motivo de un crédito hipotecario satisfecho en favor del mandante (Arts. 2569 y 2570).

Hipoteca constituida por el donatario.- Mientras la donación subsista y el donatario haya constituido hipoteca

14 Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, Pág. 73.

sobre los bienes en que versa, no existe ningún problema, ya que éste surgirá en el momento en que por justa causa el donante revoque el contrato de donación y los bienes reviertan en todo o en parte a su propiedad; pues, el artículo 2363 establece que la hipoteca subsistirá sobre los bienes donados, aunque el donante tendrá el derecho de exigir que aquél la redima.

Sobre lo anterior, se ha dicho que "...Si bien ciertas donaciones son irrevocables, existen otras que pueden ser revocadas (aa. 228, 230, 2359). Se reputa condicional la donación otorgada por una persona sin hijos (a.2359) que no se encuentra en los casos de excepción que señala el artículo 2361 (Manresa y Navarro, José María, Comentarios al código civil español, Madrid, Reus, 1972, t. V, p. 245) como también lo son las donaciones esponsalias (antenuptiales) a las que se refiere el a. 230 pero ahora por haber desaparecido la causa que les dio origen (el próximo matrimonio del donatario) y no por supervenencia de hijos (a.234)..." 15

Hipoteca constituida por el propietario aparente.— Quien de acuerdo con las condiciones exigidas por la ley (escritura pública, tradición, inscripción en el Registro), haya adquirido el dominio de un inmueble, pese a que en el fondo no sea verdaderamente propietario, por existir un acto simulado; al gozar de la plenitud de los derechos que le

15 Galindo Garfias, Ignacio y otros. Op. cit., Tomo V, Pág. 80.

corresponden al realmente propietario y siendo tal con relación a terceros, las hipotecas por él constituidas tendrán una completa validez.

De la misma manera, si el enajenante es el que tiene la apariencia de verdadero propietario, por existir aún a su nombre la propiedad del inmueble en el Registro Público, después de hecha la enajenación, la hipoteca que él constituya tendrá la misma eficacia que en el caso anterior, ya que en ambos supuestos, hay necesidad de proteger a los terceros de buena fe que han contratado con quien se presume es el verdadero propietario del inmueble sobre el cuál se ha constituido el gravamen, presunción acorde con la publicidad que encierra la materia del Registro Público.

Así pues, si en el primer caso se transfirió la propiedad del inmueble a determinada persona y aparece registrada dicha operación en el Registro Público, aunque la transferencia sea un acto simulado, a los terceros no les perjudica, ya que esa simulación no es pública, ni conocida de ellos. Igualmente, en el segundo supuesto, pose a que la propiedad del bien se transfirió a otra persona, el enajenante, conforme al Registro, es aún el propietario, ya que el inmueble se encuentra registrado bajo su nombre y por tal motivo la hipoteca subsistirá.

Al respecto los artículos 3007 y 3042 del Código Civil nos dicen, en el segundo caso, que: "...Se inscribirán en el Registro: I.- Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles..."; mientras que, el primer ordenamiento en comento, señala que: "...Los documentos que conforme a este código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero."

Así pues, si por cualquier causa una persona aparece en el Registro como propietaria de un inmueble, pese a que no lo sea, la hipoteca que constituya será válida y eficaz, sin perjuicio de la acción penal que compete al ofendido por la comisión de tal fraude.

Para evitar en lo posible el fraude anterior, el Código vigente ha instituido la anotación preventiva a que se refiere el artículo 3016, aunque ésta sólo puede efectuarse en el caso de bienes raíces, no así muebles.

Ahora bien, en atención a que las anteriores conclusiones entran en aparente contradicción con el principio de que las anotaciones en el Registro Público de la Propiedad son declarativas y no constitutivas de derechos, estimamos conveniente transcribir los comentarios producidos al respecto por el Lic. Bernardo Pérez Fernández del

Castillo: "...Se llama tercero registral, a la persona que inscribe un derecho real adquirido de buena fe y a título oneroso si ese derecho fue adquirido del que aparecía como su titular en el RPP. Una vez inscrito su derecho es oponible y preferente a cualesquiera otro titular con derecho anterior no inscrito. Se distingue al tercero registral del tercero negocial. Este último es aquél que no ha sido parte ni causahabiente de un contrato, siguiendo el principio res inter alios acta. Las características del tercero registral son: 1) Que haya inscrito un derecho; 2) Que este derecho lo haya adquirido de quien aparece como titular legítimo de acuerdo con los datos que ofrece la publicidad del RPP; 3) Que sea de buena fe, esto es, que no haya conocido los vicios en las anotaciones y asientos del Registro si las hay; 4) Que haya adquirido su derecho a título oneroso. En caso de conflicto de derechos entre un adquirente a título oneroso y uno a título gratuito, se le da preferencia al primero..."

"...La SCJN, en jurisprudencia ha decidido:

"...REGISTRO PUBLICO. TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE.

Es cierto que los derechos del tercero que adquiere con la garantía del Registro, prevalecen sobre los derechos de la persona que obtiene la nulidad del título del enajenante porque la legitimidad de tal adquisición ya no emana del título anulado sino de la fe pública registral y de la estricta observancia del tracto continuo o sucesivo de las

adquisiciones y enajenaciones no interrumpidas, que se traduce en una absoluta concordancia de los asientos que figuran en el Registro Público de la Propiedad. También es verdad que las constancias de la nulidad del acto o contrato cesan donde aparece inscrito un tercero adquirente de buena fe del inmueble objeto del acto anulado; pero los compradores no pueden conceptuarse como terceros de buena fe, si no ignoraron el vicio de origen del título de su enajenante, que también le es oponible; además, no basta que el adquirente se cerciore de que el inmueble está inscrito a nombre de su vendedor, sino que es necesario que examine todos los antecedentes registrados, pues si no existe continuidad en los títulos de las personas que aparecen en el Registro, no puede precaverse de una ulterior reclamación. SCJ, Apéndice 1917-1985, Tesis de ejecutorias, cuarta parte, Tercera Sala, p. 732..." 16

Hipoteca constituida por el heredero aparente.- Esta situación se presenta cuando un heredero entra en posesión de la herencia y con posterioridad pierde la misma, ya sea por una declaración de incapacidad, por nulidad o caducidad del testamento, habiendo previamente hipotecado los bienes del haber hereditario, en cuyo supuesto, nuevamente se sigue la regla que protege a los terceros de buena fe, por lo que no le podrá parar perjuicio a los acreedores hipotecarios todo acto que desvirtúa la calidad de heredero del constituyente

16 Galindo Garfias, Ignacio y otros. Op. cit., Tomo V, Págs. 480 y 481.

del gravamen, en términos de lo establecido por el artículo 1343, con la salvedad de que el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios.

La Lic. Ingrid Brena Sesma, nos comenta al respecto que "...La incapacidad declarada surte efectos retroactivos; el heredero aparente e incapaz, debe devolver los bienes que ha recibido por herencia. Sin embargo, en protección de los terceros de buena fe, no se acepta la nulidad de todos los contratos, enajenaciones o gravámenes llevados a cabo, siempre y cuando se trate de actos a título oneroso. En este caso, el heredero capaz no podrá proceder en contra de tercero adquirente y sólo tendrá acción personal de indemnización en contra del heredero aparente..." 17

Hipoteca constituida por el propietario cuyo título es declarado nulo.- Como en los casos anteriores, prevalece la regla de protección para los terceros de buena fe, según lo dispone el artículo 3009 al establecer que "...El registro protege los derechos adquiridos por terceros de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley."

17 Galindo Garfias, Ignacio y otros. Op. cit., Tomo III, Pág. 38.

El ordenamiento en cita, involucra varios casos de nulidad de la hipoteca, que pasamos a distinguir: 1o. Cuando la causa de nulidad resulta del mismo registro, y siendo ella ostensible, el acreedor hipotecario debe conocerla, presumiéndose que si acepta la hipoteca constituida a su favor, ya no obra como un tercero de buena fe y por tal motivo da lugar a la anulación del gravamen; 2o. En los contratos ilícitos, la regla de no proteger al acreedor hipotecario por presumirse su mala fe, es de obvio fundamento y trae como consecuencia la nulidad de la hipoteca ilícita; 3o. Por último, en los contratos gratuitos, no se protege al acreedor hipotecario de buena fe, por estimarse que no habiéndose desprendido el tercero de nada para celebrar el contrato de hipoteca, su anulación no debe lesionarle, por mayoría de razón.

Tercer requisito.- La especialidad de la hipoteca es un tema en el que ya abundamos al referirnos a las características de la hipoteca en la legislación mexicana, por lo que solo complementaremos lo ya anotado con el señalamiento de que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados (Art. 2895) y aunque nada se dice expresamente en cuanto al crédito, es claro que éste también debe ser una suma de dinero cierta y determinada.

B) REQUISITOS DE FORMA.

Una vez detalladas los requisitos de fondo: propiedad de la cosa hipotecada, capacidad para hipotecar y especialidad en la hipoteca, resulta pertinente pasar al análisis de los requisitos de forma, o sea, la formalidad de la hipoteca.

Los requisitos de forma para la validez de la hipoteca pueden resumirse en la necesidad de que ésta conste en escritura pública o privada, según su cuantía.

La escritura pública en la constitución de la hipoteca es solamente de rigor cuando el crédito hipotecario excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo diario vigente en el lugar de su otorgamiento (Arts. 2317 y 2917); pues, si no excede de esa cantidad, podrá otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad.

Las razones de lo anterior estriban en la incosteabilidad de la escritura pública en créditos pequeños y la necesidad de mayor protección y seguridad en el caso de prestaciones de gran magnitud; pues, cuando alguien se favorece o se desprende de cantidades que encierran un gran valor económico, al hacerlo, quiere que la mayor protección impere en el acto y al otorgarse ante Notario Público la

escritura correspondiente, las partes contratantes reciben de la intervención de dicho fedatario la seguridad de que todo se ha formalizado conforme a derecho.

