



*Universidad Nacional
Autónoma de México*

Facultad de Derecho

EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

T E S I S

*Para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO*

p r e s e n t a

Mario Ruiz Hernández

México, D. F.



1985

**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**



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.

I N D I C E

EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

Pág.

Prólogo.....	I
--------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA.

1. ROMA.....	1
2. ALEMANIA.....	11
3. ESPAÑA.....	24
4. MEXICO.....	42

CAPITULO SEGUNDO

LA HIPOTECA

1. CONCEPTO.....	82
2. ELEMENTOS.....	84
3. CARACTERISTICAS.....	87
4. EFECTOS.....	92
5. CLASIFICACION.....	96
6. EXTINCION.....	100

CAPITULO TERCERO

EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

I. SECCION PRINCIPAL.....	108
1. DEMANDA.....	108
1.1. REQUISITOS DE LA DEMANDA.....	109

	Fág.
1.2.DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA.....	120
2.RESOLUCION DEL JUEZ AL PRESENTARSE LA DEMANDA.....	122
2.1.DESECHAMIENTO DE LA DEMANDA.....	122
2.2.PREVENCION.....	124
2.3.ADMISION.....	124
2.4.EFECTOS DE LA ADMISION.....	125
2.4.1.DILIGENCIA DE FIJACION DE LA CEDULA HIPOTECARIA, EN BARGO Y ENFLAZAMIENTO DEL DEMANDADO.....	126
2.4.2.INSCRIPCION DE LA CEDULA HIPOTECARIA.....	130
2.4.3.CONCURRENCIA DE ACREEDORES.....	131
3.CONDUCTA DEL DEMANDADO FRENTE A LA DEMANDA.....	132
3.1.CONTUMACIA O REBELDIA.....	132
3.2.CONTESTACION DE LA DEMANDA.....	135
3.2.1.ALLANAMIENTO.....	135
3.2.2.CONFESION.....	136
3.2.3.DENUNCIA.....	136
3.2.4.OPOSICION DE DEFENSAS Y EXCEPCIONES.....	137
4.PRUEBA.....	140
5.AUDIENCIA.....	143

6.SENTENCIA.....	144
II.SECCION DE EJECUCION.....	145
1.DEPOSITARIA.....	145
2.AVALUO.....	147
3.REMATE Y ADJUDICACION.....	149
III.MEDIOS DE IMPUGNACION.....	154

CAPITULO CUARTO

JURISPRUDENCIA DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO RELATIVA AL JUICIO ESFECIAL HIPOTECARIO.....	156
CONCLUSIONES.....	165
BIBLIOGRAFIA.....	168

P R O L O G O

El tema que trato en este trabajo de Tesis fue seleccionado por el sustentante, en virtud de que, como pasante he tenido la oportunidad de conocer casos tramitados ante los tribunales, que llamaron mi atención por la trascendencia que tuvieron en la vida y patrimonio de las personas que participaron en tales juicios.

En efecto, en la práctica se presentan injusticias provocadas por la ley vigente y ello me indujo a estudiar el juicio especial hipotecario, lo que ha dado por resultado que en este trabajo proponga las reformas que en mi concepto son necesarias.

Este trabajo está constituido de cuatro capítulos; en el primero de ellos presento la evolución que la hipoteca ha tenido, partiendo de su origen en Roma. En este capítulo se aprecia la influencia que ejerció el derecho germánico sobre la hipoteca, la cual pasó a España y finalmente al territorio de nuestro país.

Considero que el conocimiento de la historia de las instituciones jurídicas nos proporciona elementos para comprenderlas y mejorarlas, corrigiendo sus errores en beneficio de la sociedad. Es, pues, esta la razón de que el capítulo primero sea el mas prolijo, tratando con ello de fundamentar mis proposiciones.

El capítulo segundo es una síntesis de la hipoteca actual, y en el cual expongo el concepto, los elementos, características, los efectos y las causas de extinción de este derecho real que reglamenta el Código Civil vigente.

El capítulo tercero constituye la parte esencial de este trabajo; en él expongo el juicio especial hipotecario actual y como se presenta en la actualidad, señalando los errores que el Código de Procedimientos Civiles contiene y proponiendo reformas a diversos artículos de este ordenamiento legal.

Reconozco que el Código actual ha desvirtuado la naturalidad del juicio hipotecario, pues de ser un juicio suma-

rio se ha convertido en un juicio ordinario, con una característica especial, que es la cédula hipotecaria; pero también me parece equitativo y justo se otorguen oportunidades al demandado para que no se le despoje de sus propiedades, aprovechando un juicio que se creó en beneficio del acreedor hipotecario.

Finalmente, el capítulo cuarto contiene interesantes ejecutorias y jurisprudencia que por motivo del juicio especial hipotecario se han pronunciado en nuestros tribunales federales.

Sólo resta agregar, que si bien este trabajo padece innúmeras limitaciones y deficiencias, el sustentante se acoge a la benevolencia y buen criterio de los Señores Maestros que forman el jurado que lo ha de examinar.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA

1.-R O M A

2.-A L E M A N I A

3.-E S P A Ñ A

4.-M E X I C O

La hipoteca tuvo su origen en Roma y surgió para satisfacer una necesidad que se presentó en la vida cotidiana.- Así, en el presente apartado expondré sucintamente los antecedentes de la Hipoteca, es decir los medios que se utilizaban en Roma, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que como se verá son la Mancipatio cum fiducia y el Fignus; - una vez hecho lo cual paso a exponer el proceso de evolución de la hipoteca, ya que si bién es cierto apareció en un momento determinado de la historia, es también cierto que no surgió con todas sus características y elementos, sino que todo ello fue producto de un desarrollo que se dió al solucionar diversos problemas inherentes a la misma, de tal manera que con el tiempo se perfeccionó, sin que esto signifique que alcanzo su grado máximo de desarrollo, pues diversas legislaciones contribuyeron posteriormente a mejorarla.

Sólo baste decir que esta institución jurídica Romana, como muchas otras, es la base de la actual hipoteca, de ahí la importancia de su estudio, aunque éste sea breve, debido a la naturaleza de este trabajo.

Cabe añadir que, a fin de estar en posibilidad de entender plenamente la institución de la hipoteca, considero oportuno analizar brevemente las figuras jurídicas anteriores a este derecho real de garantía, y que lo son: la enajenación con fiducia y el pignus; el orden adoptado obedece a la cronología de su aparición en el derecho y de tal forma José María Lozano, expresa que : "En los antecedentes de la hipoteca encontramos tres etapas y son las siguientes: fiducia, pignus e Hipoteca." (1)

Esta evolución fue lenta y se debe al proceso natural de perfección de las cosas; todo ello lo trato a continuación, finalizando con un análisis de la Hipoteca Romana y sus principales características, las que como se verá, han evolu-

(1).-LOZANO, José María.-Derecho Hipotecario Comparado.-México.-Imprenta de J.M. Aguilar Ortiz.-1875.-P.10

cionado con el tiempo y en otros casos han desaparecido por influencia de otras legislaciones, todo lo cual ha contribuido al perfeccionamiento del derecho real de hipoteca.

En los siguientes apartados analizaré cada una de estas figuras antecedentes de la Hipoteca.

1.1. MANCIPIATIO CUM FIDUCIA.

La mancipatio era la forma utilizada para transmitir la propiedad de alguna cosa y a este contrato se le agregaba una condición, consistente en devolver el bien al original -- propietario, debido a que el deudor que se encontraba ante la necesidad de otorgar una garantía, transmitía la cosa al acreedor pero con la condición ya indicada; la transmisión se podía realizar por mancipatio, aunque también, se solía hacer in iure cessio, y la condición era llamada fiducia. (2)

La mancipatio cum fiducia daba excesivas ventajas al acreedor, debido a la posibilidad que tenía éste de enajenar el bien dado en garantía; por esta misma razón, era demasiado gravosa para el deudor, lo cual queda expresado por la particularidad de que carecía de acción que pudiera hacer valer en contra de terceros ajenos a la mancipatio, en el caso de que estos hubiesen adquirido el bien de manos del acreedor. (3)

Por otra parte es de hacerse notar que el inconveniente señalado y consistente en que el acreedor pueda enajenar el bien dado en garantía, quedó atenuado siempre y cuando el acreedor así lo consintiera, dejando al deudor la posesión del bien mediante algún otro contrato, como podía ser el de arrendamiento ó el de precario.(4)

En relación a los efectos que producía la enajenación con fiducia, éstos eran de dos tipos, el primero de ellos se presentaba en el caso de que el deudor cumpliera con su obligación y el efecto consistía en la restitución de la -

(2).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P.11

(3).-Idem.-

(4).-PETIT, Eugene.-Tratado Elemental de Derecho Romano.-México.-ED. Epoca,S.A.-1983.-P.297.

propiedad de la cosa, lo cual se hacía por medio de la usureceptio.⁽⁵⁾ Ahora bien, esta usureceptio la explica Eugene Petit ---, como : "una usucapión en virtud de la cual un antiguo propietario podía, sin justo título ni buena fe, recobrar por la posesión, una cosa que había cesado de pertenecerle."⁽⁶⁾

El segundo efecto se presentaba en el caso de que el deudor incumpliera con su obligación y el efecto consistía en que el acreedor podía vender la cosa dada en garantía, entregando al deudor, la cantidad que sobrara después de haberse hecho pago de la deuda. ⁽⁷⁾

La mancipatio cum fiducia resultó demasiado imperfecta y fue substituida por el Pignus o prenda; las imperfecciones de dicha mancipatio y sobre todo las relativas a las exageradas cargas que se imponían al deudor fueron atenuadas como se verá, por el Pignus o prenda.

1.2. PIGNUS

Con la aplicación de esta figura de la prenda, el deudor que necesitaba garantizar el cumplimiento de alguna obligación, entregaba al acreedor la posesión de un bien, el cual podía recuperar haciendo pago al acreedor.

En este contrato de prenda, encontramos claras diferencias con el de Mancipatio cum Fiducia. Efectivamente, en la mancipatio se transmitía la propiedad del bien que garantizaba al acreedor su crédito; mientras que en el pignus sólo se entrega la posesión; esta sola circunstancia provoca efectos que benefician al deudor, mejorando, de esta forma, su situación frente al acreedor.

En virtud de que la prenda sólo otorga al acreedor la posesión del bien, éste no puede venderla y en caso de hacerlo, el deudor tiene en su contra una acción personal, llamada actio pignoratitia; además, el tercero comprador de la cosa entregada en prenda, podía perderla en favor del deudor propietario, debido a que éste se encontraba en posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria, que es una acción real. ⁽⁸⁾

(5).-PETIT, Eugene.-Opus Cit.-P.297.

(6).-Idem.-P.271

(7).-Ibidem.-P.297.

(8).-Lozano, José María.-Opus Cit.-P.12

Es de hacerse notar que en Roma y antes de la época correspondiente a Justiniano, no se encontraba diferencia entre la prenda y la hipoteca, pues ambos términos, se aplicaban para expresar exactamente lo mismo; sin embargo éste no quiere decir que no se hubiese desarrollado la hipoteca con sus características propias, lo que sucede es que tanto para la actual prenda como para la hipoteca se utilizaba el mismo término: Fignus, añadiendo el vocablo contractum, en el caso de tratarse de un derecho real de garantía con desposeimiento del deudor; y añadiendo el vocablo conventum, en tratándose de un derecho real de garantía sin desposeimiento del deudor. No fue sino hasta la época Bizantina en que se introduce la terminología actual. (9)

Por otra parte, es indudable que si el deudor no transmite la propiedad sino sólo la posesión de la cosa, puede entonces, entregar en prenda una cosa que no sea de su propiedad. (10); naturalmente esa cosa ajena entregada en prenda debe serlo con el debido consentimiento de su propietario, pues de lo contrario surgirían conflictos entre el acreedor prendario, el deudor y el propietario.

La prenda evolucionó a fin de mejorar la situación del deudor y sin causar perjuicio al acreedor, creándose la hipoteca, que surgió con la acción Serviana útil o cuasi-Serviana, todo lo cual analizo a continuación.

1.3. HIPOTECA

Para comenzar, transcribo lo que dice el tratadista José María Lozano en relación al origen de la hipoteca: "El pretor Servio al resolver un conflicto entre arrendador y arrendatario de un predio rústico, decidió que éste podía garantizar al primero, el pago de los arrendamientos, constituyendo una prenda a favor del arrendador, por simple convención y sin entregar la cosa. Dicha prenda se constituía sobre los bienes introducidos en el fundo arrendado; esta acción fue llamada Serviana." (11)

(9).-FJORIS MARGADANT S.,Guillermo.-El Derecho Privado Romano.-México.-Ed. Esfinge,S.A.-1982.---
PP. 289 y 290.

(10).-PÉTIT,Eugene.-Opus Cit.-P.297

(11).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P.14

Posteriormente, el arrendador podía tomar materialmente la cosa dada en garantía, en caso de incumplimiento y así lo expresa el Lic. José Becerra Bautista : "La primera situación en que se presentó la conventio pignoris, fue el de instrumentos y animales introducidos en el fundo arrendado y que eran garantía para el arrendador del pago de la renta, de tal forma que, en caso de incumplimiento por parte del arrendatario, el arrendador con apoyo en el interductum salvianum tomaba posesión de las cosas, aún encontrándose éstas en poder del arrendatario." (12)

Esta forma de garantía apareció para otorgar seguridad al propietario del inmueble arrendado y facilitó al arrendatario que continuase en posesión de sus instrumentos de trabajo, así Eugene Petit dice que: "Para dar una seguridad al propietario, el colono que no tiene ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas, no podía cederla su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados sobre el fundo por el colono, estarían afectos al pago del arrendamiento por simple convención y sin que se privase el colono de su posesión." (13)

Hasta este momento no existía propiamente la hipoteca, pero con el tiempo adquirió vida, al generalizarse este uso, ya que se comenzó a aplicar como garantía de cualquier deuda y adquirió el nombre de acción cuasi-Serviana o Serviana útil, llamándose, también, acción hipotecaria; así, esta afirmación la encuentro fundada por el jurista Felix Olmos, quien dice: "En el derecho Romano la hypotheca aparece después de la enajenación con fiducia y la prenda, como una garantía dada al propietario de un fundo destinado a la agricultura, por el locatario sobre ciertos bienes necesarios para la explotación del predio, como son: herramientas, etc..., que conservaba en su poder, institución que al generalizarse se extiende a los inmuebles generando la hipoteca propiamente di

(12).-BECERRA BAUTISTA, José.-El Proceso Civil en México. México.-Ed. Porrúa, S.A.-1975.-P.370

(13).-PETIT, Eugene.-Opus Cit.-P.29

cha." (14)

Al principio, como ya quedó visto, la garantía real sin desposeimiento del deudor se aplicaba en los contratos de arrendamiento sobre fundos destinados al cultivo y posteriormente se generalizó abarcando los inmuebles, como bienes que garantizan la obligación; aclarado este punto, encuentro que según el maestro Eduardo Pallares (15), las acciones reales de prenda son dos: La Serviana y la cuasi-Serviana, agregando que ambas eran posesorias, es decir producían el efecto de -- que el arrendador, titular de la Serviana ó el acreedor hipotecario, titular de la cuasi-Serviana, tomasen posesión de -- los bienes del demandado.

En conclusión, puedo decir que si la acción Serviana se aplicaba a situaciones entre arrendador y arrendatario y la cuasi-Serviana a cualquier obligación garantizada con un inmueble, es, por tanto, ésta última la que se puede considerar como hipoteca propiamente dicha, aunque naturalmente sin olvidar que la Serviana, por ser antecedente, fundamenta la hipoteca sobre bienes muebles.

Ha quedado explicado el origen de la hipoteca Romana, conviene ahora, analizar la clasificación de esta hipoteca; así, encuentro que existieron tres tipos de hipoteca Romana, a saber: Convencional, Testamentaria y Tácita.

La Hipoteca Convencional era aquella que se constituía por voluntad de las partes; mientras que también se creaba por testamento, en el caso de que el autor de la sucesión deseara garantizar a algún legatario los alimentos ó una renta vitalicia; y finalmente, la hipoteca podía ser tácita, es decir creada por la Ley, v.gr.: el arrendador estaba facultado por la ley, para ejercitarla sobre los frutos y cosechas, o también, el Fisco la tenía sobre todos los bienes de sus -- deudores. (16)

La hipoteca, en Roma, se caracterizó por ser oculta

(14).--OLMOS, Felix.--Enciclopedia Jurídica Omeba.--T. Buenos Aires.--Ed. Bibliográfica Argentina.--1977.--p.64

(15).--PALLARES, Eduardo.--Diccionario de Derecho Procesal Civil.--México.--Ed. Porrúa, S.A.--1956.--P. 397.

(16).--PETIT, Eugene.--Opus Cit.--P.30

y general; la oculta es aquélla de la cual no se tiene medio de conocer su existencia y sólo quienes han dado origen a la misma, por esta circunstancia, la conocen. Esta característica dió lugar a infinidad de problemas, debido a que los vendedores de inmuebles hipotecados guardaban silencio y no informaban de esta situación al presunto comprador, quien después de haber realizado el contrato y pasado algún tiempo se encontraba con la desagradable obligación de pagar a algún acreedor hipotecario.

Esta hipoteca oculta o secreta de los Romanos, causó, como ya quedó visto, infinidad de problemas, sin embargo se trató de atenuar esta imperfección mediante el establecimiento de la obligación a cargo del que vendía o hipotecaba de manifestar si el bien estaba ya gravado con hipoteca ó no; de tal forma que si la persona manifestaba falsamente incurría en el delito de estelionato. Ahora bien, tratándose de diversos acreedores, alguno de los posteriores podía pagar su crédito al primer acreedor y, entonces, pasaba a ocupar su lugar, es decir el primero; una vez estando ahí le era fácil ejercitar la acción hipotecaria, poseer la cosa, venderla y hacerse pago de su crédito. (17)

Además, la hipoteca Romana era general, entendiéndose se por tal, el hecho de que el deudor garantizaba el pago de su obligación con todos sus bienes, presentes y futuros. Ambas características, la de ser oculta y general, desaparecieron por influencia del Derecho Alemán, como queda expuesto en el apartado correspondiente de este trabajo.

Los efectos de la hipoteca Romana eran: el derecho de reclamar la cosa hipotecada y el de guardarla hasta que el deudor no cumpliera con su obligación. Esta situación, que si bien otorgaba al acreedor la facultad de detentar materialmente la cosa, quitándosela al deudor, también le impedía obtener de la misma y en forma directa, el pago de su crédito; es por esta razón que a la original hipoteca se añadían diversos pactos, entre los cuales se encuentran dos y que son:

(17).-PETIT, Eugene.- Opus Cit.-P.31

la Lex Commissoria y el Jus Distrahendi. (18)

Así, mediante la Lex Commissoria, el acreedor que no recibía el pago, se convertía en propietario de la cosa hipotecada; mientras que el Jus Distrahendi consistía en permitir al acreedor que no recibía el pago, vender la cosa hipotecada y con su producto hacerse pago de la deuda. Más adelante estos pactos pasaron a ser propios y naturales de la hipoteca en especial el segundo de los nombrados. (19)

Más adelante, se presentó la necesidad de otorgar un medio jurídico al acreedor, a fin de que la cosa dada en garantía, aún pasando a poder de un tercero extraño, pudiera ser recuperada y con ella hacerse pago de la deuda, y de esta forma lo confirman los Maestros Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés, quienes dicen: "Los antecedentes de la hipoteca principiaron cuando el arrendatario de un campo introducía en él sus aperos y animales, se consideró que esos objetos... garantizarían al propietario el pago de la merces ó renta, pues si esos bienes pasaran como garantía al propietario, el arrendatario no podría trabajar el campo; cuando éste no pagaba la renta, el propietario por medio del interdicto salviano se hacía poner en posesión de esos objetos afectos al pago, pero no tenía medio jurídico para perseguir esos bienes cuando el arrendatario los pasaba a terceras personas. Posteriormente, este inconveniente se obvió mediante la acción Serviana, que es una acción in rem, dada al propietario y por la cual pudo perseguir esos objetos en manos de quién se encontraran y hacerse poner en posesión de ellos..." (20)

Efectivamente, la acción hipotecaria la puede ejercitar el acreedor no pagado, no sólo en contra del deudor, si no también, en contra de cualquier otro que la detente; el Lic. Becerra Bautista dice a este respecto: "Esta es la característica especial de la acción reipersecutoria, que es la hipotecaria y en virtud de la cual no puede confundirse con una acción ejecutiva común, que sólo puede ejercitarse en contra del obligado que aparezca en el título ejecutivo." (21)

(18).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.371

(19).-Idem

(20).-BRAVO GONZALEZ, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz
.-Primer Curso de Derecho Romano.-Ed. Pax.-
México.-1975.- PP.219

(21).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.372

Cabe señalar como otra característica de la hipoteca Romana, La de indivisibilidad; es decir que no se extingue sino hasta que no se paga íntegramente la obligación principal y nunca se reduce proporcionalmente a la disminución de la indicada obligación.

Por último, las formas de extinción de la hipoteca son las siguientes (22):

- a).-Se extingue junto con la obligación garantizada
- b).-Por pérdida de la cosa hipotecada.
- c).-Por confusión
- d).-Por renuncia
- e).-Por prescripción extintiva
- f).-Por *Trascriptio longi Temporis*.

En seguida, expongo brevemente cada una de estas formas extintivas de la hipoteca:

a).-Se extingue junto con la obligación garantizada; en efecto, siendo la hipoteca Romana, un derecho real de garantía solo existe si se configura la obligación sobre la cual recae, pues como ya quedó visto, es accesoria y lo accesorio sigue la suerte de lo principal; luego, si existe la hipoteca Romana existe una obligación principal, si no existe obligación no puede existir hipoteca; es en verdad inconcuso que existe un vínculo o relación estrecha entre la hipoteca y la obligación principal, sin ésta última no puede subsistir aquélla. Además, como ya se vió, la obligación principal debe extinguirse completamente, pues si sólo se reduce o se extingue parcialmente la hipoteca, por razón de su indivisibilidad permanece íntegra, hasta en tanto, no se extinga por completo la multitudada obligación.

Llegado este punto, es oportuno plantear un problema que menciona Joaquín Escriche (22 Bis) . En el caso de que alguna persona convenga con otra en que si le presta una cantidad de dinero, le quedará hipotecada la casa del primero, y posteriormente y antes de que le hagan entrega -

(22).-FETIT, Eugene.- Opus Cit.-F. 305

(22 Bis).-ESCRICHE, Joaquín.-Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.-Paris.-Librería de Rosa Bouret y Cia, S.A.-F. - 303

del dinero, hipoteca la misma cosa a un tercero que sí le entrega de inmediato el dinero. ¿Quién debe tener prioridad en la hipoteca?, el autor citado indica que Gayo y Papiniano resuelven en favor de quien entrega el dinero, porque no hay -- hipoteca sin obligación principal, y no hay préstamo sin entrega de lo prestado. La condición contenida en el primer supuesto no produce efecto retroactiva porque al no haber entregado la cosa prestada, no hay préstamo, que es decir no hay obligación principal y en consecuencia tampoco accesoria.

En lo dicho queda claramente definido el nexo que une la obligación principal y la hipoteca.

b).-La pérdida de la cosa hipotecada es otra causal de extinción de la hipoteca Romana; sin embargo esto da lugar a varias preguntas, así por ejemplo, ¿la pérdida se debió a causa imputable al deudor? si así fue éste está obligado a -- constituir la sobre otro bien.

c).-La confusión viene a ser la tercera forma de extinguir una hipoteca, y consiste en la adquisición que hace el acreedor de la propiedad del bien hipotecado.

d).-La renuncia del acreedor a su derecho sobre el bien hipotecado.

e).-La prescripción extintiva se presentaba en el caso de que, la cosa hipotecada permaneciera en poder del deudor y la acción hipotecaria no prescribía sino transcurridos cuarenta años.

f).-Puede oponer la Praescriptio Longi Temporis -- aquel tercero que ha adquirido la posesión de la cosa hipotecada con justo título y buena fe en relación al acreedor hipotecario, durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Hasta aquí presento brevemente lo que fue la hipote

ca Romana; su importancia es indudable ya que servirá de base para la elaboración de un sistema hipotecario como el vigente en nuestra legislación, naturalmente con las debidas adaptaciones y evolución propia del desarrollo de toda institución y conocimiento humano.

El Derecho Romano tuvo gran influencia sobre otras legislaciones, como la Germánica, y es este aspecto el que trato a continuación, sin olvidar que de esa influencia, también recibió modificaciones por parte del Derecho Alemán, que vino a perfeccionar la figura jurídica de la hipoteca.

Sólo basta agregar, que la importancia económica de la hipoteca es de tal grado, que después de tantos siglos, continúa presente entre nosotros, como lo estuvo entre los Romanos.

2.-A l e m a n i a

He creído importante incluir este apartado debido al comentario hecho por José María Lozano al decir que los principios de publicidad y especialidad de la hipoteca fueron promovidos en Alemania. (24); éste fue el motivo que me impulsó investigar el Derecho Alemán, y es por todo ello que debo, también, decir que encontré escasas obras de Derecho Alemán traducidas a nuestro idioma, razón por la cual el presente apartado carece de extensión; sin embargo a continuación expongo lo mas sobresaliente que hallé del tema tratado.

Para comenzar expongo el desarrollo de la Prenda o empeño en el Derecho Alemán, y en el cual se incluye la prenda sobre inmuebles, es decir la hipoteca, para enseguida hacer referencia a la reglamentación de los principios de publicidad y especialidad.

La hipoteca, en Alemania, tuvo su origen en la Edad Media, según lo explica el tratadista Arthur Nussbaum de la siguiente forma: "La genealogía del sistema hipotecario ale-

(24).-IOZANO, José María.-Opus Cit.-P.21

mánse remonta a la Edad Media". (25) Ahora bien, la forma de garantizar una deuda en Alemania, en la Edad Media, era por medio de la prenda, misma que podía recaer sobre muebles así como inmuebles, y en relación a éstos últimos existieron dos tipos de prenda, según dicen H. Brunner y Cl. von Schwerin, de la siguiente forma: "El derecho popular de la época franca conoció dos formas de prenda sobre inmuebles: la prenda de propiedad y la prenda de disfrute." (26)

A la prenda de disfrute también se le conoció como prenda antigua; mientras que a la prenda de propiedad se le conoció como prenda moderna, todo lo cual queda confirmado en las subsecuentes citas ya que así lo manifiestan tanto Nussbaum, como los mismos Brunner y Schwerin.

Veamos en seguida las características y elementos de cada uno de estos dos tipos de prenda, comenzando con la prenda antigua. Esta prenda antigua concede al acreedor la posesión y disfrute del inmueble mientras que el deudor conserva la propiedad y de la siguiente forma nos lo dicen los tratadistas Brunner y Schwerin: "La prenda de disfrute, la llamada por los germanistas satzung antigua pone al acreedor en posesión y disfrute del inmueble hasta la cancelación de la deuda. El deudor conserva la propiedad." (27)

La misma afirmación la encuentro expresada por Nussbaum al decir que: "El derecho germánico medioeval conoce y reglamenta dos formas de garantía inmobiliaria. Una consiste en entregar la finca al acreedor para que la disfrute hasta que le sea saldada la deuda." (28)

El mismo autor continúa diciendo sobre la prenda de disfrute: "La prenda de disfrute es decir la antigua- se adapta mejor, por su naturaleza, a las fincas rústicas... La garantía antigua responde mas fielmente al sistema económico del trueque... viene a ser desde el punto de vista del deudor como una venta hecha por necesidad; desde el punto de vista-

(25).-NUSSBAUM, Arthur.-Tratado de Derecho Hipoteca rio Alemán.-Tr.W. Roces.-Madrid.- Imprenta Hellenica.-1929.-P. 342

(26).-H. Brunner y Cl. von Schwerin.- Historia del Derecho Germánico.

(27).-Idem.- 221

(28).-NUSSBAUM, Arthur.-Opus Cit.-P 342

del acreedor, una especie de pago al contado provisional. " - (29)

Sobre esta prenda o empeño antiguo Brunner y Schwerin agregan: "El acreedor percibe los frutos del inmueble - mientras no se redima éste por el pago de la suma debida, modalidad del derecho de prenda que se conservó después de la - recepción del Derecho Romano... Pero existió también la posibilidad de pactar que el acreedor tuviese que imputar los frutos percibidos al pago del capital de la deuda, de suerte que en el curso del tiempo debía redimirse la finca pignorada por su mismo rendimiento." (30)

Ahora bien la prenda de propiedad tenía las siguientes características según indican Brunner y Schwerin: "...-- se empleaba la forma de la transmisión para instituir una - garantía, la prenda se constituía mediante vestidura condicionada ." (31)

Antes de continuar citando lo que estos tratadistas indican acerca de la prenda de propiedad, veamos que se - debe entender por vestidura, ya que es indispensable conocer este concepto para comprender plenamente esta figura jurídica alemana.

Los mismos autores que venimos citando dicen: "Para la posesión tienen las fuentes de derecho alemanas, la palabra gewere (vestidura, investitura). En la acepción primeramente - comprobable significa esta palabra el acto por el que se entrega en forma jurídica un inmueble y en que el hasta entonces poseedor declara abandonar la posesión ." (32)

Esta vestidura o Gewere se efectuaba dentro del inmueble que se transmitía, pero con el tiempo se llegó a celebrar fuera del inmueble, entregando determinados símbolos y - partes del inmueble. Es de hacerse notar la similitud de la Gewere con la mancipatio del Derecho Romano.

Continuemos, pues, con la prenda de propiedad; diji-

(29).-NUSSBAUM, Arthur.-Opus Cit.-P. 342

(30).-H. Brunner y Cl. Von Schwerin.-Opus Cit. P. - 221

(31).-Idem.-P. 220

(32).-Ibidem.-P. 195

mos que esta prenda se constituía mediante vestidura condicio-
nada y ya que hemos visto lo que se entiende por vestidura, -
analicemos en adelante las condiciones de esta vestidura, así
como sus efectos. Brunner y Schwerin dicen: "La condición --
era resolutoria o suspensiva. La vestidura condicionada en -
forma resolutoria se convenía que la propiedad transmitida al
acreedor pignoraticio debía extinguirse una vez pagada la deu-
da." (33)

En relación a la vestidura condicionada en forma -
suspensiva dicen los citados autores que: "...lo convenido -
era que la prenda se entendía transmitida al acreedor en pro-
piedad de no pagarse la deuda dentro de un determinado término
de vencimiento. De este modo el deudor podía permanecer en po-
sesión del inmueble, en cuanto la pignoración se realizaba -
por vestidura incorporal." (34)

Sobre esta prenda de propiedad Arthur Nussbaum dice
que consiste: "...en retener el deudor la posesión del inmue-
ble, pero quedando éste sujeto a una especie de prescripción
judicial, por la cual se le reserva al acreedor - vencida la-
deuda- la posibilidad de cobrarse del fundo, mediante la in-
tervención de los tribunales." (35)

Hasta aquí el sistema de prenda o empeños, el cual
carece del carácter capitalista, ya que los préstamos no pro-
ducían intereses en virtud de que el derecho canónico pro-
hibía este pacto, además de no ser aceptado en el régimen pri-
mitivo de la economía medioeval.

Sin embargo, Arthur Nussbaum dice que existió una -
forma similar a las inversiones modernas, llamada compra de -
rentas y que consistía: "... en un negocio mediante el cual -
el dueño de la finca obtenía una suma de dinero a cambio de -
abonar un canon perenne, incancelable y transmisible, de que-
respondía exclusivamente el fundo." (36)

Más adelante el mismo autor indica que de esta com-

(33).-H. Brunner y Cl. Von Schwerin.-Opus Cit .-P.
221

(34).-Idem.

(35).-Nussbaum, Arthur.-Opus Cit.-P. 342

(36).-Idem.-P. 344

pra de rentas y de la prenda de propiedad ó empeño nuevo surge dentro del régimen capitalista, la hipoteca moderna.

Para el mejor desarrollo de estas dos figuras jurídicas alemanas se implantó un procedimiento que sirviera al acreedor para cobrarse directamente de la finca y así lo explica Nussbaum. "Mientras que originariamente se le asignaba el fondo dado en garantía, más tarde... se introdujo como esencial la venta del inmueble mediante autorización judicial - primero y luego en subasta pública por los tribunales mismos - entregándose al dueño el producto sobrante" (37)

Las características del crédito territorial que existía en el derecho Germánico al finalizar la Edad Media, eran (38):

- Tenía carácter sustantivo
- Para su constitución debía seguir formas públicas
- Inscribirse en asientos de libros públicos
- El propietario del inmueble se reservaba la posesión
- La garantía sólo afectaba el inmueble
- El pago al acreedor se hacía mediante venta de la finca
- Intervenían los tribunales en la venta del inmueble

Se hace notar que muchos de estos elementos se conservan en la hipoteca alemana moderna.

Nussbaum continúa diciendo: "El desarrollo de las instituciones germánicas no logró cristalizar ... por sobrevenir en los últimos siglos de la edad media ... el ... proceso histórico a que damos el nombre de Recepción del Derecho Romano " (39)

Esta recepción del Derecho Romano causó fuerte choque que en lo referente a los inmuebles, debido a que la legislación romana era todo lo contrario de la legislación germánica

(37).-Nussbaum, Arthur.-Opus Cit.- P. 345

(38).-Idem.-P.P. 345 y 346

(39).-Ibidem.-

ca. He aquí las principales diferencias entre ambos, según -- los enumera Arthur Nussbaum (40) :

Sistema Romano

- El lugar central lo ocupa el deudor.
- No existía distinción entre muebles e inmuebles
- Se constituía por contrato privado.(oculta)
- La garantía no radicaba - sustantivamente sobre la finca. era accesoria.
- Los derechos del acreedor se satisfacían mediante - venta privada

Sistema Germánico

- El lugar central es el crédito territorial
- Sólo se constituía sobre inmuebles
- Se constituía validamente sólo si se inscribía en los libros públicos destinados para ello (pública)
- Era sustantiva
- El pago al acreedor se hacía mediante venta realizada por los tribunales o con la intervención judicial.

El autor citado considera como defectos de la hipoteca Romana a las siguientes (41) :

- 1.-Hipotecas generales
- 2.-Hipotecas Legales
- 3.-Privilegios hipotecarios

Como ya quedó dicho la hipoteca general es aquella que gravita sobre todo el patrimonio del deudor; legal, la -- que impone directamente la ley, sin consultar al propietario, mientras que los privilegios hipotecarios contradicen el principio de prioridad.

Nussbaum dice que la fusión del Derecho Germánico y el Romano se dió a través de la Recepción y fue acogido formalmente con el nombre de Derecho Común.(42)

(40).-NUSSBAUM,Arthur.-Opus Cit.-PP. 346 y 347

(41).-Idem.

(42).-Ibidem.

Esta fusión de dos sistemas jurídicos lleva en el siglo XVI, a la crisis del derecho hipotecario Alemán, provocada principalmente, por las ya mencionadas, hipoteca general, hipoteca legal y por los privilegios hipotecarios.

Veamos ahora, en que forma se solucionó esta crisis; el mismo autor dice que: "El Estado burocrático y absolutista...afrontó...la empresa de reformar el sistema hipotecario.

"...tratándose de remediar los peligros que entrañaban las hipotecas tácitas.

"Para conseguirlo, se pusieron a contribución las normas romanas, dándose preferencia sobre aquellas al pignus publicum, o sea a la hipoteca constituida judicialmente; esto equivalía ya, en cierto modo, a la implantación del principio de publicidad. Haciendo aplicación de este principio a las hipotecas generales; es decir, obligando a que en éstas se especifique ante el juez cada una de las fincas sujetas al gravamen, surgía el principio de especialidad."(43)

Otro de los objetivos de la reforma consistía en -- dar seguridad a los acreedores de la situación jurídica de -- los inmuebles, eliminando los Registros Generales y sustituyéndolos por Registros Públicos especiales, reservados a las hipotecas.

El último objetivo era evitar que personas sin ostentar la propiedad, hipotecasen algún inmueble, lo cual fue resuelto obligando a efectuar judicialmente el traspaso de la propiedad, es decir la investidura, inscribiéndola inmediatamente en el Registro.

Efectivamente, la implantación del Registro Inmobiliario dió fuerza y extensión a la aplicación de los principios de publicidad y especialidad, así en 1670 se ordena la implantación de este registro en Bielefeld y en 1692 y 1695 - en las ciudades de Berlin y Colonia, respectivamente. Estos -

(43).-NUSSBAUM, Arthur.-Opus Cit.-P.349

decretos de creación hacen hincapié en los indicados principios.

Otra ley de gran importancia para el desarrollo de la hipoteca Alemana lo fue la Ordenanza de Hipotecas y Concur^{so}s , promulgada el 4 de febrero de 1722 por Federico Guiller^{mo} I.

