

300609



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

10

“FORMALIDAD Y PUBLICIDAD EN LA
HIPOTECA”

EJEMPLAR UNICO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
BLANCA ESMERALDA LARREA WONG

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

002

MEXICO, D. F.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

1

A Mi Padre

"...Quien con su ejemplo de rec
titud y honestidad, su apoyo,
cariño y amistad siempre desin
teresados, han hecho de mi lo
que ahora soy..."

A Mi Madre

"...En quien he encontrado siem
pre un apoyo incondicional y -
que con su inmesurable cariño
y comprensión me ha sabido --
guiar por el sendero de la vi-
da..."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mis hermanos

Juan Antonio
Serafin Sebastian
Julio Manuel

INDICE

PROLOGO	8
---------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA.

1. Antecedentes históricos en el Derecho Romano.	11
2. Antecedentes históricos en el Derecho Español.....	24
3. Antecedentes históricos en el Derecho Alemán.	29
4. Antecedentes históricos en el Derecho Mexicano.....	37

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS.

1. Concepto.....	47
2. Elementos.....	53
2.1 Elementos personales.....	53
2.2 Elementos esenciales.....	55
2.3 Elementos de validez.....	56
3. Características.....	57
3.1 Accesoriedad.....	57
3.2 Su naturaleza de derecho real de garantía.....	63
3.3 Indivisibilidad.....	64
3.4 Inseparabilidad.....	66
3.5 Caracter inmueble y por excepción mueble.	67
3.6 Aspecto especial y expreso.....	68

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4. El problema del objeto.....	71
4.1 Principales casos de hipoteca.....	77
4.1.1. Hipoteca del derecho de copropie - dad.....	77
4.1.2 Hipoteca del derecho de usufructo.....	78
4.1.3 Hipoteca de la nuda propiedad.....	78
4.1.4 Hipoteca de hipoteca.....	80
4.1.5 Hipoteca de las servidumbres.....	80
4.1.6 Hipoteca de la posesión.....	81
4.1.7 Hipoteca de la herencia.....	81
5. Efectos de la hipoteca.....	82
6. Extinción de la hipoteca.....	86
7. Acciones hipotecarias.....	90

C A P I T U L O T E R C E R O

LA FORMALIDAD EN LA HIPOTECA.

1. La formalidad	93
1.1 La clasificación de los contratos en cuan to a su formalidad.....	95
1.1.1 Contratos consensuales.....	95
1.1.2 Contratos formales.....	96
1.1.3 Contratos solemnes.....	97
1.1.4 Contratos reales.....	98
2. Requisitos de fondo y forma.....	99
2.1 Formalidades a través de los diversos C6- digos para el Distrito Federal.....	100
3. Facultad del Notario para autenticar y dar -- forma.....	105
3.1 La formalidad conforme a la Ley del Nota- riado.....	110

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.2 La escritura pública como instrumento que le da al contrato la forma debida.....	112
3.3 La fe pública del Notario.....	116
4. Análisis del artículo 2917 del Código Civil - para el Distrito Federal.....	118
4.1 Decreto por el que se adiciona el artículo 42 de la Ley del Instituto del Fondo - Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.....	121
5. Sanción por falta de formalidad.....	121
6. La liberación de la hipoteca.....	127

C A P I T U L O C U A R T O

LA PUBLICIDAD DE LA HIPOTECA

1. Publicidad de la hipoteca.....	130
1.1 Clasificación de los Sistemas Registrales	131
1.1.1 Sistema Francés.....	132
1.1.2 Sistema Germánico.....	133
1.1.3 Sistema Australiano.....	135
1.1.4 Sistema Mexicano.....	137
1.2 Características fundamentales de nuestro sistema.....	138
1.2.1 Publicidad.....	138
1.2.2 Oponibilidad.....	138
1.2.3 Especialidad.....	138
1.2.4 Autenticidad.....	139
1.2.5 Tracto sucesivo.....	139
1.2.6 Rogación.....	139
1.2.7 Prioridad.....	140
2. El Registro Público de la Propiedad.....	141
2.1 Origen.....	141
2.2 Nociones Generales.....	142

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

6

3. Registro de hipotecas.....	143
4. Efectos legales de su registro.....	146
4.1 Terceros para efectos de registro.....	148
4.2 Falta de inscripción de la hipoteca.....	150
5. Nulidad de la inscripción.....	152
6. Relación entre el Notario y el Registro Público.....	153
CONCLUSIONES	157
BIBLIOGRAFIA.....	162

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

P R O L O G O

"...Sicut prior es tempo-
re ita potior es jure."
(L. 2, C.,)

A través del desarrollo de este trabajo, pretendo dar un panorama de la significación que tiene la hipoteca en la actualidad, en virtud del fomento y circulación de la riqueza a través del crédito inmobiliario, ya que al afectar bienes que por su naturaleza de permanencia y la imposibilidad de ser desplazados (salvo algunas excepciones) o sustituidos, constituyen--por si mismos una sólida garantía para el acreedor.

Esta tesis, la realizo de la mejor manera que me ha sido posible, tomando en cuenta las fuentes de información que he -tenido a mi alcance y atendiendo a las limitaciones intelectuales de carácter jurídico, en virtud de no poseer la experien -cia necesaria en muchos aspectos, la cual se adquiere a través del tiempo.

Primeramente haré una breve referencia a la evolución his -tórica que ha tenido la hipoteca, haciendo alusión posterior -mente a las características generales de la misma y dando mi o -pinión al respecto.

Posteriormente al referirme a la formalidad de la misma, -haré mención a la importancia que ésta tiene en nuestro dere -cho, ya que se está perdiendo por querer el legislador antepo -ner cuestiones de orden práctico y económico a otros más impor

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tantes como son la seguridad jurídica, y la trascendencia que esta tiene dentro del orden social.

Además por ser la formalidad una "protección" a intereses de orden económico, trataré al Notariado y algunos de sus aspectos, en virtud de ser este el medio idóneo para que la hipoteca llene la formalidad exigida por la ley, es decir, el otorgarla en instrumento público. También destacaré la importancia que tiene la intervención de un profesional de derecho en el otorgamiento de la misma como contrato, por regularlo así - el Código Civil dentro de ese apartado, siendo en realidad una garantía real.

En el capítulo referente a la publicidad, destacaré la importancia que esta tiene, mayormente en la actualidad, ya que los créditos que originan esta garantía son tan importantes y comunes, y al estar de por medio un bien susceptible de ser hipotecado, es necesario no solamente el que las partes que intervienen en la celebración del contrato sean sabedoras de los derechos y obligaciones que por el mismo contraen, sino también la importancia que tiene el dar a conocer ese acuerdo de voluntades a terceras personas, con el fin de evitar la clandestinidad característica en el derecho romano y en esta forma evitar fraudes y daños a terceros.

En síntesis, es mi intención resaltar a lo largo de esta tesis, la importancia que tiene en la actualidad, la formali-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dad y la publicidad en la hipoteca.

Blanca Esmeralda Larrea Wong.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA.

1. Antecedentes Históricos en el Derecho Romano
2. Antecedentes Históricos en el Derecho Español
3. Antecedentes Históricos en el Derecho Alemán
4. Antecedentes Históricos en el Derecho Mexicano

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA

1. DERECHO ROMANO.

La hipoteca, es una institución jurídica, que tiene sus primeros antecedentes en el derecho griego, significando la prenda de un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, pero con la desventaja de que desposeía al -- deudor de la finca, teniendo por consiguiente características semejantes a la anticresis. En esta, el deudor entregaba a su acreedor una finca para garantizar su deuda, quedando facultado el mismo para disfrutarla por cuenta de los intereses debidos y del capital, o solo del capital, sino se pactaban intereses.

Los romanos perfeccionaron esta institución jurídica al darle el carácter de un derecho real constituido sobre bienes inmuebles o muebles, los cuales no se entregaban al acreedor, y garantizaban el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.¹

En el derecho romano Prejustiniano, no encontramos una diferencia terminológica entre prenda e hipoteca, la única diferencia estribaba en el sonido, y para designar las diferencias - que existían entre un derecho real de garantía con o sin desposeimiento, se utilizaban los términos "pignus contractum" y

1. Rafael Rojas Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo Sexto. Contratos. Volumen II. Cuarta Edición Editorial Porrúa S.A. México 1981. pág. 338

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"pignus conventum".²

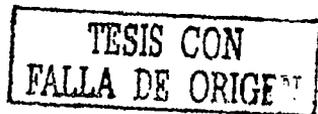
En su concepción primitiva, la hipoteca, no daba al acreedor más que el derecho de reclamar y obtener la posesión del objeto en caso de que no hubiese pagado, y el de guardarla hasta que hubiese recibido satisfacción del deudor. En virtud de lo anterior, surge la costumbre de añadir al contrato de prenda o a la convención de hipoteca, pactos accesorios para asegurar un desenlace rápido del conflicto:³

- a) Por medio de la "lex commissoria", ambas partes convenían que si el deudor no pagaba, el acreedor se haría propietario de la cosa dada en prenda. Este pacto fue prohibido por Constantino, ya que podía suceder que el deudor, forzado por la necesidad, diera en prenda una cosa muy superior al valor de su deuda.
- b) Otro pacto más equitativo, para garantizar la seguridad del deudor, fue el permitir que a falta de pago, se vendiera el objeto, pudiendo el acreedor pagarse con su precio, y dejando a salvo la restitución al deudor, el excedente del importe de la deuda.

Con Ulpiano, se hablaba de "pignus", si el objeto era en-

2. Guillermo Floris Margadant S. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Octava Edición. Editorial Esfinge S.A. México 1978. pág. 290.

3. Eugena Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena Edición. Editorial Epoca S.A. México D.F. 1979. pág. 299



tregado al acreedor, y de "hipoteca" si el acreedor no recibía la posesión. El acreedor, al querer tener una garantía real - durante la existencia del crédito, exigía al deudor la propiedad de algún bien "fiducia cum creditore", o en su defecto, le compraba al deudor en un sestercio un objeto valioso, el cual era vendido al mismo precio al deudor en el momento de extinguirse la deuda. También podía el acreedor comprar algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía en calidad de préstamo, obligándose el acreedor a vender al deudor el objeto en determinado plazo en un precio que incluía el préstamo más los intereses. Este pacto de retroventa, se solía introducir en la venta por un "pactum fiduciae" que le daba la facultad al deudor, una vez pagada la deuda a exigir la retroventa por medio de una "actio fiduciae", siendo esta en realidad una operación de garantía."

La "fiducia cum creditore" ofrecía riesgos al deudor, ya que en el caso en que el acreedor vendiera el objeto, el deudor sólo tendría un derecho personal contra el acreedor y no un derecho real. En caso de quiebra del acreedor, el bien entregado por el deudor respondía de las deudas de aquél. Solía suceder que el bien tenía un valor muy superior al préstamo y el deudor no podía utilizar el mismo bien como garantía de otros préstamos.

4..Guillermo Floris Margadant. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Obra Citada. pág. 290 y S.S.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al introducirse la prenda posesoria, la situación del deu dor mejora, ya que el acreedor sólo tenía la posesión del obje to y el deudor la propiedad, considerándose por tanto la venta ineficaz, y pudiendo el deudor ejercitar su derecho real para reclamar el objeto ante terceros.

Los inconvenientes de la enajenación fiduciaria y de la - prenda se dejaban sentir sobre todo en una relación rural, en- tre un inquilino y el propietario de una hacienda, esto en vir tud de que el primero, era evidente que necesitaría sus instrum entos para trabajar, sus ganados y utensilios agrícolas, de - los cuales no podía privarse para seguir produciendo. Es por eso que se admitió que los ganados y objetos diversos llevados sobre el fundo por el inquilino "invecta et illata" responde- rían de la renta, sin dejar de conservar el inquilino la pose- sión de ellos. En fecha desconocida, un pretor permitió al a rrendador, sino había sido pagado, el obtener del inquilino la posesión de las cosas afectas al pago por medio de la "inter- dictum salvianum". Pero en el caso en que el deudor venciera los bienes, el acreedor solo tenía una acción personal contra el deudor, sin disponer de una acción real para hacerla efecti va contra terceros. De ahí que se le diera una protección -- más eficaz al acreedor, por lo que un pretor llamado Servius, - crea la "actio serviana" en virtud de la cual en defecto de pa go a su vencimiento, el acreedor pudiera hacer valer contra el deudor y contra cualquier tercero, un verdadero derecho real -

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sobre las cosas sujetas al pago, y hacerse poner en posesión, a menos que el demandado prefiriera pagar la deuda.⁵

Las ventajas de esta práctica impulsaron a los pretores -- siguientes a generalizar su aplicación, cualquiera que fuese la naturaleza del crédito. Desde entonces, todo deudor pudo conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de ninguno de sus bienes.

Más adelante por medio de la "actio cuasi serviana" el -- sistema se extiende a otras relaciones jurídicas, además de -- las existentes entre un propietario de una hacienda y su inquilino, así es como surge en diferentes etapas el "pignum conventum" que es lo que sería actualmente la hipoteca moderna. Este progreso no se menciona en los textos; sino hasta mediados del siglo I de nuestra era.⁶

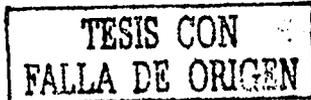
Estando así los intereses del deudor y acreedor conciliados, ya que:⁷

- 1) el acreedor hipotecario no adquiría ni la propiedad, ni la posesión de la cosa, sino solamente un derecho especial, que le permitía en caso de que no se le pagara al vencimiento, tomar en posesión los bienes y tener una situación igual a la que le hubiese dado la prenda, y por-

5. Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Obra citada. pág.298

6. Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Obra Citada. pág. - 298 y s.s.

7. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 340.



otro lado,

- 2) el deudor, mientras no se extinguiese su deuda, conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada, pudiendo utilizarla y afectarla a la seguridad de los demás acreedores. Este inconveniente, se debe principalmente a la falta de publicidad de que se careció en el sistema romano.

La hipoteca para el derecho romano es un derecho real accesorio, que supone una deuda sin importar la naturaleza de esta, pudiendo ser civil o natural, pura y simple, a término o condicional. La hipoteca puede asimismo garantizar una deuda futura.⁸

Además comprende un derecho indivisible, fundándose en la indivisibilidad presunta de las partes, significando esto, que subsiste toda entera sobre el bien gravado, aun en el caso en que una parte de la deuda haya sido cubierta, lo que no sucede actualmente, ya que por disposición de ley es divisible en cuanto a los bienes gravados, e indivisible por naturaleza en cuanto al crédito.

La hipoteca, se establecía a veces tácitamente en provecho de ciertos acreedores: bien haya sido consagrada por el uso, como fundada en la voluntad presunta de las partes, o bien

8. Eugene Petit. Obra citada. pag. 300.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hubiera sido creada por una ley.

El objeto de la prenda o hipoteca, podía ser:⁹

- Un bien corporal, siempre que se trate de un res in -
commercio, incluyendose dentro de estos, el corpus ex -
distantibus (rebaño) extendiéndose el derecho real a -
sus incrementos.
- Un derecho de crédito (pignus nominis)
- Un derecho de usufructo.
- Una servidumbre real, si el acreedor es vecino del pre -
dio sirviente, lo cual es contrario a lo que nos dice -
el artículo 1064 del Código Civil vigente: "Las servi -
dumbres son inseparables del inmueble a que activa o pa -
sivamente pertenecen", esto en virtud de que una servi -
dumbre, no se puede traspasar sin el predio dominante.
- Un derecho de prenda o hipoteca, (subpignus) es decir,
dar como prenda un crédito garantizado por una prenda.
- Todo un patrimonio presente, e inclusive futuro.

Los derechos del acreedor prendario o hipotecario consis -
tían en su origen, unicamente en un derecho real de retención
que implicaba la facultad de reclamar la prenda de cualquier
poseedor.

Dentro de los derechos del acreedor prendario deriva auto -
maticamente del derecho de prenda la facultad de recuperar los

9. Guillermo Floris Margadant . Obra citada. pág. 299

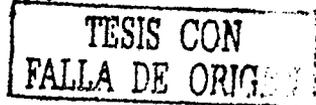
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gastos hechos para la conservación del objeto y reclamar daños y perjuicios causados por la posesión de la prenda.

La posición jurídica del acreedor podía mejorarse mediante pactos adicionales como son: ¹⁰

1. El pacto anticrético, en el que se autorizaba al acreedor a utilizar el objeto dado en prenda, probablemente renunciando a los intereses.
2. El pacto comisorio, por medio del cual, las partes convienen que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor se convierte automáticamente en dueño del bien hipotecado o de la prenda.
3. El pacto de vendendo, que autorizaba al acreedor a vender la prenda o el bien hipotecado, en caso de incumplimiento del deudor, pagando primero con el producto de la venta, los gastos y el importe del crédito y luego devolviendo la demacia al propietario de la prenda. Decidiendo Justiniano finalmente, que ese pacto iba implícito en todo contrato de prenda o hipoteca, pero no debía proceder dolosamente. Si resultaba imposible vender la prenda, la autoridad puede adjudicarla al acreedor prendario en un precio fijado por valuadores (impetratio domini). El derecho postclásico, preocupado por defender al deudor contra

10. Guillermo Floris Margadant. Obra citada. pág. 294.



la voracitas creditorum, ve esta situación con desconfianza y permitió que, todavía durante dos años, pudiera el deudor volver a comprar el objeto en cuestión por el valor del adeudo original, más los intereses. En el caso en que el acreedor prendario venda la prenda y un tercero compruebe su mejor derecho, el derecho romano decide, que en tal caso, quien dió el objeto en prenda debe indemnizar al comprador perjudicado, pero duda de la acción exacta que éste debe utilizar.

Dentro de los deberes del acreedor prendario, están: el - explotar el objeto debidamente, si este está destinado a producir frutos, aplicando estos primero a los intereses del crédito y luego al capital.

En el caso en que la prenda no esté destinada a una explotación económica, no podrá usarla, de lo contrario comete un robo de uso (furtum usus). En el caso en que la prenda exija cierta utilización para su conservación, la podrá utilizar estrictamente hasta el grado objetivamente útil para la misma.

El acreedor, además, tiene la obligación de hacer los gastos que sean indispensables, ya sean ordinarios o extraordinarios, para la conservación de la misma.

Está a cargo del acreedor prendario el deber restituir la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

prenda en el momento de extinguirse la obligación principal. Pero en el caso de convertirse en una obligación natural, es decir, que no pueda reclamarse judicialmente, el derecho romano no obliga al acreedor a devolver la prenda, mientras no haya cumplido el deudor natural.

En el caso en que la prenda fuera vendida, el acreedor debía organizar dicha venta de buena fe y entregar el exceso (la "hyperrocha"), al antiguo propietario de la prenda.

Dentro de los deberes del propietario de la prenda, están: el de responder de sus afirmaciones en cuanto a su derecho de propiedad y cualidades de la misma, haciéndose responsable en caso contrario de las consecuencias.

En caso de existir pluralidad de acreedores, se aplicaba la regla "potior tempore, potior iure". Sin embargo hubo hipotecas que lograban un lugar preferencial sobre las demás por disposición imperial.¹¹ Entre estas hipotecas privilegiadas están: la del acreedor cuyo dinero ha servido a la adquisición y a la conservación o mejora de la cosa hipotecada; la de la mujer, sobre los bienes del marido, para la restitución de la dote (Justiniano decide en el año de 531 que esta hipoteca pase delante de todas las demás, aún anteriores a la celebración del matrimonio¹²); la del fisco; la de los pupilos sobre los bienes de sus tutores; las solemnes, constituidas con intervención de

11. Guillermo Floris Margadant. Obra citada. pág. 297

12. Eugene Petit. Obra citada. pág. 305

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

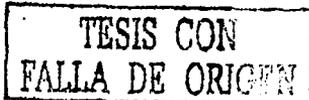
notarios u otras personas de fe pública o con intervención de tres testigos.

El sistema hipotecario romano, muestra varios defectos, - que explican porque en la práctica, el romano prefería la garantía personal a la real. Esto en virtud de que el romano - típico, hacía gala de exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones, y así el acreedor al escoger con algún cuidado a sus fiadores, obtenía de la garantía personal, una mejor protección de sus intereses. Por otra parte, la mala organización del crédito hipotecario implicaba también sus peligros para la economía y la estructura social del imperio.

La hipoteca y la prenda, se constituían por los siguientes medios:¹³

- a) Por convenio, después del cual la entrega era esencial.
- b) Por testamento, el testador como legado, podía dar un derecho de prenda o hipoteca al acreedor.
- c) La hipoteca, podía nacer directamente por la ley, como por ejemplo, los derechos hipotecarios a favor del pupilo, de la esposa, mencionados anteriormente.
- d) Por sentencia judicial, en caso de la división de una cosa común.
- e) En tiempos preclásicos, existía además, la legis actio de la pignoris capio, por la cual el acreedor, en presencia de testigos y pronunciando ciertas fórmulas tra

13. Guillermo Floris Margadant. Obra citada. pág. 300



dicionales, podía tomar posesión de determinados bienes del deudor. Procedía sólo en relación con deudas fiscales, militares o sagradas, y no exigía la intervención de autoridad alguna.

En cuanto a la extinción de la hipoteca y la prenda, podía ser por las siguientes causas:

- a) Por el pago de la deuda garantizada, siempre y cuando fuera total.
- b) Por renuncia, lo cual no implicaba la renuncia al crédito mismo.
- c) Por pérdida del bien hipotecado.
- d) Por venta del bien hipotecado o de la prenda, en ejercicio del ius vendendi del acreedor.
- e) Por confusión.
- f) Por prescripción extintiva, en caso de que el acreedor omitiera el ejercicio de la acción hipotecaria, durante cuarenta años a partir del primer momento en que esta acción hubiera podido ejercerse.

Dentro de los importantes defectos del sistema hipotecario romano, que nos señala Margadant, están:¹⁴

- 1. La falta de publicidad.
- 2. La clandestinidad, la cual fue mayor, cuando el legislador creó toda clase de hipotecas legales tácitas.
- 3. La posibilidad de hipotecas generales, esto es, las que

14. Guillermo Floris Margadant. Obra Citada. pág. 299



tuvieren por objeto todos los bienes y créditos del deudor.

4. La defectuosa organización de la venta, en la que si no existía un pacto especial, podía efectuarse sin pu blicidad, y en el caso en que el acreedor perjudicará al deudor dolosamente, el deudor sólo tenía una acción personal contra áquel.