En efecto, la carencia de conocimientos jurídicos de quienes, por lo general, participan en la formación de un documento privado, origina dificultades para plasmar adecuadamente, en muchas ocasiones, la verdadera intención de los contratantes; pero, estos problemas se salvan si en el acto interviene una persona docta en derecho que sabrá encauzar las intenciones de las partes hacia su verdadero fin, o sea el notario, quien resulta imprescindible en la formación de una escritura pública.

Someramente pasaremos a enunciar los requisitos que debe contener el documento constitutivo de la hipoteca, independientemente de su carácter privado o público:

1o. MENCIÓN DE LAS PARTES.

Nombres, apellidos y domicilios del deudor y del acreedor, ya que en todo contrato es necesario determinar quién se obliga y para quién se obliga, además de que el artículo 3061 fracción V del Código vigente estipula que tales datos deberán de anotarse en los asientos de inscripción relativos a los actos registrables.

2o. FECHA Y NATURALEZA DEL CONTRATO.

No menos importantes son estos requisitos, ya que la fecha de la constitución de la hipoteca juega papel primordial en la exigencia y extinción del crédito hipotecario, en los casos en que esté sujeto a alguna modalidad o bien, sea puro y simple.

La mención de la clase de contrato a que accede la hipoteca, se explica por ser ella un contrato accesorio, constituida para garantizar el cumplimiento de una obligación que ha sido expresada en una suma de dinero, por lo que es necesario saber qué obligación garantiza o cuál es la causa de su surgimiento, ya que si es ilícita dará lugar a la invalidez de la escritura.

3o. DETERMINACION DEL BIEN HIPOTECADO.

El punto en cuestión deriva de la especialidad de la hipoteca como requisito indispensable, por lo que tratándose de bienes inmuebles deberán precisarse las medidas y colindancias de los que estén afectos a la hipoteca y, tratándose de bienes muebles, deberán asentarse los datos de identificación idóneos para distinguir el derecho o bien involucrado de otros de su misma especie, como vendrían a ser el número de serie, marca o medidas, (Arts. 3061 fracción I y 3070 fracción II).

4o. DETERMINACION DEL CREDITO.

La cantidad cierta del crédito hipotecario es un elemento correlativo de la especialidad en cuanto al objeto, aunada a la exigencia de nuestra legislación de precisar si causa réditos, su monto y la fecha a partir de la cual deben de correr (Art. 3061 fracción IV).

5o. FORMALIDADES.

El contrato de hipoteca sobre bienes raíces debe de constar en escritura pública cuando el valor de los mismos excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal al momento de su otorgamiento o en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos, cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad, cuando su valor sea menor, en términos de lo dispuesto por el artículo 2317 del código vigente.

6o. CLAUSULAS ACCESORIAS.

Por otra parte, es importante destacar que en el contrato de hipoteca suelen insertarse pactos accesorios que involucren tanto el aspecto sustantivo, como el adjetivo, de la figura a estudio, mismos que serán válidos en tanto no

contradigan los principios esenciales de la hipoteca o disposiciones de orden público.

En cuanto al derecho sustantivo, las más usuales son los siguientes:

1o. Que la hipoteca comprenda los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que ellos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito (Art. 2897 fracción I).

2o. Que la hipoteca comprenda las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada (Art. 2897 fracción II).

3o. Que los mencionados frutos se comprendan a título de intereses en el crédito hipotecario.

4o. Que en el caso de la hipoteca sobre la nuda propiedad, al consolidarse el usufructo con ella en la persona del propietario, se extienda al mismo usufructo (Art. 2900).

5o. Que el propietario del bien pueda arrendarlo sin necesidad de notificar al acreedor hipotecario, así como también pactar pago anticipado de rentas por término mayor a la duración de la hipoteca (Art. 2914).

6o. Que la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantice en perjuicio de tercero, además del capital, intereses mayores a tres años, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público (Art. 2915).

7o. Que se señale a la hipoteca o su prórroga un término menor de duración que el de la obligación principal (Arts. 2927 y 2928).

En cuanto a la fase procesal o al derecho adjetivo hipotecario, las cláusulas accesorias más comunes son las siguientes:

1o. Que en el caso de ejecución, el deudor no pueda oponer sino limitadas excepciones, generalmente la de pago.

2o. Que se faculte al acreedor para establecer el lugar del remate.

3o. Que en caso de cancelación anticipada del crédito por voluntad del deudor, se pague una determinada suma a guisa de indemnización para el acreedor.

4o. Que al acreedor se le adjudique la cosa en el precio que se fije al exigirse la deuda (Art. 2916).

Ahora bien, una vez determinadas las condiciones de forma y fondo inherentes a la hipoteca, pasaremos a analizar los requisitos para su eficacia.

REQUISITOS DE EFICACIA.

Para que la hipoteca surta plenos efectos debe de inscribirse en el Registro Público, ya que la falta de inscripción implica que no surta efectos contra terceros, aunque sí entre los contratantes, exceptuando el caso de la constituida sobre inmuebles.

Al respecto, la exposición de motivos del Código Civil vigente nos dice: "...Se organizó sobre nuevas bases el Registro Público, haciendo que produzca diferentes efectos jurídicos, según la naturaleza del acto o contrato que se registre. La falta de registro de los actos o contratos por los cuales se adquiere, transmite o modifica, grava o extingue el dominio de los demás derechos reales sobre inmuebles, hace que no produzcan ningún efecto jurídico. Tratándose de otros actos o contratos, la falta de registro hace que no produzcan efectos contra terceros..."

En este orden de ideas, el artículo 3042 fracción I, establece que son inscribibles en el Registro Público: "...I.- Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles;...", en tanto que el artículo 3069 nos dice: "...Se inscribirán en los folios de operaciones sobre bienes muebles: I.- Los contratos de compraventa de bienes muebles sujetos a condición resolutoria a que se refiere la fracción II del artículo 2310; 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; y III.- Los contratos de prenda que menciona el artículo 2859..."

Concomitantemente, el artículo 2919 establece que la hipoteca necesita siempre de registro para producir efectos contra tercero, en tanto que el artículo 3007 señala que los documentos que conforme al Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de terceros.

En resumen, aunque la falta de registro de la hipoteca no implica su inexistencia, salvo cuando rocae en bienes inmuebles, conlleva una severa restricción de su eficacia al no ser oponible a terceros, con lo que las facultades de persecución y venta del bien hipotecado quedan anuladas al salir éste del dominio del deudor.

4.- FORMAS DE CONSTITUCION.

La doctrina reconoce cuatro formas de constitución de la hipoteca, estimando que las tres primeras que se citan a continuación dan lugar a la hipoteca voluntaria y la última de las citadas, a la hipoteca necesaria: 18

- a) Por contrato.
- b) Por testamento.
- c) Por acto unilateral.
- d) Por ley.

a) El contrato como acto creador de hipotecas.

De acuerdo con el artículo 2920 son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.

En la primera parte de la definición en comento se mencionan las hipotecas constituidas por contrato, es decir, las convenidas entre las partes y que no tienen su fundamento legal ni en el acto unilateral, ni en la ley o el testamento.

18. Rojina Villegas Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, Pág. 487.

El contrato que da nacimiento al derecho real de garantía hipotecaria es independiente, desde el punto de vista de su conformación, de la fuente de donde haya emanado la obligación principal.

En otras palabras, si la hipoteca convencional, como toda otra, es accesoria de una obligación principal, de esto no se debe concluir que ella se confunde con la obligación de tal manera que tome su naturaleza.

El contrato de hipoteca es esencialmente accesorio, ya que tiene por objeto crear derechos accesorios de garantía de obligaciones; es unilateral, puesto que sólo el deudor es el obligado, el acreedor no contrae obligación alguna y únicamente estipula la seguridad real, siendo la condición bajo la cuál contrata, misma que el deudor consiente.

Como contrato accesorio que es el de la hipoteca, constituido con el fin de crear un derecho de garantía para una obligación principal, ésta debe de ser válida para que aquélla subsista, así como también las modalidades a que tal obligación está sujeta y, en todo caso, la hipoteca seguirá la suerte de la obligación que garantiza.

A este respecto, se ha dicho que "...la existencia de la hipoteca tiene como presupuesto la de un crédito para cuya seguridad se constituye. Consiguientemente, no puede nacer ni

subsistir sin un crédito. La accesoriidad de la hipoteca es consecuencia natural de su finalidad, es decir, de su calidad de garantía del cumplimiento de una obligación..." 19

Como todo contrato, el de hipoteca debe de reunir los elementos de objeto y consentimiento que la ley establece como fundamentales para su integración al señalar el artículo 1794 que: "... Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato..."

Asimismo, para su validez debe de estar exento de cualquiera de los vicios tipificados por el artículo 1795 que indica con claridad que "... El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito; IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece..."

De la misma manera, la cosa objeto del contrato de hipoteca debe de reunir los elementos a que se refiere el artículo 1825: "...1o. Existir en la Naturaleza; 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio...", para que así no se presente el supuesto de una imposibilidad jurídica o material que trajese

19 De Pina, Rafael. Op. cit., Volumen Cuarto, Pág. 281.

aparejada la inexistencia del contrato, según lo dispone el artículo 2224 y conforme a lo ya expresado al referirnos a los requisitos de fondo y forma de la hipoteca.

Por otra parte, en relación con la forma de constitución en estudio, resulta importante referirnos a la promesa de hipoteca, ya que en nuestro sistema jurídico no es posible asimilar a la promesa de contrato con el contrato mismo, pese a que en ella se especifiquen los elementos característicos del contrato definitivo, ya que es antecedente de éste.

Como la promesa de hipoteca es una obligación de hacer, si el promitente no lleva a cabo la celebración del contrato de hipoteca, el acreedor tendrá derecho de acudir ante el Juez competente para que en rebeldía, éste firme los documentos necesarios para dar forma legal al contrato, conforme dispone el artículo 2247; pero, para que ello sea posible, es necesario que el bien no haya pasado a poder de terceros y que la promesa sea válida, obteniéndose esto último desde el momento en que se celebra por escrito, con mención de los elementos característicos del contrato definitivo y limitada a cierto tiempo (Art. 2245).