Nussbaum dice: "...el crédito hipotecario va experimentando...un cambio paulatino y fundamental, que en Prusia - se consolida a mediados del siglo XVIII. La hipoteca asume fisonomía específicamente capitalista y se convierte en medio - predilecto para las inversiones y formaciones de capital." (44)

A partir de esta fecha la hipoteca adquirió perma^{nen}cia, es decir: "...las hipotecas suelen extinguirse unicamente para dejar su puesto a otras, reconociéndose, por lo general, valor decisivo a las que ocupan el primer lugar..."(45)

El desenvolvimiento de la especulación territorial en el siglo XVIII se presentó del modo siguiente: al haberse organizado el crédito territorial los precios de los inmuebles subieron, lo que provocó un aumento notable en su pasivo; sin embargo debido al abuso de la especulación se provocó una crisis del crédito hipotecario, que trató de solucionarse con la imposición de un límite máximo de hipotecas; posteriormente se recurrió a las cédulas hipotecarias, que se vieron favorecidas debido a la falta de medios de circulación para los capitales; lo que provocó una extensa especulación sobre los valores inmobiliarios; proceso que fue notablemente fomentado por la reforma del derecho inmobiliario. Manifestación de esa reforma lo es una nueva Ordenanza hipotecaria promulgada el 17 de diciembre de 1783.

Para dar una idea aproximada de la nueva reglamentación que de la hipoteca hace esta Ordenanza de Federico II, a continuación analizo brevemente el contenido de la misma.

(44).-NUSSBAUM, Arthur.-Opus Cit.-P.352

(45).-Idem.

Esta Ordenanza de Federico II de 1783, consta de tres títulos. El primero de ellos reglamenta la forma de la organización de los registros hipotecarios en general, el segundo establece disposiciones sobre la gestión de las hipotecas y de la dirección de los registros hipotecarios en las Cortes Superiores; y finalmente, el título tercero reglamenta el procedimiento que para las hipotecas seguirán los tribunales inferiores y el título cuarto dispone el procedimiento que deba emplearse para el establecimiento de nuevos Registros Hipotecarios.

Veamos sucintamente cada uno de estos títulos: El primero consta de ochenta y un artículos y en su contenido establece la obligación para los tribunales y Cortes de tener libros regulares de todos los fundos de su jurisdicción, ordenando se sancione al juez que incumpla esta obligación; de igual forma establece que serán inscritos en el Registro de hipotecas todos los inmuebles que puedan ser poseídos, enajenados ó hipotecados separadamente.

A cada fundo se le destinaba una página especial del Registro, asignando a cada inmueble un número que debía ser progresivo; siendo este mismo número aplicable a las dependencias y servidumbres que pertenezcan a fundos principales, sólo si se poseen conjuntamente.

En estos libros de hipotecas debían inscribirse, también, los derechos reales que fuesen independientes. Además llevaban un índice alfabético de los nombres de los propietarios relacionándolos con el número del registro. La Ordenanza concedía un plazo de tres meses para que los tribunales dirimieran las diferencias sobre algún fundo, facilitando las investigaciones sobre el derecho contestado a través de disposiciones provisionales. En caso de duda sobre posesión los dos tribunales inscribirán el inmueble, cada uno en su registro, haciendo mérito de la litispendencia y mientras se decide la competencia.

Al cambiar un fundo de jurisdicción , el juez de la anterior remitía al de la nueva una copia legalizada de la hoja del registro de hipotecas de aquel fundo.

Por otra parte, el registro de hipotecas de cada -- fundo tenía tres rúbricas principales, los que a su vez estaban divididos en columnas. Mientras que el rubro debía contener el número del fundo, su nombre particular, su naturaleza, la calle ó plaza donde estuviese situado y cualquier signo que lo haga inconfundible; las dependencias y derechos de algún -- fundo principal debían inscribirse en la misma página; el nombre del propietario se inscribía en la primera columna de la primera rúbrica; la segunda columna daba a conocer el origen del derecho del propietario sobre el fundo; mientras que en la tercera columna se inscribía el precio de la venta.

En la segunda rúbrica principal se anotaban las --- obligaciones reales y los gravámenes perpetuos que reporte el fundo.

Por lo que toca a la tercera rúbrica contenía los -- instrumentos por los que los derechos del propietario no están limitados, ni sobre el fundo ni sobre alguna de sus partes, sino que están constituidos a favor de un tercero sobre una parte del precio. También se inscribían los créditos hipotecarios, las adquisiciones con plazo para el pago con reserva de propiedad, las hipotecas tácitas y legales, la cesión -- de la prioridad de lugar a otro acreedor. En la tercera columna que es la de las extinciones, se anotaba si el crédito se extinguió por pago, descargo, desistimiento ó consolidación.

Por otra parte, para cada Registro de hipotecas llevado de esta manera, habrá un libro particular de inscripciones y en este libro eran completamente transcritos todos los instrumentos de que se ha hecho sumaria mención, llevándose -- por orden de fechas. Por cada libro de hipotecas se llevará -- un volumen titulado Registro de Instrumentos de bienes raíces.

Había, también, en cada tribunal encargado de la inscripción en los libros hipotecarios un empleado que los llevaba, quién podrá expedir extractos del libro, con el permiso del Tribunal; no permitiéndose que cualquiera los consultara, sino exclusivamente el propietario del fundo o si la persona tenía interés fundado. En caso de error todo el Tribunal y cada uno de los miembros que en la época formaban parte del Tribunal, en que se cometió y sus herederos eran responsables por los daños y perjuicios causados.

El segundo título está formado por siete secciones con un total de 317 artículos, mismos que a continuación resumido.

Contiene los principios generales de los registros hipotecarios para las Cortes Superiores.

La primera sección establece el procedimiento para las hipotecas en general; disponiendo en primer lugar, que las demandas se presentarán por escrito y autoriza a que defiendan su propia causa los que posean un conocimiento bastante del Derecho, mientras que a los demás los mandaba con un notario; a fin de que firme y legalice los ocursoos, además de asentar el día de la presentación; enviándose, la demanda a la Primera Asamblea de la Corte y al Consejero relator, los cuales examinarán el ocurso, tanto en el fondo como en la forma. Si hecho el anterior examen resultare ilegal el ocurso, se entregaba al promovente una respuesta escrita y motivada y no había lugar a inscripción alguna. Pero, si no, hubiere observación alguna que hacer, se prevendrá por escrito al tenedor del registro que haga la inscripción.

Las siguientes secciones de esta Ordenanza, de lados a la siete contienen disposiciones relativas, mas que a la hipoteca, al Derecho Registral y por lo mismo quedan fuera del tema que trato en este trabajo, por lo que sólo las enuncio a continuación: Sección Segunda.--De las reglas que se observarán para la exactitud de la inscripción del título de posesión; la Sección Tercera enumera otros instrumentos susceptibles de inscripción; la Sección Cuarta reglamenta las cesio--

nes, compromisos, sub-inscripciones y secuestros de cantidades registradas; la sección quinta reglamenta las extinciones ó cancelaciones; la sección sexta reglamenta las protestas; y por último, la sección séptima establece los certificados hipotecarios.

Para finalizar, el título tercero de esta Ordenanza reglamenta el procedimiento que para las hipotecas seguían los tribunales inferiores; que en esencia, es el mismo establecido para las Cortes Superiores. Mientras que el título cuarto contiene disposiciones transitorias para el establecimiento de nuevos registros hipotecarios.

Como ya quedó dicho esta Ordenanza de 1783, no fué el primer intento por promover la implantación del principio de publicidad, pues, en Alemania, este principio se aplicó desde tiempos remotos éin embargo estas disposiciones de Federico II son las mas antiguas en materia de Derecho Alemán que estuvieron a mi disposición, y las cuales tuve a la vista en la obra de Don José María Lozano.(46)

Sobre esta ordenanza de 1783 Ramón Sastre dice: Refiriéndose a los esfuerzos por restablecer el sistema de publicidad, después de la Recepción: "...el intento mas importante fué el representado por la ley del 20 de diciembre de 1783, la cual establecía la necesidad de la registración de todo acto jurídico sobre inmuebles, atribuyendo a ésta efectos substantivos y organizando meticulosamente los Registros inmobiliarios, llevándolos por fincas y a base de un proceso de calificación de títulos".

En conclusión, podemos resumir este desarrollo histórico, de la forma siguiente, tomando en cuenta lo expresado por Enneccerus: "En la época de los francos se conocía ya una garantía real mediante transmisión de una cosa. La cosa se transmite bajo la condición resolutoria de la extinción de la deuda, de suerte que, al cumplirse la condición, la propiedad revierte sin más al enajenante; la concesión de un dere -

(46).-LOZANO, José María.-Opus Cit.- P.P. 256 a 291

cho limitado sobre cosa ajena es una forma de empeño que...se denomina Satzung antigua. Esta figura es correlativamente al pignus de los romanos- un derecho de garantía con posesión... -y si se trata de inmuebles obtiene el goce de la cosa.

"Los provechos del fundo corresponden al acreedor en lugar de los intereses... la Satzung no aparejaba un derecho a satisfacerse con la cosa. "...el derecho germánico en cuanto a las garantías reales está denominado por el principio de publicidad... surgió desde el siglo XIII una nueva forma de garantía real: La ... nueva Satzung , paralela de la hipoteca Romana...el pignorante conservaba la propiedad, la posesión y el goce del inmueble, el acreedor adquiría el derecho a satisfacerse sobre ella.

"La nueva Satzung contiene un derecho de ejecución. ..si la deuda vencía el acreedor podía conseguir,.. con la intervención judicial que le fuese transferido el inmueble a título de pago (derecho pignoraticio comisario) mas tarde, que fuese enajenado pagándosele con el producto (derecho pignoraticio venditorio)

"La nueva Satzung a diferencia de la Romana se establecía con solemnidades públicas... se requirió la inscripción en el registro... que...se convirtió en medio de publicidad.

"La recepción del derecho romano destruyó los principios de publicidad y especialidad...Las hipotecas tácitas, las hipotecas generales adquirieron carta de naturaleza, con grave peligro para el crédito real. Pero en los derechos particulares alemanes se mantuvieron los pensamientos germánicos. De esta manera se eliminaron casi totalmente las hipotecas generales, se reconstituyó el principio de publicidad y se diferenciaron los derechos mobiliarios de garantía de los inmobiliarios.

"La forma principal de garantía derivada de la nue-

va Satzung es la hipoteca del derecho moderno y especialmente del Prusiano." (47)

Para finalizar este apartado hago hincapié en la importancia de los principios de publicidad y especialidad para la hipoteca, los que pasaron a ser parte de la legislación Española que constituye el antecedente inmediato de la nuestra, por la razón histórica, de todos conocida, de la Conquista de América realizada por España, como consecuencia que siguió entre otras, el descubrimiento del Nuevo Mundo.

En el apartado siguiente analizo la evolución del principio de publicidad en el Derecho Español, así como los antecedentes legislativos sobre el particular.

3.-E s p a ñ a

Al igual que en el apartado inmediato anterior señalé la razón de su inclusión en este trabajo de tesis, en el presente debo decir que es oportuno analizar la historia de la hipoteca en España, por el hecho de ser antecedente inmediato de nuestra legislación debido al hecho histórico de la Conquista de América.

Con la llegada de los Españoles a tierras de lo que hoy conocemos con el nombre de América, llegaron también a nuestro continente, las leyes y reglamentos vigentes en España, muchas de las cuales al independizarnos, continuaron vigentes y posteriormente se modificaron pero siempre inspiradas en las Españolas; Por lo que es esta la razón de que incluya un apartado dedicado al desarrollo de la hipoteca en España y con el fin de conocer la nuestra desde sus antecedentes más próximos, sin olvidar sus antecedentes remotos, los que como ya quedó visto, son los que corresponden al Derecho Romano y al Derecho Germánico.

Veamos, pues, el desarrollo histórico de la hipote-

(47).-ENNERGGERUS, Kipp y Wolff.-Tratado de Derecho Civil.-Barcelona.-Bosch, Casa Editorial.-tr.-Blas Perez Gonzalez y José Alguer.- 1951.-FF 172 a 175

ca en España, para lo cual, comienza con la evolución del principio de publicidad en el Derecho Español, continuando con los antecedentes legislativos del Derecho Inmobiliario en este país.

Antes de entrar de lleno al desarrollo histórico de la hipoteca española conviene hacer mención de la influencia del Derecho Germánico en el Derecho Español, con el fin de establecer la continuidad que existió de una legislación a otra.

La influencia del derecho Germánico en los pueblos que habitaban la península Ibérica es notoria e importante, según lo dice Hinojosa (48), pues aún después de imponerse el sistema Romano contenido en la Ley Visigothorum, subsistieron infinidad de figuras jurídicas germanas.

El autor citado dice: "La Legislación Visigoda se había esforzado en desterrar las costumbres germánicas de derecho civil, penal y procesal que contradecían el Cristianismo y la Soberanía del Estado " (49)

Efectivamente se consideraba a la Ley Visigothorum, como un triunfo del derecho Romano y de la influencia eclesiástica sobre el derecho consuetudinario germánico." (50)

Sin embargo, el mismo autor que se cita, nos dice que esta Ley Visigothorum no se aplicó con la fuerza que debiera y para fundar esto, dice: "Esto se desprende del hecho de que desde el siglo IX... se muestra la influencia germánica en las esferas del derecho procesal y penal con sorprendente vigor." (51)

Por consiguiente, las costumbres germánicas no desaparecen y pueden oponerse a los esfuerzos centralizadores y romanistas, todo ello a principios del siglo XIII.

Como queda visto, existe un nexo de continuidad en-

(48).-HINOJOSA, Eduardo de.-El Elemento Germánico en el Derecho Español.-Madrid.-Imprenta Clásica - Española.- 1925- I. 7

(49).-Idea.-I. 9

(50).-Ibidem.- I. 10

(51).-Locus Cit.

tre la legislación germana y la española.

Para comenzar, expongo brevemente lo que dice el jurista Ramón Roca Sastre en relación al significado del término publicidad, explicándolo de la siguiente forma: La publicidad, puede ser "... de tipo meramente publicitario, de anuncio de noticia, al modo de edictos, que abre plazos para ejercitar acciones de impugnación o de otra clase.

"Publicidad en vista a la protección de terceros - adquirentes y hasta de acreedores del transferente.

"Publicidad de valor constitutivo, la cual funciona como requisito necesario para que la transmisión se opere, y que a veces sirve para una legitimación perfecta de una titularidad a base de los denominados títulos reales." (52)

Ahora bien, se reconocen tres etapas en el desenvolvimiento del principio de publicidad en España y que según Ramón Roca Sastre, (53) son: etapa de publicidad, influencia Romana y etapa de carácter registral.

Período de Publicidad: según el autor citado en este período se utilizaron las formas y solemnidades en tratándose de transmisiones inmobiliarias. Estas formalidades eran externas con lo que se daba publicidad al acto de transmisión de propiedad.

En esta época España, estaba habitada por pobladores pertenecientes a los Suevos, Vándalos y Alanos; los cuales eran bárbaros y fueron sucedidos por los godos, así lo dice Juan Antonio Iribarren, en su Historia General del Derecho: "La invasión de España se produce en dos períodos. En el primero irrumpen tres pueblos: los alanos (de raza escítica), - que se apoderan de la Lusitania (hoy Portugal), los suevos (de origen germano), que se apoderan de Galicia; y los vándalos - (también de origen germano) que se apoderan de la región llamada Bética y le dan su nombre: Vandalucía (hoy Andalucía)

(52).-Roca Sastre, Ramón.-Opus Cit.- P. 21

(53).-Idem.- P. 37

"En el segundo período, España recibe la invasión de un pueblo de origen germánico: los Godos..." (54)

Ahora bien, una vez que los Godos se encontraron establecidos en territorio de la península Ibérica y al tener relación con los pueblos de origen germánico que ya se regían por la legislación Romana, la cual era escrita, tuvieron necesidad de escribir su derecho consuetudinario, todo lo cual queda afirmado por el sobresaliente tratadista Gregorio Castañeros Ruiz: "Los antiguos habitantes que desde antes ya se habían convertido en romanos y seguían la legislación romana, continuaron gobernándose por las leyes imperiales, y los Godos de su parte conservaron sus antiguas costumbres..." (55)

Es decir, los pueblos mencionados y que son los Suevos, Vándalos y Alanos, que eran de origen germánico, pero que tiempo se habían convertido en romanos, lo que significaba que se regían por la legislación Romana; éstos recibieron la influencia de los Godos, quienes, también eran de origen germánico, mientras que éstos últimos si conservaron sus costumbres germánicas. Es oportuno indicar que el pueblo Godo se dividió en dos grupos: por una parte se encontraban los visigodos, que se establecieron en España, y por la otra los Ostrogodos, que permanecieron en Italia.

Sobre este particular Don Jacinto Pallares dice: "Hasta entonces las tribus Godas no tenían mas ley que las costumbres; pero convertidas en pueblo sedentario y estableciéndose en contacto con el pueblo conquistado romano, que se gobernaba por leyes escritas, fue natural y necesario consignar por escrito también, aquellas costumbres que eran el derecho de los Godos y ésto lo hizo el Rey fratricida Eurico..." (56)

Sin embargo, existe opinión en el sentido de considerar como primera legislación escrita de los Godos a las leyes Teodoricianas, en este sentido Juan Antonio Iribarren dice: "Hay dos afirmaciones en cuanto a cuales fueron las primeras leyes escritas de los Godos :la.-Una afirmación que dice-

(54).-IRIBARREN, Juan Antonio.-Historia General del Derecho.-Santiago.-Ed. Nascimento.-1936.-P. 21

(55).-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.-Compendio Histórico sobre las fuentes del Derecho.-México.-Caja de la Imprenta Editorial del Gobierno del Edo. de Tabasco.-1960.-P.121

(56)PALLARES, Jacinto.-Historia del Derecho Mexicano.-México.-Oficina Tipográfica de la Sra. de...-1901.-P. 17

que fueron las leyes Teodoricianas (Leyes Teodoricianas); y
2a.-Una afirmación que dice que fueron las leyes contenidas -
en el Código de Eurico." (57)

En seguida, veamos la composición de este Código de Eurico, aunque sólo superficialmente, pues no se conserva nin-
gún documento en el que conste su contenido. Hecha esta acla-
ración, vemos lo que dice Gregorio Castellanos: "El rey Euri-
co, al debamos creer a San Isidoro, fue el primero que dió a -
un pueblo leyes escritas. Su código fue publicado en Tolosa -
entre los años 474 y 484. Debió ser una compilación de las --
costumbres ó leyes que en armonía con la organización comple-
tamente militar de la Nación conquistadora, y la mas en rela-
ción con la legislación del pueblo vencido." (58)

Después de haber afirmado que este código de Euri-
co se sigue leyendo hoy, mientras que Juan Antonio --
Trabaran, afirma que ciertos fragmentos del mismo, contenidos
en un palimpsesto, se copió en primer término de Don -
Pedro Pallas, quien dice: "...no habiendo llegado hasta no-
sotros por el camino de la legislación gótica. En el, sin
embargo, se ven con claridad los principios rudimentales de
esta legislación, como, la composición o multas por todos-
los delitos, excepto el de traición, la tarifa de esas compen-
saciones según la clase del ofendido, etc., etc." (59)

Veamos, en seguida, lo que sobre el particular dice -
Juan Antonio Trabaran: "Este código es la escrituración del
derecho consuetudinario visigodo hasta los tiempos de Eurico.
Pero lo que de él sobrevive revela la influencia de ambos dere-
chos, romano y gótico, combinado, por tanto, una fuerte ten-
dencia hacia la unidad jurídica."

"De este código nos quedan fragmentos contenidos en
un códice palimpsesto...de la Biblioteca del Monasterio de -
San Gerardo de los Prados de París." (60)

Posteriormente a este código, tuvo vigencia una Ley

(57).-TRABARAN, Juan Antonio.-Omnis Cit.-P.235

(58).-CASTELLANOS NÚÑEZ, Gregorio.-Omnis Cit.-P.122

(59).-PALLAS, Pedro.-Omnis Cit.-P.17

(60).-TRABARAN, Juan Antonio.-Omnis Cit.-P.236

que se conoce con diversos nombres, tales como : Lex Romana - Visigothorum, Breviario de Aniano, Commonitorio, Breviario de Alarico y Autoridad de Alarico.

A continuación expongo brevemente el contenido de este Breviarum Alarici, basándome para ello en el multicitado tratadista Gregorio Castellanos Ruiz : "Alarico hizo compilar las leyes romanas y publicó el código que llevó su nombre Breviarum Alarici . Se compone como se sabe:

- 1o De los seis libros del Código Teodosiano mas o menos truncaos y mutilados.
- "2o De las novelas post-Teodosianas
- "3o De las Institutas de Gaio, reducidas en dos libros por algún jurisconsulto de la época
- "4o De los cinco libros de las Receptae sententiae - de Pablo
- "5o De algunos títulos del Código Gregoriano
- "6o De diversos fragmentos del Código Hermogeniano
- "7o De un pequeño fragmento de Papiniano cuya autenticidad es dudosa.

"Todo está acompañado de una interpretatio (menos las Institutas de Gaio), que con frecuencia desnaturalizan el --- texto que debe explicar ." (61)

Sobre este Código de Alarico, Jacinto Pallares expresa que Alarico fue el que: "...ordenó su formación al Conde de Falacio Goyarico, quien encomendó a algunos sabios y --- entre ellos a Aniano, como revisor, la formación de un Código que contuviera todo lo que del derecho romano debiera ser --- aceptado respecto de los súbditos conquistados..., estuvo vigente mas de siglo y medio , desde 506 en que se concluyó en Tolosa o desde 3 de febrero de 528 en que se publicó; hasta --- la formación del Fuero Juzgo..."(62)

Entre los tratadistas Gregorio Castellanos Ruiz y Jacinto Pallares, existe diferencia sobre el contenido de esta Lex Romana Visigothorum, pues mientras aquél dice que contenía los seis libros del Código Teodosiano, éste afirma que contenía dieciseis libros del mismo código.

(61).-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.-Opus Cit.-P.122

(62).-PALLARES, Jacinto.-Opus Cit.-P.17

Juan Antonio Iribarren, al comentar el Código de Alarico hace saber que: "...servía para resolver cuestiones producidas entre los conquistados, pero si había cuestiones entre visigodos y conquistados, se aplicaba el código de Eurico.

"El código de Alarico siguió rigiendo hasta Chindasvinto, quién lo derogó." (63)

Ahora bien, refiriéndonos al Derecho Real de Hipoteca y por consiguiente al principio de publicidad, en este código de Alarico no se encuentra reglamentación alguna a dicho principio, y tampoco reglamenta la hipoteca, esto se desprende de las Instituciones de Derecho Hipotecario de Ramón Roca-Sastre, quien dice: "En la fase visigótica perduró el Derecho Romano..., el expresado código guarda el mas completo silencio acerca del régimen para la transmisión y gravamen de la propiedad inmueble..., Y de las hipotecas generales y tácitas, ni siquiera hace la mas leve mención." (64)

Posteriormente, apareció otro importante Código, llamado Fue o Juzgo; sobre su origen Juan Antonio Iribarren dice: "Por cuatro cartas que se conservan, cruzadas entre Recesvinto y San Braulio, obispo de Zaragoza, se sabe que el primero remitió al segundo un código para que lo corrigiese, distribuyese su materia en títulos y se lo devolviese, encargo que cumplió el obispo a satisfacción del rey. Es de creer que el mencionado código contenía la colección de las leyes visigodas y que lo que hizo San Braulio fue el proyecto del Fuero Juzgo.

"El año 654, según se cree, fue promulgada dicha obra legal." (65)

Sobre el origen del Fuero Juzgo cabe señalar que Castellanos Ruiz lo considera como una mezcla de dos legislaciones: "... cada pueblo tenía su legislación particular, la de los Godos consignada en el Código de Tolosa; la de los Romanos consignada en el Breviarum Alarici, y que estas dos legislaciones se confundieron... por la influencia poderosa de la civilización romana." (66)

(63).-IRIBARREN, Juan Antonio.-Opus Cit.-P.238

(64).-ROCA SASTRE, Ramón.-Opus Cit.-PP.39y 40

(65).-IRIBARREN, Juan Antonio.-Opus Cit.-PP. 241 y 242

(66).-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.-Opus Cit.-P.123

El mismo autor dice en contradicción a lo expresado por Juan Antonio Iribarren, que el fuero Juzgo : "...data del reino de Chidasvindo:!"

Por otra parte veamos la opinión de Don Jacinto Fallares sobre este particular: "El hijo y sucesor de Leovigildo Recaredo se convirtió y convirtió a su nación al catolicismo...y desde entonces el clero... se apoderó insensiblemente -- del gobierno político, sometió a todos los reyes a su tutela ...y en unión de la nobleza fundó un gobierno teocrático-aristocrático que agotó las fuerzas y energías del pueblo y trajo necesariamente el desastre de Guadalete." (67)

Así pues desde ese momento las leyes se elaboraron con la intervención del clero y en los llamados concilios, de los cuales hubo infinidad de ellos; pero volvamos a lo indicado por Don Jacinto Fallares: "Las leyes dictadas en esos Concilios, así como las que antes había dictado Eurico y adicionado Leovigildo , algunas expresión de costumbres germanas -- por el contacto de Godos y germanos invasores, son las que con leccionadas y ordenadas forman el Fuero Juzgo o Forum Judicium o Codex Wisigothorum que es el primer código nacional, esto es, de dos grandes razas fundidas en una nacionalidad, que ha servido de base a la legislación de España y de México."(68)

Efectivamente, el Fuero Juzgo tuvo diversas fuentes y de esta misma forma lo dice Gregorio Castellanos : "Las fuentes del Fuero Juzgo fueron las costumbres de los germanos, las leyes romanas, y los cánones de los concilios." (69)

Brevemente, a continuación señalo el contenido de los doce libros que forman el Fuero Juzgo:

Libro I Derecho Político Visigótico

Libro II Organización y funcionamiento de los Tribunales de justicia.

Libro III Matrimonio, nacimiento y filiación

Libro IV Del linaje natural o parentesco

(67).-PALLARES, Jacinto.-Opus Cit.-P.18

(68).-Idem.-P.20

(69).-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.-Opus Cit.-P.124

Libro V Contratos, que según Don Jacinto Fallares(70) los contiene en reducido número y con pobre reglamentación.

Es este libro, en su título sexto, el que reglamenta la prenda y preferencia de acreedores; entendiéndose por prenda, también a la hipoteca.

Veamos la reglamentación que se hace de esta prenda en el Fuero Juzgo: "La prenda y la hipoteca aparecen confundidas con el nombre de penno en la forma romanceada. No se puede obligar en una deuda la persona ni todo el patrimonio del deudor. Con lo primero, ya se establece, que los bienes responden por los bienes. Recuérdese que hay una época en la historia jurídica en que los individuos responden por los bienes.

"Habiendo varios acreedores, el que primero demande su crédito será satisfecho con preferencia, si concurren todos a la vez, el deudor deberá pagar a todos o quedar siervo de todos. Lo primero (lo relativo a la prelación) entre nosotros sólo puede aplicarse cuando existe preferencia legal por causa de privilegio; la prelación en el cobro cuando hay varios acreedores otorga, entre los visigodos, preferencia en el pago.

"Llegado el vencimiento de la deuda--según el Fuero-Juzgo--el acreedor debe esperar tres días mas, y si transcurren éstos sin que el deudor pague, se venderá la cosa, previa estimación hecha por el acreedor y tres hombres buenos, y el acreedor cobrará del precio obtenido el importe de la deuda, el resto--si es que lo hay-- se devuelve al deudor." (71)

En los anteriores párrafos encuentro la prohibición a la hipoteca general, que como indiqué es aquella que abarca todos los bienes del deudor, tanto los presentes como los futuros; es por tanto significativa la influencia del Derecho Germánico, pues como lo señalé en el apartado dos de este capítulo, la especialidad es un principio de la hipoteca desarrollado en Alemania. Por tanto el Fuero Juzgo ya consigna --

(70).--PAJARES, Jacinto.--Opus Cit.--F.23

(71).--IRIBARREN, Juan Antonio.--Opus Cit.--FF.256 y 257

este principio de especialidad, confirmando como una de sus fuentes las costumbres de los Germanos.

Otra característica que conviene resaltar es el hecho de nombrar con la misma palabra dos figuras jurídicas, -- que en la actualidad son distintas, lo que nos indica que como en el derecho romano la garantía podía constituirse tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles.

La prelación de créditos en este Fuero Juzgo estaba determinada por el momento de hacer el cobro, lo cual debió -- provocar infinidad de problemas para conocer quién cobro primero y quienes después y en que orden. Esta reglamentación es definitivamente inadecuada y con seguridad, provocó gran número de conflictos. Además de ser excesivamente gravosa para el deudor, pues si no pagaba y todos sus acreedores le cobraban a un tiempo debía servir a todos, lo que en la práctica debió producir problemas y conflictos interminables.

Lo único que se puede deducir a favor de este Fuero Juzgo en tratándose de hipotecas, es que permitía que un mismo bien fuese gravado varias veces, de ahí la existencia de -- la prelación.

Por otra parte, el acreedor podía, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, vender la cosa y con su producto hacerse pago; aquí encuentro el Ius distrahendi o pacto de venta del Derecho Romano.

Continuando con la enumeración de los libros que -- formaban el Fuero Juzgo, tenemos:

Libros VI, VII, VIII y parte del IX se refieren al Derecho Penal.

La otra parte del Libro IX trata de los delitos militares.

Libro X trata del dominio de los inmuebles y de la prescripción.

Libro XI reglamenta la actividad de los físicos, inmundidad de sepulcros y de los mercaderes extranjeros.

Libro XII contiene un conjunto de doctrinas filosóficas, políticas y morales; y al decir de Don Jacinto Fallares en ellas : "...Se acentúa el fanatismo o rudeza teocrática del pueblo Godo." (72)

Ahora bien, sobre el Fuero Juzgo existen opiniones contrarias de dos estudiosos del Derecho , que son Don Jacinto Fallares y Juan Antonio Iribarren, los que a continuación transcribo :

"El Fuero Juzgo es un monumento del Derecho, y de lengua Castellana. Es monumento del Derecho porque en él se muestra el alcance y desarrollo de la vida jurídica de este pueblo, desde su establecimiento en la península hasta la fecha de la dictación del mencionado cuerpo legal. Y es monumento de la lengua castellana por la pureza y castidad de las expresiones."(73)

Don Jacinto Fallares dice: "Después de haber recorrido todos los preceptos que mas caracterizan al espíritu y cultura, o sea barbarie del Fuero Juzgo, no necesitamos entrar en largos debates para juzgarlos ante el tribunal del criterio científico, pues nosotros medimos la civilización de un pueblo por su grado de cultura científica.

" Cuando se habla del valor científico y moral de un Código se refiere uno forzosamente al estado de civilización a que había llegado el mundo en la época de ese Código; y cuando el Fuero Juzgo se dictó, coleccionando costumbres y leyes góticas, leyes romanas y decretos Conciliares, cuando esto sucedió las instituciones y la conciencia jurídica de la humanidad habían sido iluminadas por los resplandores de la filosofía con sus ideales, de la lógica con sus metodos y de la ciencia con sus generalizaciones consignadas en los Códigos inmortales del Derecho Romano.

¿Que representa en la evolución de la cultura ese Código? Un retroceso hacia la barbarie, hacia los siglos y las etapas ya recorridas por la humanidad; un retroceso en el lenguaje, porque es bárbaro el latín de ese Código.

(72).-FALLARES, Jacinto.-Opus Cit.-FP.21 a 27

(73).-IRIBARREN, Juan Antonio.-Opus Cit.-P.242

"...y todavía hay quién hable , quien diga que el -catolicismo trajo al mundo la libertad de conciencia, la dignidad, el pudor; y todavía se discuten los méritos de ese Código; El es la expresión del catolicismo clásico, en toda su plenitud de desarrollo social; y así se explica que nosotros que cargamos con esa herencia secular de fanatismos creados á fuerza de hogueras y persecuciones, seamos lo que somos. El --paganismo persiguió con intermitencias ...al cristianismo; pero no erigió en principio jurídico ni ensució al idioma de la ley con ignominias y crueldades, como las de la legislación -católica." (74)

De lo transcrito y tomando en consideración las leyes que he leído, del Fuero Juzgo, me inclino por tener por -real y justa la opinión de Don Jacinto Pallares.

De lo anterior, el autor citado tiene como consecuencia la debilidad de este pueblo, al decir: "...un pueblo en -que sobre la confusión de tantas razas (godos, suevos, vándalos, iberos ó celtíberos, romanos y otra multitud de tribus, y mas tarde árabes) no conservó otro vínculo de unión nacional, que la mas absoluta teocracia; un pueblo en tales condiciones puede ser vencido facilmente." (75)

Los vencedores fueron los Arabes, veamos en palabras de Gregorio Castellanos Ruiz lo sucedido: "Los excesos -y el mal gobierno de los últimos reyes visigodos, y los resentimientos de los nobles contra el rey D. Rodrigo, facilitaron la entrada de los sarracenos en España...La batalla de Guadalete les aseguró la dominación de la Península...Dejaron a --los vencidos gobernarse por sus antiguas leyes; pero éso no -impidió que se introdujese en la jurisprudencia española un -cierto número de usos y máximas de los vencedores...Estos ---usos habían acobado por borrar en cierto modo el Fuero Juzgo." (76)

Acerca de la España árabe, Juan Antonio Iribarren -dice: "Es llamado este período por muchos autores la España -Árabe, pero debe llevar, además, otra denominación conjunta:

(74).-PALLARES, Jacinto.-Opus Cit.-PP° 27 y 28

(75).-Idem

(76).-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio,-Opus Cit.-P.125 y 126

y la reconquista española...La dominación visigoda en España terminó políticamente con la invasión árabe..., los árabes -- llegaron como auxiliares entre los elementos extranjeros que -- había reclutado el pretendiente al trono de España, Witisa."(77)

Una vez dentro de España los Arabes sacaron a los -- Visigodos de la siguiente forma: "Los visigodos los combatieron. Pero entrados los moros en España, los visigodos hubieron decir cediendo a su presión...y se retiraron a la región de -- Asturias y Galicia...la batalla de Guadalete derrumbó el imperio visigótico."(78).

Estando bajo la dominación árabe las costumbres Germánicas se robustecieron y en consecuencia se implantó una -- forma de publicidad conocida con el nombre de robración o roboratio. Acerca de esto Eduardo Hinojosa dice: "Desde la invasión de los árabes el poder central tuvo que ocuparse, principalmente, en luchar por su existencia; así que las costumbres germánicas no desaparecen, si no que resultan favorecidas por el género de vida de los cristianos independientes..., los herederos mas inmediatos de la tradición germánica son León, Castilla y Portugal."(79)

Es ésta la razón por la que la transmisión de la -- propiedad de bienes inmuebles se verifica en León, Castilla y Portugal bajo formas propias del derecho germánico.

A lo dicho agrega Ramón Roca: "...en los reinos de -- Castilla y León, se viven las formas nacionales de la publicidad inmobiliaria por medio de la robración ó roboratio..."(80)

Es llegado el momento de esclarecer en qué consistía esta robración y al efecto Federico Fuig Peña dice: "...se puede encontrar en la robración ó roboración de los fueros municipales de varias poblaciones la publicidad registral... los contratos referentes a los bienes raíces debían celebrarse por escrito (charta) y confirmarse de un modo solemne promulgando su contenido en la iglesia parroquial ó en el Conse-

(77).--IRIBARREN, Juan Antonio.--Opus Cit.--F.266

(78).--Idem

(79).--HINOJOSA, Eduardo de.--Opus Cit.--FF.11, a 13

(80).--ROCA SASTRE, Ramón.--Opus Cit.--F.41

jo." (81)

Sobre la misma robración el maestro Guillermo Colín Sanchez dice: "...una forma de publicidad registral se ha pretendido justificar en la Robración, a través de la cual, públicamente y observando algunas formalidades y solemnidades se transmitían los inmuebles utilizando un documento (Carta o Escritura)." (82)

Es de hacerse notar que el Fuero Juzgo guarda silencio respecto al régimen de transmisión inmobiliaria, pero no así, los Fueros municipales de diversas poblaciones.

De esta forma, el Fuero de Alcalá de Henares dice sobre la robración: "El que compre una heredad e carta ficie re, el día domingo la robe en la colatio exida de la misa." (83)

El Fuero de Ledesma dice: "Todo hombre que vendiere una heredad carta ende robrar." (84)

El Fuero de Alba de Tormes dice: "Quien vendiere una finca débela robrar y quien carta robrare testigos faga que delante sean e que lo vean e que lo ozcan." (85)

Sólo basta agregar que en otras regiones de la península Ibérica, tales como Navarra, Vizcaya, Aragón y Cataluña, se utilizaron formas similares a la robración.

Hasta aquí el período de publicidad que como se ha visto queda establecido con la robración; posteriormente se presentó un fenómeno similar a la Recepción, en el Derecho Germano del Derecho Romano; es este período conocido como el Período de Influencia Romana, mismo que ha continuación explicado.