Para concluir, podemos decir, que la hipoteca en el Derecho Romano, se caracterizó como un derecho real constituido so bre bienes muebles o inmuebles, para garantizar una obligación principal, pero sin desposeer al deudor de la cosa gravada, -- concediendo al acreedor un derecho de persecución, venta y pre ferencia en el pago. Siendo además, la naturaleza de la hipoteca, característica, girando todo alrededor del deudor y de la obligación principal, y desempeñando las garantías reales - un papel secundario, manteniendo su carácter accesorio, rígida mente subordinado a la existencia y validez de la obligación principal, sin que pudiese existir la separación entre uno y o tro.

En mi opinión, a pesar de que la acción de venta y preferencia en el pago, y la acción persecutoria, fueron reconocidas en el derecho romano, el mayor defecto que tuvo, fue la falta de publicidad, ya que esto impidió su oponibilidad respecto - de terceros adquirentes de buena fe, haciendo esto, ineficaz -

las acciones persecutorias y de preferencia en el pago.

2. DERECHO ESPAÑOL.

La ley hipotecaria española, fue fruto de un período de formación que principia en el real decreto del 8 de agosto de 1855 y termina con la promulgación del texto primitivo el 8 de febrero de 1861. Se componía de 4 secciones: 1) forma y efectos de la inscripción, 2) derecho hipotecario en su sentido estricto (hipotecas voluntarias y legales), 3) organización de los registros, y, 4) derecho transitorio.¹⁵

La ley hipotecaria española, recoge enseñanzas de ordenamientos germánicos, colocándose a su altura, al haber subordinado, no sólo la adquisición en cuanto a terceros en la propiedad inmobiliaria, sino también la existencia de sus cargas y limitaciones a la inscripción en una oficina pública; por haber desarrollado el mecanismo de las anotaciones preventivas de conformidad con las exigencias de la equidad; por haber dado el golpe de muerte a las hipotecas clandestinas generales e independientes, lo cual como ya traté anteriormente era común en el derecho romano; y por haber desenvuelto el Registro de la Propiedad sobre los principios de publicidad de los asientos, especialidad en los gravámenes y legalidad en los documentos inscribibles.

Dentro de las innovaciones que trajo la ley del 3 de di-

15. Jerónimo González y Martínez. Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil. Tomo I. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid 1948. pág. 201

ciembre de 1869, encontramos:

- La ampliación del concepto finca con la sustantivación de innumerables derechos reales a los cuales se podía abrir folio por separado.
- El dictar disposiciones dirigidas a complementar la titulación primordial, auténtica o quirografaria y a facilitar la supletoria información de posesión y dominio.

Tras esa ley, vinieron otras muchas que modificaron directamente la ley hipotecaria o alternaron sus preceptos sin introducir variaciones radicales, entre ellos, está la Ley del 2 de diciembre de 1872, creando el sistema hipotecario que -- dió a las cédulas hipotecarias por garantía directa las hipotecas constituidas a favor del mismo y reglamentó especialmente el procedimiento ejecutivo por créditos de tal naturaleza.

La Ley del 17 de julio de 1877, restringe la protección hipotecaria, al decir que el tercero que haya adquirido a título oneroso y renuncia de hipoteca legal por las mujeres que hubieren contraído matrimonio antes de empezar a regir la Ley hipotecaria.

La ley del 15 de agosto de 1873, habla principalmente sobre la reconstrucción de registros.

La entidad finca, base del derecho hipotecario, no es conocida por el Código Civil que desenvuelve detenidamente la --

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

distinción de las cosas muebles e inmuebles, y emplea la palabra finca en su sentido vulgar.¹⁶

Dorta Duque, al referirse al antiguo derecho español, indica que en el mismo tampoco tuvo importancia la naturaleza - mueble o inmueble de las cosas hipotecadas, pues después de que se abolió el derecho romano en España, el Fuero Juzgo (siglo VII), mantuvo el criterio de que la prenda podía recaer tanto sobre muebles, como respecto a inmuebles, pero con la desposesión del deudor. Esta tendencia continúa en el título V del libro II del Fuero Viejo de Castilla (año 1212); posteriormente, al recobrar nuevamente el derecho romano su influencia en España, se admitió la garantía real sin la desposesión del deudor.¹⁷

Actualmente, el derecho hipotecario español, aparte del Registro de Buques, organiza el Registro de determinados bienes muebles a los que considera susceptibles de prenda sin desplazamiento posesorio, y en estos casos, surgen verdaderas hipotecas inmobiliarias, que el legislador no ha querido transformar en reformas parciales la economía general del Código Civil y de la Ley Hipotecaria en este punto, por lo que ha preferido, ante las necesidades prácticas, que padezcan los conceptos jurídicos.

16. Jerónimo González y Martínez. Obra citada. pág. 208

17. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 89 y S.S.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En la ley VI del título XIX, libro III del Fuero Real de España (año 1255), se dispone aunque con la palabra peño, una hipoteca legal tácita a favor del rey por lo que se le debiera, y a favor de la Iglesia sobre los bienes del obispo.

Finalmente triunfa con las Siete Partidas (año de 1265)- el derecho romano, y casi íntegramente su sistema de garantías reales se implanta al proclamarse en la Ley I del título XII, de la Quinta Partida, que el peño comprende tanto cuando se apodera el acreedor de la cosa empeñada, y con mayor razón si es mueble, como cuando la empeñare. En la misma legislación alfonsina, se califican los peños con análogo criterio al seguido en el derecho romano, distinguiéndose tres formas de garantía: la voluntaria, producida con el criterio de los hombres; la judicial, cuando el juzgador manda entregar a alguna de las partes bienes; y la legal, que era la constituida a favor del rey por razón de rentas, y a favor de la mujer sobre los bienes del marido, por razón de la dote. La garantía voluntaria y la judicial, se constituían expresamente, y la legal, en forma tácita.

Hasta las Leyes del Toro en el año de 1505, se emplea el término hipoteca, que en la Novísima Recopilación, aparece referida a las casas y heredades, siendo necesaria su inscripción.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el moderno derecho español, es un requisito indispensable que la hipoteca, recaiga sobre bienes inmuebles, los que además deben ser enajenables e inscribibles en el Registro de la Propiedad, y es así como el artículo 106, proclama el carácter inmobiliario de la hipoteca, siguiendo el criterio de las legislaciones modernas.

El criterio referido a que la hipoteca podía constituirse sobre bienes muebles o inmuebles, en el derecho romano, pasa a la legislación de Partidas, pero la vigencia de estas leyes, - en la vida práctica, sólo se hacía uso de la hipoteca refiriéndose a bienes inmuebles, debido a que estos bienes no se pueden ocultar y además pueden dejarse en poder del deudor, sin que esto ofrezca un peligro o un riesgo para el acreedor. Este uso trascendió a la vida científica, y se suscitaron algunas dudas acerca de si la hipoteca tenía o no carácter esencialmente inmobiliario, a diferencia de la prenda.

En 1861, el legislador, quiso acabar con estas dudas y proclamó el carácter inmobiliario de la hipoteca. En su exposición de motivos, decía que para poder fijar una diferencia terminante entre hipoteca y prenda, se establecía que sólo podrían ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables. Es así como en el Derecho Español y en nuestra legislación anterior de 1870 y de 1884, la hipoteca, se consideró como un derecho real inmueble, no obstante su naturaleza

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

accesoria, para garantizar un crédito que es un bien mueble.

La ley Hipotecaria Española de 1861, en lo referente a los frutos, nos dice que los frutos pendientes, no se podrán hipotecar con separación del predio que los produzca, significando esto, que si se pueden hipotecar como accesorios del predio al cual están unidos, pero en este caso es necesario que se haga constar expresamente y en tal sentido se pronuncia el artículo 110 de la ley Hipotecaria Española reformada.

La Ley Hipotecaria Española se caracteriza por su especialidad y publicidad, misma que fue copiada del derecho alemán y posteriormente adoptada en nuestros Códigos.

3. DERECHO ALEMÁN.

La genealogía del sistema hipotecario alemán, se remonta a la Edad Media. El derecho germánico medioeval, conoce y reglamenta dos formas de garantía inmobiliaria (peños). Una consiste en entregar la finca al acreedor para que la disfrute hasta que le sea saldada la deuda; otra, en rentar el deudor la posesión del inmueble, pero quedando sujeto este a una especie de proscripción judicial, por la cual se le reserva al acreedor, vencida la deuda, la posibilidad de cobrarse del fundo, mediante la intervención de los tribunales. La imposición de la garantía, se realizaba en ambos casos en forma pública, para dar a los herederos del transmitente, o a cuantos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

puedan tener alguna expectativa sobre la finca, ocasión de intervenir. ¹⁸

Al terminar la Edad Media, el Derecho Germánico, se encontró pues, con una forma de crédito territorial que presenta muchos puntos de analogía con la hipoteca moderna, destacando entre ellos: su régimen de sustantividad respecto de la prenda inmobiliaria, las formas públicas exigidas para su constitución, y su asiento en los libros públicos, la reserva de la posesión de la finca por parte del propietario, gravitación de la deuda sobre el fundo, pago del acreedor mediante la venta de la finca realizada por los tribunales o con la intervención judicial. A estos elementos añade el siglo XVI la prohibición canónica del pacto de intereses, la implantación de un procedimiento judicial de concurso, que suple y prepara el actual proceso ejecutivo y la creación de un "derecho de rescate" para las rentas, equivalente a un derecho de cancelación reservado al acreedor rentario. Con todo esto, se prepara el advenimiento de la hipoteca de tipo capitalista. ¹⁹

Durante toda la Edad Media, la prenda posesoria fue la forma de pignoración predominante respecto de las cosas muebles; la Gewere corporal sobre la cosa pignorada aparecía como el medio de hacer notorio el acto de pignoración y era al mismo tiempo el requisito para que naciera válidamente un derecho de prenda; así pues, el derecho germánico en cuanto a las ga -

18. Rafael Rojina Villegas. Obra citada. pág 344

19. Rafael Rojina Villegas. Obra citada. pág. 345

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

rantías reales, está dominado por el principio de publicidad²⁰

En Alemania se desarrolló, una garantía real, consistente en la concesión de un derecho limitado sobre cosa ajena, ajena, que es una forma de peño, que en la literatura actual, se denomina *Satzung* antigua. Esta figura es un derecho con garantía de posesión; el concedente continúa siendo propietario, el acreedor obtiene la posesión y si se trata de inmuebles obtiene en todos los casos el goce de la cosa, y en casi todo si se trata de muebles. *

La garantía real mediante transmisión de cosas muebles, se ha conservado en Alemania.

En el Derecho inmobiliario, surge desde el siglo XII, y especialmente en las ciudades, una nueva forma de garantía -- real, era así llamada nueva *Satzung*, paralela a la hipoteca romana y raíz de la hipoteca moderna. El pignorante conservaba la propiedad, la posesión y el goce del inmueble, el acreedor adquiría, sin señorío material sobre la cosa, el derecho a satisfacer sobre ella.²¹

20. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 343 Citando en lo referente que a la evolución de la hipoteca en el Derecho germánico, hace Enneccerus (Tratado de Derecho Civil, traduc. de Blas Pérez González y José Alguer, primera edición. Editorial Bosch--Barcelona, 1944. t.III, v. I, págs 166 y 167.)

21. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano Obra citada. pág. 343 idem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La recepción del derecho romano en Alemania destruyó para el derecho común, los principios de publicidad, de especialidad y de diversificación de los derechos de garantía sobre muebles y sobre inmuebles, pero en los derechos particulares alemanes, se mantuvieron los pensamientos germánicos, que se desarrollaron, ya en toda su pureza, ya amalgamándose con las ideas romanas. De esta manera se eliminaron casi totalmente las hipotecas generales, se reconstituyó el principio de la publicidad y se diferenciaron los derechos mobiliarios de garantía de los inmobiliarios.

En cuanto a las cosas muebles, la hipoteca ha sido plenamente eliminada, o bien inutilizada al posponerla en rango a la prenda manual más reciente y porque no atribuye ningún derecho a satisfacerse por separado en caso de concurso del pignoratante. Los nuevos Códigos, sólo reconocen como derechos de prenda de origen contractual, las prendas con posesión. Los derechos de prenda de origen legal son también en su mayor parte prendas con posesión, y allí donde puede surgir un derecho de prenda sin posesión, la cual es la prenda legal del arrendador y del fondista sobre las cosas introducidas por el arrendatario o por el huésped, constituye una publicidad suficiente la conexión especial de la cosa objeto de prenda con el inmueble que posee el acreedor.

El derecho hipotecario germánico, se caracteriza por exi-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gir la forma pública, con intervención de la autoridad, para la constitución de la garantía; por limitar la responsabilidad de la cosa pignorada, excluyendo la responsabilidad personal y las hipotecas generales; y por dar a la hipoteca carácter independiente del crédito asegurado, negando su accesoriedad. La recepción del Derecho Romano vino a desvirtuar estos principios que la nueva Codificación alemana consagra de nuevo en toda su plenitud, inspirándose en la publicidad, especialidad, prioridad y legalidad de la hipoteca. La hipoteca, tiende a la seguridad del acreedor, y aspira a movilizarse mediante formas aptas para la circulación, haciéndose flexible a las variadas exigencias del crédito inmobiliario.

El Código Civil Alemán de 1896, reconoce nada menos que doce formas de garantía hipotecaria, ofreciendo además, la especialidad de admitir la llamada hipoteca de propietario, que supone un derecho real sobre cosa propia. La realidad ha demostrado, sin embargo, la inutilidad de muchas de ellas.

El sistema del Código Civil alemán promulgado el 18 de agosto de 1896 y la Ordenanza Inmobiliaria (Grundbuchodunng) de 24 de marzo de 1897, se inspira en el derecho tradicional germánico especialmente las leyes prusianas de 5 de mayo de 1872, que organizaron el Registro de la Propiedad inmueble y extiende el principio de inscripción que estas últimas imponían para constituir hipotecas o deudas territoriales y para adqui-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

rir por negocio jurídico, casi todos los actos modificativos de la situación real de las fincas, al mismo tiempo que concede a los asientos, plenos efectos, no sólo respecto de terceros, sino entre las mismas que los provocan.

La evolución de los derechos de garantía, se hayan íntimamente unidos a la distinción que los modernos escritores germánicos han puesto de relieve entre Shuld (débito) y Haftung -- (responsabilidad).²²

En la doctrina romanística que a fines del siglo XIX se creía inmovible y eterna, la obligación aparecía como un concepto imprescindible como una relación jurídica que constreñía al deudor imponiéndole el cumplimiento de una prestación.

Shuld, equivale a deber jurídico. En su sentido más amplio se encuentra toda relación jurídica (real de crédito o personal). En su sentido estricto y técnico es una relación jurídica, sustantiva, cuyo contenido obliga recíprocamente a acreedor y deudor. Vista al lado del deudor, la relación se caracteriza por su fuerza determinadora que no sólo le constriñe positivamente al cumplimiento de una prestación, sino que le prohíbe conducirse en forma que la contradiga o perjudique. Pero aquí se acaba su potencialidad coactiva. El débito como tal no provoca la explosión de energías ejecutivas, no faculta al acreedor para forzar la prestación, ni para exigir daños o

22. Jerónimo González y Martínez. Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil. Obra citada. pág. 47

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

perjuicios por su incumplimiento, ni le confiere un señorío sobre la persona o el patrimonio del deudor. Estas son las funciones propias de la garantía o responsabilidad (Haftung).

Haftung en el derecho germánico, indica sometimiento a la potestad de aquel a quien no se ha prestado lo debido que le otorga la facultad de hacer efectiva la prestación en la garantía constituida o de obtener con ella satisfacción por el no-incumplimiento.

Objeto de esta responsabilidad, puede ser una persona, - su patrimonio o una cosa determinada. En el último caso, se somete a la acción ejecutiva del acreedor una cosa mueble en - los primitivos tiempos, inmueble cuando estos entraron a figurar en el patrimonio enajenable bajo la forma de investidura - (gewere) presente o expectante, que deja libre la persona del deudor y el resto de su patrimonio.

En el estudio llamado de economía natural, alcanzó gran - desenvolvimiento el pignoración del goce (engagement del derecho francés), sin alterar las relaciones propiamente dominicales. El acreedor disfrutaba de la finca mientras no se le devolviera su crédito y este permanecía inalterable o irrebajable (mont-gage, mortum wadium). Más frecuente era en Alemania, la posibilidad de amortizar la deuda con los frutos obtenidos (vifgage del derecho francés, vivum wadium, inglés.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Aprovechando después las ventajas del procedimiento ejecutivo que permitía la confiscación y la venta judicial de los bienes con plenos efectos tras año y día, apareció la garantía ejecutiva contractual, en cuya virtud, el deudor seguía poseyendo la finca y el acreedor adquiría la facultad de instar el procedimiento de apremio como si estuviera trabado el embargo, en caso de que aquel no cumpliera con la obligación las partes contratantes, debían estipular ante el juez o autoridades, y el convenio se inscribía en los libros públicos originando lo que se llama un derecho real.

También en este campo se entabló combate entre los principios germánicos y romanos con la recepción de los últimos en Alemania, y la admisión de las hipotecas clandestinas, generales, legales y accesorias, así como la posibilidad de ejecutar las extrajudicialmente, produjo una gran confusión en los ordenamientos locales. Apenas si pudieron salvarse las antiguas exigencias del principio de publicidad en Munich, Lübeck y Bremen, que conservaron la inscripción y entre otros derechos regionales que conferían prelación a las hipotecas públicas (pignora pública) sobre las privilegiadas y legales.

Por lo anteriormente expuesto, podemos observar que los dos pilares sobre los que se ha construido todo el sistema hipotecario alemán, son la especialidad y la publicidad de la hipoteca, sistema que fue copiado por la ley hipotecaria español-

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

la, y de ahí directamente adoptado por nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, lo mismo que por el vigente.

4. DERECHO MEXICANO.

Hasta la fecha no ha podido saberse con exactitud el origen de la hipoteca, se cree que proviene de Grecia, como parece denotarlo su nombre, pero podemos asegurar que esta figura ya se conocía y reglamentaba en Roma como ya lo traté anteriormente, aunque sin hacer una distinción entre figura mueble e inmueble.

Esta institución jurídica pasó del Derecho Romano al continente europeo, principalmente a la legislación francesa y a la alemana sin tener profundas alteraciones. El sistema hipotecario alemán, fue copiado por la ley hipotecaria española, y de ahí directamente adoptado por nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, lo mismo que por el vigente.

Nuestro sistema hipotecario, desde que existe codificación, está basado en dos ideas: la publicidad y la especialidad, esto es, que la hipoteca no puede gravar la generalidad de los bienes del deudor, sino que recae sobre bienes ciertos y determinados; y además quedan prohibidas las hipotecas ocultas, organizando para esto la publicidad, mediante el Registro Público.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Hasta el Código de 1870, las hipotecas podían recaer sobre el patrimonio inmueble de una persona, esto es, eran verdaderas hipotecas generales, refiriéndose dicha generalidad no sólo a los bienes grabados en cuanto a que estos no se determinaban, sino que también al crédito o créditos garantizados, debido a que no se exigía como requisito esencial la determinación en el monto de la obligación garantizada. Conforme al artículo 1942 del Código de 1870: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos esten constituidos", con esta disposición, se vino a derogar el sistema que desde el Derecho Romano y a través del antiguo derecho español se había reconocido en México, para las hipotecas tácitas y generales. Nuestro Código en vigor, reproduce lo citado en el artículo 1942 del Código de 1870, referente a la especialidad de la hipoteca.

En nuestros Códigos de 1870 y 1884, el concepto que encontramos de la hipoteca, es insuficiente, ya que se omite como carácter esencial precisar que el constituyente de la misma no pierde la posesión del bien objeto de garantía y tampoco se indica que debe recaer sobre bienes determinados, enajenables, y que concede las acciones de persecución y venta, sólo hace alusión al carácter real de la hipoteca como derecho de garantía, así como a la acción de preferencia en el pago. Y así el artículo 1823 del Código de 1884, nos dice: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o dere--

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

chos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

En relación con el concepto de la hipoteca, sus características y legislación que sirvió de base a la comisión encargada de elaborar el Código de 1870, conviene transcribir la parte conducente a la exposición de motivos de ese ordenamiento: "El capítulo primero trata de la hipoteca en general. Convencida la convención 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 estudio 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 indudablemente introduce notables mejoras en nuestro sistema hipotecario."²³

Aún cuando el Código de 1884 en su definición, no nos marca la especialidad de la hipoteca, lo hace más adelante en su artículo 1825, al decirnos: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos esten constituidos."

En lo referente a la hipoteca sobre el derecho de copro -

23. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 362.

piedad sobre una finca, el artículo 1978 del Código de 1870, - lo permitía sobre la parte alicuota del copropietario, pero sólo lo tratándose de inmuebles. A este respecto Miguel Macedo en sus Datos para el estudio del Código Civil de 1884, considera que la hipoteca sobre la parte alicuota, viene a ser en realidad una hipoteca sobre bienes indeterminados, y como es principio de la hipoteca moderna la determinación de los bienes, no debe aceptarse que sea hipotecable la parte alicuota. Por lo que el artículo 1855 del Código de 1884 suprimió la parte final del precepto relativo al Código de 1870, y sólo consignó el principio de que el predio común no se puede hipotecar sin el consentimiento de los demás copropietarios. Esto es lógico, ya que poseyendo la cosa proindiviso, no puede determinarse la porción que corresponde a cada propietario, y por lo mismo es imposible la hipoteca especial sobre parte cierta y determinada.

El Código de 1884, objetaba la posibilidad jurídica de - constituir una hipoteca de hipoteca, ya que al ser cierto que la hipoteca es un derecho real inmueble, como accesoria de un crédito, que es un derecho mueble, participaba de esta naturaleza y por lo tanto no podía hipotecarse, ya que bajo ese ordenamiento la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes inmuebles, esto es, que sólo los derechos reales principales constituidos sobre bienes inmuebles podían hipotecarse, pero no los derechos reales accesorios, aunque recayeran sobre bienes raíces -

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lo que no sucede en el Código Civil vigente, ya que no se requiere que la hipoteca recaiga sobre bienes inmuebles.

La hipoteca de la anticresis, es otra forma de hipoteca - que aunque no está regulada en nuestro Código Civil vigente, - es perfectamente posible y válido celebrarla dentro del regí - men de la autonomía de la voluntad y así lo comenta Rojina Vil - llegas en su libro Derecho Civil Mexicano en su parte relativa a la hipoteca, siempre y cuando se sujete a las disposiciones del Código de 1884.