Por lo que se refiere al artículo 2247 en cita, nos dice el Dr. Sergio I. Azúa Reyes: "...Este artículo se refiere al otorgamiento del contrato definitivo. En "el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad

de un tercero de buena fe" el juez no podrá firmar y la promesa quedará sin efecto. Esto confirma que el precepto se refiere a la firma del contrato definitivo, pues del texto se desprende que la promesa fue válida, pero quedó sin efecto, en cuanto al contrato principal..." 20

También puede suceder que la obligación principal haya sido acompañada de la promesa de hipoteca y en el supuesto de que el deudor no quiera otorgar esta última, el acreedor podrá optar entre ejercitar la acción a que nos referimos en el párrafo que antecede o demandar la rescisión de la obligación principal y el reembolso de su crédito, ya que la constitución de la hipoteca ha sido la condición bajo la cuál consintió en celebrar el acto principal.

b) El testamento como fuente hipotecaria.

Siendo el testamento un acto unilateral de voluntad mediante el que una persona dispone de sus bienes o derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte, su estudio como causa eficiente de hipoteca debería de hacerse en el inciso subsecuente.

Sin embargo, dada la especial naturaleza de esta fuente hipotecaria y tomando en consideración que la materia testamentaria se regula por disposiciones que constituyen de

20 Galindo Garfias, Ignacio y otros. Op. cit., Tomo V, Pág. 4.

por sí un conjunto congruente y cerrado, deberemos dedicarlo una exposición autónoma.

El artículo 1448 dice que "... Por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple, o exigible desde luego el que lo sea a plazo; pero esta mejora no perjudicará en manera alguna los privilegios de los demás acreedores..."

Así pues, el testador, de acuerdo con lo dicho por el artículo transcrito, puede constituir hipoteca por medio de un legado, sobre bienes que le pertenezcan y en favor de su acreedor e, igualmente, dado el principio de la autonomía de la voluntad y la facultad que el derecho moderno ha consagrado en favor de la persona para disponer de sus bienes libremente, la hipoteca testamentaria también puede constituirse para garantizar créditos ajenos.

Asimismo, el testador puede dar nacimiento simultáneo al crédito y a la hipoteca; tal cosa sucede cuando grava hipotecariamente a determinado heredero o legatario en alguno de sus bienes, para garantizar un crédito a cargo de cualquiera de ellos y a favor de otro legatario.

De esta manera el legatario es un verdadero acreedor, su derecho se establece en el testamento, en contra de la

persona, heredero u otro legatario, que haya sido gravado con el legado, de acuerdo con la disposición del testador o, por otra parte, el gravamen hipotecario también puede ser establecido sobre los bienes que le correspondan a un determinado legatario o heredero, sin que a cargo de ellos mismos esté el crédito garantizado, sino adeudándolo algún otro heredero o legatario.

El objeto práctico de la hipoteca testamentaria es crear un derecho de preferencia entre legados; pero, como indica el citado artículo 1448, esta mejora no perjudicará de manera alguna los privilegios de los demás acreedores.

Esta disposición se debe a la aplicación del principio de que los legados no son adquiridos sino después del pago de las deudas del autor de la sucesión, correlacionado con el hecho de que la hipoteca establecida deberá sujetarse a las modalidades y restricciones que afecten al derecho del constituyente, o sea el testador.

Los requisitos de fondo de la hipoteca testamentaria son las mismas que han quedado establecidos en el primer apartado de este capítulo; pero, sus requisitos de forma presentan algunas modificaciones, dada la clasificación testamentaria.

Sobre lo anterior, se ha establecido que "...El testamento reviste diversas formas. El Código Civil, desde el

punto de vista formal, clasifica el testamento en ordinario y especial. La definición de estas formas de testamento presenta, desde luego, dificultades, pero no constituye una tarea imposible. De acuerdo con el criterio de CASTAN, testamentos comunes u ordinarios son los que la ley regula para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades normales, y testamentos especiales o excepcionales -llamados también, aunque con impropiedad, privilegiados- son los que se establecen para situaciones de excepción (en que no sería posible hacer uso de las formas comunes de testar) y que requieren unas veces más solemnidades y otras menos que las ordinarias. El testamento ordinario puede ser público abierto, público cerrado y ológrafo; el especial: privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero..." 21

De esta manera, los testamentos se clasifican, en cuanto a su forma, en ordinarios y especiales y los primeros se subdividen en públicos abiertos, públicos cerrados y ológrafos, en tanto que los segundos, a su vez, se subdividen en privados, militares, marítimos y los hechos en país extranjero (Arts. 1499 a 1501).

Los requisitos de forma para la hipoteca otorgada en testamento público abierto, en atención a que éste se hace

21 De Pina, Rafael. Op. cit., Volumen Segundo, Págs. 321 y 322.

ante notario, se encuentran establecidas en él de antemano, por este sólo hecho.

En cuanto al testamento público cerrado, como es aquél en que la voluntad del testador consta escrita por él o por otra persona a su ruego y en papel común (Art. 1521) y se presenta en pliego cerrado ante notario, declarando el testador, en presencia de tres testigos, que en él se contiene su última voluntad (Art. 1524), no es posible obtener la formalidad de la escritura pública, sino hasta el momento en que se protocolice el instrumento respectivo, previa orden dada por el juez y una vez que éste haya conocido de la radicación del juicio sucesorio, con lo que hasta entonces se cumplirá con la formalidad que prescribe la ley para la constitución de cierta clase de hipotecas (Arts. 2317 y 2320).

Respecto a los testamentos ológrafos y todos los especiales que se otorgan por escrito, se presenta el mismo problema que en el caso anterior, dado que sólo son documentos privados.

A mayor abundamiento, cuando el testamento privado y el militar no constan por escrito, el problema es aún mayor, ya que primero es necesario obtener un documento auténtico que sirva de prueba de la última voluntad del testador, mediante la declaración de dos testigos idóneos (Art. 1575), para

ulteriormente, siguiendo los mismos pasos que en el caso del testamento público cerrado, obtener la constitución válida, en cuanto a su forma, de la hipoteca testamentaria, si fuere el caso.

c) El acto unilateral como fuente hipotecaria.

La declaración unilateral de voluntad como causa eficiente de las obligaciones a través de la creación de formas nominadas: oferta al público, promesa de recompensa, estipulación a favor de tercero, expedición de documentos civiles a la orden y al portador, etc., así como también innominadas, se ha convertido en una importante fuente de derechos reales.

Desde luego, la hipoteca no ha sido excepción a lo anterior, aunque resulta difícil establecer la distinción entre la hipoteca surgida por contrato y la que encuentra su origen en una declaración unilateral de voluntad.

A este respecto, transcribimos las siguientes consideraciones doctrinarias: "...Generalmente se ha pensado que existe un contrato en los casos de constitución de la hipoteca por un tercero, en virtud de que nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad, de tal manera que el hipotecarista, al ejercitar su derecho, acepta la garantía y de esta suerte se forma el consentimiento o acuerdo de

voluntades, de la misma manera que lo haría el mandatario al desempeñar el mandato que se le hubiere conferido por un acto unilateral del mandante, como generalmente ocurre..."

"...Consideramos que tal interpretación comete el error fundamental de confundir la existencia con el ejercicio del derecho. La frase de que "nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad" o "nadie puede ser heredero en contra de su voluntad", no significa que para la existencia del derecho sea menester la voluntad del acreedor o del heredero, sólo supone que para el ejercicio del mismo derecho si es menester tal voluntad, pues de lo contrario se violaría su libertad jurídica, que confiere a todo sujeto la posibilidad de ejercitar o no, determinadas facultades..."

"...Tan es cierto lo anterior, que si lo aplicamos a la hipoteca, ésta existe como derecho real en favor del acreedor, por el simple acto de voluntad del constituyente del mismo, que cumpliendo con las formalidades legales (escritura o documento privado) ha otorgado una declaración unilateral, garantizando una deuda ajena o propia, sin consultar la voluntad del acreedor..." 22

Como casos especiales, en nuestra legislación, de hipotecas originadas por declaración unilateral de voluntad, destacan las constituidas para garantizar títulos

22 Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, Págs. 493 y 494.

transmisibles a la orden y al portador y dentro de ellos los bonos y cédulas hipotecarias.

Existen dos clases de obligaciones hipotecarias: las comunes y las bancarias. Estas últimas eran puestas en circulación por instituciones de crédito hipotecario especialmente dedicadas a ello, en términos de lo dispuesto por la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cuya circulación sigue sujetándose a las disposiciones que rigieron su emisión, según dispone el artículo séptimo transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Los títulos obligacionales que emitían las instituciones de crédito hipotecario eran el bono hipotecario y la cédula hipotecaria.

Se denominan como bonos hipotecarios las obligaciones emitidas por una institución de crédito hipotecario que están cubiertas con activos de la institución emisora, que consistan en préstamos o créditos con garantía, en los términos y condiciones a que se refieren las fracciones IV, VI, VII y VIII del artículo 36 de la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, o en cédulas y bonos hipotecarios emitidos por otras instituciones de esta misma clase, cuya duración máxima puede ser de veinte años.

Las facultades de que gozan los tenedores de los bonos hipotecarios, son las mismas que puede tener el propietario de un título de crédito y las acciones y requisitos de ejercicio son las mismas que se mencionan en la ley respectiva para tales documentos.

Por otra parte, se define a la cédula hipotecaria como las obligaciones emitidas por una institución de crédito hipotecario con garantía de una hipoteca directamente constituida por el acreditado.

Los derechos de los acreedores hipotecarios que están legitimados para el cobro de las cédulas hipotecarias se traducen, en caso de incumplimiento del pago del capital o de los intereses que la cédula determina, en las acciones siguientes:

1o. Una acción individual en contra del emisor o de la institución de crédito hipotecario (Art. 39, primer párrafo y 129 transición V de la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

2o. Una acción colectiva del representante común de los obligacionistas en contra del acreditado emisor.

3o. Una acción de regreso individual del representante común en contra del emisor.

En lo que respecta a la acción colectiva, ésta compete a los titulares de las cédulas hipotecarias, para el caso de falta de pago del capital o intereses o, en su defecto, de la amortización obligada de los títulos y, en este caso, el titular de la acción lo será la misma institución, ya que a ella le impone la ley la obligación de ejercitar la acción colectiva (Art. 37 fracción V de la ley en cita).