(81).-FUIG PEÑA, Federico.-Tratado de Derecho Civil-Español.-Madrid.-Ed.Revista de Derecho Privado.-1951.-P.27

(82).-COLIN SANCHEZ, Guillermo.-Procedimiento Registral de la Propiedad.-México.-Ed.Porrúa.-1972 P.16

(83).-ROCA SASTRE, Ramón.-Opus cit.-P.41

(84).-Idem.

(85).-Ibidem.P.42

Período de Influencia Romana: con esta influencia del Derecho Romano ocurrió que las formas de publicidad en las transmisiones inmobiliarias desaparecieron, y en este sentido Roca Sastre dice: "La recepción científica del Derecho romano eliminó las formas solemnes ó de publicidad de las transmisiones inmobiliarias.

"La aplicación ...del Derecho Romano provocó el predominio del sistema traslativo romano de la traditio, desprovista de toda forma externa de publicidad"(86)

Este sistema romano fue aplicable en épocas de pobreza económica, pero al intensificarse el tráfico comercial y aumentarse, por consiguiente, las transmisiones inmobiliarias, se convirtió en obsoleto, debido a la falta de medios para conocer los gravámenes de los inmuebles.

El autor que vengo citando continúa diciendo: "Con el sistema romano de clandestinidad, los adquirentes de inmuebles contrataban a ciegas..., como medio de publicidad se pensó en el instrumento técnico de la registración."(87)

En efecto, se hicieron diversos intentos por establecer un medio de registración, los cuales comenzaron con la obligación, que se imponía a los propietarios de predios, de declarar los censos y tributos que impusieron a dichos bienes.

Estos intentos resultaron infructuosos, pues ninguno dió resultado; no fue sino hasta que se emitió la Real Pragmática de 31 de enero de 1768 en que se dió plenos efectos al sistema de registración. Así lo dice Roca Sastre: "La Real Pragmática de 31 de enero de 1768, aprobando lo propuesto por el Consejo de Castilla, creó los Oficios de Hipotecas, denominados después Contadurías de hipotecas, que constituyeron los continuadores de aquellos antiguos registros de censos y tributos. Tales Oficios de Hipotecas tuvieron plena efectividad"(88)

(86).-ROCA SASTRE, Ramón.-Opus Cit.-P.43

(87).-Idem.-P.44

(88).-Ibidem.-P.45

Período de Registración: Finalmente tenemos el período de registración, el que constituye un sistema de registro especial de hipotecas y para algunos otros actos. "La Real Pragmática de 31 de enero de 1768 no instaura un sistema general de publicidad registral en materia inmobiliaria, sino tan sólo... de los relativos a cargas ó gravámenes y en especial de hipotecas." (89)

La estructura de esta Real Pragmática es la siguiente:

Por principio, organizaba los oficios ó contadurías en virtud de que: "En todas las cabezas de partido...debían llevarse los libros necesarios para la toma de razón de los actos sujetos a ella." (90)

Ahora bien, esa toma de razón estaba a cargo de unos escribanos, quienes debían otorgar fianza y se sujetaban a responsabilidad en el desempeño de su trabajo.

Existían libros para cada pueblo, guardados en las Casas Consistoriales. En fin que estos oficios de hipotecas significaron un paso adelante en la institución del principio de publicidad de la hipoteca y que según Ramón Roca: "La Real Pragmática de 1768 contenía el ordenamiento embrionario de un moderno Registro de la Propiedad y por cierto bastante aceptable entonces." (91)

Por otra parte, a continuación expongo el desarrollo del Derecho Procesal en España y el cual es antecedente del nuestro, por las razones de todos conocidas.

A la llegada a España de los Visigodos, el Derecho Procesal de los pueblos ahí establecidos y que eran los Vándalos, los Suevos y los Alanos, que se había conformado por influencia del Derecho Romano, sufrió una ruptura, estableciéndose un Derecho Procesal sencillo, según lo expresa Leonardo Prieto Castro al decir que: "El Derecho Procesal aportado por

(89).-ROCA SATRE, Ramón.-Opus Cit.-P. 45

(90).-Idem.-P. 46

(91).-Ibidem.-P.49

los germanos que vinieron a España, esencialmente consuetudinario, es más simple que el Romano, por ser menos perfecto..." (92)

El mismo autor nos dice en forma breve como estaba constituido este Derecho Procesal de la época Visigótica:

"No existía separación entre proceso civil y penal, se desarrollaba como una lucha entre demandante y demandado - al cual el primero atribuía la comisión de un Unrecht (injuria), en vez de alegar un derecho.

"El tribunal lo formaban la Hunderschaft ó asamblea pública de ciudadanos, presidida por el Graf (conde). La citación del demandado (mannire) correspondía al demandante, el cual exponía solemnemente su demanda ante el tribunal. Si el demandado negaba, se pasaba a la práctica de ciertas formalidades llamadas pruebas, que no iban dirigidas al Tribunal para que formase su convicción, sino a la parte contraria. Consistían en testigos rogados, juramento con conjuradores y enjuicios de Dios (Gottesurteile) u Ordalias, como las de fuego del agua caliente, del duelo, etc...

"La autoridad ...se limitaba a abrir y dirigir las sesiones de la asamblea (Hegung) y a publicar la Sentencia -- (Rechtsgebot) dictada por ella.

"La ejecución se llevaba a cabo privadamente..."(93)

Posteriormente, en la época correspondiente al Fuero Juzgo encuentro que, como ya quedó mencionado en la página 31 de este trabajo, en el libro segundo de dicho Fuero, que trata de la organización y funcionamiento de los tribunales de Justicia, se establece en el título I, la prohibición de aplicar el derecho romano en las sentencias, pues sólo el Fuero Juzgo debía aplicarse; fija los días inhábiles; ordena que en caso de que no exista ley aplicable, el juicio se someta a decisión del rey. etc...

(92).-FRIETO CASTRO, Leonardo.-Derecho Procesal Civil
.-Zaragoza.-Librería General.-1946.-T.I.-P.29

(93).-Idem.-PP. 29 y 30

Sin embargo, en el Fuero Juzgo no existe disposición que establezca reglamentación de los diversos juicios, por lo que no es posible determinar con precisión la forma en que se tramitaba el juicio en el que se ejercitaba la acción hipotecaria.

En las Siete Partidas, y en especial en la Tercera se: "habla de la justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada lugar, por palabra de juyzio, e por obra de fecho, desembargar los pleytos." (94)

El Tratadista Eduardo Pallares Fortillo (95) menciona que en el título veintidós de la indicada tercera Partida se define lo que es juicio y se establecen las clases existentes del mismo; sin embargo de la lectura de la misma no se desprenden elementos que nos permitan identificar la tramitación o vía que se le asignaba al juicio hipotecario.

Estas Siete Partidas no deben confundirse con otra obra ejecutada por el Rey San Fernando llamada Septenario, - pues esta última era una colección de las mejores leyes generales y municipales obligatorias en toda la monarquía, según lo hace saber Don Jacinto Pallares. (96)

No es sino hasta las leyes de Toro en que encuentro mencionada la acción hipotecaria, así el autor Pallares Fortillo dice que en las leyes de Toro está: "la sesenta y tres que fija el tiempo, en que se prescriben las acciones personales, la ejecutiva y la hipotecaria;" (97)

De la cita anterior, deduzco que ya en esta época, - 1505, la acción hipotecaria era distinta y diversa a la ejecutiva; desafortunadamente el autor citado no da más elementos que me permitan establecer con exactitud las diferencias entre la acción ejecutiva y la acción hipotecaria que en las leyes de Toro se reglamentan.

En contra de la importancia que tienen las Leyes de

(94).-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.-Opus Cit.-P.130

(95).-PALLARES PORTILLO, Eduardo.-Historia del Derecho Procesal Mexicano.-México.-U.N.A.M.-1962
.-P.106

(96).-PALLARES, Jacinto.-Opus Cit.-P.44

(97).-PALLARES PORTILLO, Eduardo.-Opus Cit.-P.122

Toro en esta materia Manuel de la Plaza (98) dice que tienen poco valor para la historia del proceso.

El mismo autor señala que: "...la Novísima Recopilación, es una nueva colección legislativa, obra del relator de la Audiencia de Granada, don Juan de la Reguera Valdelomar, - inspirada como las anteriores, en el propósito de poner orden en el desorden legislativo y promulgada en el reinado de Carlos IV (1805); de la que sólo interesa a nuestro designio decir que dedicó el quinto de sus libros al régimen de las Chancillerías y Audiencias y el undécimo a los procedimientos civiles; sin que en esta última colección puedan señalarse particularidades dignas de especial mérito." (99)

Baste sólo agregar que todos estos cuerpos legislativos y en especial las Siete Partidas pasaron a la Nueva España y en consecuencia constituyen el fundamento de nuestras leyes posteriores.

4. M é x i c o

En la época colonial, es decir en la Nueva España se aplicaron, como ya quedó dicho, las leyes de las siete Partidas, La Nueva Recopilación, La Novísima Recopilación, así como diversas cédulas, pragmáticas, decretos, etc..., de entre las cuales destaca la Pragmática que instituye el Oficio de Hipotecas y en especial la citada en la página 39 de este trabajo, de fecha 31 de enero de 1768.

Por Real Cédula de 9 de mayo de 1778 se ordenan diversas disposiciones relativas a los oficios de hipotecas y de la cual el jurista Pedro Gómez de la Serna dice: "En ella se ordenó que en todos los dominios de Ultramar se anotaran - indispensablemente en los oficios de hipotecas todas las escrituras que se otorgaran con hipotecas expresas y especiales sin excepción alguna, como eran los censos, bien fueran perpetuos ó al quitar sus redenciones, los vínculos, mayorazgos y

(98).-PLAZA, Manuel de la.-Derecho Procesal Civil Español.-Madrid.-Ed. Revista de Derecho Privado.-1945.-P.85

(99).-Idem.-PP. 85 y 86

patronatos, las fianzas, cartas de pago de éstas, empeños, de
sempreños, obligaciones, traslados de bienes raíces, de censos
o juros y de otra cualquiera hipoteca que procediera de ventas
(100)

Igualmente, el mismo autor dice que la real cédula
de 16 de abril de 1783 ordenaba: "...que se procediera inme-
diatamente al establecimiento de los Oficios de Hipotecas en-
todas las cabezas de partido..."(101)

En la Nueva España se dió cumplimiento a dichas ór-
denes contenidas en sendas cédulas reales de la forma en que-
lo apunta el tratadista Bernardo Pérez Fernández del Castillo
"Estas disposiciones que emanaban del gobierno, necesitaban
pues, según literalmente prevenían ser completadas por las --
Audiencias. Así lo hizo la Pretorial de Méjico aprobando... --
en 27 de setiembre de 1784, una instrucción compuesta de 25 --
artículos para la creación y funciones de los anotadores de --
hipotecas." (102)

El autor que vengo citando dice que: "El 31 de ene-
ro de 1768, se dictó en España la Instrucción de los Señores-
Fiscales de Hacienda para Ejecutar las Disposiciones Relati-
vas al Oficio de Hipotecas. Las mencionadas instrucciones se
aplicaron en la Nueva España con las adaptaciones correspon-
dientes. La Audiencia las aprobó el 27 de Septiembre de 1784"
(103)

Estas instrucciones establecían que los ofi-
cios de escribanos anotadores de hipotecas eran vendibles y --
renunciables; algunos de estos oficios estaban unidos a las --
escribanías públicas; además eran valuados, pregonados y rema-
tados por una llamada superintendencia general; era obliga---

(100).-GOMEZ DE LA SERNA, Pedro.-La Ley Hipotecaria-
Madrid.-Imprenta de la Revista de Legislación
1862.-T. I

(101).-Idem.-

(102).-PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.-Histo-
ria de la Escribanía en la Nueva España y el
Notariado en México.-México.-U.N.A.M.-1983.-
F. 71

(103).-Idem.-F.72

ción de estos escribanos llevar libros separados de cada uno de los pueblos de su jurisdicción, distribuyéndose los asientos por años, encuadrando los libros y foliánolos; se concedían veinticuatro horas a los escribanos anotadores de hipotecas a fin de que, recibido algún instrumento que tenga hipoteca especial de bienes, lo registrasen, si así procediese, siendo que en caso contrario se le privaba del oficio; por otra parte el instrumento a registrar debía ser la primera copia que el escribano diese. Por registrar los instrumentos se pagaba un peso; (104)

Ahora bien, las últimas disposiciones en esta materia dictadas antes de ser consumada la independencia fueron la circular de 22 de enero de 1816 y la orden de 20 de mayo de 1821(105)

Por otra parte, y una vez consumada la Independencia de México, en el año de 1821, los legisladores de aquella época expidieron diversas leyes tanto constitucionales como de derecho privado; sin embargo éstas no constituían verdaderos códigos, lo que originó que fuesen los particulares quienes realizaran dicha codificación, a este respecto dice el jurista Gregorio Castellanos Ruiz: "Algunos particulares conducidos por su amor al estudio y por el deseo de hacer de alguna manera fácil el despacho de los negocios, que se había hecho tan difícil ante la multitud de leyes sueltas, se dedicaron a formar colecciones con permiso del gobierno." (106)

De esta forma tenemos la Obra de Don Juan Rodriguez de San Miguel publicada en 1850 y que es según lo explica su autor en la introducción: "un libro completo de todos los procedimientos Judiciales adoptados y puestos en ejecución en los tribunales de la República..." (107)

Los principios que regían el proceso están explicados a lo largo de esta Obra y los cuales correspondían a los de las Siete Partidas, así como a las leyes recopiladas en --

(104).--PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.--Opus Cit.--FP. 72 a 77

(105) Idem.--P. 79

(106).--CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.--Opus Cit.--P.160

(107).--RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.--Curia Filipinica Mexicana.--México.--U.N.A.M.--1978.--Ed. Fag. similar de la de 1850.--P.311

Castilla. De esta forma tenemos que la cosa que se demandaba debía ser cierta y determinada y no genérica e indefinida; - este principio también lo encuentro en la Partida Tercera, - Título 2, leyes 15 y 25, lo que demuestra el antecedente de nuestra legislación. Además, como otro principio establecido en esta Curia Filipica Mexicana se encontraba el de que no debía demandarse sino precisamente lo que se debe, según lo establece la Ley 549 de la codificación que se cita, en su Parte Trimera.

Ha quedado establecido que la constitución de la -- Hipoteca requería de ser anotada en los libros de los escribanos anotadores de hipotecas, tomando los datos necesarios del instrumento enviado por el escribano originario, por lo tanto y al contenerse la deuda y su garantía en dicho documento, - debo decir que se le aplicaba, para su ejecución judicial, - las disposiciones relativas del juicio ejecutivo, mismo que - se reglamenta en la Curia Filipica Mexicana.

En efecto, Don Juan Rodriguez de San Miguel dice -- acerca del juicio ejecutivo: "Uno de los juicios sumarios es el ejecutivo, el cual ha sido introducido en favor de los --- acreedores para por su medio conseguir el pago de sus créditos sin las dilaciones del ordinario, atendiendo a la verdad y a la equidad." (108)

Si se quiere atender a la verdad y a la equidad para que proceda este juicio, la deuda deberá constar en algún instrumento que la ley le haya concedido fuerza para producir ejecución, en virtud de la evidencia con que prueban la responsabilidad del deudor; Estos conceptos los expresa Don Juan Rodriguez de San Miguel en su citada Obra. (109)

Fues bien, es necesario un instrumento que traiga - aparejada ejecución, veamos cuales son esos instrumentos y si en alguno de ellos cabe la hipoteca.

Como Primer instrumento que trae aparejada ejecu--

(108).--RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.--Opus Cit.--P.290

(109).--Idem

ción tenemos: La Sentencia que se declaró en autoridad de cosa juzgada; Segundo: La ejecutoria dada por el Tribunal Superior competente, ya sea confirmando o revocando la sentencia del Juez inferior; Tercero: La Confesión de la deuda hecha en juicio; Cuarto: los conocimientos, vales y papeles simples después de reconocidos con juramento ante el Juez; Quinto: el Instrumento Público o auténtico que hace fe; es aquí donde en cuento el elemento indicador de que si la hipoteca constaba en un instrumento otorgado ante el escribano y que aquél era enviado ante el escribano anotador de hipotecas, debo considerar este instrumento como público y en consecuencia como instrumento que trae aparejada ejecución.

Además, el autor que vengo citando dice que: "Las transacciones ante escribano aparejan ejecución..."(110)

En resumen, La hipoteca constaba en un instrumento otorgado ante escribano, el cual era enviado posteriormente ante anotador de hipotecas, por lo que traía aparejada ejecución y era susceptible de hacerse valer ante los Tribunales, por la vía ejecutiva, que como se señaló (Supra página 45) era un proceso sumario. De igual forma estas disposiciones están contenidas en la Tercera Partida, Título 18, Ley 54.

Veamos sucintamente quiénes podían pedir ejecución, las cosas que podían ser embargadas, los trámites del procedimiento ejecutivo, la oposición del demandado, la Sentencia de remate y la citación de remate.

De conformidad con lo establecido en la Curia Filípica Mexicana podían pedir ejecución: todos los que puedan comparecer en juicio o por medio de apoderado; el socio por las deudas de la compañía; el marido por la dote de su mujer; el heredero del acreedor, los albaceas, legatarios y fideicomisarios; el fiador por lo que pagó por el deudor principal; En esta legislación podía ser ejecutado no sólo el deudor que contrajo la obligación sino también su heredero; además se autorizaba proceder en contra del poseedor de la cosa litigiosa

sa. Por lo que concluyo que en tratándose de la cosa hipotecada que pasaba a manos de persona diversa del deudor, se podía demandar a ese poseedor, lo que significa en este caso la -- existencia de la característica reipersecutoria de la actual acción Hipotecaria.

Los trámites seguidos en este juicio ejecutivo desde la demanda hasta la oposición del demandado son los siguientes: El procedimiento empieza por demanda acompañada del certificado de haberse intentado inutilmente el acto de conciliación; además, deberá acompañarse del instrumento ejecutivo que el actor tuviere a su favor; veamos en palabras de Don Juan Rodríguez de San Miguel esta tramitación: "...Haciéndose... la relación de los hechos y del derecho de ejecutante, se ha de pedir que se libre el correspondiente mandamiento de ejecución contra los bienes del deudor, por la cantidad que se adeude..." (111)

El juez debía cerciorarse de la ejecutividad del Título presentado por el actor, pudiéndose negar a dictar ejecución en caso de considerar que no tiene lugar. Pero en caso de estar convencido de que el instrumento presentado sí es ejecutivo, debía dictar un auto; este auto debía contener lo que nos explica el autor citado: "...debe dictar un auto, en que habiéndolo por presentado mande despachar el correspondiente mandamiento contra los bienes del deudor, y en particular contra los especialmente hipotecados al pago de la deuda..." (112)

La anterior cita confirma sin lugar a dudas que la vía para tramitar un juicio hipotecario era en 1850, la vía ejecutiva y al efecto el mismo autor señala: "Si hay alguna cosa especialmente hipotecada al cumplimiento de la obligación, se hace en ella la traba, según anteriormente, dejamos indicado; pero esto no impedirá que pueda hacerse también, si aquella no fuese suficiente, en los demás bienes del deudor." (113)

(111).--RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.--Opus Cit.--P.302

(112).--Idem.

(113).--Ibidem.--P.303

La disposición anteriormente citada se encuentra de igual forma establecida en la Novísima Recopilación, Libro 11 Título 30, Ley I.

¿Qué persona ejecutaba el mandamiento del Juez?, Don Juan Rodriguez de San Miguel dice: "El mandamiento ejecutivo-firmado por el juez y el escribano, se entrega al actor, ó -- con su consentimiento á un alguacil, pues de lo contrario sería nula la ejecución. En el día, que los juzgados tienen ministros ejecutores natos, al que lo fuese de cada juzgado se le entrega el referido mandamiento, El alguacil ó ejecutor -- acompañado del escribano pasa a casa del deudor, y si le halla le requiere que pague inmediatamente la deuda, ó de lo contrario designe bienes muebles y en su defecto raíces en que hacer la traba..." (114)

Veamos lo que dice el autor citado sobre las cosas-hipotecadas: "Si hay alguna cosa especialmente hipotecada al cumplimiento de la obligación, se hace en ella la traba, según anteriormente dejamos indicado; pero esto no impedirá que pueda hacerse también, si aquélla no fuese suficiente , en los demás bienes del deudor." (115)

Esta facultad, otorgada al actor, de poder trabar -- además, del bien hipotecado, otros bienes diversos, es excesivamente benéfica para el acreedor y perjudicial para el deudor. Pero no es sólo esta disposición la que afecta grandemente al deudor sino que a lo ya dicho hay que agregar que : "La Ley, no satisfecha con prevenir la traba y el embargo de los bienes del ejecutado, dispone también, que éste dé fianza de saneamiento , ésto es que responda un fiador, de que los bienes embargados pertenecen al deudor, y que serán suficientes para el pago de la deuda y de las costas procesales..."(116)

No conforme con estas sanciones en contra del deudor, el Legislador de la época estableció que si alguna persona no pudiese otorgar dicha fianza debería ir a parar a la -- cárcel, lo cual coloca al deudor en completo estado de desven

(114).--RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.--Opus Cit.--P. 303

(115).--Idem

(116).--Ibidem

taja con relación al acreedor. Sin embargo el autor citado trata de minimizar los efectos de esta disposición diciendo: "Nosotros teniendo en cuenta lo mucho que las leyes habían extendido este privilegio (#), en términos, de poder decirse que gozaban del todo el que no fuese vago, como lo tenemos en otra parte advertido, y además, que según el artículo 150 de la constitución federal, nadie puede ser detenido sin que haya semiplena prueba ó indicios de que es delincuente, juzgamos que en el día no hay necesidad de la prestación de aquella fianza, y en efecto se omite en todos los juicios de esta clase: teniendo sólo lugar si la traba se ejecuta en cualquier cosa insignificante y sólo por mera formalidad..."(117)

La secuela del procedimiento continuaba de la siguiente forma: "Posteriormente a la traba, se notifica al demandado el estado de ejecución, asentándose la hora de la misma; Al hacerse esta notificación se le apercibe al demandado que si no paga en las siguientes setenta y dos horas tenía que pagar, además, la décima y costas. Agragándose a esto la notificación del pronunciamiento de los pregones."(118)

Conviene esclarecer qué era la décima que estaba obligado a pagar el deudor en caso de no cumplir con su obligación setenta y dos horas después de habersele notificado y naturalmente antes de que éstas transcurrieran; De esta forma el Tratadista José Luis Soberanes y Fernández dice sobre la décima: "Esta era una costa judicial, consistente en el 10% del embargo, en beneficio del ministro ejecutante."(119)

Los pregones se debían dar de nueve en nueve días en tratándose de bienes inmuebles, por tres veces en el lugar del juicio y por una vez en los demás lugares.

Posteriormente, venía la citación a remate, que consistía en: "...Hacer saber al deudor, que si dentro de tres días contados desde la notificación, no comparece en juicio á alegar pago, u otra escepción legítima, se procederá a dictar sentencia y á la enagenación de los bienes embargados por

(#).-El privilegio a que alude el autor consistía en que se tratase de persona que no pueda prenderse por deuda puramente civil.

(117).-RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.-Opus Cit.-P. 303

(118).-Idem

(119).-SOBERANES Y FERNANDEZ, José L.-Historia del Juicio Ejecutivo Civil.-México.-U.N.A.M. 1977
P. 61

la cantidad que se adeuda, décima y costas causadas y que se causen hasta su efectivo pago."(120)

Esta citación debía ser personal, ó por medio de cédula si no fuese hallado o por exhorto si se hallase ausente Y al decir ausente esta Ley entiende que tenga residencia en otra población.

Después de hecha la citación puede ser que el demandado se presente a juicio en el término de tres días contados a partir de que se hizo la citación de remate; sin embargo cabe preguntarse ¿Qué sucede si el demandado no se presenta a oponerse al remate?, la respuesta la da Don Juan Rodriguez de San Miguel al decir que: "...si el demandado los deja pasar sin oponerse, a pesar de habersele acusado una sola rebeldía el Juez ha de pronunciar de remate, y llevar adelante la ejecución." (121)

Ahora bien, en el caso de que el demandado sí se oponga al remate se dictaba un auto en el que se admitía la oposición y, dice el mismo autor: "...se encargaba a ambas partes los diez días de la ley, para que dentro de ellos aleguen y justifiquen lo que respectivamente les corresponda: este término recibe el nombre de término del encargado..."(122)

Al parecer en este término se le entregaba materialmente el expediente a las partes; lo que deduzco del siguiente párrafo de Rodriguez de San Miguel: "...y de aquí dimana también que el deudor puede renunciarlo, y que á él se haga primeramente la entrega de los autos;" (123)

Una vez los autos en manos del deudor, éste debía formalizar su oposición alegando que el título no era ejecutivo, ó que sí lo era pero que quedó desvirtuado por circunstancias posteriores. Estas excepciones podían ser la de pago y el pacto de no pedir.

De las excepciones opuestas por el demandado se da-

(120).--RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.--Opus Cit.P.303

(121).--Idem.--P.305

(122).--Ibidem.

(123).--Locus Cit.

ba traslado al actor, el cual podía contestar lo que creyese conveniente y al igual que el demandado, ofrecía pruebas. Las que se practicaban en un plazo de diez días.

"Transcurrido el término de los diez días, y hecha publicación de probanzas, las partes pueden pedir entrega de los autos, que se verifica por su orden, primero al actor y después al reo, para que se instruyan y formen sus alegatos" (124)

Finalmente, se cita a las partes a sentencia y se pronuncia condenando o absolviendo al demandado. Si es condenatoria se llama Sentencia de Remate. "...En la que se declara estar bien trabada la ejecución, y se manda llevar adelante hasta hacerse trance y remate de los bienes embargados." (125)

Toca ahora examinar los Códigos de Procedimientos Civiles que estuvieron vigentes en el siglo pasado y que por lo mismo constituyen antecedentes del actual; estos códigos que examinaremos son: el de 1872, así como sus reformas del año 1880, y finalmente el de 1884.

Enseguida paso a exponer el origen del Código de Procedimientos Civiles de 1872, así como su contenido en cuanto al juicio materia de esta Tesis.

Sobre este particular el Tratadista Gregorio Castañanos Ruiz dice: "Según la memoria de Justicia de 15 de Septiembre de 1873, tan pronto se concluyó y fue iniciado ante el Congreso el proyecto de Código Civil, se nombró por el Ministerio de Justicia la comisión que debía formar el Código de Procedimientos Civiles, el cual tenía que estar basado sobre aquél, y debía ser complemento necesario.

"Aunque fueron varias las personas á quienes se encomendó este trabajo, no todas pudieron consagrarse a él, y la Comisión quedó definitivamente compuesta de los C.C. Lics.

(124).-RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan.-Opus Cit.-P. 306.

(125).-Idem.-P. 307.

José María Lafragua y Mariano Yañez, que fueron los que formaron el citado código, funcionando como secretario el C. Lic. Joaquín Eguía y Liz.

" En junio de 1872, la Comisión presentó concluido - el proyecto;...El Gobierno revisó detenidamente el proyecto - de la Comisión, y haciendo uso de la facultad que por decreto de 9 de Diciembre de 71 le confirió el Congreso para la expedición de dicho código, lo promulgó como ley del Distrito - Federal y Territorios de la Baja California, previniendo que - comenzaría á regir desde el 15 de septiembre de 1872..."(126)

Una vez que ha quedado establecida la forma en que se originó el Código de 1872, analicemos su contenido en relación al juicio Hipotecario.

Este Código lo designa con los términos de Juicio - Hipotecario, y lo reglamenta en el Capítulo IV del Título -- VIII.

Dicho capítulo comienza con el artículo 951, el cual establecía la vía sumaria para tramitar el juicio hipotecario.

Por otra parte, los juicios que tuviesen por objeto la constitución, ampliación o división de una hipoteca, el pago y la prelación del crédito que la hipoteca garantice, así como el registro o cancelación de la misma, debía tramitarse por la vía indicada.

En cuanto a la constitución, ampliación o división de una hipoteca, así como el registro y cancelación podían - presentarse como incidentes dentro de un juicio ordinario, pero siempre debían tramitarse por la vía sumaria y, como dice - textualmente este código de 1872, el juicio ordinario civil - debía seguirse por cuera separada.

De lo dicho se desprende que el pago y la prelación del crédito hipotecario era en realidad el contenido del juicio hipotecario, pues los otros casos podían ser materia del

juicio ordinario, también. (art. 952)

Esta ley determina, repitiendo lo ya dicho en el artículo 951 que en tratándose de la constitución, ampliación, división, registro y cancelación de una hipoteca, el juicio se substanciará conforme al capítulo I del Título VIII. Pues bien, el capítulo indicado establece las disposiciones generales relativas a los juicios sumarios y por lo tanto esta disposición resulta inútil, pues desde el primer artículo quedó establecida la vía sumaria como la indicada para el juicio hipotecario. (art. 953)

Más adelante, el código establece que se seguirá su mariamente el juicio para el pago o la prelación de un crédito hipotecario, siempre que éste conste en escritura pública debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o que deba anticiparse conforme a lo prevenido en diversos artículos del Código Civil de 1871. (art. 954)

Una vez que se presentaba la demanda, acompañada del instrumento respectivo, el juez proveía ordenando se notificara al demandado y otorgándole un plazo de tres días para contestar la demanda y oponer excepciones. (art. 955)

En este juicio no se decretaba embargo, sino que el juez ordenaba expedir la cédula hipotecaria, inmediatamente después de presentada la demanda. El contenido de esta cédula era una relación sucinta de la escritura y agregando el siguiente párrafo: "En virtud de las constancias que preceden, queda sujeta la finca... de la propiedad de... á juicio hipotecario; lo que se hace saber á las autoridades y al público, para que no se practique en la mencionada finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria ó cualquiera otra que entorpezca el curso del presente juicio y posesión interina, que por este auto se confiere al C. (aquí el nombre del actor).

Lo antes dicho se entendía siempre salvo mejor dere

cho de tercero.

La cédula hipotecaria se fijaba en lugar aparente - de la finca, dando fe el escribano y se publicaba en el diario oficial.(art. 959)

En el caso de que la finca no se encuentre en el lugar del juicio, se libraba exhorto al juez de la ubicación, - para que mande fijar la cédula y la haga publicar en el periódico de la población; para el caso de no haber periódico, fijaba una copia autorizada en la puerta del juzgado y otra en la de las casas consistoriales. (art. 960)

Una vez fijada la cédula hipotecaria se consideraba al deudor como 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 debían considerarse como - inmovilizados y formando parte de la finca. (art. 961)

Aquel deudor que no aceptaba la responsabilidad de depositario, entregaba la tenencia material de la finca al -- actor o al depositario que éste nombrare. Cada mes el deudor o el depositario, según el caso, tenían deber de presentar la cuenta de los esquilmos y demás frutos de la finca y de los - gastos erogados en la administración. Esta cuenta estaba sujeta a la aprobación o desaprobación del juez. Así en caso de - que no se rindiera esta cuenta o no fuese aprobada, el depositario era separado de la administración. (arts. 962,963,964, y 965)

Todo lo relativo al depósito se tramitaba como incidente y en forma sumaria; al parecer se entiende vía sumaria para los efectos del término para que las partes manifestaran lo que a su derecho conviniera, es decir tres días. El depositario, además, debía tener bienes raíces en el lugar del juicio; este requisito lo debemos entender en el caso de que el deudor y depositario no fuesen la misma persona. (arts. 966 y 967)

En relación a esta disposición citaré el comentario que el Lic. Carlos R. Mercado escribió, de su puño y letra, - al margen del ejemplar del Código que se analiza, mismo que - tuve a la vista y el cual dice: "esta circunstancia hace muy difícil en la práctica el nombramiento de depositario; la antigua jurisprudencia sólo exigía que fuese lego, llano y abonado a juicio del juez"; la circunstancia a que se refiere el Lic. Mercado lo es el requisito de que el depositario tuviese bienes raíces en el lugar del juicio.

Por otra parte, el depositario y el actor eran responsables solidariamente por la administración de los bienes (art. 968); A este artículo le corresponde el siguiente comentario que hace el citado profesional de la abogacía: "cuando el actor hubiere nombrado al depositario, pero no en otro caso"; lo que significa que actor y depositario respondían solidariamente en el caso de que aquél hubiese nombrado a éste.

Una vez expedida la cédula hipotecaria, no podía verificarse en la finca hipotecada ninguno de los actos en aquélla expresados, sino en virtud de sentencia ejecutoriada anterior en fecha a la demanda que ha motivado la expedición de la cédula, o de providencia dictada a petición de acreedor de mejor derecho. (art. 969)

Posteriormente, y dentro del término de tres días, cada parte nombraba un perito valuador. (art. 970) Para regular el avalúo debían tomarse en cuenta las siguientes consideraciones: el estado de la finca, su ubicación, su renta o frutos y las demás necesarias. (art. 972)

En el caso de que el demandado se rehusara a nombrar perito, el actor podía pedir certificado a la oficina de contribuciones, del valor sobre el cual se paguen las de la finca y con ese valor se consideraba para el remate. (art. 973)

Pero, ¿Qué sucedía si en la oficina de contribuciones no se encontraba registrado valor alguno para esa finca?

Aquí, aprovecho nuevamente, las anotaciones marginales manuscritas por el Lic. Mercado, y que dicen: "si en la - oficina de contribuciones no hubiere la constancia, hará el - nombramiento el juez como correspondía hacerlo al demandado."

Fijado el valor por los peritos o del modo que se - ha expresado en el artículo que precede, se sacará la finca a remate pregonándose tres veces de diez en diez días. (art. -- 974)

Dicen las anotaciones marginales : "se pregonará la finca de diez en diez días, reservándose el remate para cuando se pronuncie la sentencia, según expresa el art. 986."

Veamos pues, que dice el artículo 986 : "Si el juez de primera instancia ha declarado que procede el remate; se - verificará éste en día fijo, que se señalará dentro de los -- ocho siguientes a la notificación del fallo."

En consecuencia, resulta falso que la finca se sa- que a remate una vez que se ha fijado el valor del inmueble, pues, como acertadamente lo señala la nota marginal, el rema- te debía reservarse para después de pronunciada la sentencia.

Las diligencias ya señaladas se practicaban indepen- dientemente de las excepciones que opusiere el demandado, al contestar la demanda, (art. 975) Estas excepciones, que podía hacer valer el demandado, estaban limitadas en el cóuigo que ocupa nuestra atención y de tal forma las enunciaba dicha ley: Primera.-La de pago, fundada en certificación del registro -- por la cual conste que la escritura está cancelada; Segunda.- La de falta de personalidad en el acreedor; Tercera.-La de -- falsedad, cuando se funde en la circunstancia de haber alguna enmendadura o raspadura no salvada en el instrumento hipoteca- rio; Cuarta.-La de nulidad o prescripción de título hipoteca- rio. (art. 976)

Estas excepciones formaban cuaderno separado, a fin

de no entorpecer las actuaciones del cuaderno principal. (art. 977); A fin de probar estas excepciones se concedía el plazo de veinte días como máximo; (art. 978). Por otra parte estaba prohibido presentar a más de diez testigos sobre cada hecho - que se pretendiese probar. (art. 979); Estaba permitido alegar tachas, considerándose un término para probarlas no mayor de seis días. (art. 980)

Una vez que se realizaba la publicación de probanzas se concedían cinco días a cada una de las partes para que alegasen de bien probado. (art. 981). Transcurrido dicho plazo, se citará para sentencia, aun en el caso de que no se hubieren presentado los alegatos y sin necesidad de acusar rebel- día. (art. 982)

La sentencia que se dictaba además de declarar si - procede o no el remate, debía decidir definitivamente los derechos controvertidos. (art. 983)

Al decir este artículo que la sentencia debía deci- dir los derechos controvertidos, prevenía que ese conflicto - se ventilara posteriormente por otra vía, y así lo establece el artículo 1557 del mismo ordenamiento legal.

Una vez pronunciada la sentencia y en el caso de -- que declarase proceder el remate; ésta podía impugnarse me- diante el recurso de apelación, el que debía admitirse en el efecto devolutivo. (art. 984); pero, en el caso de que la sen- tencia declare la improcedencia del remate, entonces la apela- ción se admitía en ambos efectos. (art. 985)

Declarada la procedencia del remate debía fijarse - fecha para efectuarlo dentro de los ocho días siguientes a la notificación del fallo. (art. 986) Para evitar se verificase - el remate el demandado debía apelar de la sentencia; pero, el actor tenía la posibilidad de ejecutar la sentencia exhibien- do fianza. (art. 987)

Como ya quedó visto, el inmueble se sacaba a remate pregonándolo por tres veces de diez en diez días; mientras durase este término de pregonar, el juez debía aceptar todas -- las propuestas de compra; en las cuales el interesado debía -- manifestar lo siguiente: Primero.--Nombre, edad, capacidad legal, estado, profesión y domicilio del postor. Segundo.--Las -- mismas circunstancias respecto del fiador. Tercero.--La cantidad que se ofreciera por la finca. Cuarto.--Lo que se de al contado y los términos en que el resto haya de pagarse. Quinto.-- El interés que deba causar la suma que se quede reconociendo; Sexto.--La sumisión expresa al juez que conozca del negocio, -- para que haga cumplir el contrato. (art. 988)

Se exigía la firma del papel de abono, ante notario (art. 989).