La anticresis es un derecho real accesorio que se consti - tuye sobre bienes inmuebles, para garantizar una obligación y su preferencia en el pago por virtud del cual, el acreedor en - tra en posesión del bien con derecho para disfrutarlos por --- cuenta de los intereses debidos y del capital, o en su caso só lo de este último sino debe intereses. Este derecho real con fiere a su titular la posibilidad de tener los mismos derechos que la prenda, en cuanto a las acciones de venta, persecución y preferencia en el pago. La anticresis confiere al acreedor el derecho de retener el inmueble hasta que la deuda sea paga - da íntegramente, salvo el derecho especial adquirido por un -- tercero sobre el inmueble por efecto de la hipoteca anterior - mente registrada; el de transferir a otro bajo su responsabili - dad el usufructo y administración de la cosa sino se pacta lo contrario; y el de defender sus derechos con las acciones pose

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sorias.

Sin embargo, a pesar de no estar regulado en nuestro Código Civil vigente, la hipoteca de la anticresis, como lo mencioné anteriormente, para que sea válida, es necesario que siga ciertas formalidades como son: el elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Público con el fin de que surta efectos contra terceros.

Otro tipo de hipoteca que se regulaba en el Código anterior, es la hipoteca de los censos, esto es, el derecho que una persona adquiere de percibir cierta pensión anual, por la entrega que hace a otra de una cantidad determinada de dinero o de una cosa inmueble. Llamándose consignativo cuando el que recibe el dinero consigna el pago de la pensión a la finca cuyo dominio pleno conserva, y enfitéutico cuando la persona que recibe la finca, adquiere sólo el dominio útil de ella con servando el directo el que recibe la pensión. Al igual que la anticresis, el artículo 80. transitorio del Código Civil vigente, establece que estos contratos continuarán regidos bajo la legislación anterior.

La hipoteca en el Código de 1884, sólo podía recaer sobre bienes raíces o derechos reales constituidos sobre los mismos, reconociéndose algunos casos de excepción para hipoteca de muebles, tales como la hipoteca de una embarcación, la de ferrocarril

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

rriles, que comprendía un conjunto de muebles, como el mate --
rial rodante y la concesión misma, así como los capitales.
Nuestro Código en vigor, permite la hipoteca sobre derechos -
reales en general y cuando recaen sobre cosas muebles, sólo se
rá posible su constitución cuando estos derechos sean suscepti
bles de registro.

Otra característica del Código anterior, es que sostuvo -
la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito y a los
bienes gravados, siendo esto una característica de su naturale
za, y así lo proclaman explícitamente la mayoría de las legis
laciones latinas, siguiendo al derecho romano. Por lo tanto
en los Códigos de 1870 y 1884, cuando se hipotecaban varias --
fincas, todas ellas respondían de la totalidad del gravamen, -
por lo que el acreedor la podía hacer efectiva en cualquiera -
de ellas o en todas, sin importar que el crédito se hubiera re
ducido por pagos parciales. El Código actual modifica al an
terior, al estatuir que es de la naturaleza de la hipoteca el
que se opere la división en determinados casos y que dicha di
visión es obligatoria cuando se hipotequen varias fincas, siem
pre y cuando se determine en que porción del crédito responde
rá cada finca, al otorgarse la escritura correspondiente.

En el Código anterior, la hipoteca sólo podía recaer so -
bre bienes raíces o sobre derechos reales constituidos sobre e
llos; la hipoteca sobre muebles, únicamente se daba en casos -

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

excepcionales, como la hipoteca de una embarcación, permitida por el Código de Comercio.

En lo que a diferencia entre hipoteca y prenda se refiere, antes del Código de 1928, se diferenciaban en lo siguiente: a) la prenda recaía sobre muebles enajenables, y se desposeía al deudor mediante la entrega real; b) la hipoteca recaía sobre inmuebles enajenables, sin implicar desposesión del deudor. A partir del Código de 1928, la hipoteca puede recaer sobre muebles o inmuebles y la prenda sólo sobre muebles, pero sin existir en la hipoteca de muebles una entrega real al acreedor.²⁴

Por lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la explicación moderna de la obligación hipotecaria, no corresponde a la noción primitiva, ya que actualmente, la obligación se despersonaliza para colocar frente a frente dos patrimonios: a acreedor y deudor. Además el Código Civil vigente trajo innovaciones de importancia, que lo diferencian del sistema español que le había servido de modelo y que ya mencioné en el transcurso de este capítulo, como sería la posibilidad de constituir hipotecas sobre derechos reales en general, sistema que también se siguió en nuestros Códigos de 1870 y 1884.

Además cabe señalar como característica principal de nuestro sistema hipotecario desde su inicio, los principios de es-

24. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 432

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pecialidad y publicidad, ya que al ser la hipoteca un derecho real de garantía y afectar un patrimonio, es necesario determinar en que proporción se afecta, y al mismo tiempo proteger a terceros de buena fe mediante la publicidad, la cual es necesaria, para que el acto surta efectos contra terceros.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS

1. Concepto
2. Elementos
 - 2.1 Elementos personales
 - 2.2 Elementos esenciales
 - 2.3 Elementos de validez
3. Características
 - 3.1 Accesoriedad
 - 3.2 Su naturaleza de derecho real de garantía
 - 3.3 Indivisibilidad
 - 3.4 Inseparabilidad
 - 3.5 Caracter inmueble y por excepción mueble
 - 3.6 Aspecto especial y expreso
4. El Problema del Objeto
 - 4.1 Principales casos de hipoteca
 - 4.1.1 Hipoteca del derecho de copropiedad
 - 4.1.2 Hipoteca del derecho de usufructo
 - 4.1.3 Hipoteca de la nuda propiedad
 - 4.1.4 Hipoteca de hipoteca
 - 4.1.5 Hipoteca de las servidumbres
 - 4.1.6 Hipoteca de la posesión
 - 4.1.7 Hipoteca de la herencia
5. Efectos de la Hipoteca
6. Extinción de la Hipoteca
7. Acciones Hipotecarias

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS

1. CONCEPTO.

Antes de dar el concepto de la hipoteca, haré alusión a su origen más remoto, el cuál como ya lo traté en el capítulo anterior, lo encontramos en el Derecho Romano, en que la hipoteca era una simple modalidad de la prenda, designada con el nombre de pignus²⁵, y que constituía una figura jurídica que implicaba la afección de una cosa al cumplimiento de una obligación. En el antiguo derecho romano la obligación no se despersonalizaba, el deudor respondía del cumplimiento de sus obligaciones con su persona misma y de ahí que existía la institución de la "manus iniection" que permitía al acreedor cuando el deudor no cumpliera, tomarlo, hacerlo encarcelar, hacerlo esclavo, es decir, el deudor respondía con su persona y sólo cumpliendo con su obligación se liberaba.

Posteriormente la regulación romana pasa íntegramente a las Leyes de Partidas en España, en la que se le trata como simple modalidad de la prenda o peño, pero sin emplear el nombre de hipoteca, el cual aparece hasta las Leyes del Toro. Más adelante la ley hipotecaria española recoge enseñanzas de ordenamientos germánicos, colocándose a su altura y que es a

25. Pignus en el Diccionario Ilustrado Latino-Español de la Real Academia Española, Editorial Bibliograf S.A. pág. 372, significa: prenda, fianza garantía.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

doptada por nuestros códigos.

El concepto de hipoteca en nuestro derecho, desde la aparición de nuestros Códigos de 1870 y 1884, nos enfatiza la existencia de un derecho real, esto es, un derecho oponible a terceras personas y así encontramos el concepto de hipoteca en nuestro Código de 1884: "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."

El contrato de hipoteca es accesorio, remontándose esta accesoriedad desde el derecho romano y el español, que constituye una garantía real para sumas de dinero circunscriptas a inmuebles que no se van a entregar al acreedor.

La palabra hipoteca es susceptible de tener tres interpretaciones: entendemos el contrato que da nacimiento al derecho real del mismo nombre, también a este derecho real, y por último, aun cuando en un sentido bastante restringido, podemos decir que también se entiende la cosa misma afectada con este gravamen, o la afectación misma cuando se crea por voluntad unilateral.²⁶

En mi opinión la hipoteca no como contrato, sino como de-

26. Francisco Lozano Noriega. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México 1970. pág. 679.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

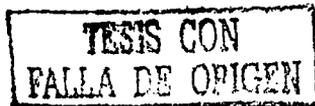
recho que da nacimiento a un contrato, es un derecho real, del cual hablaré más adelante dentro de este capítulo, ya que recae directamente sobre la cosa, otorgando a su titular los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago en caso de incumplimiento de la obligación principal.

Planiol, nos da una definición muy semejante a la de nuestro Código: "La hipoteca es una seguridad real que sin despojar actualmente al propietario del bien hipotecado, permite al acreedor apoderarse de él al vencimiento, para hacerlo vender, en cualesquiera manos que se encuentre y hacerse pagar -- con el precio de preferencia a otros acreedores." 27

Como características de esta definición, podemos encontrar las siguientes: 1) la existencia de un derecho real, 2) generalmente inmueble, 3) accesorio, y 4) generalmente indivisible.

El Código Civil vigente, en su artículo 2893, define a la hipoteca como una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a este, 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.

27. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 350

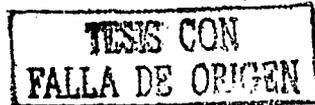


Como podemos observar, nuestro Código trata directamente a la hipoteca sin calificarla como contrato, pero dentro de la regulación dada a las diferentes especies de contrato, esto en virtud de que como ya lo dije anteriormente, es un derecho que va a dar nacimiento a un contrato.

Miguel Zamora y Valencia, nos dice que con el término de "hipoteca", se designa tanto al contrato como al derecho real de garantía, que es aquél que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien y que le da derecho a su titular de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.²⁸ Pero en principio es un derecho real, oponible erga omnes, que se formaliza generalmente por medio de un acuerdo de voluntades y entonces se conforma el contrato de hipoteca que puede celebrarse entre acreedor y deudor de la obligación que se garantiza, o entre el acreedor y un tercero que no sea el deudor de la obligación garantizada.

En lo que respecta al carácter mueble o inmueble de la hi

28. Miguel Zamora y Valencia. Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A. México 1981. pág. 291.



poteca, en el Código vigente, se introduce una innovación importante, que consiste en la posibilidad de que recaiga tanto sobre inmuebles como muebles, estando limitada a la naturaleza registrable de bienes o derechos objeto del gravamen.

El Código Civil francés, la define: "La hipoteca es un derecho real sobre inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación. Es por naturaleza indivisible, y subsiste íntegramente sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada parte de los mismos. Persigue a dichos inmuebles -- aún cuando pasen a manos de cualquiera persona." Esta definición resalta como característica el derecho real de la hipoteca así como la acción persecutoria de la cosa, agregando que -- sólo recae sobre inmuebles y acentuando su carácter indivisible.

En el derecho alemán, se define la hipoteca en los siguientes términos: "es el gravamen impuesto sobre una finca, -- por virtud del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor." Dentro de esta definición, -- se indica el carácter real de garantía y la necesidad de que esta se constituya sobre una finca o fincas determinadas, pero sin mencionar la posibilidad de que el gravamen hipotecario recaiga sobre derechos reales constituidos sobre inmuebles.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De acuerdo con la definición de Clemente de Diego, la hipoteca en su consideración contractual es el contrato "por -- virtud del cual se asegura el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, de tal modo que el acreedor pueda enajenarlos en el caso de que aquella sea vencida y no satisfecha oportunamente." Clemente de Diego entiende como hipotecable, aquel bien, que tenga cierta fijeza en su individualización, que permita su identificación y en consecuencia su persecución en manos de terceros.

Rojina Villegas, define a la hipoteca como un derecho -- real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación.

Otra definición de hipoteca que Rafael de Pina Vara considera como la más completa y que estoy de acuerdo, es la formulada por Caso, diciendo que es un derecho real registral de garantía concreta en cosa mueble o inmueble determinada, cuya posesión conserva el hipotecante y que faculta al titular para exigir, sino se le cumple normalmente la obligación garantizada, la venta pública de aquélla, resarciéndose con su precio.²⁹

²⁹. Rafael de Pina Vara. Derecho Civil Mexicano. Contratos en Particular. Vol. 4o. 3a. Edición. Editorial Porrúa S.A, México 1974. pág. 277.

Como podemos observar y a diferencia de las definiciones anteriores, Caso en su definición nos menciona un punto importante, al definirla como un derecho registral, ya que no nace perfecto, sino que necesita ser inscrito en el Registro Público, esto con el fin de que surta efectos contra terceros, y -- por ende se pueda ejercitar el derecho de persecución, venta y preferencia en el pago, en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Una vez analizados los diferentes conceptos de hipoteca, yo la definiría como una garantía real registral que al elevarse a la categoría de contrato, generalmente por un acuerdo de voluntades sobre un bien inmueble o mueble enajenable y determinado, cuya posesión conserva el deudor, da la facultad al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal -- el derecho de persecución, venta y preferencia en el pago.

2. ELEMENTOS.

Antes de analizar las características de la definición de la hipoteca, creo necesario señalar los elementos personales, esenciales y de validez que la conforman, una vez elevada a -- contrato.

2.1 ELEMENTOS PERSONALES.

Dentro de estos, encontramos al Acreedor Hipotecario, al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Deudor, y eventualmente al tercero que constituye la garantía en favor de este en su caso.

Ahora bien, un requisito esencial para poder ser parte en el contrato de hipoteca, es la capacidad para poder celebrar este contrato. A este respecto, el Código Civil en sus artículos 2902, 2904, 2905 y 2906, nos da la pauta, por lo que podemos decir en referencia al deudor: que el copropietario no podrá hipotecar el predio común, sin el consentimiento de todos los demás copropietarios, pero sin embargo podrá hipotecar su porción indivisa, gravándose únicamente la parte que le corresponde en la división. Además la hipoteca se puede constituir tanto por el deudor como por otro a su favor y el propietario cuyo derecho sea condicional o de cualquier otra manera limitado, deberá aclarar en el contrato la naturaleza de su propiedad si la conoce.

Refiriéndonos al deudor, podemos decir también, que la capacidad para hipotecar, corresponde al que puede enajenar, --- siempre y cuando esos bienes sean enajenables. Por lo tanto, la hipoteca de cosa ajena, aplicando por analogía el artículo 2270 referente a la nulidad de venta de cosa ajena, podemos decir que por consiguiente será nula.

Por lo antes expuesto, concluimos que deberán aplicarse a esta materia las limitaciones señaladas para enajenar bienes a los que ejercen la patria potestad (art. 436 C.C.) a los tuto-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

res, (art. 561 C.C.) a los representantes de los ausentes, (art 660 C.C.) a los conyúges (art. 174 C.C.) y a los albaceas, -- (art. 1719 C.C.)

En relación al Acreedor Hipotecario, en términos generales, sólo requiere la capacidad de ejercicio, para la celebración válida del contrato.

Si el Acreedor es extranjero, se requerirá de un permiso de la Secretaría de Gobernación en los términos de los siguientes artículos:

-Art. 66 de la Ley General de Población: " Los extranjeros, por sí o mediante apoderado sólo podrán celebrar actos relativos a la adquisición de bienes inmuebles, derechos reales sobre los mismos, acciones o partes sociales de empresas dedicadas en cualquier forma al comercio o tenencia de dichos bienes, previo permiso de la Secretaría de Gobernación, sin perjuicio de las autorizaciones que deban recabar conforme a otras disposiciones legales."

2.2 ELEMENTOS ESENCIALES.

Como elementos esenciales, tenemos en primer lugar, la manifestación de la voluntad, en las hipotecas voluntarias.³⁰
Esta manifestación de voluntad, se va a integrar por la conjunción

30. Ramón Sánchez Meda define a las hipotecas voluntarias como las que se constituyen por voluntad espontánea del deudor, sea mediante una simple declaración unilateral de voluntad exigida por la ley o bien mediante un contrato o acuerdo de voluntades. (De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A. México 1976. pág 423 y 424.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ción de voluntades del deudor hipotecario y el acreedor hipotecario determinando en forma precisa la obligación garantizada y su monto.

También es necesario que el objeto sea jurídica y físicamente posible, es decir, que el bien exista en la naturaleza, sea determinado y este dentro del comercio (art. 1825 C.C.).

Por lo anterior, podemos decir que la hipoteca será inexistente si la garantía recae sobre una cosa que no existe, cuando el objeto no este dentro del comercio o no sea determinada.

2.3 ELEMENTOS DE VALIDEZ

Dentro de los elementos de validez en la hipoteca a que haré mención especial están: la forma y la capacidad, en virtud de revestir estos, características especiales.

En lo que a la forma se refiere, es un contrato formal, ya que debe constar por escrito y la regla general, es que debe ser en escritura pública (art. 2917 C.C.). Además nuestra legislación reglamenta lo relativo a los requisitos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, estando comprendidas en disposiciones generales que se refieren a toda clase de actos o documentos susceptibles de inscripción.

TESTES CON
FALLA DE OPORTUN

En lo que a capacidad se refiere, ya lo traté en el punto anterior, al referirme a los elementos personales, por lo que no volveré a hacer alusión al respecto.

3. CARACTERISTICAS

Como características en este derecho real de garantía, - encontramos:

- Su accesoriidad.
- Su naturaleza de derecho real de garantía.
- Su indivisibilidad en lo que al crédito se refiere, pero divisible en cuanto a los bienes gravados.
- Su naturaleza inseparable del bien gravado.
- El caracter inmueble y por excepción mueble del bien hipotecado.
- Su aspecto especial y expreso.

3.1 ACCESORIEDAD. En nuestra legislación la hipoteca está regulada como un derecho real de garantía con un carácter accesorio, es decir, que sigue la suerte de la obligación principal que garantiza, y por lo tanto su existencia y validez -- dependen de la obligación garantizada:

Esta característica accesoria de la hipoteca ha sido fundamental en el derecho romano, el francés y el español, de los cuales la hemos tomado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La existencia de la hipoteca, tiene como presupuesto, la existencia de un crédito para cuya seguridad se constituye, por lo que no puede nacer ni subsistir sin él, salvo algunas excepciones que más adelante haré mención.

A este respecto, existe jurisprudencia que nos dice que el contrato de hipoteca es accesorio y para existir necesita de la existencia anterior o coexistencia de un contrato principal, al cual sirve de garantía. En tal virtud para exigir el pago de un crédito hipotecario, bien puede intentarse exclusivamente la acción derivada del contrato principal, renunciando al privilegio de la vía hipotecaria, que trae consigo el contrato accesorio de hipoteca. En cambio, no es posible jurídicamente exigir el cumplimiento de la garantía sin relacionarla con el pago de las prestaciones contenidas en el contrato principal.

Como resultados de interés para la suerte de este gravamen accesorio, encontramos:

- 1) Es necesaria una obligación válida.
- 2) La transmisión del crédito lleva consigo la hipoteca.
- 3) La extinción de la deuda fija en principio la del derecho hipotecario.
- 4) La competencia de los casos judiciales se determina -- por la del crédito principal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Apoyandonos en la accesoriidad, la extinción de la obligación garantizada, origina la extinción de la hipoteca (art. -- 2941, fracc. II C.C.) y asimismo la cesión del crédito origina la transmisión del crédito hipotecario (art. 2032 C.C.) pero no la produce la cesión de la deuda.

Este caracter accesorio de la hipoteca, tiene varios impugnadores, que hablan en todo caso del mito de la accesoriidad de la hipoteca. Siendo esta posición minoritaria, pues en términos generales, la doctrina contemporánea sigue fiel al reconocimiento del carácter accesorio de la hipoteca, que según opina Rafael de Pina Vara, este caracter accesorio, es difícilmente impugnable desde cualquier punto de vista que sea considerado.³¹

Colin y Capitant, siguiendo este criterio, opinan que no es necesario que el crédito exista en el momento mismo de la constitución de la hipoteca, ya que nada impide al deudor la concesión de una hipoteca, con miras a un crédito futuro.³²

Rojina Villegas, aún admitiendo que de acuerdo con nuestra legislación civil "la hipoteca es un derecho real accesorio que sigue la suerte del derecho que garantiza", entiende que existen algunas excepciones a este principio, que pueden motivar, por consiguiente, que la hipoteca nazca antes de la o

31. Rafael de Pina Vara. Obra citada. pág. 282.

32. Rafael de Pina Vara. Obra citada. pág. 281 y S.S. Citando a Colin y Capitant. (Curso Elemental de Derecho Civil, T. V, p. 334.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

bligación principal, durante la vida de la misma o en su extinción. Reconociendo que el principio de la accesoriad sólo se deroga en parte, toda vez que la garantía no llega a surtir efecto si la obligación futura no se realiza.

Estas situaciones excepcionales están establecidas en la ley, y así tenemos que "Esta separación podemos suponerla antes de que la obligación principal nazca; estando vigente, -- existiendo la obligación principal, y aún podemos concebir la supervivencia de la hipoteca cuando la obligación principal, -- se ha extinguido." ³³

A continuación procederé a analizar estas tres situaciones excepcionales.

1) Antes de que nazca la obligación principal. Es el caso de la hipoteca constituida para garantizar obligaciones futuras (art. 2921 C.C.) o sujetas a condición suspensiva (art. 2923 C.C.). En estos casos, el derecho ha considerado que -- los intereses prácticos son superiores al principio lógico de la accesoriad.

La hipoteca constituida para garantizar obligaciones a futuro, tiene interés con ciertas obligaciones que puedan con -- traer los administradores de bienes ajenos, como tutores, sín-

33. Francisco Lozano Noriega. Obra citada. pág. 680 y S.S.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dicos, y albaceas para garantizar su manejo por las posibles responsabilidades durante el ejercicio futuro de su cargo. Aquí la obligación futura como lo es la responsabilidad probable del administrador, todavía no existe, sin embargo la garantía accesoria se ha constituido, no se sabe ni siquiera si nacerá la obligación. Por lo tanto el carácter accesorio de la hipoteca no es tan absoluto, ya que nos permite garantizar una obligación que no ha nacido aún.

En el caso de las obligaciones sujetas a condiciones suspensivas, la ley reconoce expresamente tal posibilidad, dada la modalidad como acontecimiento futuro e incierto que suspende el nacimiento de la deuda. Resultando en estos casos que sólo se va a derogar en parte el principio de la accesoriedad, ya que la garantía no llega a surtir efectos si la obligación principal no se realiza.