Para el tercer caso, la acción individual de regreso de la sociedad emisora, establece el artículo 37 fracción VII que "...en caso de incumplimiento del deudor, será facultativo para la institución retirar las cédulas de la circulación, depositando su importe en el Banco de México o en institución fiduciaria; caso en el cuál quedará subrogada en todos los derechos o acciones de los tenedores, las que se podrán ejercitar, a falta de las cédulas respectivas, mediante el certificado del acta de emisión y el recibo del depósito correspondiente..."

d) La ley como fuente de hipotecas.

En este apartado nos referiremos a las hipotecas conocidas como necesarias, por exigirse su otorgamiento en alguna disposición legal.

El Código Civil define la hipoteca necesaria con estos términos: "...Llámase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores..." (Art. 2931).

El propio Código Civil, en su artículo 2935, establece que tienen derecho de pedir la hipoteca necesaria, el coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido; los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquéllos; los menores y demás incapacitados, sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren; los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador y el Estado, los pueblos y los establecimientos públicos sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos.

Igualmente, el artículo 2936 establece que la constitución de las hipotecas necesarias antes referidas puede ser solicitada por los herederos legítimos de los

menores, por lo que se refiere a éstos y, en cuanto a los incapacitados, por sus herederos legítimos, sus curadores o el Consejo Local de Tutelas. En ambos casos, si no lo pidieren las personas antes citadas, la constitución de la hipoteca podrá ser pedida por el Ministerio Público.

Como no en todos los casos previstos por el artículo 2935 se determina el monto de la hipoteca necesaria, debemos de referirnos al artículo 528 que establece para los tutores la obligación de dar hipoteca o prenda por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo; por el valor de los bienes muebles; por el valor de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio de un quinquenio, a elección del juez y por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros, si están llevados en debida forma, a juicio de peritos, por lo que se refiere a las negociaciones mercantiles o industriales.

En cuanto a los elementos formales de estas hipotecas, están integrados por las disposiciones legales que las crean y las resoluciones judiciales dictadas al efecto, inscritas de oficio en el Registro Público de la Propiedad.

Sin embargo, hay casos en que el obligado a prestar la hipoteca necesaria lo hace sin imposición judicial o a petición de la persona interesada. En este supuesto, bastará que el obligado concorra personalmente a constituir la sobre sus bienes, inscribiendo el derecho real de garantía hipotecaria en el Registro.

CAPITULO III

EL CONTRATO DE HIPOTECA DE BIENES MUEBLES.

1.- Requisitos de existencia.

El contrato de hipoteca de bienes muebles surge en México a partir de la promulgación del Código Civil de 1928 como una de sus innovaciones de mayor importancia en la materia.

A este respecto, nos dice la doctrina que "... En México, por las innovaciones de importancia que introdujo el Código Civil vigente, al no requerir necesariamente que la hipoteca se constituya sólo sobre bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre bienes raíces, el estudio de esta materia adquiere un carácter especial, diferenciándose del sistema español que le había servido de modelo, así como de las características que en este aspecto señalan otros derechos europeos, tales como el alemán, el suizo, el francés y el italiano..." 23

Los requisitos de existencia de la hipoteca de bienes muebles no se distinguen de los necesarios para el nacimiento de cualquier otra clase de contrato; pues, basta con la integración de los elementos de consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato para que éste surja plenamente a la vida jurídica.

23 Rojas Villegas, Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, pág. 349.

Sin embargo, es necesario referirnos con mayor detenimiento al objeto en el presente caso, por las dificultades que la naturaleza mueble de éste presenta para el régimen jurídico que tradicionalmente se ha otorgado a la hipoteca.

En primer término, el bien mueble objeto de la hipoteca debe ser susceptible de enajenación y estar perfectamente determinado, por las mismas razones que en el caso de la que versa sobre inmuebles, ya que uno de los principios rectores fundamentales de la hipoteca es el de su especialidad, en virtud del cual sólo se gravan determinados bienes de cierto patrimonio y de acuerdo con un crédito también cierto y determinado.

La promulgación en México del Código Civil de 1870 da muerte a las hipotecas tácitas heredadas del derecho romano al establecer en su artículo 1942 que "...La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles ciertos y determinados o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos..."

Desde luego, el principio de especialidad de la hipoteca pasó a nuestra legislación vigente al señalarse en el artículo 2895 del Código actual que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, sin limitación alguna en torno a su naturaleza.

El requisito de que los bienes afectos a la hipoteca sean enajenables, es una consecuencia lógica de los derechos de persecución y venta que ulteriormente podrá ejercitar el acreedor hipotecario si la obligación garantizada no es pagada, ya que si la finalidad última de la hipoteca es la de transformar económicamente el bien gravado para pago del acreedor a través de su venta, no pueden servir de objeto las cosas que no puedan sufrir dicha transformación, porque sean inalienables.

Por otra parte, en relación con el otorgamiento del consentimiento como elemento básico del contrato de hipoteca, es menester referirnos a la capacidad de obligarse de quien suscriba un contrato de ese tipo y para tal efecto basta reiterar los comentarios que al respecto señalamos en el capítulo que antecede al detallar las limitaciones de los menores, dementes, sordomudos, ebrios, toxicómanos y extranjeros, con las notables excepciones que se refieren a estos últimos y los menores emancipados, cuando se trata de bienes muebles; pues, a diferencia de lo que acontece con los bienes raíces, no requieren autorización judicial o administrativa para enajenar, gravar o hipotecar bienes muebles.

2.- Requisitos de validez y de eficacia.

Cuando nos referimos a los requisitos de forma y de eficacia del contrato de hipoteca en el capítulo que antecede, señalamos que no se requieren mayores formalidades para su celebración que las de que conste en escritura pública o privada, según el valor del bien gravado, cuando se trata de un inmueble.

De lo anterior, se infiere que también será necesario que en el contrato respectivo se especifiquen los nombres, apellidos y domicilios del acreedor y del deudor, fecha y naturaleza del contrato, la cantidad cierta del crédito hipotecario, si causa réditos, su monto y la fecha a partir de la cuál deben de correr, así como la determinación del bien sujeto a la hipoteca, con especial mención de las características que distingan a éste de otros de su misma especie, como vendrían a ser la marca, número de serie, año de fabricación y, en general, cualquier otro que pudiera ser útil para su identificación indubitable, dada su naturaleza mueble.

Hasta aquí, no existen diferencias significativas entre la hipoteca que tiene como objeto a bienes inmuebles y la que se relaciona con bienes muebles; pero, entratándose de los requisitos de eficacia, reducidos al común denominador de que el contrato respectivo debe de estar inscrito en el Registro Público de la Propiedad, nos encontramos con la circunstancia

de que no siempre es posible llevar a cabo la inscripción de una hipoteca mobiliaria por no existir normas que hayan previsto la creación de una sección apropiada para ello en el Registro de referencia.

En efecto, la permanencia en nuestra tradición legislativa del principio de separación entre prenda e hipoteca como instituciones que, respectivamente, se aplican a los muebles y a los inmuebles, como una herencia de la influencia española en nuestro derecho hipotecario, ha producido un notable rezago de las disposiciones que regulan la publicidad y registro de las hipotecas mobiliarias; pues, aunque el Código de 1928 ya no distingue entre ambas instituciones por su objeto, sino a partir del hecho de que exista o no tradición del bien gravado en favor del acreedor mientras subsista el gravamen, no menos cierto es que la ampliación de la definición legal de esta última a toda clase de bienes, no ha sido acompañada de las correspondientes adecuaciones a las normas registrales que le son relativas.

Sobre las diferencias entre la prenda y la hipoteca mobiliaria, nos dice el Dr. Rafael de Pina "...En la actualidad la hipoteca puede tener por objeto, en nuestro sistema hipotecario, tanto los bienes muebles como los inmuebles, según ya se ha dicho. El criterio de distinción entre la prenda y la hipoteca no se sitúa dentro de la esfera de las cosas muebles o inmuebles, sino en el terreno del

desplazamiento o no de la que sea objeto de la garantía, encontrándonos, en el primer supuesto, frente a la prenda, y, en el segundo, frente a la hipoteca..." 24

El rezago de las normas registrales relativas a la inscripción de hipotecas mobiliarias se traduce en severas restricciones a su eficacia, aunque lo anterior no implica que carece de validez el contrato de hipoteca de bienes muebles que no sea inscrito en el Registro Público, habida cuenta que en nuestro sistema legal se ha adoptado el principio de que dicha inscripción tiene efectos declarativos y no sustantivos o constitutivos.

Sobre lo anterior, el Dr. Luis Carral y de Teresa nos dice: "...En España rige el sistema declarativo, pero el artículo 1875 del Código Civil y los relativos de su Ley Hipotecaria, establecen que para que la hipoteca quede válidamente constituida, es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. El sistema declarativo cuyos efectos se alejan más del constitutivo es el que rige en Francia. Por eso se pone como prototipo de sistema declarativo. Entre nosotros, rige el sistema declarativo; y como nuestro derecho deriva directamente del español, hay quienes han afirmado que el registro de la hipoteca es constitutivo, sin advertir que no existe ninguna base para sentar semejante principio. En 24 De Pina, Rafael. Op. cit., Volumen Cuarto, Págs. 295 y 296.

efecto, el artículo 2919 de nuestro Código Civil establece que la hipoteca para producir efectos contra tercero (lo que es muy distinto que "para que quede válidamente constituida", como dice el artículo 1875 del Código Civil Español), necesita siempre de registro. Este artículo no hace más que aplicar el principio general que sirve de sustento a nuestro sistema declarativo, comprendido en el artículo 3003 del Código Civil, según el cual los documentos que conforme a la ley deben registrarse y no se registren, solo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir perjuicios a terceros..." 25

A mayor abundamiento, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en tesis de jurisprudencia 225, visible en la página 723 de la Cuarta Parte del Último Apéndice de Jurisprudencia al Semanario Judicial de la Federación (1917-1985), ha establecido el siguiente criterio jurisprudencial:

REGISTRO PÚBLICO. EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES HECHAS EN EL.- Las inscripciones hechas en el Registro Público de la Propiedad tienen efectos declarativos y no constitutivos, de tal manera que los derechos provienen del acto jurídico declarado pero no de la inscripción, cuya finalidad es dar publicidad al acto y no constituir el derecho.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

25 Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. México, Ed. Porrúa, 1988, pág.231.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Vol. XV, Pág. 263. A.D. 3649/56. Carlos Lagunas Govantes.
Unanimidad de 4 votos.
Vol. XV, Pág. 275. A.D. 103/57. María Matamoros Vda. de
Soria. 5 votos.
Vol. XIX, Pág. 215. A.D. 6604/57. Simón A. García. 5 votos.
Vol. XLIII, Pág. 78. A.D. 5036/55. Alejo Roberto Pérez.
Unanimidad de 4 votos.
Vol. XLV. Pág. 87. A.D. 5438/60. Emilio Ortiz. 5 votos.

