

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

28
2Ej

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE: 879309

**"LA NECESIDAD DE INSTITUIR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL
HIPOTECARIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA TERESA JUAREZ ALVAREZ

ASESOR: LIC. RICARDO QUIJANO AGUILAR

CELAYA, GTO.

ABRIL 1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

■ **A DIOSITO, GRACIAS...**

■ A MIS PADRES, POR QUIENES SOY
LO QUE SOY, POR EL CARIÑO Y
CONFIANZA QUE SIEMPRE ME HAN
BRINDADO, Y SOBRE TODO POR SU
EDUCACION, GRACIAS.

■ A GERMAN, POR DARME
ALGO DE LO MAS
IMPORTANTE DE ESTA
VIDA: AMOR.

■ A MI HERMANO, CUYO EJEMPLO HA SIDO LA BASE DE MI FORMACIÓN PROFESIONAL.

■ A PATY, QUIEN CON SU TIEMPO Y DEDICACIÓN HIZO POSIBLE EL LOGRO DE ESTA TESIS.

■ AL LICENCIADO
RICARDO QUIJANO,
EXCELENTE MAESTRO Y
GRAN PERSONA, CUYOS
CONOCIMIENTOS HAN
SIDO BASICOS PARA LA
REALIZACION DE LA
PRESENTE TESIS.

■ AL LICENCIADO
RODOLFO GUTIERREZ
BARRIOS, PERSONA DE
GRAN CALIDAD
HUMANA, POR SU
EJEMPLO, GRACIAS.

■ AL LICENCIADO
ARTURO HERNANDEZ
ZAMORA POR SU
DEDICACION E
IMPARTICION DE
CONOCIMIENTOS.

■ AL LICENCIADO
ALFREDO GONZALEZ,
GRAN ABOGADO Y
AMIGO, POR SUS
CONSEJOS, GRACIAS.

**A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: GERAL, GINA,
RUBEN, ALEJANDRO, MARIO, JOSE LUIS,
POLO, MANUEL Y RODRIGO,
SIN ELLOS NO HUBIERA SIDO LO MISMO**

INDICE GENERAL

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO 1

MARCO HISTORICO GENERAL DE LA HIPOTECA 1

- 1.1. La Hipoteca en el Derecho Romano. 1
- 1.2. La Hipoteca en el Código Civil de 1870. 2
- 1.3. La Hipoteca en el Código Civil de 1884. 3
- 1.4. La Hipoteca en el Derecho Civil Vigente. 3
- Referencias Bibliográficas. 5

CAPITULO SEGUNDO 7

CONCEPTOS BASICOS SOBRE EL CONTRATO DE HIPOTECA 7

- 2.1. Definición. 7
- 2.2. Características. 8
 - 2.2.1. Naturaleza Accesorio de la Hipoteca. 9
 - 2.2.2. Indivisibilidad y Divisibilidad de la Hipoteca. 12
 - 2.2.3. Naturaleza Inseparable de la Hipoteca respecto del Bien Gravado. 15
 - 2.2.4. Carácter Inmueble y excepcionalmente Mueble de los Bienes Hipotecados. 16
 - 2.2.5. Aspecto Especial y Expreso de la Hipoteca. 17
- 2.3. Clasificación. 18
- 2.4. Elementos. 19
 - 2.4.1. Elementos Esenciales. 19
 - 2.4.2. Elementos de Validez. 23
 - Referencias Bibliográficas. 27

CAPITULO TERCERO 29

MODALIDADES DE LA HIPOTECA SOBRE DERECHOS REALES 29

- 3.1. Generalidades. 29
- 3.2. Hipoteca del Derecho de Copropiedad. 30
- 3.3. Hipoteca del Usufructo. 30
- 3.4. Hipoteca de la Nuda Propiedad. 32
- 3.5. Hipoteca de Hipoteca. 33
- 3.6. Hipoteca de Servidumbre. 34

3.7.	Hipoteca de la Posesión.	35
3.8.	Hipoteca de la Herencia.	37
	Referencias Bibliográficas.	38

CAPITULO CUARTO **41**

FORMAS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA **41**

4.1.	Hipoteca Voluntaria.	41
	4.1.1. Hipoteca por Contrato.	41
	4.1.2. Hipoteca por Testamento.	42
	4.1.3. Hipoteca por Acción Unilateral.	42
4.2.	Hipoteca Necesaria.	43
	Referencias Bibliográficas.	44

CAPITULO QUINTO **45**

EL ASPECTO REGISTRAL DE LA HIPOTECA Y SUS EFECTOS JURIDICOS **45**

5.1.	La Formalidad del Registro de las Hipotecas.	45
5.2.	Publicidad de las Hipotecas.	46
5.3.	Solicitud del Registro de la Hipoteca.	47
5.4.	Nulidad de la Inscripción Hipotecaria.	48
	Referencias Bibliográficas.	51

CAPITULO SEXTO **53**

LOS SUPUESTOS LEGALES Y LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS EN RELACION A LA TRANSMISION Y EXTINCION DE LA HIPOTECA **53**

6.1.	Transmisión de la Hipoteca.	53
	6.1.1. Cesión de Derechos.	53
	6.1.2. Subrogación.	54
	6.1.3. Cesión de deudas.	58
6.2.	Duración de la Hipoteca.	58
6.3.	Prórroga de la Hipoteca.	62
	6.3.1. Efectos de la Prórroga de la Hipoteca.	62
6.4.	Extinción de la Hipoteca.	63
	6.4.1. Extinción indirecta.	63
	6.4.2. Extinción por causas directas.	64
	Referencias Bibliográficas.	69

CAPITULO SEPTIMO	71
ASPECTOS PROCESALES DE LA HIPOTECA	71
7.1. Concepto de Juicio Especial Hipotecario.	71
7.2. Características del Juicio Especial Hipotecario.	71
7.3. Procedimiento Judicial para el Juicio Hipotecario en el Código de Procedimientos Civiles del D.F.	72
7.4. Problemas relativos al Juicio Especial Hipotecario.	82
Referencias Bibliográficas.	86
CAPITULO OCTAVO	87
LA NECESIDAD DE INSTITUIR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL HIPOTECARIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO	87
8.1. Planteamiento del Problema.	87
8.1.1. Acción Hipotecaria.	87
8.2. Formulación de Hipótesis de Trabajo.	88
8.3. Problemática Jurídica propia del Juicio Especial Hipotecario.	90
8.3.1. La Cédula Hipotecaria y sus efectos jurídicos.	90
8.3.2. La Adjudicación de una Finca Hipotecada.	90
8.3.3. La Indivisibilidad de la Hipoteca.	91
8.3.4. Hipoteca Constituida sin Poder Suficiente.	91
8.3.5. Derechos del Acreedor Hipotecario en Segundo Lugar.	92
8.4. Aportación Jurídica. Institución del Juicio Especial Hipotecario en Guanajuato.	92
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUCCION

Como una consecuencia natural del auge mercantilista, producto de una influencia capitalista casi absoluta, las formas de vida social se transforman inexorablemente, trastocando prácticamente todas las instituciones culturales; las jurídicas no pueden ser la excepción, considerando que una sociedad es más o menos desarrollada en razón al grado de perfección que logre imprimir a su sistema jurídico.

De igual manera, un sistema jurídico como el nuestro, abierto a los avances de la ciencia jurídica, amplía cada vez más la base piramidal que representa al adoptar nuevas instituciones y figuras jurídicas que han sido experimentadas por otros estados. Tal adecuación resulta obligada si consideramos la naturaleza dinámica del Derecho.

Los sistemas jurídicos internos tampoco pueden quedar al margen del perfeccionamiento de sus sistemas y leyes que regulan las interrelaciones sociales entre sus miembros.

Tales conceptos motivaron nuestra atención, en el caso de la legislación del estado de Guanajuato, observando en particular las leyes civiles que por regular derechos privados son más sensibles al beneficio o perjuicio para el pueblo en todos sus estratos.

Derivado de tal observación pudimos darnos cuenta que uno de los contratos que con mayor frecuencia se celebra es el de Hipoteca, clasificado en la doctrina como de garantía, pensando que tal garantía está en razón con su finalidad que no es otra que la de proporcionar seguridad jurídica en el cumplimiento de una obligación principal.

Sin embargo, constatamos que en la práctica cotidiana ya no se presenta la misma seguridad que en sus inicios. Las necesidades económicas y los problemas sociales producen una mal formación de conductas sociales que exigen un tratamiento más eficaz, pues los problemas derivados de las relaciones comerciales exponen impunemente el patrimonio de las personas al no encontrar en las instituciones jurídicas la seguridad y certeza deseadas.

Del diagnóstico realizado verificamos la falta de un procedimiento especial hipotecario en la legislación adjetiva civil del estado de Guanajuato; concluyendo que dicha cuestión puede influir negativamente en una más eficaz administración de la justicia; por tanto, fue nuestra intención en la presente investigación el realizar un análisis jurídico riguroso a la institución seleccionada, para el efecto de que, partiendo de su conocimiento global, estar en posibilidad de conocer su problemática, precisar sus características y proponer alternativas de solución.

Considerando que agotada que fue la tarea realizada, los objetivos trazados fueron satisfechos, terminando por pugnar por la institución del procedimiento especial hipotecario en el Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato, como aportación al campo jurídico.

LA SUSTENTANTE

CAPITULO PRIMERO

■ MARCO HISTORICO GENERAL DE LA HIPOTECA

■ 1.1. LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

La hipoteca es una institución jurídica que nos viene desde el derecho griego en donde toma su nombre, aún cuando algunos autores opinan que es una institución de origen judío.

En el derecho griego la hipoteca significaba la prenda de un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y tenía por consiguiente la desventaja que desposeía al deudor de la finca.

“En el derecho romano arcaico los acreedores para garantizarse el pago de un crédito, tenían la posibilidad de recurrir a la "Fiducia" en virtud de la cual se les trasmitía la propiedad de la cosa que el deudor les daba en garantía, con la obligación de restituir esa cosa a su antiguo propietario, cuando éste cubría su adeudo (este sistema lo hemos visto practicar inicuamente por algunos agiotistas modernos). Posteriormente surgió un tipo de garantía real más ágil, consistente en la transferencia de la simple disposición de hecho de la cosa (pignus)". (1)

Los romanos perfeccionaron esta institución al darle el carácter de un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Esta evolución que se opera del derecho griego, al romano, para permitir en este último que el deudor conserve el bien hipotecado y no obstante ello constituya una plena garantía real, fue el paso fundamental para permitir que la hipoteca se convirtiera en el medio más eficaz, inteligente y auxiliar del crédito, a la vez que es el recurso económico más ventajoso de la garantía.

En el derecho griego la hipoteca tenía, por consiguiente, características semejantes a la anticresis. En ésta, el deudor entrega a su acreedor una finca en garantía de su deuda, facultando al mismo para disfrutarla por cuenta de los intereses debidos y del capital, o sólo del capital, si no se pactan intereses.

La evolución que se operó en el derecho romano respecto a la hipoteca, no trajo consigo la desaparición de la anticresis, que se mantuvo sobretodo para aquellos casos en que el acreedor, por estar destinada la finca objeto de la misma a la agricultura, deseaba retener la garantía en su poder, explotar la cosa y amortizar réditos y capital, con sus frutos. Por esto se conservó la anticresis como una institución diversa de la hipoteca y así la encontramos reglamentada todavía en nuestros Códigos de 1870 y 1884.

En el derecho romano, la hipoteca se caracterizó como derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles, para garantizar una obligación principal, sin desposeer al deudor de la cosa gravada, concediendo además un derecho de persecución, venta y preferencia en el pago. Es característica de este derecho la naturaleza accesoria de la hipoteca, pues para los romanos, conforme a su sistema jurídico en cuanto a las obligaciones, todo gira alrededor del deudor y de la obligación principal.

El principio moderno de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, para determinar su importe y en cuanto a los bienes objeto de la garantía, a efecto de que ésta recaiga sobre cosa individualmente determinada no fue reconocido por los romanos que aceptaron las hipotecas tácitas y generales. La hipoteca general abarcaba todo el patrimonio del deudor. Admitieron las hipotecas legales constituidas independientes de la voluntad del dueño de la cosa, por un simple mandato legislativo.

■ 1.2. LA HIPOTECA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F. DE 1870

La hipoteca se constituye sobre bienes determinados y enajenables. Hasta antes del Código Civil para el D.F. de 1870, las hipotecas podían recaer sobre el patrimonio inmueble de una persona: eran verdaderas hipotecas generales.

Dicha generalidad se refería no sólo a los bienes gravados, en cuanto que éstos no se determinaban, sino que también al crédito o créditos garantizados, debido a que no exigía como requisito esencial la determinación en el monto de la obligación garantizada.

La hipoteca moderna se caracteriza por el principio de la especialidad, tanto por lo que se refiere a que los bienes objeto del gravamen sean determinados, como por lo que atañe a precisar el monto de la obligación garantizada.

Conforme al Artículo 1942 del Código de 1870: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados". Esta disposición 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. (2)

■ 1.3. LA HIPOTECA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F. DE 1884

El Artículo 1825 del Código Civil para el D.F. de 1884, declaró: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos". Además, el Artículo 1857 agregó: "La hipoteca nunca es tácita ni general, para subsistir necesita siempre de registro, y se contrae por la voluntad en los convenios y por la necesidad en los casos en que la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados; en el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria". (3)

■ 1.4. LA HIPOTECA EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE

El Código Civil para el D.F. en vigor reproduce el artículo 1942 del Código de 1870, al declarar en su artículo 2895 (art. 2389 Código Civil de Guanajuato) que: "La Hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados". Introduce además una modificación respecto al artículo 1857 del Código anterior, estatuyendo en el artículo 2919 (art. 2416 en Guanajuato) que: "La Hipoteca nunca es tácita ni general, para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro".

También el Código vigente amerita un estudio especial, por lo que ve al carácter divisible de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, pues esta nota viene a desconocer la característica tradicional de indivisibilidad reconocida para dicho gravamen, con respecto a los bienes gravados.

Además de la determinación de los bienes, la hipoteca sólo puede recaer sobre cosas o derechos enajenables. Este elemento se descuida generalmente en las definiciones tanto las que nos proporcionan los códigos como la doctrina. El artículo 2906 del ordenamiento legal citado (art. 2406 Código Civil de Guanajuato) dice: “Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados”.

Como el fin de la hipoteca es el de poder exigir la venta de los bienes gravados, en el caso de incumplimiento de la obligación principal, no se podría alcanzar ese efecto si los bienes fuesen inalienables. Por la misma razón los bienes deben estar en el comercio, pues existiría una imposibilidad jurídica en caso contrario, confirmándose en este aspecto el principio general de que la cosa objeto de un contrato debe existir en la naturaleza, estar en el comercio y ser determinada o determinable (para la hipoteca debe ser determinada). Además no basta que la cosa esté en el comercio, sino que debe ser enajenable, porque existen bienes en el comercio, como son los que constituyen el patrimonio familiar, por ejemplo, que no obstante, son inalienables.

El Código vigente introdujo algunas innovaciones en cuanto a la posibilidad de poder constituir hipotecas sobre derechos reales en general, a diferencia del sistema tradicional español que seguimos en nuestros Códigos de 1870 y de 1884, al requerir que el gravamen recaiga sobre derechos reales constituidos sobre bienes raíces.

Estas innovaciones constituyen otro capítulo importante que debe ser objeto de un estudio especial en el derecho hipotecario mexicano, a fin de conciliar la amplitud del texto legal en vigor (que establece la posibilidad de hipotecar los derechos reales en general), con las características

fundamentales de la hipoteca en cuanto a derecho real accesorio o de garantía, cuyos principales efectos son conceder los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación principal. En la presente obra se hace un estudio para buscar la solución a ese problema, y se estudian las diferentes hipotecas que puedan constituirse sobre derechos reales.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1)BECERRA, Bautista José, El Proceso Civil en México, Edit. Porrúa, S.A. México, D. F. 1980, p. 370.

(2)ROJINA, Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, T. IV, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1977, p. 360.

(3)Idem. p. 361.

(4)Idem. pp. 357-358.

CAPITULO SEGUNDO

■ CONCEPTOS BASICOS SOBRE EL CONTRATO DE HIPOTECA

■ 2.1 DEFINICION

Para el distinguido tratadista Leopoldo Aguilar Carbajal, la hipoteca se define como: “Contrato por el cual se da nacimiento a un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles; pero siempre registrables y enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al constituyente de la posesión del bien, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso del incumplimiento de la obligación.” (1)

Por su parte Rojina Villegas señala: “La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación”. (2)

El maestro Rafael de Pina, expresa: “El contrato de hipoteca puede ser definido diciendo que es aquél por virtud del cual determinados bienes muebles o inmuebles quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación, para que, en el caso de que ésta no se realice, sean destinados a satisfacer con su importe el monto de la deuda a cuyo pago se encuentran afectos por voluntad de su titular”. (3)

Del análisis de la definición anterior se desprende que la hipoteca es un derecho real; que debe constituirse sobre bienes determinados y enajenables. Históricamente la hipoteca podía recaer sobre todo el patrimonio del deudor, eran generales; también lo era el crédito, ya que no se requería que se fijara su monto.

La hipoteca actual se caracteriza por el principio de la especialidad, tanto respecto a los bienes, como al crédito o créditos, además dispone que para producir efectos contra terceros necesita siempre de registro. Los bienes hipotecados, deberán ser enajenables y estar en el comercio.

La hipoteca siempre será un contrato accesorio, ya que va a garantizar una obligación principal; luego correrá la suerte del contrato principal; para Rojina Villegas las necesidades prácticas hacen flexionar el principio de la obligación principal, y así la hipoteca puede nacer antes que la obligación, separarse del crédito y sobrevivirle.

Mediante la hipoteca no se desposee del bien al constituyente de la misma, característica que es vital para la economía, ya que el propietario puede continuar explotándolo, sin perjudicar la garantía, multiplicando los valores económicos.

En la hipoteca ha existido un viejo problema, originado por la no desposesión, cuando los muebles inmovilizados son separados por el dueño y adquiridos por personas terceras de buena fe; cuestión debatida en la teoría que ya ha sido resuelta, ya que aunque sean separados por el dueño, no contraen el carácter mueble, puesto que se tomaron en consideración para constituir un derecho real en favor de un tercero.

La hipoteca confiere al titular acciones persecutorias, de venta y de preferencia en el pago. La primera es inherente a todo derecho real; la segunda corresponde a todos los contratos de garantía, es para exigir la venta o enajenación del bien, judicial o extrajudicial; la de preferencia consiste tanto en lo referente al pago, como al grado, calidad y fecha de la constitución.

■ 2.2. CARACTERISTICAS

Además de las características que hemos señalado al definir la hipoteca, conviene señalar también, como elementos de importancia de este derecho real de garantía, los siguientes:

- a). Su naturaleza accesoria;
- b). Su carácter indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto a los bienes gravados;
- c). Su naturaleza inseparable del bien gravado;
- d). El carácter inmueble y excepcionalmente mueble de los bienes hipotecados;
- e). Las características de especialidad y constitución expresa; y
- f). Su constitución pública en cuanto a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos respecto a tercero.

■ 2.2.1. *Su Naturaleza Accesoría*

En nuestra legislación la hipoteca es un derecho real accesorio que sigue la suerte del derecho principal que garantiza.

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

En el derecho alemán y en el suizo, la hipoteca ha ido perdiendo su carácter de garantía accesoria de un crédito o derecho principal, y en esto se ha encontrado por algunos tratadistas alemanes una superioridad en su sistema hipotecario, en comparación con el tipo latino-europeo.