2) Durante la vigencia de la obligación principal. En esta hipótesis, suponemos que la obligación principal ya nació, que está garantizada con la hipoteca. Esto sucede cuando un tercero constituye una garantía hipotecaria para garantizar una deuda de otro, o cuando el deudor enajena el bien gravado, siendo en uno y otro caso el sujeto pasivo de la obligación principal distinto al de la obligación real hipotecaria. Aquí desde que nace la hipoteca, no está reunido en su aspecto pasivo el crédito y la hipoteca, sino que hay un deudor principal y un deudor hipotecario diferente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Existe sólo una desvinculación entre la hipoteca y el -- crédito relativamente a los sujetos pasivos de ambos.

3) Supervivencia de la hipoteca cuando la obligación -- principal se ha extinguido. Esto sucede en los casos de novación. La novación es la alteración sustancial de una obligación y que esa alteración sustancial de la obligación provoca la extinción de una obligación y el nacimiento de una nueva. (art. 2220 C.C.).

En el caso en que los bienes hipotecados, pertenezcan a -- terceros, se requiere que estos presten su consentimiento.

Por lo que a esta tercera hipótesis se refiere, hay dos -- criterios.

El PRIMERO de Rojina Villegas que sostiene que lo que ocurre es una nueva constitución de hipoteca, que debe registrarse para que surta efectos contra tercero, y el SEGUNDO de Lozano Noriega que nos dice que existe una supervivencia de lo accesorio, es decir, de la hipoteca frente a la obligación principal que queda extinguida.

En mi opinión, el primer criterio es el más acertado, ya que existe la reserva expresa al momento de que el deudor constituye la garantía frente al acreedor, supone un consentimiento entre ambos, o la conformidad expresa del tercero que cons-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tituye la garantía. Pero en ambos casos se da un nuevo pacto de constitución de hipoteca, ya que si existiera una supervivencia de la hipoteca, no sería necesario el acuerdo de las partes o del tercero constituyente.

Resumiendo, podemos afirmar, que desde un punto de vista estrictamente lógico y al aplicar el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la hipoteca debe seguir a la obligación principal desde su nacimiento hasta su extinción. Pero en lo referente a los tres casos de excepción en cuanto al principio de accesoriadad: en el primero sólo se deroga en parte, ya que la garantía no llega a surtir efecto si la obligación futura no se realiza; en la segunda a mi juicio, no hay una separación, ya que independientemente de quien sea el nuevo propietario del bien, la hipoteca surte efectos (art. 2894 C.C.) en virtud de que es un derecho erga omnes, que recae directamente sobre el objeto; y respecto a la tercera hipótesis, ya expresé mi opinión al hacer referencia a la misma.

3.2 SU NATURALEZA DE DERECHO REAL DE GARANTIA. Es un derecho que va directamente sobre la cosa, permite al titular de ese derecho obrar sobre la cosa sin intervención de otra persona. Es decir, va a poner frente a frente al titular del derecho real y a todo el público en general, el aspecto pasivo de esta relación jurídica, significando esto simplemente, una obligación general de no hacer, de abstenerse de todo acto que impi-

da al titular de ese derecho real el recuperarlo de un tercero, o realizarlo.

La garantía real como la define nuestro Código, es una consecuencia del derecho real constituido sobre la cosa, que otorga a su titular los derechos de venta, persecución y preferencia en el pago.

Como consecuencia también del carácter persecutorio de la acción real y de la naturaleza oponible del gravamen respecto de terceros, la hipoteca gravitará siempre sobre el inmueble, a pesar de las sucesivas enajenaciones que hubiere respecto del mismo.³⁴

Podemos concluir diciendo que mientras la hipoteca contenga los requisitos de formalidad y publicidad señalados por la ley, siempre será invariablemente, un derecho erga omnes.

3.3 INDIVISIBILIDAD. La indivisibilidad de la hipoteca, es proclamada explícitamente por la mayoría de las legislaciones latinas, siguiendo al derecho romano.

Nuestro Código Civil vigente, conserva el carácter tradicional de la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito, no obstante introdujo la novedad de la divisibilidad de la

34. Rafael de Pina Vara. Obra Citada. pág. 286. Citando a Rojina Ville - gas (Derecho Civil. Contratos, T. II, p. 103.)



garantía respecto de los bienes hipotecados, lo que en nuestros Códigos anteriores requería de un pacto en contrario.

Esta obligación de la división en cuanto a los bienes -- gravados, se eleva a categoría de interés público, que está -- relacionado con el problema referente a fomentar el crédito -- inmobiliario.

Las necesidades actuales, motivadas en parte por los -- grandes fraccionamientos, requieren imperiosamente que al dividirse una finca, se divida también el crédito hipotecario, de tal manera que los adquirentes de las distintas fracciones puedan tener la seguridad de que las mismas podrán quedar liberadas de la hipoteca mediante el pago proporcional del crédito³⁵

La indivisibilidad en cuanto al crédito al crédito, significa que aun cuando este se reduzca por pagos parciales, la hipoteca sigue subsistiendo íntegramente sobre el bien afectado. Sería difícil admitir el carácter divisible en cuanto al crédito, ya que se presenta un obstáculo de orden material, para ir reduciendo la hipoteca conforme disminuyera la obligación principal.

Si la hipoteca se refiere a un terreno, desaparecería esta dificultad de orden material, ya que se podría referir el

35. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano IV. Obra citada. pág 421.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gravamen a una cierta parte del predio, cuando el propietario estuviese en condiciones de enajenar el resto, para que pasara libre de todo gravamen, llegando a tal resultado por el -- fraccionamiento de la finca, quedando comprendido en tal hipotesis lo que nos dice el art. 2913 C.C. : "Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divide, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario-entre las fracciones.."

3.4 INSEPARABILIDAD. Es también una característica fundamental de la hipoteca, ya que como derecho real accesorio constituye un gravamen inseparable del bien.

Como consecuencia también del carácter persecutorio de la acción real y de la naturaleza oponible del gravamen respecto de terceros, la hipoteca gravitará siempre sobre el inmueble a pesar de las sucesivas enajenaciones que hubiere respecto al mismo.³⁶

Esta característica, la encontramos plasmada en el artículo 2894 del Código Civil al decirnos: " Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de terceros."

La hipoteca, al constituir también una obligación real, -

36. Rafael de Pina Vara. Obra Citada. pág. 286. Citando a Rojina Villegas (Derecho Civil. Contratos, T. II. p. 103.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que se impone exclusivamente en relación con la cosa, depende de esta en cuanto a su duración o extinción, recayendo sobre un sujeto pasivo en tanto sea propietario o poseedor de la cosa, más no por su individualidad misma.

Asimismo el sujeto pasivo, no puede ejecutar actos materiales que impliquen un demérito en la garantía para hacerla insuficiente, existiendo una responsabilidad patrimonial limitada al valor de la cosa misma.

Reafirmando este carácter de inseparabilidad del bien, el artículo 12 del Código de Prodecimientos Civiles nos dice: -- Cuando después de fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con este continuará el juicio.

Podemos concluir que la inseparabilidad de la hipoteca, es una consecuencia lógica de la naturaleza real del gravamen.

3.5 CARACTER INMUEBLE Y POR EXCEPCION MUEBLE. Al tratar este punto, lo haré de una forma muy general, ya que abundaré más - al respecto al referirme dentro de este mismo capítulo al problema del objeto.

En el Código de 1870 y 1884, la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, admitiéndose como excepción la hipoteca sobre ciertos muebles como son embarcaciones, ferrocarriles y aviones. A este

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

respecto, Lozano Noriega opina: "Entonces la definición no era congruente porque había excepciones, por eso se suprimía - la parte que indicamos, pero no porque la idea haya sido permitir la hipoteca mobiliaria, como se ha sostenido.³⁷

Como innovación importante en el Código Civil vigente, - encontramos la referente al caracter mueble o inmueble de los bienes afectados. Nuestro Código Vigente no requiere que los bienes sean inmuebles, sólo habla de bienes en general, dando como requisito el que sean determinados, y como característica especial, el que sean susceptibles de inscripción, esto con el fin de darles publicidad y hacerlos oponibles ante terceros

3.6 ASPECTO ESPECIAL Y EXPRESO. A diferencia de las hipotecas tácitas y generales del derecho romano y del antiguo derecho español, el aspecto especial y expreso de la hipoteca actualmente es una característica esencial en la misma.

La especialidad, en cuanto a bienes hipotecados y en cuanto a créditos garantizados con la hipoteca, está expresamente reconocida en nuestra ley, ya que unos y otros deben determinarse en concreto. Por ello, la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados y no sobre la generalidad de los bienes del deudor.³⁸

37. Francisco Lozano Noriega. Obra citada. pág. 687.

38. Ramón Sánchez Meda. Obra citada. pág. 429

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este aspecto especial y expreso de la hipoteca es muy importante, ya que anteriormente al ser las hipotecas de carácter general, es decir, que abarcaban todos los bienes del deudor, este no conservaba libre la disposición de ninguno. Por otra parte el acreedor era conducido a sistemas de extrema complicación, al producirse grandes gastos a causa del concurso sobre la totalidad de los bienes de un gran número de acreedores.

Además la generalidad de la hipoteca constituía un obstáculo para la libre circulación de los bienes, en virtud de que los compradores difícilmente los adquirirían, esto como consecuencia lógica de la difícil circulación de un inmueble hipotecado.

Por lo anterior nuestra hipoteca moderna domina el principio de la especialidad en cuanto a los créditos garantizados y en cuanto a los bienes gravados, y así el artículo 2895 del Código Civil estatuye: La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

Además sobre este principio de determinación y especialidad, descansa el régimen de publicidad, en cual es indispensable en la hipoteca moderna. A este respecto el Código Civil nos dice que la hipoteca nunca será tácita ni general y que para producir efectos contra terceros necesita siempre de registro. (art. 2919 C.C.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Aunque el Código Civil no lo exprese, la especialidad, a fectará también a la cantidad garantizada y a sus intereses, si es que estos se pactaron, y en consecuencia se deberá indicar taxativamente el monto de esa cantidad, o por lo menos el máximo y el interés anual pactado, o en su defecto, si ese interés es el legal.

En el caso de hipotecarse varias fincas para la seguridad de un mismo crédito, es necesario que se determine en que porción del crédito responderá cada una de ellas, (art. 2919 C.C.) esta disposición confirma el aspecto especial y expreso del gravamen, como cláusula esencial y forzosa al pactarse una hipoteca.

Por lo anteriormente expuesto podemos decir que las hipotecas especiales y expresas son la regla general dentro de -- nuestra legislación, tanto para que sea conocida y publicada la afectación, como con el propósito de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores.

Pero que sucede con las hipotecas generales admitidas en leyes distintas al Código Civil, como por ejemplo la establecida en el artículo 93 de la Ley de Vías Generales de Comunicación al establecer que la hipoteca constituida sobre una vía general de comunicación gravará todos los bienes destinados a su explotación. Por lo que podemos concluir que esta es una excepción al principio general de la especialidad de la hipo-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

teca, al igual que la llamada hipoteca industrial o de industria, señalada en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (art. 51), que se constituyen para garantizar créditos a las instituciones bancarias, comprendiendo todos - los elementos empleados en la explotación del negocio, presentes o futuros, muebles o inmuebles.

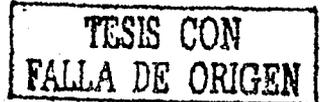
Respecto a esta situación, Lozano Noriega comenta: "Como decíamos antes, la corrección que se hizo al Código Civil de - 1884 respecto a la definición de la hipoteca fue precisamente para abarcar estas situaciones en que los bienes muebles quedaban hipotecados; así el Código de Comercio, permite la hipoteca de embarcaciones; las antiguas leyes sobre aguas de propiedad federal permitían al concesionario la hipoteca de la -- concesión misma y ahora estos otros tipos de hipotecas generales que he mencionado y que incluyen también bienes muebles. Por tanto, la reforma no es en el sentido de permitir que cualquier bien mueble pueda ser hipotecado; la reforma fue para -- que la definición no chocase con estas situaciones excepcionales que hemos mencionado."³⁹

4. EL PROBLEMA DEL OBJETO.

Dentro de este punto trataré:

- los bienes susceptibles de ser hipotecados,

39. Francisco Lozano Noriega. Obra citada. Pág. 688.



- los bienes que no se pueden hipotecar,
- bienes a los que se extiende la hipoteca, y,
- los principales casos de hipoteca sobre derechos reales.

Lo anterior, en virtud a las diferencias de importancia entre el Código anterior y el vigente.

A diferencia con el Código anterior, en el vigente, la hipoteca se constituye sobre bienes determinados, pero sin exigir que sean inmuebles. Nuestro Código, en ningún momento señala que los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deban ser inmuebles, pero si nos da la pauta de los requisitos que deben llenar esos bienes, y así lo encontramos en sus artículos 2893, 2895 y 2917. El primero al definirnos a la hipoteca como una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor; el segundo al decirnos que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados; y el tercero, al señalarnos la formalidad que se debe seguir en cuanto a su constitución, es decir que se debe elevar a escritura pública y por consiguiente darle publicidad, mediante la inscripción en el Registro Público, a fin de que surta efectos contra terceros.

En lo referente a los bienes susceptibles de ser hipotecados, podemos concluir que como requisito esencial, es el que sean susceptibles de registro. "Los bienes deben ser suscepti-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

bles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad." 40

Ahora bien, la hipoteca constituida sobre aeronaves y embarcaciones, en virtud de la innovación en nuestro Código, ya no está considerada como excepción ya que como lo traté anteriormente nuestro Código acepta la constitución de la hipoteca sin hacer distinción entre muebles e inmuebles. En mi opinión esta clase de hipotecas, ya no consideradas como excepción es necesario considerarlas dentro de las hipotecas, en virtud de la importancia y trascendencia que tienen los créditos en la actualidad, sin los cuales no sería posible lograr un avance económico dentro del desarrollo del país, además llenan el requisito marcado en nuestro Código: el ser susceptibles de registro.

Por lo que se refiere a los bienes que no se pueden hipotecar, nuestro Código en su artículo 2898 nos señala los siguientes:

- Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca. Esta prohibición tiene razón de ser, ya que si esos bienes se separaran, pierden el carácter de inmuebles, y se convierten en muebles, por lo que sólo se permitirá la hipoteca, si estos se hipotecan conjuntamente con el predio que los produce.
- Los objetos muebles colocados permanentemente en los edi-

ficios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.

- Las servidumbres a no ser que se hipotequen con el predio dominante. A pesar de ser las servidumbres derechos reales, nuestro Código prohíbe la hipoteca sobre ellas a no ser que se hipotequen como lo dice este artículo con el predio dominante, ya que nuestros legisladores se han inspirado casi de manera única en la Ley hipotecaria Española. La servidumbre es una desmembración del dominio, por lo que si una persona constituye una servidumbre a cargo de un predio, siempre será en beneficio de un predio distinto que es el dominante, siendo por consiguiente esa servidumbre una restricción al dominio que sólo puede aprovechar el dueño del predio dominante.
- El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este código a los ascendientes sobre los bienes de los descendientes. A pesar de ser el usufructo un derecho real, existe esta prohibición ya que, ese usufructo se concede a determinadas personas por la condición que tienen, es decir, los padres en ejercicio de la patria potestad con respecto a la obligación alimenticia que tienen frente a sus hijos, por lo que si se hipoteca este derecho real, al faltar al cumplimiento de la obligación principal, el acreedor hipotecario no podría cumplir con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las obligaciones frente a las personas sujetas a patria potestad.

- El uso y la habitación. Esta prohibición es lógica en virtud de ser estos derechos personalísimos y no enajenables.
- Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca, que el acreedor tiene el consentimiento del litigio; pero en -- cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito. Esta fracción es oscura y supone la posibilidad de hipotecar bienes litigiosos. A este respecto Lozano Noriega opina: "Creo que la interpretación correcta es que la hipoteca que se ha constituido sobre bienes litigiosos cuando el acreedor no tiene conocimiento del litigio y, además, no ha sido inscrita la demanda debe surtir efectos contra tercero. La hipoteca es válida y no queda sujeta a los resultados del litigio, aquí cabría aplicar la norma de que el primero en registro es primero en derecho."⁴¹

Ahora me referiré a los bienes a los cuales se extiende la hipoteca y a este respecto el artículo 2896 del Código Civil nos expresa: La hipoteca se extiende aunque no se exprese:

41. Francisco Lozano Noriega. Obra citada. pág. 693.



- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado. O sea - los casos legales de accesión natural, además de las efectuadas por el hecho del hombre, sin quedar comprendidas: la accesión artificial, edificación, plantación y siembra; pero si los nuevos edificios y plantaciones, - siempre y cuando estas últimas existan al momento de hacerse exigible, resolviendolo expresamente la fracción IV de este mismo artículo.
- II. A las mejoras hechas por el propietario de los bienes. Las mejoras, se clasifican en: necesarias (aquellas sin las cuales, la cosa pierde o sufre daño, art. 817 C.C.); útiles (aquellas que sin ser necesarias, aumentan el precio o producto de la cosa, art. 818 C.C.); y voluntarias (las que sirven sólo al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor, art. 818 C.C.). La hipoteca se extiende a estas tres clases de mejoras, sin quedar incluidos los objetos muebles empleados en mejoras voluntarias, siempre y cuando no se hayan incorporado a la cosa o que puedan separarse de ella sin detrimento de la misma.
- III. A los muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos. Es decir, bienes - muebles, que por su naturaleza se vuelven inmuebles, por

el ligamen físico o adherencia permanente.

IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

4.1 PRINCIPALES CASOS DE HIPOTECA.

Dentro de este apartado, al tratar los principales casos de hipoteca, trataré los siguientes: hipoteca del derecho de copropiedad, hipoteca de usufructo, hipoteca de la nuda propiedad, hipoteca de la hipoteca, hipoteca de las servidumbres, hipoteca de la posesión e hipoteca de la herencia.

4.1.1 HIPOTECA DEL DERECHO DE COPROPIEDAD.

La hipoteca del derecho de copropiedad, estaba permitida en el Código Civil de 1870, en el de 1884 fue suprimida, por estimarse que un objeto indeterminado no es susceptible de hipoteca y posteriormente, nuestro Código vigente, vuelve al antiguo sistema, y en su artículo 2902 la permite, ideando un sistema para llegar a la determinación posterior, disponiendo que la hipoteca sólo gravará la parte que se aplique a cada copropietario después de la división. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la determinación de los bienes gravados, debería hacerse desde el momento de la constitución de la hipoteca, pero en este caso no es posible, ya que la parte alí

**TEMAS CON
FALLA DE ORIGEN**

cuota es algo ideal, determinada por virtud de una proporción matemática, por lo que esta clase de hipoteca es acertada desde el punto de vista práctico.

Además es necesario para su constitución el consentimiento de todos los demás copropietarios.

4.1.2 LA HIPOTECA DEL DERECHO DE USUFRUCTO.

Podemos decir, que por regla general, la existencia misma del gravamen depende de la existencia del usufructo. La única excepción que se presenta en este caso es la del usufructo concedido por el Código a los ascendientes sobre los bienes de -- sus descendientes, que ya mencioné anteriormente.

En el caso en que el usufructo se extinga por un hecho voluntario del usufructuario, la ley protege al acreedor hipotecario, estableciendo que la hipoteca deberá durar hasta que -- venza el tiempo en que el usufructo hubiera terminado, de no -- haber mediado el hecho voluntario que puso fin al mismo.

4.1.3 HIPOTECA DE LA NUDA PROPIEDAD.

Dentro de la hipoteca de la nuda propiedad, encontramos -- que pueden presentarse tres casos:

1) La hipoteca de la nuda propiedad, sin comprender el usufructo. Esto es que en el momento de extinguirse el usufructo dice el artículo 2900, se extenderá a él la hipoteca si así se --

VESE CON
FALLA DE ORIGEN

hubiere pactado.

Económicamente, no presenta gran utilidad la hipoteca de la nuda propiedad, pues en el caso de remate, se dificultará la venta del derecho, sobre todo cuando el usufructo es a largo plazo o vitalicio.⁴²

2) Hipoteca de la nuda propiedad y del usufructo correspondiendo a diferentes personas. En mi opinión aquí hay dos deudores distintos consintiendo en que se constituya la hipoteca sobre la totalidad del inmueble (uso, disfrute y disposición), y al presentarse la consolidación, es decir, la reunión en una sola persona de las calidades de usufructuario y nudo propietario, subsistirá la hipoteca sobre la totalidad del inmueble.

3) Hipoteca del usufructo. Al igual que en el primer caso, - también presenta graves inconvenientes y riesgos, ya que si el usufructo es vitalicio y muere el usufructuario, o se cumple - el término extintivo del cual depende y sigue pendiente la deuda, el gravamen hipotecario correrá igual suerte.

Podemos concluir que la hipoteca sobre la nuda propiedad, no puede ser económicamente conveniente, ya que en el caso de incumplimiento, no se beneficia al acreedor y menos en el caso en que el usufructo es a largo plazo o vitalicio.

42. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 378.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

4.1.4 HIPOTECA DE HIPOTECA.

En el Código anterior, esta hipoteca se constituía sobre el derecho accesorio y no sobre el derecho de crédito que garantizaba, que es el principal. Según nuestro Código vigente, se puede hipotecar el crédito hipotecario mismo.

El inconveniente de esta hipoteca, es de que se corre el peligro de que si el crédito materia de esa hipoteca sobre la que se constituye el gravamen, se extingue por cualquier causa la hipoteca de hipoteca también se extinguirá, en virtud de - que ha desaparecido el bien sobre el que estaba constituida.

Ahora se puede hipotecar también el crédito hipotecario, ya que no existe limitación sólo a los derechos reales sobre inmuebles. Esta hipoteca puede inscribirse. Se corre el peligro, de que el crédito se extinga y como consecuencia, también se extinguirá la hipoteca; sería torpe hacerlo.⁴³

4.1.5 HIPOTECA DE LAS SERVIDUMBRES.

Como ya lo traté anteriormente dentro de este capítulo al referirme a los bienes que no se pueden hipotecar, solamente - concluiré: no se podrán establecer sino hipotecando el fundo dominante, al ser la servidumbre inseparable del predio, por

43. Leopoldo Aguilar Carbajal. Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A.- México 1977. pág. 274.



lo que no tienen ningún valor económico si se desvinculan de dicho predio y además su titular no puede enajenarla ni gravar la sin transferir el inmueble al cual pertenecen.

4.1.6. HIPOTECA DE LA POSESION.

Trataré esta hipoteca, partiendo de la base en la tesis que afirma que la posesión es un derecho real.