En este orden de ideas, la falta de registro de una hipoteca mobiliaria no implica su inexistencia: pero, tiene la desventaja de que el acreedor hipotecario no estará en condiciones de ejercitar cabalmente las acciones de persecución y preferencia para el caso de que el bien gravado haya pasado a poder de terceros, o sea, la eficacia de su garantía quedará severamente limitada.

Ahora bien, si ha quedado establecido que en el sistema adoptado por el Código Civil vigente la distinción fundamental entre prenda e hipoteca se da aparentemente en torno a la circunstancia de que se traslade o no en favor del acreedor la posesión del bien gravado, surge de inmediato la necesidad de explicar la presencia de la llamada prenda sin desplazamiento a que se refiere el artículo 2859 cuando estatuye que "...Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efecto contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público..."

Según la Dra. Carmen García Mendieta, en sus comentarios en torno al artículo antes transcrito, "...al referirse a la entrega "jurídica" de la prenda, quiere el legislador significar la entrega ficta, ya que la entrega real o material, también es jurídica...La entrega de la cosa al acreedor, si bien cumple la misión de dar publicidad a la garantía, acarrea la improductividad del bien, impide su explotación económica y su circulación jurídica, de ahí que el legislador permita la llamada entrega jurídica (o ficta) en que la prenda queda en poder de un tercero o del mismo deudor..." 26

La interpretación anteriormente citada de las razones que tuvo el legislador de 1928 para crear la prenda sin desplazamiento del bien gravado parece coincidir con lo expuesto por el propio legislador al respecto en la exposición de motivos del ordenamiento que nos ocupa cuando señaló en la misma que "...en el contrato de prenda se amortiguó el rigor de la doctrina clásica que sostiene que para que produzca efectos el contrato de prenda es indispensable que ésta se entregue al acreedor. La comisión creyó que en algunos casos podría substituirse la entrega real de la prenda con la jurídica, y que mediante el registro de contratos respectivos se evitarían perjuicios a terceros..."

26 Galindo Garfias, Ignacio y otros. Op. cit., Tomo V, pág. 391.

Sin embargo, estimamos que el propósito del legislador de 1928 habría quedado igualmente salvaguardado si hubiese reforzado la normatividad relativa a la hipoteca de bienes muebles con la adecuación de las disposiciones necesarias para permitir la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de toda clase de hipotecas mobiliarias; pues, éstas son virtualmente idénticas en su estructura legal a la prenda sin desplazamiento, con la salvedad de que el Código vigente rompe con la armonía de un sistema que actualmente distingue a la hipoteca de la prenda por la tradición o no en favor del acreedor del bien gravado, en concordancia con los orígenes romanos de ambas instituciones.

En efecto, si nos atenemos a los orígenes históricos de ambos contratos de garantía, encontraremos que el Dr. Eugène Petit, cuando analizó su evolución dentro del derecho romano, concluyó que: "...En resumen, la garantía que el acreedor encuentra en la prenda consiste en el derecho de 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 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 solo acreedor. Se sentía la necesidad de un progreso más completo; era preciso un procedimiento que, al mismo tiempo que procurase al acreedor una garantía igual, dejase la cosa al deudor, al menos hasta el vencimiento. Este fué la hipoteca... Los intereses del acreedor y los del deudor estaban así felizmente conciliados: a) El acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, sino un derecho especial que le permite en momento oportuna, es decir, si no se le ha pagado al vencimiento, hacerse poner en posesión y tener una situación igual a la que le hubiese dado la prenda, y b) El deudor, mientras que su deuda no está extinguida, conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada. Puede, pues, utilizarla y afectarla a la seguridad de los demás acreedores..." 27

En este orden de ideas, tomando en consideración la influencia de la legislación hipotecaria española en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y debido al hecho de que algunos estudiosos de dicha legislación señalan que a través de la evolución histórica de la hipoteca en España cayó en desuso la de bienes muebles por la consideración práctica de que éstos eran fácilmente ocultables, hasta la determinación del carácter exclusivamente inmobiliario de aquélla, reservando la prenda para los bienes muebles, conforme a los comentarios formulados al respecto por los Dres. José María

27 Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. México, Ed. Epoca, 1977, Págs. 298 y 299.

González Ordóñez y Joaquín Garrigues²⁸, es válido concluir que el legislador de 1928 no se sustrajo de manera total a la influencia en comento al abstenerse de incluir las hipotecas mobiliarias como uno de los supuestos del registro sobre operaciones muebles a que se refiere el artículo 3069 del Código vigente; pues, la imposibilidad de registro de las hipotecas sobre bienes muebles, con excepción de los casos que se analizan más adelante, nos hace presumir que en el Código actual no se quiso impulsar la hipoteca mobiliaria o, en todo caso, se consideró como un sustituto idóneo de la misma a la prenda sin desplazamiento; no obstante las reservas doctrinales que existen en torno a esta última.

Sobre las críticas a la prenda sin desplazamiento, podemos citar al Dr. Rafael de Pina, quien afirma que "...La expresión prenda sin desplazamiento utilizada por muchos tratadistas no es correcta, pues ésta no es una verdadera prenda, sino una hipoteca mobiliaria. La hipoteca mobiliaria se encuentra particularmente regulada en algunas leyes especiales que admiten esta forma de garantía sobre determinados bienes muebles susceptibles de registro..."²⁹

Por lo anterior, en la presente tesis, nos limitaremos a analizar algunos casos referentes a hipotecas civiles sobre

²⁸ Véanse transcripciones de fragmentos de obras de los referidos autores en páginas 10, 11, 104 y 105 de esta tesis.
²⁹ De Pina, Rafael. Op. cit., Volumen Cuarto, Pág. 296.

bienes muebles que no están disminuidas en cuanto a su eficacia por la imposibilidad de registro.

3.- Algunos casos de hipotecas civiles sobre bienes muebles.

a) La hipoteca de créditos hipotecarios.- A este respecto, en referencia a la hipoteca de hipoteca, la doctrina nos dice "...En esta hipoteca el gravamen se constituía conforme al Código anterior, exclusivamente sobre el derecho real hipotecario, es decir, comprendía sólo el derecho accesorio y no el derecho de crédito que garantiza, que es el principal. En la actualidad se puede ya hipotecar el crédito hipotecario mismo, pues el Código vigente no restringe la hipoteca sólo a los derechos reales constituidos sobre inmuebles... Borja Soriano dice lo siguiente: "Refiriéndose a esta materia en Derecho Romano, dice Giraud (Manual Elémentaire de Droit Romain, 7a. ed., págs 819 y 820): El titular de un crédito puede hipotecarlo (pignus dominis). El titular de un crédito garantizado con una hipoteca, puede hipotecar la hipoteca sin el crédito (pignus pignoris)..." 30

De lo antes transcrito, se desprende que la hipoteca de un crédito hipotecario tiene como sujeto a un bien mueble;

30 Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, Págs. 392 y 394.

pues, el artículo 759 del Código Civil establece que tienen tal carácter todos los bienes no considerados por la ley como inmuebles.

Ahora bien, aunque la fracción XII del artículo 750 del Código vigente, estipula que son inmuebles los derechos reales sobre bienes de esa naturaleza, no menos cierto es que el crédito hipotecario no se ajusta a dicha definición, aunque esté garantizado por un inmueble; pues, en todo caso, será inmueble la hipoteca de la hipoteca y mueble la hipoteca del crédito.

En el caso de la hipoteca del crédito, éste es el que se grava y el acreedor hipotecario podrá ejercerla, tanto en su acción personal, como con su acción hipotecaria; mientras que, por otra parte, al hipotecarse únicamente la hipoteca, sin el crédito, el beneficiario podrá ejercitar la acción hipotecaria, pero no una acción personal.

La desventaja de hipotecar la hipoteca, sin el crédito, estriba en la circunstancia de que el pago de éste extingue la hipoteca, ya que el gravamen se constituye exclusivamente sobre el derecho real hipotecario como derecho accesorio y no sobre el derecho de crédito que garantiza, que es el principal.

En otro orden de ideas, se estará en mejores condiciones de constituir una hipoteca sobre créditos hipotecarios, cuando el gravamen de esa naturaleza esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad, con el fin de estar en aptitud de inscribir a su vez la hipoteca del crédito en el mismo folio en el que se anotó aquél; pues, la omisión del registro, implicará su ineficacia ante terceros.

Esta clase de hipoteca no es usual, habida cuenta que solamente se justifica en aquellos casos en los que el deudor carece de mejor garantía y el acreedor estima imperativo otorgarle el crédito.

b).- La hipoteca del derecho real de prenda sobre bienes muebles.- Conforme a lo expuesto en antecedentes, no existe ninguna restricción en el Código vigente para que la hipoteca pueda recaer sobre bienes muebles y las limitaciones para la constitución de la misma, por lo que se refiere a esta clase de bienes, estriban en la posibilidad o imposibilidad del registro correspondiente, con miras a su eficacia ante terceros.

En este orden de ideas, los artículos 2857, 2859 y 3069 fracción III del Código Civil vigente, nos dan el fundamento legal de la hipoteca mobiliaria a estudio que es registrable en dos supuestos:

1) La hipoteca sobre el derecho de prenda de los frutos pendientes de los bienes raíces, que deben ser recogidos en tiempo determinado.

2) La hipoteca del derecho de prenda, cuando el bien pignorado queda en poder del deudor o de un tercero; pero, se entiende entregado jurídicamente al acreedor por virtud de la inscripción del contrato respectivo en el Registro Público.