Desde un punto de vista estrictamente lógico, y aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podríamos decir que cuando la obligación principal es inexistente o nula, la hipoteca también debe serlo; que así mismo la relación accesoria debe seguir en todas sus modalidades a la principal, durante su vida o funcionamiento, así como cuando esta última se extinga, lo que motivará la extinción de la hipoteca. En resumen, ésta debe seguir a la obligación principal, desde su nacimiento y hasta su extinción.

Para el maestro Rojina Villegas estas consecuencias que podemos derivar del principio ya expuesto no son respetadas en su integridad por el derecho positivo. Razones de orden práctico permiten separar a la hipoteca de la obligación principal, y esta separación se presenta en 3 momentos: 1.- Antes de que nazca la obligación principal; 2.- Durante la vida de la misma; y 3.- En su extinción.

Las excepciones al principio de la accesoriedad pueden motivar por consiguiente que la hipoteca nazca antes que la deuda que va a garantizar, es decir, puede existir la obligación accesoria antes que la principal, violentando así la lógica misma. Asimismo, puede separarse la hipoteca de dicha obligación durante la vida de ambas y por último, puede sobrevivirle.

Primera excepción.- Alfonso de Cossío y Corral afirma que: “La hipoteca puede constituirse para garantizar obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva”. El derecho ha considerado que en este caso, los intereses prácticos son superiores al principio lógico, y de esta suerte el Artículo 2921 del Código Civil para el D.F. (art. 2418 en Guanajuato) dispone: “La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efectos contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse.”

Tiene interés para garantía de ciertas obligaciones futuras que puedan contraer los administradores de bienes ajenos, como tutores, síndicos, albaceas, etc., que garantice su manejo por las posibles responsabilidades durante el ejercicio futuro de su cargo, otorgando hipoteca, prenda o fianza. Aún la obligación futura, es decir, la responsabilidad probable del administrador de los bienes ajenos, no existe y, sin embargo, la garantía accesoria se ha constituido. “Todavía no podemos decir que las personas mencionadas tengan una obligación a su cargo; pero para desempeñarlo deben constituir previamente una garantía real: prenda o hipoteca; o una garantía personal: fianza.” (4)

Lo anterior no quiere decir que la hipoteca exista antes que la obligación principal, porque si no nace la obligación o no se cumple la condición el contrato de hipoteca, ésta no surte efecto alguno; lo que sucede es que cuando

surge la obligación principal los efectos de la hipoteca se retrotraen al momento de su inscripción.

El tratadista Borja Soriano argumenta que en el caso de las obligaciones sujetas a condiciones suspensivas, dada la naturaleza de la modalidad como acontecimiento futuro e incierto que suspende el nacimiento de la deuda, tampoco debería ser posible la constitución de la hipoteca, sin embargo la ley expresamente reconoce tal posibilidad. (5)

Segunda excepción.- Para Rojina Villegas esta es una consecuencia de carácter real de la hipoteca, y de la naturaleza personal de la obligación principal, en virtud de que en este segundo momento que vamos a analizar, también la hipoteca puede separarse del crédito, desde el punto de vista de los sujetos pasivos de uno y otro derecho. Tal hipótesis ocurre, bien sea cuando un tercero constituye garantía hipotecarla para garantizar una deuda de otro, o cuando el deudor enajena el bien gravado, de tal suerte que en uno y otro caso, el sujeto pasivo de la obligación principal, es distinto del sujeto pasivo de la obligación real hipotecaria. Existe sólo una desvinculación entre la hipoteca y el crédito relativamente a los sujetos pasivos de ambos.

Tercera excepción.- Por último, este autor señala un tercer momento, o sea, el de la extinción de la deuda, el cual presenta un caso más de excepción, en nuestro concepto sólo es aparente. Se dice que la hipoteca puede sobrevivir al crédito, en los casos de novación, cuando expresamente el acreedor de la nueva deuda se reserve la garantía hipotecaria. En general, el efecto de la novación según el artículo 2220 del Código Civil para el D.F. (art. 1711 de Guanajuato), es el de extinguir la obligación principal, con las obligaciones accesorias; pero el acreedor puede por una reserva expresa, impedir la extinción de dichas obligaciones, que pueden ser las nacidas de la hipoteca, prenda o fianza, en cuyo caso pasarán estas garantías a la nueva relación jurídica.

Se requiere, conforme al artículo 2221 del mismo ordenamiento legal (art. 1712 de Guanajuato) que cuando los bienes hipotecados o empeñados pertenecieran a tercero estos presten su consentimiento.

Se ha visto en estos casos una excepción al principio de la accesoriedad, afirmando que la hipoteca sobrevive a la primera obligación para pasar a la segunda, que nace en virtud de la novación.

En realidad lo que ocurre es una nueva constitución de hipoteca, que debe registrarse para que surta efecto contra tercero, pues bien sea por la reserva expresa cuando el deudor constituyó la garantía (lo que supone el consentimiento de acreedor y deudor para que la hipoteca pase a la nueva obligación), o la conformidad expresa del tercero constituyente de la garantía, lo cierto es que en ambos casos existe un nuevo pacto de constitución de hipoteca, que como en el caso de la fianza, la nueva garantía creada no podrá asegurar sino hasta el monto de la obligación que nazca por virtud de la novación, de tal manera que si esta es inferior a la deuda primitiva la garantía hipotecaria constituida por un monto mayor, se reducirá de pleno derecho hasta la cuantía de la nueva deuda. Si existiera una supervivencia de la hipoteca, ni sería menester el acuerdo de las partes o del tercero constituyente ni tampoco podría haber una reducción de la garantía.

■ 2.2.2. *Indivisibilidad y Divisibilidad de la Hipoteca*

Estudiaremos ahora características de naturaleza en la hipoteca, que se distinguen de las de esencia, en que pueden modificarse o renunciarse por convenio, a diferencia de esas últimas que no dependen de la voluntad de las partes.

El Código Civil para el D.F. de 1884 sostuvo la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito y a los bienes gravados pero fue una característica de naturaleza.

En el Código vigente se modifica ese aspecto de tal manera que la hipoteca es en la actualidad divisible por disposición de la ley en cuanto a los bienes gravados e indivisible por naturaleza en cuanto al crédito.

Indivisibilidad: Tanto en el Código de 1870 como en el de 1884 la indivisibilidad significa que cuando se hipotecaban varias fincas, todas ellas respondían de la totalidad del gravamen, de modo que el acreedor lo podía hacer efectivo en cualquiera de ellas o en todas, sin importar que el crédito se hubiera reducido por pagos parciales. De la misma manera y este es el segundo caso de la indivisibilidad en cuanto a los bienes cuando se fraccionaba una finca, la totalidad de la hipoteca continuaba sobre cada una de las fracciones y al mismo tiempo, sobre todas ellas.

Debido a la gran cantidad de fraccionamientos que se hacen en la actualidad, este segundo caso tiene gran importancia. Siendo la indivisibilidad una característica de naturaleza, admitía pacto en contrario y, por tanto, se podía estipular la divisibilidad en cuanto al crédito o a los bienes gravados.

El Código actual para el D.F. deroga el principio de la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados: modifica al Código anterior, al estatuir que es de la naturaleza de la hipoteca el que se opere la división en los casos antes indicados, y que dicha división es obligatoria cuando se hipotequen varias fincas, toda vez que el artículo 2912 (art. 2400 en Guanajuato) estatuye que es forzoso determinar por qué porción del crédito responderá cada finca, pudiendo cada una de ellas ser redimida del gravamen, mediante pago de la parte correspondiente del crédito que pese respectivamente sobre las mismas.

De esta suerte, desde que se otorga la escritura es necesario determinar la división del crédito en cuanto a los bienes gravados. En el caso de que no se cumpliera dicho precepto, si posteriormente las partes no se pusieren de acuerdo para la división, aplicando analógicamente el artículo 2913 del Código Civil para el D.F. (art. 2401 en Guanajuato), el constituyente de la garantía podrá exigir judicialmente que dicha división se imponga por sentencia, después de que los peritos hayan dictaminado sobre la forma de llevarla a cabo, dado que es un punto en el que por su naturaleza es absolutamente necesaria la ilustración pericial.

Al respecto, el Código Procesal Civil para el D.F. estatuye en el artículo 468, que procede la vía sumaria para la división de una hipoteca, así como para exigir su constitución, ampliación, registro, cancelación, pago o prelación del crédito hipotecario.

Se ha elevado por lo tanto, a la categoría de interés público, la divisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, pues la misma ya no depende de la voluntad de las partes, es decir, se impone una restricción más al principio de la autonomía de la voluntad que tanta importancia tuvo bajo la legislación anterior y el Código Napoleón. Este interés público está relacionado con el problema referente a fomentar el crédito inmobiliario, como requisito indispensable en un buen sistema hipotecario.

Las necesidades actuales, motivadas en parte por los grandes fraccionamientos, requiere 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 crédito. En cambio, bajo un sistema en el cual no puede operar la divisibilidad de la hipoteca, como el acreedor estará facultado para exigir y hacer efectivo el gravamen sobre todas las fracciones, o en cualesquiera de ellas, se impediría prácticamente la división de las grandes fincas hipotecadas.

El Código vigente conserva el carácter tradicional de la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito, no obstante que introdujo la novedad de la divisibilidad de la garantía respecto de los bienes hipotecados.

El carácter indivisible en cuanto al crédito, significa que aún cuando éste se reduzca por pagos parciales, la hipoteca continúa íntegramente sobre el bien afectado. En este caso no existen las mismas razones de la garantía respecto a los bienes, ya que desde luego se presenta un obstáculo de orden material para que pudiera irse reduciendo la hipoteca, conforme disminuyera la obligación principal. En efecto, en las hipotecas sobre edificios, construcciones y obras inmovilizadas en general, materialmente no se podría ir fraccionando el gravamen para referirlo a una cierta porción del inmueble, con el propósito de dejar libre el resto.

En el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, si se redujera la hipoteca, habría una imposibilidad para que el acreedor ejercitase su acción de venta, pues en la subasta no se podría desgajar el edificio o construcción, para enajenar sólo la parte afectada.

■ 2.2.3. *Naturaleza Inseparable de la Hipoteca Respecto del Bien Gravado*

La hipoteca como derecho real accesorio constituye un gravamen inseparable del bien, como las servidumbres.

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

La hipoteca constituye una obligación real, que metafóricamente se ha dicho sigue a la cosa, para ser oponible a todo adquirente o poseedor *animus-domini*. Esta obligación real se impone exclusivamente en relación con la cosa, depende de ésta en cuanto a su duración o extinción y recae sobre un sujeto pasivo funcionario o mostrenco, en tanto que sea propietario o poseedor de la cosa, y no por su individualidad misma. La calidad de dichos sujetos, dependerá de su carácter de propietario o poseedor del inmueble hipotecado y en tanto que lo sea. En este aspecto existe una diferencia esencial entre las obligaciones reales y las personales, en las primeras el sujeto pasivo, aún cuando ejecute determinados actos de conducta, éstos sólo tienen sentido en relación con la cosa y exclusivamente para que el titular del derecho real pueda ejercer eficazmente su poder jurídico, de tal manera que depende de la naturaleza de ese derecho; es decir, si se trata de un derecho real de garantía o de aprovechamiento. En los derechos reales de garantía, el sujeto pasivo, poseedor *animus domini* o propietario de la cosa gravada, no puede ejecutar actos materiales que impliquen un demérito en la garantía, para hacerla insuficiente.

En los derechos reales de aprovechamiento, el sujeto pasivo debe mantener la cosa en estado tal que sea útil para que el titular obtenga de ella el provecho inherente a la naturaleza de su facultad. En cambio, en las obligaciones personales los actos de conducta que debe ejecutar el deudor, están vinculados con su persona, y no dependen de su categoría de propietario o poseedor.

■ 2.2.4. *Carácter Inmueble y Excepcionalmente Mueble de los Bienes Hipotecados*

En el Derecho Romano la hipoteca podía constituirse tanto sobre muebles como sobre inmuebles, ya que representaba una evolución de la constitución de una prenda sin desposesión. Sus antecedentes fueron: el interdicto Salviano, que concedió al arrendador un derecho de prenda sobre los implementos de labranza que llevaba el arrendatario al inmueble, entre tanto permanecían en éste.

La *actio Serviana*, concedía al arrendador una acción persecutoria de los citados implementos, cuando pasaban a manos de tercero; es decir, se convierte en acción real, y la acción cuasi Serviana, que extendió la acción real de la hipoteca, para que sin desposeer al deudor, se otorgaba al acreedor un derecho real, con acción persecutoria; lo mismo acontece en el antiguo derecho español y sólo hasta las leyes de Toro y la Novísima Recopilación es cuando aparece la hipoteca referida a los inmuebles, exigiéndose su inscripción en el Registro Público.

Dorta Duque, al referirse al antiguo derecho español indica que: “No 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, mantuvo el criterio de que la prenda podía recaer tanto sobre muebles como respecto a inmuebles, pero con la desposesión del deudor; posteriormente, al recobrar nuevamente el derecho romano su influencia en España, se admitió la garantía real sin desposesión del deudor. Continúa el citado autor cubano

esta investigación histórica, para indicarnos que hasta las leyes de Toro se emplea el término hipoteca; que en la Novísima Recopilación, la hipoteca aparece referida a las cosas y heredades, exigiéndose su inscripción en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza la jurisdicción”. (6)

Tanto en el Derecho Moderno Español, como bajo nuestra legislación anterior de 1870 y de 1884, la hipoteca se consideró como un derecho real inmueble, no obstante su naturaleza real accesorio, para garantizar un crédito que sea un bien mueble. En este caso por lo que se refiere a esa naturaleza inmobiliaria, no se aplica el principio de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. La misma naturaleza inmueble tiene la subhipoteca, es decir, la hipoteca de hipoteca.

En el Código Civil vigente para el D.F., otra innovación importante en cuanto a las características fundamentales de la hipoteca, es la que se refiere al carácter mueble o inmueble de los bienes afectados.

En el Código anterior, la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes raíces o sobre derechos reales constituidos sobre ellos; la hipoteca sobre muebles únicamente se daba en casos excepcionales, como la hipoteca de una embarcación, permitida por el Código de Comercio.

Este era un requisito que diferenciaba a la hipoteca de la prenda, la cual recae sobre muebles. El Código vigente no requiere que los bienes sean inmuebles para que sobre ellos pueda constituir la hipoteca; en efecto, el artículo 2893, sólo habla de “bienes” en general: “La hipoteca es una garantía sobre bienes...”. A diferencia del Código Civil para el estado de Guanajuato, que en sus artículos 2387 y 2389, establece: “La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales...”.

■ 2.2.5. *Aspecto Especial y Expreso de la Hipoteca*

Para diferenciar la hipoteca moderna, de las hipotecas tácitas y generales del derecho romano y del Derecho Antigo Español señalaremos algunas breves consideraciones al respecto.

En el derecho romano y en el español que estuvo vigente en México hasta que comenzó a regir nuestro Código Civil, se reconocían las hipotecas tácitas o legales y las hipotecas generales.

Los preceptos fundamentales en esta materia estatuyen respectivamente que: “La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados” (art. 2895 en el D.F. y art.2389 en Guanajuato), y además que: “La hipoteca nunca es tácita ni general...” (art. 2919 en el D.F. y art. 2416 en Guanajuato). En cuanto a las disposiciones del registro, que vienen a completar este sistema de especialidad, se establece la necesidad de que se determine la naturaleza, situación y linderos del inmueble hipotecado, su medida superficial, agregando un plano o croquis al legajo respectivo; el valor de los bienes sujetos a inscripción, así como los antecedentes del registro. El régimen de publicidad indispensable, también de la hipoteca moderna, descansa a su vez en el principio de determinación y especialidad del gravamen, de tal manera que todo el sistema observado en cuanto al registro o inscripción de la hipoteca, así como en cuanto a los efectos para terceros, no podría llevarse a cabo, si no existiese la determinación y especialidad de la hipoteca.

El artículo 2912 del Código Civil para el D.F. es otra manifestación más de la especialidad de la hipoteca (art. 2400 de Guanajuato).

■ 2.3. CLASIFICACION

De acuerdo a la naturaleza y a las características del contrato de hipoteca, su clasificación es de la siguiente manera:

1.- Es un contrato de garantía. En virtud de que se celebra para garantizar el cumplimiento de una obligación principal.

2.- Es un contrato accesorio. En virtud de que sigue la suerte de la obligación principal, no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente se constituyese el principal. Cuando la obligación principal es inexistente o nula, la accesoría también lo es; pero cuando la obligación accesoría es inexistente, tal cosa no afecta la obligación principal.

3.- Es un contrato unilateral. En virtud de que el acuerdo de voluntades sólo engendra obligaciones para una de las partes que intervienen en el contrato y, consecuentemente, derechos para la otra.

4.- Es un contrato consensual en oposición al real. En virtud de que para su perfeccionamiento no se necesita la entrega de la cosa, sino que basta el simple consentimiento de las partes.

5.- Es un contrato formal. En virtud de que sólo puede ser constituida en forma escrita, nunca es tácita ya que para producir efectos contra tercero se requiere siempre de registro.

■ 2.4. ELEMENTOS

■ 2.4.1. Elementos Esenciales

1.- Consentimiento. En las hipotecas voluntarias es un elemento esencial la manifestación de voluntad (consentimiento en las constituidas por contrato).

2.- Objeto. El objeto de la hipoteca es la cosa dada en garantía esta puede ser tanto un bien mueble como un inmueble, pues la Legislación Civil vigente para el D.F., a diferencia de la anterior y de la Legislación Civil en Guanajuato permite la hipoteca sobre muebles, como ya lo hemos explicado. Aplicamos las disposiciones generales contenidas en el artículo 1825 del Código Civil para el D.F.: La cosa objeto del contrato debe: I. Existir en la naturaleza. II. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. III. Estar en el comercio. Un requisito indispensable es que los bienes sean enajenables, de conformidad con lo que dispone el artículo 2906 del Código Civil para el D.F. (art. 2406 de Guanajuato). Este requisito es lógico dada la finalidad que persigue la hipoteca.

También declara el artículo 2896 del ordenamiento legal citado (art. 2389 en Guanajuato), que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

De Pina establece: “Para que los bienes -muebles o inmuebles- puedan ser objeto de hipoteca es indispensable que sean susceptibles de registro”.(7).

Este requisito tiene por objeto el que la hipoteca pueda producir efectos respecto a terceros. La hipoteca se extiende, aunque no se exprese, declara el artículo 2896 del Código Civil para el D.F.:

I).- A las accesiones naturales del bien hipotecado.

II).- A las mejoras hechas por el propietario en los bienes hipotecados.

III).-A los objetos muebles incorporados permanentemente a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de dichos objetos;

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

Además de éstas, el artículo 2391 del Código Civil para el estado de Guanajuato señala:

V).- Los animales que en la escritura constitutiva de la hipoteca se hayan fijado como pie de cría en los predios a que se refiere la fracción X del artículo 793.

Puede hipotecarse la nuda propiedad en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiese pactado (artículo 2900 del Código Civil para el D.F. y artículo 2394 en Guanajuato).

También pueden ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo, en todo caso, los derechos de prelación que establece este Código (artículo 2901 del Código Civil para el D.F. y artículo 2395 en Guanajuato).

Para que el predio común pueda ser hipotecado requiere el consentimiento de todos los copropietarios, sin embargo, el copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponda en la división (artículo 2902 del Código Civil para el D.F. y artículo 2414 en Guanajuato).

La hipoteca que se constituye sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquella se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios (artículo 2397 en el Código Civil de Guanajuato). Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiere concluido, al no haber mediado un hecho voluntario que le haya puesto fin (artículo 2903 del Código Civil para el D.F.).

Los civilistas señalan los principales casos de hipoteca sobre derechos reales que pueden presentarse:

- a). Copropiedad;
- b). Usufructo;
- c). Nuda Propiedad;
- d). Hipoteca;
- e). Servidumbre (si se hipoteca juntamente con el predio dominante);
- f). Posesión.