La posesión en el Código vigente, se caracteriza, como un hecho, es decir, un poder físico que se ejerce sobre la cosa. Por lo que si se tiene la posesión y la cosa está inscrita en el Registro Público, se podrá hipotecar aún cuando este título sea subjetivamente válido y por consiguiente si se declara la nulidad, se estará hipotecando cosa ajena y no se convalidará por la inscripción, ya que sólo puede hipotecar el que puede enajenar. (art. 2906 C.C.).

En mi opinión, la hipoteca de la posesión no puede otorgarse válidamente, ya que no da derecho a enajenar el predio, aún cuando nuestro Código regula la posibilidad de inscribir una posesión de bienes inmuebles que es apta para prescribir.

4.1.7 HIPOTECA DE LA HERENCIA.

Según el artículo 3o. del Código de Procedimientos Civiles, la reclamación de la herencia, se hace mediante una ac --

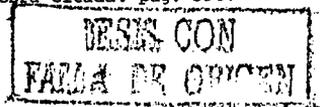
ción real, pero el artículo 1281 del Código Civil, la define como una universalidad jurídica, la cual se va a reclamar mediante este derecho real. En este sentido, Rojina Villegas opina que la herencia no puede ser un derecho real o personal, ya que constituye una universalidad de bienes y por consiguiente un patrimonio de afectación, o también se entiende el acto mismo de transferencia.⁴⁴ Además la herencia constituye una copropiedad entre los herederos respecto de la masa hereditaria, mientras no se haga la división.

Considero que la hipoteca de la herencia no es válida, en virtud de que el Código vigente sólo permite las hipotecas sobre bienes determinados, lo anterior, mientras esta universalidad constituya un patrimonio en estado de indivisión. Para afirmar lo anterior, el artículo 2935, refiriéndose a las hipotecas necesarias, señala al heredero, partícipe y legatario, - el derecho de pedir una hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos, constituyéndose en estos casos sobre bienes determinados (fracc. I, II y IV).

5. EFECTOS DE LA HIPOTECA.

Como efecto principal que produce la celebración de este contrato, es la creación de un derecho real, produciéndose por consiguiente derechos y obligaciones entre las partes.

44. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 396.



Los autores a los que me remito para la elaboración de esta tesis, distinguen dos periodos a los que haré referencia para desarrollar este punto:

- 1) Efectos de la hipoteca antes de que la obligación principal sea exigible, es decir, antes de la fijación de la cédula hipotecaria, y,
- 2) Efectos en el momento en que la obligación principal garantizada se hace exigible, es decir, se presentan con posterioridad al hecho mencionado anteriormente.

- Por lo que se refiere a los efectos antes de que la obligación principal sea exigible, el deudor o el tercero que constituyan la hipoteca, conservarán la posesión del bien hipotecado, posesión que se podrá perder cuando la hipoteca se actualice.

El deudor conserva la posesión del bien hipotecado; pero se le considera depositario.⁴⁵

Respecto a los actos de dominio y administración, el deudor hipotecario los puede llevar a cabo, siempre y cuando estos no perjudiquen los derechos del acreedor hipotecario. El deudor incluso puede enajenar el bien, sin perjudicar al acreedor, pero necesita su consentimiento. Además el acreedor es

45. Leopoldo Aguilar Carbajal. Obra citada. pág. 279.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

titular de un derecho real, teniendo por consiguiente la acción persecutoria de la cosa en manos de quien se encuentre, y así el artículo 2894 del Código Civil nos señala: Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero.

También podrá el deudor constituir sobre la cosa hipoteca da segundas y terceras hipotecas, ya que el acreedor en primer lugar al rematar el objeto se pagará preferentemente aplicandose el remanente si lo hay a liquidar a las hipotecas posteriores.

En el caso que se ejecuten transformaciones o modificaciones en la cosa que impliquen un demérito en la misma, y que hagan insuficiente la garantía, nuestro Código Civil en sus artículos 2907 al 2909, da al acreedor derecho a que se mejore la hipoteca bajo criterio de peritos, y si pasan ocho días de la declaración judicial correspondiente y no la mejorare, se dará por vencida la hipoteca para todos los efectos legales y se procederá al cobro del crédito hipotecario. Además en lo referente a la ampliación de garantía el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 12 lo contempla al decirnos que se podrá ejercitar por medio de la acción hipotecaria.

Refiriéndome ahora a los actos de administración, nuestro Código impone ciertas restricciones, pues en lo referente al

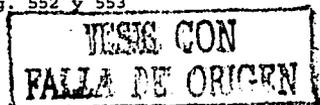
contrato de arrendamiento y previendo que se puede prestar a maniobras fraudulentas, ya que se puede celebrar un contrato por un plazo muy largo y una renta muy baja, el cual es oponible al nuevo dueño del bien y que causaría una notable disminución del valor de la cosa hipotecada. Por lo que para proteger al acreedor, nuestro legislador prevee esta situación en el artículo 2914 al establecer la pena de nulidad del contrato por el término que exceda a la duración de la hipoteca.

Para remediar estas situaciones, opina Rojina Villegas, el Código vigente estima que ni el arrendamiento, ni el anticipo podrán exceder a la hipoteca; no sólo prohíbe el adelanto de rentas, sino el arrendamiento mismo, por plazos superiores a los del crédito hipotecario; cuando este no tiene plazo cierto, ni el anticipo, ni el arrendamiento excederán de un año, tratándose de fincas rústicas, o de dos meses para las urbanas. ⁴⁶

Aunque por regla general no se hipotequen los frutos pendientes, o las rentas del bien hipotecado, es lícito el pacto que asegure los frutos y las rentas desde la constitución de la hipoteca (art. 2897 C.C.) considerándose al deudor como depositario de ellos, pero es necesario el pacto expreso.

- En lo referente a los efectos en el momento en que la obligación garantizada se hace exigible, una vez fijada la cédu

46. Rafael Rojina Villegas. Obra citada. pág. 552 y 553



la hipotecaria, se producen los siguientes efectos:

- 1) El deudor o el tercero pasan a ser depositarios del inmueble hipotecado.
- 2) Los frutos y los muebles incorporados, quedan inmovilizados.
- 3) Una vez registrada la cédula, no se podrá practicar en la finca embargo, toma de posesión, o cualquier acto que perjudique los derechos del acreedor, salvo sentencia ejecutoriada, registrada anterior a la fijación de la cédula hipotecaria.
- 4) El deudor puede dejar de ser depositario de la finca si declina esa responsabilidad, para nombrar otro depositario.

Los artículos referentes a estos efectos, los encontramos plasmados en el Código de Procedimientos Civiles (art. 481 a - 484), los cuales no transcribiré en virtud de ya haberlos tratado, pero si volveré a hacer alusión a la importancia que tienen la formalidad y publicidad en este contrato, ya que sin esto, la hipoteca no podría surtir los efectos mencionados anteriormente.

6. EXTINCION DE LA HIPOTECA.

La hipoteca puede extinguirse por dos causas: indirectas, esto es como consecuencia de la obligación principal; o bien

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

directamente, o sea al extinguirse el derecho real de hipoteca independientemente de la obligación principal que estaba garantizando.

La causa indirecta, o extinción por vía de consecuencia, se presente al extinguirse la obligación principal, siendo estos modos de extinción tan variados como las obligaciones, es decir, por pago, remisión, compensación, novación, nulidad, -- prescripción liberatoria, rescisión o confusión.

Existen dos aparentes excepciones al principio general de la extinción de la deuda: novación y pago por subrogación.

1) Novación. En estos casos de novación del crédito principal, normalmente se extingue la hipoteca y por consiguiente la nueva obligación principal no queda garantizada, con el derecho accesorio anterior, ya que debe seguir, como accesorio que es la suerte de lo principal.

A pesar de lo anterior, por razones prácticas que tienden a evitar el otorgamiento de una nueva hipoteca, permiten que la nueva obligación continúe garantizada con la hipoteca mediante una reserva expresa, que es en realidad un pacto de -- constitución de una hipoteca (art. 2220 y 2221 C.C.)

En mi opinión al existir una novación del crédito principal no sigue vigente la hipoteca garantizando esta nueva obli-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gación, ya que como lo traté anteriormente, es necesario hacer constar esa reserva expresa, que es en realidad un pacto de constitución de la nueva hipoteca, que debe llenar todas las formalidades requeridas por la ley.

2) Pago con subrogación. No podemos decir que se extinga el crédito; sino que ha habido una transmisión del crédito; más que una extinción de la obligación.⁴⁷

Pasando ahora a tratar las causas directas de extinción de la hipoteca encontramos:

- Extinción del bien hipotecado. Hace desaparecer la hipoteca, pero son ciertas salvedades, además hay que tomar en cuenta si es parcial o total. (art. 2941 frac. I C.C.).

Puede suceder que un bien hipotecado, se destruya parcialmente subsistiendo la hipoteca sobre los restos del mismo, quedando el valor del seguro afecto al pago. (art. 2910 C.C.). Además en mi opinión el acreedor tiene derecho según el artículo 2907, a exigir que se mejore la hipoteca.

- Remisión. Es un acto unilateral, que va a surtir efectos desde la fecha que se lleva a cabo, sin ser necesaria la aceptación por parte del deudor. (art. 2941 frac. VI C.C.).

Referente a este punto el artículo 2210 dice: "La condo-

47. Leopoldo Aguilar Carbajal. Obra citada. pág. 279

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

nación de la deuda principal, extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas deja subsistente la primera.

Además en nuestro derecho, el registrador esta obligado a cancelar la hipoteca mediante el documento auténtico, sea público o privado y en el cual conste que el acreedor renuncia la garantía.

- Por expropiación del bien hipotecado. Se sigue una regla semejante para el caso de destrucción del bien hipotecado, en cuyo supuesto, la indemnización del seguro se destinará al pago del crédito hipotecario, o en su caso para garantizar ese pago si aún no se ha vencido el crédito (art. 2910 y 2941-IV C. C.) Art. 2910: "...Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial."

- Prescripción. Es una causa de extinción de la hipoteca contenida en el artículo 2942-VII del Código Civil vigente: VII: Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Esta acción hipotecaria según el artículo 2918, prescribe en diez años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito.

Existe un caso en el que si se reconoce el término inde -

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pendiente de diez años y que es cuando el plazo de prescripción de la acción principal se interrumpe por demanda, es decir, si sólo se intentó la acción principal, la hipotecaria tendrá un término independiente de prescripción.

- Consolidación. Existiera consolidación cuando el adquirente del predio hipotecado, adquiere a su vez la hipoteca, o -- cuando el titular de la hipoteca, adquiere la cosa hipotecada, esto en virtud de que no puede tenerse gravamen sobre cosa propia.

- Venta Judicial. En este caso, el producto de la venta judicial, que se obtiene, sustituye a la cosa, pagando a los acreedores hipotecarios con la prelación establecida por la ley adquiriendo el adjudicatario el bien libre de todo gravamen, salvo estipulación expresa en contrario, mandando cancelar el juez las hipotecas y demás gravámenes del bien rematado.

7. ACCIONES HIPOTECARIAS.

La acción hipotecaria es el instrumento legal mediante el cual el acreedor -en caso necesario- puede obtener por la vía del proceso la satisfacción efectiva de los derechos que en su calidad de tal le son reconocidos erga omnes.⁴⁸

Las acciones hipotecarias que se pueden intentar según lo

48. Rafael de Pina Vara. Obra citada. pág. 297.

señalado en el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles son: para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice, procediendo contra el poseedor a título de dueño del bien hipotecado y en su caso contra los acreedores.

No obstante lo anterior, si se opta por demandar en la vía ordinaria o en la ejecutiva el pago de la obligación principal, se seguirá conservando la acción real, esto en virtud del principio general contenido en el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, en el que se obliga a intentar simultáneamente las acciones contra una misma persona respecto de una misma cosa y que provengan de una misma causa, pero si se separa la acción real de la personal, intentando una u otra ninguna se extingue en virtud de tener las acciones causas diferentes y referirse a cosas o prestaciones distintas.

Como conclusión dentro de este punto, podemos decir, que las acciones hipotecarias originan esencialmente dos derechos, derivados de su naturaleza como derecho real: el de persecución en primer término, y el de preferencia en el pago.

Creo que con este punto concluyo de una forma general, lo que es la hipoteca, y sin detallar más al respecto entraré a tratar el Tercer Capítulo referente a la Formalidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO TERCERO

LA FORMALIDAD EN LA HIPOTECA

1. La Formalidad
 - 1.1 La clasificación de los contratos en cuanto a su - formalidad
 - 1.1.1 Contratos consensuales
 - 1.1.2 Contratos formales
 - 1.1.3 Contratos Solemnes
 - 1.1.4 Contratos reales
2. Requisitos de Fondo y Forma
 - 2.1 Formalidades a través de los diversos Códigos para - el Distrito Federal
3. Facultad del Notario para autenticar y dar forma
 - 3.1 La formalidad conforme a la Ley del Notariado
 - 3.2 La escritura pública como instrumento que le da al - contrato la forma debida
 - 3.3 La fe pública del Notario
4. Análisis del artículo 2917 del Código Civil para el Dis- trito Federal.
 - 4.1 Decreto por el que se adiciona el artículo 42 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
5. Sanción por Falta de Formalidad
6. La Liberación de la Hipoteca

LA FORMALIDAD EN LA HIPOTECA

1. LA FORMALIDAD.

La formalidad constituye un elemento de validez en el contrato de hipoteca, entendiéndose como validez la existencia perfecta del acto, es decir, que reúne los elementos requeridos por la ley y no padece ningún vicio externo ni interno.

Ahora bien si el acto carece de esta formalidad, tendrá por consiguiente una existencia imperfecta que dará lugar a una nulidad, de la cuál hablaré más adelante dentro de este capítulo al referirme a la sanción por falta de formalidad.

Pasando a analizar lo que es la formalidad, hay autores que la definen como un requisito de forma exigido para la validez de un contrato. En mi opinión esta definición no es clara ya que asemejan a la formalidad con la forma, sin definirnos esta última, por lo que considero necesario en las siguientes líneas, hacer una distinción entre forma y formalidad.

Según Aristóteles, el Ser consta de dos elementos: la materia y la forma. La materia es de lo que se compone o está hecho algo y la forma es la figura, el contorno o perfil del ser. Todo acto humano contiene estos dos elementos, siendo la materia el objeto de la voluntad interna y la forma la expresión de esa voluntad, por medio de signos, ya sea verbales o es

critos. Constituyendo en este caso la forma un elemento de la existencia de la voluntad.

La forma la define Bernardo Pérez Fernández del Castillo como: "El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o los agentes de un acto jurídico y del contrato." Y los formalismos o formalidades como: "El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato." En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia, y los formalismos o formalidades como elemento de validez.⁴⁹

La forma es una vestidura exterior del contrato, que es necesario observar para que exista, y la formalidad es como se debe exteriorizar esa voluntad para que sea válida.

Aplicando lo anterior al contrato de hipoteca, la forma sería, la exteriorización de la voluntad por medio de un lenguaje, ya sea escrito, ya sea oral; y la formalidad, el instrumento por medio del cual se exterioriza esa voluntad, es decir un escrito privado o un instrumento público.

La evolución que ha tenido la formalidad a través de la -

49. Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa S.A. México 1981. Primera Edición. pág. 58.

historia está íntimamente ligada con la evolución del hombre, siendo en un principio fundamentalmente religiosa, adquiriendo posteriormente en el derecho Romano un maticiz civilista.

Como objetivo principal de la formalidad, podemos afirmar que persigue ante todo una seguridad jurídica y conforme pasa el tiempo se acentúa un retorno hacia el formalismo y la solemnidad. Además de esta seguridad jurídica, interviene también el interés público en evitar litigios, dotando de precisión a las obligaciones asumidas por las partes. Y así podemos observar, que dentro del Derecho Notarial, se busca esa seguridad jurídica al exigirse ciertos requisitos y regular tanto al Notario como a los elementos que debe utilizar para elevar un escrito a instrumento público.

1.1. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS EN CUANTO A SU FORMALIDAD.

Dentro de este punto, y tomando en cuenta que la formalidad que revisten los contratos es por excelencia en forma escrita, siendo en ocasiones ésta, de tal manera importante que si llegare a omitirse no existiría el negocio, trataré a continuación la clasificación que se ha acostumbrado hacer en -- cuanto a estos en: consensuales, formales, solemnes y reales.

1.1.1 CONTRATOS CONSENSUALES. Son aquellos que para su validez, no requieren ninguna formalidad, sólo se necesita la -

VESES CON
FALLA DE ORIGEN

exteriorización de la voluntad o el acuerdo de voluntades, es decir, basta, con que exista el consentimiento.

Este consentimiento no necesariamente se debe manifestar por escrito, puede ser verbal, o puede ser un consentimiento tácito conformado por hechos que así lo supongan o bien derivarse de un lenguaje mímico.

1.1.2 CONTRATOS FORMALES. Estos contratos requieren para ser válidos, ciertos requisitos señalados en la ley, es decir, para su perfeccionamiento se exigen determinadas formalidades, - que pueden ser por regla general en forma escrita.

Así pues, al hablar de estos contratos, no basta con que los contratantes esten de acuerdo, que exista consentimiento, es necesario para su perfeccionamiento adecuarse a un procedimiento especial señalado en la ley. Por ejemplo: el contrato de hipoteca, es un contrato formal, y así lo dispone el artículo 2917 del Código Civil: "Para la constitución de créditos - con garantía hipotecaria se observarán las formalidades establecidas en los artículos 2317 y 2320." Remitiendonos a su vez estos artículos a la Ley del Notariado, la cual en su artículo 78 dispone que los derechos reales que garanticen un crédito mayor de treinta mil pesos, deberán constar por escritura ante notario. Asimismo, el artículo 2769 del Código Civil para el Estado de México señala: "La hipoteca debe otorgarse en escri-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tura pública".

1.1.3 CONTRATOS SOLEMNES. Son aquellos para cuya existencia - misma, requieren cierta forma especial, cierta solemnidad, esto es, ciertas formalidades exigidas para la realización de determinados actos como un requisito imprescindible, consituyen do esto, una condición de existencia del acto.

Hay varios autores que señalan que en nuestro derecho positivo, no existe ningún contrato solemne, reconociendo la solemnidad solamente en el matrimonio y en el testamento.

Hay legislaciones como la francesa, que en un tiempo se consideraron solemnes aquellos actos para los cuales era necesario acudir ante Notario público. Actualmente la legislación española, considera solemnes al reconocimiento de hijos naturales, la adopción, la emancipación, los testamentos, la hipoteca, la Sociedad y otros más.

En lo que respecta al matrimonio es necesario que se celebre, además de otros requisitos, ante el Oficial del Registro Civil, siendo este un funcionario especial, señalado en la ley. En el caso de un testamento, debe ser otorgado ante un Notario público y depositado en el Registro Público correspondiente.

Ahora bien, la falta de estas formalidades en los contratos solemnes, producirá la inexistencia misma del acto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.1.4 CONTRATOS REALES. Son contratos para cuyo perfeccionamiento, se exige la entrega de la cosa.

En otras palabras, poco importa que haya acuerdo de voluntades, que ese acuerdo conste en forma auténtica; el contrato no se perfecciona mientras la cosa no ha sido entregada, porque se trata de un contrato real.⁵⁰

En nuestro Código Civil vigente, el único contrato que podríamos considerar como real, sería la prenda, pero sin que sea necesaria esa entrega real, ya que el artículo 2858, dispone que la prenda deberá ser entregada al acreedor, ya sea real o jurídicamente cuando el acreedor y el deudor convienen en que puede quedar en poder de un tercero, o bien que quede en poder del deudor, porque así se haya estipulado, estableciendo que en estos casos, se deberá inscribir en el Registro Público.

Esta última parte, referente a la inscripción de un bien mueble en el Registro Público, presenta un problema, ya que los bienes susceptibles de ser hipotecados también son inscribibles, y no necesariamente tienen que ser inmuebles como ya lo traté en el capítulo anterior al referirme a los navíos. En mi opinión, lo que sucede en este caso, es que los bienes dados en prenda por su naturaleza, pueden trasladarse de un l

50. Francisco Lozano-Noriega. Obra citada. pág. 59

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gar a otro con gran facilidad, por lo que el acreedor prendario estará en la imposibilidad de saber en que Registro Público se inscribió ese bien, y asimismo como no se llevan índices de muebles, no podrá localizar la partida fácilmente, lo cual no sucede con los inmuebles, que por su naturaleza, al margen de la partida, encontramos los datos relacionados con gravámenes, limitaciones o situación que guarda el mismo.

En mi opinión, creo que la parte referente a la inscripción de la prenda debería de ser suprimida, pues como ya lo traté anteriormente, por su naturaleza y fácil traslado de un mueble de un lugar a otro, este o no inscrito, se puede prestar a operaciones fraudulentas. Considero que lo más conveniente, sería que el acreedor tomará las medidas necesarias para la custodia del bien objeto de la prenda.

2. REQUISITOS DE FONDO Y FORMA.

Al ser la hipoteca, un contrato creado entre las partes, debe de contener requisitos de fondo y forma.

Entre los requisitos de fondo encontramos: un crédito - por garantizar; un bien susceptible de ser hipotecado; una de terminación del crédito y de la garantía; que el propietario del bien hipotecado demuestre serlo; y que exista capacidad - en las partes para poder celebrar el contrato.

Dentro de los requisitos de forma que debe reunir el con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

trato de hipoteca está la exteriorización de la voluntad que debe ser en forma expresa, sujetándose a las formalidades exigidas por la ley, como serían constar en un escrito privado o público.

Pero ¿qué sucede si este contrato carece de alguno de los elementos que mencione anteriormente?, ¿será inexistente, o adolecerá de una nulidad absoluta o relativa?. Este punto lo trataré más adelante, al referirme a sanciones, ya que el tema a tratar es más extenso y no creo conveniente incluirlo - dentro de este punto.

2.1 FORMALIDADES A TRAVES DE LOS DIVERSOS CODIGOS PARA EL D.F.

Al ser los Códigos de 1870 y 1884, antecedentes de nuestro Código actual, hablaré de las principales regulaciones que ambos contenían en lo referente a la formalidad.

Rojina Villegas, nos señala que nuestro sistema anterior comprende dos períodos: el primero que abarca de 1870 a 1917, y el segundo período que abarca de 1917 al Código Civil vigente.⁵¹

El Primer Período considera al registro como una solemnidad en la constitución de la hipoteca, y asimismo dispone

51. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág.460

que no se registrara ninguna hipoteca, que no se hubiera otorgado en escritura pública. Por esto, estos dos elementos - constitúan un elemento de solemnidad en la hipoteca y al no existir, traían consigo la inexistencia del contrato.