El papel de abono reglamentado en esta ley es equivalente al actual contrato de fianza civil; de tal forma que aquél que firmaba el papel de abono, se constituía garante de las posturas, pujas y mejoras que haga el fiado, entendiéndose se que aquél renunciaba los beneficios de orden y excusión. -- (art. 990)

En el caso de haberse declarado en primera instancia que procedía el remate y en segunda instancia se revocaba esta resolución, se regresaban los autos al juzgado de origen después de lo cual se mandaba quitar la cédula hipotecaria y se devolvía la posesión al demandado, solicitando al depositario que rindiera cuentas en un plazo no mayor de treinta días (art. 992)

Si la resolución de segunda instancia confirma la -- sentencia de primera, se procederá a celebrar el remate. Una vez hecho lo cual se otorgaba la correspondiente escritura en favor del postor o del acreedor según el caso. (art. 993)

Dichas escrituras, ya sea de venta o de adjudicación -- contenían las cláusulas de la compra venta y en el caso de -- negarse el demandado a firmar dichas escrituras lo hacía el --

juez a nombre del demandado y en nombre de la ley. (art.994)
El Lic. Mercado en sus anotaciones marginales expresa que es innecesario decir que el juez otorgará las escrituras en nombre de la ley : "...porque siempre que una parte se niega a hacer aquello a que estaba obligado el juez lo hace en su nombre y puede suplir su consentimiento."

A continuación veremos una situación especial que reglamenta este código de procedimientos civiles de 1872 y que se ha venido repitiendo en los códigos posteriores, pero que ha sufrido infinidad de críticas. De tal forma, primero citaré los artículos relativos y posteriormente expondré la opinión del tratadista Cesáreo L. Gonzalez, quien se refiere expresamente a lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles de 1884, pero que por ser éste código transcripción del de 1872, en cuanto a esta circunstancia, son aplicables las críticas hechas a aquél.

Veamos que dicen estos artículos del código de 1872: En el caso previsto por el artículo 2060 del Código civil, no habrá lugar al juicio, ni a las almonedas ni a la venta judicial ; pero si habrá avalúo, a no ser que en el contrato se haya fijado precio a la cosa hipotecada. (art. 996)

La venta se hará de la manera que se haya convenido y a falta de convenio, por medio de corredores. (art.997)

El deudor podía oponerse a la venta, alegando pago o novación, constantes en escritura pública. (art. 998)

También podían oponerse a la venta el deudor y los hipotecarios posteriores, alegando prescripción de la acción hipotecaria . (art. 999)

La oposición no se admitía si no se promovía antes de que se presente al notario el contrato. (1000)

Del escrito de oposición se daba traslado al acree_

dor, por tres días, pudiéndose promover prueba; el juez citaba a una junta en la que oía los alegatos de las partes y dentro de los cinco días siguientes pronunciaba sentencia. (art. 1001)

Si se declaraba infundada la oposición, el deudor era condenado en las costas y además al pago de una multa del cinco por ciento del interés del pleito, cuyo importe se aplicaba por mitad al acreedor y a los establecimientos de beneficencia e instrucción pública. (art. 1002)

Cito a continuación la opinión de Don Cesáreo L. -- González:

El artículo del Código Civil : "...previene simplemente que pueden pactar deudor y acreedor hipotecarios, que se venda la finca sin las solemnidades judiciales, y aquel precepto del procedimiento que deberá observarse en este caso se avanza a disponer que no habrá lugar a juicio. ¿Pero es esto aceptable con arreglo a la razón y al derecho? veámoslo.

"Nadie se puede erigir en autoridad de su propia causa. For válida y muy eficaz que sea la hipoteca en la que se estipuló semejante pacto, no lo es tanto que no de lugar a juicio la acción para hacerla efectiva...

"El propio legislador lo reconoce, disponiendo en el mismo artículo y en los siguientes relacionados: I, que el deudor y los hipotecarios posteriores pueden oponer excepciones; y, II, que sí habrá lugar al avalúo. Mas para que esa oposición tenga lugar, se requiere juicio, y para el avalúo precisa la intervención de peritos, cuyo nombramiento y discernimiento del cargo y práctica de la diligencia, si los interesados no se convienen o el deudor lo rehusare, se necesita ocurrir al juez y muy lerto debe ser este funcionario que se allane a satisfacer esa pretensión del acreedor, pasando por alto el juicio y la sentencia.

"Curioso por demás resulta desde luego el caso en que sin demanda se empiece éso que ante todo es juicio, aunque no se quiera, con la oposición de excepciones que es en lo que consiste la contestación de la demanda, la litis contestatio y no sólo sino que convertida la oposición en demanda contra el acreedor que nada, en el orden judicial, ha promovido, se le corre traslado por tres días; pero ¿para que? - Como, pues, para que en contradicción con las excepciones -- opuestas, haga exposición de sus derechos; es decir ejercite la acción, que es en lo que consiste la demanda. ¡El actor -- arrastrado al litigio (no le llamaremos juicio; por el respeto y profundísimo que profesamos allá en lo mas recóndito del alma, a tan sabio legislador), por el demandado,"(128)

Hasta aquí el análisis del Código de Procedimientos Civiles de 1872, en lo relativo al Juicio Hipotecario.

Cabe señalar que el artículo 993 de este Código, -- dispone, además de lo indicado en la página 58 de este trabajo, que el remate del bien hipotecado debía llevarse a cabo -- conforme lo disponía el título XVII del mismo código. Este título estaba compuesto de dos capítulos, mismos que a continuación, y en forma breve, se citan.

El primer capítulo del título XVII del Código de -- Procedimientos Civiles de 1872, comienza con el artículo 1722 y dice que toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o en almoneda se sujetará a las disposiciones contenidas en este título.

Los remates debían ser públicos y se celebraban en el juzgado que era competente para la ejecución. (art. 1723)

Se otorgaba libertad a los postores para que hicieran sus propuestas y el juez debía otorgarles todos los datos necesarios.(1726) El día del remate el juez personalmente pasaba lista de los postores y concedía una hora para que se -- presentasen otros.(art. 1727) Una vez transcurriua la hora -- concedida el juez declaraba que se procedía al remate y que --

(128).-GONZALEZ, Cesáreo L.- Apuntamientos breves sobre Derecho Procesal Civil.-México.-Antigua Imprenta de Murgía.-1926.-T. IV.-Pp.160,161 y 162.

no se admitían nuevos postores.(art. 1726); posteriormente el juez examinaba las posturas presentadas y desechaba aquellas que no contenían postura legal y las que no estuvieren abonadas.(art. 1729); se prohibía que el postor comprara el bien por cuenta de otro y no manifestare el nombre de su mandante. (art. 1731);asimismo les estaba prohibido rematar por sí o por medio de tercera persona, al juez y al escribano, -- así como el ejecutante y el ejecutado. (art. 1732)

Las propuestas se anunciaban para que los postores las mejorasen; concediéndose un plazo de media hora para hacer las pujas, en el caso de que algún postor mejore la propuesta preferente. (arts. 1733 y 1734); Una vez pasada la media hora el remate era declarado,por el juez, cerrado.

El deudor podía librar sus bienes pagando, antes de celebrado el remate, principal y costas. (1735); Una vez fincado el remate se hacía entrega del precio y de la cosa y se extendía la escritura correspondiente. (art. 1736); en el caso de que el deudor se negare a extender la escritura, 'lo hará el juez de oficio, pero en caso de evicción ó saneamiento el responsable era el demandado. (art. 1737); después de otorgada la escritura y naturalmente el precio, el juez ponía en posesión al comprador. (art. 1738) pero para entregar esta -- posesión, debía citarse a los colindantes, arrendatarios y de más interesados, lo cual es innecesario. (art. 1739) Con el precio obtenido en el remate se pagaba al acreedor, hasta donde alcance. (art. 1740)

Enseguida cito el contenido del capítulo II del título XVII, y el cual se refiere al remate en juicio hipotecario.

En el caso de que en el contrato se haya fijado el precio en que una finca hipotecada haya de ser adjudicada al acreedor sin haberse renunciado la subasta, el remate se hará en una almoneda, teniéndose como postura legal la que exceda del precio señalado para la adjudicación y cubra con el -- contado el crédito. Si no hubiere postura legal se llevará -- desde luego, a efecto la adjudicación en el precio convenido. (art. 1747)

Si en el contrato se ha fijado precio a la finca hi

potecada sin convenio expreso sobre la adjudicación al acreedor, no se hacía nuevo avalúo y el precio señalado era el que servía de base para el remate. (art.1748)

Se entendía por postura legal, aquélla que cubría - las dos terceras partes del avalúo o del precio fijado en el contrato.

Si no hubiere postor el acreedor tiene derecho de - pedir la adjudicación por las dos tercias partes del precio - que en ella haya servido de base para el remate. En caso de - que hubiere varias posturas legales era preferida la que fue- se más alta y cubriera al crédito. (arts. 1753 y 1754)

En caso de existir varias posturas legales pero que no cubriesen el crédito con el contado , era preferida la que eligiera el acreedor. (art. 1755)

En caso de existir varias posturas legales que cu- briesen con el contado el crédito, era preferida la que ele- gía el deudor, pero si hubiese concurso la elección recaía en el síndico. (art. 1758)

El acreedor que se adjudicaba la cosa conforme a lo ya dicho, reconocía el resto del precio a los demás hipoteca- rios por tres años, o por cinco, al deudor en caso de no ha- ber otros hipotecarios.

Hasta aquí lo relativo al remate; resta únicamente citar los artículos de este código que se refieren a la acción hipotecaria, mismos que a continuación expreso; en sus aspectos más sobresalientes:

El artículo 30 del Código de Procedimientos Civiles del año de 1872 dice que el objeto de la acción hipotecaria - era: Primero.-el pago del capital garantido con la hipoteca y Segundo.-Su prelación.

Es oportuno hacer notar que esta Ley establece acer- tadamente como únicos supuestos en los que procede la acción hipotecaria, los relativos al pago y a la prelación del crédi- to que la hipoteca garantice; esta circunstancia debe tomarse en cuenta y relacionarse con lo que se expresa en el capítulo

tercero de esta Tesis.

La acción hipotecaria que se ejercitaba para hacer efectivo el pago del capital, tenía una duración de veinte -- años, los cuales se comenzaban a contar desde el momento en que se hacía exigible la obligación. (art. 31)

Por lo que toca a la duración de la acción hipotecaria que se ejercitaba para sostener la prelación del crédito se debía estar a lo establecido en el artículo 1988 del Código Civil de 1871.

Este artículo 1988 establecía que la hipoteca duraba el tiempo señalado por los contratantes y en el caso de -- haberse omitido este señalamiento, sólo duraba diez años. Por lo tanto, la acción hipotecaria que se ejercitaba para sostener la prelación del crédito duraba diez años.

Ahora bien, si dentro de un año contado a partir de la fecha que conforme al registro hubiere expirado el plazo legal o convencional de la hipoteca, el acreedor demandare en juicio el cumplimiento de la obligación, conservará la hipoteca la prelación que le corresponde según su inscripción. Pasado este tiempo sin haberse entablado demanda, el crédito ocupará en la graduación el lugar que siga al que hubiere sido -- registrado antes del día en que expiró el plazo legal o convencional de la hipoteca. (art. 33)

Posteriormente, en el año de 1880, el código que -- vengo citando, sufrió algunas reformas y adiciones y por lo tanto es procedente examinar las modificaciones que sufrió el juicio sumario hipotecario; para este fin recorro a lo escrito por Don José María Lozano en su exposición de motivos de -- las reformas, adiciones y aclaraciones hechas al citado código.

Dice Don José María Lozano que el artículo 954 del antiguo código y que corresponde al 892 del nuevo, fue adicionado con la mención del artículo 3218 del Código Civil.
(129)

(129).--LOZANO, José María. -- Exposición de Motivos de las Reformas, Adiciones y Aclaraciones hechas al Código de Procedimientos Civiles -- del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. -- México. -- Imprenta de Francisco Diaz de León. -- 1880. -- P. 118

El artículo antiguo establece que procede el juicio sumario hipotecario, en el caso de demanarse el pago o la prelación de un crédito hipotecario, siempre que éste conate en escritura pública debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o que deba anticiparse conforme a lo prevenido en los artículos 1477, 1962 y 1963 del Código Civil.

Como es fácil advertir, en el antiguo artículo no se menciona al artículo 3218; la razón de haberse adicionado, obedece al hecho de que dicho artículo ordena, que el capital del censo se hace exigible, aún antes del plazo convenido, -- por razón de quiebra, insolvencia del deudor o falta de pago de una sola de las pensiones. Lo que relacionado con el artículo 892 del Código Procesal, da por resultado que el plazo -- del crédito hipotecario debía anticiparse por las mismas razones que se anticipaba el capital del censo.

Toca ahora, señalar la razón por la que se reformó el artículo 959 del antiguo código, y el cual puede consultarse en la página 54 de este trabajo. Don José María Lozano dice: "Se adicionó el artículo, 959, 899 del Nuevo Código, ordenándose que la cédula hipotecaria se publicará también en el Notificador, y que se registrara en el Registro Público correspondiente, ésto es, en el del lugar de la ubicación de la finca hipotecada. Así se hace en los casos de embargo, y pareció que había igual o mayor razón para proceder de la misma manera en el juicio hipotecario." (130)

El artículo 960 del antiguo código y que puede leerse en la página 54 de este trabajo, corresponde al 900 del -- nuevo y fue adicionado en el mismo sentido que el comentado -- con anterioridad; previniéndose, además, que en todo caso se procederá como dispone la parte final del artículo 899, y que se refiere a la inscripción de la cédula hipotecaria en el -- Registro Público.

Corresponde ahora, señalar la modificación sufrida por el artículo 960, el que, en obvio de repeticiones, puede

consultarse en la página 54 de este trabajo.

Don José María Lozano (131) dice que a este artículo 960 y que corresponde al 900 del código de 1880, se adicionó en el mismo sentido que el artículo 959 y que ya quedó mencionado líneas arriba.

Por lo que toca al artículo 963 del antiguo código que puede consultarse en la página 54 de esta tesis, se reformó y se le asignó el número 903 en el código de 1880; dicha reforma según lo expresa Don José María Lozano consiste en : "...se adicionó agregandó á su fin: 'No obstante cualquier recurso interpuesto en el negocio principal'; la incidencia relativa al depósito y cuentas se sigue por separado, á efecto de no embarazar el curso del juicio; por lo mismo, el recurso que en éste se interponga no puede ser motivo para que el depositario y el deudor, en su caso, dejen de presentar la cuenta mensual de administración. " (132)

De conformidad con lo expresado por Don José María Lozano, debemos entender que la rendición de cuentas, a cargo del depositario, debía presentarse ante el Juez de Primera -- Instancia del negocio, aun cuando por haberse apelado, los -- autos radiquen ante el superior.

Por lo que corresponde al artículo 964 del código de 1872 y 904 del código de 1880, nos expresa Don José María Lozano: "...ordenándose que, aprobada la cuenta, se mande depositar en el Monte de Piedad los fondos líquidos que resultan. Esta prevención tiene por objeto evitar la acumulación de esos fondos en manos del depositario, y los peligros que de tal acumulación pueden resultar. " (133)

El artículo 964 del código de 1872 puede leerse en la página 54 de este trabajo.

Otro de los artículos reformados lo es el 967, que corresponde al 907 del código de 1880; la razón de su modifi-

(131).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P. 119

(132).-Idem.

(133).-Ibidem.

cación, citada por el Tradadista Lozano, indica que fue la Comisión encargada de estas reformas la que dió los siguientes fundamentos para llevarla a cabo: "La circunstancia de que el depositario deba tener bienes raíces en el lugar del juicio - hace difícil en la práctica su nombramiento. Por otra parte, no expresando el artículo 967, que así lo ordena, la cuantía en que deben tenerse dichos bienes, se da lugar a que se admitan como depositarios personas que, teniendo una pequeña finca de escaso valor, especulen con las depositarias, sirviéndoles la finca que tienen para desempeñar el cargo de depositarios simultáneamente en varios juicios y diversos juzgados. Así en efecto ha sucedido, según las noticias que han llegado á la Comisión, lo que por este motivo propone que se reforme el artículo de que se trata, expresándose que el depositario debe tener bienes raíces ó ser suficientemente abonado á juicio del juez. Muchas personas que carecen de propiedades raíces son sin embargo suficientemente abonadas, y este abono -- consiste en los recursos ó capital que poseen y en su buena reputación de probidad." (134)

Toca su turno al artículo 968 del código de 1872, -- visible en la página 55; este artículo corresponde al 908 del código reformado de 1880. La reforma sufrida por este artículo lo explica el autor citado de la forma siguiente: "El artículo 968 previene que el depositario y el actor son responsables solidariamente por la administración de los bienes. Algunas veces el depositario es el mismo demandado; otras es -- nombrado por el juez, y en ambos casos el actor no tiene responsabilidad alguna por la administración. Por este motivo la Comisión adicionó el artículo de que se trata, expresando que la responsabilidad solidaria del actor se produce cuando él -- hubiere nombrado al depositario. En ese caso, nada mas justo, que la solidaridad de esa responsabilidad." (135)

Uno más de los artículos reformados es el 973 que -- corresponde al 913 del código de 1880; veamos la razón que tuvieron los legisladores de aquélla época para reformarlo:

(134).-IOZANO, José María.-Opus Cit.-P.120

(135).-Idem.

"También se adicionó el artículo 973, agregando á su fin: 'Si en la oficina de contribuciones no hubiere la constancia respectiva, el juez hará el nombramiento que correspondía hacer al demandado'; Así en efecto, sucede respecto de -- las fincas urbanas del Distrito, que pagan su contribución en proporción á sus productos, y no á su valor del que por lo -- mismo no hay constancia alguna en las oficinas de contribuciones. " (136)

Acerca del artículo 974, visible en la página 56; - la Comisión encargada de la reforma le asignó el número 914, y del mismo comenta Don José María Lozano: "La nueva redacción... no altera su precepto, pero pareció mas propia. Se ordena, además, que la publicación se haga en el notificador y en otro periódico de mas circulación á juicio del juez. "(137)

El siguiente artículo que sufrió reformas es el 976 y quedó, en el código de 1880, como el artículo 916; de esta reforma dice el multicitado autor, al comentar una de las más importantes modificaciones y por lo mismo transcribo íntegras las razones que proporciona Don José María Lozano, y que fundamentan la reforma que a continuación se indica:

"El artículo 976, 916 del N.C., se reformó en los términos siguientes: 'El reo podrá alegar todas las excepciones que tuviere, probándolas por los medios que establece el artículo 536, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente', -- las razones de esta innovación en su parte fundamental, están expuestas por la comisión de 1875 de la manera siguiente:

" 'En el artículo 976 se ordena que sólo se admitirán al reo las excepciones que expresa. Estas son cuatro: Primera.--La de pago, fundada en certificación del registro por la cual conste que la escritura está cancelada; Segunda.--La de falta de personalidad en el acreedor. Tercera.--La de falsedad cuando se funde en la circunstancia de haber alguna enmendatura ó raspadura no salvada en el instrumento hipotecario; Cuarta.--La de nulidad ó prescripción del título hipotecario.

(136).--LOZANO, José María.--Opus Cit.--P.121

(137).--Idem.

" 'Como se ve, el artículo limita á cuatro el número de las excepciones que el demandado en juicio hipotecario puede hacer valer, y además limita la forma de esas excepciones como la de pago y la de falsedad, debiendo probarse la -- primera por el certificado del registro público, en que conste estar cancelada la escritura hipotecaria, y debiendo consistir la segunda en raspaduras ó entrerenglonaduras no salvas en el instrumento hipotecario. De esta manera, si la excepción de pago se justifica con la confesión misma del acreedor, ó si la falsedad del instrumento es radical porque el acreedor haya hecho registrar falsamente la hipoteca, fraude que prevé como posible el artículo 2039 del código civil, estas excepciones no comprendidas entre las que como sacramentales reconoce el artículo, no pueden admitirse.

" 'Por otra parte, de la sentencia pronunciada en el juicio hipotecario, no hay reversión al juicio ordinario -- como lo previene el artículo 1557: por consiguiente, dicha -- sentencia causa ejecutoria, tiene la fuerza de la cosa juzgada é impide un nuevo procedimiento. Además la sentencia, conforme al artículo 983, no sólo debe declarar si procede ó no el remate, sino que debe decidir definitivamente los derechos controvertidos.

" 'Se concibe bien que el sistema de nuestra antigua jurisprudencia se limitara á determinadas excepciones las que el ejecutado podía oponer en el juicio ejecutivo; las que no eran admisibles en este procedimiento, se le reservaba para otro juicio, para el juicio ordinario que, terminado el -- ejecutivo, podía intentar, pues la ley daba reversión á este juicio, y por esta razón era reconocido como un axioma el --- principio de que la sentencia pronunciada en juicio ejecutivo no causaba ejecutoria. Pero cambiado radicalmente este sistema, pues, como se ha dicho, en el establecido por nuestro código no se da reversión á la vía ordinaria y la sentencia pronunciada en el juicio hipotecario causa ejecutoria, no se alcanza la razón de justicia que pueda haber para limitar las excepciones que puede alegar el demandado, y para limitar aún las admisibles, si no se ajustan á la forma y manera de prueba que prescribe el artículo de que nos ocupamos.

" '...si la ley ha querido dar á los títulos hipotecarios todo prestigio para favorecer su fácil transmisión, y

hacerlos figurar como elementos en las transacciones civiles, inspirando á todos la confianza de que serán á su vencimiento fácilmente realizables, ha podido, sin duda, limitar el número de las excepciones admisibles; pero ha debido dejar al deudor el derecho de proponer otras en un nuevo juicio, dando reversión á él contra la sentencia pronunciada en el juicio hipotecario. Si no ha parecido conveniente esta reversión; si la sentencia pronunciada debe causar ejecutoria, y si esa sentencia no sólo debe declarar si procede ó no el remate, sino que debe decidir definitivamente los derechos controvertidos conforme el artículo 983, natural es que admitan al demandado todas las excepciones de su defensa, ora se dirijan á atacar el título hipotecario, ó la obligación á que la hipoteca sirve de garantía.'

"La salvedad que contiene la parte final del artículo reformado, es relativa á las excepciones de pago, de compensación, y de novación, de las cuales las tres primeras deberán probarse precisamente por confesión judicial ó con prueba documental, y la última por medio de instrumento público. Así lo dispone el artículo 917 que completa lo prevenido en el anterior." (138)

Aceptar que el demandado pueda oponer toda clase de excepciones es, sin duda, un acierto del legislador, y los motivos que expresa para haberlo hecho así, son correctos.

Uno más de los artículos reformados es el 980 del código de 1872 y que corresponde al 921 del nuevo código, el cual redujo de seis a cinco el término para probar las tachas, ajustándose con ello a lo prevenido para el juicio ordinario.

Ahora bien, por lo que toca al antiguo artículo 983 924 del código reformado veamos a continuación lo que sobre el particular dice Don José María Lozano:

"Si en la sentencia se declara que ha procedido el juicio hipotecario, se decide también definitivamente sobre --

los derechos controvertidos. Si por el contrario se declara - que no ha procedido el citado juicio, es decir, la vía hipotecaria, se reservan al actor sus derechos, sin decidir sobre ellos, para que los ejercite en la vía y forma, que correspondan, tales son, en su parte fundamental, las disposiciones que contienen los artículos 924 y 925.

"Supuesto que, como quedó establecido en el artículo 916 del nuevo código, el demandado puede oponer en estos juicios todas las excepciones que tenga, es evidente que de éstas unas se dirigen á atacar la forma del juicio, y otras á destruir la acción deducida por no existir la obligación que se demanda. En consecuencia, es muy posible que justificada alguna ó algunas de las excepciones de la primera especie, -- quede bien probado que no ha procedido la vía hipotecaria, en cuyo caso el juez deberá abstenerse de pronunciar sobre los derechos controvertidos, sobre el fondo de la obligación demandada, limitándose á dejar al actor sus derechos á salvo para que los deduzca en el juicio que corresponda; de manera -- que queda establecida en esta hipótesis la reversión á otro juicio en favor del actor.

"Si por el contrario, ninguna excepción se ha hecho valer, ni se ha justificado contra la forma del juicio, la -- sentencia no sólo debe declarar que éste ha procedido si no -- que debe decidir definitivamente sobre los derechos controvertidos, es decir, sobre el fondo de la obligación demandada. -- En tal supuesto, es posible que haya procedido la vía hipotecaria porque el instrumento contenga todos los requisitos que exige el artículo 892 del nuevo código; y, que sin embargo, -- el reo haya probado alguna de las excepciones que tienden á -- destruir la acción, en su fondo. En ese caso, el juez, declarando que ha procedido la vía hipotecaria, deberá absolver al demandado. Si por el contrario, ninguna excepción se ha hecho valer que destruya la eficacia de la acción deducida, la sentencia declarando, como en el caso anterior, que ha procedido la vía hipotecaria, condenará al reo al pago de la obligación demandada, y en ambos, juzgada ampliamente la acción en su -- forma y en su fondo, la sentencia es definitiva, causa instancia y no hay reversión á otro juicio ni en favor del actor ni en el del demandado. " (139)

Las consideraciones expresadas son de gran importancia debido a que como se verá mas adelante continúan vigentes en la actualidad y explican con amplitud los diversos casos - en que esta norma tiene aplicación.

El artículo 986 del Código de 1872 fue modificado - y se le asignó el número 928 en el Código de 1880; sobre este particular dice Don José María Lozano: "...se hizo una enmienda ordenándose que el remate se verificara en los términos -- que prescribe el título 18. En este lugar se establece todo - lo relativo á los remates. "(140)

Si bien es cierto que en el antiguo artículo 986 no se especificaba los términos del remate, también lo es que el antiguo artículo 993, es decir perteneciente al Código de -- 1872, sí ordenaba que el remate se celebrase conforme a los - capítulos I y II del título XVII, el cual reglamentaba los re - mates, tal y como ya quedó señalado en la página 61 de este - trabajo. *

El contenido del artículo 929 del Código de 1880, - fue adicionado como un elemento nuevo, en los siguientes tér - minos: "...si no se presentan al juicio antes de la ejecución de la sentencia el acreedor ó acreedores á que se refiere el artículo 895, se procederá conforme á lo dispuesto por el -- artículo 2062 del Código Civil. Este ordena que si el acree - dor, anterior en fecha, no se presentare en el período que du - re el concurso antes de que se pronuncie la sentencia de gra - duación, se hará vender la finca hipotecada y depositar el - importe del crédito hipotecario y de sus réditos, guardándose en lo demás las disposiciones relativas á los ausentes y las que para el caso de que se trata establezca el Código de Pro - cedimientos.

"Desde luego se percibe la analogía que hay entre - los casos de que hablan el artículo citado del Código Civil y el que bajo el número 929 del Nuevo Código se ha puesto en es - te capítulo. " (141)

(140).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P. 123

(141).-Idem.-P. 123

Otro artículo que sufrió reforma es el 987, que corresponde al 930 del nuevo Código; sin embargo contiene en el fondo el mismo precepto.

Veamos lo que sucedió al artículo 989, según lo explica Don José María Lozano: "En el 932 del nuevo Código, que corresponde a aquél, se determina que dicho papel de abono de be ser firmado ante corredor titulado, quien declarará conocer al que lo suscribe como abonado para el remate de la cosa, -- atento su avalúo. " (142)

El mismo autor señala que utilizar los servicios - del corredor otorga la ventaja consistente en la garantía de la eficacia del abono.

Por otra parte, se reformó el artículo 992 y se le asignó el número 935 en el Código de 1880. La adición hecha - a este artículo es la siguiente: "si el remate, se hubiere ya verificado, se observará en su caso lo dispuesto en el artícu- lo 1019. " (143)

La razón de esta adición la explica Don José María Lozano de la forma siguiente: "...habiendo adquirido la finca un tercero , cuyos derechos no pueden desconocerse ni anularse porque se revocó la sentencia de primera instancia, no es posible hacer al demandado la devolución de la finca; por cuya razón se ordena que se le indemnizará de los daños y per- juicios..." (144)

Esta reforma me parece inequitativa , pues conside- ro justa la forma en que los artículos 992 y 993 del Código - de 1872 reglamentaban esta situación. En efecto en dicho Códig- o se reglamentaban dos supuestos; en el artículo 992, se de- cía que en el caso de que el Superior revocara el fallo de -- primera instancia, se quitaba la cédula y se devolvía la pose- sión al demandado, entendiéndose que aquella estuviera en ma- nos del depositario; En el segundo caso, si el tribunal de se- gunda instancia confirmaba la sentencia de primera, entonces

(142).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P. 123

(143).-Idem.IF. 123 y 124

(144).-Ibidem.

y sólo entonces, se procedía a efectuar el remate.

Ahora bien, considero que si el demandado ha obtenido resolución favorable en segunda instancia, se le causó un grave perjuicio si se remata su inmueble antes de reconocerse esa resolución favorable a sus intereses, en razón de que una gran mayoría de las personas que se ven en la necesidad de recurrir a celebrar un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, lo hacen obligados por su difícil situación económica a lo que se agregaba la pérdida de su propiedad; todo lo cual es claramente legal, pero inequitativo. A este respecto cabe preguntarse ¿las cantidades que por concepto de daños y perjuicios, que se le pagarían al demandado que obtuvo sentencia favorable en segunda instancia, alcanzaban a cubrir el valor del inmueble y los gastos que debía hacer para resarcir su patrimonio?

Pienso que la solución apropiada consiste en tramitar la segunda instancia sin efectuar el remate, hasta que no se resolviera la misma; para evitar que el inmueble pasara a propiedad de un comprador en pública subasta.

En relación al artículo 994 del Código de 1872 y -- 937 del Código de 1880, sólo fue redactado en términos más -- claros y propios, según lo expresa Don José María Lozano.(145)

Por lo que toca al artículo 941 del Código de 1880, 998 del Código de 1872, dice el autor citado: "...se reformó concediendo al deudor el derecho de oponer todas las excepciones que tenga, y no sólo las expresadas en el texto vigente." (146)

En virtud de haberse expuesto ampliamente las razones de tal modificación, al tratar el artículo 976, me remito a lo dicho en la página 68 de este trabajo.

Otra más de las reformas, corresponde a la realizada al artículo 1002, 945 del código de 1880, dice el autor -- que vengo citando: "...se hizo una reforma, ordenándose que --

(145).--LOZANO, José María.--Opus Cit.--P. 124

(146).--Idem.

la parte de la multa que el texto vigente asigna á los establecimientos de beneficencia pública, se aplique á la junta de vigilancia de cárceles. Así pareció conveniente en consideración á la importante misión que por la ley tiene dicha junta, y a la escases de sus recursos. " (147)

Sin embargo, no todos estuvieron de acuerdo en que la junta de vigilancia de cárceles realizara una misión importante, además de considerar grave injusticia obligar al demandado a pagar una multa en el caso de que la oposición a la venta del inmueble prescindiendo de las solemnidades judiciales, resultare infundada.

Así lo expresa Cesáreo L. Gonzalez, quien se refiere a lo establecido en el Código de 1884, pero que, por ser este artículo igual al del Código de 1880, que estoy comentando, cabe señalar la exégesis hecha por dicho autor:

"Las condiciones onerosísimas de una hipoteca, en que se impone al deudor la privación de las ventajas de la publicidad de la venta en solicitud de postores, la cual venta puede hacerse por el acreedor, a quien se le proporciona la ocasión de sacar provecho en combinación con un supuesto comprador, y todavía mas, sin lugar a avalúo cuando en la misma escritura se ha fijado el precio, tal vez aceptado por el deudor, en fuerza de las angustiosas circunstancias en que se entra al constituir la hipoteca; denuncian a las claras que un contrato de tal manera documentado en esta forma, le ha sido otorgado a uno de tantos vampiros que se beben a sorbos la sangre de los menesterosos y que no se sacian hasta no consumirse el patrimonio de sus víctimas.

"Según los términos fijados al consabido negocio judicial de la oposición, en treinta y un días se tramita, y durante ese tiempo devengará el dinero de la usura réditos y el cinco por ciento del interés del negocio. ¡No es malo el negocio sólo comparable al de confiscación de bienes...sin duda por éso se hace participante de la grangería al fondo de cárceles. " (148)

(147).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P.124

(148).-GONZALEZ, Cesáreo L.-Opus Cit.-P.P. 164 y 165

Uno más de los artículos reformados es el 1003 del Código de 1872 y que corresponde al 946 del nuevo Código; esta reforma la explica de la siguiente forma Don José María Lozano : "...la sentencia en el incidente de oposición ... es apelable en ambos efectos cuando declara fundada la oposición y sólo en el devolutivo cuando la declara infundada. En este último caso, no obstante la apelación interpuesta y otorgada, puede seguir adelante el procedimiento: en el primero todo -- queda en suspenso hasta que el superior confirme o revoque la sentencia apelada. " (149)

Finalmente, se suprimió el artículo 1004, en virtud de que en toda clase de juicios la sentencia de segunda instancia causa ejecutoria.

Pasando al Código de Procedimientos Civiles de 1884 y con el fin de exponer las modificaciones sufridas por el -- mismo, en cuanto al juicio sumario hipotecario, busqué en diversas bibliotecas la exposición de motivos de este Código, -- sin haberla encontrado, pero, en cambio, encontré el siguiente comentario hecho por el Lic. Eduardo Pallares Portillo en relación a la indicada exposición:

"En 1884 se dió un Código de Procedimientos Civiles de esa fecha; su exposición de motivos aunque se tienen noticias de que fue formada, no se ha llegado a localizar." (150)

Por lo tanto, expongo a continuación los artículos modificados en este Código de 1884 y relativos al juicio sumario hipotecario.

El Código de Procedimientos Civiles de 1884 reglamenta el juicio hipotecario en los artículos 985 a 1014 inclusive.

El primer artículo, es decir, el 985 no sufrió reformas, pero cabe señalar el comentario que sobre dicho artículo hace Don Cesáreo L. Gonzalez :

(149).-LOZANO, José María.-Opus Cit.-P.124

(150).-PALLARES PORTILLO, Eduardo.-Opus Cit.-P.144

"En la primera de sus fracciones, indica después de la constitución y ampliación que sí establece el derecho positivo, la división de la hipoteca.

"Esto hace presumir con razón que puede alguna vez suscitarse contienda sobre esta materia de la división y que haya de ventilarse en juicio sumario.

"Consultadas todas las disposiciones del Código Civil sobre esto, no se encontrará alguna que, para reglamentarse en la Ley de los procedimientos judiciales, se haya de renunciarse entre los preceptos relativos a la substanciación del asunto. De todas estas disposiciones se desprende en resumen: "La hipoteca subsistirá íntegra (1837), mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantida..." La división es meramente potestativa y convencional; y por tanto, ni el acreedor ni el deudor tienen derecho de exigirla, luego tampoco hay acción para reclamarla en juicio alguno." (151)

El artículo 989 del Código de 1884, que corresponde al 955 del Código de 1872 y que no fue reformado en 1880, si se adicionó ordenándose que cada parte nombrase perito valuator dentro del mismo término de tres días concedido para contestar la demanda.

Sobre este artículo dicen los abogados Rafael Ortega y Alberto Vazquez del Mercado, refiriéndose a la contestación de la demanda:

"En los juicios hipotecarios, cuando no se contesta la demanda por el reo, debe darse por contestada la demanda - en sentido negativo y recibirse el juicio a prueba. Resultando segundo de la Sentencia de la tercera Sala de 18 de agosto de 1911 en el juicio de Berta y Angelina Fortuno contra Ricardo Barterrechea.-Diario de Jurisprudencia, tomo XXIV, Pág. 484." (152)

(151).-GONZALEZ, Cesáreo L.-Opus Cit.-PP. 152 y 153

(152).-VAZQUEZ DEL MERCADO, Alberto y ORTEGA, Rafael
.-Apuntes y notas sobre el Código de Procedimientos.-México.-sin editorial.-sin fecha.-
P.252

El artículo 993 del Código de 1884, que corresponde al 957 del Código de 1872 y que no fue reformado en 1880 se redactó en su parte final en forma diversa, suprimiéndose las siguientes palabras: "...y posesión interina, que por este auto se confiere al C. (aquí el nombre del actor)." Y se substituyeron por las siguientes: "...o viole los derechos en él adquiridos por el C. (aquí el nombre del actor). "

La nueva redacción es más clara y correcta, ya que este artículo dispone que a toda cédula hipotecaria se le incluirá un párrafo que indique la prohibición de practicar diligencias que perjudiquen al actor; pero en el Código antiguo se declaraba que los derechos del actor sobre la finca derivaban del auto que admitía la demanda y ordenaba la expedición de la cédula; siendo que estos derechos, en realidad, derivan de la hipoteca misma, tal y como lo reconoce el Código de 1884 en la modificación de que se trata.

El artículo 996 del Código de 1884, que corresponde al 961 del Código de 1872 y que no fue reformado en 1880, se le adicionó la autorización para que el acreedor solicitara al Juez la formación de un inventario de todos los objetos que deben considerarse inmovilizados y formando parte de la misma finca. Se dispuso que este inventario se agregaría a los autos.

Por otra parte el artículo 998 dispuso que el secuestro de la finca hipotecada se regía por las normas de las tercerías

Dentro de las normas relativas al Juicio Hipotecario de este Código de 1884 ya no se hace mención de las cuentas del depositario; lo que sí ocurría tanto en el Código de 1872 como en las reformas de 1880.

El artículo 999 del Código de 1884, que corresponde al 969 del Código de 1872 y que no fue reformado en 1880, se adicionó exigiendo la inscripción en el registro de la sentencia ejecutoriada anterior en fecha a la demanda que ha motivado la expedición de la cédula, para que pueda verificarse alguno de los actos que ésta prohíbe.

Cabe señalar que las disposiciones relativas al remate, y en especial a su publicación o a los pregones que debían hacerse de conformidad con el Código de 1872, se suprimieron en el Código de 1884.

El artículo 1003 del Código de 1884, que corresponde al 977 del Código de 1872 y que no fue reformado en 1880, señala que las actuaciones de aseguramiento y avalúo de la finca no se deberán interrumpir por motivo de las excepciones opuestas por el demandado; el de 1872 sólo habla de las actuaciones del negocio principal.

El Código de 1884 suprimió las disposiciones relativas al término de prueba y al término para probar tachas, así como al término de alegatos.

Este Código de 1884 establece un capítulo especial para los remates y en la sección que corresponde al juicio hipotecario remite al título X del Libro I del mismo ordenamiento legal.

El Código de 1884 omite lo relativo a la apelación en contra de la sentencia en juicio hipotecario, mientras que el Código de 1872 sí lo establecía expresamente.

El artículo 1007 del Código de 1884, que corresponde al 992 del Código de 1872 y que sí fue reformado en 1880, (ver páginas 58y 73); fue nuevamente reformado cambiando la indemnización que se le pagaría al demandado en caso de revocarse la sentencia de primera instancia que declaraba procedente el remate, por la entrega de la cantidad que por concepto de fianza hubiere exhibido el actor.

El artículo 1011 autoriza a oponer la excepción de prescripción de la acción hipotecaria, tanto al deudor como a los hipotecarios posteriores.

Cabe señalar que el deudor también podía oponer cualquier otra excepción que tuviere.

El artículo 1013 del Código de 1884, que corresponde al 1001 del Código de 1872 y que no fue reformado en 1880, establece un incidente para tramitar la oposición del demandado es decir, por razón de los términos se considera un incidente sin embargo, Don Casáreo L. Gonzalez expresa una opinión contraria a este criterio:

"Eso que reglamenta el artículo 1013 no es incidente; puesto que, por incidentes entiende la misma ley (artículo 861), las cuestiones que se promovieren en un juicio, y si no hay lugar a juicio, tampoco pueden sobrevenir cuestiones incidentales. " (153)

Hasta aquí el Código de Procedimientos Civiles de 1884, en lo relativo al Juicio Hipotecario. Es de hacerse notar que los artículos que no mencioné no fueron modificados y son copia del Código de 1872 o de su reforma del año 1880.

CAPITULO SEGUNDO

LA HIPOTECA

1.-CONCEPTO

2.-ELEMENTOS

3.-CARACTERISTICAS

4.-EFECTOS

5.-CLASIFICACION

6.-EXTINCION Y CANCELACION

1.-CONCEPTO

En este capítulo hago una exposición de la hipoteca considerada como derecho real y de sus diversos elementos y características. Para comenzar veamos algunas definiciones -- que sobre el concepto de hipoteca nos proporcionan varios estudiosos de la materia; posteriormente examino el concepto legal que contiene nuestro Código Civil.

Rafael de Pina considera a la hipoteca desde el punto de vista contractual y dice:

"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 éste 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. " (154)

Sobre la definición del Lic. Rafael de Pina cabe decir que es limitada; ya que sólo se refiere a una clase de hipotecas, olvidando que se puede constituir, también, por disposición de la ley o por acto unilateral.

Dice el Maestro Don Rafael Rojina Villegas en relación a la hipoteca:

"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. " (155)

De la definición anterior se desprende la naturaleza de derecho real de la hipoteca. En consecuencia es conve-

(154).-PINA, Rafael de.-Elementos de Derecho Civil Mexicano.-México.-Ed. Porrúa.-1974.-v-4.-P. 278.

(155).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Derecho Civil Mexicano.-México.-Ed. Porrúa.-1977.-T. VI.-V.II.-P. 350-

niente citar la definición de Derecho real para conocer ampliamente a la hipoteca; en este sentido dice Rafael de Lina que derecho real es la: "Facultad correspondiente a una persona - sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado contra quien aquélla pueda dirigirse. El derecho real es calificado como absoluto. " (156)

Otra definición de derecho real nos la da el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, al decir que:

"Es el poder jurídico que se ejerce, directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que autoriza el título legal, y es oponible - erga omnes. " (157)

A fin de precisar aún mas el concepto de derecho -- real cito la definición que corresponde a la Tesis Clásica ex puesta entre otros autores por Flaniciol y Ripert y la cual dice que el derecho real existe:

"...cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquiera otra." (158)

Fues bién la hipoteca confiere a su titular un poder jurídico para ser pagado con el valor del bien afectado y es oponible contra cualquier persona.

Para terminar de comentar la definición del Maestro Rafael Rojina Villegas relativa a la hipoteca, hago hincapié en que se refiere a los inmuebles, dejando entrever que también puede constituirse sobre muebles.

Finalmente, señalo el punto de vista del Maestro - Ernesto Gutiérrez y González, quien dice que:

"...debe verse a la hipoteca como un derecho real

(156).-FINA, Rafael de.-Diccionario de Derecho.- México.-Ed. Porrúa.-1978.-P.186.

(157).-GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.-El Patrimonio Pecuniario y Moral.-Iuebla.-Ed. Cajica.-1980.-P.194

(158).-FLANICOL y RIPERT.-Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.-Habana.-Ed. Cultura. 1946.-T. III.-P.42

que sirve para garantizar un derecho de crédito. " (159)

Sin perder de vista las definiciones citadas considero correcta y completa la que nos proporciona el Maestro Rafael Rojina Villegas.

A continuación expongo la definición legal de hipoteca y la crítica que de ésta hace el Maestro Ernesto Gutiérrez y González:

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

Sobre este artículo hace las siguientes observaciones Don Ernesto Gutiérrez y González:

"1o. El legislador al definirla ... se ubica en el punto de vista de la persona dueña de la cosa que se grava, y por ello determina que se trata de una garantía real...

"2o... si la hipoteca es un derecho real debió regularla en la parte segunda del Código, que es en donde trata la materia de los demás derechos reales.

"3o... si regula a la hipoteca como un contrato cuando menos eso debió decir en la definición... y afirmar que es un contrato por el cual se constituye un derecho real del mismo nombre..." (160)

2. ELEMENTOS

De conformidad con el Lic. Rafael de Pina (161) los elementos que intervienen en la constitución de la hipote

(159).-GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.-Opus Cit.-P. 434

(160).-Idem.

(161).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-PP. 278 a 281.

ca son de tres tipos: Personales, Reales y Formales.

Entre los elementos personales se encuentra el --- acreedor hipotecario, el deudor y además el tercero que puede hipotecar sus bienes en favor del deudor.

Al referirse a la persona que hipoteca sus bienes el autor que se cita dice: "...la capacidad para hipotecar co rresponde al que puede enajenar..." (162)

Además el copropietario puede hipotecar su porción indivisa, lo que resulta ser una innovación según lo explica el Maestro Rafael Rojina Villegas:

"el carácter divisible de la hipoteca en cuanto a - los bienes gravados...viene a desconocer la característica -- tradicional de indivisibilidad reconocida para dicho gravamen ..." (163)

Por lo que toca a los elementos reales, éstos son: la obligación asegurada y la cosa gravada.

Las cosas gravadas, es decir, los bienes susceptibles de hipotecarse son, en nuestra legislación, tanto los muebles como los inmuebles, según se desprende de la definición que da nuestro Código Civil y que ya quedó citado.

Don Rafael de Fina(164) dice que estos bienes deben ser susceptibles de registro y de enajenación. Pero, además de bienes muebles e inmuebles, que son bienes corporales, la hipoteca puede recaer sobre bienes incorporeales, tales como los derechos.

Estos derechos susceptibles de hipotecarse son generalmente los derechos reales (artículo 2903 del Código Civil) aunque ésto no significa que otra clase de derechos no puedan hipotecarse, según lo expresa Don Rafael Rojina Villegas:

"...aunque es cierto que el Código vigente no la li mita a los derechos reales sobre inmuebles, como es necesario

(162).-FINA, Rafael de.- Opus Cit.-P. 279

(163).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-P. 337

(164).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-P.

el registro de la hipoteca, para que surta efectos en perjuicio de tercero, consideramos que dicho gravamen para ser efectivo ... sólo puede constituirse sobre derechos reales inmuebles y sólo excepcionalmente sobre derechos reales muebles y créditos, cuando ambos son susceptibles de registro. "(165)

Por otra parte la hipoteca se entiende extendida, - aunque nada se diga al respecto, a las accesiones, mejoras y muebles incorporados al inmueble sobre el que recaiga la hipoteca.

Cabe agregar que los bienes que ya estén hipotecados, pueden nuevamente hipotecarse, aunque se haya estipulado la prohibición de volverlo a hacer. (artículo 2901)

Finalmente, dentro de este elemento real de la hipoteca, tenemos los bienes que no se pueden hipotecar y que son:

- 1.-Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca.
- 2.-Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios para su adorno y comodidad.
- 3.-Las servidumbres, excepto cuando se hipotecan junto con el predio dominante.
- 4.-El derecho que tienen los ascendientes a percibir frutos, sobre bienes de los descendientes.
- 5.-El uso y la habitación
- 6.-Los bienes litigiosos

Por último, los elementos formales de la hipoteca son: su otorgamiento debe ser por escrito y se debe inscribir en el Registro Público del lugar donde se halle el bien.

Así lo confirma Don Rafael de Pina al decir que:

"La hipoteca es considerada como un negocio de disposición formal, en el sentido de que en él el consentimiento sólo se entiende eficazmente manifestado cuando concurren los

requisitos de constar por escrito y el de la inscripción en - el Registro Público de la Propiedad. " (166)

Cabe señalar que nuestro Código Civil en forma obsoleta, permite que la hipoteca, así como otros derechos reales al momento de constituirse, puedan constar en documento privado cuando el valor del bien sea menor de quinientos pesos. (artículos 2317 y 2917)

3.- CARACTERISTICAS

En cuanto a las características de la hipoteca según lo explica el Lic. Rafael de Pina, son:

- a).-Accesoriedad
- b).-Indivisibilidad
- c).-Especialidad
- d).-Inseparabilidad
- e).-Publicidad

Por lo que se refiere a la accesoriedad dice Don Rafael Rojina Villegas:

"En nuestra legislación la hipoteca es un derecho real accesorio que sigue la suerte del derecho principal que garantiza..." (167)

Es oportuno señalar que en otras legislaciones, la hipoteca ha perdido su carácter accesorio, pues como quedó dicho en las páginas 15 y 16 de este trabajo, en Alemania existe, desde la Edad Media, una hipoteca substantiva, también llamada independiente o abstracta y la cual es definida por Guillermo Cabanellas de la siguiente forma:

"La carente de vínculo registral entre el crédito y la hipoteca que lo garantiza. En tal hipoteca, para fines de movilización territorial, se reserva al propietario el establecimiento del rango hipotecario. La hipoteca pierde así su

(166).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.-P. 281

(167).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-P.407

carácter accesorio para transformarse en un valor preferentemente económico. " (168)

Por lo que toca a Don Rafael de Fina, éste afirma que: "La accesoriedad de la hipoteca es consecuencia natural de su finalidad, es decir de su calidad de garantía del cumplimiento de una obligación." (169)

Otra de las características de la hipoteca lo constituye su carácter indivisible. Esta indivisibilidad de la hipoteca sólo se refiere al crédito garantizado, pero no se aplica en relación a los bienes gravados, los cuales sí son susceptibles de dividirse.

Así lo expone Don Rafael Rojina Villegas: "...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. " (170)

La característica de indivisibilidad es explicada por Joaquín Escriche del modo siguiente:

"La hipoteca es indivisible por su naturaleza; por lo que si el deudor paga parcialmente la deuda, la hipoteca sobre el bien subsiste plenamente. " (171)

Es claramente notorio que Joaquín Escriche no toma en cuenta los bienes sobre los que recae la hipoteca, y nada dice al respecto, limitándose al aspecto del crédito.

Don Rafael de Fina explica que la indivisibilidad: "Consiste en la extensión, totalmente, del derecho real de hipoteca al objeto de la garantía por él establecida. " (172)

Y agrega: "...el principio de la indivisibilidad no es absoluto en nuestro Derecho positivo civil..." (173)

(168).-CIBANELLAS, Guillermo.-Diccionario de Derecho Usual.-Buenos Aires.-Ed. Bibliográfica.-1974 T. II.-P. 535.

(169).-FINA, Rafael.-Opus Cit.-P. 281

(170).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-P. 418

(171).-ESCRICHE, Joaquín.-Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.-París.-Librería de Rosa Bouret.-F.802-1912

(172).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-P.284

(173).-Idem.

Son dos los casos principales en los que opera la división de los bienes gravados: al hipotecarse varias fincas al pago de un mismo crédito se deberá determinar por qué porción del crédito responde cada finca. (artículo 2912 Código Civil). Y en el caso de que una finca susceptible de ser dividida, se divida, se repartirá el gravamen entre cada una de las fracciones. (artículo 2913 Código Civil).

Por lo que corresponde a la especialidad explican los tratadistas José Gomis y Luis Muñoz : "Para que haya hipoteca es necesario que se especifiquen y determinen taxativamente los bienes sobre los cuales se constituye.

"...afecta también a la cantidad garantida y a sus intereses si se pactaron; y en consecuencia se deberá indicar taxativamente el monto de esa cantidad..." (174)

Sobre la especialidad dice el Lic. Rafael de Pina: "La determinación significa que la garantía hipotecaria sólo puede recaer sobre bienes determinados y por cantidad también determinada. " (175)

Otra definición sobre la característica de especialidad la proporciona Don Rafael Rojina Villegas, quien dice:

"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. "(176)

Tal y como lo señala el Maestro Rojina Villegas, la hipoteca contemporánea se caracteriza por su especialidad, pero debo señalar que no siempre ha sido de esta forma, pues como indiqué en la página 7 de este trabajo la hipoteca en Roma era general, es decir gravaba todos los bienes del deudor, -- presentes y futuros; posteriormente por influencia del derecho Alemán adquirió la característica de especialidad.

(174).-GOMIS, José y MUÑOZ, Luis.-Elementos de Derecho Civil Mexicano.-México.-Edición de los autores.-1943.-FF. 487 y 488

(175).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.-P. 285

(176).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-T. VI.-V. II.-PP. 353 y 354

Esta característica de especialidad de la hipoteca se encuentra regulada en el artículos 2919 del Código Civil vigente.

Como se desprende de la lectura de los tres comentarios anteriores, la especialidad no sólo significa que los bienes, sobre los que recae el gravamen, sean determinados.- sino que además el crédito que garanticen debe ser, también, determinado ya que no es posible constituir una hipoteca - que garantice créditos indeterminados. Esta prohibición también, se estipula en el artículo 2919 del citado Código.

En cuanto a la inseparabilidad de la hipoteca Don Rafael de Pina entiende lo siguiente:

"El derecho real de hipoteca constituye un gravamen inseparable del bien hipotecado.

"La inseparabilidad...representa la adherencia de ésta al bien hipotecado en tanto que el gravamen subsista, - aunque pase a poder de tercero..."(177)

Es oportuno señalar que la inseparabilidad equivale a la característica reipersecutoria de la acción hipotecaria, la inseparabilidad es el aspecto substantivo, la reipersecutoriedad es el aspecto adjetivo.

Don Rafael Rojina Villegas dice:

"...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 (178)

Los Señores Licenciados José Gomis y Luis Muñoz dicen:

(177).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.- P. 286

(178).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Opus Cit.-P 423

"La inseparabilidad es la adherencia de la hipoteca al bien que ha sido gravado..."(179)

Por último esta característica se encuentra regulada en el artículo 2894 del Código Civil vigente..

Para finalizar esta tercera sección del Capítulo Segundo, veamos la característica de publicidad de la hipoteca, que es de gran importancia:

Sobre la publicidad Rafael de Fina dice:

"La publicidad es un requisito esencial del derecho real de hipoteca, que se lleva a efecto por medio de la inscripción en el Registro de la Propiedad." (180)

Esta publicidad se debe entender esencial en tratándose de gravamen hipotecario de Derechos Reales sobre inmuebles, en virtud de que ésa fue la intención del legislador del Código Civil, según indica Rafael de Fina.(181)

Pero en tratándose de hipoteca que recaiga sobre un bien susceptible de registro y que no se registre aquélla; los efectos de la misma sólo surtirán entre los contratantes.

Sobre la publicidad he anotado en capítulo relativo a los antecedentes históricos que en Roma, la hipoteca era oculta y que debido a la influencia Alemana poco a poco se estableció la publicidad. Baste recordar lo dicho en las páginas 42, 43 y 44 sobre los Oficios de hipotecas, que constituyen los antecedentes, en nuestro país del Registro Público de la Propiedad y del principio de publicidad.

José Gomis y Luis Muñoz dicen:

"Para su validez frente a terceros la hipoteca debe forzosamente ser publicada mediante su inscripción en el Registro."(182)

(179).-GOMIS, José y MUÑOZ, Luis.-Opus Cit.-P487

(180).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.-286

(181).-Idem

(182).-GOMIS, José y MUÑOZ, Luis.-Opus Cit.-P489

Don Rafael Rojina Villegas dice sobre el principio de publicidad:

"...es una de las características principales, en el derecho moderno, para la debida protección del crédito inmobiliario y su fomento de acuerdo con las necesidades actuales, para una debida circulación de la riqueza territorial.

"La falta de inscripción sólo produce efectos con referencia a terceros, pero no con respecto a las partes...el registro de las hipotecas se exige sólo con relación a terceros." (183)

4. EFECTOS

En relación a los efectos que produce la hipoteca - los diversos autores tienen diferente punto de vista ya que el Maestro Rafael Rojina Villegas los divide tomando en cuenta la fijación de la cédula hipotecaria; mientras que los tratadistas José Gomis y Luis Muñoz estudian los efectos de la hipoteca sobre los bienes, sobre la relación jurídica, con relación a terceros y en cuanto al cobro; finalmente Don Rafael de Fina expone los efectos de la hipoteca desde el criterio de los contratos.

Por el interés que todos estos criterios tienen, expongo cada uno de ellos a continuación :

A pesar de que el Maestro Rafael Rojina Villegas trata a la hipoteca desde el punto de vista substantivo, en este punto analiza sus efectos, desde el punto de vista adjetivo, ya que, se refiere a los efectos producidos antes de que se fije la cédula hipotecaria y a los efectos que produce después de fijada la cédula; y como todos sabemos la cédula hipotecaria se fija por orden judicial dictada al momento de admitirse la demanda, es decir dentro de un juicio.

Dice el autor citado: "El deudor o el tercero que -

constituyan una hipoteca conservan la posesión del bien hipotecado...

"El constituyente de la hipoteca puede llevar a cabo actos de dominio y de administración, cuando con ellos no perjudique los derechos del acreedor hipotecario...

"...el que hipoteca puede enajenar el bien, por ser la hipoteca un derecho real que da acción persecutoria...

"Puede el constituyente constituir sobre la cosa - hipotecada derechos reales, o bien, segundas y terceras hipotecas. " (184)

En efecto, la circunstancias de que existan segundas y terceras hipotecas ha dado origen a la concurrencia de acreedores y a problemas de prelación.

Don Rafael Rojina Villegas (185) dice que por otra parte el deudor hipotecario no puede realizar transformaciones que produzcan disminución en el valor del inmueble.

El autor señalado continúa diciendo:

"El Código Procesal vigente, al hablar de juicio hipotecario, previene que procede esta vía no sólo para demandar el pago del crédito, sino también para exigir la constitución del gravamen en los casos de hipoteca necesaria, o para exigir la mejora (ampliación) de esta garantía en la hipótesis - en que nos hemos colocado; cuando se hace insuficiente. " (186)

En cuanto a los actos de administración que se están prohibidos al deudor hipotecario o constituyente de la hipoteca se encuentra el relativo al arrendamiento, el cual no se le prohíbe pero se le condiciona, según lo explica el Maestro Rafael Rojina Villegas:

"...se considera que si el dueño de la cosa hipote-

(184).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-PP. 547 y 548

(185).-Idem

(186).-Ibidem.

cada celebra arrendamientos a largo plazo y baja renta, el -- acreedor hipotecario, al ejercitar su acción y rematar la cosa, se encontrará con una garantía depreciada ,pues dichos arrendamientos disminuyen el valor de la finca..." (187)

Por último dice Rojina Villegas (188) que nada impide para que desde el momento de constituir la hipoteca, se aseguren los frutos y las rentas del bien sobre el cual recae.

Hasta aquí los efectos que produce la hipoteca antes de la fijación de la cédula hipotecaria; en seguida expongo lo que dice Rojina Villegas en relación a los efectos que produce la hipoteca después de la fijación de la cédula hipotecaria y que son, naturalmente, de orden procesal; estos -- efectos son:

"1.El deudor o el tercero constituyente de la hipoteca, pasan a ser, por ministerio de ley, depositarios de la finca hipotecada.

"2.Los frutos y todos lo muebles que se hayan incorporado a la finca, quedan inmovilizados...

"3.Registrada la cédula , no se podrá practicar en la finca, embargo, toma de posesión o cualquier otro acto que perjudique los derechos de acreedor...

"4.El deudor puede librarse de ser depositario judicial declinando esa responsabilidad para que se nombre otro depositario. " (189)

Por lo que toca a los tratadistas José Gomis y Luis Muñoz y en cuanto a los efectos de la hipoteca, estos autores los clasifican en cuatro grupos, que son:

"Efectos sobre la cosa hipotecada.-La hipoteca sujeta directa e indirectamente el objeto sobre el cual se la constituye al cumplimiento de la obligación garantizada, sea quien

(187).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-P.551

(188).-Idem

(189).-Ibidem.P.555

fuere el poseedor de los bienes hipotecados.

"Efectos sobre la relación jurídica.-En su cualidad de derecho real, la hipoteca puede hacerse valer contra todo poseedor del objeto gravado, en virtud de la indeterminación del sujeto pasivo de la relación jurídica constituida.

"Efectos respecto de terceros.-Para que la hipoteca cause efectos con relación a terceros deberá estar inscrita en el Registro de la Propiedad.

"...lo mismo la hipoteca voluntaria que la necesaria, deberá inscribirse en el Registro para que produzca efectos contra tercero.

"Efectos en cuanto al cobro.-Cuando el deudor no cumple con la obligación principal y vence el término fijado a la hipoteca, al llegar el plazo de diez años previsto por el artículo 2927, el acreedor tiene derecho a ser pagado con el valor de los bienes hipotecados en el grado de preferencia establecido por la ley... Si hubiere varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos, y serán pagados por el orden de fechas en que otorgaron las hipotecas..." (190)

Por último veamos lo dicho por Don Rafael de Pina en cuanto a los efectos de la hipoteca:

"El efecto principal es el de que los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto aunque pasen a poder de tercero.

"La hipoteca constituida sobre los derechos reales sólo dura mientras éstos subsistan; Cuando 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.(artículo 2910)

"Los bienes hipotecados no salen del patrimonio de su propietario, el que sigue disfrutándolos.

"En relación con el acreedor, la hipoteca produce el efecto de que sea pagado con el valor de los bienes... - en caso de incumplimiento de la obligación, en el grado de preferencia establecido legalmente." (191)

5.-CLASIFICACION.

Sobre las clasificaciones de la hipoteca, expongo las mas importantes, ya que existen un número elevado de ellas, según lo explica el Lic. Rafael de Fina : "Las clasificaciones de las hipotecas que se han formulado han sido tan numerosas que pueden ser calificadas de excesivas. " - (192)

Por tanto sólo expongo las clasificaciones que toman como criterio el origen, su contenido y la naturaleza del objeto.

Por lo que corresponde a las hipotecas en cuanto a su origen, éstas pueden ser voluntarias y necesarias. Las hipotecas voluntarias son aquéllas constituidas por:"...contrato, o acto jurídico unilateral, mediante las cuales se está en la posibilidad legal de constituir una garantía real sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, frente al incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de dichos bienes en el grado de preferencia legalmente establecido. " (193)

Los elementos esenciales de la hipoteca voluntaria son:"...la manifestación de voluntad (consentimiento en las constituidas por contrato) y objeto jurídico y físicamente posible, o sea que el bien existe en la naturaleza, sea determinado y esté en el comercio. "(194)

(191).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-F.F. 288 y 289

(192).-Idem.-P. 290

(193).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-P 291

(194).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit T.VI.VII

En cuanto a los elementos de validez de la hipoteca voluntaria éstos son la forma y la capacidad. La forma de la hipoteca debe ser la escrita, ya que se contenga en documento privado, ya que se contenga en documento público. Es capaz de hipotecar el que puede enajenar (arts 2917 y 2320)

De la definición que he citado, relativo a la hipoteca voluntaria, se desprende que ésta se puede constituir — por un acto jurídico unilateral; sobre esto dice el Maestro — Rafael Rojina Villegas: " 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. " (195)

Como nota importante es oportuno recordar que junto a la hipoteca necesaria y a la voluntaria, existió la hipoteca judicial, misma que consistía en crear : "...por mandato — del juez un derecho real a favor del acreedor y sin la voluntad del deudor, sobre un bien del dominio de éste. " (196)

Debido a los abusos que se cometían con esta hipoteca, desapareció; así en el Código Civil de 1870 ya no se reglamentaba.

Por otra parte, se considera hipoteca necesaria a la especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los créditos de determinados acreedores. (artículo 2931 del Código Civil)

En relación con la definición legal de hipoteca necesaria se dice que: "...no es completamente exacta esta definición, ya que si la obligación fuese legalmente imperativa, tales personas tendrían ellas de por sí que constituir la hipoteca; y la realidad legal nos demuestra que no hay tal cosa, sino que la constitución hipotecaria se efectúa a petición de quien a ella tiene derecho. " (197)

(195).—ROJINA VILLEGAS, Rafael.—Opus Cit.—T VI, V.II
P. 478

(196).—GOMIS, José y MUÑOZ, Luis.—Opus Cit.—P.489

(197).—Idem.—P.514

Ahora bien la hipoteca necesaria produce como efecto que: "... frente a la situación prevista por la ley el obligado a otorgarla nada puede hacer para impedirlo, pues la voluntad resulta ineficaz para ello, en atención a la naturaleza de los intereses que con esta modalidad de la garantía real se trata de tutelar. " (198)

¿Cuáles son los intereses que se tratan de tutelar con esta hipoteca necesaria?

Los intereses que trata de proteger esta hipoteca - necesaria son los de los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes; los de los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores; los de los legatarios, por el importe de sus legados; y los del Estado, pueblos y establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores. (artículo 2935 del Código Civil)

Para terminar con la hipoteca necesaria, dice el -- Maestró Rafael Rojina Villegas: "...son aquéllas que tienen obligación de otorgar las personas que administran bienes ajenos ...o bien aquellas hipotecas que debe otorgar el deudor al acreedor para asegurar ciertas deudas. " (199)

Pasando al segundo criterio de clasificación, la hipoteca, por su contenido, puede ser: ordinaria y excepcional.

A continuación expongo, en palabras del Lic. Rafael de Pina, lo que se entiende por hipoteca ordinaria: "Llámase hipoteca ordinaria (normal o de tráfico) aquélla en que la obligación que se asegura tiene, desde el primer momento, existencia cierta en cuanto se refiere al bien hipotecado y al monto del crédito. " (200)

El tratadista Guillermo Cabanellas dice sobre la hipoteca de tráfico: "Designación de la hipoteca ordinaria en cuanto que la existencia del derecho real esta unida a la del crédito cuyas modificaciones repercuten paralelamente en la hipoteca si se hacen constar, para terceros, en el registro." (201)

(198).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-P.293

(199).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-T. VI.V II P.478

(200).-FINA, Rafael de.-Opus Cit.-P.294

(201).-CABANELLAS, Guillermo.-Opus Cit.-P.312

Por lo que toca a la hipoteca excepcional, dice el Lic. Rafael de Fina que: "...es la destinada a garantizar una obligación de existencia dudosa o de cuantía indeterminada." (202)

Pienso que esta hipoteca excepcional no tiene cabida dentro de nuestro sistema hipotecario; baste recordar que una de las características de la hipoteca, es la especialidad; la cual expuse en la página 89 de este trabajo; en virtud de la cual la hipoteca debe garantizar una obligación determinada; de igual forma lo exige el artículo 2919 del Código Civil vigente.

Por lo que corresponde al tercer criterio de clasificación, la hipoteca puede ser mobiliaria o inmobiliaria.

La hipoteca mobiliaria dice el Lic. Rafael de Fina: "...tiene por objeto bienes de naturaleza mueble." (203)

En relación a la hipoteca inmobiliaria dice el mismo autor: "Es aquella que tiene por objeto bienes de naturaleza inmueble." (204)

Cabe recordar que en Roma no existía prohibición para constituir hipoteca sobre muebles; esta prohibición es característica del Derecho Alemán (ver página 16), por lo que nuestra legislación, al permitir la constitución de hipotecas sobre bienes muebles, sigue la tradición Romana e indica la influencia que ésta aún conserva en la actualidad.

Sólo resta agregar que considero que ésta última -- clasificación podía ampliarse y abarcar los bienes incorporales y los bienes corporales; dentro de los primeros estarían los derechos susceptibles de hipotecarse y dentro de los segundos los muebles y los inmuebles.

(202).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.-P. 294 . .

(203).-Idem.-P. 295

(204).-Ibidem.-P.

6. EXTINCION DE LA HIPOTECA

En este último apartado del capítulo segundo examino la extinción de la hipoteca. Al efecto dice el Maestro Rafael Rojina Villegas:

"La hipoteca puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal, o por causas directas..." (205)

En el caso de que la hipoteca se extinga como consecuencia de la extinción de la obligación principal se le llama extinción indirecta o por vía de consecuencia y ocurre por: "...las formas ya conocidas de extinción por pago, remisión, compensación, novación, nulidad, rescisión y prescripción liberatoria." (206)

Ahora bien, la hipoteca también se puede extinguir por causas directas, como ya lo indiqué; estas causas directas son:

1.-Remisión de la hipoteca: "El acreedor ...puede renunciar a la garantía constituida a su favor." (207)

José Gomis y Luis Muñoz (208) dicen que la remisión deberá ser expresa.

2.-Extinción de la hipoteca por destrucción del bien hipotecado; señala el Maestro Rafael Rojina Villegas que esta destrucción puede ser:

"la destrucción material del bien.

"Que la cosa quede fuera del Comercio.

"Su pérdida de modo que no pueda localizársele.

"Casos en que se sabe donde se halla , pero no existe la posibilidad material de recuperarla." (209)

El mismo autor continúa diciendo que: "...si la cosa hipotecada perece, la hipoteca se extingue, pero se considera que si el bien estaba asegurado, el pago del seguro sus-

(205).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-T.VI, V.II
P.591

(206).-Idem.

(207).-Ibidem.-P.593

(208).-GOMIS, José y MUÑOZ, Luis.-Opus Cit.-P.519

(209).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-T.VI, V.II
P.594

tituye a la cosa..." (210)

3.-Extinción de la hipoteca por prescripción; en este sentido dice el mismo tratadista: "Conforme a un punto de vista estrictamente jurídico, la hipoteca y la acción hipotecaria prescriben cuando ha prescrito la obligación principal, aún antes del término de diez años a que se refiere el artículo 2918. " (211)

4.-Extinción de la hipoteca por extinguirse el derecho real objeto de aquélla. Dice Don Rafael Rojina: "...la hipoteca constituida sobre ellos se extingue, naturalmente, al extinguirse los propios derechos reales. " (212)

Considero que podría decirse correctamente que la destrucción del bien hipotecado es el género y una de sus especies es la extinción de los derechos reales sobre los cuales gravita la hipoteca.

5.-Extinción de la hipoteca por Consolidación: "Hay consolidación cuando el adquirente del predio hipotecado es a su vez adquirente de la hipoteca, o bien, cuando el titular de la hipoteca adquiere la cosa hipotecada. " (213)

6.-Extinción de la hipoteca por expropiación del bien hipotecado. En este caso, "...la indemnización obtenida debido a la expropiación de una cosa, sustituye a ésta, y el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con dicha indemnización. " (214)

Lo antes dicho se encuentra reglamentado en el artículo 2910 del Código Civil.

7.-Extinción de la hipoteca por venta judicial del bien hipotecado; se aplica en este caso la misma regla que establece el artículo 2910 citado.

Una vez que se ha extinguido la hipoteca por alguna de las causales que enuncié se deberá cancelar la inscripción

(210).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-T.VI, V.II
P. 595

(211).-IDEM.-T.VI, V.II.-P.598

(212).-Ibidem

(213).-Locus Cit.

(214).-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Opus Cit.-P.596

hecha en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio. Sobre el particular dice el Lic. Rafael de Pina : "Para la -
eficacia de la extinción de la hipoteca se requiere la cancelación que... es un acto registral extintivo de la inscripción por medio del cual se le da idéntica publicidad que la que tuvo su constitución. " (215)

Para finalizar este apartado número seis y último del capítulo segundo, debo indicar que existe un caso en el que la hipoteca revive y así lo establece el artículo 2942, en tratándose de hipoteca extinguida por dación en pago quedando éste sin efecto por pérdida de la cosa.

CAPITULO TERCERO

EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

I. SECCION PRINCIPAL

1. DEMANDA

1.1. REQUISITOS DE LA DEMANDA

1.2. DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA.

2. RESOLUCION DEL JUEZ AL PRESENTARSE

LA DEMANDA.

2.1. DESECHAMIENTO DE LA DEMANDA

2.2. PREVENCIÓN

2.3. ADMISIÓN

2.4. EFECTOS DE LA ADMISIÓN

2.4.1. DILIGENCIA DE FIJACIÓN DE LA CEDULA HIPOTECARIA, EM BARGO Y EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO.

2.4.2. INSCRIPCIÓN DE LA CEDULA HIPOTECARIA

2.4.3. CONCURRENCIA DE ACREEDORES

3. CONDUCTA DEL DEMANDADO FRENTE A LA DEMANDA.

3.1. CONTUMACIA O REBELDIA

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1. ALLANAMIENTO

3.2.2. CONFESIÓN

3.2.3. DENUNCIA

3.2.4. OPOSICIÓN DE DEFENSAS y EXCEPCIONES.

4. PRUEBA

5. AUDIENCIA

6. SENTENCIA

II. SECCION DE EJECUCION

1. DEPOSITARIA

2. AVALUO

3. REMATE Y ADJUDICACION

III. MEDIOS DE IMPUGNACION

EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

A fin de ubicar al juicio especial hipotecario es oportuno señalar algunas cuestiones que considero de suma importancia, tales como las que a continuación indico.

La acción hipotecaria puede tramitarse por medio de tres juicios diferentes, a saber: el ordinario, el ejecutivo-civil y el especial hipotecario. (artículo 462)

Es de hacerse notar que la acción hipotecaria puede ser de siete tipos diversos y que son:

1. Constitución de la hipoteca
2. Ampliación
3. División
4. Inscripción
5. Cancelación
6. Pago
7. Prelación

Veamos a continuación que clase de juicio se seguirá en cada una de los siete tipos que adopta la acción hipotecaria.

De esta forma, comenzaré con el juicio ordinario, el cual se seguirá en tratándose de las pretensiones de constitución, ampliación, división, inscripción y cancelación de la hipoteca.

La razón de que estas pretensiones se diriman en forma preferente por la vía ordinaria, obedece a que dichos supuestos deben estudiarse ampliamente y el juzgador valorará las pruebas que las partes ofrezcan y desahoguen, todo lo cual es materia de un juicio de cognición y el juicio ordinario es un proceso de conocimiento.

En efecto, en el proceso de cognición según lo señala el Maestro José Ovalle Favela :

"...se pretende que el juzgador, previo conocimien-

to del litigio, resuelva acerca de una pretensión discutida y defina los derechos cuestionados. " (216)

Por ejemplo, en el caso de que el acreedor considere disminuido el valor del bien afecto a la hipoteca y el deudor afirme que dicho bien sí garantiza la obligación, podrá aquél solicitar a los órganos judiciales que resuelvan esta controversia, para lo cual el juez deberá cerciorarse de la disminución del valor del bien, a través de las pruebas ofrecidas por las partes; en este caso periciales, una vez hecho lo cual decidirá si procede o no la ampliación de la hipoteca.