Estos casos serán analizados en nuestro siguiente capítulo.

La hipoteca no comprenderá, salvo pacto en contrario, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 2897 del Código Civil para el D.F.:

I.- Los frutos industriales de los bienes hipotecados siempre que se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito.

II.- Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigir el cumplimiento de la obligación garantizada. La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.

Según el artículo 2391 del Código Civil de Guanajuato, la hipoteca de predios sólo comprende:

I.- El área o superficie nuda que sirve de base a los edificios;

II.- Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de constituirse la hipoteca o ejecutados por el dueño con posterioridad;

III.- Las accesiones y mejoras permanentes que tuviere el predio, y que aumenten el área y sus edificios y construcciones;

IV.- Los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos, y

V.- Los animales que en la escritura constitutiva de la hipoteca se hayan fijado como pie de cría en los predios a que se refiere el artículo 793-X.

Los bienes que, de conformidad al artículo 2898 del Código Civil del D.F. y al 2398 de Guanajuato, no se pueden hipotecar son:

I.- Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produzca;

II.- Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios;

III.- Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante (y exceptuándose en todo caso la de agua, la cual podrá ser hipotecada, artículo 2398-III del Código Civil de Guanajuato);

IV.- El derecho de percibir los frutos, en el usufructo concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;

V.- El uso y la habitación y,

VI.- Los bienes litigiosos a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado previamente, o se haga constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

■ 2.4.2. Elementos de Validez

Son los mismos de todo contrato:

1.- Capacidad. El Código Civil para el D.F. en los artículos 2902, 2904, 2905 y 2906, establece algunas reglas para hipotecar.

Sólo puede hipotecar el que tiene capacidad para enajenar. El ordenamiento legal citado dispone que sólo pueden ser hipotecados los bienes que puedan ser enajenados (artículo 2906 en el D.F., y artículo 2406 en Guanajuato).

El predio común no puede ser hipotecado, sino con el consentimiento de todos los copropietarios. Sin embargo, el copropietario puede hipotecar su parte alícuota y, al dividirse la cosa común, la hipoteca gravará la parte que le corresponda en la división. Asimismo, el acreedor tiene derecho de intervenir en la división para impedir que, a su deudor, se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda (artículo 2902 en el D.F., y artículo 2014 en Guanajuato).

Por otra parte declara el Código Civil, la hipoteca puede ser constituida tanto por el deudor como por el tercero (artículo 2904 en el D.F., y 2412 en Guanajuato).

El propietario cuyo derecho sea condicional, o esté limitado de cualquiera otra manera, deberá declarar en el contrato la naturaleza de su propiedad, si la conoce (artículo 2905 en el D.F., y artículo 2413 en Guanajuato).

Los consortes requieren autorización judicial para celebrar entre sí el contrato de hipoteca, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del Código Civil para el D.F. y el artículo 171 del Código Civil de Guanajuato establece que la mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido excepto cuando el contrato que celebren sea el de mandato.

Además, aplicando por analogía la disposición relativa a la compra-venta en virtud de que la hipoteca entraña, eventualmente, una enajenación, para poder celebrar el contrato de hipoteca la mujer con su marido, necesita estar casada bajo el régimen de separación de bienes (artículo 176 en el D.F. y 173 en Guanajuato).

Los que ejercen la patria potestad no pueden gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente (artículo 436 en el D.F. y 489 en Guanajuato).

En relación con la capacidad especial para hipotecar, el maestro Rojina Villegas, estudia los casos siguientes: "Hipoteca de cosa ajena; hipoteca constituida por el propietario aparente; hipoteca constituida por el propietario cuyo título es declarado nulo; hipoteca constituida por el donatario, cuando es revocable la donación; y la hipoteca constituida por el propietario cuyo dominio es revocable o está sujeto a término o condición".(8)

a). Hipoteca de cosa ajena. La hipoteca constituida sobre cosa ajena es nula, porque viola un precepto prohibitivo, el de que nadie puede hipotecar sino lo que es suyo; en el Código de 1884 se decía que esta nulidad era absoluta.

Un precepto expreso, el Artículo 1847, así lo disponía: "La hipoteca constituida por el que no tenga derecho a hipotecar, no convalecerá aunque el constituyente adquiriera después el derecho de que carecía".

El Código vigente para el D.F., al aplicar para este caso la misma regla que para la venta de cosa ajena, deroga el artículo 1847 del anterior, y acepta que dicha hipoteca puede convalidarse por la adquisición posterior de la cosa. La anterior conclusión no la derivaremos de un precepto expreso, sino de un razonamiento: a la hipoteca se aplican las reglas generales de la compraventa en cuanto a la enajenación; ahora bien, la compra-venta de cosa ajena se halla afectada de una nulidad sujeta a convalidación; por consiguiente, lógicamente, por analogía y por mayoría de razón, la hipoteca de cosa ajena también deberá seguir igual suerte.

b). Hipoteca constituida por el propietario aparente. En primer lugar, tenemos la hipoteca constituida por el heredero aparente; este es el que entra en posesión de la herencia, de buena fe, y posteriormente, por declararse su incapacidad, o la nulidad o caducidad del testamento, pierde dicha herencia;

en el ínterin pudo haber enajenado, gravado o hipotecado los bienes hereditarios; pues bien, los contratos, enajenaciones e hipotecas serán válidos, y el heredero legítimo sólo tendrá derecho a la indemnización: se sigue la regla de que los intereses de terceros de buena fe son superiores, o sea, el principio de la seguridad dinámica. Artículo 1343 del Código Civil para el D.F.: “Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, aquél con quien contrato hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá, mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios”.

· Pueda ser que el enajenante, cuya enajenación no se inscriba en el Registro Público, constituya hipoteca después de dicha enajenación; es entonces un propietario aparente, puesto que ya vendió, pero el bien todavía aparece registrado a su nombre: “En protección a terceros se considera que las hipotecas que se constituyan en esas condiciones son válidas”.

Si el que enajenó aparece todavía como propietario en el Registro Público, debido a un descuido del notario o del adquirente, y constituye hipoteca sobre el mismo bien, en cuanto a los terceros será válida dicha hipoteca, pero el constituyente incurre en responsabilidad penal por fraude.

c). Hipoteca constituida por el propietario cuyo título es declarado nulo. Prevalece el sistema general de protección a terceros de buena fe, es decir, cuando se declara la nulidad del Título de Propiedad del constituyente de la hipoteca, dicha nulidad no perjudica a terceros que, fundados en el debido registro del Título, aceptaron la hipoteca como garantía de un crédito. El Código Civil del D.F. contiene esta solución en el artículo 3009 (art. 2501 de Guanajuato): “El Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley.

En la parte final se citan 3 casos en los que ya no se sigue la regla general:

- 1.- Cuando las causas de nulidad resultan del Registro mismo, pues siendo ostensibles, el tercero debe conocer la nulidad, y se presume que si acepta la hipoteca, ya no obra de buena fe;
- 2.- En los actos ilícitos, es obvio que la regla general es inaplicable;
- 3.- En los contratos gratuitos: porque se considera de más calidad el interés del propietario, por no haber lesión en el patrimonio del tercero, ya que adquirió a Título Gratuito”.

d). Hipoteca constituida por el donatario, cuando es revocable la donación. El Código Civil para el D.F. protege también en este caso a los terceros adquirentes de buena fe: Artículo 2363 (art. 1859 de Guanajuato): “Si el donatario hubiere hipotecado los bienes donados, subsistirá la hipoteca; pero tendrá derecho el donante de exigir que aquél la redima. Esto mismo tendrá lugar tratándose de usufructo o servidumbre impuestos por el donatario”. El artículo 2371 del ordenamiento legal citado (art. 1867 de Guanajuato): “Es aplicable a la revocación de las donaciones hechas por ingratitud lo dispuesto en los artículos del 2361 al 2364”. Siempre que se revoque la donación por superveniencia de hijos o por ingratitud, si el donatario no ha constituido gravámenes, y los bienes donados están integrados en su poder, se reintegran al donante; pero si los bienes han sido gravados, enajenados o hipotecados, dichos gravámenes e hipotecas subsisten, pero tiene derecho el donante de exigir al donatario que redima la hipoteca; esta facultad dependerá de la solvencia del donatario.

e). Hipoteca constituida por el propietario cuyo dominio es revocable o está sujeto a término o condición. Se aplica la regla general del artículo 1853 del Código Civil anterior: “Nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones a que esté sujeto su derecho de propiedad”; este artículo ya no es reproducido por el Código vigente, pero por su contenido lógico subsiste, lo acepta la doctrina, y es de aplicación estricta: si el dominio es revocable, la hipoteca está sujeta a revocación; si el comprador o el donatario adquieren bajo condición resolutoria, y ésta se cumple, su dominio se revoca, y por consiguiente se revoca también la hipoteca que haya constituido.

No puede constituir hipoteca el que tiene su dominio sujeto a condición suspensiva, pues aún no adquiere la propiedad; sin embargo, por una ficción podría considerarse que si se cumple la condición, la propiedad se tuvo desde un principio, por los efectos retroactivos de la condición suspensiva, y que en esa virtud podría válidamente constituirse la hipoteca. En nuestro concepto, esta tesis es inadmisibles, dado que las ficciones solo puede autorizarlas la ley, y en el caso no ha reconocido para la condición suspensiva (como sí lo hace para la resolutoria) que el que tenga su dominio sujeto a la misma, pueda hipotecarlo. En cambio, el artículo 2125 del Código Civil francés sí le reconoce este derecho.

Cuando el dominio está sujeto a revocación, se aplican por analogía, las disposiciones del Código Civil del D.F., relativas a la condición resolutoria, que son los artículos 2922, 2923 y el 2924.

2.- Forma. Es necesario, para la validez del contrato, que el consentimiento se haga constar en escritura pública (artículos 2317 y 2320 del D.F. y 2415 de Guanajuato).

3.- Objeto, motivo o fin, lícito.

4.- Ausencia de vicios del consentimiento.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1)AGUILAR, Carbajal Leopoldo, Contratos Civiles, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, p. 270.

(2)ROJINA, Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV, Edit. Porrúa, S.A., México, 1977, p. 356.

(3)DE PINA, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Contratos en Particular, Vol. IV, Edit. Porrúa, México, D.F., 1987, p. 287.

(4)DE COSSIO, y Corral Alfonso, citado por Rojina Villegas Rafael, ob. Cit., p. 381.

- (5)BORJA, Soriano, citado por Rojina Villegas Rafael, ob. Cit., p. 382.
- 6)DORTA, Duque, citado por Rojina Villegas Rafael, ob. Cit., pp. 387-388.
- (7)DE PINA, Rafael, ob. Cit., p. 288.
- (8)ROJINA, Villegas Rafael, ob. Cit., p. 413.

CAPITULO TERCERO

■ MODALIDADES DE LA HIPOTECA SOBRE DERECHOS REALES

■ 3.1. GENERALIDADES

Los principales casos de hipoteca sobre derechos reales que pueden presentarse, son los siguientes:

- 1.- Hipoteca del derecho de copropiedad.
- 2.- Hipoteca del usufructo.
- 3.- Hipoteca de la nuda propiedad.
- 4.- Hipoteca de la hipoteca.
- 5.- Hipoteca de las servidumbres.
- 6.- Hipoteca de la posesión.
- 7.- Hipoteca de una herencia.

El Código Civil vigente para el D.F., no obstante que habla en general de la hipoteca sobre derechos reales, no se refiere a todos los casos anteriormente citados, y en cuanto a los derechos reales sobre bienes muebles, como la prenda y los derechos de autor, no hace el código referencia alguna, por lo que en rigor debemos considerar que sólo pueden hipotecarse los derechos reales sobre inmuebles.

Leopoldo Aguilar expresa: “Son derechos reales impuestos sobre inmuebles, aún cuando el código vigente no los limita a éstos; pero siendo necesario el registro, sólo podrán constituirse sobre derechos reales inmuebles, excepcionalmente sobre derechos reales y créditos, siempre que sean susceptibles de registro”. El artículo 2900 del Código Civil para el D.F. (artículo 2394 en Guanajuato) no indica que sea sobre inmuebles; tampoco lo hace el 2903 (artículo 2397 en Guanajuato); en cambio en la copropiedad, artículo 2902 (artículo 2414 en Guanajuato) sí se expresa que sea sobre inmueble.

De la enumeración que hace el Código se llega a la conclusión de que sólo pueden hipotecarse los derechos reales sobre inmuebles.(1)

■ 3.2. HIPOTECA DEL DERECHO DE COPROPIEDAD

El Código Civil de 1870 del D.F. permitía la hipoteca sobre el derecho de copropiedad respecto a una finca común, o sea sobre la parte alícuota del copropietario, pero sólo tratándose de inmuebles. Esta disposición se reformó en 1884, por considerar que la hipoteca sobre parte alícuota 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 alícuota.

El Código Civil Vigente para el D.F. vuelve al primitivo sistema y en su artículo 2902 (art. 2414 en Guanajuato) la permite. Al dividirse la cosa común, la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división. Estima que con una determinación posterior es suficiente.

Rojina Villegas señala: “El legislador de 1928, comprendiendo el problema de la indeterminación en la hipoteca de una copropiedad, ha ideado un sistema para llegar a una determinación posterior: dispone que la hipoteca sólo gravará la parte que se aplique a cada copropietario después de la división; además, para no perjudicar los derechos de los acreedores hipotecarios, cuando por descuido (o colusión fraudulenta) del copropietario constituyente de la hipoteca, al hacerse la división, estuviere en peligro de recibir menos de lo que justamente le correspondiera, se permite al hipotecario intervenir también como tercero interesado cuando se divida la cosa común”. (2)

■ 3.3. HIPOTECA DEL USUFRUCTO

El derecho real de usufructo constituido sobre bienes inmuebles es susceptible de hipotecarse. Por regla general, cuando se hipoteca un usufructo, la existencia misma del gravamen dependerá de la existencia del usufructo, de tal manera que cuando, sea vitalicio, la hipoteca se extinguirá

con la muerte del usufructuario. Si el usufructo depende de un término el gravamen hipotecario corre igual suerte, así como si depende de una condición.

El artículo 2903 del Código Civil para el D.F. (art. 2397 de Guanajuato), señala: “La hipoteca que se constituye sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquella se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiere concluido, al no haber mediado un hecho voluntario que le haya puesto fin”.

Ricardo Treviño manifiesta: “Hubiere sido conveniente que se declarara expresamente que en el caso de que el usufructo concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que se cumpla la obligación asegurada, pues aún cuando se sobreentiende, la aclaración resulta conveniente”.(3)

En cuanto a la hipoteca de frutos pendientes de los bienes raíces, los artículos 2897 y 2898 del Código Civil para el D.F., suponen que el gravamen se constituye al mismo tiempo sobre el inmueble, sin que por lo tanto puedan hipotecarse separadamente. Por esto dice el artículo 2898 (art. 2398-I en Guanajuato): No se podrán hipotecar: I.- Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca”, y el 2897: “Salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá: I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que estos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito. II.- Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada”.

Prohíbe el Código la hipoteca sobre el usufructo legal que corresponde a los que ejercen la patria potestad sobre los bienes de los que están sometidos a la misma en el artículo 2898- IV (art. 2398-IV en Guanajuato), que dice: “No se podrá hipotecar el derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes”.

■ 3.4. HIPOTECA DE LA NUDA PROPIEDAD

La nuda propiedad puede hipotecarse, así como el usufructo, presentándose al efecto los siguientes casos:

a).- Hipoteca de la nuda propiedad, sin comprender el usufructo que corresponde a otro titular.

b).- Hipoteca tanto de la nuda propiedad como del usufructo, correspondiendo esos derechos a distintas personas.

c).- Hipoteca del usufructo exclusivamente.

El primer caso al extinguirse el usufructo y consolidarse la propiedad, la hipoteca gravará en su totalidad el inmueble si así se hubiere pactado. Económicamente no presta 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.

Artículo 2900 del Código Civil para el D.F. (art. 2394 en Guanajuato): puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo, si así se hubiere pactado.

La consolidación consiste en la reunión, en una sola persona de las cualidades de usufructuario y de propietario. Puede ocurrir cuando el usufructuario adquiere la nuda propiedad, por lo que se extingue el usufructo al convertirse dicho usufructuario en propietario.

La hipótesis a que se refiere el artículo 2900, supone que el nudo propietario cuyo derecho ha hipotecado, adquiere el usufructo, y por esto dice el precepto: si el usufructo se consolidare con ella (se refiere a la nuda propiedad) en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo, si así se hubiere pactado.

■ 3.5. HIPOTECA DE HIPOTECA

En la actualidad se puede hipotecar el crédito mismo, pues el Código vigente no restringe la hipoteca sólo a los derechos reales constituidos sobre inmuebles. El artículo 2901 del D.F. (art. 2395 en Guanajuato) establece: “También pueden ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo, en todo caso, los derechos de prelación que establece este Código”.

El pacto de no volver a hipotecar es nulo. Además la hipoteca del mismo crédito hipotecario, puede ser registrada, a efecto de lograr su oponibilidad a terceros, mediante la acción persecutoria y el derecho de preferencia en su caso.

Como en todo crédito hipotecario encontramos el derecho principal garantizado y el derecho real de garantía, al hipotecarse una hipoteca, se corre el peligro de que si el crédito materia de esa hipoteca sobre la cual se constituye el gravamen, se extingue por pago o por cualquier otra causa, la hipoteca de hipoteca también se extinguirá, pues habrá desaparecido el bien sobre el cual estaba constituida. Conforme al Código vigente, sería un grave error hipotecar sólo la hipoteca y no el crédito hipotecario, pues torpemente se limitaría la garantía a lo accesorio, cuando sin duda ni problema alguno puede comprender tanto el crédito, como la hipoteca que lo asegura.

Como ya se ha expresado, el Código vigente para el D.F. no requiere expresamente que la hipoteca recaiga sobre bienes inmuebles, mientras que el Código de Guanajuato sí lo hace. En general los derechos sí pueden hipotecarse aún cuando sean accesorios de un crédito, como sucede en la hipoteca, siempre y cuando sean susceptibles de registro, que es el dato principal que bajo el Código Vigente del D.F. debe tomarse en cuenta para permitir la hipoteca de cosas o derechos muebles.

Ahora bien, aún suponiendo sin conceder que la hipoteca participe del carácter de mueble en cuanto que se le reputa accesoria del crédito y sigue la naturaleza de éste, como dicha hipoteca se encuentra inscrita en el Registro Público de la Propiedad, es susceptible de hipotecarse, para que a su vez este segundo gravamen se registre y pueda surtir efectos respecto de tercero, así como para que las acciones persecutoria y de preferencia sean oponibles en los distintos conflictos que pudieran suscitarse, cuando la hipoteca hipotecada o el crédito hipotecario se transfiriera a un tercero, o cuando exista una concurrencia de acreedores que hayan asegurado el mismo bien.

Leopoldo Aguilar afirma que: “Según el Código anterior, la hipoteca de hipoteca se constituía sobre el derecho accesorio y no sobre el derecho de crédito garantizado. Ahora se puede hipotecar también el crédito hipotecario, ya que no existe la 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”. (4)

■ 3.6. HIPOTECA DE SERVIDUMBRE

Las servidumbres son derechos reales sobre predios, que no pueden ser hipotecadas separadamente del fundo dominante (artículo 2898-III del Código Civil del D.F. y 2398-III de Guanajuato).