La eficacia de la hipoteca constituida en el primer supuesto aludido, quedará garantizada con su inscripción en el asiento registral que corresponda a la finca respectiva, mismo en el que previamente deberá estar anotada la prenda sujeto de dicho gravamen, en términos de lo dispuesto por el artículo 2857 del Código Civil.

Por cierto, la naturaleza de la prenda constituida en el caso a estudio, ha sido motivo de discusiones doctrinales que estimamos pertinente transcribir para el objeto de la presente tesis: "...La prenda de frutos pendientes pertenece a la especie de prenda sin desposesión del deudor, también llamada prenda sin desplazamiento. La doctrina discute acerca de si se trata de verdadera prenda, o de hipoteca sobre muebles. Esta clase de prenda en que el deudor conserva en su poder la cosa gravada en garantía, fue conocida por los romanos y acogida por la legislación francesa a fines del siglo XIX, se desarrolló más tarde por otras legislaciones

como la ley francesa sobre prenda de fondos de comercio (1898), la de warrants agrícolas (1898) y la de warrants hoteleros (1913) en derecho anglosajón..." 31

Por otra parte, la inscripción de la hipoteca a que se alude en el segundo supuesto, surtirá efectos contra terceros a partir de su inscripción en los folios de operaciones sobre bienes muebles en los que previamente se haya registrado la prenda a que se refieren los artículos 2859 y 3069 fracción III del Código vigente.

De lo antes expuesto, podemos inferir que el marco jurídico relativo a la hipoteca del derecho real de prenda, cuya naturaleza es mueble por aplicación de los artículos 750 y 759 del Código Civil, podría hacerse extensivo a otros tipos de derechos reales sobre muebles, como vendrían a ser los derechos de autor o de propiedad intelectual, si se creasen las disposiciones pertinentes para inscribir las hipotecas así constituidas en el Registro Público de la Propiedad o en los Registros especiales o administrativos que se han creado para regular su ejercicio.

c).- Hipoteca de frutos industriales.- La fracción I del artículo 2897 del Código Civil establece que, salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan

31 Galindo Garfias, Ignacio y otros. Op. cit., Tomo V, Pág. 390.

producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito.

De la disposición en comento, aplicada a contrario sensu, se desprende la circunstancia de que los frutos industriales pueden ser sujetos de la garantía hipotecaria; no obstante su naturaleza mueble, aunque su inscripción deberá efectuarse en el asiento registral correspondiente al bien gravado que, salvo los casos de excepción previstos por el artículo 3069 del Código Civil, siempre será inmueble.

d).- Hipoteca Naval Civil.- El Dr. Rafael Rojina Villegas, nos dice sobre este tipo de hipoteca mobiliaria, por la naturaleza de los bienes sobre los que se constituye, lo siguiente: "...Esta hipoteca no tiene el carácter de mercantil, ya que el Código de Comercio sólo se refiere, para atribuir el carácter de acto de comercio, a todos los contratos y operaciones del comercio marítimo y a la navegación interior y exterior. En tal virtud, si la nave está destinada a actividades que no sean mercantiles, como sucede con las naves de recreo, la hipoteca que se constituya sobre la misma será civil y, por tanto, no deberá inscribirse en el Registro de Comercio, sino en el Público de la Propiedad, para cuyo efecto deberá cumplirse con lo dispuesto por el artículo 70 del Reglamento..." 32

32 Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., Tomo Sexto, Volumen II, Pág. 547.

Sin embargo, debemos destacar la circunstancia de que ni el Código Civil del Distrito Federal, ni el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, contemplan el registro de la hipoteca en comento; pues, no encuadra en ninguno de los tres supuestos previstos por el artículo 3069 del primer ordenamiento en cita, por lo que su eficacia quedará severamente restringida al no ser oponible a terceros por falta de inscripción.

e) La Hipoteca Aeronáutica.- La Ley de Vías Generales de Comunicación define como aeronave a cualquier vehículo que pueda sostenerse en el aire.

Por otra parte, el artículo 362 de la ley en comento, establece que son susceptibles de hipoteca:

I.- Las aeronaves;

II.- La unidad completa de una empresa de transporte aéreo...

La citada ley, en su artículo 364, dice que los contratos de hipoteca y prenda contendrán, además de los requisitos exigidos por las leyes aplicables, una descripción de la aeronave y de los equipos hipotecados o pignorados, la mención de la marca, nacionalidad, matrícula, nombre del fabricante y el número de la serie o, en su defecto, los

datos que de manera indubitable identifiquen a la aeronave y, en su caso, los demás bienes comprendidos en la hipoteca o la prenda.

Con el cumplimiento de los requisitos antes aludidos, se integra la fundamental característica de especialidad que se requiere para que un bien pueda ser hipotecado e identificado para el registro correspondiente, ya que las aeronaves, al igual que los demás bienes susceptibles de hipoteca en el derecho civil, son perfectamente determinables o identificables.

Por otra parte, la característica especial del contrato de hipoteca de no desposesión para el dueño del bien gravado, se robustece en el presente caso con la exigencia del artículo 366 de la Ley de Vías Generales de Comunicación de que no se deberá interrumpir por un aseguramiento judicial el servicio público de transporte, como podría suceder en el caso de aeronaves afectas a éste que estuviesen sujetas a un juicio especial hipotecario, ya que los hechos pertinentes deberán de ponerse en conocimiento de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para que esta autoridad determine lo conducente.

Vistas las características enunciadas de la hipoteca aeronáutica y adaptándolas a la definición que de hipoteca da el Código Civil, diremos que la hipoteca

aeronáutica es una garantía real constituida sobre aeronaves, flotas aéreas o sus accesorios 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, sin que el ejercicio de esta acción implique la interrupción del servicio público al que los bienes gravados se encuentren afectos, si fuere el caso.

A mayor abundamiento, a diferencia de la hipoteca naval, las normas relativas al registro de la hipoteca aeronáutica no excluyen la posibilidad del registro de hipotecas sobre aeronaves civiles, entendiéndose como tales a las aeronaves destinadas por sus dueños a transportación propia, totalmente ajenas a las empresas de transporte de personas o de cosas, o sea, sin fines comerciales.

En este orden de ideas, podemos decir que las aeronaves son de naturaleza mueble y que la hipoteca fincada sobre éstas, se registrará por las disposiciones civiles en la medida que la aeronave gravada no esté destinada al servicio público de transporte; pues, en este último supuesto, será aplicada la legislación mercantil.

En otras palabras, habrá una hipoteca aeronáutica mercantil y no civil, cuando la aeronave gravada esté destinada a una de las empresas antes citadas, en

términos de lo dispuesto por la fracción VI I del artículo 75 del Código de Comercio.

Por último, es importante destacar que la hipoteca aeronáutica no adolece de las limitaciones que en cuanto a su registro y publicidad tienen otras hipotecas civiles sobre bienes muebles, ya que la Ley de Vías Generales de Comunicación, en su artículo 371, da las bases para la constitución del Registro Aeronáutico Mexicano como un organismo con vida jurídica propia, totalmente desligado del Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

En resumen, podemos concluir que la hipoteca civil sobre bienes muebles se reduce a pocos supuestos, por la falta de promulgación de las disposiciones adecuadas para crear y regular la inscripción de las mismas en el Registro Público de la Propiedad, como una consecuencia visible de la aversión de quienes han influido en nuestra legislación hipotecaria para aceptar a los bienes muebles como sujetos del gravamen hipotecario.

A mayor abundamiento, es tal la utilidad de constituir gravámenes reales sobre bienes muebles sin desposeer de los mismos a su propietario, que se ha llegado al extremo de establecer la figura de la prenda sin entrega material del bien gravado, aunque si jurídica, por virtud de la anotación

del gravamen en el Registro Público de la Propiedad, cuando habría sido más correcto adecuar la normatividad existente en torno al registro de las hipotecas muebles.

CAPITULO IV

LA HIPOTECA DE BIENES MUEBLES EN LA LEGISLACION ACTUAL.

1.- Código Civil de 1928.

Conforme a lo expuesto en el apartado relativo a la especialidad de la hipoteca que se desarrolla en el capítulo que antecede, la definición de la hipoteca que establece el Código vigente, utiliza de manera genérica la palabra "bienes", sin referirse a su naturaleza mueble o inmueble.

En efecto, el artículo 2893 del Código que nos ocupa define a la hipoteca como "...una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley..."

Ahora bien, cuando nos referimos a los antecedentes legislativos del Código de 1870 en el primer capítulo de la presente tesis, hicimos referencia al reconocimiento contenido en la exposición de motivos de aquél respecto a la circunstancia de que la Ley Hipotecaria Española de la época fué principalísimo modelo de las normas relativas a la hipoteca y transcribimos los artículos 105 y 106 de esta última que a la letra dicen:

"...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..."

"...Art.106.- Sólo podrán ser hipotecados:

Primero. Los bienes inmuebles.

Segundo. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles..."

Por otra parte, los artículos transcritos nos permiten inferir que el artículo 1940 del Código Civil de 1870 y su correlativo en el Código de 1884, o sea el artículo 1823, contienen una definición legal de la hipoteca, en la que se mezclan los elementos constitutivos de sus antecedentes directos en la legislación española, que explica la utilización conjunta de las palabras "bienes inmuebles o derechos reales" al definir el objeto de la hipoteca.

De lo antes mencionado, resulta notable que el legislador de 1928 haya suprimido de la definición contenida en el artículo 2893 las palabras "inmuebles o derechos reales" que seguían a la palabra bienes y que dicha omisión se haya reiterado en el artículo 2895 al establecer que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, con lo que la hipoteca se hizo extensiva a toda clase de bienes.

Sin embargo, el legislador de 1928 se abstuvo de precisar en la exposición de motivos del Código en comento las razones por las cuáles se distanció en este aspecto de la Ley hipotecaria Española que en el pasado fue su modelo cierto, así como tampoco detalló las razones por las que prefirió crear la prenda sin desplazamiento en vez de reforzar la publicidad y registro de las hipotecas mobiliarias, cuya estructura es más congruente con nuestro sistema legal, por las razones ya expuestas en el capítulo que antecede.

Por lo anterior, aunque no es posible establecer con precisión si el rezago en las disposiciones registrales que atañen a la inscripción de hipotecas mobiliarias obedece a la intención de limitar esta clase de hipotecas o a una inadvertida falta de adecuación con la ampliación de la especialidad hipotecaria, hemos aventurado la hipótesis de que el legislador de 1928 no pudo sustraerse totalmente a la tradición de sus antecesores de reservar la prenda para los bienes muebles y la hipoteca para los inmuebles.

2.- Códigos Civiles de las entidades federativas.

Los Códigos Civiles de los estados de Aguascalientes (Arts. 2769 y 2771), Baja California Norte (Arts. 2760 y

2762), Baja California Sur (Arts. 2760 y 2762), Campeche (Arts. 2789 y 2791), Coahuila (Arts. 2774 y 2776), Colima (Arts. 2782 y 2784), Chiapas (Arts. 2866 y 2868), Durango (Arts. 2771 y 2773), Guerrero (Arts. 2893 y 2895), Hidalgo (Arts. 2899 y 2901), México (Arts. 2745 y 2747), Michoacán (Arts. 2721 y 2723), Nuevo León (Arts. 2785 y 2787), Oaxaca (Arts. 2775 y 2777), Querétaro (Arts. 2777 y 2779), Sinaloa (Arts. 2774 y 2776), Tabasco (Arts. 2802 y 2804), Tamaulipas (Arts. 2767 y 2769), Veracruz (Arts. 2826 y 2828) y Zacatecas (Arts. 2844 y 2846), tienen en los artículos correlativos que se citan entre parentesis la misma redacción que los artículos 2893 y 2895 del Código Civil del Distrito Federal.

Igualmente, el Código Civil del estado de Chihuahua, en su artículo 2786, reitera la misma redacción que su correlativo 2893 del Distrito Federal, aunque no contempla la norma que se contiene en el 2895 de este último y sus correlativos en los Códigos Civiles de las entidades federativas mencionadas en antecedentes.

Ahora bien, la importancia de las correlaciones que nos ocupan, estriban en la circunstancia de que las normas en cita contienen las definiciones legales de la hipoteca y los bienes que pueden constituir su objeto.

En efecto, conforme a lo expuesto en capítulos precedentes, el artículo 2893 del Código Civil del Distrito Federal tiene la siguiente redacción:

"...Art. 2893.- 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..."

Por otra parte, el artículo 2895 del Código Civil en comento, establece que:

"...Art. 2895.- La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados..."

En este orden de ideas, veintidós entidades federativas de la República, incluyendo el Distrito Federal, han establecido una definición legal de hipoteca que contempla bienes de cualquier tipo, sin distinción de su naturaleza mueble o inmueble, como objetos del gravamen.

Sin embargo, en el resto de las entidades federativas del país, las definiciones legales relativas al contrato de hipoteca hacen el señalamiento de que sólo los inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos pueden ser hipotecados.

De esta manera, el artículo 2887 del Código Civil del estado de Puebla nos dice que "...La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago...", redacción que de manera textual reitera el artículo 2723 del Código Civil del estado de San Luis Potosí.

En este mismo sentido, se pronuncian los Códigos Civiles de los estados de Jalisco, Morelos, Sonora y Tlaxcala al definir a la hipoteca el artículo 2822 del Código Civil de la primera entidad citada con las mismas palabras que las contenidas en su correlativo del Distrito Federal, con excepción de la utilización de la expresión "bienes inmuebles", en lugar de la sola palabra "bienes" que se contempla en este último; mientras que, por otra parte, los artículos 3182 y 3256 de los Códigos Civiles de Morelos y Sonora, respectivamente, utilizan la misma definición legal que a continuación se transcribe: "...La hipoteca es un derecho real que, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, se constituye sobre inmuebles determinados y enajenables, los cuáles no se entregan al acreedor. En caso de incumplimiento de la obligación principal, la hipoteca otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago...", para seguidamente establecer en sus artículos 3184 (Código Civil

de Morelos) y 3259 (Código Civil de Sonora) que "...La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles especialmente determinados, o sobre derechos reales constituidos sobre los mismos..."

Asimismo, el artículo 2523 del Código Civil de Tlaxcala nos dice que "...La hipoteca es un derecho real que, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, y su preferencia en el pago, se constituye sobre inmuebles determinados o sobre derechos reales..."

Por otra parte, el artículo 1987 del Código Civil del estado de Yucatán nos dice que "...La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos...", en tanto que el artículo 3070 del Código Civil de Quintana Roo es todavía más explícito en la restricción al indicar que "...Por el contrato accesorio de hipoteca se constituye el derecho real del mismo nombre sobre un determinado inmueble enajenable que no se entrega al acreedor, pero que garantiza a favor de éste el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago...", para ulteriormente reafirmar en su artículo 3072 que "...A excepción de la hipoteca naval, marítima o aérea que recae sobre naves y por tanto sobre muebles, la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles especialmente determinados o sobre derechos reales constituidos sobre los mismos, o sobre un conjunto de

inmuebles y de muebles que formen una individualidad unitaria perfectamente determinada..."

En resumen, podemos establecer que en la legislación civil vigente en el territorio nacional en materia hipotecaria coexisten dos corrientes legislativas en cuanto a la especialidad de la hipoteca, distinguibles por su aceptación o rechazo a la posibilidad de que bienes diversos a los inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos sean objetos del gravamen.

Sin embargo, por el número e importancia de las entidades federativas de la República Mexicana que han acogido en sus legislaciones civiles la definición legal de hipoteca vigente en el Distrito Federal, podemos concluir que es predominante el punto de vista que amplía la especialidad de la hipoteca a toda clase de bienes, sin distinción de su naturaleza mueble o inmueble, aunque desafortunadamente este predominio no surge de un análisis cuidadoso de la conveniencia de dicha modalidad, sino de la tradicional adhesión de las legislaturas estatales a la normatividad imperante en el Distrito Federal y por tal motivo, también es válido concluir que los legisladores que han intervenido en la redacción de Códigos Civiles que pretenden distinguirse de aquél han preferido retomar la exclusión de los bienes muebles como sujetos del gravamen hipotecario, conforme a los

principios que al respecto contenían los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

3.- Breve referencia a hipotecas no civiles sobre bienes muebles.

a) La Hipoteca Naval.- En el derecho marítimo encontramos la regulación expresa de una hipoteca cuyo objeto es mueble por naturaleza, como vendría a ser la que se finca sobre buques y resulta curioso mencionar que la reticencia a reconocer a los bienes muebles como sujetos del gravamen hipotecario, se torna evidente en el caso de la Ley Hipotecaria española que ha preferido definir como inmuebles para efectos de la hipoteca a los buques, antes que modificar las disposiciones relativas al ámbito de especialidad de la hipoteca, como una solución muy similar a la del caso de los derechos reales sobre bienes inmuebles que también fueron definidos como inmuebles por la ley, a pesar de la naturaleza mueble que la doctrina reconoce a los derechos, sin más fin que el de mantener la congruencia de la ley al respecto.

Sobre lo anterior, el Dr. Joaquín Garrigues, estudioso del Derecho Mercantil español nos dice: "...El problema técnico de la adaptación de la hipoteca a cosas que, como el buque, tenían consideración legal de bienes muebles, se resuelve en el artículo 10. de la ley, recurriendo al procedimiento de

hacer inmueble al buque al solo efecto de la hipoteca. De este modo se abre paso al crédito hipotecario, dentro del tráfico marítimo, sin necesidad de quebrantar la armonía de un sistema legal que, como el sistema español, estaba fundado en la separación absoluta entre prenda e hipoteca como instituciones que, respectivamente, se aplicaban a los muebles y a los inmuebles..." 33

Sobre este mismo aspecto, nos dice el Dr. Rafael de Pina que "...Los legisladores de aquellos países en que se exige la naturaleza de inmueble para que la cosa pueda ser objeto de la hipoteca, no son, realmente, muy congruentes con su criterio desde el momento en que autorizan la hipoteca de buques o de aeronaves, por ejemplo, mediante la ficción que supone el declarar que éstos sean considerados como inmuebles para tal efecto..." 34

En nuestro sistema legal, la preocupación en torno a la naturaleza mueble o inmueble del gravamen hipotecario no se ha traducido en modificaciones al carácter legal de los buques para efectos de la hipoteca, en atención a que el Código Civil vigente ya no restringe la especialidad de la hipoteca a los inmuebles o derechos reales trabados sobre los mismos y, en todo caso, la hipoteca naval tiene el carácter de mercantil y se regula por disposiciones autónomas a la

33 Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II. México, Ed. Porrúa, 1984, Pág. 540.

34 De Pina, Rafael. Op. cit., Volumen Cuarto, Pág. 279.

normatividad civil, ya que sólo pueden ser objeto de ésta las embarcaciones mercantes definidas como buques; pues, sólo son registrables la imposición, modificación y cancelación de los gravámenes de cualquier género que pesen sobre estos, en términos de lo dispuesto por las fracciones XVI y XVIII del artículo 21 del Código de Comercio.

Por lo anterior, debemos acudir a la doctrina para desentrañar el concepto jurídico del buque y a este respecto, el Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos dice que "...El concepto de buque es un concepto jurídico, no material. Un mismo instrumento, sin cambiar su naturaleza o sus elementos materiales, puede ser o no ser buque. Por ejemplo: una embarcación destinada al recreo será yate, y si se le destina al tráfico comercial marítimo, adquirirá la calidad de buque; un buque en operación en el tráfico marítimo, si se vende al gobierno para destinarse a fines militares, dejará de ser buque para convertirse en navío militar. La expresión buque llevará siempre implícito el calificativo de mercante..." 35

Esta clase de hipoteca no adolece de las limitaciones que en cuanto a su registro y publicidad ya analizamos al referirnos a la hipoteca civil sobre bienes muebles; pues, el Código de Comercio, en sus artículos 18 al 32, establece una regulación muy amplia del Registro de Comercio que dispone, entre otras normas, que surtirán

35 Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Marítimo. México, Ed. Herrero, 1977, Pág. 447.

efectos contra terceros las inscripciones realizadas en el Registro especial de Comercio desde la fecha de su anotación, en tanto que los artículos 646 y 647 del código en cita, señalan que las hipotecas y cantidades tomadas a la gruesa tendrán preferencia para pago de los acreedores, cuando las embarcaciones sean ejecutadas y vendidas judicialmente, siendo esta preferencia de las hipotecas por su orden, en vista de las escrituras respectivas y de su registro.

A mayor abundamiento, el artículo 96 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de noviembre de 1963, establece que:

"...Art. 96.- La Secretaría de Marina establecerá el Registro Público Marítimo Nacional, en el que se inscribirán:

...VIII.- Los gravámenes sobre los buques..."

Igualmente, el artículo cuarto transitorio de la ley en cita nos dice que:

"...4o.- En tanto se reglamenta y establece el Registro Público Marítimo Nacional, el registro marítimo será llevado en libro auxiliar del Registro de Comercio. Los registradores deben avisar a la Secretaría de Marina de todo

el movimiento que se realice en los libros del Registro Marítimo..."

Además, en relación con las disposiciones relativas al registro de la hipoteca marítima, es importante destacar que el Reglamento del Registro Público Marítimo Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1980, señala en su artículo primero que:

"...Art. 1o.- El registro de los actos y documentos previstos por la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, deberá efectuarse en el Registro Público Marítimo Nacional..."

En este orden de ideas, contrariamente a lo que acontece en el ámbito de la legislación civil, existen normas que de manera expresa establecen el registro mercantil para el control y publicidad de la hipoteca naval; pues, aunque el artículo 19 del Código de Comercio establece que la inscripción o matrícula en el Registro Mercantil es potestativa para las sociedades mercantiles o para los buques, no menos cierto es que la fracción XVIII del artículo 21 estipula que son registrables la imposición, modificación y cancelación de los gravámenes de cualquier género que pesen sobre los buques.

De lo anterior se infiere que el acreedor en una hipoteca naval está en condiciones de ejercitar cabalmente las acciones persecutoria, de venta y de preferencia en el pago que son inherentes a la naturaleza real de la hipoteca.

Por último, resta mencionar que entre la hipoteca a estudio y la hipoteca civil existe una importante distinción en cuanto a los efectos del registro, ya que la hipoteca ordinaria iniciará sus efectos en cuanto a terceros desde el momento en que haya una anotación preventiva del acto respectivo, siempre y cuando dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiera formulado éste, se presente el testimonio respectivo para su inscripción en la sección correspondiente (Art. 3016 del Código Civil); mientras que, por otra parte, el artículo 29 del Código de Comercio, señala que los efectos del registro de la hipoteca se iniciarán desde el momento de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros posteriores o anteriores no registrados.

b) La Hipoteca sobre Medios de Transporte.- El artículo 92 de la Ley de Vías Generales de Comunicación establece la posibilidad de constituir hipotecas u otros gravámenes reales sobre todas las líneas y vehículos, embarcaciones y demás bienes que formen el sistema, o sobre una parte solamente de las empresas dedicadas a la explotación de una vía general de comunicación.

Sin embargo, dentro de esta clase de hipoteca no se subsume la naval a que nos referimos en el apartado que antecede, porque ésta encuentra su apoyo en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, además de que en la enumeración de las vías generales de comunicación a que se refiere el artículo primero de la ley respectiva, no se hace referencia alguna a los buques o empresas de transportación marítima.

Los casos más importantes del tipo de hipoteca en comento, sería la de los vehículos propiedad de empresas concesionarias del servicio público federal de carga o transporte de personas, así como las aeronaves destinadas a la transportación comercial de cosas o personas, ya que el artículo 92 de la ley en cita prevee la posibilidad de hipotecar parte de los sistemas afectos a una empresa dedicada a la explotación de una vía de comunicación.

El material rodante de los ferrocarriles, como locomotoras y vagones, podría encuadrar dentro de esta clase de hipoteca; pero, la fracción XIII del artículo 750 del Código Civil vigente lo ha definido como inmueble, en una solución que nos recuerda a la adoptada por la Ley Hipotecaria Española al referirse a la hipoteca naval, atribuyendo el carácter de inmuebles a los buques para el sólo efecto de ésta; no obstante la evidente naturaleza mueble de estos bienes.

Desde luego, la hipoteca así constituida deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio para ser oponible a terceros.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera.- El Título Décimoquinto de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil del Distrito Federal vigente, relativo a la hipoteca, acusa una notable influencia de la Ley Hipotecaria Española del 21 de diciembre de 1869, cuyos postulados básicos fueron incorporados a nuestra legislación durante la promulgación del Código Civil de 1870 y que, reproducidos por el Código Civil de 1884, adquirieron carta de naturalización definitiva en nuestro país al servir este último de principal modelo del vigente.

Segunda.- La diferencia más significativa entre las definiciones legales de hipoteca del Código Civil vigente y sus antecesores, está constituida por la ampliación de la esfera objetiva de la hipoteca a toda clase de bienes, sin importar su naturaleza mueble o inmueble.

Tercera.- La permanencia en nuestra historia legislativa del principio de separación entre prenda e hipoteca como instituciones que, respectivamente, se aplican a los muebles y a los inmuebles, como una herencia de la influencia española en nuestro derecho hipotecario que subsistió hasta el 31 de agosto de 1932, último día de vigencia del Código de 1884, produjo un notable rezago de las disposiciones que regulan la publicidad y registro de las hipotecas

mobiliarias; pues, aunque el Código de 1928 ya no distingue entre ambas instituciones por su objeto, sino a partir del hecho de que exista o no tradición del bien gravado en favor del acreedor mientras subsista el gravamen, no menos cierto es que la ampliación de la definición legal de esta última a toda clase de bienes, no ha sido acompañada de las correspondientes adecuaciones a las normas registrales que le son relativas.

Cuarta.- El evidente beneficio de la constitución de gravámenes reales sobre bienes muebles, dio paso en nuestro sistema legal a la prenda sin tradición real o material del bien pignorado, aunque sí jurídica, por así haberlo convenido las partes y por haber inscrito el gravamen en el registro Público; aunque, estimamos que esta solución se impuso por la necesidad de no quebrantar la armonía de un sistema legal que, como en el caso español, estaba fundado en la separación absoluta entre prenda e hipoteca, como instituciones que se referían a muebles e inmuebles.

Quinta.- Una muestra de que nuestro legislador no se ha sustraído totalmente a la influencia española de limitar la hipoteca a los inmuebles y la prenda a los muebles, lo constituye la creación de la llamada prenda sin desplazamiento a que se refiere el artículo 2859 del Código vigente, que no significa otra cosa que la pignorcación de un bien mueble sin desposeer del mismo a su propietario durante

la vigencia del gravamen; no obstante que habría sido más congruente con nuestro sistema legal el reforzamiento de las normas registrales relativas a la hipoteca mobiliaria.

Sexta.- Otras secuelas de la larga permanencia histórica en nuestra normatividad civil del principio de exclusión de los bienes muebles como sujetos de la garantía hipotecaria, estriban en la notable ausencia de disposiciones legales que permitan el registro y publicidad de una mayor variedad de hipotecas mobiliarias, cuyos escasos tipos fueron contemplados en el cuerpo de la presente tesis, así como en la circunstancia de que se otorgue por disposición de la ley el carácter de inmuebles a bienes de evidente naturaleza mueble.

Séptima.- Dada la conveniencia socioeconómica del crédito hipotecario por encima del pignoraticio, basada en la circunstancia de no desposesión del bien gravado, lo que permite que el deudor pueda seguir explotando sus propiedades y estar en mejores condiciones de cubrir la deuda, estimamos conveniente modificar el artículo 3069 del Código vigente y disposiciones que le son correlativas del Reglamento del Registro Público de la Propiedad para que sean legalmente inscribibles en los folios de operaciones sobre bienes muebles las hipotecas constituidas sobre éstos.

Octava.- Dada la ampliación de la esfera objetiva de la garantía hipotecaria a toda clase de bienes, incluyendo los muebles, estimamos que una solución adecuada para la normatividad imperante en el Código vigente sería la derogación de las disposiciones que permiten la constitución de la prenda sin desplazamiento y la modificación de las normas registrales necesarias para permitir la publicidad y registro de toda clase de hipotecas mobiliarias, con el fin de no romper la armonía de un sistema legal que actualmente distingue a la prenda de la hipoteca a partir de la circunstancia de que exista o no la entrega del bien gravado al acreedor, mientras subsista el gravamen.

B I B L I O G R A F I A

- Batiza, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. México, Ed. Porrúa, Primera Edición, 1979.
- Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. México, Ed. Porrúa, Décima Primera Edición, 1989.
- Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. México, Ed. Porrúa, Décima Edición, 1988.
- Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Marítimo. México, Ed. Herrero, Primera Edición, 1977.
- Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. México, Ed. Herrero, Segunda Edición, 1970.
- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Segundo, Bienes-Sucesiones. México, Ed. Porrúa, Décimo Primera Edición, 1987.
- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Cuarto, Contratos en Particular. México, Ed. Porrúa, Sexta Edición, 1986.
- Flores Gómez González, Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. México, Ed. Porrúa, Cuarta Edición, 1984.
- Galindo Garfias, Ignacio y otros. Código Civil Comentado para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1988.
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. México, Ed. Porrúa, Octava Edición, 1987.
- Gaudemet, Eugène. Teoría General de las Obligaciones. México, Ed. Porrúa, Segunda Edición, 1984.
- Margadant S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. México, Ed. Esfinge, Décimo Quinta Edición, 1988.
- Ortiz Urquidi, Raúl. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. México, Ed. Porrúa, 1974.
- Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. México, Ed. Epoca, Traducido de la Novena Edición Francesa, 1977.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo Tercero, Bienes, derechos Reales y Posesión. México, Ed. Porrúa, Sexta edición, 1985.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, Volumen Segundo, Contratos. México, Ed. Porrúa, Quinta Edición, 1986.

LEGISLACION CONSULTADA.

Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal de 1928.

Códigos Civiles de los estados de la República Mexicana.

Código de Comercio.

Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

Ley de Vías Generales de Comunicación.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal.

Reglamento del Registro Público Marítimo Nacional.