Por otra parte, las acciones hipotecarias de pago y prelación, podrán en forma excepcional, ejercitarse por la vía ordinaria. Un caso que ilustra perfectamente este supuesto lo expresa el Lic. José Becerra Bautista :

"Si el acreedor por ejemplo, carece del primer testimonio de la escritura de hipoteca registrado, ante el temor de que prescriba la acción principal, podrá ocurrir al juicio ordinario. " (217)

Por lo que corresponde al juicio ejecutivo civil, se seguirá éste en caso de ejercitarse acción de pago o de prelación.

Ello en virtud de que el primer auto que se dicta en esta clase de juicio, es el auto de ejecución, y resulta por demás absurdo embargar bienes para, por ejemplo, cancelar la inscripción de la hipoteca; o en el caso de solicitar el demandante, la constitución de la hipoteca, estaría imposibilitado de presentar el documento que trae aparejada ejecución, pues precisamente, la acción de constitución tiene por finalidad -- que se otorgue el documento, al demostrar la causa generadora del derecho, es decir la existencia del título.

Por último, el juicio especial hipotecario se seguirá tratándose de las acciones de pago y de prelación. Sin embargo, el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles establece que la acción hipotecaria en sus siete aspectos, se -- tratará por la vía especial.

(216).-OVALLE FAVELA, José.-Derecho Procesal Civil.-
México.-Harper & Row Latinoamericana.-1985.-
P. 38

(217).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.373

Considero que el Código debiera limitar la procedencia del juicio especial, por las siguientes razones que explica el jurista Eduardo Pallares:

"El juicio hipotecario en general, es aquél en el -- que se ejercita alguna de las siete acciones hipotecarias que reconoce la ley, y que son: acción constitutiva 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 estas últimas acciones. Las cinco restantes se ejercitan en la vía sumaria general. " (218)

Como se advierte, sólo las acciones de pago y de prelación son propias del juicio especial; ello queda confirmado al recurrir a los antecedentes de la hipoteca, en virtud de que la acción hipotecaria llamada en Roma, acción quasi-Serviana, producía los mismos efectos que las acciones de pago y de prelación y pago actuales.

En todo caso, la selección de la vía se regirá por las circunstancias de cada caso concreto; pero, este trabajo de tesis expone el juicio especial hipotecario, es decir aquél que propiamente tiene como pretensiones del actor el pago o la prelación y pago del crédito.

Ahora bien, este juicio es especial por las razones que apunta el Maestro José Ovalle Favela:

"... son juicios especiales todos aquéllos que no -- tienen el carácter de ordinarios. O, en otros términos, un juicio que no es ordinario, que no esté diseñado para substanciar la generalidad de los litigios, es necesariamente, un juicio especial. " (219)

En efecto, el juicio hipotecario, está diseñado para conocer un determinado tipo de litigios; ese tipo de litigio es el que se refiere al pago y a la prelación del crédito hipotecario .

(218).--PALLARES, Eduardo.--Opus Cit.--P. 397

(219).--OVALLE FAVELA, José.--Opus Cit.--P. 40

De tal forma, que la característica esencial y distintiva del juicio hipotecario es la cédula hipotecaria, según lo indica el jurista Eduardo Fallares:

"Es materia del juicio, no tanto el pago del crédito cuanto la procedencia de la cédula hipotecaria, y por ende, de la vía hipotecaria. " (220)

La expedición, fijación e inscripción de la cédula hipotecaria hace a este juicio distinto de un ordinario o de un ejecutivo, porque en ningún otro juicio se necesita una cédula hipotecaria, en virtud de ser absurdo e impropio citarla para cualquier otra controversia que no sea el pago o la prelación y pago de un crédito garantizado con hipoteca.

El juicio hipotecario es especial porque el legislador reformó el Código de la materia en el año de 1973, eliminando los juicios sumarios y designando al hipotecario como especial; sin embargo el mismo Código vigente, en contradicción con dicha tramitación especial, dice que después de fijada la cédula hipotecaria y emplazado el demandado se seguirán los trámites del juicio ordinario. (artículo 470)

Este último artículo debe derogarse porque va en contra de la especial tramitación del juicio hipotecario.

En otro orden de ideas, el juicio especial hipotecario participa de la naturaleza del juicio ejecutivo; basta recordar que antes de la promulgación del Código de Procedimientos Civiles de 1880, el juicio hipotecario era un juicio ejecutivo. (Supra página 52); por lo tanto al participar el juicio especial hipotecario de la naturaleza del ejecutivo, está dividido en dos secciones, la principal y la de ejecución. (artículo 471)

El Maestro José Ovalle Favela define la naturaleza del juicio ejecutivo diciendo que es:

"... un proceso de ejecución que contiene una fase de cognición. " (221)

La fase de cognición se encuentra en la sección prin

(220).-PALLARES, Eduardo.-Opus Cit.-P.397

(221).-OVALLE FAVELA, José.-Opus Cit.-P.373

principal del juicio especial hipotecario, y la ejecución está contenida en la sección del mismo nombre.

En adelante examino cada una de estas dos secciones, comenzando con la principal.

I. SECCION PRINCIPAL

La sección principal del juicio especial hipotecario contiene la demanda, la contestación y todas las actuaciones relativas al juicio hasta la sentencia. (artículo 471)

La ley al decir todas las actuaciones relativas al juicio, se refiere a las actuaciones propias del juicio ordinario, pues como lo señalé, una vez que se contesta la demanda se continúa con los trámites del juicio ordinario.

Cabe señalar que el Código establece que todo juicio hipotecario constará de dos secciones. Sin embargo, esto es falso, ya que en tratándose de las acciones hipotecarias - de constitución, ampliación, división, inscripción y cancelación se seguirá preferentemente la vía ordinaria; y en la vía ordinaria no existe sección principal ni tampoco, sección de ejecución. Lo que el legislador quiso decir, aunque no lo dijo, es que todo juicio especial hipotecario constará de dos secciones.

Este artículo 471 debe ser agregado con el término especial, a fin de evitar confusiones y falsedades como la indicada en el párrafo anterior.

Hechas estas aclaraciones veamos la demanda del juicio especial hipotecario.

1. DEMANDA.

La demanda dice el tratadista Alfredo Dominguez del Rio es :

"... el continente clásico é insustituible de la acción deducida por el peticionario, del cual es, asimismo una indudable expresión de voluntad tendente a obtener del

juez la declaración, el reconocimiento o la protección de un derecho, auténtico o supuesto. " (222)

Siguiendo esta definición tenemos que la demanda de juicio especial hipotecario es el continente de la acción hipotecaria, en dos casos principales, que son pago, y prelación y pago, deducidas por el acreedor hipotecario a fin de obtener el reconocimiento preferente de su derecho en el caso de prelación o la protección del derecho en el caso de pago.

Veamos pues, que elementos constituyen la demanda de juicio especial hipotecario, es decir qué requisitos debe satisfacer :

1.1. REQUISITOS DE LA DEMANDA.

Una demanda de juicio especial hipotecario contendrá los requisitos señalados para toda demanda, a saber:

a).-El tribunal ante el que se promueve. Es tribunal competente para conocer de un juicio especial hipotecario lo determinará siguiendo los cinco criterios que sobre competencia existen .

Pues bien, de conformidad con la materia es competente para conocer del juicio especial hipotecario el Juez de lo Civil, en virtud de que la hipoteca es una figura jurídica de carácter civil.

Por lo que toca a la cuantía se deberá determinar lo que demanda el actor, es decir el valor del crédito más los intereses causados hasta el momento de presentarse la demanda. (artículo 157)

Así si el valor de lo demandado excede de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal el juez competente por cuantía será el juez de lo civil, mientras que si la cantidad reclamada no excede de 182 veces, entonces será juez competente el juez mixto de paz.

En cuanto al juez competente por territorio, éste será el de la ubicación de la cosa, en virtud de que las acciones hipotecarias de pago y de prelación y pago son acciones reales. (artículo 156, Fracción III)

(222).-DOMINGUEZ DEL RIO, ALFREDO.-Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil.-México.- Ed. Porrúa.- 1977.-P.86

Sin embargo, el Código de la materia dice que en el caso de que la finca no se halle en el lugar del juicio, se librará exhorto al juez de la ubicación. (artículo 480)

Esto obedece a que la competencia por territorio -- puede prorrogarse; en efecto así lo explica el Maestro Cipria no Gómez Lara:

"...es un fenómeno negocial o de disposición del proceso por las partes, y que consiste, en un sometimiento anticipado de las referidas partes, a través de un pacto, a un juez distinto o diferente del que, normalmente debiera de conocer el asunto. " (223)

Pero, cabe preguntarse, ¿En qué casos puede válidamente prorrogarse la competencia territorial?

El mismo jurista contesta diciendo:

"...sólo puede darse en asuntos privados, que no -- afecten el interés público ni al orden público y en los que -- las partes tengan la libre disposición de sus derechos..."(224)

En virtud de que los derechos derivados de la hipoteca son de derecho privado, es susceptible que los contratantes pacten la prórroga de la competencia territorial; y en -- tal caso tendrá aplicación el indicado artículo 480.

Por lo que toca a la competencia por grado para conocer del juicio especial hipotecario será juez competente el de primera instancia, es decir el juez de lo civil de primera instancia.

Finalmente, ^{en concurrencia} y por virtud de la creación de la oficina de partes común de los juzgados civiles y familiares, -- será juez competente para conocer del juicio especial hipotecario el juez en turno.

En conclusión la demanda de juicio especial hipotecario se presenta ante el juez de lo civil de primera instan

(223).--GOMEZ LARA, Cipriano.--teoría General del Proceso.--México.--U.N.A.M.--1976.--F. 144

(224).--Idem

cia en turno, del Distrito Federal y en caso excepcional ante el Juez Mixto de Paz.

b).--El nombre del actor y la casa que señale para oír notificaciones.

El actor es la persona que tiene la pretensión de cobrar un crédito garantizado con hipoteca, solicitando al efecto, se remate el bien afecto a ella, para con su producto se le haga pago; o la persona que además, pretende tener una hipoteca preferente sobre la de los otros hipotecarios.

Dicho actor señalará domicilio ya sea convencional o real, en virtud de que todos los litigantes en el primer escrito o en la primera diligencia judicial, deben designar casa en el lugar del juicio para que se les hagan las notificaciones y se practiquen las diligencias que sean necesarias. (artículo 112) En caso de no señalarlo se le notificará por el Boletín Judicial.

b).--El nombre del demandado y su domicilio.

El demandado podrá ser la persona de quien se pretende cumpla la obligación y en su defecto se sustraiga de su patrimonio el bien hipotecado, haciéndose pago de aquélla con su producto; o también la persona de quien se pretende ser preferente y en consecuencia la cancelación de su garantía.

Pero también, podrán ser los demandados dos personas distintas, ello en virtud de que el Código Civil permite que un tercero ajeno a la obligación principal otorgue por el deudor, hipoteca a favor del acreedor. (artículo 2904 del Código Civil vigente)

Otro caso que se puede presentar es el de cambio de poseedor a título de dueño del bien hipotecado antes de la presentación de la demanda. El acreedor podrá demandar a este poseedor, en virtud de la característica reipersecutoria de la acción hipotecaria. Sobre el particular dice el jurista Eduardo Pallares:

"...soy de opinión que si la finca ha pasado a poder de tercera persona por cualquier título jurídico, la acción hipotecaria propiamente dicha, unicamente puede ejercitarse contra el poseedor directo del inmueble. " (225)

En este caso al igual que el anterior deberá ejercitarse la acción de pago en contra del deudor principal y la acción hipotecaria o real en contra del poseedor del bien.

Esta circunstancia de que se demanden diversas pretensiones a varios demandados en una misma demanda la explica el Maestro Cipriano Gómez Lara del modo siguiente:

"... es conveniente advertir que aunque la acumulación de partes y la acumulación de pretensiones son fenómenos distintos, pueden, sin embargo, coincidir en algunos casos.

"... el actor está ejercitando conjuntamente varias acciones que se tramitarán conjuntamente en un sólo juicio y se decidirán por una misma sentencia, pero, al mismo tiempo, también estaremos frente a un litisconsorcio pasivo, puesto que habrá una pluralidad de demandados. " (226)

Ahora bien, en tratándose de acción de prelación y pago, se demandará al acreedor hipotecario que esté en primer lugar la preferencia del crédito del actor, al Registro Público de la Propiedad la cancelación de la inscripción de la hipoteca del primer acreedor hipotecario; al deudor el pago de la obligación principal y sus accesorios; y al poseedor del bien hipotecado, a fin de que se fije la cédula hipotecaria y se produzcan los efectos propios de ésta.

Por último, se deberá señalar el domicilio de cada uno de los demandados a fin de que sean emplazados en dicho lugar; y en el caso de omitirse este señalamiento no se hará notificación alguna hasta no subsanarse la omisión. (artículo 112)

(225).-PALLARES, Eduardo.-Opus Cit.-P.397

(226).-GOMEZ LARA,Cipriano.-Opus Cit.-P. 265

d).-El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios.

Esta parte de la demanda es momunmente conocida como pretensiones del actor, y su contenido, es el siguiente:

El actor reclamará el pago de la obligación principal, señalando los nombres de deudor y acreedor; aun en el caso de que tenga conocimiento de que el deudor es insolvente.

Pongamos por caso, que el deudor de la obligación principal sea insolvente y el actor tenga conocimiento de esta insolvencia, y además que el bien hipotecado sea poseído por un tercero.

Independientemente del proceso de concurso, el actor desea ejercitar su acción real; lo cual hará, como es natural, en contra de ese tercero poseedor a título de dueño, - la pregunta es : ¿deberá también demandar al deudor a pesar de su insolvencia o sólo demandará al tercero poseedor a título de dueño del bien hipotecado?

Pienso que la solución correcta es que demande a ambos, pero no existe impedimento legal alguno para que demande exclusivamente al poseedor a título de dueño del bien hipotecado, separando la acción real de la personal.

Sobre esto explica Don Rafael Rojina Villegas lo siguiente:

"...el acreedor puede entablar la acción real persecutoria contra el tercero poseedor, pero dicha acción no puede desvincularse de la obligación principal: en efecto, es indispensable referir la acción real a la obligación principal para fijar la cuantía de la demanda, y por consiguiente la exigibilidad de la obligación principal; carecería de sentido decir que se entabla una acción hipotecaria para hacer efectivo el gravamen, sin referirlo a una obligación con cuantía de terminada. " (227)

El actor reclamará también el pago de los intereses causados por la moratoria del deudor de la obligación principal.

Finalmente, el actor de un juicio especial hipotecario demandará el pago de los gastos y costas que origine el juicio.

En caso de que proceda la vía especial hipotecaria se deberá condenar siempre al pago de las costas. (artículo-140, fracción III)

e).-La demanda de juicio especial hipotecario contendrá además, una narración de los hechos en que el actor funde su pretensión.

En el caso del juicio que nos ocupa las causas o motivos que han dado lugar a las acciones hipotecarias de pago o de prelación y pago pueden ser las siguientes:

La existencia de una obligación insatisfecha y garantizada con hipoteca; la obligación más común, es el mutuo con garantía hipotecaria; también puede ser que la hipoteca se ha ya constituido para garantizar el pago de alimentos y que éstos no se hayan otorgado; o para garantizar la administración de bienes de menores o incapaces. Supuestos que ya han quedado señalados al analizar la hipoteca como un derecho real en el capítulo segundo de este trabajo.

Proporcionará el actor los datos relativos al bien sobre el que recaiga la hipoteca, determinando su ubicación y colindancias. Dirá en que fecha y ante que fedatario público se otorgó la escritura en la que conste la existencia de la obligación y de la garantía hipotecaria y quienes son los

contratantes.

También se mencionarán los datos de inscripción de la escritura, excepto en el caso de que el demandado sea el deudor de la obligación principal; el actor continuará indicando si existen alguno o algunos otros acreedores hipotecarios a fin de que el juez ordene se les notifique la cédula hipotecaria.

Enseguida se mencionará que el crédito hipotecario ha vencido, o que se le debe considerar vencido por alguna de las causales establecidas en los artículos 1959 y 2907 -- del Código Civil.

Los casos en que la obligación se tendrá por vencida anticipadamente son: la insolvencia sobrevenida del deudor; la disminución del valor del bien hipotecado motivado por actos propios del deudor o aún en el caso de que esa disminución se presente sin culpa del deudor.

Además es costumbre establecer en el contrato constitutivo de hipoteca que se considerará vencida anticipadamente la obligación en el caso de que el deudor deje de pagar alguna de las prestaciones parciales y periódicas a que se haya obligado.

Fues bien, el actor narrará claramente estos hechos constitutivos de su pretensión y causantes de la controversia señalando circunstancias de tiempo, modo y lugar y numerando cada hecho por separado.

En el caso de prelación y pago indicará las fechas de constitución e inscripción de su hipoteca así como las de los otros acreedores y dirá la razón por la que deba considerarse preferente su crédito al de los demás hipotecarios, ya sea que haya prescrito la hipoteca anterior o se haya pagado el crédito del hipotecario de primer lugar o cualquiera otra que tuviere.

f).-El actor de un juicio especial hipotecario incluirá en su demanda el derecho que funda su pretensión e in

dicará la clase de acción que ejercita.

En cuanto al derecho que funda la pretensión el actor citara los artículos relativos de la hipoteca, es decir - las disposiciones de derecho material contenidas en el Código Civil.

Por lo que se refiere a la clase de acción, ésta -- aunque no se exprese su nombre, procederá con tal que se diga la clase de prestación exigida y la causa de la acción. (artículo 2)

Sobre esto dice el Lic. José Becerra Bautista:

"En la práctica judicial no se hace una argumentación jurídica en la demanda sino que se mencionan exclusivamente los preceptos legales...de carácter substantivo y los preceptos legales de carácter adjetivo que funden el procedimiento por el que ha optado el actor. " (228)

La acción que se hará valer y que se indicará en este capítulo de derecho de la demanda, es la hipotecaria de pago o la de prelación y pago. Veamos porque se les considera - como las acciones hipotecarias por excelencia.

El jurista Eduardo Fallares dice que existen varias acciones hipotecarias y no una sola y para fundamentar esta - afirmación dice que:

"... los fines que se persiguen con la llamada acción hipotecaria son diversos... se trata de acciones que tienen naturaleza jurídica diferente, aunque la ley llama a todas acción hipotecaria, unas son reales y otras personales. " (229)

En efecto, la acción de constitución de la hipoteca es personal, porque deriva de un derecho de naturaleza personal; porque sólo puede ejercitarse contra determinadas personas; porque no persigue un bien determinado; y porque no pre-

(228).--BECERRA BAUTISTA, José.--Opus Cit.--P.43

(229).--PALLARES, Eduardo.--Tratado de las Acciones Civiles.-- México.--Ediciones Botas.--1962.--P. 230.

supone la existencia de un derecho real , según lo indica el mismo jurista. (230)

Dentro de la acción de constitución queda comprendida la de ampliación y se le aplican las mismas consideraciones de aquélla.

Por lo que toca, a la acción hipotecaria de inscripción dice el Maestro Eduardo Pallares que esta acción es personal ya que va dirigida en contra del C. Director del Registro Público y entonces tiene por objeto el cumplimiento de una obligación personal ya que la ley le impone esa obligación al registrador.

En relación a la acción hipotecaria de cancelación es una acción real porque:

"... no obstante que unicamente puede ejercitarse contra el acreedor... deriva de un derecho real , el de propiedad, que faculta al propietario a exigir la liberación del inmueble que posee. " (231)

La acción hipotecaria de división es personal, porque al dividirse materialmente el bien hipotecado, los nuevos propietarios de cada parte en que se ha dividido pueden demandar al acreedor la distribución del gravamen.

En cuanto a la acción hipotecaria de pago, ésta es una acción mixta, según lo expresa el tratadista Alfredo Domínguez del Río:

"en las mixtas se subsume un derecho personal o de crédito y una acción real sobre la cosa afecta al cumplimiento de la obligación. " (232)

Ade más es real porque a través de ella se reclamará un derecho real, el de hipoteca. (artículo 3)

Por último la acción de prelación y pago es de la misma naturaleza que la de pago.

(230).-PALLARES, Eduardo.- Tratado.- Opus Cit.

(231).-Idem.-P.237

(232).-DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo.- Opus Cit.-P. 90

De todo lo anterior concluyo que sólo aquellas --- acciones que son reales o mixtas se ejercerán por la vía especial hipotecaria, con excepción de la negatoria por el absurdo que resulta que un poseedor a título de dueño demande la declaración de libertad del bien, la cancelación de la inscripción y el pago de daños y perjuicios y solicite en su demanda que se expida, fije e inscriba la cédula hipotecaria; - cédula que es característica del juicio especial hipotecario. En este caso, repito, se seguirá la vía ordinaria.

Ahora bien, supongase que el demandante del juicio-especial hipotecario invoque otras disposiciones que no sean aplicables a la hipoteca o no sean aplicables al juicio especial hipotecario.

En nuestra legislación el juez del conocimiento no queda vinculado por el derecho que señalan las partes, así lo explica el Maestro José Ovalle Favela:

"...en el proceso civil distrital rige el principio jura novit curia (el derecho es conocido por el tribunal) por lo que el derecho invocado por las partes no vincula al juez dor..." (233)

Es más, el juez puede fundar la sentencia en preceptos que las partes no hayan invocado (#)

En la práctica pocos jueces se toman la molestia de leer los artículos invocados por el actor en su demanda.

Por lo que toca a la vía y naturaleza del juicio -- que escoga el demandante, dice el Lic. José Becerra Bautista:

".. aún cuando no lo dice el artículo 255, es un -- elemento esencial de toda demanda porque la actividad procesal del juez frente a una demanda es distinta cuando se trata de un juicio ordinario que de un ejecutivo." (234)

(233).--OVALLE FAVELA, José.--Opus Cit.--P.54

(#).-- En contra Becerra Bautista, José.--Opus Cit.--P.

(234).--Idem.

g).-Puntos Petitorios.

El actor de un juicio especial hipotecario deberá también señalar los puntos petitorios despues del capítulo de derecho.

Los puntos petitorios, según el Lic. José Becerra -Bautista, son:

"... la síntesis de las peticiones que se hacen al juez en relación con la admisión de la demanda y con el trámite que debe seguirse para lo prosecución del juicio. Una demanda sin puntos petitorios no tendría sentido jurídico. "
(235)

Estos puntos petitorios serán, en el caso del juicio hipotecario los siguientes:

El actor solicitará se le tenga por presentado en su calidad de acreedor hipotecario, y dirá que tal calidad la acredita con la exhibición del testimonio de la escritura en la cual consta la existencia del crédito hipotecario.

Continuará diciendo que se admita la demanda en la vía y forma propuestas; de igual forma pedirá correr traslado a la demandada, con las copias adjuntadas para que en el término de nueve días conteste la demanda.

En virtud de que este juicio participa de la naturaleza del ejecutivo, el demandante solicitará se integre la sección de ejecución con copia de la demanda que al efecto exhibe.

Finalmente, el actor pedirá al juez ordene expedir, fijar y registrar la cédula hipotecaria. En el apartado relativo a la fijación de la cédula hipotecaria expongo los efectos de ésta, así como lo relativo a su inscripción; en esta parte transcribo lo que es la cédula hipotecaria para algunos estudiosos del derecho.

Dice el jurista Eduardo Pallares que la cédula hipotecaria es:

F...un documento auténtico expedido por el juez que da entrada a la demanda hipotecaria y mediante el cual queda sujeto el inmueble al régimen riguroso del juicio hipotecario." (236)

Sobre la misma cédula hipotecaria dice el tratadista Alfredo Dominguez del Rio:

"la cédula hipotecaria es un aviso o cartel tamaño-oficio que virtualmente se fija en un lugar aparente, visible de la finca hipotecada y tiene por finalidad hacer saber a -- quien concierne el trance judicial en que se encuentra el inmueble. " (237)

Por su parte el Lic. José Becerra Bautista (238) dice que la cédula es una advertencia que se hace a las autoridades y a terceros.

Debo hacer hincapié en que la cédula hipotecaria es la característica principal del juicio especial hipotecario y sólo procede en los casos de exigirse el pago y la prelación; y repito que no existe juicio en el que proceda la cédula hipotecaria sino es en este juicio especial.

h).-Finalmente, la demanda de juicio especial hipotecario llevará al final la frase sacramental: protesto lo necesario, que significa que el actor jura litigar de buena fe. Se le incluirá la fecha y la firma del actor.

1.2. DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA.

La demanda de juicio especial hipotecario deberá -- acompañarse del primer testimonio de la escritura en donde -- conste la existencia del crédito y de la hipoteca.

La presentación de este documento público junto con la demanda es de tal importancia que si se deja de exhibir, - la demanda será desechada por el juez.

(236).-PALLARES, Eduardo.-Diccionario...-P. 398

(237).-DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo.-Opus Cit.-P.350

(238).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.374

De esta forma lo explica el tratadista Alfredo Dominguez del Rio:

"Si el demandante no presenta el documento justificativo de su acción o base de su demanda, el juez puede de --oficio rechazar la demanda..." (239)

Ello en virtud de que es insubsanable este requisito de la demanda y no tiene aplicación en este caso el artículo 257 del Código de la materia.

Este testimonio deberá estar inscrito en el Registro Público (artículo 468); sin embargo existe, una excepción que se presenta en el caso de que el actor y el demandado --- sean los que contrataron la hipoteca. (artículo 469).

Aquí tenemos un elemento más, para considerar a las acciones de pago y de prelación como las únicas que se tramitan por la vía especial hipotecaria, ya que el ordenamiento legal procesal establece que para seguir un juicio hipotecario según las reglas de la vía especial es necesario exhibir el documento público de que he hecho mérito; y aún más, señala que ese juicio especial hipotecario deberá tener por objeto las dos acciones reales que indiqué líneas arriba y que --son la acción de pago y la de prelación.

Esta circunstancia aplicada a los supuestos de constitución, división y ampliación es de hecho imposible, pues el que demanda constituir una hipoteca, no tiene ningún testimonio que presentar y si lo tiene carece de sentido pedir que se vuelva a constituir; los que solicitan se reparta el gravamen en sus respectivos inmuebles no tienen el primer testimonio, aunque podrán tener un segundo o tercero, que carecen de la fuerza del primero y que en consecuencia no dan lugar a un juicio especial hipotecario; en cuanto al que solicita la ampliación, quien si tiene el primer testimonio, su finalidad no es cobrar el crédito, sino que pretende que el demandado mejore la garantía y entonces el documento que exhibe sólo acredita que existe ya una hipoteca que probablemente se ha convertido en insuficiente.

A este documento base de la acción el Maestro José-Ovalle Favela (240) los llama documentos fundatorios de la demanda.

Además, el actor deberá exhibir copias simples de su demanda, una para formar la sección de ejecución y las --- otras para correr traslado al demandado o demandados.

En caso de promover con representación de otro o de persona moral, acompañará el actor los documentos que acrediten la personería jurídica.

2. RESOLUCION DEL JUEZ AL PRESENTARSE LA DEMANDA.

Una vez presentada la demanda ante el juzgado de lo civil de primera instancia en turno del Distrito Federal, el juez podrá dictar uno de tres autos, desechar la demanda, prevenir al demandante o admitir la demanda.

Todas estas circunstancias las analizo a continuación y comienzo con el desechamiento de la demanda que inicia un juicio especial hipotecario o que pretende iniciarlo.

2.1. DESECHAMIENTO DE LA DEMANDA.

En efecto, el juez del conocimiento puede desechar la demanda de juicio especial hipotecario, veamos porque causas puede hacerlo así.

Supóngase que el actor al elaborar su demanda incurrió en obscuridad o cometió alguna irregularidad; la solución legal consiste en que el juez prevendrá al demandante, - sin embargo el Lic. Becerra Bautista no esta de acuerdo con esta solución legal, y el opina que se debe desechar la demanda porque :

"... el juez no tiene por qué corregir al actor, ni señalarle el camino, que según el propio juez, debe seguirse.

"Si estima el juzgador que la demanda no satisface los requisitos que la ley establece, debiera, en teoría, desecharla, y no convertirse en asesor jurídico del actor."(241)

(240).-OVALLE FAVELA, José.-Opus Cit.-P. 55

(241).-BECERRA BAUTISTA , José.-Opus Cit.-P.64

El tratadista Alfredo Dominguez del Rio (242) dice que todos los requisitos de la demanda son subsanables a excepción de los establecidos en el artículo 31, segundo párrafo y en esos supuestos se desechará la demanda.

El artículo citado establece que no podrán acumularse acciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de la otra; por ejemplo, que el actor demande la constitución de la hipoteca y el pago del crédito; o la de inscripción con la de pago.

Otro de los defectos insubsanables en tratándose de juicio especial hipotecario será la incompetencia por razón de la cuantía, ya que puede suceder que el monto del crédito hipotecario con los intereses vencidos hasta la fecha de presentación de la demanda, no excedan de 182 veces el salario mínimo general en el Distrito Federal y el actor presente su demanda ante el juez de lo civil de primera instancia. Es clara la incompetencia del juez y éste deberá declararse incompetente, lo cual equivale a desechar la demanda.

Una más de las causas por las que el juez puede desechar la demanda de juicio especial hipotecario consiste en que aquélla se entable por una vía procesal inadecuada.

En virtud de que las acciones hipotecarias pueden tramitarse por cualquiera de estas vías: la ordinaria, la ejecutiva y la especial, y para estar en posibilidad de resolver este problema, recordemos que esta diversidad de vías fueron establecidas en 1880, para beneficio del acreedor hipotecario (supra Página 69) y entonces debemos pensar en función de este acreedor, es decir él puede intentar cualquiera de los tres juicios y sólo para obtener el pago o la prelación de su hipoteca, pero no otra persona ni para otro fin tampoco.

Así si el actor es el deudor hipotecario en los casos de división y de cancelación, no podrá escoger cualquiera de la vías indicadas, pues este privilegio fue establecido en favor del acreedor. Sólo podrá seguir el juicio ordinario y -

si no lo hace de esta forma el juez desechará la demanda.

Una más de las causales de desechamiento de la demanda puede suceder si el demandante presenta el testimonio de la escritura de hipoteca, pero demanda a persona distinta del deudor, por ejemplo a un tercero poseedor del bien y aquél testimonio carezca de la inscripción correspondiente; entonces el juez desechará la demanda. De igual forma sucede si el plazo no se ha cumplido, en virtud de que el juez deberá cerciorarse de oficio que dicho plazo ha transcurrido o se deba considerar anticipadamente vencido. (artículo 470)

2.2. PREVENCIÓN

De lo dicho en el apartado anterior se desprende que el juez podrá prevenir al actor para que subsane alguno de los requisitos de la demanda, pero no así, en el caso de no acompañar a ésta el documento base de la acción, es decir el primer testimonio de la escritura de hipoteca.

Si se llegara a presentar una demanda de juicio especial hipotecario, por ejemplo, sin señalar la vía por la que se promueve, pienso que deberá prevenirse al actor y no desecharse la demanda; por que la acción hipotecaria puede ejercitarse como ya lo indiqué un sinnúmero de ocasiones, por la vía ordinaria, la ejecutiva o la especial, y no se puede decir que al actor se le esté asesorando como lo indica el Lic. Becerra Bautista (supra Página 122), sino lo que sucede es que se trata de una omisión, pues en el peor de los casos el acreedor podría renunciar el beneficio que le otorga la vía especial o la vía ejecutiva y el juez deberá admitir la demanda en la vía ordinaria.

La prevención será hecha por una sola vez y en forma verbal. (artículo 257)

2.3. ADMISIÓN.

Si el juez ha verificado que la demanda de juicio especial hipotecario satisface los requisitos señalados y además va acompañada del testimonio de la escritura de hipoteca deberá dictar el auto de admisión de la demanda.

El maestro José Ovalle Favela (243) explica que el juez admite la demanda por que es eficaz, es decir reúne los requisitos de la demanda de juicio especial hipotecario, ya señalados.

En el auto de admisión el juez ordenará lo siguiente:

- a).-Que se tenga por presentado al actor en la vía especial hipotecaria y que se admita la demanda.
- b).-Que se expida, fije e inscriba la cédula hipotecaria.
- c).-Que se forme la sección de ejecución.
- d).-En su caso, orden de citar a juicio a los hipotecarios anteriores.
- e).-Que se emplace al o a los demandados, corriendo el traslado y concediéndoles término para contestar.

Ahora bien estas órdenes contenidas en el auto de admisión de la demanda deben cumplirse es decir el indicado auto produce ciertos efectos, veamos a continuación cuales son estos efectos.

2.4. EFECTOS DE LA ADMISION DE LA DEMANDA.

El abogado de la parte actora pedirá a los empleados del juzgado hagan la cédula de notificación para los demandados y la cédula hipotecaria, así como, dos copias certificadas de ésta para su inscripción en el Registro; además y en su caso se harán cédulas de notificación para los otros hipotecarios. El expediente junto con las cédulas indicadas, se le turnarán al C. Secretario Actuario adscrito al juzgado del conocimiento para efectuar las diligencias de fijación de la cédula hipotecaria y emplazamiento del demandado.

La cédula hipotecaria está constituida por los siguientes elementos: primero contiene una relación sucinta de la escritura y en segundo término una frase sacramental, según lo dispone el artículo 478 del Código de la materia.

Así por lo que toca a la frase sacramental, ya seña

lé en las páginas 53 y 78 de este trabajo, que desde 1872 se ordena que se incluya en la cédula hipotecaria, en términos esencialmente iguales a los actuales. Sobre dicha frase opina el tratadista Alfredo Domínguez del Río :

"Según es de verse, se trata de un formalismo caduco y denigrante , además de inútil y fuera de uso... Esta redacción le da aparato más bien de encontrarse en el interior del inmueble un enfermo de tifo o escarlatina... como formalidad estéril debe desaparecer... " (244)

Sin embargo, pienso que si bien es cierto que la cédula hipotecaria contiene una frase sacramental innecesaria y obsoleta, no es menos cierto que dicha cédula constituye uno de los pocos elementos de distinción entre un juicio ejecutivo común y el juicio especial hipotecario y así lo dice el jurista Eduardo Pallares:

"No debe confundirse la acción ejecutiva con la acción hipotecaria que se estructura en torno de la cédula hipotecaria y de los efectos propios que ella produce. " (245)

En consecuencia, debo concluir que la cédula hipotecaria es necesaria, siempre, en el juicio especial hipotecario; quizá lo recomendable, en este caso, sería cambiar la redacción de la misma, señalando que la finca queda sujeta al régimen del juicio hipotecario.

Finalmente, la cédula hipotecaria contendrá todos los datos que identifiquen a la autoridad judicial que ordenó expedirla, así como los datos que identifiquen a las partes y al proceso.

2.4.1. DILIGENCIA DE FIJACION DE LA CEDULA HIPOTECARIA, EMBARGO Y EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO.

El c. Secretario Actuario del juzgado del conocimiento acompañado, generalmente, del actor, se presentará en el lugar de ubicación del bien hipotecado a fin de cumplir-

(244).-DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo.-Opus Cit.-P.350

(245).-PALLARES, Eduardo.-Diccionario...-P.398

tar las ordenes del juez, dictadas en el auto de admisión de la demanda y en la sección de ejecución del juicio especial - hipotecario.

De tal forma, el Actuario se presenta en el lugar - de ubicación del bien hipotecado y fija la cédula que como sa vemos es un documento de aviso o advertencia. Dicha fijación- se hará en lugar aparente de la finca. Aquí surge la pregunta en virtud de que los derechos también son susceptibles de hipo- tecarse, ¿en qué lugar se fijará la cédula si el bien hipote- cado es el derecho de usufructo?

Supóngase que se ha constituido usufructo sobre ca- pitales impuestos a rédito; en este caso no existe lugar apa- rente para fijar la cédula hipotecaria y sí existe una laguna en nuestra legislación procesal, por lo que sería más conve- niente que se eliminara esta fijación de cédula y sólo subsis- tieran la expedición e inscripción de la misma.

De esta fijación de cédula se levantará razón cir- cunstanciada , firmándola el funcionario que actúa y sí así - lo desea también el poseedor a título de dueño del bien.

Una vez que se ha fijado la cédula hipotecaria tén- mos que contestarnos ¿Cuál es la finalidad de fijar la cédula?

La finalidad de fijar la cédula era darle publici- dad, pues desde el Código de 1872 se exigía que la cédula fue- se fijada en el lugar más visible de la finca. (ver página 54 primer párrafo)

El mismo Código exigía que se publicara en el Dia- rio Oficial, ésto debido a la falta de eficacia del Registro Público; por lo que existiendo en la actualidad y desde el - Código reformado de 1880 la exigencia de que la cédula se in criba en el registro público, resulta innecesario fijarla en lugar aparente de la finca.

En contra de ésta afirmación se pronuncia el Lic. - José Becerra Bautista al decir que:

"...sí constituye un elemento esencial del proceso-

hipotecario, ya que si no consta en autos que la cédula se fijó en lugar aparente de la finca, la cédula no producirá efectos contra tercero, aún cuando la misma se inscriba. " (246)

A pesar de tal afirmación el Lic. Becerra Bautista-reconoce la inutilidad de la fijación de la cédula:

"... su fijación en lugar aparente de la finca es -nugatoria para el futuro, porque fácilmente puede desprenderse..." (247)

En cuanto a la cédula hipotecaria sólo resta apuntar los efectos que produce, y que són, según el jurista Eduardo Pallares, los siguientes:

"a).-Sujeta el inmueble a la jurisdicción del juez-que conoce del juicio hipotecario.

"b).-Afecta judicialmente a la finca con todos sus-accesorios, al pago del crédito hipotecario, réditos, gastos-y costas.

"c).-Convierte al poseedor en depositario de la finca o lo obliga a entregarla al acreedor.

"d).-Crea un régimen prohibitivo... que consiste en que no se podrá practicar en el inmueble ningún acto que viole los derechos adquiridos por el actor. " (248)

A este último efecto cabe agregar que se producirá-tal prohibición excepto en tratándose de sentencia ejecutoria da relativa a la misma finca, debidamente registrada y anterior en fecha a la demanda.

Por otra parte, veamos un problema que surge de la-lectura del artículo 483, el cual establece que el secuestro-de la finca hipotecada se regirá por lo dispuesto para los ---embargos.

¿Esto significa que una vez fijada la cédula hipote-caria se trará embargo sobre el bien hipotecado?

Soy de la opinión de considerar este secuestro inne-cesario, veamos por qué.

(246).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.374

(247).-Idem.

(248).-PALLARES, Eduardo.-Diccionario...-P.398

El jurista Rafael de Pina dice que embargo es la:

"Intimación judicial hecha a un deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto susceptible de producir - la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado. " (249)

Por su parte el tratadista Alfredo Dominguez del -- Rio dice que el embargo: "... establece una relación entre el acreedor y los mismos bienes, relación que da derecho al segundo a obtener el pago de la deuda con el producto de la venta de aquéllos o su adjudicación..." (250)

De las definiciones citadas puedo decir que el embargo es la afectación de determinados bienes al pago de una deuda; afectación realizada por autoridad judicial.

Llegados a este punto cabe preguntarse ¿En el juicio especial hipotecario es necesario embargar el bien hipotecado?

Para responder debo recordar que en la página 53 de este trabajo, indiqué que el artículo correspondiente del Código de 1872 y que es el 956, establecía claramente que en el juicio hipotecario no se decretaba embargo, sino que se expedía la cédula hipotecaria. Esta disposición se suprimió en el Código de 1884.

Además como ya dije al analizar los efectos que produce la cédula hipotecaria, entre ellos se encuentra la afectación judicial de la finca con todos sus accesorios, al pago del crédito hipotecario.

Luego entonces, si el embargo y la cédula hipotecaria producen el mismo efecto y esta última es característica del juicio hipotecario, además que por razones históricas el embargo no formaba parte del original juicio hipotecario, -- aquél debe desaparecer de la legislación y conservarse únicamente la cédula hipotecaria.

Acerca del artículo que vengo comentando existe la opinión del Lic. José Becerra Bautista que dice que el se--cuestro se regirá por las disposiciones del embargo, en el caso de que el actor siga la vía ejecutiva; luego entonces -

(249).--PINA, Rafael de.--Opus Cit.--P. 201

(250).--DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo.--Opus Cit.--P. 323

esta disposición no corresponde al juicio especial hipotecario sino al juicio hipotecario tramitado por la vía ejecutiva y a el capítulo de la ley que analizamos se refiere a la vía especial; de cualquier forma el secuestro o embargo no es propio del juicio especial hipotecario, materia de este trabajo.

Dentro de esta diligencia, el actuario, finalmente, emplazará al demandado, es decir le hará saber que existe un juicio especial hipotecario en su contra, y le hará saber -- su calidad de depositario del bien hipotecado. Con tal calidad adquiere el poseedor a título de dueño las responsabilidades de los de su clase, es decir, será administrador del bien, presentará cuentas, etc..., todo ello se analizará al tratar la sección de ejecución.

En el supuesto de que el demandado, es decir el poseedor a título de dueño del bien hipotecado, se niegue a aceptar la responsabilidad de depositario, entregará la tenencia material de dicho bien al actor o al depositario que éste nombre. (artículo 482)

Del emplazamiento, también se levantará razón firmada por el C. Secretario Actuario y por el demandado, en caso de negarse a hacerlo se hará constar esta circunstancia y se dará cuenta al juez.

2.4.2. INSCRIPCION DE LA CEDULA HIPOTECARIA.

El actor con las dos copias certificadas que le fueron expedidas por el juzgado, las presentará ante el Registro Público y solicitará la inscripción relativa, exhibiendo al efecto oficio girado por el juez del conocimiento así como -- las copias certificadas.

Una vez pagados los derechos de inscripción, una copia certificada se quedará en el registro y la otra se le devolverá al que la presentó, con nota de quedar registrados en tal fecha y bajo tal número. Esta copia certificada se agregará a la sección de ejecución del juicio especial hipotecario.

La inscripción de la cédula es el verdadero medio -

de publicidad de la misma, así como de sus efectos y prohibiciones, pues como ya quedó dicho la fijación de la cédula es un acto fuera de uso.

El Lic. José Becerra Bautista dice que: "El verdadero medio de publicidad para terceros de la existencia de la cédula es su inscripción en el registro..." (251)

Por otra parte en el caso de entablarse juicio en contra del deudor y que la escritura en la cual conste el crédito, no esté registrada, sólo se inscribirá la cédula si el bien gravado está inscrito a nombre del propio demandado, y que, además, no haya otro gravamen en favor de tercero. (artículo 469).

2.6.3. CONCURRENCIA DE ACREEDORES.

He señalado que al momento de admitir la demanda de juicio especial hipotecario, el juez ordena, entre otras cosas, que se cite a los hipotecarios anteriores, en caso de que se advierta su existencia en el título base de la pretensión. (artículo 476).

Es decir, el juez les manda notificar la cédula hipotecaria para que usen de sus derechos conforme a la ley. Sobre este particular debo decir que los hipotecarios anteriores tienen un mejor derecho que el demandante y deberán hacer valer sus derechos siguiendo la vía ordinaria e interponiendo tercería excluyente de preferencia.

Esto se deduce de lo siguiente: el Código de 1932 que es el vigente, establecía hasta el año de 1973, que si se presentaba algún acreedor hipotecario debía seguirse las reglas de los concursos; pero esta disposición fue derogada en 1973, por lo que en virtud de que el artículo 16 transitorio del Código de Procedimientos Civiles abrogó todas las disposiciones que se opusieran al mismo, se entiende que las que no se opongan quedan vigentes; así pues, el Código de 1884, que es el inmediato anterior, establecía que en caso de presentar se acreedores hipotecarios debía seguirse lo ordenado para las tercerías; es pues éste el fundamento para que actualmente así se haga.

Esto queda confirmado por el Lic. Becerra Bautista al decir que:

"En el Código de 1884, el artículo 991 ordenaba que cuando alguno o algunos acreedores hipotecarios se presentaban, debía estarse a lo dispuesto por el título XII del libro primero, es decir, remitía a las tercerías.

"La reforma de 1973 derogó expresamente el artículo 477 y el supuesto que preveía tendrá que resolverse mediante tercería que interponga el acreedor hipotecario que resulte afectado." (252)

3. CONDUCTA DEL DEMANDADO FRENTE A LA DEMANDA.

El demandado en un juicio especial hipotecario y -- una vez que ha sido nombrado depositario o que ha declinado esta responsabilidad y que además ha sido emplazado, puede incurrir en las siguientes conductas: dejar de participar en el proceso, es decir incurrir en contumacia o rebeldía; o participar activamente, contestando la demanda, lo cual puede suceder entre otras, de las siguientes formas: allanarse a la demanda, confesar los hechos propios u oponer defensas y excepciones.

Cada una de estas posibles conductas se explican a continuación, relacionándolas con el juicio especial hipotecario

3.1. CONTUMACIA O REBELDIA.

Sobre la rebeldía dice Don Rafael de Fina: "... es la posición en que se coloca el demandado que emplazado en legal forma no comparece a contestar la demanda, o que después de liberarse de esta carga deja de actuar, y aquélla que el demandante adopta cuando se retira voluntariamente del proceso que el ha provocado." (253)

Por su parte el Lic. José Becerra Bautista dice que: "Proceso en rebeldía... es aquél en que el demandado renuncia al derecho de defenderse o el actor al de proseguir su juicio." (254)

(252).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P. 376

(253).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.-P. 324

(254).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.432

En efecto el demandado que no contesta la demanda de juicio especial hipotecario, se coloca en la posición de rebelde y esta actitud provoca los siguientes efectos:

a).-Las notificaciones posteriores se le harán por medio del Boletín Judicial; sobre el particular dice el Lic. - José Becerra Bautista: "... el tribunal ya no necesita practicar nuevas diligencias requiriendo al demandado para que comparezca al juicio, y todas las notificaciones, aún las que de acuerdo con la ley debieran ser personales, se le harán por el Boletín Judicial..." (255) (artículo 637)

Sin embargo, esto no es exacto ya que en los casos de que se admita la prueba confesional del demandado, se le deberá notificar personalmente el auto que cita para absolver posiciones. (artículo 309)

b).-Otro de los efectos que produce la falta de contestación de la demanda, es la confesión ficta, ésta opera en virtud de que se tienen por ciertos presuntivamente, los hechos de la demanda que se dejó de contestar. (artículo 271); naturalmente esta confesión ficta admite prueba en contrario y el demandado podrá hacerla valer en el momento procesal oportuno. En el caso del juicio especial hipotecario sí tiene lugar la confesión ficta.

c).-El tercer efecto que produce la falta de contestación de la demanda es la iniciación del período de ofrecimiento de pruebas. Sin embargo, es necesario establecer si en el juicio especial hipotecario es necesario abrirlo a prueba. (artículo 290)

Dice el Maestro José Ovalle Favela que: "Los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, necesitan ser demostrados por las pruebas... Esta necesidad de la prueba tiene no sólo un fundamento jurídico, sino lógico, pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado." (256)

En efecto, el juez deberá decidir basándose en lo probado y alegado por las partes, luego entonces los hechos -

(255).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-F.73

(256).-OVALLE FAVELA, José.-Opus Cit.-P. 102

constitutivos de la demanda y de la contestación, deben ser probados; en este caso, si el demandado no contestó la demanda, eso no significa que el actor deje de ofrecer pruebas; - esto se confirma desde el momento en que los demás trámites - de aquí en adelante, serán los del juicio ordinario.

En consecuencia, el juicio especial hipotecario deberá abrirse a prueba en su oportunidad. En la práctica sucede que al encontrarse el demandado en rebeldía, el actor sólo ofrece la prueba documental pública consistente en el testimonio notarial y la presuncional en su doble aspecto.

d).-El Maestro José Ovalle Favela considera un cuarto efecto producido por la falta de contestación de la demanda y este es:

"...la retención de los bienes muebles o el embargo de los inmuebles propiedad del demandado. " (257)

En relación al juicio especial hipotecario, este -- precepto, contenido en el artículo 640, no tiene aplicabilidad en virtud de que una de las consecuencias de la cédula hipotecaria es afectar el bien al riguroso régimen del juicio hipotecario, por lo que no tiene sentido volver a pedir dicha ---afectación.

e).-El mismo jurista considera como otro efecto de la contumacia del demandado, la de que éste pierde su derecho para contestar la demanda, es decir precluye su derecho.

A pesar de todos estos efectos que produce la falta de contestación de la demanda, el demandado de un juicio especial hipotecario puede ofrecer pruebas en su oportunidad, --- pues el juicio seguirá los trámites del ordinario y en él podrá acreditar, por ejemplo, el pago. Aún mas, el demandado podrá conservar su posición de rebeldía hasta antes de fincarse el remate, y en ese momento, si paga principal y costas, conservará sus bienes. (artículo 571)

Antes de concluir este inciso, cabe recordar que en

la página 77 de este trabajo, cité el comentario del Lic. Alberto Vazquez del Mercado, en el sentido de que bajo el Código de 1884, si el demandado se constituía en rebeldía, la demanda se daba por contestada en sentido negativo y se recibía el juicio a prueba.

3.3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El demandado puede optar por contestar la demanda y al hacerlo deberá indicar el tribunal ante el que promueve -- que deberá ser el mismo que ordenó se le emplazara, indicará su nombre y el domicilio que señala para oír notificaciones y recibir documentos, el nombre del demandante y la actitud concreta que asuma frente a la demanda.

Esta actitud en el caso de juicio especial hipotecario puede ser entre otras de las siguientes formas: Allanarse a la demanda, confesarla, solicitar que se denuncie y oponer defensas y excepciones.

3.2.1. ALLANAMIENTO.

El allanamiento dice el Maestro José Ovalle Favela es: "...una conducta autocompositiva propia del demandado, en virtud de la cual éste se somete a las pretensiones del actor" (258)

Pues bien, si el demandado se somete a las pretensiones del actor, aceptando éstas, el juez deberá citar a las partes para oír sentencia. Cabe señalar que el demandado podrá solicitar un plazo de gracia para cumplir con las pretensiones que se le reclamen (artículo 404) y además solicitará reducción de costas.

En la sentencia que se dicte se ordenará que en caso, de que el demandado no cumpla su obligación en el plazo de gracia concedido, el bien hipotecado se rematará y como ha procedido la vía hipotecaria deberá pagar las costas del juicio, -- pero, reducidas a juicio del juez.

3.2.2. CONFESION .

La confesión se hace sobre los hechos propios. --- El demandado podrá decir que confiesa deber tal cantidad al actor, que si se estipulo una garantía hipotecaria o cualquier otra.

El efecto que produce esta confesión de la demanda, es que se hace inutil la etapa probatoria del juicio, pues -- las pruebas tienden a confirmar el cumplimiento o incumplimiento del demandado, y si éste confiesa los hechos, aquéllas --- pierden su objeto, por lo que se deberá citar a las partes a oír sentencia. (artículo 274)

Sin embargo, en el caso de que se confiesen los hechos y se discuta la aplicabilidad del derecho invocado por el actor, dice el Maestro José Ovalle Favela (259) que se podrán presentar alegatos sobre aquéllas disposiciones legales. (artículo 276)

3.2.3. DENUNCIA.

La denuncia, dice el Maestro José Ovalle Favela, es aquélla que : "... consiste en solicitar al juzgador que haga del conocimiento de un tercero el juicio y lo llame a participar en él, para que la sentencia que se llegue a dictar pueda adquirir, en su caso, autoridad de cosa juzgada frente a la persona llamada al juicio. " (260)

La denuncia tiene relevancia en tratándose del juicio especial hipotecario por que si el actor demanda unicamente al poseedor a título de dueño del bien hipotecado y no así al deudor de la obligación principal volvemos a preguntarnos: ¿el tercero poseedor esta en posibilidad de comprobar el cumplimiento del deudor principal?

La respuesta es negativa, pero entonces, el demandado podrá pedir al juez que denuncie el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes. (artículo 2823 del Código Civil aplicado por analogía)

El deudor principal se presentará al juicio especial hipotecario y en su oportunidad ofrecerá las pruebas que acre

(259).-OVALLE FAVELA, José.-Opus Cit.-P.73

(260).-Idem.-P.74

diten el cumplimiento de la obligación y la improcedencia de las pretensiones del actor.

Supóngase que a pesar de la denuncia, el deudor de la obligación principal no se presenta a juicio; los efectos que esto produce se traducen en la circunstancia de que la sentencia que se dicte le causará perjuicio, es decir resultará afectado por la misma.

3.2.4. OPOSICION DE DEFENSAS Y EXCEPCIONES.

Otra actitud que puede asumir el demandado es oponer excepciones al momento de contestar su demanda, y de igual forma, oponer defensas.

La defensa según el tratadista Alfredo Domínguez del Río es: "Cualquier hecho, razón o circunstancia capaz de estorbar, enervar o impedir la acción que se deduce a solamente aplazar su ejercicio. El concepto de defensa es ilimitado, se haya en consonancia con la realidad de la vida." (261)

Por lo que corresponde a la excepción señala el Maestro José Ovalle Favela, que se entiende por excepciones: "...las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso..." (262)

Llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿Qué clase de defensas y excepciones puede el demandado en juicio especial hipotecario, oponer?

Para responder correctamente, recorro a la cita que transcribí en las páginas 68, 69 y 70 de este trabajo; en ellas se aprecia que el Código de 1872 sólo autorizaba al demandado a oponer las excepciones siguientes: La de falta de pago, fundada en certificación del registro por la cual conste que la escritura está cancelada; la de falta de personalidad en el acreedor; la de falsedad, cuando se funde en la circunstancia

(261).-DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo.-Opus Cit.-P.130
(262).-OVALLE FAVELA, José.-Opus Cit.-P.77

de haber alguna enmendadura o raspadura no salvada en el instrumento hipotecario; la de nulidad o prescripción del título.

Posteriormente, el Código de 1880, permitió que el demandado opusiera todas las defensas y excepciones que tuviera y de igual forma lo estableció el Código de 1884.

Por lo que se refiere al Código vigente, debemos entender que el demandado podrá oponer cuantas defensas y excepciones tenga, naturalmente con las reservas establecidas por la Ley y que en su oportunidad indicaré. (Infra Pag. 139)

De tal forma, una defensa oponible por el demandado será, por ejemplo, la de desconocer la firma contenida en el testimonio, como suya; o la de falsedad del testimonio exhibido, por haber sido alterado por el actor.

En cuanto a las excepciones éstas podrán ser las siguientes:

a).-Incompetencia del juez; el demandado en un juicio especial hipotecario podrá manifestar que es juez competente, por ejemplo, el juez mixto de paz por que el valor de lo demandado no exceda de 182 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Puede ser incompetente el juez, también, por territorio, esto es, por haberse presentado la demanda ante un juez que no sea el de la ubicación de la cosa. En este caso el demandado podrá obtener resolución favorable siempre y cuando no se haya estipulado en el contrato de hipoteca, la prórroga de competencia territorial.

Otra causal de incompetencia es la relativa al grado, sin embargo considero que es absurdo este supuesto de contestar la demanda ante un tribunal de segunda instancia, por lo que su existencia es completamente remota.

Finalmente, Otra causal de incompetencia lo constitu

ye el que el juez que emplace lo sea un juez, por ejemplo, familiar, lo cual también, considero de remota posibilidad.

Esta excepción deberá tramitarse con suspensión del procedimiento.

b).-Dentro de estas excepciones que destruyen el -- proceso especial hipotecario, se encuentra también, la de falta de personalidad o capacidad en el actor.

De conformidad con el Jurista Niceto Alcalá-Zamora- (263) esta falta de personalidad en el actor, debe entenderse desde cuatro aspectos diferentes, que son: falta de capacidad para ser parte; falta de capacidad procesal; falta de legitimación; y vicios relativos a la postulación.

De las indicadas circunstancias que constituyen la falta de personalidad en el actor, tienen relevancia para el juicio especial hipotecario, en primer término la falta de capacidad para ser parte, ya que si el actor es un incapaz y -- promueve por su propio derecho, es claro que se encuentra imposibilitado para ello; en segundo término , la falta de capacidad procesal , en el caso de que el actor no esté representado debidamente, como puede ser el caso de que el actor sea una sociedad y entonces, será indispensable que la persona -- que promueve en representación de dicha sociedad, acredite -- que la indicada representación es válida y eficaz; por lo que toca a la falta de legitimación , pudiera suceder que el actor de juicio especial hipotecario, sea ajeno a la relación -- jurídica principal y entonces este juicio deberá terminar por esta circunstancia.

Cabe señalar que por disposición expresa del Código de Procedimientos Civiles vigente no procede la excepción de conexidad por tratarse de un juicio especial. (artículo 40, -- Fracción II).

En relación a la excepción de litispendencia, tampoco procede, porque para iniciar otro juicio especial hipotecario es necesario exhibir el primer testimonio de la escritura constitutiva de la hipoteca, y el actor al carecer de ella, -

estará imposibilitado materialmente para hacerlo. Pero, en el caso de que el actor posea un segundo testimonio, con fuerza de primero, podrá exhibirlo en un segundo juicio y entonces el demandado podrá oponer la excepción de litispendencia.

Supóngase que el actor ha demandado en juicio especial hipotecario, al reo, quien tiene su domicilio en la Ciudad de México, pero el bien hipotecado se encuentre en alguna otra ciudad del país; y el actor promueve juicio en el Distrito Federal y después con la copia que obtuvo, promueve juicio especial hipotecario, en el lugar en donde se halle el bien. Es claro que el demandado, podrá oponer la excepción de litispendencia en el segundo juicio.

Por otra parte, si el demandado, en otro juicio, ha obtenido sentencia ejecutoriada que declare la nulidad de la hipoteca, y a pesar de ello el actor presenta el primer testimonio de la misma en un nuevo juicio especial hipotecario, considero que el demandado sí podrá oponer la excepción de cosa juzgada.

En otro orden de ideas, las excepciones que puede hacer valer el demandado, también pueden referirse a la relación jurídica sustancial, y éstas podrán ser, por ejemplo, la excepción de pago, la confusión, la novación, la compensación, la prescripción, la inexistencia, entre otras.

Estas excepciones son comunmente llamadas perentorias, y el juez deberá resolver sobre ellas, en el momento de dictar la sentencia del juicio especial hipotecario.

Por último, la excepción de falta de cumplimiento del plazo, también, puede ser opuesta por el demandado, en el caso de que el actor considere que ha vencido anticipadamente el plazo concedido para hacer el pago y el demandado considere que dicho plazo no ha vencido.

4. PRUEBA

Una vez que el demandado ha contestado la demanda el actor solicitará al juez que abra el juicio a prueba; y si éste no lo hace así, el juez lo mandará abrir concediendo diez días comunes para ambas partes a fin de que ofrezcan pruebas.

La prueba según el Maestro José Ovalle Favela es: - "... la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. " (264)

A fin de que el juez obtenga ese cercioramiento las partes pueden hacer uso de los diversos medios de prueba establecidos por la ley; veamos, pues a continuación, que medios de prueba son idoneos para probar los hechos constitutivos de la pretensión del actor y de las excepciones e impedimentos de aquélla pretensión.

De tal forma, el Código de Procedimientos Civiles - para el Distrito Federal vigente establece, como medios de prueba los siguientes: La confesión, La Documental pública, y la privada; los dictámenes periciales, la inspección judicial, el testimonio, los elementos aportados por la ciencia, la fama pública, las presunciones, y todos los demás que produzcan convicción en el juzgador. (artículo 289)

De estos medios de prueba enumerados, son idoneos - para probar los hechos de la pretensión del actor en un juicio especial hipotecario, los siguientes: La documental pública consistente en el primer testimonio de la escritura de constitución de la hipoteca; la cual prueba la existencia de la garantía hipotecaria; por otra parte, deberá ofrecerse también la presuncional legal y humana en todo lo que favorezca a los intereses del actor; finalmente puede ofrecerse, la confesional del demandado, a fin de que absuelva posiciones relativas al incumplimiento de la obligación principal, y el actor solicitará se le aperciba que en caso de no comparecer sin justa causa se le declarará confeso de las posiciones que sean calificadas de legales.

Considero que estas pruebas son suficientes para -- probar los hechos constitutivos de la pretensión del actor.

Por su parte, el demandado ofrecerá como medios de prueba para impedir que el actor satisfaga su pretensión, la documental privada consistente en recibos de pago hechos por el demandado al actor; además la confesional del actor a fin de probar que éste recibió el pago de las cantidades adeudadas. Podrá el demandado, ofrecer la testimonial a cargo de las personas que estuvieron presentes en el momento de haber efectuado los pagos correspondientes; cabe señalar, que es común ofrecer testigos cuyo domicilio se encuentre fuera del -- Distrito Federal, a fin de dilatar el juicio, en virtud de -- que en tal caso, deberá girarse exhorto al lugar en donde tenga este testigo su domicilio.

En el caso de que el demandado alegue prescripción de la hipoteca, deberá ofrecer como prueba, la documental pública consistente en la escritura constitutiva de la hipoteca. Por último, ofrecerá el demandado, la presuncional en su doble aspecto.

Pienso que con estos medios de prueba el demandado de un juicio especial hipotecario, podrá probar las circunstancias constitutivas de sus excepciones y relativas a la relación jurídica principal. Las pruebas deberán estar relacionadas con los hechos que se pretenden probar.

En caso de tratarse de prelación, el demandado ofrecerá la documental pública consistente en escritura constitutiva de su hipoteca y la documental pública consistente en certificado de gravámenes de los últimos diez años, expedido por el registro público de la propiedad y del comercio.

Con tales pruebas ofrecidas por actor y demandado, el juez admitirá las pruebas que estén ofrecidas conforme a derecho. Por otra parte, tanto actor como demandado podrán objetar las pruebas ofrecidas por la contraria, como por ejemplo, en el caso de que el demandado ofrezca la documental privada consistente en recibos de los pagos efectuados al actor y solicita se certifiquen copias de los mismos, y se guarden en el seguro los originales,; pero no acompaña ni los recibos que indica, ni las copias, sin embargo a pesar de ello, el juez admite la prueba.

Corresponderá al actor objetar este medio de prueba y hacer notar al juez la irregularidad, solicitando se deseché esa prueba; a lo cual pienso el juez está obligado.

El recurso que utilizará el demandado será el de revocación, el cual deberá interponerse dentro de las siguientes veinticuatro horas de haberse notificado dicho auto de admisión de pruebas.

En el mismo auto que admite las pruebas de las partes, el juez señala fecha de audiencia de pruebas y alegatos, en la cual se desahogarán aquéllas y las partes alegarán lo que a sus intereses convenga.

5. AUDIENCIA.

La audiencia de pruebas y alegatos se celebrará en la hora y día fijados por el juez, en el auto de admisión.

Las partes, los testigos y todos los que intervendrán en esta audiencia se presentarán ante el juez a la hora señalada y dará comienzo la misma, identificando a los presentes, acordando las promociones de las partes pendientes de hacerlo y pasando a desahogar los medios de prueba en el orden establecido por el Código de la materia. (artículo 387)

Se iniciará con las pruebas del actor, así se preguntará al demandado las posiciones contenidas en el pliego, en caso de haberse exhibido; o en su defecto se le formularán verbalmente en el momento, si el actor se encuentra presente. (artículo 388)

De la misma forma, se le preguntará al actor. En esta prueba las partes no podrán estar asistidas de su abogado patrono.

Se procederá a hacer constar que las pruebas documentales públicas y privadas, si se encuentran exhibidas en autos, se desahoguen por su propia naturaleza, es decir se desahogan con su sola presentación.

Cabe señalar que en el momento las partes pueden impugnar los documentos exhibidos por su contraria.

Por otra parte, serán examinados los testigos presentes según las preguntas verbales que en el momento se les articulen, siempre y cuando sean calificadas de legales por el juez que actúa; la parte contraria podrá repreguntar, teniendo como base las preguntas hechas.

Finalmente, se tendrá por desahogada la presunción legal y humana y se pasará al período de alegatos, en donde de cada parte por quince minutos alegará verbalmente o presen

tará por escrito sus alegatos.

Una vez hecho esto, el juez si encuentra que se han desahogado todas las pruebas admitidas a las partes, citará a éstas para oír sentencia definitiva.

6. SENTENCIA .

El juez estudiará detenidamente todas las actuaciones del juicio especial hipotecario y dictará sentencia definitiva.

El Lic. José Becerra Bautista dice que la sentencia definitiva es: "...la resolución formal vinculativa para las partes que pronuncia un tribunal de primer grado, al agostarse el procedimiento, dirimiendo los problemas adjetivos y sustantivos por ellas controvertidos. " (264)

En efecto, la sentencia del juicio especial hipotecario es la resolución formal vinculativa por las partes que pronuncia un tribunal, dirimiendo la controversia relativa al pago del crédito hipotecario o a la prelación de la hipoteca.

Esta sentencia definitiva que termina el juicio especial hipotecario declarará en primer término si procedió o no la vía especial hipotecaria.

En caso de que sí haya procedido dicha vía entonces, el juez estará obligado a resolver la controversia, es decir debe hacer declaración sobre los derechos cuestionados.

Por lo consiguiente, condenará al demandado al pago de la cantidad reclamada, así como al pago de los intereses causados hasta el momento de efectuarse el pago .

Se concederá un término de cinco días para hacer dicho pago. En caso de que éstos transcurran sin que el demandado voluntariamente pague, la sentencia ordenará se saque a remate el bien hipotecado y con su producto se haga pago al actor.

Igualmente, se condenará al demandado al pago de --

las costas del juicio.

Esta sentencia se notificará al demandado y en caso de no pagar las cantidades adeudadas, el actor procederá a solicitar se efectúe el remate; todo lo cual es materia de la sección de ejecución, misma que ha continuación se analiza.

II. SECCION DE EJECUCION .

En virtud de que el juicio especial hipotecario participa de la naturaleza del juicio ejecutivo, como ya quedo dicho (Supra página 107), está dividido en dos secciones; toca analizar la segunda de estas secciones que es la de ejecución.

La sección de ejecución está formada por las siguientes actuaciones: copia de la demanda o de la sentencia en su caso; mandamiento en forma para fijar la cédula hipotecaria; nombramiento de depositario; avalúo de la finca; cuentas del depositario; remoción de depositarios y nombramientos de subtitulos; permisos para arrendar y vender frutos; mandamiento de subastar los bienes; actuaciones del remate y posesión de los bienes adjudicados y otorgamiento de las escrituras. (artículo 471).

En virtud de que lo relativo a la cédula hipotecaria fue analizado en su oportunidad (Supra páginas 125 a 128 así como la 130 y 131); resta solamente estudiar la depositaria, el avalúo y el remate y la adjudicación.

1. DEPOSITARIA.

Como lo señalé en su oportunidad (Supra página 130) al momento de efectuarse la diligencia de fijación de la cédula hipotecaria y emplazamiento del demandado, el deudor contrae la obligación de depositario judicial del bien hipotecado. (artículo 481)

Hago notar que en el juicio hipotecario puede suceder que el bien afecto a ella haya pasado a poder de tercero ajeno a la relación jurídica sustancial, y en tal caso la pretensión del actor procederá contra el poseedor a título de dueño del bien indicado y en su caso, contra los demás acreedores. (artículo 12)

Pues bien, si el actor sigue la vía especial hipotecaria, el depositario del bien será el poseedor a título de dueño, en el caso de que habite en dicha finca. (artículo 483) Pero, si este poseedor a título de dueño declina la responsabilidad de depositario, debe entregar la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre. (artículo 482)

Estas disposiciones relativas al depositario ya se encontraban reglamentadas en el Código de 1880 (Supra página 54) y del mismo se desprende que el depositario debía presentar cada mes la cuenta de los esquilmos, frutos y gastos erogados en la administración.

En la actualidad, el depositario del bien hipotecado, en el caso de que éste sea un bien inmueble, tendrá el carácter de administrador. (artículo 553)

Con tal carácter, el depositario, ya sea el poseedor de la finca a título de dueño o el actor o el depositario que éste haya nombrado, tendrá las funciones correspondientes y que entre otras, son, recibir los frutos que la finca produzca, como puede ser el caso de rentas; e inclusive puede ejercitar las acciones que por falta de pago de aquéllas crea necesarias; aplicando dichos frutos obtenidos al pago de los réditos del gravamen.

Asimismo, tendrá la obligación de conservar el inmueble, haciendo los gastos que para ello sean necesarios; así como pagará las contribuciones al fisco.

De estas obligaciones que tiene el depositario rendirá cuentas al juez del conocimiento mensualmente; sin pretexto de que se esté tramitando algún recurso en el principal. (artículo 557)

El juez sancionará estas cuentas de administración y el depositario podrá ser removido en caso de que no rinda las indicadas cuentas, o si éstas no fueren aprobadas y también en el caso de que no informe su cambio de domicilio. (artículos 558 y 559)

Pues bien, si el actor sigue la vía especial hipotecaria, el depositario del bien será el poseedor a título de dueño, en el caso de que habite en dicha finca. (artículo 483) Pero, si este poseedor a título de dueño declina la responsabilidad de depositario, debe entregar la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre. (artículo 482)

Estas disposiciones relativas al depositario ya se encontraban reglamentadas en el Código de 1880 (Supra página 54) y del mismo se desprende que el depositario debía presentar cada mes la cuenta de los esquilmos, frutos y gastos erogados en la administración.

En la actualidad, el depositario del bien hipotecado, en el caso de que éste sea un bien inmueble, tendrá el carácter de administrador. (artículo 553)

Con tal carácter, el depositario, ya sea el poseedor de la finca a título de dueño o el actor o el depositario que éste haya nombrado, tendrá las funciones correspondientes y que entre otras, son, recibir los frutos que la finca produzca, como puede ser el caso de rentas; e inclusive puede ejercer las acciones que por falta de pago de aquéllas crea necesarias; aplicando dichos frutos obtenidos al pago de los réditos del gravamen.

Asimismo, tendrá la obligación de conservar el inmueble, haciendo los gastos que para ello sean necesarios; así como pagará las contribuciones al fisco.

De estas obligaciones que tiene el depositario rendirá cuentas al juez del conocimiento mensualmente; sin pretexto de que se esté tramitando algún recurso en el principal. (artículo 557)

El juez sancionará estas cuentas de administración y el depositario podrá ser removido en caso de que no rinda las indicadas cuentas, o si éstas no fueren aprobadas y también en el caso de que no informe su cambio de domicilio. (artículos 558 y 559)

Sin embargo, considero que tal sanción sólo podrá ser aplicada en contra del depositario que a la vez, sea el actor o el nombrado por éste; ya que si el depositario es el poseedor a título de dueño del bien y que habite el inmueble hipotecado, es claro que no podrá ser removido porque la finca no produce frutos; pero en el caso de que una parte de la finca sí produzca frutos y la otra esté habitada por dicho poseedor, considero factible solicitar al juez que se nombre un depositario que administre la parte del inmueble que produce frutos, notificándoles, por ejemplo, a los inquilinos que hagan pago de las rentas al depositario nombrado por el actor.

En relación a la responsabilidad solidaria entre actor y depositario respecto de los bienes hipotecados, desde el Código de 1880 así se establece y en la actualidad así se ha conservado. (artículos 968 del Código de 1880 y artículo 560 del Código vigente)

Cabe indicar, que a diferencia del juicio ejecutivo en el que el actor puede designar depositario de los bienes embargados, en el especial hipotecario, el depositario siempre será el poseedor que habite en la finca hipotecada.

Todas estas actuaciones, tanto de nombramiento de depositario, como de presentación de cuentas de administración y en su caso, de remoción de depositario, deberán agregarse a esta sección de ejecución de que tratamos.

2. AVALUO.

El bien hipotecado deberá ser sometido a avalúo a fin de determinar el precio que corresponda a dicho bien al momento de efectuarse el remate.

La práctica del avalúo es de gran importancia, aún en el caso de adjudicación al acreedor sin las formalidades judiciales, en virtud de que la adjudicación podía hacerse en el valor fijado en la escritura constitutiva de hipoteca, el que podía ser de mínima cuantía. (Supra página 75, párrafo 4)

Pues bien, para los efectos del remate será necesario practicar avalúo sobre el bien hipotecado, a menos que los contratantes de la hipoteca hayan estipulado precio al bien en el contrato de hipoteca.

Esta última circunstancia es notoriamente lesiva a los intereses del demandado.

El avalúo del bien hipotecado deberá ir precedido de la exhibición del certificado de gravámenes de los últimos diez años. (artículo 566)

Si de este certificado se desprende la existencia de otros acreedores, ya sea hipotecarios o de otra naturaleza el juez deberá hacerles saber el estado de ejecución a fin de que si lo desean intervengan en el avalúo y subasta del bien hipotecado.

En caso de existir otros acreedores hipotecarios deberán hacer valer sus derechos, por medio de una tercería excluyente de preferencia, como quedó indicado en la página 131 de este trabajo.

Por lo que toca a los acreedores que carezcan de garantía hipotecaria sobre el bien que se sacará a remate, no podrán sino en su caso, recurrir el auto de aprobación del remate y naturalmente perderán este recurso en virtud de que la hipoteca concede una garantía especial a su titular.

A fin de determinar el valor del bien hipotecado -- cada parte nombrará un perito dentro del plazo de tres días y en caso de que alguna de las partes no lo haga, el juez lo nombrará en su rebeldía. En este caso se siguen las reglas que para la prueba pericial establece el Código de la materia, por disposición expresa del mismo. (artículo 485)

Los peritos presentarán su dictamen en el término que el juez les fije o en la audiencia que se señale para tal efecto. En la práctica los peritos presentan sus dictámenes por la oficialiade partes del juzgado, después de haber aceptado y protestado el cargo.