La razón del carácter inhipotecable de las servidumbres consideradas independientemente del predio dominante, es la siguiente: “Conforme al artículo 1064 del Código Civil para el D.F. (art. 1161 en Guanajuato), las servidumbres son inseparables del inmueble, a que activa o pasivamente pertenecen; en consecuencia, no tienen ningún valor económico desvinculadas de dicho predio y, jurídicamente, no es posible esa separación”. De esta suerte, al ser la servidumbre inseparable del predio, no puede hipotecarse independientemente de él, pues su titular no puede enajenarla ni gravarla sin transferir el fundo al cual activamente pertenezca. Sólo el dueño del predio puede ejercitar los derechos inherentes a la servidumbre, y en tanto que continúe siendo propietario.

Aún en el supuesto de que jurídicamente se pudiera separar la servidumbre del predio, carecería aquella de todo valor económico y, por tanto, de interés para constituir una hipoteca.

Leopoldo Aguilar señala: ‘El Código de 1884 permitió la hipoteca de la servidumbre de aguas, separadamente del fundo dominante, artículo 1834, el actual, en el artículo 2898 no consagra esta excepción. La ley de aguas del 13 de diciembre de 1910 sí permitió esta hipoteca’. (5). El artículo 2398-III del Código Civil de Guanajuato también la permite.

■ 3.7. HIPOTECA DE LA POSESION

Si se parte de la base de que la posesión sea un derecho real, sí será hipotecable, como en la legislación española; pero si se estima que es un simple estado de hecho, no lo será.

Sin embargo, si se tiene la posesión de la cosa y está inscrita en el Registro Público, podrá hipotecarse, aún cuando el título sea subjetivamente válido, pero si se declara la nulidad, se habrá hipotecado cosa ajena y no se convalida por la inscripción.

El debate entre ambas teorías es uno de los más interesantes en el derecho civil, y puede decirse que desde la época romana los jurisconsultos vienen discutiendo el problema, con abundantes razones en pro y en contra.

El Código Civil vigente para el D.F., siguiendo al alemán y suizo define a la posesión como un poder de hecho sobre las cosas o como el goce efectivo de los derechos. Dice al respecto el artículo 790: ‘Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él’. El artículo 1037 del Código Civil de Guanajuato define la posesión como el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad. La posesión de un derecho consiste en gozar de él.

En consecuencia, la posesión en el Código vigente (originaria y derivada) se caracteriza como un hecho y podemos definirla como un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa, para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria de derecho.

De esta suerte la posesión es un poder físico y no un poder jurídico, aún cuando puede serlo, pero no necesita esa calificación para existir. El poder físico constituye el corpus posesorio, es decir, el conjunto de actos que revelan una potestad sobre la cosa para su aprovechamiento o custodia. Este poder físico de la posesión, generalmente es un poder jurídico, es decir, sancionado y reconocido por el derecho, pero puede ser un poder de hecho, simplemente económico, o ilícito, nacido de un delito, como en el robo o en el despojo.

Basta tener la posesión de la cosa y el derecho de propiedad inscrito en el Registro Público, para poder hipotecar, aún cuando el título sea sólo subjetivamente válido, pero en ese caso, si se llega a declarar la nulidad del título y se comprueba que se hipotecó una cosa ajena, la hipoteca estará afectada de nulidad, pues la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, según dispone el artículo 2500 del Código Civil de Guanajuato.

El artículo 2501 del mismo ordenamiento legal establece que, no obstante el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero registral de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohibitiva o de interés público.

Queda por consiguiente en tela de juicio la validez de las hipotecas constituidas por el poseedor con título que después se declara nulo, existiendo, por tanto la posibilidad de que dichas hipotecas surtan sus efectos legales, cuando no se llega a declarar tal nulidad del título, o cuando el acreedor hipotecario sea un tercero de buena fe, y siempre que las causas de nulidad no resulten claramente del mismo registro y la hipoteca sea a título oneroso, constituida sin violar leyes de orden público o prohibitivas.

Se presenta el problema de determinar si es posible que el poseedor que ha registrado su posesión antes de adquirir el dominio por prescripción, pueda constituir válidamente una hipoteca, bien sobre el predio, o sobre la posesión misma.

Generalmente se sostiene que ni en uno, ni en otro caso, puede otorgarse válidamente la hipoteca. Se argumenta que el registro de la posesión en esas condiciones, no da derecho para enajenar el predio y, consecuentemente, tampoco para hipotecarlo, pues sólo puede hipotecar el que pueda enajenar. En cuanto a la posibilidad de hipotecar la posesión misma y no el predio, se piensa que en nuestra legislación, aquélla se considera como un hecho que produce consecuencias jurídicas, pero no como un derecho real, y en tal virtud no puede ser hipotecada.

■ 3.8. HIPOTECA DE LA HERENCIA

Conforme al artículo tercero del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.: “Por las acciones reales se reclamarán: la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes...”.

En consecuencia, se considera que la herencia como universalidad jurídica, se reclama por una acción real, lo que implica considerar que la misma es un derecho real.

El artículo 1281 del Código Civil para el D.F. (artículo 2537 de Guanajuato) dice: “Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”. Conforme a este concepto, la herencia es la sucesión del patrimonio del difunto y comprende todos los derechos reales y personales, que no se extinguen por la muerte. Es decir, es una universalidad jurídica que abarca la principal parte del patrimonio. Como tal universalidad está constituida por un activo integrado por derechos reales y personales y por un pasivo constituido por las deudas u obligaciones del de *cujus*.

Propiamente hablando la herencia no puede ser un derecho real o personal, pues, o constituye una universalidad de bienes y en este sentido es un patrimonio de afectación, o por herencia se entiende la sucesión o transmisión de esos bienes, es decir, el acto mismo de transferencia.

Estimamos que conforme al artículo 2895 del Código Civil para el D.F. (artículo 2398 de Guanajuato), debiendo recaer la hipoteca sobre bienes especialmente determinados, no es posible hipotecar la herencia, pues ésta justamente constituye un patrimonio en estado de indivisión, y sólo hasta que se determine, por virtud de la partición, que fijará la porción de bienes hereditarios que corresponda a cada uno de los herederos, se podrán determinar específicamente esos bienes, y hasta entonces, podrán ser hipotecados, lo que equivale a decir que durante el régimen de división que constituye la herencia, ésta no podrá ser hipotecada como universalidad.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1)AGUILAR, Carbajal Leopoldo, Contratos Civiles, Edit. Porrúa, S.A., México, D F., 1982, p.p. 272-273.

(2)ROJINA, Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, T. IV, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1977, p. 369.

(3) TREVIÑO, García Ricardo, Contratos Civiles y sus Generalidades, T. II, Edit. Font, S.A., Guadalajara, Jal., 1982, pp. 681-682.

(4) AGUILAR, Carbajal Leopoldo, Ob.Cit. p. 274.

(5) Idem.

CAPITULO CUARTO

■ FORMAS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

La hipoteca puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral y ley. Las tres primeras formas dan lugar a la hipoteca voluntaria, la última a la necesaria o legal.

En cuanto a la constitución de la hipoteca a través de las distintas formas mencionadas, encontramos analogía con la constitución del usufructo y de los derechos reales en general, ya que el primero puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral, ley y prescripción.

La hipoteca no admite como fuente a la prescripción en virtud de que no pueden lógicamente darse los supuestos jurídicos para la constitución del citado gravamen real. Como no se desposee al deudor, bajo ningún título o concepto podría el acreedor ejercitar un derecho ostentándose como si tuviera la hipoteca, para gozar de ella en forma continua, pacífica, pública y en el carácter de verdadero titular del gravamen.

■ 4.1. LA HIPOTECA VOLUNTARIA

El artículo 2920 del Código Civil para el D.F. (art. 2417 de Guanajuato), estatuye: “Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen”.

■ 4.1.1. Hipoteca por Contrato

En la primera parte del precepto 2920 se definen las hipotecas constituidas por contrato, es decir, aquellas que se contraen por voluntad de las partes en los convenios.

El artículo 2919 establece: La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad en los convenios; en este caso se llama voluntaria (art. 2416 de Guanajuato).

■ 4.1.2. *Hipoteca por Testamento*

La segunda parte del artículo 2920 se refiere a las hipotecas constituidas por acto unilateral, o sea, por disposición del dueño de los bienes sobre los cuales se constituye el gravamen. En este caso se admiten las hipotecas constituidas por testamento y por declaración unilateral, la cual surtirá sus efectos durante la vida del emitente.

En las hipotecas testamentarias, prescribe el artículo 1448 del D.F. (art. 2704 de Guanajuato) que: “Por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple, o exigible desde luego, el que lo sea a plazo; pero esta mejora no perjudicará en manera alguna los privilegios de los demás acreedores”.

■ 4.1.3. *Hipoteca por Acción Unilateral*

El acto jurídico unilateral ha adquirido gran interés en el derecho civil moderno, en virtud de que además de que algunos códigos ya reconocen determinadas formas específicas para crear obligaciones por declaración unilateral de voluntad, la tendencia se orienta en el sentido de reconocer un mayor alcance a esa fuente.

En cuanto a la hipoteca como derecho real de garantía, es indiscutible que el acto jurídico unilateral por sí solo es bastante para generar el derecho, independientemente de la voluntad del acreedor, o la del deudor, cuando el gravamen se otorga para garantizar una deuda ajena, cosa que puede llevarse a cabo con o contra la voluntad del obligado. Conforme al artículo 2920 del Código Civil del D.F., ya citado anteriormente, evidentemente que al distinguir el precepto entre las hipotecas convenidas entre partes o impuestas por el dueño, se refiere a las hipotecas que tienen su fuente en el contrato o en la declaración unilateral de voluntad, comprendiendo en estas últimas, tanto las que el dueño del bien gravado impone para garantizar su propia deuda, como las que constituye para asegurar una deuda ajena.

■ 4.2. HIPOTECA NECESARIA

Las hipotecas necesarias son aquellas que tienen obligación de otorgar las personas que administran bienes ajenos para responder de la administración de los mismos, o bien aquellas hipotecas que debe otorgar el deudor al acreedor para asegurar ciertas deudas.

Ricardo Treviño señala: “Llámesese necesaria a la hipoteca especial y expresa que, por disposición de la ley, están obligados a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores”. Un ejemplo de hipoteca necesaria es la que debe otorgar el tutor, de conformidad con lo dispuesto en la fracción I del artículo 519 del Código Civil. (1)

En el Código anterior Rojina Villegas afirma: “Se consideraban dos clases de hipotecas necesarias: primero, aquellas que deberían otorgar ciertos administradores de bienes ajenos para garantizar su manejo, como obligación de los mismos administradores; y segundo, las que tenían derecho a exigir ciertos acreedores, para garantía de sus créditos. En tanto que las primeras implicaban una obligación de aquellos que administraban bienes ajenos, las segundas implicaban un derecho de ciertos acreedores para obtener la garantía de sus créditos, pero si no se hacía uso de este derecho, la hipoteca no llegaba a otorgarse”. (2)

En el artículo 2931 del Código Civil vigente del D.F. (art. 2425 de Guanajuato), se reúnen esas dos clases en una sola forma de hipoteca necesaria, imponiendo en todo caso, tanto a los administradores de bienes ajenos como a determinados deudores por ciertos créditos, la obligación de constituir hipotecas sobre bienes para garantizar, bien sea ese manejo o los créditos de los cuales fueren deudores.

En el Código actual (art. 2935 en el D.F. y 2429 en Guanajuato) se han modificado los casos que originan la constitución de la hipoteca necesaria. Tienen derecho a pedir la hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos:

1.- El coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido;

2.- Los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquéllos;

3.- Los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren;

4.- Los legatarios sobre los inmuebles de la herencia, por el importe de su legado, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador, y

5.- El estado, los municipios y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos.

En el Código Civil anterior se reconocían dentro de las hipotecas necesarias, pero como derecho de los acreedores para exigir su constitución, los siguientes casos:

1.- Hipoteca que debía otorgar el permutante para garantizar el precio al vendedor;

2.- Hipoteca que debía otorgar el permutante para garantizar la diferencia de valores en los bienes permutados;

3.- Hipoteca que debía otorgar el condenado por sentencia definitiva, para garantizar la ejecución de la misma. Estos tres casos han sido suprimidos en el Código Civil vigente.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1)TREVINO, García Ricardo, Contratos Civiles y sus Generalidades, Tomo II, Editorial Font., S.A., Guadalajara, México. 1982, p. 687.

(2)ROJINA, Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1977, p. 356.

CAPITULO QUINTO

■ EL ASPECTO REGISTRAL DE LA HIPOTECA Y SUS EFECTOS JURIDICOS

■ 5.1. LA FORMALIDAD DEL REGISTRO DE LAS HIPOTECAS

Treviño García sostiene: “Es una característica fundamental de la hipoteca su constitución pública, en cuanto que requiere su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos respecto a terceros”. (1)

Para estudiar las formalidades de la hipoteca en el Código vigente, es necesario analizar primero el sistema anterior, que comprende dos periodos: el Primero de 1870 a 1917 y el Segundo de 1917 al Código Civil vigente.

Rojina Villegas, al citar a Borja Soriano, establece: “Desde 1870 hasta 1917 se admitió el principio de que la hipoteca no surtía efecto legal alguno, sino mediante su registro, es decir, se consideró que el registro era una solemnidad para la constitución de la hipoteca, y a su vez, se dispuso que no podía inscribirse o registrarse ninguna hipoteca que no estuviera otorgada en escritura pública. 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.” (2)

A partir de abril de 1917, por un decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, se reformó el artículo respectivo, el 1889 del Código Civil de 1884, y se dispuso que la hipoteca no surtiría efecto legal contra tercero, sino a partir de la fecha de su inscripción. Al hacer la reforma de este artículo no se modificó el 1887 que estatúa: “La hipoteca nunca es tácita ni general, para subsistir necesita siempre de registro”.

No obstante es tan clara la intención del legislador de 1917, al indicar que la hipoteca no producirá efecto legal contra tercero, sino a partir de su registro, que no por el hecho de que hubiere continuado vigente el artículo 1857, pudiera entenderse que esa formalidad era reputada como una solemnidad necesaria para que la hipoteca surtiera efectos con respecto a las partes. Además dentro del término “subsistir” no se indica necesariamente la existencia del acto jurídico en cuanto a sus elementos esenciales.

Finalmente, a partir de octubre de 1932, fecha en que entró en vigor el Código Civil actual, se determina claramente que la hipoteca necesita ser inscrita para que surta efectos contra terceros y ya no se reproduce el artículo 1857 del Código de 1884, que suscitaba una duda al indicar que la hipoteca para subsistir necesitaba siempre de registro. Simplemerite se dice en el artículo relativo: “La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro”. Ya aquí con toda claridad tenemos determinado el alcance de la inscripción.

■ 5.2. PUBLICIDAD DE LAS HIPOTECAS

En la Nueva España hasta 1778, tanto el régimen relativo a las hipotecas, como a los actos traslativos de dominio, constitutivos de derechos reales, o que implicaban una modificación en la propiedad de inmuebles, permaneció como sistema oculto. Los terceros interesados en adquirir o en constituir derechos reales sobre inmuebles, no podían tener nunca la seguridad de que el enajenante, o bien aquél que constituía el derecho real era propietario de ese inmueble; tampoco podían tener la seguridad respecto a los gravámenes que pesaban en relación con ellos.

Por ese motivo se consideró necesario, no sólo para la Nueva España, sino también para todas las colonias españolas, crear el oficio de hipoteca que pudiera darle publicidad a estos actos, mediante la constitución de registros. Estos oficios se constituyen por Real Cédula del 9 de mayo de 1778. Cinco años más tarde, en 1783, se regulan esos oficios con la particularidad de vendibles, es decir, como oficios particulares que podían ser objeto de enajenación. Conforme a este sistema se rigió -a partir de 1778- la inscripción de las hipotecas en la Nueva España.

También hubo, el 17 de septiembre de 1784, una instrucción por el Fiscal de La Real Hacienda, que se aprobó por la Real Audiencia de México, y vino a fijar reglas para la inscripción de las hipotecas.

■ 5.3. REGISTRO DE LA HIPOTECA

En el Código Civil vigente se estatuye que todo aquél que tenga interés jurídico en la inscripción del acto, derecho, o contrato de que se trate, podrá solicitar ante el Registro dicha inscripción, e inclusive puede hacerlo el notario encargado del otorgamiento de la escritura (art. 3018 del D.F. y art. 2506 de Guanajuato).

Conforme a este precepto, se concede una mayor amplitud respecto a las personas que pueden solicitar el registro de aquellos actos que conforme a la Ley requieren este requisito. No solo pueden hacerlo el titular del derecho real o las partes en el contrato o acto que modifica el dominio, sino también todo aquél que tenga interés jurídico para asegurar el derecho real objeto de la inscripción.

El Código Civil vigente viene a crear un sistema nuevo respecto al modo de hacer el registro. En el anterior se disponía, por lo que toca a las hipotecas, que éstas surtían sus efectos desde la inscripción pero que las presentadas dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, se tenían por inscritas desde la fecha de éste; de esta suerte se concedía un término de quince días entre el otorgamiento y la fecha de su registro, y consideraba que todas aquellas hipotecas presentadas dentro de los quince días citados, surtían sus efectos, por lo que toca a la inscripción, a partir de la fecha misma de la inscripción.

Este sistema tenía la ventaja de que se concedía un plazo perentorio al acreedor para que hiciera la inscripción, porque podría suceder que otro acreedor posterior se le anticipe, lo cual sería injusto, pero al mismo tiempo, tenía el inconveniente de que durante ese plazo de quince días, permanecía oculta la hipoteca, con la posibilidad de que surtiera efectos, no desde su presentación en el registro, sino desde su otorgamiento, en perjuicio de terceros que hubieren procedido de buena fe, tomando en cuenta que en el Registro no había ningún gravamen.

Por esta razón se crea en el Código Civil vigente, un sistema para el registro en general de los actos de dominio sobre inmuebles, el cual viene a conciliar los intereses, tanto de aquellos titulares de derechos reales como de los terceros de buena fe.

Según ese sistema preventivo, todo notario que autorice una escritura en que se adquiere, se transmite, modifique o extingue el dominio o posesión de bienes raíces o en la que se haga constar un crédito que tenga preferencia desde que sea registrado, debe dar un aviso preventivo al Registro Público de la Propiedad, para que se anote al margen de la inscripción de propiedad, que se ha practicado dicho acto. La nota marginal debe hacerse por el registrador sin costo alguno, y la inscripción definitiva del contrato de que se trate, debe realizarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la misma, en cuyo caso surtirá efectos contra terceros, desde que se hizo la anotación marginal; si no se ejecuta, entonces la inscripción sólo surtirá efectos a partir de la fecha en que se haga la presentación del testimonio correspondiente.

Con este sistema quedan garantizados los intereses de todos, pues los terceros de buena fe pueden tener conocimiento de los actos que afectan el dominio de los inmuebles, y al mismo tiempo, se concede el plazo razonable a los titulares de los derechos reales que vayan a inscribirse, para que puedan hacer la inscripción y surta ésta sus efectos desde la anotación preventiva (artículo 3016 del D.F. y 2516 en Guanajuato).

■ 5.4. NULIDAD DE LA INSCRIPCIÓN HIPOTECARIA

Actualmente, el registrador debe cumplir una serie de requisitos, de tal manera que no desempeña un papel pasivo para la inscripción. El artículo 3021 del Código Civil del D.F. establece que los registradores calificarán bajo su responsabilidad los documentos que se presenten para la práctica de alguna inscripción o anotación; la que suspenderán o denegarán en los casos siguientes:

I. -Cuando el título presentado no sea de los que deben inscribirse o anotarse;

II.- Cuando el documento no revista las formas extrínsecas que establezca la ley;

III.- Cuando los funcionarios ante quienes se haya otorgado o rectificado el documento, no hayan hecho constar la capacidad de los otorgantes o cuando sea notoria la incapacidad de éstos;

IV.- Cuando el contenido del documento sea contrario a las leyes prohibitivas o de interés público;

V.- Cuando haya incompatibilidad entre el texto del documento y los asientos del registro;

VI.- Cuando no se individualicen los bienes del deudor sobre los que se constituya un derecho real, o cuando no se fije la cantidad máxima que garantice un gravamen en el caso de obligaciones de monto indeterminado, salvo los casos previstos en la última parte del artículo 3011, cuando se den las bases para determinar el monto de la obligación garantizada y,

VII.- Cuando falte algún otro requisito que deba llenar el documento de acuerdo con el código u otras leyes aplicables.