El Código de 1870 aunque fue un Código consensualista, en realidad no lo fue, ya que de sus preceptos se desprende que fue un Código formalista, a pesar de haber asentado el principio del consensualismo en su artículo 1392: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino - también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, - son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

Reafirmando lo anterior, el mismo Rojina Villegas nos señala: "De aquí resultaba que no sólo el registro era una solemnidad, sino que también su antecedente necesario, o sea, el otorgamiento de la hipoteca en escritura pública. Se consideraba como una solemnidad en virtud de que la hipoteca no llegaba a existir, si no se cumplían esas dos formas. En rigor, ésta era una solemnidad indebida, supuesto que la finalidad del Registro Público es constituir un régimen de publicidad con respecto a los terceros y no para las partes. De esta suerte, la formalidad del registro se elevaba a elemento de existencia de la hipoteca, no sólo con relación a terceros, sino también para las partes." 52

Podemos decir que el Código de 1870, acepta el consensualismo como regla general y por excepción al regular algunos - contratos en este caso la hipoteca exige formalismos especiales.

Por otro lado, el Código de 1884, al igual que el de 1870 establecía que la hipoteca no produciría efecto legal alguno - sino desde la fecha y hora en que fuera debidamente registrada, además para subsistir necesitaría siempre de registro. Como - podemos observar, estas disposiciones son suficientes para contrariar al consensualismo.

Como podemos observar, por lo antes expuesto, dentro de este primer período, la intención del legislador fue la de evitar litigios al exigir estas formalidades y a su vez proteger este interés social, llegando al grado de no poder darle la validez legal al contrato que no llenará los requisitos de ley.

Dentro del Segundo Período y por decreto de fecha 3 de abril de 1917, se reformó el artículo 1889 del Código Civil de 1884, disponiendo que la hipoteca no surtiría efecto legal alguno contra tercero, sino a partir de la fecha de su inscripción. Con esta reforma queda especificada en forma clara la función del Registro Público en referencia a la hipoteca, ya que la función principal al inscribir un contrato es la de dar la publicidad para que surta efectos contra terceros y no como

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

se le tomaba anteriormente, como un requisito de solemnidad, sin el cual el contrato era inexistente. Al reformar este artículo, no se modificó el 1857 que decía: "La hipoteca nunca es tácita ni general; para subsistir necesita siempre de registro". Esto en virtud de la intención tan clara que perseguía el legislador, la cual comente anteriormente.

Además el artículo 1856, fue reformado por el mismo decreto de fecha 3 de abril de 1917, para quedar como sigue: "Cuando el crédito hipotecario exceda de quinientos pesos, sólo podrá constituirse en escritura privada ante dos testigos conocidos, de la cual se harán tantos ejemplares como sean las partes contratantes, todos con los timbres que prevenga la ley." Esta reforma nos da la pauta a seguir para celebrar un contrato de hipoteca en cuanto a los formalismos que se deben seguir bajo la pena en caso de omisión de los mismos a incurrir en una nulidad relativa de ese contrato, el cual puede ser ratificado según el artículo 1679 del mismo Código Civil y extinguir la acción de nulidad.

Como podemos observar, la falta de forma en este Segundo Período, no produce como en el Primero la inexistencia del -- contrato, sino simplemente una nulidad relativa, que puede ser convalidada por las partes.

Si bien de la exposición de motivos del Código y del con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tenido de los artículos 1796 y 1832 se podría concluir que la regla en materia de formalismos es la libertad de forma o consensualismo, sin embargo, en materia de contratación el Código deroga el principio al establecer formalidades para muchos contratos.⁵³

A partir de 1932, se determina claramente lo referente a la inscripción de la hipoteca en su artículo relativo, al decirnos: "La hipoteca nunca es tácita ni general; para poder producir efectos contra terceros necesita siempre de registro". Además en ese mismo año se suprime el capítulo denominado "Del Registro de las Hipotecas" al juzgarse innecesario, en virtud de que esto puede quedar reglamentado al organizarse el registro de los demás contratos y actos, que conforme a la ley necesitan ser inscritos.

Asimismo el artículo 3042 indica que deben inscribirse todos aquellos actos que impliquen la constitución de derechos reales sobre inmuebles, o por los cuales se grave su posesión o se modifique su dominio, y por consiguiente al ser la hipoteca un derecho real sobre inmuebles y grávar el dominio, tendrá que inscribirse en el Registro Público.

Por lo anterior y hasta la fecha, podemos decir que el contrato de hipoteca para que sea válido, debe de llenar las formalidades exigidas por la ley; y para surtir efectos contra

53. Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Obra citada. Pág. 73

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

terceros, necesita ser inscrito en el Registro Público correspondiente.

3. FACULTAD DEL NOTARIO PARA AUTENTICAR Y DAR FORMA.

Por lo expuesto anteriormente, y al ser el Notario una parte importante dentro de las formalidades exigidas por la ley respecto a la hipoteca, trataré dentro de este punto algunos aspectos que considero los más importantes.

Primeramente haré una breve referencia acerca de lo que es el Notario Público y asimismo las facultades que este posee en relación a las funciones que le son encomendadas de acuerdo con la ley.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 10, define al Notario en los siguientes términos: "Notario es el funcionario público, investido de fe pública, para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos."

Otra definición de Notario es: "Titular de la función pública consistente de manera esencial en dar fe de actos jurídicos que ante él se celebran."⁵⁴ Esta definición en mi opinión es más acertada, aunque aún no muy completa, sino general.

54. Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A. Novena Edición. México 1980. pág. 355.



La definición que nos da la Ley del Notariado vigente, o torga al Notario, el carácter de funcionario público, el cual puede valerse del empleo de la fuerza pública para llevar a cabo diligencias que aquellos deban practicar conforme a la ley, cuando se oponga resistencia, se use o pueda usar violencia. (art. 85 último párrafo L. Notariado).

El concepto de funcionario público, no está definido ni señalado en forma clara por el sistema legal mexicano, es más bien la doctrina la que se ha ocupado de ello.

El funcionario público es una persona que por disposición de ley, por elección popular o nombramiento por parte de una autoridad competente, participa en el ejercicio de una función pública, siendo esta una actividad dirigida a la realización de alguno de los servicios que corresponden al Estado, municipio, o a cualquier organismo público.

Por lo anterior, podemos decir que el Notario es una persona que ejerce su cargo en base a un nombramiento por autoridad competente, que es en este caso, el Ejecutivo Federal a través del Jefe del Departamento del Distrito Federal, pero ¿su actividad esta dirigida a algún servicio que corresponde al Estado, municipio o a cualquier organismo público?, ¿representa a algún órgano de la administración pública federal?

Para dar contestación a lo anterior, creo conveniente tra

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tar en una forma general lo que es un organismo público centralizado, y otro descentralizado, así como las características fundamentales que reviste un funcionario público.

Se consideran organismos centralizados, aquellos que se encuentran en un orden jerárquico que depende directamente de la Administración Pública, existiendo internamente una jerarquía que trae unidos los poderes de nombramiento, mando, vigilancia, disciplinario, revisión y resolución de conflictos de competencia. Estos organismos centralizados, no poseen autonomía orgánica, ni financiera independiente, su situación está ligada a la estructura del poder central. Además se crea en su organización un poder unitario o central, que irradia - sobre toda la administración pública federal.

Los organismos descentralizados son aquellos que al no formar parte de una organización centralizada, no van a tener una relación de jerarquía dependiente de un poder central, es decir, no están sometidos a los mencionados poderes que caracterizan a la centralización. Sin embargo el poder central conserva limitadas facultades de vigilancia y control.

En la descentralización administrativa se crean personas morales, a las cuales se les transfieren determinadas competencias, manteniendo su autonomía orgánica y técnica, al mismo tiempo que se reducen sus relaciones con el poder central.⁵⁵

55. Andrés Serra Rojas. Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Porrúa Décima Edición. México 1981. pág. 509.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En virtud de lo anterior, podemos ver que los notarios - no encajan dentro de ninguna de estas organizaciones administrativas, ya que en el primer caso, no existe una relación jerárquica, dependiente de un poder central, el Presidente de la República, a través del Jefe del Departamento del Distrito Federal, ejerce sobre ellos, únicamente poderes de vigilancia y disciplinario, mas no de revisión, resolución de conflictos o nombramiento, ya que este último esta sujeto a exámenes, -- por medio de los cuales se expide la patente de notario. Y - en el segundo caso como organismos descentralizados, no se les puede encuadrar, en virtud de carecer una notaria de personalidad jurídica propia, es decir, la Notaria no configura una persona moral.

Ahora bien, un funcionario público es aquél que representa a los órganos de la administración pública federal. Nuestra Constitución se refiere a los altos funcionarios y empleados públicos pero no los define. Es la doctrina la que se ha encargado de hacer esta diferenciación. A los funcionarios se les otorgan poderes propios a la función que desempeñan otorgándoles facultades como la de ordenar y decidir, en cambio los empleados públicos solamente ejecutores. Además el funcionario crea una relación externa que le da un carácter representativo, esto en virtud de las facultades de las que goza y el empleado sólo supone una vinculación interna.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El empleado público, carece de atribución especial designada en la ley, sólo colabora en la realización de la función pública, incorporándose de forma voluntaria sin tener carácter representativo.

Por lo anterior, podemos ver que el notario tampoco encaja dentro de estos dos conceptos, ya que depende del Estado, - pero no está comprendido dentro de su organización administrativa, además su remuneración no proviene del erario federal ni local, sino del particular, que acude a pedir la prestación de sus servicios. Por lo tanto, la Notaria no es una dependencia del gobierno ni un organismo de participación estatal, y la persona del Notario no se puede considerar como un empleado o funcionario público.

En mi opinión, en la actualidad, todavía no se ha alcanzado a definir la posición del Notario dentro de la Administración pública. Considero que el concepto que nos da la Ley del Notariado, al definirnos al Notario como un funcionario público, no es muy acertada. Creo que lo correcto, sería definirlo como un profesionista, al que el Estado le otorga determinadas facultades para realizar un servicio que es de interés social encaminado a lograr una seguridad jurídica en cuanto autentifica y da forma en los términos de ley a determinados actos y hechos jurídicos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta facultad de autenticar y dar forma, surge de la ley, por lo que todos los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica, valen erga omnes.

3.1 LA FORMALIDAD CONFORME A LA LEY DEL NOTARIADO.

La formalidad regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, en lo que a la hipoteca se refiere, está regulada por la Ley del Notariado, determinando en muchos casos, como lo es la hipoteca, que debe ser un contrato notarial.

El contrato de hipoteca, una vez celebrado por las partes debe satisfacer requisitos exigidos por la ley, es decir, que el Notario debe darle la forma debida conforme a derecho. Esta forma la otorga el Notario, en virtud de las facultades que la ley le concede: la fe pública, de la cuál hablaré más adelante dentro de este capítulo.

Dentro de los requisitos que debe llenar esta formalidad, en el artículo 62 de la citada ley, se nos mencionan entre otros los siguientes: expresar lugar y fecha en que se extiende la escritura, nombre del notario y número de notaría, consignar los antecedentes de la operación que va a formalizar, así como el certificar haber tenido a la vista los documentos que se le hubieren presentado para la formulación de la escritura, redactar las cláusulas con claridad y concisión, desig-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

nar con precisión las cosas objeto del acto, si se trata de bienes inmuebles en este caso como lo es la hipoteca, determinar su naturaleza, ubicación y colindancias, acreditar la personalidad en caso de que una persona comparezca en lugar de otra o de una persona moral, expresar los datos generales de los contratantes, asegurarse de su identidad y explicar a los contratantes el valor y las consecuencias legales de su contenido.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, reformó el contenido de varios artículos del Código Civil, en lo referente a la cuantía a partir de la cual el contrato debía elevarse a escritura pública, así el artículo 78 de la Ley del Notariado publicada en el Diario Oficial del 8 de enero de 1980 y que empezó a regir 60 días después de su publicación dispone como cuantía para enajenaciones de bienes inmuebles y constitución o transmisión de derechos reales la cantidad de treinta mil pesos, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil, abrogándose en esta forma la Ley del Notariado para el Distrito Federal de fecha 31 de diciembre de 1945, señalando esta ley en su artículo sexto transitorio que se derogan las disposiciones sobre notariado que se opongan a los preceptos de esta ley.

A pesar de la cuantía que nos señala nuestro Código Civil de quinientos pesos y en virtud del artículo 14 transitorio de

la ley del Notariado para el Distrito Federal de 1946, podemos concluir que la cuantía a partir de la cual se debe elevar el contrato de hipoteca a escritura pública, es de treinta mil pesos.

Art. 14 transitorio: "Se modifican los artículos 1777, - 2917, 2316, 2317, 2033, 2320 y 2345 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de fecha 30 de agosto de 1928, en los términos del artículo 54 de la presente ley."

Como conclusión de lo anterior, podemos decir, que el contrato de hipoteca, una vez rebasando la cuantía establecida por la ley, debe ser elevado a escritura pública, la cual debe satisfacer los requisitos que nos marca la Ley del Notariado, mismos a los que debe apegarse el Notario.

3.2 LA ESCRITURA PUBLICA COMO INSTRUMENTO QUE LE DA AL CONTRATO LA FORMA DEBIDA.

Según lo tratado en el punto anterior, para elevar un contrato a la forma que la ley establece, es necesario apegarse a determinados requisitos señalados por la ley, en el caso de la hipoteca, el elevarse a escritura pública, y por ser este un elemento importante que configura la formalidad, creo necesario hacer referencia a este concepto.

Al tratar en este punto lo que es una escritura pública,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

primeramente haré mención al concepto que nos marca la Ley del Notariado en su artículo 60: "Para los efectos de esta Ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme al artículo 46 de este Ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario.

II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.

El documento deberá llenar las formalidades que señala este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; llevar el sello de este en los expresados lugares y agregarse al apéndice con sus anexos.

Mediante una escritura, los otorgantes manifiestan su voluntad de obligarse, es decir, se hacen constar actos jurídicos, entendiéndose por estos una manifestación de la voluntad humana, que es susceptible de producir efectos jurídicos.

El Notario al otorgar una escritura, da fe del consentimiento de las partes, moldeando el acto, en el cual los o-

torgantes expresan su voluntad en un acto jurídico.

Al elevar el contrato de hipoteca a escritura pública, se estará otorgando de acuerdo con la forma establecida por la ley.

En mi opinión este requisito exigido por la ley, el elevar el contrato de hipoteca a escritura pública, es importante, ya que no se deja al arbitrio de las partes el contenido del documento, pues el notario entra en el fondo contractual del mismo, además examina los documentos que le son exhibidos por las partes, determina si el contrato contiene un fundamento legal y además sigue otros requisitos exigidos por la ley y que ya mencioné anteriormente como son: el hacer constar bajo su fe, que se aseguró de la identidad de los otorgantes, así como de su capacidad legal para celebrar el contrato y asimismo les explicó el valor y las consecuencias legales de su contenido.

Además la escritura notarial, está considerada dentro de los documentos públicos, entendiéndose por estos "los escritos que consignan en forma auténtica, hechos o actos jurídicos realizados ante fedatarios o autoridades en ejercicio de sus funciones y los por ellos expedidos para certificarlos." ⁵⁶

Otra característica importante de la escritura, es que al

56. José Becerra Bautista. El Proceso Civil en México. Editorial Porrúa. Octava Edición. México 1980. pág. 137

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ser considerada como un documento público, tiene la presunción *juris tantum* de ser legítima y eficaz mientras no se demuestre lo contrario.

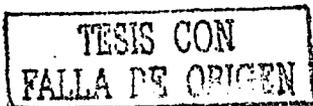
El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 327-I nos señala como documentos públicos los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas.

La calidad de públicos, se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso prevengan las leyes.

Además es requisito indispensable en el juicio hipotecario el que la hipoteca conste en escritura debidamente registrada para tener por objeto el pago o la prelación de un crédito.

Por lo anteriormente expuesto, podemos decir que la escritura como instrumento que le da al contrato la forma debida, juega un papel esencial, ya que el contrato "al pasar por el crisol de las solemnidades notariales: la misma materia civil, se convierte, por la forma del molde, en materia auténticamente querida, otorgada y publicada."⁵⁷

57. Luis Carral y de Teresa. Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa. México 1970. pág. 26



3.3 LA FE PUBLICA DEL NOTARIO.

Al ser la fe pública un elemento característico de la -- función notarial y que además es esencial para que el Notario pueda desempeñar su función, trataré en este punto lo que considero más importante al respecto.

Primeramente haré mención a lo que se puede entender por fe, palabra que etimológicamente se deriva del latín fides. Fe, significa creer en algo, no por haberlo percibido directamente por los sentidos, sino en virtud de la fama pública o de la autoridad de la persona que directamente los ha percibido.

La palabra pública, significa "del pueblo" etimológicamente, significa patente, notoria, manifiesta, que la ven o lo saben todos.

Por lo tanto la fe pública es un atributo que tiene el Estado en virtud del ius imperium que goza y que este ejerce a través de los órganos estatales.

Ahora bien, la fe pública de que goza el Notario, la recibe del titular del Poder Ejecutivo, por disposición de ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo antes apuntado, podemos decir, que la fe pública no es más que la creencia en algo, proveniente de una autoridad, que por ley guarda una calidad especial. Esta fe del Notario es pública, ya que proviene del Estado y además tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.

La fe pública de la que goza el notario, llamada por varios autores fe pública notarial, o fe notarial, no es más que la capacidad que tiene el mismo para que los actos que certifica sean creíbles, pudiendo considerar a la fe pública como el género y a la fe notarial como la especie.

Bañuelos Sánchez, citando a Orellano en su obra Curso de Derecho Notarial, define a la fe notarial diciendo que "es un atributo de la propia calidad de escribano que reviste el funcionario y este con sólo intervenir o autorizar un acto cualquiera con su firma, le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica la fe notarial de que es depositario." 58

Asimismo esta fe pública de la que goza el notario contribuye a dar forma a los actos en los que la ley así lo exige, en el caso de esta tesis que estoy elaborando, a la hipoteca, dotándola de una autenticidad, evitando de esa manera múltiples controversias jurídicas.

Además "esta función del notario contribuye al orden pú-

58. Froylan Bañuelos Sánchez. Derecho Notarial. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1977. Pág. 32 y 33

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

blico, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, permite que se cumpla la certeza que es una finalidad del derecho.⁵⁹

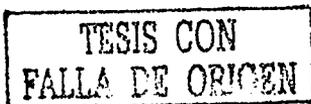
Por lo anterior, y en virtud de ser la fe notarial indispensable para que el Notario pueda llevar a cabo su cometido, que como lo mencioné anteriormente es el lograr una tranquilidad social y una certeza jurídica, siempre a petición del interesado, es pues, esta fe notarial, por la que todos los actos realizados por el Notario, tienen el carácter de válidos, salvo prueba en contrario.

Creo además que la fe pública de la que esta investido el Notario, es una garantía hacia los particulares de que los actos otorgados ante él, lo fueron conforme a derecho, esto en virtud de ser el Notario una persona que conoce ampliamente la ciencia jurídica y además debe apegarse a determinados requisitos que le marca la ley para el desempeño de su cometido.

4. ANALISIS DEL ARTICULO 2917 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Al ser la formalidad de la hipoteca un punto esencial dentro del tema materia de esta tesis, trataré lo que al respecto nos señala el artículo 2917 del Código Civil: "Para la constitución de créditos con garantía hipotecaria, se observarán las formalidades establecidas en los artículos 2317 y 2320"

59. Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Obra Citada. pág. 125.



El artículo 2317 refiriéndose a la formalidad del contrato de compra-venta señala: "Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor convencional no sea mayor de quinientos pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez de paz o Registro Público de la Proicdad."

Refiriéndose también a la formalidad señalada en el capítulo referente a la formalidad de la compra-venta, el artículo 2320 nos menciona que si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, para su venta se requerirá elevar a escritura pública el contrato en que se otorgue.

Ahora bien estas formalidades también aplicables al contrato de hipoteca, han sido reformadas en cuanto a la cuantía del negocio, por la Ley del Notariado.

La modificación al artículo 78 de la Ley del Notariado - publicada en el Diario Oficial el 8 de enero de 1980, modifica la cuantía al elevar el valor según avalúo bancario a treinta mil pesos, y que es el que actualmente nos rige.

Ahora bien, la única excepción que nos marca el Código Civil en cuanto a no seguir esta formalidad y que también es a--

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

plicable a la compra-venta, la encontramos en el comentado artículo 2917 en su segundo párrafo: "Los contratos en los que se consigne garantía hipotecaria otorgada con motivo de la enajenación de terrenos o casas por el Departamento del Distrito Federal para la constitución del patrimonio familiar o para - personas de escasos recursos económicos....se observarán las formalidades establecidas en el artículo 2317." Refiriéndose esta formalidad a que se podrán otorgar en documento privado sin la comparecencia de dos testigos o ratificación de firmas.

En mi opinión las disposiciones relativas a la formalidad de la hipoteca, en lugar de remitirnos a la formalidad del contrato de compra-venta y esta a la Ley del Notariado, deberían estar contenidas dentro del capítulo referente a la hipoteca, mencionando en el mismo la cuantía a partir de la cual es necesario otorgar el contrato en escritura pública, ya que como - podemos observar la cuantía marcada en el Código Civil es obsoleta, ya que se aplica la marcada en la Ley del Notariado.

Como conclusión podemos decir que el contrato de hipoteca al ser catalogado como un contrato formal debe ser elevado a escritura pública otorgada ante Notario, salvo que no alcance la cuantía marcada por la ley, o que este comprendido en - la excepción marcada en el mismo artículo, es decir los contratos otorgados por el Departamento del Distrito Federal.

En lo que se refiere a la cuantía, podemos decir, que -

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

practicamente no hay contratos de hipoteca con cuantía menor a la señalada y en el caso de que llegaran a existir y se suscitara una controversia, la omisión de formalidad, es decir, el celebrarse en contrato privado, no sería de trascendencia, ya que los intereses económicos protegidos, que a mi juicio - protege la formalidad serían pocos.