Para el caso de que sólo existan dos avalúos y estos arrojen diferentes cantidades como precio del bien, el juez nombrará un tercero en discordia. Pero si algún otro acreedor sin garantía, también hubiese nombrado perito, entonces resultará innecesario nombrar al tercero en discordia. (artículo 569).

3. REMATE Y ADJUDICACION .

Sobre el remate dice el jurista Rafael de Pina, que es la : "Declaración de preferente formulada por el juez en la vía de apremio, respecto a una de las posturas hechas en la correspondiente subasta, en el caso de que haya habido varias o la de ser aceptable la que se hubiere hecho con carácter de única. " (255)

Por su parte, el Lic. José Becerra Bautista dice — que : "...en nuestro derecho positivo podemos decir que remate es sinónimo de subasta y de almoneda, y que en cambio, el fincamiento y la adjudicación son actos posteriores al remate en virtud de que atribuyen la propiedad de los bienes al mejor postor o al acreedor ejecutante. " (256)

Pues bien, una vez exhibidos en autos el certificado de gravámenes del bien hipotecado y fijado el precio del mismo, ya sea por avalúo o por que las partes hayan pactado dicho precio, se procederá al remate.

Dicho remate se celebrará públicamente y en el local que ocupe el juzgado. Al efecto, el actor solicitará se ordene la publicación de edictos, mismos que contendrán el día y la hora del remate, el precio del bien, la postura legal y todos los datos necesarios convocando postores.

El juez deberá dictar auto ordenando que se publiquen dichos edictos en el periódico que el Juez designe, en la Tesorería del Departamento del Distrito Federal y en los Estados del Juzgado; por dos veces de siete en siete días. (artículo 570)

El actor, quien es el interesado de que se efectúe el remate deberá exhibir al Juez los ejemplares de los periódicos en los cuales aparezca publicado el edicto respectivo; así como exhibirá la contestación de la Tesorería en la cual informe que se fijaron los edictos y finalmente, tendrá cuidado que el C. Secretario Actuario del juzgado asiente las razones relativas a la fijación del edicto que convoca postores, en los estrados del juzgado.

(255).-PINA, Rafael de.-Opus Cit.-P.332

(256).-BECERRA BAUTISTA, José.-Opus Cit.-P.347

Todas estas diligencias deberán efectuarse antes de que llegue la fecha que se señaló para que tuviese verificativo el remate.

En el remate podrán intervenir todos los postores - que hayan exhibido ante el Juez el diez por ciento del valor de los bienes, fijado en el avalúo; además dichos postores deberán hacer su postura, es decir comunicar al juez el precio que ofrecen pagar por el bien rematado.

Por otra parte, podrá participar el actor sin necesidad de exhibir cantidad alguna; ya que el fin de que a los demás postores se les exija tal exhibición, responde a la necesidad que tiene de demostrar su interés por participar en el remate y es notorio que el actor tiene sobrado interés.

Los postores o licitantes que hayan exhibido dicho diez por ciento del valor del bien, tienen derecho a participar en el remate, a examinar los avalúos y demás documentos - relativos al bien que se rematará.

Llegada la fecha señalada para el remate se presentaran los licitantes y el actor en el juzgado, en donde se le vatará acta que comienza con la identificación de los presentes , a los cuales , el juez pasará lista personalmente y con cederá media hora para admitir a los que de nuevo se presenten. (artículo 579)

Una vez transcurrida dicha media hora la Secretaría de Acuerdos dará cuenta al C. Juez del conocimiento si se han presentado o no nuevos postores. Enseguida el C. Juez acordará que toda vez que se han cumplido todos los requisitos para la celebración del remate, se procede al mismo y se declara - que ya no se admitirán nuevos postores. Posteriormente, dirá cuál de las posturas ofrecidas es legal, es decir, es la mejor tanto por la cantidad como por la forma de pago y concederá cinco minutos a fin de que los demás postores o licitadores mejoren la puja.

Una vez que transcurridos esos cinco minutos ningún postor la mejorase el Juez declarará fincado el remate del -- bien en favor del licitante que haya hecho la mejor postura y se reservará resolver sobre el remate fincado, una vez que se

exhiban las planillas de gastos, costas e intereses, dándose por terminada la audiencia de remate firmando los que en ella intervinieron.

Las cantidades depositadas por los licitadores que participaron en el remate pero que no hicieron la mejor puja serán devueltas a los interesados.

Posteriormente se dicta auto que apruebe el remate y previniendo al postor que consigne ante el juzgado el resto del precio del remate, con el apercibimiento de que en caso de no hacerlo se dejará sin efecto la venta procediéndose a nueva subasta, como si no se hubiere celebrado y perdiéndose el depósito que hizo, el cual se entregaba en vía de indemnización en partes iguales al ejecutante y al ejecutado. (artículo 588)

De igual forma se prevendrá al ejecutado para que otorgue en el plazo de tres días la escritura de venta a favor del adjudicatario apercibido que, en caso de no hacerlo, el juez lo hará en su rebeldía y haciéndolo constar así. (artículo 589)

En dicho auto el juez, también, ordenará que se comunique al C. Director del Registro Público que proceda a til dar el nombre del que aparezca como propietario del inmueble adjudicado, inscribiéndose en su lugar el nombre del adjudicatario. Finalmente, el Juez ordenará que con el importe del precio de venta se proceda a hacer pago al acreedor hipotecario la suerte principal y los accesorios, es decir, los intereses, los gastos y costas que se hubieren causado.

De tal forma, el adjudicatario exhibirá el resto -- del precio que se obligó a pagar y se le otorgarán las nuevas escrituras, poniéndosele en posesión del bien rematado.

Para éste último efecto, el nuevo propietario solicitará al juez pasen los autos al C. Secretario Actuario a fin de que se efectúe diligencia de lanzamiento, en su caso, de las personas que se encuentren en el interior del inmueble siempre y cuando no tuvieren contrato para acreditar el uso en los términos que fija el Código Civil. (artículo 590)

En el caso de que no se presenten postores al remate o que sus posturas no cubran las dos tercias partes del valor del bien, el actor podrá solicitar se le adjudique en dichas dos terceras partes o también puede convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije el exigir se la deuda.

Ahora bien, aqui surge un problema que se viene repitiendo desde el año de 1872, fecha del primer Código de Procedimientos Civiles y el cual fue tratado en la página 59, -- así como en la 60 y 61 de este trabajo.

Brevemente diré que este problema se refiere a que el bien hipotecado se adjudique al actor; pero el Código de la materia establece que el deudor puede oponerse a tal adjudicación o venta; resultando dicha disposición incongruente e inentendible.

El jurista Eduardo Pallares dice que la solución es que el acreedor debe pedir la adjudicación por la vía judicial a fin de no violar el artículo 14 de la Constitución Federal. (257)

Por su parte el Maestro José Ovalle Favela dice que: "En 1973 fue reformado el artículo 488 para indicar que la oposición de parte del deudor, se debe substanciar incidentalmente. Sin embargo esta curiosa figura de un incidente sin -- proceso principal, no parece salvar estrictamente la violación del artículo 14 constitucional.."(258)

Hago notar que lo que hicieron los legisladores en 1973 fue copiar el Código de 1872, pues éste en su artículo 1001 ordenaba que la oposición a la adjudicación se tramitara siguiendo los plaze y términos de los incidentes. En consecuencia las criticas hechas por Don Cesáreo L. Gonzalez al Código de 1880, son vigentes actualmente y aplicables al Código de 1932.

Este error se ha conservado en nuestros Códigos Procesales durante ciento trece años y no se vislumbra posibilidad de corregir el artículo 488; el cual debe redactarse de la forma que a continuación propongo y que pienso evitaría todas las aberraciones que tan atinadamente señala Don Cesáreo-L. Gonzalez.

Artículo 488.-En el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, el acreedor solicitará por la vía especial hipotecaria se le declare adjudicatario del bien hipotecado, practicándose el avalúo correspondiente.

De igual forma propongo se reforme el artículo 468, agregándole al primer párrafo lo siguiente:

"Así como la adjudicación del bien hipotecado al acreedor, sin necesidad de celebrar el remate."

Por su parte el artículo 12 se agregaría de la forma siguiente:

"Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice; así como para obtener la adjudicación del bien hipotecado, sin necesidad del remate."

Esta proposición es consecuente con el indicado artículo 2916 del Código Civil; pero debido a la manifiesta injusticia que constituye el que el acreedor hipotecario se adjudique el bien hipotecado, lo conveniente sería derogar el artículo 2916, en su párrafo segundo. Mientras esto no suceda es conveniente evitar que se viole el artículo 14 Constitucional con la modificación al artículo 488 que indico y además agregando un artículo 488 Bis, el cual propongo se redacte de la forma siguiente:

Artículo 488 Bis.-Antes de que la Sentencia definitiva cause ejecutoria, podrá el demandado librar sus bienes pagando la suerte principal y costas.

Hasta aquí la sección de ejecución, para finalizar este tercer capítulo sólo resta analizar los medios de impugnación que el demandado puede hacer valer en este juicio especial hipotecario.

III. MEDIOS DE IMPUGNACION .

Por principio, los medios de impugnación, según el Maestro José Ovalle Favela, son: "actos procesales de las partes para combatir las resoluciones del juez." (259)

Pues bien, el demandado puede impugnar el auto admisorio de la demanda de juicio especial hipotecario por medio del recurso de apelación, el cual se admitirá en el efecto devolutivo . (artículo 470, segundo párrafo)

Pienso, que este recurso puede ser favorable para el demandado, en el caso, por ejemplo, de que el actor presente un testimonio de escritura que no se encuentre registrado, y demande a un tercero ajeno a la relación inicial, es decir que el demandado no haya contratado la hipoteca.

Por lo que corresponde a la sentencia definitiva,-- ésta puede ser impugnada, también, mediante el recurso de apelación, el cual también se admitirá en el efecto devolutivo.

En el caso de que el demandado obtenga resolución favorable en segunda instancia, revocándose la sentencia que declaró procedente el remate se mandará quitar la cédula hipotecaria y se devolverá la finca al demandado, ordenando al depositario que rinda cuentas con pago en un plazo no mayor de treinta días. (artículo 487)

Pero ¿Qué sucede en el caso de que el remate se haya aprobado? La solución que da la ley consiste en que la fianza que exhibió el actor para ejecutar se haga efectiva.

En virtud de que el demandado puede ser desposeído fácilmente del bien hipotecado, a pesar de tener motivos y fundamentos válidos para conservar dicho bien, considero justa la derogación de tal disposición y propongo se redacte de la forma siguiente!

Artículo 487.--El remate no se aprobará hasta no resolverse la apelación interpuesta por el demandado en contra de la sentencia que declaró procedente aquél.

Dicha apelación se admitirá en el efecto suspensivo siempre y cuando el demandado exhiba garantía que fije el juez, quien se sujetará bajo su responsabilidad a las disposiciones del Código Civil.

Con esta modificación que propongo, si el demandado tiene razones y fundamentos que le hagan probable obtener una resolución de segunda instancia favorable a sus intereses, podrá interponer apelación; de lo contrario el actor continuará con el remate y la adjudicación.

Dicha reforma otorga al demandado la seguridad de que el bien hipotecado no pasará a poder de tercero, hasta no resolverse la segunda instancia, lo cual considero justo y equitativo.

Procederá también la apelación en contra del auto que apruebe el remate, de conformidad con la Jurisprudencia que cito en la página 163 de este trabajo.

Hasta aquí, los más importantes recursos que, entre otros, se presentan en el juicio especial hipotecario.

CAPITULO CUARTO

JURISPRUDENCIA DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, RELATIVA AL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO .

Existen interesantes resoluciones que se han dictado con motivo de la tramitación del juicio especial hipotecario; a continuación cito algunas de estas resoluciones.

ACCION HIPOTECARIA, LA OMISION DE LA RENUNCIA A DIVIDIRLA CUANDO SE GRAVAN VARIAS FINCAS NO HACE IMPROCEDENTE - LA.-Resulta irrelevante el que el deudor hipotecario no haya renunciado en términos claros y precisos, como lo exigen los artículos 6 y 7 del Código Civil para el Estado de Sinaloa, a lo establecido por el artículo 2793 del mismo Ordenamiento Jurídico, en el sentido de que cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito responde cada finca, y pueden ser redimidas del gravamen cada una de ellas, pagándose la parte del crédito que garantiza, pues el invocado precepto no establece para el caso de su inobservancia sanción alguna, y menos aún puede traer como consecuencia la improcedencia de la vía hipotecaria por deficiencia del título en que la acción se basa como pretende el quejoso, ni constituir requisito de procedibilidad y por tanto, que sea necesario que el acreedor, antes de intentar la acción, tenga que solicitar la división de los inmuebles hipotecados, pues debe entenderse que el citado precepto sólo establece un derecho a favor del deudor hipotecario, para que se fraccione la deuda proporcionalmente entre cada uno de los inmuebles gravados, derecho que puede hacerse valer en el acto mismo de la constitución de la hipoteca o en su caso, ante las autoridades competentes para el efecto de que se declare por resolución judicial, la división de la misma, si entre las partes no pudo haber arreglo, aplicando por analogía el artículo 2794 del Código Civil en consulta, que dispone que cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones para cuyo efecto se pondrán de acuerdo el propietario del inmueble y el acreedor y si no se consiguiera ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 461 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el mencionado Estado, que establece la procedencia de la vía sumaria para la división de la hipoteca. Ahora bien, cuando los interesados no hagan valer el derecho antes precisado, no encontrándose determinado el valor de las fincas hipotecadas, ni el importe del crédito que garantiza cada una de ellas debe entenderse que forman una unidad y en esos términos se hipotecaron, por así haberlo consentido el deudor hipotecario.

Amparo directo 4464/83.-FRANCISCO ROCHIN GALLARDO.-
noviembre de 1983.-Unanimidad de 4 votos.-Fonente: Gloria ---
León Orantes.-Secretario: Marco Antonio Rivera Corella.

Amparo directo.-2000/61.-Manuel Suarez y Suarez Es-
trada.-7 de noviembre de 1962.-5 votos.-Fonente: José Castro-
Informe de 1962.- Tercera Sala.-página 63 y 64.

Amparo directo 2513/76.-Visterra,S.A.- 19 de agosto-
de 1977.-Unanimidad de 4 votos.-Fonente: Raúl Lozano Ramirez-
Séptima época del Semanario Judicial de la Federación.-volume
nes 103-108, cuarta parte.-página 152.

"La prueba de la acción en los juicios hipotecarios
la proporciona el título que motivó la expedición de la cédu-
la; 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 fijar 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 que -
se tenga como prueba de su acción el título que acompañó a su
correspondiente demanda. " Tomo XXXIII, página 153 del Seman-
ario Judicial de la Federación.

TITULOS EJECUTIVOS, SON PRUEBA PRECONSTITUIDA.-Los -
documentos a los que la ley concede el carácter de títulos --
ejecutivos, constituyen una prueba preconstituida de la acción.

Tomo XXXII, Cuevas, Rodolfo, página 1150; Tomo XXXIII -
Rodríguez, Manuel, página 922; Tomo XL, Rovalo, Fernandez Luis-
página 2484; Tomo XLI, Carreón de Barona, Edelmira, página 1321
Tomo XLI, Ingenio Santa Fe, S.A.-página 1669.

DOCUMENTOS PUBLICOS.-Lo que en ellos se hace cons-
tar por Notario Público puede ser desvirtuado por medio de --
otras pruebas que en concepto del juzgador sean plenas. La de-
claración del Notario respecto a la capacidad de uno de los -
contratantes, puede ser errónea y aún maliciosa, error y malí-
cia que es posible probar por los medios ordinarios de prueba.
Tomo XVII, página 170.

FORMA DEL JUICIO, NATURALEZA DEL AUTO QUE ESTABLECE-
LA. El auto que da entrada a una demanda y establece la forma
del juicio, no prejuzga sobre la procedencia de la acción, y -
si se oponen oportunamente las excepciones que establece la -

ley, en la sentencia definitiva debe resolverse sobre la procedencia o improcedencia de la acción."

Tomo XVII, Bandera, José I, página 1480; Tomo XXVII Uihlein, José, página 1056; Tomo XVIII, Alducin J, Antonio, página 166; Tomo XXX, García Ricardo, página 2056; Tomo XXXIV, Cía - de Mejoras de los Terrenos de Chapultepec, página 2558; del Semanario Judicial de la Federación.

Vía ejecutiva.-La resolución firme que confirma el auto ad exequendum queda irrevocable, pero si en tiempo se oponen excepciones que puedan desnaturalizar la vía, el juez, puede, en la sentencia definitiva, sin faltar a la cosa juzgada declarar la improcedencia de la vía ejecutiva.-Bandera, José.-Tomo XVII, página 1480.

Si bien es cierto que el testimonio que exhibe el actor en un juicio especial hipotecario es una prueba preconstituida, también es cierto que en dichos documentos públicos pueden existir errores y por lo tanto no acepto como correcta la ejecutoria que declara como innecesario que el juicio especial hipotecario se abra a prueba.

La misma Corte, ha establecido que el auto que da entrada a la demanda no prejuzga sobre la procedencia de la acción, lo cual en mi opinión es acertado; además, el demandado tiene la carga de probar los hechos constitutivos de sus excepciones, en virtud de que el artículo 283 del Código de Procedimientos Civiles vigente establece que ni la prueba ni los medios de prueba son renunciables. Pero, además en el caso de que el demandado no hubiere contestado la demanda, aún así, podrá ofrecer pruebas sobre alguna excepción perentoria si demuestra que estuvo impedido para contestar, por causa de fuerza mayor.

En conclusión, soy de la opinión de considerar que en todo juicio especial hipotecario es necesario abrir el período de ofrecimiento de pruebas.

ACCION HIPOTECARIA, PUEDE EJERCITARSE CONTRA EL TERCERO QUE LA CONSTITUYE. "El acreedor puede dirigir su acción real contra el tercero que constituyó hipoteca para garantizar la obligación del deudor, sin necesidad de demandar a és-

te último, porque no existe litisconsorcio necesario."-A.D.-7136/67.-Adolfo S. Cantera Diego.-26 de mayo de 1969.-Mayoría de votos.-Semanao Judicial de la Federación.-VII época.-volumen III.-Cuarta Parte.-página 13

ACCION HIPOTECARIA, EJERCICIO DE LA.-Si bien de acuerdo con el artículo 2919 del Código Civil se puede ejercitar acción hipotecaria sin estar registrado el título respectivo, ésto debe entenderse entre las partes contratantes, pero para que produzca efectos la hipoteca contra tercero, debe haber inscripción, fecha y prelación de acuerdo con el artículo 2982 del mismo Código."-A.D. 3180/60.-Francisca Arenas de Hernández.-4 de marzo de 1961.-mayoría de 3 votos.-Ponente: José Lopez Lira.-Disidente: José Castro Estrada.-Semanao Judicial de la Federación.-sexta época.-volumen XLVII.-Cuarta Parte.-página 9.

ESCRITURAS PUBLICAS. Los segundos testimonios de ellas tienen la misma fuerza que los primeros, si han sido expedidos por el Archivo General de Notarías.-C. del Castillo, Natalia.-Tomo XVI.-página 921.

Considero que la Corte al declarar que la acción real, es decir la acción hipotecaria, puede ejercitarse en contra de aquél que es poseedor del bien hipotecado, sin demandar al deudor de la obligación principal, hace interpretación acertada del artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles, ya que éste dispone que la acción hipotecaria procederá contra el poseedor a título de dueño.

Por lo que toca a la ejecutoria relativa a exigir que el testimonio de la escritura constitutiva de la hipoteca esté registrado para que surta efectos contra tercero; la considero también, interpretación acertada del artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles, en virtud de que éste último dispone que en el caso de existir litigio entre los que contrataron la hipoteca procederá la vía especial hipotecaria sin necesidad del requisito del registro. Además, interpreta correctamente el artículo 3003 del Código Civil, que establece que los documentos que deben registrarse y no se registren, sólo producen efectos entre quienes los otorgan, pero no los producirán contra tercero.

De todo lo anterior se deduce que si el actor demanda al poseedor a título de dueño del bien hipotecado y no así al deudor de la obligación principal, deberá exhibir el primer testimonio debidamente registrado.

Finalmente, La Corte considera que los segundos testimonios tienen la misma fuerza que el primero, si son expedidos por el Archivo General de Notarías, lo cual me parece equivocado pues si la ley exige que para promover un juicio ejecutivo se debe exhibir la primera copia del testimonio de la escritura, no se puede ir mas alla de lo que dicha ley establece, y sobre el particular la misma Corte ha dicho:

JURISPRUDENCIA, ALCANCE DE LA. La jurisprudencia de la Suprema Corte, si bien es cierto que tiene el carácter de obligatoria para los tribunales, no deja de ser la interpretación que de la ley hace el órgano jurisdiccional y que no puede tener el alcance de derogar la ley ni equipararse a ésta.- A.D. 7891/61.-Gilberto Larrinaga López.-30 de abril de 1962.- 4 votos.-Fuente: Juan José González B.-Primera Sala.-sexta época.-S.J.F.-volumen LVIII.-segunda parte.-página 38.

"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." Amparo Emigdio Salazar.-página 23.-volumen XXV.-Semanario Judicial de la Federación.

En mi opinión esta ejecutoria es interpretación correcta del artículo 478 del Código de Procedimientos Civiles vigente, ya que dicho artículo dispone que la cédula hipotecaria contendrá una frase sacramental, misma que proviene de disposiciones similares contenidas en el Código de 1872. Por otra parte, encuentro en esta ejecutoria la novedad de que se loca al actor sobre los derechos que pudiera tener el fisco, dándole una fuerza superior a la cédula hipotecaria.

"En juicio seguido en el año de 1918 por Cándido -- Marroquin contra Ildelfonso Fernández, se embargó a éste una - casa de su propiedad que habitaba, y se le fijó renta. Así se lee en la Sentencia de amparo pronunciada por la Corte de 14- de enero de 1919, que se lee en la página 176 del tomo cuarto Quinta época del Semanario Judicial de la Federación." (257)

"Si bien la legislación civil del Distrito estatuye que, desde el día que se fije la cédula hipotecaria contrae - el deudor el cargo de depositario de la finca hipotecada, de - sus frutos y de todos los objetos que con arreglo a la escri - tura y a la ley civil deben considerarse como inmovilizados - y formando parte de aquéllos, de ahí no se deduce que, cuando el deudor no quiera aceptar la responsabilidad de depositario deba hacer entrega de la finca al actor o al depositario nom - brado, ni que cuando no existan frutos, por ocupar la finca - hipotecada el demandado, en su carácter de propietario, deba - estar obligado a abandonarla o a celebrar contrato de arrenda - miento y otro similar, y no obliga al deudor a cubrir renta - alguna que no produzca, por estar ocupando la finca suya en - dicho carácter de propietario. Por otra parte, la misma legis - lación civil del Distrito dice que el depositario tendrá el - carácter de administrador, lo cual quiere decir que para que - pueda percibir las rentas del inmueble secuestrado, es preci - so que el secuestro se haya extendido en ellas, y no puede -- acontecer esto cuando las rentas no existan, y por ocupar el - inmueble el deudor." Suplemento del Semanario Judicial de la - Federación de 1934, página 571.

Como es claro advertir en esta última ejecutoria se cambió radicalmente el criterio que la Corte sostenía en el - año de 1919, pues en esta fecha consideraba que el demandado - debía pagar renta y en la de 1934 considera que no debe pagar - renta; a lo cual pienso que ésta última es justa y equitativa - pues interpreta correctamente los artículos 481 y 482 del Có - digo de la materia, así como el 553 del mismo ordenamiento le - gal, en virtud de que dicho artículo dispone que sólo si el - secuestro recae en las rentas de la finca, el depositario ten - drá el carácter de administrador; y en el caso presente si no - existen rentas, el depositario no tendrá carácter de adminis - trador.

REMATE. Si se concede el amparo contra una venta he - cha en remate, los efectos de la protección constitucional -- consisten en nulificar la venta aún respecto de los terceros-

adquirentes.-Hernández, Joaquín.-Tomo III.-página 36.

REMATES. Las violaciones cometidas en el curso de los procedimientos para llevar a cabo el remate de bienes embargados, no deben juzgarse sino hasta que el remate se apruebe en definitiva, por que de lo contrario, sería imposible -- llevarlo a cabo y se daría lugar a demoras indefinidas. El remate no tiene eficacia jurídica sino hasta que es aprobado. -- Jurisprudencia firme que consta en el Apéndice al tomo I, página 218.

REMATES. Si los edictos para anunciar el remate no se hicieron en debida forma, cabe conceder el amparo contra la resolución que aprueba el remate.-Facheco, José.-Tomo XXVI página 592.

En mi concepto, el hecho de que el amparo en contra del remate produzca efectos contra el tercero adquirente del bien hipotecado, es una protección al demandado e interpreta-acertadamente el artículo 571, dando con ello una esperanza - al demandado de recuperar el bien, si es que se cometieron -- violaciones en el procedimiento del remate, tales como la falta de publicidad de los edictos.

COSTAS. Si bien la ley de Procedimientos Civiles del Distrito, establece que el que fuere condenado en los juicios ejecutivo, hipotecario, de amparo o de despojo, y el que in--tente algunos de estos juicios, si no obtiene sentencia favorable, será siempre condenado al pago de las costas, también-lo es que si el demandado prueba sus excepciones, y por medio de ellas limita la acción del actor, ya no es aplicable la -- disposición relativa a las costas puesto, que propiamente, no puede decirse que el reo haya sido condenado por virtud de -- que el actor probó plenamente su acción.- R. Vda. de Uriarte-Victoria y Coags.- Tomo XXVI.-página 1597.

Costas. La condena en costas es forzosa contra el -- vencido, o contra la parte que no obtiene sentencia favorable en las dos instancias del juicio, porque la conformidad de -- los fallos acusa temeridad del litigante.-A.D. 4849/62.-Arturo de la Garza.-30 de abril de 1964.-Unanimidad.-Fuente: José -- Castro Estrada.-Informe del Presidente de la Corte del año de 1964.-página 3.

COSTAS, CONDENAN EN. Si la sentencia de segundo grado es confirmatoria de la de primera instancia resulta innecesario estudiar si hubo o no temeridad de la parte, ya que entonces la condenación en costas en ambas instancias se rige por lo dispuesto en la fracción IV del artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles.-A.D.- 3754/63.-Gilberto Avila.-27 de noviembre de 1964.-Mayoría de tres votos.-Fuente: Mariano Ramirez Vázquez.

Pienso que las ejecutorias de la Corte son fiel interpretación del artículo 140 del Código citado, ya que de conformidad con la fracción tercera de dicho artículo siempre será condenado en costas el que lo sea en juicio hipotecario o el que hubiese promovido este juicio y no obtenga sentencia favorable. Esta disposición considero que es equitativa, pues si el actor de un juicio especial hipotecario no obtiene sentencia favorable, ha causado al demandado gastos y molestias en sus bienes, por lo que es justo pague las costas motivadas por el ejercicio de la acción, intentando hacer valer una pretensión con temeridad o mala fe.

Una vez citadas las más importantes Jurisprudencia, y ejecutorias relativas al juicio especial hipotecario, doy por concluido el presente capítulo cuarto.

C O N C L U S I O N E S

Primera.-El antecedente remoto de la hipoteca es la acción quasi-serviana o serviana útil del derecho romano, y la cual otorgaba al acreedor la garantía de ser pagado sobre determinado bien, mismo que conservaba el deudor; esta hipoteca era oculta y general y podía recaer tanto en muebles como en inmuebles. El derecho germánico le otorgó a la hipoteca -- las características de especialidad y publicidad, exigiendo -- para su validez que la hipoteca se refiriese a bien o bienes-determinados y que su constitución se inscribiese en libros -- especialmente destinados para ello; se consideraban sujetos -- de hipoteca sólo a los bienes inmuebles.

Segunda.-En nuestro derecho mexicano la hipoteca es especial y pública, además de que se debe otorgar por escrito e inscribir en el Registro Público de la Propiedad. La Ley -- permite que se constituya hipoteca sobre bienes muebles, así como sobre inmuebles. En cuanto al juicio hipotecario, éste tuvo el carácter de ejecutivo y tal carácter conservó hasta promulgarse el Código de Procedimientos Civiles de 1872; después de lo cual el juicio hipotecario era un juicio sumario.

Tercera.-La hipoteca es un derecho real, constituido sobre bienes que garantizan el cumplimiento de una obligación, conservándolos el deudor en su poder y que otorga al -- acreedor el derecho de hacerse pagar con el valor de los bienes.

Cuarta.-La hipoteca tiene las siguientes características: es accesoria, indivisible, especial, inseparable y pública.

Quinta.-Los elementos de la hipoteca son de tres tipos, personales, reales y formales. Los personales son el -- acreedor, el deudor y el tercero que hipoteca sus bienes a favor del deudor. Los elementos reales son la obligación asegurada y la cosa gravada; y finalmente, los elementos formales son el otorgamiento por escrito y la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Sexta.-La hipoteca se extingue por causas directas e indirectas. Es causa indirecta la terminación de la obligación principal y son ejemplo de causas directas las siguien--

tes: remisión de hipoteca, destrucción del bien hipotecado, - prescripción, consolidación, expropiación del bien hipotecado, venta judicial.

Séptima.-El juicio especial hipotecario sólo procede en tratándose de las pretensiones de pago y de prelación - del Crédito garantizado, por lo que se debe reformar el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles, ordenándose -- que las pretensiones de constitución, ampliación, división y registro se tramiten por la vía ordinaria civil.

Octava.-El juicio especial hipotecario está constituido por dos secciones, la principal y la de ejecución. En la principal se contienen todas las actuaciones de demanda, - contestación, prueba, sentencia. En la de ejecución se contiene lo relativo a la cédula hipotecaria, la depositaría, el -- avalúo y el remate y la adjudicación.

Novena.-Es juez competente para conocer del juicio especial hipotecario, el juez de lo civil (materia); de primera instancia (grado), del lugar donde se encuentre el bien hipotecado (territorio), y que se encuentre en turno al momento de presentarse la demanda.

Décima.-El acreedor hipotecario puede ejercitar su pretensión por tres vías diferentes y que son: la ordinaria, la ejecutiva y la hipotecaria. Tanto en la vía ejecutiva como en la hipotecaria siempre será requisito indispensable que se exhiba el primer testimonio de la escritura constitutiva de la hipoteca, debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad, excepto en el caso de que las partes sean los mismos que contrataron.

Décima primera.-La cédula hipotecaria contiene una frase sacramental obsoleta, por lo que propongo se modifique el artículo 478 y se diga solamente que el bien hipotecado -- queda sujeto al régimen del juicio especial hipotecario.

Décima segunda.-La fijación de la cédula hipotecaria es una diligencia innecesaria y propongo que se elimine de la Ley, reformando el artículo 479 del Código de Procedimientos Civiles.

Décima tercera.-Propongo se deroguen los artículos 2916 del Código Civil y 488 del Código de Procedimientos Civi

les a fin de que la adjudicación del bien hipotecado al acreedor se lleve a cabo siempre por la vía judicial.

Décima cuarta.-En el juicio especial hipotecario no existe embargo del bien hipotecado, por lo que el artículo -- 483 debe eliminarse, derógándolo del Código de Procedimientos Civiles.

Décima quinta.-Propongo se reforme el artículo 487- condicionando la aprobación del remate a la resolución de la apelación, misma que sólo se admitirá en el efecto suspensivo si el demandado exhibe garantía suficiente a juicio del juez.

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

- 1.-BECERRA BAUTISTA, José.-El Proceso Civil en México --México.-Ed. Porrúa, S.A.-1975
- 2.-BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDES, Beatriz.--Primer Curso de Derecho Romano.-México.-Ed. Pax.-1975.
- 3.-CABANELLAS, Guillermo.-Diccionario de Derecho ---- Usual.-Buenos Aires.-Ed. Bibliográfica.-1974.
- 4.-CASTELLANOS RUIZ, Gregorio.-Compendio Histórico sobre las fuentes del Derecho.-México.-Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco.-1980.
- 5.-COLIN SANCHEZ, Guillermo.-Procedimiento Registral de la Propiedad.-México.-Ed. Porrúa, S.A.-1972.
- 6.-DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo.-Compendio Teórico --- Práctico de Derecho Procesal Civil.-México.-Ed. Porrúa, S.A.--1977.
- 7.-ENNERCERUS, KIPP y WOLFF.-Tratado de Derecho Civil.- Trad. de Blas Pérez González y José Alger.-Barcelona.-Bosch, Casa Editorial.-1951
- 8.-ESCRICHE, Joaquín.-Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia.-Paris.-Librería de Rosa Bouret y Cía S.A.- 1912.
- 9.-FLORIS MARGADANT S., Guillermo.-El Derecho Privado Romano.-México.-Ed. Esfinge, S.A.-1982.
- 10.-GOMEZ DE LA SERNA, Pedro.-La Ley Hipotecaria.-Madrid.-Imprenta de la Revista de Legislación.-T. I.-1862.
- 11.-GOMEZ LARA, Cipriano.-Teoría General del Proceso.-México.-U.N.A.M.-1976.
- 12.-GOMIS, José y MUÑOZ, Luis.-Elementos de Derecho Civil Mexicano.-México.-Edición de los autores.-1943.
- 13.-GONZALEZ, Cesáreo L.-Aruntamientos breves sobre Derecho Procesal Civil.-México.-Antigua Imprenta de Murgia.--T. IV.-1926.

14.-GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.-El Patrimonio Pecuniario y Moral.-Puebla.-Ed. Cajica.-1980.

15.-H. BRUNNER y CL. VON SCHWERIN.-Historia del Derecho Germánico.-Madrid.-Imprenta Helénica.-1914

16.-HINOJOSA, Eduardo de.-El Elemento Germánico en el Derecho Español.-Madrid.-Imprenta Clásica Española.-1915.

17.-IRIBARREN, Juan Antonio.-Historia General del Derecho.-Santiago.-Ed. Nascimento.-1938.

18.-LOZANO, José María.-Derecho Hipotecario Comparado.-México.-Imprenta de J.M. Aguilar Ortiz.-1875.

19.-LOZANO, José María.-Exposición de Motivos de las Reformas, Adiciones y Aclaraciones hechas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.-México.-Imprenta de Francisco Días de León.-1880.

20.-NUSSBAUM, Arthur.-Tratado de Derecho Hipotecario Alemán.-Trad. W. Rocés.-Madrid.-Imprenta Helénica.-1929.

21.-OLMOS, Félix.-Enciclopedia Jurídica Omeba.-Buenos Aires.-Ed. Bibliográfica Argentina.-1977.

22.-OVALLE FAVELA, José.-Derecho Procesal Civil.-México.-Harper & Row Latinoamericana.-1985.

23.-PALLARES, Eduardo.-Diccionario de Derecho Procesal Civil.-México.-Ed. Porrúa, S.A.-1956

Tratado de las Acciones Civiles.-México.-Ediciones Botas.-1962.

25.-PALLARES, Jacinto.-Historia del Derecho Mexicano.-México.-Oficina Tipográfica de la Sria. de Fomento.-1904.

26.-PALLARES FORTILLO, Eduardo.-Historia del Derecho Procesal Mexicano.-México.-U.N.A.M.-1962.

27.-PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.-Historia de la Escribanía en la Nueva España y el Notariado en México.-México.-U.N.A.M.-1983.

28.-PETIT,Eugene.-Tratado Elemental de Derecho Romano.-México.-Ed. Epoca.-1983.

29.-PINA,Rafael de.-Diccionario de Derecho.-México.-Ed. Porrúa,S.A.-1978.

30.-PINA,Rafael de.- Elementos de Derecho Civil Mexicano.-México.-Ed. Porrúa.-V. 4.-1974.

31.-PLANIOL Y RIFERT,-Tratado práctico de Derecho Civil Frances.-Habana.-Ed. Cultura.-T.III.- 1946.

32.-PLAZA,Manuel de la.- Derecho Procesal Civil Español.-Madrid.-Ed. Revista de Derecho Privado.-1945.

33.-PRIETO CASTRO,Leonardo.-Derecho Procesal Civil Zaragoza.-Librería General.-1946.

34.-PUIG PEÑA,Federico.-Tratado de Derecho Civil Español.-Madrid.-Ed. Revista de Derecho Privado.-1951.

35.-ROCA SASTRE,Ramón.-Instituciones de Derecho Hipotecario.-Barcelona.-Bosch,Casa Editorial.-1945

36.-RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL,Juan.-Curia Filipica Mexicana.-México.-U.N.A.M.- Ed. Facsimilar de la de 1850.- -- 1978.

37.-ROJINA VILLEGAS,Rafael.-Derecho Civil Mexicano.-México.-Ed. Porrúa.-T. VI,V. II.-1977

38.-SOBERANES Y FERNANDEZ, José L.-Historia del Juicio Ejecutivo Civil.-México.-U.N.A.M.-1977.

39.-VAZQUEZ DEL MERCADO,Alberto y ORTEGA,Rafael.-Apuntes y notas sobre el Código de Procedimientos.-México.-sin editorial.-sin fecha.