El artículo 2511 del Código Civil de Guanajuato señala que el registrador hará la inscripción si encuentra que el título presentado es de los que deben inscribirse, llena las formas extrínsecas exigidas por la ley y contiene los datos a que se refiere el artículo 2513. En caso contrario devolverá el título sin registrar, manifestando a quienes pretendan hacer la inscripción la falta, o deficiencia del mismo para que la subsanen. Si se presenta nuevamente el mismo título y tampoco satisface los requisitos del artículo 2513, se devolverá a los interesados sin registrar y será necesaria la resolución judicial para que se haga el registro.

Así, el artículo 2513 del Código Civil de Guanajuato enumera las circunstancias que expresará toda inscripción que se haga en el Registro.

I.- La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción o a los cuales afecte el derecho que debe inscribirse; su medida superficial, nombre y número si constare en el título o la referencia al registro anterior en donde consten estos datos; asimismo, constará la mención de haberse agregado el plano o croquis al legajo respectivo;

II.- La naturaleza, extensión, condiciones suspensivas o resolutorias, cargas y demás modalidades del derecho que se constituya, transmita, modifique o extinga;

III.- El valor de los bienes o derechos a que se refieren las fracciones anteriores. Si el derecho no fuere de cantidad determinada, podrán los interesados fijar en el título la estimación que le den;

IV.- Tratándose de hipotecas, la época en que podrá exigirse el pago del capital garantizado, y si causare réditos, la tasa o el monto de éstos y la fecha desde que deban correr;

V.- Los nombres, edades, domicilios y profesiones de las personas que por sí mismas o por medio de representantes hubieren celebrado el contrato o ejecutado el acto sujeto a inscripción;

VI.- La naturaleza del acto o contrato;

VII.- La fecha del título y el funcionario que lo haya autorizado y,

VIII.- El día y la hora de la presentación del título en el Registro.

En el Código Civil vigente no se estatuye como en el anterior, la nulidad de la inscripción en algunos casos. Se impone, en cambio, la obligación del registrador de indemnizar por los daños y perjuicios que se causen, cuando haga una inscripción indebida, esto es, una inscripción que no reúna los requisitos antes mencionados.

Se discute actualmente, si la falta de esos requisitos puede originar la nulidad de la inscripción. El problema ha cambiado, en virtud de que cuando el registrador se niega a hacer la inscripción porque no comprenda los requisitos estatuidos en el artículo 3021 del D.F., de todas maneras está obligado a hacer anotación preventiva; en la inteligencia de que sólo hará la inscripción definitiva, si el juez resuelve que el título contiene todos los requisitos necesarios para su inscripción; en este caso la anotación preventiva surte sus efectos desde su fecha y no quedan perjudicados los derechos del que presentó el título; pero no surtirán efectos, si se resuelve por el juez, que la escritura no contiene todos los requisitos.

Al no hacerse el registro definitivo, se impide la posibilidad de las inscripciones nulas, supuesto que siempre quedará a la calificación judicial, resolver si procede o no la inscripción y al mismo tiempo, quedan protegidos los derechos de terceros mediante la inscripción preventiva. Lo que en el Código Civil de 1884 se resolvía por un juicio de nulidad de inscripción, en el vigente se decide siguiendo la misma idea de la inscripción preventiva, mediante una anotación provisional y se deja a la resolución judicial la calificación final, respecto a los requisitos que debe llenar el título para su inscripción.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) TREVIÑO, García Ricardo, Contratos Civiles y sus Generalidades, Tomo II; Edit. Font, Guadalajara, México. 1982, p. 287.

(2) BORJA, Soriano, citado por ROJINA, Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV; Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1977, p. 401.

(3) Idem., p. 402.

CAPITULO SEXTO

■ LOS SUPUESTOS LEGALES Y LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS EN RELACION A LA TRANSMISION Y EXTINCION DE LA HIPOTECA

■ 6.1. TRANSMISION DE LA HIPOTECA

Para la transmisión de la hipoteca, se aplican las reglas de la cesión de todo crédito, es decir, deben observarse en el contrato de cesión las formas exigidas para la constitución de la hipoteca, o sea, debe notificarse al deudor, e inscribirse el contrato de cesión, para los efectos relacionados con terceros; la regla general de la cesión de créditos dice que para ella son necesarias las mismas formalidades que para la constitución: por tanto, conforme al Código Civil, cuando el crédito hipotecario no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el D.F. en el momento de la operación, la cesión requiere sólo documento privado, que deberá ser inscrito, pues una de las formalidades de la constitución es el registro, para los terceros; cuando excede de la cantidad mencionada, la cesión requiere documento público y registro.

La notificación al deudor es un requisito que necesariamente debe cumplirse en toda cesión de créditos; en tanto no se notifique, la cesión no queda perfeccionada en relación con el deudor. Por lo que se refiere a las relaciones con terceros, puede ocurrir un conflicto si no se efectúa el registro.

■ 6.1.1. Cesión de Derechos

La cesión de derechos se presenta cuando el acreedor transmite los derechos que tiene contra su deudor (art. 2029 del D.F. y 1517 de Guanajuato).

Ricardo Treviño establece: “Podemos decir que la cesión de derechos es una forma de transmisión de obligaciones, en la que opera un cambio en el sujeto activo, manteniéndose la misma relación jurídica y sin necesidad del consentimiento del deudor. En toda cesión de derechos intervienen dos partes: cedente y cesionario; el cedente, que es la persona que transmite el derecho (acreedor originario) y el cesionario, que es la persona a quien se transmite el derecho (acreedor sustituto). En la cesión de derechos no es necesario que intervenga el deudor, basta que el cesionario le notifique judicial o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos, para que éste (cesionario) pueda exigir sus derechos contra aquél (deudor)”. (1)

La cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios (fianza, prenda, hipoteca) salvo aquellos que son inseparables del cedente.

■ 6.1.2. Subrogación

Se puede decir que la subrogación es también una forma de transmisión de obligaciones en la que opera un cambio en el sujeto activo, por ministerio de ley, a través de un pago, en los casos en que la misma ley lo indique y sin necesidad de declaración alguna de los interesados.

Rojina Villegas afirma: “La transmisión puede efectuarse por subrogación legal; ésta ocurre cuando un acreedor paga a otro acreedor hipotecario preferente; por ministerio de la ley, el primero adquiere el crédito hipotecario con todos sus accesorios legales. Frecuentemente, un acreedor hipotecario colocado en segundo o tercer lugar desea adquirir el crédito colocado en primer termino. Puede hacerlo mediante un contrato de cesión, pero si el primer acreedor no quiere cederlo, puede todavía lograr su objeto por la simple subrogación legal, pagando y substituyéndose al primer acreedor. El pago del crédito hipotecario sólo puede efectuarse cuando sea exigible, de modo que el segundo acreedor no podía subrogarse si el pago aún no fuera exigible: en este caso, sólo puede adquirir el crédito mediante un contrato de cesión. Una vez que el pago se hace exigible, puede subrogarse todo aquél que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.” (2)

El artículo 2058 del Código Civil del D.F. (artículo 1549 de Guanajuato) comprende cuatro casos de subrogación que se operan por ministerio de la ley:

I.- Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; es el caso que tiene más aplicación práctica y que no presenta dificultad alguna. Ya indicamos que se presenta cuando un acreedor hipotecario colocado en segundo o tercer lugar paga al de primer término y se subroga en sus derechos; o cuando un acreedor quirografario que ha embargado el bien hipotecado paga al acreedor hipotecario.

II.- Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Además de la situación anterior, en que hay varios acreedores, pueden presentarse ejemplos de esta segunda situación, cuando el legatario que recibe en legado una cosa hipotecada, paga para evitar el remate, subrogándose así en los derechos del acreedor hipotecario contra la herencia.

La subrogación en los casos de legado está reglamentada por el artículo 1443 en el D.F. y 2699 en Guanajuato: "Si la cosa legada está dada en prenda o en hipoteca o lo fuere después de otorgado el testamento, el desempeño o la redención serán a cargo de la herencia, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa.

Si por no pagar el obligado, conforme al párrafo anterior, lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra aquél.

Cualquier otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia".

Al respecto, Treviño García sostiene: "Si el legatario paga un crédito garantizado con la hipoteca a cargo de un bien de la herencia, se subroga en el derecho principal y en el derecho de hipoteca, para discutir su preferencia contra otros acreedores".(3)

III.- Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; si paga un crédito hipotecario, se subroga en éste, y si en definitiva se le adjudica el bien en la división que se haga de la herencia, se dará el caso de la hipoteca de propietario si la cosa reporta algún gravamen, a efecto de que el heredero, como dueño y acreedor hipotecario a la vez, oponga su preferencia al titular de ese gravamen.

Treviño García afirma: “Si no hay otros acreedores hipotecarios en segundo o último lugar, se extingue la hipoteca por no haber el interés jurídico de parte del heredero de tener un gravamen sobre una cosa que le pertenece”.
(4)

IV.- Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Ocurre que el que adquiere un inmueble y paga la hipoteca anterior a la adquisición, se convierte en propietario de la cosa y titular hipotecario de la misma: “Tiene interés jurídico en ello, cuando hay hipotecas posteriores o embargos sobre la cosa”; por ejemplo: un bien que reporta varias hipotecas es adquirido en compraventa, el comprador paga la primera hipoteca, se subroga en los derechos del acreedor hipotecario colocado en primer lugar, y así puede discutir la preferencia a los hipotecarios posteriores; pues si la primera hipoteca se extinguiera por pago, automáticamente la segunda quedaría en primer término y ya no habría interés jurídico para el adquirente en pagar esta hipoteca.

Rojina Villegas establece: “La hipótesis es rara, porque admite que el adquirente de un inmueble se subroga en una hipoteca establecida sobre un bien que pasa a ser de su propiedad, es decir, admite el caso de que en la persona del propietario se reúna también la calidad de acreedor hipotecario sobre su propio bien, en contra del principio general de derecho, que asienta: nadie puede tener servidumbre o gravámenes sobre sus propios bienes.

Sin embargo esta hipótesis rara se presenta cuando el adquirente del inmueble paga al acreedor en primer término, para defenderse de otros acreedores hipotecarios; el adquirente tiene Interés jurídico en subrogarse en los derechos del acreedor en primer lugar, a quien paga, en virtud de que, cuando posteriormente el acreedor en segundo o ulterior término pretenda el remate del bien, el citado adquirente hará valer su carácter de acreedor subrogado por la primera hipoteca, y en esa calidad recibirá preferentemente el pago de la misma con el producto que se obtenga en el remate.

Cuando el que adquiere un inmueble paga una hipoteca única, ésta se extingue, pues no existe para el adquirente ningún interés jurídico en ser acreedor hipotecario sobre la cosa propia, ya que no hay acreedores hipotecarios ulteriores contra quienes discutir la preferencia”. (5)

Otro de los casos en que opera la subrogación legal es cuando la deuda fuere pagada por el deudor, pero con dinero que un tercero le prestare con ese objeto; el prestamista quedará subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en el que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato (art. 2059 del D.F. y 1550 en Guanajuato).

Las ventajas que se obtienen en este caso de subrogación son: el deudor tiene más posibilidades de conseguir un préstamo, pues no es lo mismo que se le ofrezcan a un prestamista garantías que se van a redimir al pagar la deuda, a que éste (prestamista) cuente inmediatamente con las mismas garantías que se le habían otorgado al acreedor a quien se le va a pagar. Asimismo, el deudor no tendrá que hacer nueva constitución de garantías en favor del prestamista, que lógicamente le acarrearían más gastos; pues si no operara la subrogación al pagarle a su acreedor, tendría que cancelar las garantías que le había otorgado y constituir otras en favor del prestamista, lo que significaría, como es natural, además de la doble constitución, otros gastos.

La ventaja que tiene el que presta dinero es que, desde un principio obtiene las garantías que se habían otorgado al acreedor a quien se hace el pago sin tener que estar esperanzado a la buena fe del deudor.

■ 6.1.3. Cesión de Deudas

Otra forma de transmisión de obligaciones es la cesión de deudas, en la cual opera un cambio en el sujeto pasivo (deudor) manteniéndose la misma relación, pero siendo necesario el consentimiento del acreedor, manifestado en forma expresa o tácita.

Cuando opera una cesión de deudas, la hipoteca que un tercero ha constituido para garantizar la deuda, cesa con la sustitución del deudor, a menos que el tercero constituyente consienta en que continúe dicha hipoteca con el deudor sustituto (art. 2055 del D.F. y 1546 en Guanajuato).

La razón de que, en una cesión de deudas, las garantías constituidas por un tercero no se transmitan, es que cuando un tercero garantiza una deuda constituyendo una prenda o hipoteca, lo hace en atención a ciertas circunstancias del deudor (solventía, honorabilidad, parentesco, favores recibidos, etc.), lo cual es lógico, y cuando cambia el deudor, al operar la cesión, pueden también cambiar estas circunstancias; de ahí la razón de que el artículo 2055 del D.F. (art.1546 de Guanajuato) establezca que, cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, esas garantías cesan con la sustitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen.

Cuando se declara nula la cesión de deudas la antigua deuda renace (lo correcto es “subsiste”) con todos sus accesorios, pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe.

■ 6.2 DURACION DE LA HIPOTECA

Existe una regla general: la hipoteca dura lo que la obligación que garantiza, a no ser que haya pacto expreso que establezca una duración menor que aquella; no puede haber un pacto expreso que señale para la hipoteca una duración mayor que la de la obligación garantizada, pues como contrato accesorio que es el de garantía, no sobrevive al principal, aunque sí pueda durar menos, por pacto expreso.

El artículo 2927 del Código Civil del D.F. (art. 2421 de Guanajuato) establece: “La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años; los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal”.

El Código Civil al señalar un término máximo para la prescripción de la acción hipotecaria, sigue a los códigos anteriores y a la Ley Hipotecaria Española; la diferencia estriba en la magnitud de ese término, mientras el código vigente da diez años para la prescripción de la acción hipotecaria, las leyes anteriores daban veinte (término tomado de la Ley 67 de Toro).

El término de prescripción de la acción hipotecaria está íntimamente ligado con el problema de la duración, ya que una de las formas de extinción de la hipoteca es precisamente su prescripción; al determinarse que la acción hipotecaria prescribe en diez años o veinte, se establece un término de duración de la hipoteca independiente del de la obligación principal, y se crea un problema que sólo tuvo razón de ser en la ley 67 de Toro, en donde la obligación principal tenía la misma duración de veinte años que la hipoteca, de modo que aquélla no podía tener un término menor que ésta. Siendo una obligación accesoria, se mandaba que debía durar lo mismo que la principal, y como el plazo de prescripción de ésta era de veinte años, debía ser el mismo para la hipoteca.

Los códigos modernos, al señalar plazos de prescripción distintos para la obligación principal, lógicamente no deben determinar un máximo para la prescripción de la acción hipotecaria: no puede darse el caso de que prescrita la obligación principal, sobreviva la hipotecaria.

Al señalar un término máximo de prescripción, se puede pensar que puede prescribir la obligación principal y continuar vigente la obligación hipotecaria: ejemplo, en las obligaciones cuya acción prescribe en un término menor de diez años (para las obligaciones principales, la ley señala términos menores de diez años y un término máximo de diez años para los casos no reglamentados), se daría el problema de la acción hipotecaria aún no prescrita, habiendo ya prescrito la obligación principal, lo que jurídicamente es inadmisibile.

Rojina Villegas nos da un ejemplo: “Para garantizar la obligación nacida de un contrato de prestación de servicios profesionales, es decir, para garantizar el pago de los honorarios de un arquitecto o de un médico, se constituye hipoteca; si el acreedor no exige el pago en dos años, ha prescrito su acción de honorarios, y debe extinguirse también su acción hipotecaria: de ningún modo podríamos decir que ésta última está todavía vigente debido a que tiene un término máximo de diez años”. (6)

La regla general es en el sentido de que la acción hipotecaria prescribe en el mismo término que la acción principal. En nuestro derecho no podemos aceptar que la acción hipotecaria tenga un término de prescripción independiente de la obligación principal; lo mismo se dice acerca de la vigencia de la hipoteca: durará lo mismo que la obligación principal. En contra del sistema de la Ley de Toro (o sea del término independiente de prescripción), tenemos el artículo 2927 del Código Civil del D.F. (art. 2434-II de Guanajuato): “La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que la obligación que garantiza...”, y el 2941-II del D.F. (art. 2434-II): “Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía”.

En los casos en que el término de prescripción de la obligación principal sea menor de diez años y haya hipoteca, si se interrumpe aquél (y a pesar de que sólo se demande la obligación principal), se interrumpirá también sólo entre las partes, el término de prescripción de la acción hipotecaria: entonces ésta tendrá un término de vigencia igual al de la principal, en el que ha habido una interrupción debido a una demanda y por tanto, será mayor de diez años.

Tenemos aquí una objeción más al sistema que sostiene la tesis de la independencia del término de prescripción, el cual exclusivamente se aplica cuando existan otros acreedores hipotecarios o en el caso de que sea un tercero el dueño de la cosa hipotecada, pues frente a todos ellos no surtirá efecto la interrupción del término de prescripción de la obligación principal, que sólo será oponible al deudor.

En las obligaciones que prescriben antes de diez años, la hipoteca se extingue por el simple transcurso del plazo señalado en la ley, excepto cuando los créditos fueren litigiosos, pues como pueden los litigios durar algunos años, podría sostenerse contra nuestra tesis, que la hipoteca prescribe entre tanto se falla el litigio; por ejemplo, en las obligaciones que prescriben en diez años si sólo se ejercita la acción principal, puede alegarse, habiendo durado el litigio más tiempo, que una vez obtenida la sentencia, la garantía se ha extinguido por prescripción. Pero no sucede así, la prescripción de la obligación accesoria debe ser igual a la de la principal: mientras ésta se halle interrumpida por el litigio, la primera también lo estará.

El término de prescripción de la hipoteca tiene interés en relación con la duración de la garantía y con su preferencia: la garantía conserva su preferencia durante todo el término de prescripción de la acción hipotecaria. El término de duración de la hipoteca es el necesario para exigir la obligación principal, al que se agrega el término de prescripción durante el cual la hipoteca conserva su preferencia; podría interpretarse el artículo 2927 en el sentido de que la hipoteca pierde su preferencia al concluir el primer plazo.

Esa interpretación antijurídica daría como resultado la extinción de la hipoteca en el momento de ser exigida; pero no es eso lo que el precepto quiere decir: el término “durará” comprende no sólo el plazo señalado para hacer exigible una obligación, sino también el plazo de prescripción de la misma; si se estipula un plazo de diez años para la exigibilidad de la obligación principal, la hipoteca durará no sólo durante esos diez años, sino también durante todo el término de prescripción de la obligación principal; ejemplo: una obligación en la que se conceden diez años para su pago, y que según la ley prescribe en cinco años, motivará que la hipoteca dure quince años, diez años para la exigibilidad del crédito y cinco para la prescripción de la obligación principal.

El artículo 2929 del Código Civil del D.F. (art. 2423 de Guanajuato) dice: “Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la

prelación que le corresponda desde su origen”; este artículo, perfectamente claro, está redactado para el caso de prórroga, pero sin embargo, tiene aplicación aunque no exista ésta; la hipoteca conservará su prelación durante el plazo de exigibilidad de la obligación principal y también durante el término de prescripción de la misma.

■ 6.3. PRORROGA DE LA HIPOTECA

Ricardo Treviño afirma: “La prórroga expresa se da cuando los contratantes, en forma clara y terminante, manifiestan -antes de que expire el plazo de la hipoteca- que es su voluntad prorrogar dicho plazo (que puede ser igual o menor que el de la obligación principal). La prórroga tácita se da cuando se prorroga, por primera vez, el plazo de la obligación principal, ya que se entenderá que también se ha prorrogado la hipoteca por el mismo plazo en que se prorrogue la obligación garantizada con la misma. Para que opere, es necesario que la escritura de prórroga de la obligación principal cumpla con las mismas formalidades que la constitución de la hipoteca además del registro, pues sin él no surte efecto contra terceros.” (7)

■ 6.3.1. EFECTOS DE LA PRORROGA

1.- Primera Prórroga: La hipoteca conserva su prelación, si la prórroga es por primera vez durante todo el tiempo de la prórroga, más el plazo de la prescripción; no se violan los derechos de terceros al conservarse la prelación, pues el gravamen estaba ya constituido de antemano, y los terceros sólo tenían una expectativa de que la hipoteca prescribiera en cierto plazo, pero no un derecho adquirido, ya que éste comienza una vez que la hipoteca ha prescrito; ahora bien, como la prórroga se hace durante la vigencia de la hipoteca, la expectativa de los terceros simplemente se ve alterada por el aumento de un término, como ocurriría si se interrumpiera el término de prescripción, que en el caso es una situación análoga, por el reconocimiento del derecho por parte del deudor. (Artículo 2929 del D.F. y 2423 de Guanajuato).

2.- Segunda Prórroga: Si la hipoteca es prorrogada por segunda vez, se impide que los terceros con derecho gravamen experimenten algún perjuicio en sus intereses, por lo que la prelación sólo se extiende al término de la primera prórroga más el de prescripción; supongamos que una obligación principal por un término de diez años tiene una primera prórroga por el término de 5 años, ésto significa que (durante quince años más el plazo de prescripción que es de diez años), durante veinticinco años, tendrá preferencia la hipoteca constituida en primer lugar; pero si luego se prorroga por segunda vez otros cinco años más la obligación; lo anterior no quiere decir que la hipoteca mantenga su prelación durante treinta años gracias a una segunda prórroga; la preferencia se mantiene sólo veinticinco años y si durante este tiempo no se exige el pago pierde su prelación (Artículo 2930 del D.F. y 2424 de Guanajuato).

■ 6.4. EXTINCION DE LA HIPOTECA

La hipoteca puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal o por causas directas; de modo que hay dos formas generales de extinción de la hipoteca, podemos denominar a la primera: extinción por vía de consecuencia o extinción indirecta; a la segunda: extinción por causas directas.

■ 6.4.1. Extinción Indirecta

Ocurre siempre que se extingue la obligación principal; las formas ya conocidas de extinción por pago, remisión, compensación, novación, nulidad, rescisión, y prescripción liberatoria, originan el fin de la hipoteca.

Treviño establece que: "La hipoteca es un contrato accesorio, y el principio que rige es que lo accesorio sigue la misma suerte de lo principal; de ahí que la hipoteca se extinga cuando se extingue la obligación principal". (8)

■ 6.4.2. Extinción por Causas Directas

Rojina Villegas señala: “La hipoteca puede extinguirse en forma directa si tomamos en cuenta que es una obligación originada por acto jurídico o por la ley (si es hipoteca necesaria), y al mismo tiempo, que es también un derecho real. Las causas de extinción por vía directa se refieren tanto al fin de la hipoteca como obligación y como derecho real”.(9)

A continuación las examinaremos separadamente:

1.- Remisión de la Hipoteca. El acreedor hipotecario puede remitir simplemente su derecho real de hipoteca, sin extinguir la obligación principal; puede renunciar a la garantía constituida a su favor. La remisión se efectúa mediante un acto unilateral: desde que el acreedor renuncia, condona o remite la hipoteca, este derecho real se extingue sin que sea menester que el deudor acepte la renuncia.

Artículo 2209 del Código Civil del D.F. (art. 1700 de Guanajuato): “Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto, en aquellos casos en que la ley lo prohíbe”.

La remisión es de estricta aplicación, y no debe hacerse extensiva: debe interpretarse en beneficio del remitente.

Artículo 2210 del D.F. (art. 1701 de Guanajuato): “La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas deja subsistente la primera”; si la remisión o condonación es expresamente para la obligación principal, las accesorias también quedan extinguidas; pero si la remisión se refiere expresamente a las accesorias, la principal continúa.

2.- Destrucción del bien hipotecado. La hipoteca es un derecho real que sólo tiene su razón de ser en función de la cosa; si ésta pereciera, es obvio que la hipoteca se extinga, por falta de objeto. Esta es una forma típica de extinción de los derechos por el perecimiento de la cosa; existen cuatro formas de perecimiento:

- a).-Por destrucción material del bien.
- b).-Por quedar fuera del comercio.

c).-Porque desaparezca sin tener noticias de ella.

d).-Cuando, aunque se sabe dónde se encuentra, la cosa no se puede recobrar.

También hay que hacer la distinción entre el perecimiento total o parcial de la cosa hipotecada. Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio o caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial (artículo 2910 del D.F. y 2405 de Guanajuato).

Según la regla general, si la cosa hipotecada perece, la hipoteca se extingue, pero se considera que si el bien estaba asegurado, el pago del seguro substituye a la cosa.

En los casos de demolición, si se construyen nuevos edificios sobre el terreno, la hipoteca se extenderá a la nueva edificación (artículo 2896-IV del D.F. y 2391-II de Guanajuato).

3.- Prescripción. La acción hipotecaria prescribirá a los diez años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito. Dicho plazo de prescripción se encuentra establecido en el artículo 2918 del Código Civil del D.F. y en el 2408 de Guanajuato.

El artículo 2941 del D.F. (artículo 2434-VII de Guanajuato) preceptúa: "Podría pedirse y deberá ordenarse en su caso, la extinción de la hipoteca por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria".

4.- Extinción del derecho real objeto del gravamen. Los derechos reales pueden ser hipotecados, con excepción de las servidumbres (a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante), el uso y la habitación; pues bien, la hipoteca constituida sobre ellos se extingue naturalmente, al extinguirse los propios derechos reales. Si el derecho hipotecado fuere el de

usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiere concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin. Este hecho voluntario que pone fin al usufructo si lesiona al acreedor hipotecario, dañándolo en un verdadero derecho adquirido y no sólo en una mera expectativa, pues el acreedor ya tenía derecho a que su hipoteca durara un tiempo determinado.

En cuanto a los derechos reales, la hipoteca durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene la obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagar todos los daños y perjuicios (artículo 2903 del Código Civil del D.F. y 2397 de Guanajuato).

En el caso de que el derecho real sobre el que se constituyó la hipoteca se extinga, la hipoteca se extinguirá también; por eso consideramos que la fracción III del artículo 2941 del Código Civil del D.F. (art. 2434-III de Guanajuato) dice acertadamente: "Podrá pedirse, y ordenarse en su caso, la extinción de la hipoteca: III.- Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado".

Rojina Villegas sostiene que: "Tratándose de otros derechos reales (aparte del usufructo), la hipoteca concluye con el término de ellos, sin distinguir si dicha extinción se deba a hechos voluntarios o involuntarios del titular; el Código concede sólo al acreedor hipotecario una acción para la constitución de una nueva hipoteca, o para exigir daños y perjuicios cuando haya culpa en la extinción. Podemos considerar que ésta es la regla general para la hipoteca sobre derechos reales". (10)

5.-Consolidación. Otra de las causas de extinción de la hipoteca se da cuando el bien hipotecado pasa a propiedad -por cualquier medio- del acreedor hipotecario. En el presente caso, al ser el acreedor hipotecario propietario del bien, necesariamente se tendrá que extinguir la hipoteca, en virtud del principio de que nadie puede tener gravámenes sobre sus propias cosas. Sin embargo, encontramos dos excepciones: en caso de herencia y en caso del pago con subrogación.

Si entre los bienes de la herencia se halla el crédito hipotecario y uno de los coherederos es el propietario de la cosa hipotecada, o bien, si en la herencia se encuentra la cosa hipotecada y uno de los herederos es el acreedor hipotecario, la hipoteca no se extingue entretanto no se haga la liquidación; en nuestro derecho, la aceptación de la herencia no produce confusión entre el patrimonio personal del heredero y el patrimonio hereditario; además, la liquidación está sujeta al beneficio de inventario y a la partición de los bienes para determinar a quién se adjudican: por estas razones, la hipoteca no se extingue por la mera aceptación de la herencia.

La segunda excepción, que se refiere al pago con subrogación, ya estudiado, ocurre cuando el adquirente de un inmueble paga la primera hipoteca constituida sobre el mismo; a pesar de que en el adquirente se reúnen las dos cualidades, como hay otras hipotecas sobre el mismo bien, la hipoteca colocada en primer lugar no se extingue: el propietario se subroga en esta hipoteca para discutir la preferencia a los demás acreedores hipotecarios.

Artículo 2058-IV del Código Civil del D.F. (art. 1549-IV de Guanajuato): “La subrogación se efectúa por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: IV.- Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Si después de adquirido el inmueble, se paga la única hipoteca que reporta, ésta se extingue; no hay interés jurídico para su supervivencia, con el objeto de discutir prelación o preferencia, a no ser que haya otros gravámenes, como embargos”.

6.- Expropiación. En caso de expropiación del bien hipotecado, se sigue una regla semejante a la ya explicada para el caso de destrucción del bien hipotecado y asegurado; indicábamos que cuando éste perece, el precio del seguro substituye al bien mismo, por una subrogación real, y que el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con el seguro; de la misma manera la indemnización obtenida debido a la expropiación de una cosa, substituye a ésta y el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con dicha indemnización.

Artículo 2910 del Código Civil del D.F. (art. 2405 de Guanajuato): “Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuera de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se efectúe el pago del vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial”.

7.- Venta Judicial. Ocurre lo mismo que en los casos de seguro y de expropiación; el precio obtenido en la venta judicial substituye a la cosa, con la finalidad de que el acreedor hipotecario se pague con la prelación reconocida por la ley, según los distintos acreedores hipotecarios, privilegiados o comunes que ocurran; esto sucede en el procedimiento seguido por el mismo acreedor hipotecario, o en juicio entablado por otro acreedor.

El producto de la venta judicial obtenido es un substituto de la cosa, y servirá para pagar en la forma que ya he indicado. Artículo 2985 del Código Civil del D.F. (art. 2476 de Guanajuato): “Del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagará en el orden siguiente:

I.- Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes;

II.- Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes

III.- La deuda de seguros de los propios bienes;

IV.- Los créditos hipotecarios de acuerdo con el artículo 2982 del D.F. (y con el 2437 de Guanajuato), comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años o los créditos pignoratícios según su fecha, así como sus réditos durante los últimos seis meses”.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) TREVIÑO, García Ricardo, *Contratos Civiles y sus Generalidades*, Tomo II, Edit. Font., S.A., Guadalajara, México, 1982, p. 699.
- (2) ROJINA, Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Contratos*, T. IV, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1977, p. 441.
- (3) TREVIÑO, García Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 700
- (4) TREVIÑO, García Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 700
- (5) ROJINA, Villegas Rafael, citado por Treviño García Ricardo, *ob. Cit.*, pp. 700-701.
- (6) ROJINA, Villegas Rafael, *Ob. Cit.*, p. 444.
- (7) AGUILAR, Carbajal Leopoldo, *Contratos Civiles*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982,
- (8) TREVIÑO, García Ricardo *Ob. Cit.*, p. 704.
- (9) ROJINA, Villegas Rafael, *Ob. Cit.*, p. 447.
- (10) ROJINA, Villegas Rafael, *Ob. Cit.*, p. 452.

CAPITULO SEPTIMO

■ ASPECTOS PROCESALES DE LA HIPOTECA

■ 7.1. CONCEPTO DE JUICIO HIPOTECARIO

El juicio hipotecario, según Cipriano Gómez Lara: “Es un procedimiento judicial de naturaleza contenciosa en virtud del cual un acreedor puede reclamar de su deudor el pago de ciertas obligaciones que no hayan sido cubiertas en la forma originalmente pactada para que, de manera sustitutiva, se eche a andar toda la maquinaria estatal de la expropiación sobre los bienes hipotecados y, en su momento los mismos, después del cumplimiento de ciertos procedimientos y requisitos, sean vendidos en pública subasta o remate judicial a fin de que con el producto de dicha venta se le pague al acreedor insatisfecho.” (1)

El juicio hipotecario es un juicio especial ejecutivo, que se inicia con la expedición de la cédula hipotecaria y concluye con el remate del bien hipotecado para hacer pago al actor del crédito que reclama.

Eduardo Pallares describe el juicio hipotecario en general: “Es aquel en que se ejercita alguna de las siete acciones hipotecarias que reconoce la ley y que son: acción constitutiva de la hipoteca, acción de ampliación de la hipoteca, de división de la hipoteca, de inscripción o cancelación del gravamen hipotecario, de pago de dicho crédito y, de prelación y pago. Pero el juicio hipotecario propiamente dicho, sólo concierne a esas dos últimas acciones. Las cinco restantes se ejecutan en la vía sumaria general”. (2)

■ 7.2. CARACTERISTICAS DEL JUICIO HIPOTECARIO

- 1.- Es un juicio especial;
- 2.- Juicio posesorio porque mediante él, el actor obtiene la posesión jurídica del inmueble hipotecado por el mecanismo de la cédula hipotecaria;

3.- Juicio de cognición limitada cuando en la sentencia definitiva se declara improcedente la vía hipotecaria, ya que en este supuesto se reservan al actor sus derechos para que los ejercite en juicio diverso;

4.- Juicio de ejecución, porque supone un título ejecutorio y se inicia con la expedición, publicación y registro de la cédula hipotecaria y el embargo de la finca;

5.- En él se divide la jurisdicción entre el Juez y el ejecutor;

6.- Juicio de condena.

Eduardo Pallares señala como presupuestos del juicio hipotecario los siguientes: “La existencia de la escritura hipotecaria en la que conste un crédito hipotecario vencido y líquido en lo concerniente a la suerte principal, y que esté registrada dicha escritura”. (3)

■ 7.3. **PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA EL JUICIO HIPOTECARIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

ARTICULO 468.- “Se tratará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación, o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice”.

“Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido, o que deba anticiparse conforme a lo prevenido en los artículos 1959 y 2907 del Código Civil del D.F.”.

De acuerdo con el artículo 462 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., el acreedor hipotecario puede optar por el juicio hipotecario, o por el ejecutivo o el ordinario.

La elección se inclinará -lógicamente- a favor de la vía que más convenga a los intereses del acreedor; afirma Nereo Mar, en efecto: ‘a) Si el deudor tiene otros bienes distintos del hipotecado que pudieran rematarse más fácilmente o el precio de la finca ya demeritó, el acreedor opta por la vía ejecutiva y embarga otros bienes, e inclusive, la finca hipotecada porque lo autoriza el artículo 536-I; b) Si el acreedor, según ejemplo del maestro Becerra Bautista, no tiene registrado el primer testimonio de la escritura de hipoteca y teme que prescriba la acción principal, opta por la vía ordinaria, antes sumaria; c) O se inclina por el juicio hipotecario que tiene tantas garantías”. (4)

Aunque el juicio hipotecario tiene por objeto las siete prestaciones que menciona este artículo, en la práctica forense se aplica más al pago o prelación del crédito garantizado por la hipoteca.

El juicio hipotecario, al igual que el ejecutivo y el de desahucio, son privilegiados porque se inician con un auto de exequendo, con efectos de mandamiento en forma para asegurar, mediante el embargo y la posesión del bien hipotecado, el pago de las prestaciones que demanda el actor.

Los juicios hipotecarios son de cognición limitada puesto que la acción es revisable de oficio en sentencia y, si la escritura base de la acción adolece de efectos de fondo o de forma esenciales, la sentencia será desestimatoria, reservando al actor sus derechos para hacerlos valer en la vía que corresponda; lo mismo sucederá si las excepciones que se opongan destruyen la fuerza ejecutiva de la escritura de la hipoteca.

ARTICULO 469.- “Cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario, sin necesidad del requisito del registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que el bien esté registrado a nombre del demandado y que no haya inscripción de embargo o gravamen en favor de tercero”.

La regla es que el crédito aparezca inscrito en el Registro Público de la Propiedad; la salvedad a esa regla se encierra en este artículo, cuando el pleito es entre acreedor y deudor, hipotecarios directos, bajo las condiciones señaladas en este precepto.

ARTICULO 470.- ‘Presentado el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo, el juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados por los artículos anteriores, ordenará la expedición y registro de la cédula hipotecaria y mandará se corra traslado de la demanda al deudor para que dentro del término de nueve días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones que tuviere, continuándose por los trámites del juicio ordinario’.

La vía hipotecaria se estimará consentida, si no fuere impugnada mediante recurso de apelación que se haga valer contra el auto admisorio de la demanda y el que procederá en el efecto devolutivo.

José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina establecen: ‘La prueba de la acción en los juicios hipotecarios, la proporciona el título que motivó la expedición de la cédula, de tal manera que, de antemano, se considera probada la acción con este título, y sólo se examinan en el juicio las excepciones opuestas, una vez dictado el auto que admite la demanda y manda expedir la cédula; no es por tanto, necesario que el juicio hipotecario se abra a prueba, sólo para que el actor repita, durante la dilación probatoria, que desea se tenga como prueba de su acción, el título que acompañó a su demanda’. (5)

A través de la excepción denominada de improcedencia de la vía el demandado objeta el tipo de juicio escogido por el actor para plantear su demanda.

Tradicionalmente, la Tercera Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia, sostiene que: ‘La falta de apelación contra el auto de ejecución no implica el consentimiento de la vía ejecutiva, puesto que se puede destruir la fuerza ejecutiva del título mediante el empleo de determinadas excepciones, lo cual implica la obligación legal del juzgador de resolver en primer término, sobre la procedencia de la vía, cuando existen excepciones sobre el particular, para hacer posteriormente el estudio en cuanto al fondo, de los derechos controvertidos’. (6)

En contra de esta tesis jurisprudencial, en 1973 fueron reformados los artículos 453, 461, 470 y 486 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., relativos a los juicios ejecutivo civil y especial hipotecario.

El segundo párrafo de los artículos 453 y 470 establece que las vías ejecutiva e hipotecaria respectivamente, se estimarán consentidas si no fuere impugnado mediante recurso de apelación el auto admisorio de la demanda, recurso que procederá en el efecto devolutivo. Los artículos 461 y 468 fueron reformados para suprimir la referencia al deber del juzgador de resolver en la sentencia sobre si ha procedido o no la vía, dichos preceptos consignan sólo el deber de aquél de pronunciarse sobre los derechos materiales controvertidos.