En lo referente a la segunda salvedad, que me llamó la atención y que abordaré en el siguiente apartado, es decir, la excepción marcada en lo referente a los contratos otorgados - por el Departamento del Distrito Federal en los que se consigue garantía hipotecaria, lo es también la publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 13 de noviembre de 1981 en la que se autoriza por decreto hacer constar en documentos privados los contratos en los que intervenga el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, incluyendo por supuesto las hipotecas producto del préstamo concedido a los trabajadores para construcción, financiamiento o adquisición de casas-habitación.

4.1 DECRETO POR EL QUE SE ADICIONA EL ARTICULO 42 DE LA LEY - DEL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES.

Con fecha 13 de noviembre de 1981, salió publicado en el Diario Oficial de la Federación un decreto por el que se adicionó el artículo 42 de la Ley apuntada anteriormente que en

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

su parte conducente a lo que interesa a la materia de esta tesis señala: "Los contratos y operaciones a que se refiere el párrafo anterior, así como la constitución del régimen de propiedad en condominio de los conjuntos que financie el Instituto, podrán hacerse constar en documentos privados, ante dos testigos, e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que corresponda, con la constancia del registrador sobre la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes."

La exposición de motivos que dió lugar al referido decreto, de fecha 21 de julio de 1981, refiriéndose a las causas por las que el legislador resolvió la conveniencia de otorgar en contrato privado, en este caso la hipoteca, derivado de los préstamos que otorgue el Instituto con objeto de facilitar la obtención de viviendas para los trabajadores, en su parte conducente expresa: "Por otra parte, es sabido que los gastos de diversa índole que se derivan de la titulación de las viviendas a los trabajadores representan una carga que encarece el costo final de la vivienda. Por ello, y ante la conveniencia de ahorrar los gastos notariales para beneficio de los trabajadores se sugiere que los actos jurídicos relacionados exclusivamente con los créditos que otorgue el Instituto y la constitución de los regímenes de propiedad en condominio, cuando ello se requiera, puedan otorgarse en documentos privados"⁶⁰

60. Disposiciones Legales. INFONAVIT. 5a. Edición. México 1982. pág. 49.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Después de lo expuesto anteriormente, podemos observar, que las excepciones en cuanto a la formalidad de los contratos, no sólo la marcada en el Código Civil referente a las operaciones realizadas por el Departamento del Distrito Federal, sino también las llevadas a cabo por el INFONAVIT, tienen un espíritu directo de beneficio hacia la clase obrera. Pero desde un punto de vista de orden jurídico ¿se seguirá conservando la certeza jurídica que se pretende dar al contrato al elevarlo a instrumento público?, en el que no sólo interviene la voluntad de las partes, sino que existen intereses de orden económico, que el legislador debe proteger.

Desde un punto de vista de orden práctico, esta reforma es un acierto, ya que se evitan trámites al no tener que acudir ante un Notario a formalizar un contrato, y además existe un ahorro para los trabajadores en cuanto a gastos de escrituración.

Pero desde un punto de vista de orden jurídico, en mi opinión es más importante la intervención de una persona, en este caso el Notario, que no solamente va a entrar en el fondo del contrato, también va a seguir para darle la forma debida al mismo, ciertos requisitos que marca la ley, y lo más importante, su función va a contribuir al orden público, permitiendo que se cumpla la certeza, la cual es una finalidad del derecho.

Por lo anterior, considero que estas excepciones a la fal

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ta de formalidad en los contratos, no deberían existir, y mucho menos ir encamidados a la clase trabajadora, en virtud de no poseer los conocimientos jurídicos necesarios para celebrar un contrato de esa naturaleza, por lo que se podrían presentar abusos, por lo que en vez de protegerlas en un aspecto económico, se les debería de proteger en un aspecto jurídico.

En mi opinión, el Instituto al otorgar un préstamo al trabajador para financiamiento, construcción o adquisición de vivienda, debería como se hacía anteriormente incluir una cantidad adicional para estos gastos de escrituración, y al mismo tiempo celebrar convenios con los Notarios en cuanto a la cantidad erogada por las operaciones en las que intervenga el Instituto, pero sin descuidar aspectos tan importantes como lo es la certeza y autenticidad de un contrato y más en este caso cuando están de por medio intereses económicos.

5. SANCION POR FALTA DE FORMALIDAD.

Como podemos observar, a través de lo tratado en este capítulo, la formalidad, es un elemento importante por lo que a la hipoteca se refiere en virtud de encontrarse estos dentro de la clasificación de los contratos formales, a los que ya hice referencia, y que Ortiz Urquidi los define como los que para su validez, necesariamente requieren de la forma escrita - sin admitir por tanto el consentimiento tácito, ni el manifes-

tado por mímica o verbalmente, sino sólo el expreso y por escrito.⁶¹

El Código Civil, al tratar lo referente a la forma en los contratos, nos señala que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras no se revista, no será válido, salvo disposición en contrario. (art. 1833.)

La falta de formalidad, en este caso de la hipoteca, es sancionada en el Código Civil con una nulidad relativa:

- Art. 1795. El contrato puede ser invalidado:

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

- Art. 2228. La falta de forma establecida por la ley... produce la nulidad relativa del mismo.

Pero si a pesar de no existir esta formalidad en el acto, la voluntad de las partes consta de manera indubitable, cualquiera de ellas puede exigir que el acto se otorgue en la forma que marca la ley (art. 2232). Esto es, que el contrato, puede ser convalidado por las partes, mediante ratificación expresa, al otorgarlo en la forma establecida en la ley, en este caso mediante escritura pública o escrito privado.

61. Raúl Ortíz Urquidí. Derecho Civil. Segunda Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982. pág. 336.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La nulidad relativa, permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, y en el caso que sea invalidado, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su celebración.

Como diferencia esencial entre ambas nulidades en cuanto a sus características, encontramos: la nulidad absoluta, se caracteriza 1o. porque puede hacerla valer cualquier interesado; 2o. porque es inconvalecible, y 3o. porque es imprescriptible. En tanto que la nulidad relativa: 1o. sólo puede hacerla valer la persona a cuyo favor la establece la ley; 2o., es convalidable, y 3o., que es prescriptible. ⁶²

La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, se encuentra vinculada a un interés privado más que público, y en general, es una medida de protección para ciertas personas, que por sus condiciones particulares de indefensión pueden ser sorprendidas en una contratación. También por contraste con lo anterior, sólo puede ser invocada por aquella a cuyo favor se ha consagrado, vale decir, la que se trata de proteger de una manera especial. ⁶³

Como podemos observar, en el espíritu de nuestra ley prevalece en este caso, el principio de la conservación del con-

62. Raúl Ortiz Urquidí. Derecho Civil. Obra citada. pág. 62

63. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Rodríguez Azuero Sergio. Biblioteca Felaban. Colombia 1977, pág. 81

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

trato y también el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos a menos que alguna de las partes se retracte, - configurándose entonces la revocación del contrato sin quebrantar los principios nombrados anteriormente, ya que si el contrato se celebró por mutuo consentimiento, puede terminar por mutuo consentimiento.

También podemos decir que la formalidad que reviste el -- contrato de hipoteca "está de ordinario intimamente ligada al cargo notarial, no hay obstáculo en deducir que su falta se manifiestará cuando el acto de voluntad no ha pasado por el tamiz de la solemnidad, cuando está desprovisto del reconocimiento del notario, en otros términos, cuando la voluntad haya tomado la forma de documento privado."⁶⁴

6. LA LIBERACION DE LA HIPOTECA.

Una vez extinguida la hipoteca, ya sea por causas directas o indirectas, las cuales ya mencioné en el capítulo anterior, es necesario proceder a la cancelación de su inscripción en el Registro Público correspondiente, y así lo dispone el artículo 2940 del Código Civil, al establecer: "La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero, mientras no sea cancelada su inscripción."

64. Georges Lutzesco. Teoría y Práctica de las Nulidades. Editorial Porrúa S.A. México 1975. pág. 213

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien, la cancelación de la hipoteca, puede ser total o parcial, según se traté, presentando en cada caso el documento requerido, para hacer la anotación correspondiente.

Para proceder a la liberación de la hipoteca, es necesario seguir los requisitos de formalidad exigidos por la ley, es decir, presentando el documento, ya sea público o privado en donde conste que el gravamen se ha extinguido.

En lo referente a la extinción de asientos, la ley no es muy clara en este caso al aplicarse a la hipoteca, ya que el artículo 3031 del Código Civil, nos señala que para que el asiento pueda cancelarse por consentimiento de las partes, este deberá constar en escritura pública, pero sin decirnos salvo las excepciones que la ley marque en cuanto al documento en que consta el asiento inscrito. Esto en virtud de que como ya lo traté anteriormente, existen excepciones en las cuales la hipoteca se celebra por medio de contrato privado.

En conclusión podemos decir, que al extinguirse la hipoteca, es importante proceder a su liberación, haciéndolo en forma escrita según sea el caso y pidiendo la cancelación del asiento correspondiente en el Registro Público a efecto de que deje de surtir efectos contra terceros.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO CUARTO

LA PUBLICIDAD DE LA HIPOTECA

1. Publicidad de la Hipoteca
 - 1.1 Clasificación de los Sistemas Registrales
 - 1.1.1 Sistema Francés
 - 1.1.2 Sistema Germánico
 - 1.1.3 Sistema Australiano
 - 1.1.4 Sistema Mexicano
 - 1.2 Características Fundamentales de Nuestro Sistema
 - 1.2.1 Publicidad
 - 1.2.2 Oponibilidad
 - 1.2.3 Especialidad
 - 1.2.4 Autenticidad
 - 1.2.5 Tracto Sucesivo
 - 1.2.6 Rogación
 - 1.2.7 Prioridad
2. El Registro Público de la Propiedad
 - 2.1 Origen
 - 2.2 Nociones Generales
3. Registro de Hipotecas
4. Efectos Legales de su Registro
 - 4.1 Terceros para efectos de Registro
 - 4.2 Falta de inscripción en la Hipoteca
5. Nulidad de la Inscripción
6. Relación entre el Notario y el Registro Público

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LA PUBLICIDAD DE LA HIPOTECA

1. PUBLICIDAD DE LA HIPOTECA.

Dentro de este capítulo destacaré la importancia y significación del Registro Público de la Propiedad, así como de la inscripción correspondiente de la hipoteca, en virtud de ser esta un requisito importante, ya que sin el carecería de efectos contra terceros.

La publicidad, como toda institución jurídica, no ha sido el producto inmediato y acabado de una legislación determinada sino el resultado de una larga elaboración, a la cual han concurrido, a más de los factores económicos, que legalmente han exigido su implantación, factores históricos, políticos, filosóficos y sociales.⁶⁵

La publicidad de los derechos reales inmobiliarios, en nuestros días es de gran importancia, ya que la misma es una de las características principales en nuestro derecho moderno, para la debida protección del crédito inmobiliario y su fomento, de acuerdo con las necesidades actuales, para una debida circulación de la riqueza territorial.

Por lo anterior "practicada una inscripción, toda persona

65. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 439

tiene derecho a enterarse de su contenido, así como también, de todo documento existente en los archivos y obtener además, las certificaciones o constancias escritas de lo que estime pertinente.⁶⁶

Además la publicidad no afecta la existencia del acto o del derecho real que la utiliza, sino más bien es un elemento vital para el acto o derecho real que se publica.

El sistema de nuestro Código Civil vigente, sólo requiere del registro para que el acto surta efectos contra terceros, pero no para que exista respecto de las partes, es decir, mientras no se realice la inscripción, no es oponible a terceros, entendiéndose por estos, aquellos que tienen un derecho real o gravamen sobre bienes objeto de registro, esto en virtud de que la inscripción en este caso de la hipoteca, sólo tiene efectos declarativos. (art. 3007 y 3008 C.C.)

1.1 CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS REGISTRALES.

En este apartado, trataré la clasificación de los sistemas registrales, tomando en consideración los diferentes grados de eficacia otorgados por las legislaciones a la inscripción, ya que todos tienen como propósito común dotar de estabilidad y seguridad a la propiedad, facilitando y protegiendo el

66. Guillermo Colín Sánchez. Procedimiento Registral de la Propiedad. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1979. pág. 81

crédito inmobiliario. Esto en virtud de la clandestinidad sobre inmuebles que existió en el Derecho Romano y que sobrevivió siglos después, demeritando en gran medida el valor de los bienes raíces, y originando una gran usura en los préstamos por la gran inseguridad en las garantías reales sobre inmuebles.

Dentro de los principales sistemas de registro, trataré - los siguientes: el sistema francés, el sistema germánico, el sistema australiano, y el sistema mexicano.

1.1.1 SISTEMA FRANCÉS. Dentro de este sistema, el Registro Público de la Propiedad, está encomendado a una oficina administrativa, sin existir una distinción fundamental entre el régimen de propiedad mueble e inmueble.

Las inscripciones son potestativas, produciendo un efecto negativo, que consiste en hacer que el acto pueda perjudicar a terceros, transmitiendo el dominio y los derechos reales fuera del registro, entre las partes, desde el momento en que celebran el contrato correspondiente y aún con respecto a terceros en aquello que les beneficie.

Las inscripciones se llevan a cabo por orden cronológico, es decir, existe el principio de prioridad, el cual se lleva en una forma muy estricta. Además el documento debe referirse al titular anterior exigiéndole una forma auténtica, -- siendo esta básicamente el documento notarial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

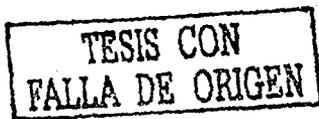
Podemos decir que es un registro de publicidad negativa, ya que el hecho de no registro hace pensar que el registrado conserva su derecho, dando lugar esta situación a que en un momento dado puedan existir dos propietarios de la misma cosa, el adquirente por virtud de la misma enajenación y el enajenante que continúa teniendo la propiedad hasta que no se inscribe en el Registro.

A pesar del tracto sucesivo, el asiento del transferente no crea una apariencia registral positiva, pues puede confiarse en que no existe lo no registrado; y no es registro positivo, porque no puede tenerse por seguramente existente lo registrado.⁶⁷

1.1.2. SISTEMA GERMANICO. Dentro de este sistema, se considera al registro como un elemento esencial para la existencia de los actos jurídicos y derechos que según la ley deban ser registrados.

A diferencia con el sistema francés establece ante todo que el régimen de la propiedad inmueble es completamente diferente al de los muebles, en virtud de que los bienes raíces son parte del territorio que es uno de los elementos constitutivos del Estado, por lo que el Libro Territorial o Registro Inmobiliario está a cargo de los tribunales judiciales, existien

67. Luis Carral y de Teresa. Derecho Notarial y Derecho Registral. Obra citada. pág. 233 y S.S.



do una liga muy estrecha entre este y el catastro.

Para obtener el registro, es necesaria, la relación del particular con la autoridad, obteniéndose por un proceso de - jurisdicción voluntaria en el que se estudia y resuelve sobre la facultad y capacidad del enajenante, la validez en la manifestación de la voluntad para transmitir o gravar el inmueble o el derecho real de que se trate, así como la voluntad del - adquirente para aceptarlo.

La decisión judicial, sólo examina la validez del acuerdo transmisivo; desligándose de su causa precedente, la función calificadora se limita exclusivamente al acuerdo transmisivo como contrato abstracto.

La inscripción es el último elemento constitutivo, siendo este el único y verdadero título de propiedad o del derecho real de que se trate, teniendo por sí sola la inscripción un valor sustantivo independiente de los actos que sirvieron de base para la inscripción.

En este sistema el registro se lleva en Folio Real, esto es que cada finca posee su propia hoja considerandolas como si fueran entidades jurídicas independientes de las personas que adquieren algún derecho real sobre ellas abriendosele a cada - finca su propio folio:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo anterior podemos decir que a diferencia de nuestro sistema, el germánico solamente acepta la adquisición de la - propiedad y el reconocimiento de derechos reales en el momento en que esta hecha la inscripción en el Libro Territorial, lo que en nuestro sistema la publicidad solamente concierne a los terceros.

1.1.3. SISTEMA AUSTRALIANO. Este sistema también es conocido como "Sistema Torrens" en virtud de que fue creado por Sir Robert Torrens, inspirándose en los dos sistemas anteriores, con el propósito de dar una mayor seguridad a los títulos de las propiedades en Australia, ya que existían dos clases de - títulos: los directos, que venían directamente de la corona, - teniendo como característica principal la inacatabilidad del título y los segundos, derivados de los primeros, para los -- cuales no existía un sistema de registro, por lo que se presta ban a toda clase de fraudes ya que se movían en un estado de completa clandestinidad.

Por lo anterior Sir Torrens propusó que todos los títulos fueran directos, estableciéndose el sistema de inmatriculación esto es, el acceso por primera vez al Registro. Este Registro es inicialmente potestativo, ya que el interesado puede o no inmatricular su finca, pero una vez hecha, todas las operaciones sobre la misma, quedan sujetas al registro, llevandose tam bién en este sistema el registro a base de un folio real en -

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

forma de extracto para cada finca.

Para proceder al registro primero se realiza un estudio por juristas y topógrafos sobre el título presentado, buscando una perfección tanto legal como física, posteriormente se hace una notificación a los colindantes así como publicaciones fijándose un término en caso de que existan oposiciones por parte de cualquier interesado, y sino existen tales reclamaciones o la decisión judicial es adversa, vencido el término, se procede a la inmatriculación.

Posteriormente se expiden dos títulos iguales, haciendo mención de las hipotecas, gravámenes y demás derechos reales quedándose un ejemplar en poder del titular y otro para que se encuaderne en el Registro.

Por otra parte, existe un fondo pecuniario que se forma con una contribución de dos al millar, que debe pagarse al Estado por cada registro, destinándose tal fondo para indemnizar a los terceros que pudieran resultar perjudicados por la inactitud del registro.⁶⁸

A diferencia de nuestro sistema, no es necesario el control notarial, sino que la contratación se lleva a cabo privadamente, siendo esto un inconveniente en virtud de la ignorancia por parte de las personas que no posean conocimientos al o

68. Ramón Sánchez Meda. De los Contratos Civiles. Obra citada. pág. 475

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

torgar los actos jurídicos, por lo que aquí vuelvo a recalcar la importancia que tiene la intervención notarial en nuestro sistema.

1.1.4. SISTEMA MEXICANO. En nuestro sistema a diferencia del germánico el registro no es un elemento necesario para la existencia del acto, o del derecho real en su constitución o transmisión, en el caso en que la ley prescriba ese requisito, es obligatorio sólo en cuanto a que surta efectos contra terceros, pero el acto existe entre las partes, es decir, el registro sólo es oponible a terceros.

Para proceder al registro, se sigue el principio de rogación, es decir, que el interesado titular del derecho solicita la inscripción, haciéndolo notar que tiene la obligación de hacerlo y en caso contrario se le sanciona con la inoponibilidad del acto que debió inscribirse frente a terceros.

La inscripción directa de nuestro sistema registral la encontramos en el primera Ley Hipotecaria Española de 1861 teniendo elementos de los tres sistemas tratados anteriormente, por lo que el sistema registral mexicano ha sido calificado de ecléctico, en virtud de aceptar principios de diversos sistemas.

Al igual que en el sistema francés los efectos de la inscripción son puramente declarativos, además se parece al sis-

Falta Página

138

jeto del derecho real, así como en que porción del crédito responde, cada finca, en caso de que hubieran sido varias las hipotecadas. (art. 2912 C.C.)

1.2.4 AUTENTICIDAD. Está basado en el principio de la fe pública registral, en cuanto a que se atiende a los datos que aparecen inscritos, ya que estos no tienen un valor sustantivo propio y no crean en sí ningún derecho independiente del título base de la inscripción. Libera a la inscripción de todo vínculo causal, dotándola de sustantividad y autonomía, haciéndola valer como única y total verdad, cuando interviene un adquirente de buena fe a título oneroso, que haya inscrito su derecho.

1.2.5 TRACTO SUCESIVO. Esto es, que nadie puede transmitir un derecho real, sin previamente ser titular del mismo, es decir, que para hacer una inscripción, debe haber una que le sirva de antecedente, de manera que exista una cadena ininterrumpida de inscripciones. (art. 3019 C.C.)

Del principio del tracto, resulta la posibilidad de llevar al registro lo que provenga del titular inscrito, así como la prohibición de registrar lo que no emana de él.

1.2.6. ROGACION. Es decir, que no se puede registrar de oficio

a pesar de conocer un acto o hecho que pueda dar origen a un cambio en los asientos de las inscripciones, es necesaria la petición de parte. (art. 3018 C.C.)

1.2.7 PRIORIDAD. Es la preferencia otorgada sobre los demás a quien primero inscribió su derecho, es decir, es primero en derecho el primero en registrar. (art. 3015 C.C.)

Dentro de este principio cabe la posibilidad de que antes de la presentación del título inscribible pueda obtenerse una preferencia a través de los avisos preventivos notariales (art. 3016 C.C.)

Es evidente que al disponer el Código Civil, que el registro llevará la fecha del día en que los documentos sean presentados en la oficina, manda categórica y expresamente, que las inscripciones o registros se fechen el día de la presentación de los documentos, y no lleven la fecha del día en que efectivamente se haga la inscripción, o se acredite el pago de los derechos correspondientes. Esto no quiere decir que el precepto citado obligue a hacer el registro precisamente el día de la presentación del documento, sino que la inscripción surtirá efectos precisamente desde la fecha en que es presentado el documento para su registro. ⁶⁹

69. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Sa la. México 1975. pág. 956

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.2.8. LEGALIDAD. En cuanto exige del registrador que califique el documento presentado para su inscripción.⁷⁰

Este principio impide el registro de títulos inválidos o imperfectos, presumiéndose que todo lo registrado lo ha sido legalmente.

El registrador hace un exámen del título para ver si llena las formalidades establecidas por la ley, y en caso de llegar a una conclusión desfavorable, hará una inscripción preventiva, devolviendo el documento. (art. 3021 C.C.)

2. REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD.

Dentro de este apartado, hará una breve referencia acerca de lo que es el Registro Público, en virtud de ser este el medio idoneo para dar publicidad al contrato de hipoteca.

2.1 ORIGEN.

El Registro Público, tal y como se encuentra organizado - en México en términos generales, desde el año de 1871, se inspira fundamentalmente en la Ley Hipotecaria Española; esta ley tuvo como antecedentes directos el sistema hipotecario alemán y lo que se conoce con el nombre de Acta de Torrens (establecimiento del Registro Público en Australia mediante la "Real Property Act en 1958). Por tanto en gran parte, la institu -

70. Rafael de Pina Vara. Derecho Civil Mexicano. Volumen Segundo. Bienes y Sucesiones. Editorial Porrúa S.A. México 1977. pág. 229

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ción de nuestro Registro Público está basada en el derecho alemán y el anglosajón (el australiano) a través de esta acta.⁷¹

Benito Juárez, instituyó el Registro Público de la Propiedad; importando destacar que tal hecho histórico es de gran trascendencia, porque era indispensable contar con una Institución que fuera congruente con el pensamiento político de la época y que además cumpliera dentro de la esfera de sus atribuciones a coadyuvar a una mejor operancia de las "Leyes de Reforma". Además instituyó el Registro Público como una función del Estado.