Haciendo referencia particular al juicio especial hipotecario, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha sostenido la opinión de que: "Las reformas de 1973 a los artículos 461 y 470 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., impiden seguir sosteniendo el criterio de la Suprema Corte que en juicio sumario hipotecario el juez tenía obligación de pronunciarse en la sentencia definitiva sobre la procedencia de la vía, y que este aspecto podía reexaminarse en la segunda instancia, de donde se infería que el afectado podía esperar hasta entonces para impugnar tal determinación en amparo directo. Actualmente, como las indicadas disposiciones reformadas establecen que la vía especial hipotecaria se estima consentida si el afectado no apela el auto admisorio, ha de estimarse que la sentencia es reclamable en amparo ante Juez de Distrito, porque siendo un acto dentro del juicio que ya no admite reparación en la definitiva, actualiza la hipótesis de procedencia que previene el artículo 114, Fracción IV de la Ley de Amparo". (7)

Sin embargo, Reyes Tayabas opina: "La tesis de jurisprudencia de la Tercera Sala que hemos transcrito debe continuar aplicándose aún a los juicios ejecutivo civil y especial hipotecario, a pesar de las reformas de 1973, pues consideran que éstas no pueden coartar el derecho del demandado para oponer excepciones, entre ellas las de improcedencia de la vía; que dichas reformas sean contrarias a los principios de economía procesal y de concentración, ya que imponen al demandado la carga de apelar el auto

admisorio de la demanda, complicando el trámite del proceso al trasladar su conocimiento al tribunal de alzada; y que la supresión en los artículos 461 y 486, de la referencia al deber del juzgador del pronunciarse sobre la procedencia de la vía, no lo relevan del deber que le imponen otros preceptos y la jurisprudencia de la misma Tercera Sala, de estudiar la procedencia de la acción". (8)

Parecen fundadas las razones que expresa el autor citado: “En efecto, es evidente que la procedencia de la vía es uno de los presupuestos del proceso, cuya falta puede ser denunciada por el demandado a través de la respectiva excepción procesal; que el legislador ordinario no tiene facultades para imponer al demandado la carga, de apelar el auto admisorio de la demanda para objetar la procedencia de la vía, privándolo de su derecho a hacerlo a través de la excepción respectiva, pues ello infringiría su derecho de defensa en juicio y vulneraría las *formalidades esenciales del procedimiento* que consigna el artículo 14 constitucional; y, en fin que la falta de apelación contra el auto admisorio de la demanda y aún la falta de oposición de la excepción respectiva, no pueden impedir que el juez cumpla con el deber que tiene de verificar de oficio que hayan satisfecho todos los presupuestos procesales, entre ellos el de la procedencia de la vía”.

ARTICULO 471.- “Todo juicio hipotecario constará de dos secciones: la del principal conteniendo la demanda, la contestación y todas las actuaciones relativas al juicio hasta la sentencia. La segunda sección, o sea la de ejecución, se integrará con lo siguiente:

I.- Copia cotejada de la demanda que le proporcionará el actor y de la sentencia en su caso;

II.- Copia simple de auto que ordene la expedición y registro de la cédula hipotecaria;

III.- Nombramiento de depositario y otorgamiento de fianza;

IV.- Avalúo de la finca hipotecada;

V.- Cuentas de los depositarios e incidentes relativos a la aprobación de ellas;

VI.- Remoción de depositarios y nombramiento de substitutos;

VII.- Permiso para arrendar o vender frutos;

VIII.- Mandamiento de subastar los bienes hipotecados;

IX.- Remate, convocación, y calificación de postores de las escrituras correspondientes y demás actuaciones relativas a la ejecución”.

ARTICULO 472.- Derogado.

ARTICULO 473.- “Terminada la sección de ejecución se agregará al cuaderno principal del juicio”.

ARTICULO 474.- Derogado.

ARTICULO 475.- Derogado.

Los artículos 472, 474 y 475 creaban la figura del Subalterno Ejecutor encargado de la sección de ejecución, hoy a cargo del Actuario.

ARTICULO 476.- “Si en el título con que se ejercita una acción hipotecaria se advierte que haya otros acreedores hipotecarios anteriores, el juez mandará notificarles la cédula hipotecaria para que usen de sus derechos conforme a la ley”.

El acreedor hipotecario citado, si considera tener derechos preferentes a los que se ventilan en el juicio donde es llamado, deberá promover la tercera de preferencia para obtener declaración del orden y prelación de sus créditos.

ARTICULO 477.- Derogado.

ARTICULO 478.- “La cédula hipotecaria contendrá una relación sucinta de la escritura y concluirá en estos términos: En virtud de las constancias que preceden, queda sujeta la finca de la propiedad de a juicio hipotecario, lo que se hace saber a las autoridades y al público, para que no se practique en la mencionada finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquiera otra que entorpezca el curso del presente juicio o viole los derechos en él adquiridos por el C. (aquí el nombre del actor)”.

La cédula hipotecaria es el instrumento procesal que da eficacia y efectos jurídicos al juicio hipotecario, pues mediante aquella, el inmueble queda sujeto al régimen riguroso del juicio hipotecario.

Los efectos jurídicos que produce la cédula son los siguientes: a) Afecta a la finca y sus frutos al pago de suerte principal, intereses y costas; b) Convierte al dueño o poseedor de la finca en depositario judicial, con todas las obligaciones y derechos de los de su clase; c) Crea un régimen proteccionista para el acreedor de tal forma que no puede practicarse en el inmueble ningún embargo ni gravamen, tampoco puede ser ocupado en virtud de otra diligencia que pueda entorpecer el curso del juicio hipotecario.

ARTICULO 479.- “La cédula hipotecaria se inscribirá en el registro público correspondiente, a cuyo efecto se expedirá por duplicado copia certificada de la cédula. Una copia quedará en el registro y la otra, ya registrada, se agregará a los autos”.

ARTICULO 480.- “Si la finca no se halla en el lugar del juicio, se librará exhorto al juez de la ubicación, para que ordene el registro de la cédula como se previene en el artículo anterior”.

El juez exhortado desahogará dos trámites: la fijación de la cédula hipotecaria y el registro de la misma. Para mayor eficacia del procedimiento, el juez exhortado publica la cédula en los tableros del juzgado exhortado, de la Recaudación de Rentas o Administración Fiscal y de la Tesorería Municipal del lugar del Juzgado exhortado.

ARTICULO 481.- “Desde el día del emplazamiento, contrae el deudor la obligación de depositario judicial de la finca hipotecada, de sus frutos y de todo objeto que con arreglo a la escritura y conforme al Código Civil, deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, de los cuales se formará inventario para agregarlo a los autos, siempre que lo pida el acreedor”.

■ EJECUTORIAS

1.- HIPOTECAS. Ni la constitución de la hipoteca sobre un inmueble, ni la expedición, fijación y registro de la cédula hipotecaria, limitan el derecho del propietario para habitar la casa, debiendo estimarse, por otra parte, que la depositaria en los juicios hipotecarios se refiere sólo a la administración de los inmuebles que son susceptibles de ella, o sea a los que se encuentren produciendo los frutos civiles respectivos.

Es incuestionable que el deudor hipotecario no está obligado si no aparece que exista contrato de arrendamiento celebrado con él a desocupar la casa hipotecada, y el apremio que se le haga para que le desocupe constituye una violación de garantías. No sucede lo mismo respecto de los inmuebles no ocupados en calidad de habitación por el deudor, los que, a causa de la fijación de la cédula hipotecaria, quedan sujetos a la administración del depositario, siendo indudable que el deudor tiene la obligación ineludible de hacer entrega de esos inmuebles para que el depositario los administre. T.XXXII, p. 2043, Quinta Epoca.

2.- DEPOSITO DE FINCAS HIPOTECADAS. La resolución que ordene al deudor hipotecario, en cuya personas constituyó el depósito que entregue la finca hipotecada al nuevo depositario, es acto de imposible reparación y cabe dentro de lo previsto por la fracción IX del artículo 107 constitucional, para los efectos del amparo. Suplemento del SJF de 1934, p. 571, Quinta Epoca.

3.- ACCIONES HIPOTECARIA Y EJECUTIVA. Si el acreedor hipotecario opta por ejecutar sus derechos en la vía ejecutiva, el gravamen hipotecario no queda insubsistente de pleno derecho, por esa causa, sino que es necesario que al respecto, haya una categórica declaración judicial. SJF, T.XXXIII, p. 858, Quinta Epoca.

4.- VIA EJECUTIVA MERCANTIL EN CASO DE OBLIGACIONES TIPICAMENTE MERCANTILES, GARANTIZADAS CON HIPOTECA. Si el quejoso suscribió garantía hipotecaria para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad acreditada, no es exacto que la acción ejecutiva mercantil que ejercita el banco acreditante contra el mismo quejoso sea improcedente sólo por el hecho de que éste no sea deudor directo del propio banco, y por lo tanto la declaración de haber procedido la vía ejecutiva mercantil, no implica la violación de garantías individuales. Desde luego es infundada la afirmación del quejoso en el sentido de que únicamente por medio del juicio hipotecario pueden hacerse efectivas las obligaciones que contrajo al suscribir la hipoteca, porque el art. 462 del Código de Procedimientos Civiles del D.F. establece: "Si el crédito que se cobra está garantizado con hipoteca, el acreedor podrá intentar el juicio hipotecario, el ejecutivo o el ordinario".

Si bien la hipoteca es un contrato que no regulan las leyes mercantiles, y todo lo relativo a su constitución, contenido o extinción, se rige fundamentalmente por disposiciones de derecho civil, ello no impide que cumpla sus funciones de garantía en contratos típicamente mercantiles y que por tanto, el contrato de hipoteca sea accesorio a contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío. Quinta Epoca, T. XXVI, p. 20. A.D. 2608/54. Virginio Sotomayor Ortiz.

ARTICULO 482.- ‘El deudor que no quiera aceptar la responsabilidad de depositario entregará desde luego, la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre’.

ARTICULO 483.- ‘El secuestro de la finca hipotecada se regirá por lo dispuesto en el capítulo Quinto de este título, debiendo quedar el deudor en posesión de la finca cuando habite en ella en calidad de depositario’.

Después de fijar la cédula hipotecaria, el actuario deberá proceder al embargo de la misma finca, conforme a los cánones previstos por los artículos 534 y siguientes de este Código. El capítulo Quinto del Título séptimo empieza con el artículo 500, y los embargos están reglamentados en su sección II que empieza con el artículo 534.

ARTICULO 484.- ‘Expedida la Cédula Hipotecaria no podrá verificarse en la finca hipotecada ninguno de los actos en ella expresados, si no en virtud de sentencia ejecutoriada relativa a la misma finca, debidamente registrada y anterior en fecha a la demanda que ha motivado la expedición de la Cédula o de la providencia dictada a petición de acreedor de mejor derecho’.

Eduardo Pallares establece que la Cédula Hipotecaria sujeta al inmueble a una especie de ‘tabú judicial’ por los alcances y prohibiciones que lleva implícitos a tal grado que algún otro gravamen solo puede verificarse en virtud de sentencia ejecutoriada.

Si distinto acreedor embargara o gravara el inmueble hipotecado, bastaría una promoción del acreedor hipotecario actor, para que se cancelara el gravamen. En todo caso el embargante no adquiriría ningún otro derecho mas que esperar el remate de la misma, con la esperanza de que sobre alguna cantidad para que le sea adjudicada a dicho acreedor, previo los trámites legales del caso.

ARTICULO 485.- "Para el avalúo de la finca se observará lo prevenido en el capítulo IV, sección IV del Título Sexto".

Este título comienza con el artículo 346 que se refiere a la prueba pericial. Si en el contrato de hipoteca se pactó el precio para efectos del remate, las partes se sujetarán a ese precio.

ARTICULO 486.- "Agotado el procedimiento si resulta probada la acción, al decir los derechos controvertidos, la sentencia decretará el remate de los bienes hipotecados".

Si la sentencia es condenatoria y el demandado apela, el recurso se admite en ambos efectos, y si el superior confirma la sentencia, procede el remate o bien, el acreedor puede adjudicarse la finca hipotecada sin necesidad de remate, siempre y cuando en la correspondiente escritura el deudor haya renunciado expresamente a la subasta. Estimamos que debería derogarse esa facultad del acreedor ya que algunos de ellos, verdaderos agiotistas, proceden con voracidad.

ARTICULO 487.- "Si el superior revoca el fallo de primera instancia que declaró procedente el remate, luego que vuelvan los autos al juzgado de origen, se mandará cancelar la inscripción de la cédula hipotecaria en el Registro Público y en su caso se devolverá la finca al demandado, ordenando al depositario que rinda cuentas con pago en el término que le fije el juez, que no podrá exceder de 30 días. Si el remate se hubiere ya verificado, se hará efectiva la fianza en la vía de apremio". Aquí es aplicable la reglamentación sobre sentencias revocadas que habían sido ejecutadas con anterioridad, para lo cual hay que tener en cuenta especialmente el artículo 699. Si el remate se llevó a cabo, el postor y adjudicatario puede haber vendido la finca.

El comprador sería de mala fe, o por lo menos sabedor de que una vez revocado el remate, tendría que devolver la finca. En estos casos los abogados del deudor tienen, por una parte, la garantía de la fianza que otorgó el ejecutante, previamente el remate; pero además para no correr ningún riesgo de perder el inmueble piden amparo contra el auto que ordena el remate, con suspensión del acto reclamado.

ARTICULO 488.- "En el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, no habrá lugar a la venta judicial, pero sí habrá avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago.

La venta se hará de la manera que se hubiere convenido; y a falta de convenio, por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la venta alegando las excepciones que tuviere y esta oposición se substanciará incidentalmente. También pueden oponerse a la venta los hipotecarios posteriores, alegando prescripción de la acción hipotecaria".

■ 7.4. PROBLEMAS RELATIVOS AL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

1.- El artículo 487 previene lo siguiente: "Si el superior revoca el fallo de primera Instancia que declaró procedente el remate, luego que le vuelvan los autos al juzgado de su origen, se mandará cancelar la inscripción de la cédula hipotecaria en el Registro público y en su caso se devolverá la finca al demandado, ordenando al depositario que rinda cuenta con pago en el término que le fije el Juez, que no podrá exceder de 30 días, si el remate se hubiere ya verificado, se hará efectiva la fianza en la vía de apremio".

La norma anterior da a entender que cuando la finca ya se remató y el Tribunal Superior revoca la sentencia que ordenó el remate, el demandado sólo tendrá derecho de hacer efectiva la fianza que otorgó el actor para poder ejecutar la sentencia de remate. Es evidente que la Ley no se ajusta, si así debe entenderse, ni a la equidad ni a la doctrina. De acuerdo con esta última, la base legal del remate no es otra que la sentencia del Juez de Primera Instancia que fue revocada o lo que es lo mismo, nulificada.

Como consecuencia de su nulidad, las cosas deben reponerse al estado que tenían antes del remate, es decir, la nulidad del fallo produce necesariamente la nulidad del remate. Más aún, por el hecho de que la sentencia quedó revocada, ha de considerarse inexistente, de lo que se infiere que el remate queda sin causa jurídica y deberá también nulificarse. La Ley, en lugar de ordenar esto último parece que sólo concede al demandado el derecho de hacer efectiva la fianza mencionada, lo que no es justo.

2.- El artículo 488 íntimamente relacionado con el artículo 512, concierne a una especial ejecución que tiene lugar en los Juicios Hipotecarios, dice: “En el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, no habrá lugar a la venta judicial; pero sí habrá avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago. La venta se hará de la manera que se hubiese convenido; y a falta de convenio por medio de corredores. El deudor, puede oponerse a la venta alegando las excepciones que tuviere y esta oposición se substanciará incidentalmente. También pueden oponerse a la venta los hipotecarios posteriores alegando la prescripción de la acción hipotecaria”.

Para comprender el sentido de este artículo y los curiosos y graves errores que contiene, es necesario tener a la vista el artículo 2916 que dice. “El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor de acuerdo con lo que establece el Código de Procedimientos Civiles. Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio en que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero”.

El artículo 488 tiene por objeto fijar el procedimiento que debe seguirse para hacer efectivo el convenio a que se refiere la segunda parte del artículo 2916:

a).- Ordena que, en tal caso, no ha lugar a la venta judicial.

b).- Si en el caso del artículo 2916 del Código Civil no ha lugar a la venta judicial, debe contarse con la absoluta conformidad del dueño de la finca hipotecada con la adjudicación de ésta a favor de su acreedor.

Si la conformidad no existe podrá hacer valer la violación del artículo 14 constitucional porque, sin las formalidades propias de un juicio, se le priva de su propiedad.

c).- Otro error del Artículo consiste en suponer que el artículo 2916 del Código Civil, párrafo segundo, se refiere a la venta del inmueble.

Prevee tan solo un pacto a virtud del cual, el acreedor se adjudica la cosa en el precio que tenga cuando la hipoteca es exigible, lo que demuestra que no hay congruencia entre lo que ordena el artículo 488 y lo que previene el artículo 2916.

El artículo 488 dice que la venta se hará como se hubiere convenido y a falta de convenio por medio de corredores, siendo así que precisamente el pacto a que se refiere el segundo párrafo del artículo 2916 es que no haya venta, y que el acreedor hipotecario se adjudique el inmueble.

¿Con qué objeto se hace intervenir a corredores cuando por virtud del convenio el acreedor hipotecario tiene derecho de pedir la adjudicación?

d).- La única interpretación racional del artículo 488 es la siguiente: “En virtud de la autorización concedida en la segunda parte del artículo 2916, el acreedor hipotecario que puede pedir la adjudicación de la finca fuera de remate, debe promover forzosamente el juicio hipotecario para no incurrir en la violación al artículo 14 constitucional, a no ser que el deudor esté conforme en dársela en pago, en cuyo caso no es necesaria la intervención de los tribunales”.

El demandado podrá oponer en el juicio todas las excepciones que tuviere como si se tratara de cualquier otro litigio, porque el pacto previsto en el artículo 2916 no tiene por objeto evitar que haya juicio, sino únicamente que haya venta judicial, lo que es muy distinto. Por otra parte, hay que censurar y modificar substancialmente la frase “La venta se hará de la manera que se hubiere convenido y a falta de convenio por medio de corredores”.

En primer lugar la adjudicación no es propiamente una venta, y el artículo 2916 se refiere al caso de que el deudor haya convenido en que el acreedor se adjudique la cosa, y el pacto relativo no puede faltar porque dicha disposición supone precisamente que exista, y en previsión de ello, el artículo 488, fija el procedimiento. Más disparatado aún es ordenar que la venta se efectúe por medio de corredor, ya que el pacto, como queda demostrado, tiene por objeto evitarla.

¿En qué será diferente la tramitación en el caso de que se trata, a la del juicio hipotecario? Únicamente en estas circunstancias:

a) Que no habrá remate, ni por lo tanto posibilidad de que un tercero adquiera la finca;

b) Que el avalúo del inmueble se hará cuando la deuda fue exigible y se fijó de común acuerdo de las partes;

c) En que el acreedor hipotecario tiene derecho de adjudicarse el inmueble en el mencionado precio;

d) En que los demás hipotecarios pueden oponer la excepción de prescripción aunque no sean partes en el juicio.

Esta última facultad exorbitante no se explica, ya que a virtud de la adjudicación, el acreedor está obligado a reconocer y a pagar a su vencimiento los demás créditos hipotecarios, de acuerdo con lo que ordena el artículo 593 que dice: "El acreedor que se adjudique la cosa, reconocerá a los demás hipotecarios sus créditos para pagarlos al vencimiento de su escritura y entregará al deudor al contado lo que resulte libre del precio después de hecho el pago".

Otra cosa sucede cuando hay venta y no adjudicación. Rige entonces el artículo 595 que dice: "En los casos a que se refieren los artículos 392 y 594 se cancelarán las inscripciones de las hipotecas a que estuviere afecta la finca vendida, expidiéndose para ello mandamiento en el que se exprese que el importe de la venta no fue suficiente para cubrir el crédito del ejecutante, etc.

■ REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) GOMEZ, Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, Edit. Trillas, México, 1987, pp. 282, 283.

(2) PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1973, p. 492.

(3) PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, México, 1978, p. 563.

(4)MAR, Nereo, Guía de Procedimiento Civil para el D.F., Edit. Porrúa, México, 1992, p. 339.

(5)LARRAÑAGA, Castillo José, y Rafael de Pina, Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, México, p. 381.

(6)Tesis 316, Apéndice Supra, Nota 82. p.p. 911, 912, Citado por Ovalle, Fabela, Derecho Procesal Civil, Edit. Harla, México, 1980, p. 92.

(7)Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1979, 3ra part, p. 169, citado por Ovalle, Fabela, Ob. Cit., p. 92.

(8)REYES, Tayabas Jorge, "Improcedencia de la Via" en revista de la Facultad de Derecho de México, citado por Ovalle, Fabela, Ob. Cit., p. 93.

CAPITULO OCTAVO

■ LA NECESIDAD DE INSTITUIR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL HIPOTECARIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

■ 8.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

■ 8.1.1. *Acción Hipotecaria*

Derivado de la multiplicación de las relaciones bancarias, comerciales y mercantiles en general, han cobrado especial importancia los llamados contratos de garantía: la fianza, la prenda y la hipoteca.

En efecto, de tales contratos, el de hipoteca es el que más se ha desarrollado en función de su eficacia, debido a su naturaleza y características propias, mismas que han quedado analizadas ampliamente en capítulos anteriores.

Sin embargo, de manera contradictoria a la realidad social que prevalece en todo el País, la legislación civil en nuestro estado de Guanajuato, ha permanecido ajena al desarrollo mercantil surgiendo como consecuencia lógica una serie de problemas que reclaman una atención pronta y eficaz de parte del legislador.

Para efectos de nuestra investigación, precisaremos el planteamiento del problema jurídico que encierra el propósito de la misma: LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL HIPOTECARIO.

Efectivamente, esta necesidad cada vez mas evidente, con motivo de la modernización en la forma y procedimientos mercantiles, requiere de instituciones jurídicas que garanticen una indispensable seguridad y certeza jurídica.

Lo anterior resulta obvio si tomamos en consideración que las partes que intervienen en la celebración del contrato de hipoteca se ven obligadas a recurrir al juicio ejecutivo en razón a que la acción hipotecaria queda absorbida en esta institución, con las consiguientes inconveniencias y desventajas que esto genera.

Así pues, la simple falta de instrumentos procesales adecuados a cada caso concreto redundan en perjuicio para las partes, pues su falta origina que éstas - en un momento dado- no sepan a qué atenerse al no contemplar nuestra Ley Adjetiva Civil en el estado de Guanajuato, un medio idóneo que les permita la seguridad jurídica que indispensablemente debe prevalecer en la celebración de todo acto jurídico.

■ 8.2 FORMULACION DE HIPOTESIS DE TRABAJO

Cabe advertir que sobre el contrato de hipoteca existen 7 acciones relativas al juicio hipotecario:

- a) Las constitutivas de hipoteca;
- b) Las de ampliación de hipoteca;
- c) Las de división de hipoteca;
- d) Las de inscripción del gravamen hipotecario;
- e) Las de cancelación del propio gravamen;
- f) Las de pago del crédito hipotecario;
- g) Las de prelación y pago.

Sin embargo, de ellas solamente las dos últimas, es decir las de pago o de prelación y pago de crédito, son generalmente materia de juicios hipotecarios propiamente dichos, ya que las restantes, aunque se siguen en la vía sumaria, no motivan la expedición ni el registro de la cédula hipotecaria, en virtud de que no son juicios que puedan principiar con secuestro del inmueble.

Ahora bien, respecto del juicio hipotecario, se ha dicho, que es semejante a un juicio ejecutivo que en vez de principiar por un embargo, se inicia con la inscripción del gravamen en el Registro Público de la Propiedad, por estar previamente constituida la garantía del crédito que se trata de cobrar cuya inscripción confiere al acreedor las ventajas y los privilegios que la propia legislación civil garantiza.

Refiriéndonos específicamente al Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato, tal como quedó establecido en el punto que antecede, no se encuentra instituido el juicio especial hipotecario, hecho que ha motivado polémicas y especulaciones, mismas que pueden condensarse en los siguientes cuestionamientos que servirán de hipótesis de trabajo en la presente investigación, las cuales de acuerdo a los elementos de juicio que logremos aportar en la investigación, deberán probarse o descartarse, apoyándonos para ello en los razonamientos que al mismo tiempo constituyan la postura a defender dentro de la presente tesis profesional.

En efecto, por una parte existe en la doctrina una fuerte corriente de tratadistas, de la talla de Alcalá Zamora por ejemplo, que consideran que el juicio especial hipotecario es innecesario, que no tiene razón de ser y que más valía mejor desapareciera, concluyendo que no se justifica la existencia del juicio hipotecario ya que puede quedar subsumido dentro del juicio ejecutivo mercantil, corriente de opinión que fue adoptada por nuestro legislador en el estado de Guanajuato.

Y por otra parte, en representación de la hipótesis contraria, encontramos otra corriente de opinión opuesta a las anteriores, representada, entre otros, por Camelutti, que sostiene que la acción hipotecaria, más que una extensión o ulterior modalidad de la acción ejecutiva es una acción privilegiada, ya que mediante ella el órgano jurisdiccional no sólo debe entregar al acreedor que la ejercita el producto de la venta del bien hipotecario, antes que a los acreedores comunes, sino que puede tomar al bien mismo, aunque no pertenezca ya al deudor.

A fin de cuentas, esta pequeña diferencia es la que debemos analizar para concluir si, procesalmente, se justifica o no la institución del juicio especial hipotecario en la legislación procesal del estado de Guanajuato.

Formuladas las hipótesis anteriores, procede ahora, pasar a la etapa siguiente que consiste en la comprobación y demostración de una de estas hipótesis, de tal manera que la investigación nos permita sostener con las bases la procedencia de una y el descarte de la otra.

■ 8.3 PROBLEMÁTICA JURÍDICA PROPIA DEL JUICIO HIPOTECARIO

■ 8.3.1. La Cédula Hipotecaria y sus Efectos Jurídicos

La cédula hipotecaria otorga al acreedor hipotecario el derecho de que no se practiquen en la finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquiera otra, que viole los derechos por él adquiridos, que deberán ser respetados por los terceros y por el fisco.

Lo anterior resulta interesante, considerando que el fisco está obligado a respetar los derechos que derivan de la cédula hipotecaria a favor del acreedor.

■ 8.3.2. La Adjudicación de una Finca Hipotecada

Cuando se adjudica una finca hipotecada al acreedor hipotecario, se manda dar posesión a éste del inmueble, procediendo al mismo tiempo el lanzamiento del deudor hipotecario si voluntariamente no entrega el inmueble.

Lo anterior con fundamento en el artículo 839 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., Que a la letra dice: "Otorgada la escritura y consignado el precio, pondrá el juez al comprador, en posesión, si lo pidiere, y se le dará con citación de los colindantes, arrendatarios y demás interesados".

Cierto que el artículo en cuestión no autoriza expresamente el lanzamiento, pero la interpretación es acertada, porque de otra manera el juicio hipotecario no concluiría con la posesión real y efectiva del inmueble a favor del acreedor sino que se obligaría a éste a promover un nuevo juicio de lanzamiento en contra del deudor.

■ 8.3.3. *La Indivisibilidad de la Hipoteca*

El Código Civil vigente en el D.F., en sus artículos 2911 a 2913 previene que cuando la finca hipotecada se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones que resulten de la división, pero el principio de la indivisibilidad subsiste en los casos en que la finca no sea susceptible de ser fraccionada convenientemente.

En otros términos debe interpretarse que la indivisibilidad de la hipoteca y de las acciones inherentes a ella, son a beneficio del acreedor y no de la parte deudora, pues el bien afecto a dicha obligación, de cualquier suerte responde de la totalidad de la imposición independientemente de sus propias teorías, por tratarse de una obligación real.

La *ratio juris* de la indivisibilidad de la hipoteca radica en que la hipoteca está en el todo, y toda en cada una de las partes, lo que nada tiene que ver con el carácter indivisible de la deuda. La deuda puede ser divisible o indivisible, según su naturaleza, pero esto no afecta en nada el carácter jurídico de la garantía hipotecaria en lo que respecta a la indivisibilidad de ésta.

■ 8.3.4. *Hipoteca Constituida sin Poder Suficiente*

La falta de derecho para hipotecar, no debe confundirse con la falta de poder o mandato; la primera está sancionada con la nulidad de la hipoteca en tanto que la segunda puede ser purgada por la ratificación de aquél cuya representación no era perfecta en el momento de la celebración del contrato.

Lo anterior encuentra su fundamento en lo dispuesto por el artículo 1802 del Código Civil para el D.F., el cual señala que los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.

Igualmente, la ratificación deberá ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros. Así lo señala el artículo 2919 del Código Civil para el D.F.: “La hipoteca no es tácita ni general, para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro...”.

Los efectos de la ratificación no se retrotraen a la fecha de la constitución de la hipoteca, por lo que respecta a terceros, aunque sí por lo que respecta a la persona que ratifica el contrato de hipoteca.

■ **8.3.5. Derechos de un Acreedor Hipotecario en Segundo Lugar**

Los derechos del acreedor hipotecario en segundo lugar, se afectan porque, en el pago al primer acreedor, se consume el valor del predio hipotecado, pues esto se debe únicamente a que dicho valor no alcanza para cubrir el importe de los créditos que la finca reporta.

Debe tenerse presente que la hipoteca es una garantía accesoria de un crédito principal que subsiste, aunque la hipoteca se extinga. El acreedor hipotecario puede ejercitar 2 acciones, la real y la personal; la primera concluye con la extinción de la hipoteca, la segunda no.

■ **8.4. APORTACION JURIDICA: INSTITUCION DEL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE GUANAJUATO**

El análisis a la problemática anterior nos lleva a concluir necesariamente que el contrato hipotecario tiene sus propias particularidades, que su celebración obedece a reglas específicas consignadas en el Código Civil del estado de Guanajuato y que consecuentemente reclama su correspondiente reglamentación en la Ley Adjetiva Civil.

Que el desarrollo comercial característico de nuestra época originó la multiplicación de operaciones civiles y mercantiles que provocaron la constitución de garantías principalmente hipotecarias y las partes que los celebran reclaman paralelamente, con justa razón, una mayor seguridad jurídica que permita un mayor grado de certeza en relación al destino de sus patrimonios.

Considero que lo anterior es motivo más que suficiente para la institución que ahora propongo y cuyo proyecto pongo a su consideración, en los términos siguientes:

■ CAPÍTULO "X"

■ *Del Juicio Hipotecario*

Artículo.- Se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en la escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o que deba anticiparse, conforme a lo prevenido por los artículos 1447 y 2403 del Código Civil.

Artículo.- Cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que esté registrado el bien a nombre del demandado y que no haya inscripción de embargo o gravamen en favor de tercero.

Artículo.- Presentando el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo y si el Juez encuentra que se reúnen los requisitos fijados por los artículos anteriores, ordenará la expedición y registro de la cédula hipotecaria y mandará que se corra traslado de la demanda al deudor, para que dentro del término de cinco días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones que tuviere.

Todo lo relativo a las excepciones formará cuaderno por separado, a fin de que no se interrumpan las acciones sobre aseguramiento ni avalúo de la finca.

Artículo.- Si en el Título con que se ejercita una acción hipotecaria se advierte que haya otros acreedores hipotecarios anteriores, el Juez mandará notificarles la cédula hipotecaria para que usen de sus derechos conforme a la ley.

Artículo.- La cédula hipotecaria contendrá una relación sucinta de la escritura y concluirá en estos términos: "En virtud de las constancias que preceden, queda sujeta la finca _____ de la propiedad de _____ a juicio hipotecario, lo que se le hace saber a las autoridades y al público para que no se practique en la mencionada finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquiera otra que entorpezca el curso del presente juicio o viole los derechos en él, adquiridos por el C. (aquí el nombre del actor)".

Artículo.- La cédula hipotecaria se inscribirá en el Registro Público correspondiente, a cuyo efecto se expedirá por duplicado, copia certificada de la cédula; una copia quedará en el registro y la otra, ya registrada, se agregará a los autos.

Artículo.- Si la finca no se halla en el lugar del juicio, se librárá exhorto al Juez de la ubicación, para que ordene el registro de la cédula como lo previene el artículo anterior.

Artículo.- Desde el día del emplazamiento, contrae el deudor la obligación de depositario judicial de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos que, con arreglo a la escritura y conforme al Código Civil, deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, de los cuales se formara inventario para agregarlo a los autos, siempre que lo pida el acreedor.

Artículo.- El deudor que no acepte la responsabilidad de depositario, deberá entregar inmediatamente la posesión material de la finca en favor del acreedor o del depositario que éste nombre.

Artículo.- El secuestro de la finca hipotecada se regirá por lo dispuesto en el capítulo relativo a los embargos de esta misma ley.

Artículo.- Expedida la cédula hipotecaria, no podrá verificarse en la finca hipotecada ninguno de los actos en ella expresados, sino en virtud de sentencia ejecutoriada relativa a la misma finca, debidamente registrada y anterior en fecha a la demanda que ha motivado la expedición de la cédula o de la providencia dictada a petición del acreedor de mejor derecho.

Artículo.- Para el avalúo de la finca se observarán las reglas previstas por este Código para la prueba pericial.

Artículo.- Agotado el procedimiento si resulta probada la acción al decidir los derechos controvertidos, la sentencia decretará el remate de los bienes hipotecados.

Si en la sentencia se resolviere no haber lugar al juicio hipotecario se reservarán al actor sus derechos para que los ejercite en la vía y forma que correspondan.

Artículo.- Si el superior revoca el fallo de primera instancia que declaró procedente el remate, luego que vuelvan los autos al juzgado de su origen, se mandará cancelar la inscripción de la cédula hipotecaria en el Registro Público, ordenándose reponer las cosas al estado que guardaban antes del remate.

Artículo.- En el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 2411 del Código Civil no habrá lugar a la venta judicial; pero sí habrá avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago. La adjudicación se hará de la manera que se hubiere convenido; el deudor puede oponerse a la venta, alegando las excepciones que tuviere y esta oposición se substanciará en forma incidental.

CONCLUSIONES

■ PRIMERA.- EL DERECHO COMO MEDIO

El Derecho debe entenderse como el conjunto de normas jurídicas obligatorias elaboradas por el hombre, impuestas coactivamente en la sociedad para la impartición de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

■ SEGUNDA.- LA SEGURIDAD JURIDICA COMO FIN DEL DERECHO

La seguridad jurídica es en su sentido más general, la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si éstos llegan a producirse, le serán asegurados, protegidos y reparados por la sociedad.

■ TERCERA.- LA NATURALEZA PROPIA DEL DERECHO

El Derecho es por naturaleza dinámico, como producto social que surge espontáneamente de las necesidades mismas, sancionado por la costumbre y por la conciencia jurídica popular y cuya referencia de valor, por tanto, es el espíritu del pueblo, que de un modo certero e infalible revoluciona el derecho. Este no es inmutable, sino que cada época elabora sus productos jurídicos, los cuales reflejan la variación de las condiciones históricas, políticas, económicas y sociales, así como las transformaciones del espíritu del pueblo.

■ CUARTA.- HACIA UN DERECHO MODERNO

Un sistema moderno de normativa social, concebido con audacia e imaginación, implicaría una reformación de las reglas que la sociedad ha creado para que coactivamente se cumplan, para alcanzar como metas mínimas las siguientes:

1.- Sistema legal moderno, que exprese adecuadamente las necesidades sociales del momento;

2.- Integración de todos sus preceptos en un ordenamiento sistemático, bien articulado y coherente;

3.- Flexibilidad de sus preceptos para que puedan irse poniendo a tono con nuevas necesidades sociales tan pronto como éstas se vayan presentando;

4.- Que las normas sean un reflejo del acontecer social que se vive y,

5.- Que esté abierto a las corrientes jurídicas vigentes.

■ QUINTA.- EL AUGE DEL MERCANTILISMO COMO FENOMENO SOCIAL DEL MOMENTO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

Hoy en día las prácticas mercantilistas demuestran un auge desmesurado que ha rebasado fronteras entre países. El Tratado del Libre Comercio México-Estados Unidos-Canadá es un ejemplo de ello; la importancia del mismo ha trascendido no sólo en el orden económico, sino además en el orden jurídico; consecuentemente las instituciones al igual que los conceptos deberán sufrir adecuaciones para responder a las necesidades del momento.

■ SEXTA.- PROBLEMATICA JURIDICA OBSERVABLE

Una de las instituciones jurídicas que más ha resentido los embates de las prácticas mercantilistas, propias de un país capitalista como el nuestro, es sin duda el contrato de hipoteca; observándose en su regulación vicios y deficiencias que deben ser resueltas de inmediato.

■ SEPTIMA.- CONCEPTO DE HIPOTECA

Por tanto, resulta obligado definirle, para lo cual diré: la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una

obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación.

■ OCTAVA.- VICIOS Y DEFICIENCIAS EN LA REGULACION JURIDICA DE LA HIPOTECA

Además de lo anterior, es justificable subrayar la confusión y desorientación generada por la falta de un procedimiento específico para el juicio hipotecario en la Legislación Procesal Civil del estado de Guanajuato, lo cual impide saber a que atenerse y se traduce en incertidumbre jurídica el no encontrar correspondencia entre las normas sustantivas y las adjetivas.

■ NOVENA.- PROBLEMAS ACTUALES EN LA PRACTICA FORENSE EN RELACION A LA HIPOTECA

En la práctica forense dentro de nuestra entidad, la problemática actual respecto de la hipoteca se origina precisamente de la falta de normas específicas en el Código de Procedimientos Civiles para la tramitación del juicio hipotecario, lo cual obliga a la aplicación del régimen legal elaborado por el legislador para el juicio ejecutivo, ya sea mercantil o civil, lo que provoca duplicidad de actuaciones y complicaciones innecesarias.

■ DECIMA.- SOLUCION PROPUESTA POR LA SUSTENTANTE

Al respecto creo que las conductas derivadas de dichos actos deben ser reguladas por el derecho en beneficio de la seguridad jurídica, sugiriendo para tales efectos el articulado propuesto en el capítulo anterior en los términos expresados.

BIBLIOGRAFIA

■ I.- TEXTOS Y LIBROS

- *AGUILAR, Carbajal Leopoldo, Contratos Civiles, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982.*
- *BAÑUELOS, Sánchez Froylán, Práctica Civil Forense, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.*
- *BECERRA, Bautista José, El Proceso Civil en México, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1980.*
- *DE PINA, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Contratos en Particular, Vol. IV, Edit. Porrúa, México, D.F., 1987.*
- *GOMEZ, Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, Edit. Trillas, México, 1987.*
- *LARRAÑAGA, Castillo José y Rafael de Pina, Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa.*
- *MAR, Nereo, Guía del Procedimiento Civil para el D.F., Edit. Porrúa, México, 1992.*
- *MUÑOZ, Luis, Derecho Civil Mexicano, Edit. Modelo, México, 1971.*
- *OVALLE, Favela, Derecho Procesal Civil, Edit. Harla, México, 1980.*
- *PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, México, 1978.*

- **PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Edit. Porrúa, México, 1973.**
- **PEREZ, Palma Rafael, *Guía de Derecho Procesal Civil*, Impreso, México, 1965.**
- **ROJINA, Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1977.**
- **TREVIÑO, García Ricardo, *Contratos Civiles y sus Generalidades, Tomo II*, Edit. Font, S.A., Guadalajara, Jal., 1982.**

■ II.- LEYES Y CODIGOS

- ***Código de Procedimientos Civiles para el D.F.***
- ***Código de Procedimientos Civiles para el estado de Chihuahua.***
- ***Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato.***
- ***Código de Procedimientos Civiles para el estado de Querétaro.***
- ***Código Civil para el D.F.***
- ***Código Civil para el estado de Guanajuato.***