En relación con la hipoteca, se dictaron algunas otras normas concernientes a aquellos casos de donaciones antenuptiales, también en cuanto a menores incapacitados cuyos intereses se constitúan con hipotecas, siendo estos objeto de registro.

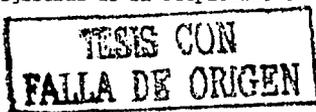
En concreto suprimió toda hipoteca tácita e instituyó un sistema de publicidad de todo gravamen real y de todo acto -- traslativo de bienes inmuebles.⁷²

2.2 NOCIONES GENERALES.

La Dirección del Registro Público de la Propiedad, es una dependencia del Departamento del Distrito Federal, a la cual -

71. Francisco Lozano Noriega. Cuarto Curso de Derecho Civil. Obra citada. pág. 735.

72. Guillermo Colín Sánchez. Procedimiento Registral de la Propiedad. Obra citada. pág. 27



le está encomendado el desempeño de la función registral.

El Registro Público de la Propiedad, es la institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar la publicidad a los actos jurídicos que, conforme a la ley, (en el caso de esta tesis, la hipoteca, art. 3011 C.C.) necesitan este requisito para surtir efectos contra terceros.

El Registro Público tiene por objeto entre otros, dar la mayor garantía posible al derecho de propiedad, su situación jurídica, así como las cargas, derechos reales que pudieran reportar los mismos, tanto a los propietarios como a terceros.

La función principal del Registro, "es poder demostrar -- cual es la situación jurídica real de los bienes raíces, es -- decir, a quien pertenecen, que gravámenes, que derechos reales han sido constituidos sobre esos bienes raíces. ¿Y esto con -- que finalidad? con la de dar seguridad a la propiedad y a los titulares de derechos reales sobre inmuebles."⁷³

3. REGISTRO DE HIPOTECAS.

El Código Civil vigente estatuye que todo aquel que tenga interés jurídico en la inscripción del acto, derecho o contrato de que se trate podrá solicitar ante el Registro Público di

73. Francisco Lozano Noriega. Cuarto Curso de Derecho Civil. Obra citada. pág. 739

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cha inscripción, pudiendolo hacer inclusive el Notario encargado del otorgamiento de la escritura. (art. 3018 C.C.)

La inscripción, no sólo la puede pedir el titular del derecho real de que se trate, sino también todo aquel que tenga interés jurídico en el derecho objeto de la inscripción.

En virtud de que la hipoteca es una garantía real constituida entre otros sobre un bien inmueble, deberá ser inscrita en la Sección Segunda del Registro Público de la Propiedad, - ya que a esta Sección corresponde la inscripción de los títulos por virtud de los cuales se grave el dominio de los bienes inmuebles y aquellos por los que se adquieran, transmitan, modifiquen, graven o extingan los derechos reales sobre inmuebles.

Una vez presentado el documento a inscribir en el Registro Público, se sella con un reloj en el que se indica la fecha y hora de presentación, ya que esta es la que confiere la prelación, poniéndosele un número con el foliador, pasando el documento a la Sección que corresponda para su calificación.

La calificación hecha por el registrador, se podrá recurrir ante el Director del Registro Público, y en caso de que este confirme la calificación, podrá el perjudicado reclamarla en juicio y si la autoridad judicial ordena el registro -- del título, la inscripción surtirá efectos desde la primera -

vez que se presentó si se hubiere hecho la anotación preventiva que nos marca el artículo 3043-V del Código Civil (art. -- 3022 C.C.)

Actualmente las inscripciones se están haciendo en folios ya que anteriormente se practicaban en libros. En el caso de la hipoteca se hacía una anotación al margen de la finca, expresando el gravamen y remitiéndonos al libro correspondiente en el que se contenía un extracto del gravamen compulsado del documento presentado para su registro.

Este nuevo sistema de folios es más práctico, ya que los datos se pasan a una computadora, pudiendo cualquier persona con el número de folio, tener la información que desea de una manera rápida.

En cuanto a requisitos para inscripción de hipotecas, el Código Civil vigente, estatuye que estos serán iguales para todos los contratos que de acuerdo con la ley tengan que registrarse. "Estos requisitos tienen por objeto identificar el bien inmueble objeto del gravamen, con todas sus circunstancias, citando su ubicación y superficie, lo cual cumple con el mandato de que la hipoteca sea expresa, en cuanto a los bienes es decir, que de determinen no sólo en la escritura, sino en el registro para los efectos de la publicidad con relación a terceros; si se trata de inmuebles, deben especificarse sus linderos, ubicación, extensión superficial; si se trata de de-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

derechos reales susceptibles de hipoteca, se deben especificar para saber cuales son." ⁷⁴

4. EFECTOS LEGALES DE SU REGISTRO.

La hipoteca inscrita en el Registro Público, surte todos sus efectos frente a terceros y así lo estatuye el Código Civil en su artículo 2919: La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro.

Además, los bienes hipotecados, quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero (art. 2894 C.C.)

Como ya lo traté anteriormente, en nuestro sistema el registro sólo tiene funciones de oponibilidad frente a terceros, declarando simplemente la existencia de un derecho, operado fuera del Registro en un título que solamente se presenta para su inscripción, esto es, que el derecho nace extrarregistralmente. La inscripción simplemente tiene efectos declarativos. (art. 3008 C.C.)

Existe una obligación de inscribir cualquier acto por virtud del cual se adquiera, transmita, modifique, grave o extinga la propiedad, teniendo como sanción en caso contrario, la -

74. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 470

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no oponibilidad ante terceros.

Con la inscripción, el acreedor en primer término tiene - el derecho de que le sea pagado con el valor de los bienes hipotecados, en caso de incumplimiento de la obligación principal, en el grado de preferencia establecido legalmente.

En nuestro sistema registral, al igual que en el francés, la inscripción tiene un efecto declarativo, porque publica sólo la existencia del derecho real de que se trata y que nació de un acuerdo registral; no tiene un efecto sustantivo, como en el sistema australiano donde aun sin que existiera el acuerdo de transferencia la inscripción es inacatable, ni tiene tampoco un efecto constitutivo, como en el sistema germánico donde se hace referencia al acuerdo abstracto de transferencia, si bien la inscripción en el Libro Territorial tiene a su favor una muy fuerte presunción iuris tantum de legalidad por la dificultad de probar la inexistencia o invalidez del mencionado acuerdo abstracto traslativo. ⁷⁵

Como conclusión podemos decir, que el efecto legal que - tiene la inscripción, se limita a la oponibilidad ante terceros, teniendo unicamente el registro en nuestro sistema efectos declarativos.

75. Ramón Sánchez Medal. De los Contratos Civiles. Obra citada. pág. 476

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.1 TERCEROS PARA EFECTOS DE REGISTRO.

Primeramente creo necesario dentro de este apartado, dar un concepto de lo que es un tercero para efectos de registro, tratando posteriormente el tratamiento que se les da conforme a la ley.

Se entiende por tercero no a cualquier persona que no haya intervenido personalmente ni por medio de representante en el acto jurídico inscrito, sino que para efectos de registro, se entiende como tercero además, haber adquirido la propiedad u otro derecho real sobre el bien materia de la inscripción.

A este respecto hay jurisprudencia que nos define al tercero para efectos de registro en los siguientes términos: "Es tercero para los efectos del registro, el adquirente que se apoya en la inscripción del mismo, para fundar su adquisición, o sea, el que adquiere basándose en una inscripción anterior, el que deriva su relación con alguna de las partes, del derecho inmobiliario o real, no del contractual. La inscripción no tiene, en general, importancia alguna con relación a las partes otorgantes, que se obligaron recíprocamente en los términos de su contrato, independientemente de que se registrara éste, y es frente a los terceros, cuando la inscripción tiene funciones de solemnidad absoluta." ⁷⁶

76. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Obra citada. pág. 459. Citando la Jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia. Tesis número 254 del Apéndice al tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación.

Los acreedores quirografarios, no tienen en relación con los bienes determinados de su deudor ningún gravamen o interés concreto, por lo que son terceros sin derecho adquirido. Lo que sucede aquí es que la omisión de inscribir un derecho de esta clase, no induce a error a los acreedores que no han creído que debían exigir hipotecas o que no han sido lo bastante previsores para buscar una completa garantía en lugar de confiar en las personas, por lo que no pueden convertir la omisión de registro en su provecho, ni tampoco pretender que no se anteponga a ellos el acreedor hipotecario que dejó de inscribir, si éste puede probar la autenticidad de su crédito real.

En virtud de no ser el embargo un derecho real, no puede perjudicar al titular de un derecho real o personal anterior, aunque no este inscrito, sino que el embargo inscrito sólo perjudica a los titulares de derechos reales o personales posteriores a la inscripción del mismo.

En cuanto a los terceros con un derecho real debidamente registrado, no puede surtir efectos la transferencia que se realice sobre un derecho real constituido en relación con los mismos bienes, ya que si la ley marca que un determinado acto debe inscribirse, su omisión impide su oponibilidad frente a terceros, es decir, aquellos que tengan adquirido un interés jurídico concreto sobre la cosa o bien de que se trate, referente a un gravamen o derecho real a su favor.

En el caso de la hipoteca, podemos concluir diciendo que para determinar el grado de preferencia de derechos reales sobre una finca, este se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, pero sin olvidar que la constitución de gravámenes sobre cosa ajena por quien aparezca como dueño en el Registro se tendrá como válida, respecto de los terceros de buena fe y a título oneroso. (art. 3009 C.C.)

4.2 FALTA DE INSCRIPCIÓN EN LA HIPOTECA.

Según lo enunciado en el artículo 3007 del Código Civil, en cuanto al no registro de los actos que deban registrarse por disposición de ley, sólo producirán efectos con referencia a terceros, pero no con respecto a las partes. Según lo tratado a lo largo de este capítulo vimos que el registro sólo se exige en relación a terceros, teniendo como consecuencia su omisión la no oponibilidad frente a éstos.

Asimismo es importante la inscripción, desde el punto de vista de la preferencia que tiene el acreedor sobre otros derechos reales sobre la misma finca, ya que esta estará determinada por la prioridad de su inscripción. (art. 3013 C.C.). Es to es, que el grado de diversas hipotecas estará determinado, no por la fecha del título, sino por el orden cronológico, es decir, la prioridad en el tiempo de la inscripción.

Como podemos observar, la publicidad en nuestro derecho,

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

es de suma importancia, en virtud de la importante trascendencia económica que tienen los créditos en la actualidad, y que su omisión puede traer como consecuencia el no poder hacer valer los derechos del crédito sobre otros de la misma naturaleza inscritos anteriormente. Esto es lógico, ya que como voy a oponerle a un tercero, un derecho que yo adquirí y que no lo doy a conocer.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado, en relación al conocimiento de los actos no inscritos en el Registro, que en virtud de llenar este una necesidad de publicidad de actos que deben inscribirse, para que los terceros conozcan su situación y evitar así fraudes y perjuicios que serían natural consecuencia de la ignorancia de tales actos, resulta que el fin se satisface con toda plenitud cuando a pesar de la omisión del registro, se llega al conocimiento del acto de que se trate. Además no puede alegarse buena fe, cuando extrarregistralmente se llegó al conocimiento de los actos objeto de registro.

Lo anterior es lógico, ya que la finalidad que persigue el Registro es darle publicidad al acto que según la ley deba llenar este requisito, y en esa forma evitar la clandestinidad, en este caso de las hipotecas como sucedía en el derecho romano, por ello si una persona se hace concedora de determinado acto, que conforme a la ley debió registrarse y se omitió este requisito, se esta llevando a cabo la función de publici-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dad.

5. NULIDAD DE LA INSCRIPCIÓN.

Nuestro Código Civil vigente, no señala como el anterior, causas de nulidad en la inscripción, sino que más bien impone la obligación del registrador de cerciorarse que los documentos a inscribir, reúnan las características señaladas en la ley, respondiendo en caso contrario de los daños y perjuicios que pudiera causar.

El Código civil anterior, señalaba como causas de nulidad de la inscripción hipotecaria, las siguientes:

1. Al hacer el registro en libros diferentes a los que correspondía la ubicación del inmueble.
2. Por inscribir una hipoteca, y en la cual no se solicitó del Registro Público de la Propiedad, el certificado de libertad de gravámenes correspondiente.

Como podemos observar, el registrador en su función registral, no desempeña un papel pasivo, ya que con base en el examen de los documentos que se le presenten, emitirá un dictamen referido a la procedencia o improcedencia de la inscripción, estando obligado en el segundo caso a hacer una anotación preventiva, dejando la calificación final a la resolución judicial, pudiendo recurrirse primeramente ante el Director del Registro Público.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

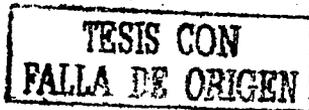
Si el registrador, con fines a la seguridad del tráfico jurídico, ha de dar publicidad a ciertos actos que a partir de su registro surten efectos contra tercero y de los cuales se presume su validez absoluta, lógicamente se desprende que deberá empezar por el examen de los actos a inscribir y de los ya inscritos que con aquellos entren en relación, para no estar en el caso de legitimar por igual, derechos que mutuamente se excluyan, se contrapongan o simplemente, den origen a confusiones que induzcan a un error en perjuicio de terceros.⁷⁷

En conclusión podemos decir, que las causas de nulidad establecidas en nuestro Código anterior, se atribuyan a un error u omisión por parte del registrador, por lo que acertadamente nuestro Código las suprimió, delegando esta responsabilidad al propio registrador, esto en virtud de la importante consecuencia que representa un derecho inscrito, esto es, que queda legitimado, pasando a ser verdad legal, mientras no exista prueba en contrario.

6. RELACION ENTRE EL NOTARIO Y EL REGISTRO PUBLICO.

Tanto el Notario como el Director del Registro Público, son profesionales del derecho con fe pública, teniendo la actividad del primero un ejercicio privado de funciones con un alcance público, y siendo la actividad del segundo simplemente

77. Guillermo Colín Sánchez. Procedimiento Registral de la Propiedad. Obra citada. pág. 162 y 163



pública, contemplando los actos jurídicos desde un punto de -
vista de interés general, esto es, al interés del Estado de -
quien es su servidor.

Como podemos observar, sus funciones son independientes,
simplemente existe una complementación entre ambos en cuanto a
los requisitos exigidos por la ley para determinados actos: la
formalidad y la publicidad.

Además como lo traté en el punto anterior, al referirme a
la calificación registral, podemos observar, que un documento
puede ser rechazado, por no reunir los requisitos exigidos por
la ley, por lo que en este sentido, podemos decir, que tratan-
dose de documentos notariales, el Registro en este sentido, e-
jerce un acto de revisión sobre los mismos, ya que por un e -
rror u omisión, o por simple negligencia, el Notario, puede pa-
sar por alto requisitos que afectan en una u otra forma la va-
lidez de los actos que autoriza.

Asimismo, en esta Dirección del Registro Público de la
Propiedad, se registran las patentes de aspirante de Notario,
se reciben protocolos, apéndices e índices para archivarlos -
definitivamente (en una dependencia de la misma, denominada O-
ficina del Archivo General de Notarias), además el Director -
del Registro Público de la Propiedad, forma parte del jurado
de los exámenes de aspirante a Notario, y asimismo autoriza -

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

los libros del Protocolo del Notario.

Para concluir podemos decir, que ambas funciones tienen un ámbito diferente en cuanto a la función que a cada una le encomienda la ley, es decir, son independientes, existiendo solamente una complementación cuando así lo determine la propia ley, esto es, cuando un acto que se debe elevar a escritura pública debe ser registrado, conformándose de esta forma dos requisitos importantes: la formalidad y la publicidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

Los argumentos y motivos que fundamentan las conclusiones de la presente tesis y que a continuación señalo, se encuentran expuestos en el contenido de la misma. Por tanto y al efecto de no incurrir en el error de lo ya apuntado, expresaré dichas conclusiones de la manera más concreta posible.

PRIMERA

La hipoteca es una institución jurídica que tiene sus primeros antecedentes en el derecho griego, que los romanos perfeccionaron al darle el carácter de derecho real, pero sin diferenciarla de la prenda, teniendo como su mayor defecto, la falta de publicidad.

SEGUNDA

La hipoteca en nuestro derecho fue copiada de la Ley Hipotecaria Española, la cual la tomó a su vez del derecho alemán y este del derecho romano, estando basada principalmente en dos ideas: publicidad y especialidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TERCERA

A pesar de ser la hipoteca una garantía real, nuestro Código Civil, la regula dentro de las diferentes especies de contratos, en virtud de que es un derecho real que da nacimiento a un contrato, teniendo como características principales: accesoriedad, indivisibilidad, y su aspecto especial y expreso.

CUARTA

En lo que al carácter de los bienes susceptibles de ser hipotecados se refiere, nuestro Código simplemente da el concepto de "bienes", por lo que no es claro al respecto. Además no existe en la ley un artículo expreso en el que se consignent estos bienes o derechos susceptibles de ser hipotecados, sino más bien se sacan por deducción a través de las disposiciones contenidas en el apartado respectivo, siendo en mi opinión estos bienes, aquellos que por la importancia de orden económico y por su fácil localización dan al acreedor hipotecario una mayor seguridad y garantía por lo que se refiere al crédito constituido a su favor.

QUINTA

La formalidad es un elemento vital en la hipoteca, ya que

proporciona una seguridad jurídica en la que interviene también el interés público, por ser el Notario el encargado de dotar de esta formalidad al contrato (salvo las excepciones marcadas en la ley), el cual posee características especiales entre ellas la fe pública, debiendo para ejercer su función a pegarse a ciertos requisitos que le marca la ley, por lo que los documentos que este expida, valen erga omnes.

SEXTA

Aunque la formalidad en lo que a la hipoteca se refiere, presente excepciones como es el caso de los contratos otorgados por el Departamento del Distrito Federal y el INFONAVIT, en mi opinión, sigue siendo un elemento vital, ya que el legislador al querer excluir a un determinado núcleo de personas de otorgar la hipoteca en escritura pública, arguyendo que resultan costosos los trámites de titulación, está descuidando aspectos de orden jurídico importantes como son: la certeza jurídica y la tranquilidad social.

SEPTIMA

La publicidad, al igual que la formalidad en la hipoteca, es un elemento vital, ya que por medio de esta se da a conocer a cualquier persona que lo solicite, la situación que guarda -

un bien, evitando de esta forma la clandestinidad de las obligaciones contraídas por las partes, así como los fraudes sobre bienes susceptibles de hipotecarse, protegiendo y facilitando en esta forma el tráfico inmobiliario que es tan importante en la actualidad.

OCTAVA

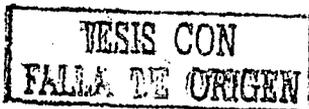
La publicidad de la hipoteca, en nuestro derecho, simplemente tiene efectos declarativos, es decir, que no afecta la existencia del acto entre las partes, en virtud de que este nace extrarregistralmente. Siendo además la publicidad importante, ya que de la fecha de registro, dependerá la preferencia entre derechos reales sobre un mismo bien.

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

- AGUILAR CARBAJAL LEOPOLDO. Contratos Civiles.-
Editorial Porrúa. México 1977.
- BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN. Derecho Notarial. Cárdenas Editor y Distribuidor.
México 1977.
- BECERRA BAUTISTA JOSE. El Proceso Civil en Méxi-
co. Editorial Porrúa S.A. Octa-
va Edición. México 1980.
- CARRAL Y DE TERESA LUIS. Derecho Notarial y Dere-
cho Registral. Editorial Po-
rrúa S.A. México 1970.
- COLIN SANCHEZ. GUILLERMO. Procedimiento Regis-
tral de la Propiedad. Segunda
Edición. Editorial Porrúa S.A.
México 1979.
- FLORIS MARGADANT GUILLERMO. El Derecho Privado
Romano como Introducción a la
Cultura Jurídica Contemporánea.
Octava Edición. Editorial Esfin-
ge S.A. México 1978.
- GONZALEZ Y MARTINEZ JERONIMO. Estudios de Derecho
Hipotecario y Derecho Civil.
Tomo I. Ministerio de Justicia
Sección de Publicaciones. Ma-
drid 1948.



LOZANO NORIEGA

FRANCISCO. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. Obra editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C México 1970.

LUTZESCO

GEORGES. Teoría y Práctica de las Nulidades. Editorial Porrúa S.A. México 1975.

ORTIZ URQUIDI

RAUL. Derecho Civil. Segunda Edición Editorial Porrúa S.A. México 1982.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO

BERNARDO. Derecho Notarial. - Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1981.

PETIT

EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena Edición Editorial Epoca S.A. México -- 1979.

PINA VARA

RAFAEL DE. Diccionario de Derecho. Novena Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1980.

PINA VARA

RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Contratos en Particular. Volumen 40. Tercera Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1974.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

PINA VARA

RAFAEL DE. Derecho Civil Mexicano. Bienes y Sucesiones. Volumen Segundo. Séptima Edición Editorial Porrúa S.A. México 1977.

RODRIGUEZ AZUERO

SERGIO. Contratos Bancarios. - Su Significación en América Latina. Biblioteca Felaban. Colombia 1977.

ROJINA VILLEGAS

RAFAEL. Derecho Civil Mexicano Contratos. Volumen II. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1981.

SANCHEZ MEDAL

RAMON. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A. México 1976.

SERRA ROJAS

ANDRES. Derecho Administrativo Tomo I. Décima Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1981.

ZAMORA Y VALENCIA

MIGUEL ANGEL. Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A. México 1981.

ORDENAMIENTOS CONSULTADOS

Código Civil para el Distrito Federal

Código Civil para el Estado de México

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Ley de Vías Generales de Comunicación

Ley General de Población

Ley del Notariado para el Distrito Federal

Disposiciones Legales INFONAVIT. Quinta Edición. Méxi
co 1982.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-
1975. Segunda Sala. México 1975.

D I C C I O N A R I O S

Diccionario Ilustrado Latino-Español de la Real Academ
ía Española. Editorial Bibliograf S.A.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN