



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
" A R A G O N "

Las Formas de la Hipoteca

B-40
T E S I S

Que para Obtener el Título de:

Licenciado en Derecho

P r e s e n t a :

Joel Alejandro Ramírez López



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DER 657

A mi Padre

Que con ejemplar acierto me orientó hacia el camino de la instrucción sin doblegarse ante los múltiples obstáculos que nos deparaba la vida y que - juntos hombro con hombro habríamos de vencer, él desde el campo y yo desde las aulas, primero, de mi querido Estado de Oaxaca, y posteriormente - de la U.N.A.M., indiscutible vanguardia de la educación superior en nuestro País.

A mi Madre

Que con su gran cariño comprendió la razón que me guiaba hacia el estudio superior, y con espíritu solidario fortaleció mi decisión de conseguir a toda costa el objetivo esencial que es la cultura.

A mis Hermanos

Cuya sinceridad manifiesta en la construcción de nuestra unidad familiar respondieron al unísono un invaluable apoyo moral alimentando mi espíritu de universitario.

A mis familiares y amigos de quienes guardo constancias de sus gestos de apoyo y convivencia.

A todos mis Maestros

Quienes me brindaron sabias enseñanzas y que sirven como fuente primordial a mis conocimientos, y por - ello se inmortalizará en mi conciencia y en mi corazón sus nombres.

Con especial afecto, manifiesto mi agradecimiento imperecedero a la LIC. CECILIA LICONA VITE, quien desinteresadamente me guió en la realización - del presente trabajo, su orientación ha resultado vital, y así ha cumplido consciente y cabalmente su función de intelectual del respetable cuerpo académico de nuestra Universidad Nacional.

También quiero mostrar mi agradecimiento al LIC. JOSE LUIS HERNANDEZ MORAN, cuyas finas atenciones alentaron mi fé en el trabajo, en un ambiente camaraderil, haciendo posible la culminación del conjunto de ideas que he transcrito en el tema que expongo.

I N D I C E

	Pág.
PROLOGO	I
 CAPITULO PRIMERO.- EVOLUCION HISTORICA	
1.1.- Origen de la hipoteca	1
1.2.- Derecho Romano	2
Características de la hipoteca	5
Carácter real	5
Carácter accesorio	5
Carácter indivisible	6
Carácter especial y general	6
Carácter clandestino	6
Formas de constitución de la hipoteca	8
Elementos esenciales	8
Elementos de validez	8
Hipotecas nacidas por declaración unilateral de la voluntad	9
Hipotecas que nacían de testamento	10
Hipotecas legales	10
Hipotecas judiciales	10
Extinción de la hipoteca	10
1.3.- Derecho Alemán	11
Empeño antiguo.....	11
Empeño nuevo.....	11
Características de tales garantías	12
Hipoteca de seguridad.....	16
Hipoteca de tráfico	16
La deuda territorial	16

1.4.-	Derecho francés	17
	La hipoteca convencional	21
	La hipoteca legal	21
	La hipoteca judicial	21
1.5.-	Derecho español	23
	Hipoteca voluntaria	24
	Hipoteca judicial	24
1.6.-	Código de 1870 y 1884	28
	Principio de especialidad	29
	Principio de Publicidad	30
	Carácter indivisible	30
	Naturaleza inseparable	34
	Hipotecas voluntarias	34
	Hipoteca necesaria	35

CAPITULO SEGUNDO.- NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA.

2.1.-	Bienes gravables por la garantía hipotecaria.....	38
	Bienes muebles por anticipación	39
	Hipoteca mobiliaria	39
2.2.-	Carácter accesorio	45
	Primera excepción	46
	Segunda excepción	47
	Tercera excepción	47
2.3.-	Carácter real	49
	Doctrina obligacionista	49
	Corriente Germánica	49
	Corriente Francesa	49
	Doctrina personalista	50
	Doctrina procesalista	51

Doctrina civilista	52
--------------------------	----

CAPITULO TERCERO.- LA HIPOTECA EN EL AMBITO NACIONAL.

3.1.- Códigos Civiles vigentes en los Estados de la República Mexicana y en el Distrito Federal	55
Principio de la fuerza formal del registro	55
La hipoteca de propietario	56
3.2.- La jurisprudencia actualizada sobre las formas de la hipoteca en México	59

CAPITULO CUARTO.- LA HIPOTECA EN EL AMBITO EXTERIOR.

4.1.- Código Civil Alemán	60
4.2.- Código Civil Argentino	73
4.3.- Código Civil Chileno	77
4.4.- Código Civil Español	80
4.5.- Código Civil Guatemalteco	87
4.6.- Código Civil Italiano	92
4.7.- Código Civil Panameño	96
4.8.- Código Civil Venezolano	103

CAPITULO QUINTO.- FORMAS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA.

5.1.- Hipotecas voluntarias	108
5.1.1.- Hipotecas nacidas de los contratos	108
5.1.1.1.- Elementos esenciales o de existencia	109
5.1.1.2.- Elementos de validez	109
5.1.2.- Hipotecas nacidas por declaración unilateral de la voluntad	112

	Pág.
5.2.- Hipotecas necesarias.....	115
5.2.1.- Hipotecas judiciales	117
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFIA	123
OTRAS FUENTES DE CONSULTA	127

P R O L O G O

En el presente trabajo realizo un estudio sobre el tema denominado "Las Formas de la Hipoteca". Me ha inquietado el saber el porque de tales formas. Para lograr penetrar en ellas he tenido en primer lugar -- que ordenar la exposición del tema partiendo desde un bosquejo histórico, por existir la necesidad de explicar el origen de la palabra "hipoteca", mismo que se localiza en el Derecho Griego; para pasar luego al Derecho Romano, que adopta el derecho real de hipoteca, dándole gran impulso en su desarrollo.

A través del tiempo en Europa se recogió, ya totalmente, ya parcialmente, la institución hipotecaria; por ello, enseguida comento el desarrollo de la hipoteca partiendo del antiguo derecho romano, siguiendo -- con Alemania, Francia y España. Con el descubrimiento de América, los conquistadores traen como aportación a las nuevas colonias, sus costumbres, religiones, las distintas ramas de la ciencia, y aún los pensamientos políticos de aquellos años. Con la conquista de los españoles, es -- aportado a México el derecho español y con él la institución hipotecaria, en su más primitiva concepción. Es en los códigos civiles de los años - 1870 y 1884, en donde se plasma la concepción más avanzada sobre la hipoteca que la Ley Española de 1861 regulaba en aquellos tiempos, éste estudio lo trato en el Capítulo Primero.

Al hablar de las formas de constitución de la hipoteca salta la importancia de las características y principios que se observan en la hipoteca, y se hace evidente que no podemos hablar de la hipoteca ignorándolos, pues de esta manera la ubicamos como una institución singular por sus características, no existiendo la posibilidad de que se confunda con otra clase de derechos reales, es por ello que en el Segundo Capítulo -- analizo la "Naturaleza jurídica de la hipoteca".

Para seguir una lógica ordenada en la exposición comento cómo contemplan los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, así como el Código Civil para el Distrito Federal, a la hipoteca, comprendiendo así que con excepción de ciertas particularidades, los códigos de los Estados de la República siguen los lineamientos del Código Civil para el Distrito Federal, e incluso los Estados de Baja California Sur y Nayarit se regulan con disposiciones similares a las del Código Civil para el Distrito Federal. Con la inquietud de saber si las formas de constitución de la hipoteca habían sido tema de controversia alguna vez en el juicio hipotecario, me avoqué a investigar en la jurisprudencia pronunciada por nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del año de 1917 a 1983.

A más del análisis de las formas de constitución de la hipoteca en el ámbito nacional consideré necesario un comentario de algunos códigos extranjeros, como son los de Alemania, España, Italia, Argentina, Chile, Guatemala, Panamá y Venezuela. En cada uno de los códigos procuro destacar las particularidades observadas, poniendo especial atención en las formas de constitución que contempla cada código, ya que pienso que es interesante el panorama existente en el ámbito exterior, es decir, el derecho extranjero, porque una vez analizados en forma somera en lo concerniente a la hipoteca, podemos ubicar con mayor convicción el lugar que ocupa nuestro derecho hipotecario, desde el punto de vista evolutivo. Así, al Cuarto Capítulo lo denominé "La hipoteca en el ámbito exterior".

En el último Capítulo "Formas de constitución de la hipoteca" me ubico en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, que reconoce dos formas de hipoteca: hipoteca voluntaria e hipoteca necesaria, mientras que la primera forma nace por contrato o disposición del dueño de los bienes, la segunda nace por disposición de la ley.

Más adelante comento brevemente la forma denominada "hipoteca judicial", la cual no es contemplada en los códigos civiles de 1870 y --

1884, ni en los códigos civiles vigentes de los Estados de la República Mexicana, ni en el Código Civil vigente para el Distrito Federal. Considero que tal forma podría ser contemplada por nuestros Códigos Civiles, para dar, a los acreedores quirografarios la posibilidad de mejorar su posición mediante la constitución de una hipoteca judicial a su favor. - Aunque resulta innegable que la adopción de tal forma de constitución sería objeto de apasionantes controversias.

Este trabajo que contiene una investigación sobre un tema tan común y tan poco tratado en su profundidad, es a la vez un trabajo en el que resulta difícil sostener verdades absolutas, por ello someto mi humilde criterio en lo que sea necesario, al conocimiento elevado y profundo de los honorables miembros del jurado, atreviéndome tan sólo a pedir que consideren este trabajo como un intento de brindar un grano de arena en el estudio de la institución jurídica llamada "hipoteca", y en particular del tema "LAS FORMAS DE LA HIPOTECA".

CAPITULO PRIMERO
EVOLUCION HISTORICA

1.1.- Origen de la hipoteca.

La hipoteca es una institución jurídica que tiene su origen en el antiguo Derecho Griego, ya que de ahí debe su nombre "hypotheca", -- porque así denominaron los griegos la prenda de los bienes inmuebles para garantizar el cumplimiento de una obligación, tal prenda desposeía al dueño.

El Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas nos dice: "Hipoteca. Esta palabra de origen griego, significa gramaticalmente suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, sustituirla, añadirla o emplearla. De esta manera, hipoteca viene a ser lo mismo que cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación".

(1)

Por otra parte el maestro Sabino Ventura nos dice sobre la palabra hipoteca lo siguiente: "Hipoteca, término de origen griego, se empleó desde el Siglo II de C., como una variedad del pignus". (2)

Por lógica deducimos que si la palabra hypotheca es de origen griego, debe de atribuírsele con justa razón a tal cultura, la creación de la institución jurídica que nos ocupa

(1) Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Buenos -- Aires, Argentina, Ediciones Arayú, Unica Edición, Tomo II, --- 1953, página 309.

(2) Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano, México, D.F., Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1966, página 227.

1.2.- Derecho Romano.

Las garantías reales tuvieron un lento desarrollo en Roma, y en particular la hipoteca, "Se desenvolvió en el Derecho Romano a través de tres progresivas instituciones: la fiducia, el pignus y la hipoteca".(3) En la fiducia el deudor le transfería la propiedad de un bien mueble o inmueble al acreedor para garantizar un crédito, la transmisión se hacía por la mancipatio o la in iure cessio, ahora bien en cuanto al precio se utilizaban dos procedimientos alternativos: podía el acreedor comprar por un sestercio un bien valioso del deudor, obligándose el comprador a efectuar la retroventa una vez que el deudor hubiera cumplido la obligación garantizada, o bien el acreedor podía comprar un bien valioso del deudor por la cantidad que éste le pedía prestado, obligándose a efectuar la retroventa del objeto al mismo precio de adquisición, más los intereses que el deudor le debiera.

La fiducia cum creditore, que ofrecía plena garantía al primer acreedor resultaba en cambio inconveniente para el deudor ya que al transmitir la propiedad de sus bienes, el acreedor podía venderlos por mala fe o por error, o bien podía declararse en quiebra, causándole un grave daño al deudor en virtud de que los bienes dados en garantía generalmente respondían a un valor muy por encima de la deuda, ya que el deudor solamente tenía una acción personal contra el acreedor, careciendo del derecho real para reclamar la propiedad de sus bienes en manos de terceros, otra desventaja la constituía la generalidad del gravamen sobre los bienes del deudor, y tratándose de fincas el deudor se veía privado de la posibilidad de trabajarlas o bien utilizarlas para garantizar otros créditos.

(3) Castan Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, España, Editorial Reus, Décima edición, 1966, página - 325.

Como medio para no desposesionar al deudor de los bienes dados en garantía, surgieron dos formas alternativas: Floris Margadant, menciona a la "fiducia precarium", ". . . un préstamo de uso, revocable en cualquier momento, al arbitrio del acreedor".(4) La otra forma se denominaba "constitutum possessorium", Floris Margadant, mediante un ejemplo nos ilustra como debe entenderse, diciendo: ". . . un propietario se convierte en poseedor o detentador -vendiendo, por ejemplo, la casa propia que habita, pero celebrando, al mismo tiempo, un contrato de arrendamiento para poder continuar viviendo-, de manera que el comprador se -- convierte entonces en propietario por mero contrato, sin traditio". (5)

Como consecuencia del fiducia precarium y del constitutum possessorium, el deudor podía celebrar fraudulentamente la misma clase de negocio realizado con el primer acreedor, con terceros, pensando éstos que los objetos valiosos detentados por el deudor garantizaban plenamente -- sus créditos, como la realidad era que los bienes valiosos que se le -- apreciaban al deudor eran propiedad del primer acreedor en garantía de -- la obligación contraída por el deudor.

El acreedor tenía a su favor la "actio fiducia directa" para exigirle al acreedor la retroventa de los bienes dados en garantía por -- el antiguo dueño, es decir, el deudor, cuando éste previamente había pagado la deuda.

El pignus o prenda posesoria mejoró la posición del deudor en virtud de que los bienes que daba en garantía para el cumplimiento de -- su obligación ante el acreedor, ocurría mediante la transmisión de la -- simple posesión, sin transmitir la propiedad, lo que hacía que el objeto de la garantía pignoraticia fuera intransmisible, además de que el -- deudor tenía el derecho real de perseguir el bien cuando éste se encontraba en manos de terceros, sin embargo siguió la desventaja de la desposesión, situación que impedía al propietario de los bienes, utilizarlos como objeto de garantía para otros créditos.

(4) Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado Romano, México, D.F., Editorial Esfinge, S.A. Séptima edición, 1977, página 291

La solución a estos inconvenientes se da con el nacimiento de la hipoteca, que surge originariamente en la relación entre el inquilino rural y el propietario de una hacienda. Sabino Ventura Silva nos dice: "El origen, o por lo menos el precedente romano de la hipoteca, se suele ver en la convención pactada entre el acreedor y el arrendatario de un fundo rural sobre los *invecta et illata*. Para dar una seguridad al propietario, el colono que no tenía más que sus ganados, esclavos y utensilios agrícolas que se designaban, en conjunto, con la expresión *invecta et illata*, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso, muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados al fundo por el colono, quedarían -- afectados al pago del arrendamiento por simple convención y sin que -- aquél perdiera su posesión". (6)

Sigue diciendo el tratadista, que en tiempo desconocido un pretor permitió la retención de los objetos introducidos en el fundo -- por el inquilino rural, mediante el "interdicto salviano", y posteriormente se le facultó al arrendador la posibilidad de vender los objetos retenidos, para cobrarse, devolviendo al deudor el precio sobrante denominado "hiperprocha".

Respecto de los *invecta et illata*, el deudor podía convenir -- con el acreedor que en caso de incumplimiento del primero, el acreedor -- podría convertirse en propietario de los bienes objeto de la garantía hipotecaria.

El interdicto salviano, no confiere sin embargo una adecuada -- seguridad al acreedor, en virtud de que es un derecho de reclamarse al -- deudor y de sus herederos, sin tener acción contra el tercer adquirente. Ante tal situación el pretor crea a favor del acreedor la "actio in rem", tomando luego el nombre de "actio serviana", por las ventajas de esta --

acción se hace extensivo a los demás créditos, denominándose "actio cuasi serviana".

La actio cuasi serviana era una acción otorgada al acreedor hipotecario por medio de la cual éste podía perseguir la cosa hipotecada, aún cuando hubiere pasado a manos de tercero, venderla y aplicarse el producto de la venta al pago del crédito.

¿Qué bienes eran gravables con hipoteca? Podían gravarse los bienes corporales muebles o inmuebles, así como los bienes incorporeales, siempre que se traten de "res in commercio", es decir bienes enajenables.

Los bienes incorporeales son los derechos reales establecidos sobre los bienes inmuebles objeto de la garantía hipotecaria.

La hipoteca generalmente se extendía a los incrementos producidos en el objeto de la garantía, por Ejemplo: los "corpus ex distantibus", se extendía así mismo sobre las accesiones naturales, las mejoras sobre el objeto, los frutos que produjera, siempre que no existiera con anterioridad un derecho de usufructo sobre los bienes, ya que de ser así surgía la obligación de respetar el principio "primero en tiempo primero en derecho", y finalmente la hipoteca grava todos los derechos reales establecidos sobre el bien objeto de la garantía.

CARACTERISTICAS DE LA HIPOTECA

a).- Carácter Real.- En virtud de que surtía efectos contra tercero al conferir la hipoteca el "ius perseguendi" al acreedor, para que éste pudiera perseguir el objeto de la garantía, aún cuando se encontraba en manos de un tercero.

b).- Carácter Accesorio.- Se le puede apreciar tal carácter a la hipoteca romana, en virtud de que tal derecho era accesorio porque se consti

tuía para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, si ---
guiendo la suerte de ésta.

c).- Carácter Indivisible.- La indivisibilidad se manifestaba tanto en el crédito, Floris Margadant S., nos da una explicación sobre la indivisibilidad diciendo: ". . . los derechos de prenda e hipoteca son indivisibles. Si el objeto de estos derechos se divide, no se fraccionan los -- mismos derechos de garantía y, por el contrario si de la deuda en cues -- tión se liquida una parte todo el derecho de prenda o hipoteca subsiste en garantía del saldo de la deuda". (7)

d).- Carácter Especial y General.- El derecho hipotecario romano tiene este doble carácter en virtud de que tanto era admisible que la hipoteca gravara bienes singularmente determinados y respondiendo sobre un monto determinado, como era también aceptable que la hipoteca gravara la totalidad del patrimonio del deudor o del tercero que hipotecaba sus bienes en garantía de una deuda ajena.

e).- Carácter Clandestino.- La clandestinidad consiste en la falta de publicidad tanto en la transmisión de la propiedad como de los bienes -- susceptibles de hipotecarse.

Período Primitivo.- La transmisión de los bienes tenía un carácter eminentemente formal, utilizándose las formas civiles; "in iure -- cessio" en aplicación a los "res Mancipi" y la "Mancipatio" en aplica -- ción a las "res Mancipi" y a las "res nec Mancipi".

Período Clásico.- Se caracteriza este período por el abandono paulatino de las formas civiles practicadas en el período antiguo, apareciendo la "traditio", que está exenta de toda publicidad, ya que la posesión del adquirente, constituye tan sólo una débil forma de exteriorización.

Período Justiniano.- Sigue predominando la "traditio", sin embargo en lo relativo a la transmisión de inmuebles aparece como medio de publicidad la escritura o documento. El tratadista español, Roca Sastre, nos dice: "El derecho justiniano establece para los actos de transmisión de inmuebles el requisito de la escritura y favorece en gran manera la práctica introducida en el último siglo que tales transferencias fueran insinuadas en las gestas, o sean los procesos verbales redactados en las cancillerías de los tribunales a fin de dar a las declaraciones de las partes el valor de acto público". (8),

A pesar de que aparecen los documentos como medios de publicidad reforzados en su finalidad con la "insinuatio", que era la forma que exigía el registro forzoso de la donación que excediera de cierto límite en su valor, no satisface plenamente el principio de publicidad, porque el sistema romano considera a la transmisión como un acto meramente privado, sin requerir para su validez y eficacia ninguna formalidad.

Vistos los tres períodos históricos en que tiene diferente manifestación el principio de publicidad podemos decir que en el primer período encontramos a la "in iure cessio", que era el medio más intenso de publicidad porque constituye un acto público, que tiene lugar en plena audiencia judicial. En el período clásico casi desaparece la publicidad y en la etapa justineana aparecen los documentos que no cumplen satisfactoriamente con la publicidad que es su fin.

La consecuencia fue negativa por provocar una grave inseguridad tanto para los terceros como para los acreedores, ya que el deudor podía realizar negocios fraudulentos en perjuicio de los mismos.

Como sustituto a la falta del registro público de las transmisiones de inmuebles, existía una sanción penal, contra los deudores que cometieran el negocio fraudulento denominado: "stellionatus".

(8) Roca Sastre, Ramón Ma., Instituciones de Derecho Hipotecario, Barcelona, España, Editorial Bosch, Sexta edición, Tomo I, 1968, página 28.

FORMAS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA.

El Derecho Romano reconocía tres formas a saber: 1.- Hipotecas Voluntarias, 2.- Hipotecas Legales y, 3.- Hipotecas Judiciales.

Hipotecas Voluntarias.- Eran las que nacían por el simple convenio, sin sujetarse a ninguna formalidad, la manifestación de la voluntad podía -- ser multilateral, bilateral o bien unilateral.

El deudor hipotecaba sus bienes en garantía de sus deudas ante el acreedor, pero un tercero podía también hipotecar sus bienes en garantía de una deuda ajena. El gravamen podía establecerse sobre determinados bienes o sobre la totalidad de los mismos.

En esta forma de constitución encontramos los elementos siguientes:

a).- Elementos Esenciales.- La manifestación de la voluntad - que podía ser plurilateral o unilateral. El objeto física y jurídicamente posible. En el Derecho Romano se habla de "res mancipi", refiriéndose a bienes inmuebles, y de "res nec mancipi", refiriéndose a los demás bienes que están en el comercio, a la vez que se habla de cosas corporeas e incorporeas. Encontramos en estas denominaciones la aproximada idea del objeto como elemento esencial.

b).- Elementos de Validez.- Encontramos en esta clasificación la capacidad, la legitimación, la licitud en el objeto motivo o fin, y la forma que no es especial.

La Capacidad: Era capaz de hipotecar todo romano mayor de 25 años que gozara de un estado mental normal.

La Legitimación: En el Derecho Romano se establecía que sólo podía hipotecar el que era propietario de la cosa, o tuviere derechos -- susceptibles de ser pignorados.

La Licitud en el objeto motivo o fin.- En el Derecho Romano - se hablaba ya de la inexistencia del contrato cuando el objeto resulta - ilícito, es decir, que el objeto fuera contrario a la letra de la ley o a su espíritu o por ser contrario a las buenas costumbres. En cuanto a la imposibilidad existencial del objeto, el tratadista Floris Margadant S., nos dice: "El principal vicio posible relacionado con este elemento es la imposibilidad, sea física, sea jurídica. Además, el Derecho Romano consideraba como vicio del objeto, un exceso de vaguedad, el hecho de no ser valorable en dinero y la circunstancia de que el objeto tuviera - repercusiones favorables o desfavorables en la posición jurídica de personas que no habían intervenido en el negocio en cuestión". (9)

Sin embargo la falta de la publicidad de la hipoteca en el Derecho Romano facilitó a los deudores la realización de negocios fraudulentos, sobre bienes hipotecados hasta el límite de su valor, de tal manera que las hipotecas posteriores, no encuentran ninguna garantía segura sobre tales bienes, en tal circunstancia se les sancionaba penalmente al - constituyente por el delito de "stellionatus".

La Forma.- Inicialmente la hipoteca se constituía en documentos privados, pero en la época postclásica surgen dos formas un poco más solemnes, la primera forma consiste en la constitución de la hipoteca ante tres testigos de óptima fama a esta forma se le denominaba; "pignus - cuasi publicum" y a la segunda forma de constitución se hacía mediante - la intervención de notarios u otras personas de fé pública, denominándose ésta; " pignus publicum".

Hipotecas nacidas por declaración unilateral de la voluntad.- Son aquellas que constituían los terceros para garantizar una deuda ajena.

Hipotecas que nacían de testamento.- Estas nacían por el acto unilateral del testador, ya que podía gravar bienes hereditarios para el pago de sus deudas.

Hipotecas Legales.- Son aquellas que se establecían a favor de ciertos acreedores para proteger su prioridad en el cobro de sus créditos, tales como: hipoteca a favor del fisco, hipotecas que gravaban bienes de tutores o curadores en garantía de las obligaciones respecto al pupilo incapaz y de los menores de edad, la hipoteca del legatario para garantizar el cumplimiento del heredero y la hipoteca automática a favor de la persona que prestaba dinero para una construcción, entre otras.

Hipotecas Judiciales.- Son las que nacían de las sentencias judiciales, "iudicatio del iudex", en el caso de la división de una cosa común, o bien por la "missio possessionem", cuando el deudor salía fuera de Roma, sin haber cumplido con su obligación de pago, al respecto nos dice el tratadista Floris Margadant S., ". . . se podía pedir al pretor la "missio in possessionem bonorum" (embargo), respecto de sus bienes que se encontrasen en Roma, figura que imponía al embargante la obligación de notificar al demandado, en cuanto fuera posible". (10)

Por último citaremos el "pignus iudicati captum", que consiste en el embargo que se efectúa sobre una parte del patrimonio del deudor por autorización oficial, toda vez que el deudor solvente se abstenía de efectuar el pago al acreedor.

Extinción de la hipoteca.- Se extinguía por las siguientes causas:

1.- Por el pago total de la deuda garantizada;

2.- Por renuncia del acreedor hipotecario a realizar el precio de la cosa hipotecada;

3.- Por confusión, cuando el acreedor hipotecario realizaba la compra de la cosa hipotecada;

4.- Por pérdida de la cosa hipotecada;

5.- Por prescripción extintiva, cuando el acreedor no ejercitaba su derecho dentro de los cuarenta años a partir del primer día que pudo hacerlo;

6.- Por la venta del bien hipotecado, para cobrarse con el -- precio, el acreedor; y

7.- Por la praescriptio longi temporis, que procedía cuando -- el tercer adquirente, del bien hipotecado poseía la cosa con justo título y buena fe con relación al acreedor hipotecario, el tiempo de posesión era de diez a veinte años según se tratara de acreedor presente o -- ausente.

1.3.- Derecho Alemán.

En la Edad Media surge la hipoteca en Alemania, con el nombre de "empeño", por lo que el Derecho Medieval Germano reglamentó dos formas de garantías inmuebles a saber:

a).- Empeño Antiguo.- Era una garantía inmueble con desposesión, ya -- que el dueño del bien hacía entrega del mismo al acreedor para que lo -- disfrutara, hasta que el deudor realizara el pago.

b).- Empeño Nuevo.- Era una garantía inmueble sin desposesión, en virtud de que el bien quedaba en poder del deudor, pero con prohibición judicial para que el deudor los enajenara, y concediendo al acreedor un de -- recho de reserva para que una vez vencida la deuda y no siendo pagada --

por el deudor, se cobrara del fundo mediante la intervención de los tribunales.

Las características de tales garantías son:

- 1.- La constitución de ambas garantías se hacía en forma pública ante el juez.
- 2.- Hay ausencia de responsabilidad personal, existiendo solamente la responsabilidad real.
- 3.- No existe un procedimiento judicial de ejecución sobre el patrimonio objeto de garantía.
- 4.- No tiene el carácter capitalista que es peculiar en la hipoteca moderna.
- 5.- En cuanto a la clasificación de los términos "empeño antiguo" y "empeño moderno", es erróneo, ya que ambas figuras sobreviven aun que con ciertas modalidades.

A la par de estas dos formas de garantía conocidas existía una forma de inversión que tiene semejanza con las modernas, tal es la denominada; "compra de rentas", el tratadista, Arthur Nussbaum nos dice al respecto: "El medio más semejante a las inversiones modernas de que se disponía era la "Compra de rentas" (gült) consistente ésta en que el propietario obtiene una suma de dinero del acreedor a cambio de abonar un canon perenne, incancelable y transmisible (Ewiggeld), de que respondía exclusivamente al fundo. El capital conseguido se utilizaba para la edificación o reparación de la propiedad inmueble, reservándose en pago los frutos de estas mejoras, pudiendo el deudor extinguir la obligación mediante la entrega de una suma global". (11)

(11) Nussbaum, Arthur.- Tratado de Derecho Hipotecario Alemán, Madrid, España, Imprenta Helénica, Segunda edición alemana y primera edición traducida por W. Roces, 1929, página 344

La compra de rentas y el empeño nuevo son dos instituciones -- que se asemejan ya que en ellas no se desposeiona al propietario de la finca.

A finales de la Edad Media, tanto en el empeño nuevo como en la compra de rentas se aprecian características que en cierto modo son -- análogas a las de la hipoteca moderna, tales son:

a).- Regimen de sustantividad respecto de la prenda mobiliaria.

b).- La publicidad de las garantías reales.

c).- La especialidad de los bienes gravados.

d).- La reserva de la posesión del bien gravado por el propietario.

e).- Gravitación de la deuda sobre el fundo.

f).- El pago de la deuda mediante la venta del bien inmueble, originariamente por autorización judicial y después en subasta pública -- por los tribunales, cuando el deudor incumplía con su obligación.

A las características anteriores se suman otras que surgen en el siglo XVI, Arthur Nussbaum, nos dice lo siguiente: ". . . añade el si glo XVI la prohibición canónica del pacto de intereses, la implantación de un procedimiento de concurso, que suple y prepara el actual proceso -- ejecutivo y la creación de un "derecho de rescate" para las rentas, equi valente a un derecho de cancelación reservado al acreedor rentario, con todo esto, se prepara el advenimiento de la hipoteca de tipo capitalis -- ta". (12)

A finales del siglo XVI, empezó a manifestarse una crisis en materia hipotecaria, en virtud de que se permitió la creación de hipotecas legales y generales así como los privilegios hipotecarios. Como remedio a esta crisis, Alemania acoje el Derecho Hipotecario Romano a principios del siglo XVII, sin que tal suceso implicara la desaparición de las ideas jurídicas nacionales alemanas (en lo que eran compatibles tomaron el nombre romano).

El pignus públicum, fue recibido y se le atribuyó una gran importancia ya que su finalidad fue la de eliminar los efectos negativos de las hipotecas legales y generales, situación que constituyó una dura tarea en virtud de que el Derecho Romano como sabemos, trajo a su vez las hipotecas legales y además con la generalidad permitida en Roma.

Durante el siglo XVII, el Estado alemán le da prioridad a la legislación sobre las características de la hipoteca tales como: el principio de publicidad y el principio de especialidad, así como normas sobre la personalidad del propietario, se crean también dentro de este siglo, los registros públicos especiales para las hipotecas.

En el siglo XVIII, florece aun más la institución hipotecaria Arthur Nussbaum, nos dice que la innovación de Federico Guillermo I., con su ordenanza de hipotecas y concursos promulgado el 4 de febrero de 1722 propone implantar un nuevo régimen de crédito en todo el territorio de la monarquía -con exclusión del reino de Prusia, donde regía una reglamentación análoga desde el año de 1721. (13) En esta ordenanza se dispone que todos los acreedores del deudor deben entrar en concurso, hay cierta preferencia sobre las hipotecas inscritas respecto a las que no lo están. La ley restringía en lo posible la hipoteca de la mujer casada. Se dispone también un formulario que prevé el historial del inmueble. En este siglo la hipoteca adquiere fisonomía eminentemente capitalista.

(13) Nussbaum, Arthur, Ibid., página 350

La última etapa evolutiva del Derecho Hipotecario Alemán se -- aprecia durante el siglo XIX, presentándose por un lado las reformas del sistema hipotecario que se manifestaron en los diferentes Estados Federados del Reich, prescribiendo las siguientes disposiciones:

- a).- Principio de la fuerza formal.
- b).- La fé pública del registro hipotecario.
- c).- Simplificación de la cédula hipotecaria.

Por otro lado se observa la unidad del derecho inmobiliario y en especial de la hipoteca en todos los Estados Federados de Alemania, - con esta unificación del sistema hipotecario se afirma el triunfo de las ideas jurídicas del Estado Alemán.

Posteriormente se publica el B G B, que comenzó a regir el primero de enero del año de 1900, junto con otras leyes complementarias. _ Sobre las leyes mencionadas, el tratadista; Federico Puig Peña, nos dice: "Del conjunto de todas estas leyes se desprende la configuración del sistema germano como el más correcto y perfecto de los existentes, . . ." (14), tal afirmación no deja lugar a dudas, respecto a la gran evolución del sistema hipotecario alemán, sin embargo no puede negarse la influencia romana. El tratadista Max Kaser opina: ". . . no solo por su contenido fundamental, sino también por su espíritu, es romano el Código Civil Alemán, al menos en el sentido como se entendía el siglo XIX en - Derecho Romano". (15) De esta afirmación se desprende que; aunque el - Derecho Alemán superó las deficiencias existentes con el derecho hipotecario romano por el triunfo de las ideas jurídicas nacionales alemanas, - el Derecho Romano subsiste aun cuando fuera en ideas generales en el Código Civil Alemán, y en otros códigos extranjeros, razón por la cual el

(14) Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo III, Vol. II, 1951, página 18

(15) Kaser, Max, Derecho Privado Romano, Madrid, España, Editorial Reus, S.A., Quinta edición, 1968, página 199

Derecho Romano, es factor principal de la cultura jurídica contemporánea.

Ahora bien en cuando a las formas de constitución de la hipoteca, Alemania reconoce en la actualidad tres formas. El origen de estas tres formas es consecuencia de una desviación que hace el Derecho Alemán respecto del cuadro general de las formas de constitución de la hipoteca, ya que la técnica jurídica alemana clasifica las formas a base de calar profundamente las relaciones que existen entre el gravamen y el crédito subyacente, y de esta manera podemos apreciar las formas siguientes:

1).- Hipoteca de Seguridad.- Se le denomina así a la hipoteca de garantía que tiene carácter puramente accesorio ya que depende del crédito en forma absoluta, teniendo por finalidad exclusiva el aseguramiento de los derechos del acreedor, y no destinada a circular en el comercio, su efecto probatorio no se encuentra en el asiento del registro de la propiedad, sino que se determina a posteriori por procedimientos ajenos.

2).- Hipoteca de Tráfico.- Es la clase de hipoteca que habitualmente origina la entrega de una cédula hipotecaria, y tiene existencia sustantiva y no accesorio, está pensada para circular en el comercio, teniendo su efecto probatorio en el asiento del registro de la propiedad.

3).- La Deuda Territorial.- Es un derecho análogo a las dos formas de hipotecas que ya hemos definido, pero ésta tiene la particularidad de que para el acreedor desaparece el derecho personal, quedándole tan solo el derecho real sobre la finca. La deuda territorial se inscribe en el registro y origina la entrega de una letra inmueble o bono inmueble, que es negociable como la letra de cambio.

1.4.- Derecho Francés.

El antiguo Derecho Civil de Francia, no conoce mas formas de garantía que la prenda.

En el siglo XIII, aparece la anticresis en su forma actual, ya que los autores hacen referencia a la misma.

En el mismo siglo XIII, aparece la "obligatio bonorum", u - - "obligación de los bienes", la cual toma el nombre de hipoteca en el siglo XVI, la lenta evolución de la obligatio bonorum, demuestra según los autores que el derecho francés no copia de golpe el sistema hipotecario romano.

El tratadista Marcel Planiol, nos da la siguiente afirmación - sobre la aparición de la hipoteca en el antiguo Derecho Francés: . . . La introducción de la hipoteca en el derecho francés no fue efecto de -- una copia directa, hecha de un solo golpe, al derecho romano. Primera - mente se la ve producirse en el siglo XIII con el nombre de obligatio bo norum. En esta época, el acreedor no tenía a su disposición, para ejercer los bienes de su deudor, sino procedimientos prolongados y difíciles. . ." (16)

Desde que apareció la hipoteca en el antiguo derecho francés, los bienes objeto de la garantía podían ser indistintamente bienes mue - bles o inmuebles. Pero en el siglo XVI, desaparece la hipoteca mueble en virtud de que tal garantía concedía tan sólo derecho de preferencia y no de persecución quedando tan sólo la hipoteca sobre bienes inmuebles.

(16) Planiol, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Puebla, Pue., México, Editorial Jossé M. Cajica Jr., Tomo VI, Volumen VIII, 12a. edición, 1948, página 143

Los rasgos característicos de la hipoteca en el período antiguo son:

- 1.- Proliferan las hipotecas generales.
- 2.- Tenían el carácter de clandestinidad.

Sin embargo a tales rasgos característicos se oponían pequeñas excepciones, en ciertas regiones de Francia, tales como las denominadas "regiones del norte, del este, y la provincia conocida como la Bretaña".

Durante el período antiguo, el Derecho Civil Francés permitía que tanto la transmisión de la propiedad como la constitución de las cargas reales permanecieran ocultas.

El derecho intermediario, como los autores denominan al derecho civil existente en el siglo XVIII, brindó a Francia dos leyes que en ciertos preceptos eran más avanzadas que el régimen hipotecario francés vigente al primer cuarto de siglo XX. Las leyes a que hacemos alusión son las siguientes:

1.- La ley del 9 mesidor año III (27 de junio de 1775), cuyas características son:

- a).- Admite la hipoteca convencional y judicial, suprimiendo a la hipoteca legal.
- b).- Todas las hipotecas están sometidas a la publicidad.
- c).- Admite las hipotecas generales.
- d).- Contiene la institución de la cédula hipotecaria y de la movilización del crédito.

2.- La ley del II brumario año VII (10. de noviembre de 1788), que contiene nuevas normas que la hacen una ley excelente, tales disposiciones son:

a).- Organiza la transcripción de todos los actos traslativos de los bienes susceptibles de hipotecarse.

b).- Preceptúa que todas las hipotecas que la ley admitía estaban sujetas al régimen de publicidad.

c).- Preceptúa el carácter de especialidad de la hipoteca.

d).- Disponía además que las hipotecas legales o judiciales - sobre bienes futuros, obligaban a los acreedores a efectuar el registro de los bienes, cuando los mismos pasaban a manos del deudor en calidad - de propietario.

Sobre esta última ley, y para mayor abundamiento citaremos la afirmación del tratadista G. Marty quien se expresa de la siguiente manera: "Se consideró que las cédulas eran un medio de disipación destinado a destruir las fortunas".

"La ley hipotecaria siguiente, de II brumario año VII (10. de noviembre de 1798) no conservó esa innovación. Por lo demás, esta última ley era excelente". (17)

No conserva la cédula hipotecaria que originaba la movilización del crédito. Y sólo hasta en el año de 1852 el Estado francés crea la institución del crédito hipotecario, mobilizándose así el crédito, -- principalmente para favorecer a la clase campesina.

(17) G. Marty, Derecho Civil, Puebla, Pue., México, Editorial José Ma. Cajica, 1952, página 122.

Después de estas dos leyes surge en 1804 el Código de Napoleón, el cual no consagra los progresos de las leyes del derecho intermedio, - en ocasiones se abstiene totalmente de reproducir un precepto, en otras limita los mismos, tales son los siguientes casos:

a).- No se conserva la publicidad de los actos traslativos de los bienes susceptibles de hipoteca.

b).- La publicidad se limita a las hipotecas convencionales y judiciales, exceptuando las legales.

c).- La especialidad es una característica que no se aplica - a las hipotecas legales.

Entre las reformas posteriores al código civil aludido, encontramos la ley de 1855, que produce en forma incompleta la publicidad tan to para las transmisiones de los bienes susceptibles de ser hipotecados como para la constitución de las hipotecas.

Del Código Napoleónico Manuel Cano Llopis expone un concepto claro y tajante: "A partir del Código de Napoleón se siguió en Francia - un sistema de caracteres nada acusados hasta el punto de que no vemos en ellos nada que pueda apuntar una peculiaridad para hacerla resaltar aquí. No dió Francia ninguna aportación que pueda ser considerada como algo de cisivo y trascendente para el estudio del concepto de la hipoteca y así vemos que el Código de Napoleón asimiló las corrientes de doctrina, tan en boga entonces, del derecho germánico, y admitió la existencia de las hipotecas especiales y públicas (con los caracteres de la germánica) pero, coetáneamente siguió reglamentando las antiguas hipotecas generales romaⁿas con toda su secuela de inconvenientes, dado que permitían ser efectivas sin necesidad de estar inscritas. El gesto de progreso quedaba pues coartado por la vuelta a los viejos errores y la consecuencia fue el os- curecer más una situación jurídica que para los acreedores debiera haber quedado diáfana". (18)

(18) Cano Llopis, Manuel, La Hipoteca en el Derecho Comparado, Pa- namá, Panamá, Imprenta Nacional, Primera edición, 1952, pági- nas 51 y 52

Tal situación jurídica imperante en Francia, en lo que se refiere a la publicidad, los autores aseguran que aún después de mediados del siglo XX, se vive bajo el régimen de publicidad personal, es decir, que tanto la publicidad de la transmisión de los bienes susceptibles de ser hipotecados como de la constitución de las hipotecas queda al arbitrio de las partes.

Las formas de la hipoteca reconocidas desde la antigüedad por el derecho civil francés son:

1.- La Hipoteca Convencional.- Era aquella que se constituía mediante escritura privada o pública, por acuerdo de la voluntad de las partes o por disposición del propietario de los bienes inmuebles, las hipotecas aludidas son generales y clandestinas.

2.- La Hipoteca Legal.- Es la que el Estado francés creó a favor de ciertas personas, a manera de ejemplo tenemos la establecida a favor de la mujer casada, del sujeto en estado de interdicción, del menor de edad bajo tutela, y a favor de la persona moral que es el mismo estado francés, para el caso de incumplimiento del deudor de los impuestos.

3.- La Hipoteca Judicial.- Era la que nacía del reconocimiento de un documento privado por el deudor, ante los tribunales, o bien por una sentencia condenatoria emanada de un juicio en el cual se haya hecho el cotejo y verificación del documento que el deudor fingía desconocer, transformándose por ejecución de la sentencia, el crédito que antes era quirografario en crédito hipotecario.

Los tratadistas franceses; Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud, dicen respecto a la hipoteca judicial, lo siguiente: "El decreto del 4 de enero de 1955 ha suprimido la hipoteca de las sentencias de reconoci-

miento y verificación de escritura, y ha dejado que subsista tan solo la hipoteca de las sentencias de condena". (19)

(19) Mazeaud, Henri, Mazeaud, León y Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas, Europe-América, Volumen I, 1959, página 297.

1.5.- Derecho Español.

En el antiguo Derecho Español, la hipoteca aparece confundida con la prenda, el gravamen podía recaer tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, desposesionándose el deudor de los mismos, así es como se reglamenta la garantía en el Fuero Juzgo (s. VII d. de C).

La misma reglamentación se contiene en el Fuero Viejo de Castilla, del año de 1212.

En el Fuero Real (año de 1255), y concretamente en la ley VI - del título XIX, libro III, la hipoteca toma la denominación de "peño", - gravaba tanto bienes muebles como inmuebles, pero en el caso de estos últimos bienes, no se desposesionaba al propietario, y la venta que hiciera el mismo se consideraba nula, en tanto el bien siguiera gravado.

En las Siete Partidas (año de 1265), triunfa la influencia del derecho romano, el cual se establece íntegramente en la ley I, del título XIII de la quinta partida. Sobre esta ley el tratadista español Castán Tobeñas, nos dice: "En Derecho Español aparecen también confundidos los derechos de prenda e hipoteca. La partida incluye a ambos en la denominación peño, y si bien en la ley 63 de Toro se encuentra usada por primera vez la palabra hipoteca todavía no se establece una verdadera diferencia entre aquéllos". (20)

En este cuerpo legal se distinguen tres formas de constitución de la hipoteca, tales son:

(20) Castán Tobeñas, Jose, Op Cit. página 326

a).- La Hipoteca Voluntaria.- Nacida de la manifestación de la voluntad.

b).- La Hipoteca Legal.- Impuesta por disposición de la ley a favor del rey, de la mujer casada, etc.

c).- La Hipoteca Judicial.- La nacida por resolución de los juzgadores.

La denominación "hipoteca", aparece en el derecho español, en las Leyes de Toro, (año de 1503).

En el año de 1539, los gobernantes de España dictan una ordenanza denominada: "pragmática", con la finalidad de que se registrara la hipoteca, tal ordenanza se confirma durante los años 1558 y 1713. En el año de 1788, Carlos III, dicta otra pragmática parecida a las anteriores, en ella se consigna el principio de la especialidad, y ordena el establecimiento de oficinas de registro, que funcionan con relativa eficacia, - hasta la publicación de la ley de 1861. Esta ley distingue singularmente a la prenda y a la hipoteca, diciendo que la primera institución jurídica se apoya en la posesión del bien mueble objeto de garantía por el acreedor o tercero designado para tal efecto, la hipoteca se apoya en su inscripción en el registro público y su exclusividad sobre bienes inmuebles. Sobre este criterio de diferenciación, Castán Tobeñas nos dice: "En realidad, en el fondo de la diferenciación entre la prenda y la hipoteca por razón de la distinta naturaleza (mueble o inmueble) del objeto y de la diversa índole que reviste el contenido de la relación jurídica (según medie o no desplazamiento posesorio de la cosa), se descubre una consecuencia de la diversa aplicación que tiene en una y otra institución, y en general, en los derechos sobre cosas inmuebles o sobre cosas muebles, el principio de publicidad". (21)

La ley de 1861 fue inspirada por el proyecto de cantón de Gine

bra que se basaba a su vez en la legislación hipotecaria germánica. Unos años después se publica el Código Civil Español, pero éste no tenía consonancia con algunos artículos de la Ley de 1861, por lo que es reformada en el año de 1909, modernizándose y respondiendo a los fines del registro. Posteriormente en 1915 se dicta un reglamento para la ejecución de la ley hipotecaria, y así en forma sucesiva se dictan nuevas disposiciones hasta llegar a la última reforma de la ley hipotecaria en 1944, en esta reforma se toma en cuenta tanto las enseñanzas de la doctrina como las exigencias de la realidad presente en el tiempo en que se hizo la reforma, tomó como base el Código Civil Alemán. Federico Puig Peña, nos dice: ". . . en la discusión parlamentaria el ministro señor Fernández-Negrete afirmó de modo paladino que la ley se orientaba en el sistema - alemán". (22)

Tal aseveración hace indiscutible la fuente de inspiración de la ley de 1944, la cual sufre una reforma parcial, quedando denominada: "Ley Hipotecaria de 1946".

Ahora bien atendiendo a las formas de constitución el actual - derecho español reconoce las siguientes:

a).- Las Hipotecas Voluntarias.- Se encuentran comprendidas en esta forma las hipotecas convencionales o que nacen del acuerdo de la voluntad de las partes, y las que nacen por disposición unilateral de la voluntad del dueño de los bienes.

b).- Hipotecas Legales.- Las hipotecas anteriores a la ley - de 1861, eran gravámenes ocultos que pesaban sobre los bienes, permitiéndose que dichas hipotecas existieran con el carácter de generales y especiales. La ley de 1861 termina con la característica de generalidad, estableciendo que tales hipotecas tuvieran el carácter de especiales y expresas, permitiéndose a este respecto la excepción cuando se trata de hi

potecas establecidas a favor del Estado por el importe de las contribuciones, así mismo cuando se trata de hipotecas establecidas a favor de los aseguradores, y en otros casos especiales.

Las anteriores formas de constitución son las reconocidas por el actual Código Civil Español, así como la ley hipotecaria vigente del mismo país.

Sin embargo, Castán Tobeñas nos dice que existe otra forma de constitución con la denominación de "hipotecas excepcionales", comprendiéndose dentro de esta forma las siguientes clases de hipotecas:

"1.- Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas".

"2.- Hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador, regulada por primera vez en la ley hipotecaria de 1909".

"3.- Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito".

(23)

Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.- La particularidad que se observa en esta clase de hipoteca es que es susceptible de tantas realizaciones o ejecuciones como rentas o prestaciones periódicas que garantice, no implicando el remate, y sólo se extingue el gravamen si la última renta o pensión es satisfecha.

Hipoteca en Garantía de Títulos Endosables y al Portador.- La particularidad de esta clase de hipoteca es que el titular del título es indeterminado, en virtud de que se transmite el documento mediante la tradición o del endoso sin necesidad de dar conocimiento al deudor ni hacer constar dicha transmisión en el registro.

(23) Castán Tobeñas, José., Op Cit., páginas 378, 379 y 380

Hipoteca en Garantía de Cuentas Corrientes de Crédito.- Es -- una modalidad de la hipoteca de máximo, que regula el Código Civil Alemán, la particularidad de esta clase de hipoteca es que el titular de la garantía se encuentra indeterminado en el momento en que se constituye la garantía y sólo se conoce al liquidarse la cuenta corriente. En la escritura pública en que se constituye se debe de determinar la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada.

1.6.- Códigos de 1870 y 1884.

En el estudio del sistema jurídico mexicano precedente del sistema actual, resultan de trascendental importancia los códigos de los años de 1870 y 1884, en virtud de que tales cuerpos normativos nacieron dentro del período del restablecimiento del régimen republicano en nuestro país.

Atendiendo a la definición de la hipoteca dada en los referidos códigos tenemos que: el Código Civil de 1870, en su artículo 1940, dispone: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". El Código de 1884, por su parte define en idéntica forma a la hipoteca en su artículo 1823.

De la definición dada por estos códigos encontramos las siguientes características:

a).- Ambos códigos prescriben, que son objeto de hipoteca, exclusivamente los bienes inmuebles, predios o derechos reales establecidos sobre los mismos.

Tal característica nos muestra que no se concibe al bien mueble como objeto susceptible de ser hipotecado.

b).- Se observa la naturaleza accesoria de la hipoteca, al prescribir que el derecho hipotecario se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales. La accesoriedad se distingue en el hecho de que el derecho real sigue la suerte del derecho principal, garantizando la obligación que emana de la misma.

c).- Se observa el carácter real de la hipoteca, en virtud de que otorga al titular un derecho de persecución del bien, aun cuando este en manos de tercero.

d).- Se observa también en la definición de la hipoteca, un derecho de preferencia en el pago, que tiene el titular del derecho real, sobre los créditos quirografarios.

De la definición de la hipoteca en los códigos que mencionamos, se aprecia que no se señala si los bienes hipotecados son desposesionados de su dueño o permanecen en posesión del mismo. El Código Civil vigente dispone que los bienes no se entreguen al acreedor, siendo esta -- disposición una innovación en el ordenamiento para el Distrito Federal; lo mismo ocurre respecto de los preceptos que regulan la hipoteca constituída mediante títulos civiles, y por cédulas hipotecarias.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal no es categórico en disponer que el bien susceptible sea exclusivamente el bien inmueble, sino que se refiere a bienes en general, presumiéndose una aceptación tácita respecto a considerar a los bienes muebles como susceptibles de ser hipotecados.

Otras características importantes de la hipoteca que regulan los códigos de 1870 y de 1884 son:

a).- Principio de Especialidad.- El artículo 1942, del Código Civil de 1870 dispone: "La hipoteca solo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, y sobre los derechos reales que en ellos estén -- establecidos", precepto idéntico al artículo 1825 del Código Civil de -- 1884. Ahora bien la especialidad presume el carácter expreso de la hipoteca, así como lo dispone el artículo 1857 del Código Civil de 1884, al prescribir: "La hipoteca nunca es tácita ni general; . . .", tal disposición supera en su amplitud al artículo 1890, del Código de 1870, que solamente preve la prohibición del carácter tácito de la hipoteca, sin mencionar a la par la prohibición de la generalidad.

b).- Principio de la Publicidad.- Es un capítulo especial referente al registro de las hipotecas, en ambos códigos en estudio encontramos que en el artículo 2016, del Código Civil de 1870, se dispone: -- "La hipoteca no producirá efecto alguno legal sino desde la fecha en que fuere debidamente registrada", precepto idéntico al artículo 1889, del Código de 1884. Además los artículos 1980 y 1857, de los respectivos códigos disponen que: "La hipoteca para subsistir necesita siempre de registro, . . ." Del análisis de estos artículos podemos decir que la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad, constituye una formalidad necesaria, para que el acto jurídico produzca efectos contra terceros. Puede prescindirse el registro de la hipoteca, en virtud de no ser elementos de existencia del contrato o acto unilateral que constituye la hipoteca, sino una obligación del deudor de inscribir el gravámen que pesa sobre su bien que todo tercero pueda conocer la solvencia económica del dueño del bien, así como la situación jurídica del mismo.

c).- Carácter Indivisible.- Lo encontramos en ambos códigos, pero en forma más clara se ve estipulada en el artículo 1836 del Código Civil de 1884, que prescribe: "Cuando se hipotequen varias fincas juntamente por un sólo crédito, el acreedor puede hacer efectiva la acción sobre cualquiera de ellas o sobre todas, simultánea o sucesivamente, hasta obtener el pago total, a no ser que en la escritura se haya determinado la cantidad o parte del gravamen de que cada una de las fincas deba responder". Se observa en la disposición que citamos el carácter indivisible en cuanto al objeto del gravamen, sin que tal carácter se ostente como un principio absoluto, contemplándose así la división del bien inmueble por acuerdo de las partes.

Ahora bien, en cuanto al carácter indivisible del crédito, también poco se ostenta como absoluto, permitiéndose en ambos códigos en estudio que las partes pacten la división del mismo, así podemos observar que: - el artículo 1955 del Código Civil de 1870 dispone: "Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito

hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el - deudor". (Igual al artículo 1838, del Código Civil de 1884).

El Código Civil vigente para el Distrito Federal ha derogado - el principio de la indivisibilidad, tanto para los objetos del gravamen, como del crédito, así lo manifiestan los artículos 2912 y 2913 de este - ordenamiento.

Tal forma nos permite comprender la importancia que ha adqui-- rido el crédito hipotecario, y así observamos que el artículo 2912, dispone que". . . es forzoso determinar en que porción del crédito responde cada finca,. . .", tal situación nos demuestra que la divisibilidad de - los bienes gravados ya no depende de la voluntad de las partes, sino que considerada tal divisibilidad como cuestión de interés público, la ley - dispone la forzosa división de los bienes.

Si no se determinara por qué porción del crédito debe de res - ponder cada una de las fincas en el caso de que se hipotequen varias, por un crédito, el deudor se encontraría en una situación jurídica bastante débil, en virtud de que la hipoteca gravaría la generalidad de los bie-- nes, de tal modo que aunque el deudor llevara pagando más del cincuenta- por ciento de la deuda, e incumpliera con uno o más pagos, en contra de lo que se hubiera estipulado en la escritura de la constitución de la ga rantía, el acreedor podría entonces pedir la venta de todos los bienes - para cobrarse la deuda insoluta.

Ahora bien la divisibilidad del crédito hipotecario también re sulta necesaria, a fin de que no se le perjudique al deudor, ya que si - éste lleva pagando una parte considerable del crédito, puede cancelar -- parcialmente la hipoteca, liberando así parte de sus bienes del gravámen. La cancelación parcial de la hipoteca es una muestra de flexibilidad que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, restó al crédito, ya - que como expone el tratadista Rojina Villegas: "El código vigente conser

va el carácter tradicional de la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito, no obstante que introdujo la novedad de la divisibilidad de la garantía respecto de los bienes hipotecados". (24)

De acuerdo con tal definición queda claro que aunque el Código vigente para el distrito Federal, conserve el carácter tradicional de la individualidad del crédito hipotecario, también es de observarse que en el mismo ordenamiento se dispone que puede cancelarse parcialmente la hipoteca es decir que el crédito si puede ser divisible en algunos casos e indivisible en otros casos, por ejemplo cuando se trata de bienes que -- por su naturaleza no pueden liberarse de la hipoteca aunque se haya pagado una parte considerable del crédito, encontramos en esta situación a los bienes inmuebles consistentes en edificios, ya que no puede en un momento dado decirse que la mitad del mismo queda liberado del gravamen y que la otra mitad debe de responder por la diferencia del crédito que -- aún se adeuda.

Por lo que hace a la divisibilidad de los bienes gravados el código civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 2913 dispone: "Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se dividirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Al efecto se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario, y si no se consiguieren ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos".

Tal disposición hace evidente que los bienes hipotecados son divisibles, tomando en cuenta la voluntad de las partes, pero si no se manifiesta el acuerdo entre las mismas, la división de tales bienes se efectúa por decisión judicial. Tal situación demuestra la existencia del interés público.

(24) Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., Décima Primera Edición, Tomo IV, 1979, página 385

El maestro Rojina Villegas al referirse a los artículos 2912 y 2913, del Código Civil vigente que comentamos, así como el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, - nos dice: "Los preceptos anteriores han elevado, por tanto, a la categoría de interés público, la divisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, pues la misma ya no depende de la voluntad de las partes, es decir, se impone una restricción más al principio de la autonomía de la voluntad que tanta importancia tuvo bajo la legislación anterior y el Código Napoleón. Este interés público está relacionado con el problema referente a fomentar el crédito inmobiliario, como requisito indispensable en un buen sistema hipotecario. Las necesidades actuales, - motivadas en parte por los grandes fraccionamientos, requiere imperiosamente que al dividirse la finca, se divida también el crédito hipotecario de tal manera que los adquirentes de las distintas fracciones puedan tener la seguridad de que las mismas podrán quedar liberadas de la hipoteca mediante el pago de la parte proporcional del crédito", y continúa diciendo el maestro: "En cuanto al otro caso, es decir, cuando se hipotecan varias fincas juntamente para la seguridad de un crédito, es de interés también que se haga la división, pues la ventaja indebida que en la legislación anterior se otorgaba al acreedor para poder hacer efectivo el crédito sobre todas las fincas o en cualquiera de ellas simultánea o sucesivamente, también deba por resultado que el crédito inmobiliario en general sufriera continuas trabas, por una protección desmedida del - - acreedor". (25)

Finalmente podemos decir que el interés público que se hace manifiesto en la cuestión de la divisibilidad de los bienes hipotecados, - es el interés que tiene el Estado de fomentar el crédito hipotecario, suprimiendo el principio antiguo de la indivisibilidad de los bienes hipotecados, aunque limita la autonomía de la voluntad de las partes que con

tratan la hipoteca, ya que no queda al arbitrio de los mismos el decidir si se pueden dividir los bienes o no.

d).- **Naturaleza Inseparable.**- Sobre tal inseparabilidad, el artículo 1911 del código civil de 1870, dispone: " Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravámen impuesto aunque pasen a manos de un tercer poseedor", igual al artículo 1824, del código civil de 1884. La hipoteca como derecho real accesorio es inseparable, aun cuando el bien gravado sea enajenado una multitud de veces.

Las formas de constitución de la hipoteca que los códigos en estudio reconocen, son:

1.- **Hipotecas voluntarias.**- El artículo 1981, del código civil de 1870, dispone que: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes, o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre -- que se constituyen". (Igual al artículo 1858 del Código Civil de 1884),

De la definición que hemos transcrito, encontramos los siguientes elementos:

a).- **El Convenio entre las Partes.**- El Convenio que se menciona en la definición lo es en el sentido estricto, o sea el contrato.

b).- **La disposición del dueño de los bienes.**- En este elemento encontramos la manifestación unilateral de la voluntad, con la intención de producir consecuencias jurídicas, encontramos en este acto unilateral al dueño de los bienes, que impone el gravámen hipotecario sobre los mismos para garantizar una deuda ajena.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 2920, copia literalmente la definición de la hipoteca voluntaria, dada en los códigos anteriores.

Los Códigos de 1870 y 1884 no establecen disposición alguna sobre la hipoteca que se constituye para garantizar obligaciones a la orden o al portador mediante títulos civiles o cédula hipotecaria.

El artículo 2926, del código civil vigente, en su segundo párrafo dispone: " Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor ni de registro. La hipoteca constituida, para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito".

Tal disposición de nuestro código civil vigente para el Distrito Federal, es completamente nueva y demuestra la positiva evolución que ha experimentado la institución hipotecaria. Permittedose así el crecimiento de la inversión hipotecaria a favor de los capitalistas, y la facilidad para los propietarios de bienes inmuebles en general, y de muebles en forma excepcional, de obtener el dinero necesitado.

Por lo demás, en lo referente a las disposiciones sobre las hipotecas que se establecen para garantizar las obligaciones sujetas a modalidad, a la duración de la hipoteca o a la prórroga de la misma, no ha variado significativamente el conjunto de disposiciones, en relación a los dos códigos anteriores.

2.- La Hipoteca Necesaria.- El artículo 1993, del código de 1870, la define de la siguiente manera: " Llábase necesaria la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran". (Igual al artículo 1869, del Código de 1884).

Tal definición es complementada por el artículo 1994 "Llábase también necesaria la hipoteca especial y expresa, cuya constitución tie-

ne derecho de exigir por disposición de la ley ciertas personas para garantía de sus créditos o la administración de sus bienes". (igual al artículo 1870, del Código de 1884).

De las dos disposiciones que hemos transcrito se observa por un lado la obligación de los administradores de bienes ajenos de imponer sobre sus bienes la hipoteca para garantizar su buen desempeño, y por otro lado el derecho de los acreedores para obtener la garantía de sus créditos.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal se dá la siguiente definición: "Llámase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores". (Artículo 2931)

En este precepto se habla de una obligación de constituir la hipoteca por disposición de la ley, bien para asegurar la administración de un bien ajeno, o para los créditos de determinados acreedores, ya no se habla del derecho de ciertos acreedores de pedir la hipoteca. Tiene una cierta relación el precepto comentado con el artículo 2935, que limita el número de personas que pueden pedir la hipoteca para la seguridad de sus créditos. Situación muy contraria en los códigos anteriores que señalaban un gran número de personas con derecho de pedir la garantía para sus créditos, y que en la actualidad en el código vigente que hemos comentado ha suprimido casi la mitad de dichas personas.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA

El término de naturaleza jurídica, se hace comprensible si lo captamos en la forma expresada por la Enciclopedia Jurídica Omeba al decir "En el vocabulario filosófico por naturaleza se entiende la esencia de un género, es decir el conjunto de propiedades que definen un género. ¿Qué se entiende por género? Este es definido como una clase, es decir como un conjunto de objetos que poseen, todos ellos y solamente ellos, - determinados caracteres comunes". (26)

Se le atribuyen al término naturaleza jurídica, dos acepciones, las cuales sigue exponiendo la Enciclopedia Jurídica Omeba, en esta forma: "A veces designa el conjunto de rasgos que permiten identificar la - institución de que se trata, distinguiéndola de las demás de una manera fácil y rápida, lo que permite sobre todo, su manipulación (mental) práctica; su correlato lógico está representado por las "descripciones", fórmulas que dan ' algún conocimiento de una cosa por los accidentes que le son propios, y que la determinan suficientemente como para dar de ella - alguna idea que la distinga de las demás ' ". (27)

"Otras veces la expresión "naturaleza jurídica" indica aque -- llos rasgos que son necesarios y suficientes para comprender la presen - cia de los demás y para explicar el comportamiento de la institución; su correlato lógico es la definición propiamente dicha". (28)

(26) Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ancalo, S.A., Tomo XX, 1976. página 74.

(27) Ibid., página 78

(28) Ibid., página 78

La naturaleza jurídica expuesta someramente nos permite ubicar a la "naturaleza jurídica de la hipoteca", en la primera de las acepciones, en relación a nuestra exposición, ya que mencionamos un conjunto -- de rasgos de la hipoteca, los cuales son suficientes para diferenciarla -- de las otras instituciones jurídicas, existiendo un correlato lógico re -- presentado por las descripciones.

2.1.- Bienes Gravables por la Garantía Hipotecaria.

Como lo hemos expuesto en el primer capítulo, en el Derecho Ro -- mano, eran susceptibles de ser hipotecados los bienes muebles, los bienes inmuebles, y los derechos reales establecidos sobre los inmuebles. En la actualidad se permite la hipoteca de los bienes muebles, mientras que en el anterior se decía que eran susceptibles de ser hipotecados solamente -- los bienes inmuebles, y los derechos reales establecidos sobre los inmuebles.

De esta innovación que se observa en el Código Civil actual pa -- ra el Distrito Federal, Rojina Villegas, nos dice: "Sobre esta materia en -- contramos diferencias de importancia entre ambos códigos. El vigente mo -- difica los artículos del anterior en los que se decía que la hipoteca recaía exclusivamente sobre inmuebles, predios o derechos reales constituí -- dos sobre los mismos, para decir solamente que la hipoteca se constituye sobre bienes determinados, pero sin exigir que sean inmuebles".(29)

Bien en sentido jurídico, se entiende por todo objeto suscepti -- ble de ser apropiado, por una persona física o moral determinada.

Bienes Muebles por su Naturaleza.- Son todos aquellos objetos corpóreos que por su naturaleza meramente física pueden ser transportados de un lugar a otro, ya que la movilidad y la posibilidad de desplazamiento son características singulares de los bienes muebles, existiendo así los que se desplazan mediante una fuerza externa y los que lo hacen por sí mismos, por ejemplo los animales, designándoseles; "semovientes".

Esta clasificación a que hacemos alusión, se encuentra prevista en el artículo 753 del código civil para el Distrito Federal.

Bienes Muebles por Disposición de la Ley.- Estos bienes se señalan en los artículos 754 y 755 del código civil de referencia.

En el artículo 754, se hace evidente la ficción jurídica de -- que se ha valido el legislador, ya que en la necesidad de catalogar a los derechos o bienes incorpóreos, tiene que recurrir a la naturaleza real de los objetos sobre los que recaen y así conceptúa como bienes muebles a las obligaciones, derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles.

Bienes Muebles por Anticipación.- La doctrina acepta esta tercera clasificación de los bienes muebles, argumentando que si en un determinado momento, determinadas cosas por su naturaleza son inmuebles, - en un tiempo futuro sufrirán un proceso que las transformara en bienes muebles, suelen citarse a manera de ejemplo los frutos y las cosechas.

Hipoteca Mobiliaria.- El código civil para el Distrito Federal, define a la hipoteca en su artículo 2893, diciendo: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

Se advierte que el bien inmueble ya no es elemento de definición.

El artículo 2895 del código civil para el Distrito Federal dispone: " La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados", esto es, se suprime la calidad de inmueble que establecía el artículo correlativo de los códigos anteriores.

El artículo 2896 hace referencia a "bien hipotecado", o "bienes gravados", en sus fracciones I y II, en lugar de "predio", como lo hacía el artículo 1827 en su fracción III del código civil de 1884.

Lo anterior nos demuestra que al no mencionar expresamente el código civil para el Distrito Federal, en su definición de la hipoteca, el bien inmueble como bien exclusivo susceptible de hipoteca, confiere - tácitamente la posibilidad de que los bienes muebles sean susceptibles - de ser hipotecados.

Aun cuando en el código para el Distrito Federal, y en el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, (publicado en el diario Oficial del seis de mayo de 1980), no mencionan en forma expresa cuales bienes muebles deben de ser susceptibles de hipoteca, tampoco lo prohíben, y sí en cambio el código civil para el Distrito Federal, acepta en forma tácita que los bienes muebles susceptibles de ser hipotecados, lo son cualesquiera de los bienes muebles, pues no se señala cuales en forma limitativa.

Encontramos así que los bienes muebles susceptibles de ser hipotecados, se mencionan en forma aislada, por ejemplo: La hipoteca de los buques, que se regula por la "Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", (publicada en el Diario Oficial del 31 de Mayo de 1941).

También se menciona la hipoteca industrial sobre bienes muebles, cuando se hipotecan conjuntamente con el inmueble, atento a lo dispuesto por el artículo 2898 Fracc. II

El conocimiento reducido del número de bienes muebles susceptibles de ser hipotecados no indica que sean sólo estos los bienes que pueden ser hipotecados, sino que debemos de interpretar la omisión del código civil para el Distrito Federal, sobre el señalamiento limitativo de bienes muebles que puedan ser objeto del gravámen real en estudio, -- que dicho ordenamiento permite tácitamente a la generalidad de los bienes muebles como objetos susceptibles de hipoteca.

Sin embargo podemos decir que si los objetos muebles han sido aceptados como objeto de hipoteca en el código vigente, se debe a que tales bienes han acrecentado su valor entre otros bienes encontremos por ejemplo: a los buques, aeronaves, automóviles y camiones, además estos bienes son registrables, porque reúnen características que los hacen indubitables, y en consecuencia representan una garantía segura.

Por otro lado encontramos a los muebles que no tienen un valor pecuniario grande, y que tampoco reúnen características que los hagan indubitables, lo que impide que sean registrables, si el código civil vigente no señala limitativamente los bienes muebles susceptibles de ser gravados por la hipoteca, debemos de entender entonces que los muebles aunque no sean indubitables ni tengan un gran valor pecuniario, son susceptibles de ser hipotecados. Aunque en la vida práctica se acomodan mejor estos bienes en los contratos de prenda.

Ahora no siendo el registro un elemento de existencia ni de validez de la hipoteca, ésta puede existir con registro o sin él, en el primer caso hay publicidad, en el segundo, clandestinidad. Podemos deducir hipotéticamente que sólo en el caso de bienes muebles no indubitables y de pequeña cuantía, es donde puede existir la hipoteca clandestina, pero en otros casos posibles existe con registro.

La importancia del registro en materia hipotecaria es prevista por el Código de Procedimientos Civiles vigentes para el Distrito Federal, en los siguientes artículos:

El Artículo 12, dispone: "Se intentará la acción hipotecaria - para constituir, ampliar o registrar una hipoteca, o bien para obtener - el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Procederá -- contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en su caso, contra los otros acreedores. Cuando despues de fijada y registrada la - cédula hipotecaria y contestada la demanda cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio.

El Artículo 468, en su párrafo segundo dispone: "Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido, o que deba anticiparse conforme a lo prevenido -- por los artículos 1959 y 2907 del Código Civil".

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

Consideramos que el legislador del código civil vigente, no limitó la hipoteca sobre los bienes inmuebles, y si se suprimió en la definición, la mención de tales bienes fue simplemente la atenuación al precepto rígido de "inmuebles", que se observaba en el código de 1884.

En la actualidad cada vez más, en la vida económica aparecen - en forma creciente bienes muebles que por su valor pecuniario y su identificación indubitable son objetos que ofrecen una garantía tan segura - como la de los bienes inmuebles.

Sin embargo insistimos en que al no mencionar el código civil vigente, al inmueble como la clase excepcional del bien que puede ser objeto de la hipoteca, admite tácitamente a los bienes muebles como objetos posibles de hipoteca.

Bienes Inmuebles por su Naturaleza.- Son los bienes corporales o cosas que tienen fijeza, es decir, existe una imposibilidad física de ser trasladados de un lugar a otro. Apreciamos dentro de esta categoría a los siguientes bienes: la tierra, los edificios, los árboles, los frutos que aún no se han desprendido, etc., al respecto el artículo 750 del código civil vigente en sus fracciones I y II, dispone: Fracc. I.- "El suelo y las construcciones adheridas a él; " Fracc. II.- "Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;".

Bienes Inmuebles por Destino.- Estos bienes por su naturaleza son bienes muebles, considerados inmuebles a título de accesorios de un inmueble, pero tomando en cuenta funciones de utilidad para la explotación del inmueble, son immobilizados jurídicamente. Esta segunda categoría de bienes se subclasifican en cuatro subclases según que sean accesorios para una explotación agrícola, industrial, comercial o civil. El artículo 750 del código civil vigente nos habla de esta segunda categoría de bienes en sus fracciones: III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI Y XIII. Tal categoría de bienes no existió en el Derecho Romano, y su creación obedece a una ficción del Derecho Moderno.

Bienes Inmuebles por el Objeto al cual se Aplican.- A diferencia de las dos categorías de inmuebles que hemos analizado someramente, esta tercera clasificación se refiere a los derechos reales, tales derechos siendo bienes incorporeales, no tienen un lugar en el espacio, razón por la cual el problema de la inmovilidad o movilidad les es ajeno, por lo que se usa nuevamente la ficción jurídica, ya que el Derecho queriendo catalogarlos, toma en cuenta la naturaleza del objeto al cual se apli

can, y así, son bienes inmuebles por el objeto al cual se aplican los de⁴⁴ rechos reales que recaen sobre bienes inmuebles. Siguiendo esta idea -- los derechos reales que tengan por objeto un bien mueble, serán calificados como bienes muebles; así tenemos que la hipoteca puede ser derecho - real accesorio inmueble o mueble según que recaiga en uno u otro objeto.

De lo que hemos expuesto, podemos deducir que los objetos susceptibles de ser hipotecados pueden ser tanto bienes inmuebles o muebles.

Ramón Sánchez Medal, nos dice: "Aunque en el Registro Público de la Propiedad se inscriben ahora ciertos contratos de compraventa y de prenda sobre bienes muebles y la constitución, reforma y extinción de -- personas morales, es lo cierto que, sobre todo, se trata de un registro de inmuebles, es decir, preferentemente para las relaciones jurídicas -- reales sobre bienes inmuebles, razón por la cual "la finca es la unidad básica registral" y su registro se lleva a cabo abriendo un folio de derechos reales para cada finca (artículo 126 del registro), en el cual se asienta, y se va anotando la historia jurídica de la finca". (30)

Contrariamente a lo que piensa este autor, podemos afirmar que aún cuando el mueble no sea unidad registral, es decir los muebles registrables sean en un número reducido, no por ello puede decirse que haya limitación sobre los mismos para que puedan ser hipotecados, en virtud de que el registro no es elemento de existencia de tal derecho real.

2.2.- Carácter Accesorio.

El carácter accesorio de la hipoteca se ha distinguido desde el Derecho Romano, luego en el Derecho Francés y Español, y consecuentemente en nuestro Derecho, en virtud de que el mismo nace teniendo como precedente a los anteriores, aunque con mayor fuerza fue el Derecho Español el que tuvo mayor influencia en nuestro sistema hipotecario, sin embargo no puede descartarse al Derecho alemán, como sistema jurídico aporador de conocimientos de incalculable valor sobre la hipoteca, sin embargo en lo que se refiere al carácter de accesoriedad, el tratadista -- Alfonso de Cossío y Corral se expresa de esta forma: "El Derecho Hipotecario Germánico se caracteriza frente al Romano, por exigir la forma pública, con intervención de la autoridad, para la constitución de la garantía, por limitar la responsabilidad personal y las hipotecas generales, y por dar a la hipoteca carácter independiente del crédito asegurado, negando su accesoriedad". (31)

Sin embargo la cita anterior referente al carácter accesorio de la hipoteca, es aclarado por el tratadista alemán Martín Wolff, según la cita de Castán Tobeñas, en estos términos: "No es exacto que el Derecho Alemán haya perdido la hipoteca su carácter accesorio. La hipoteca propiamente dicha es accesoría, es decir, dependiente de un crédito a cuya seguridad debe servir". "Lo que hay es que al lado de la hipoteca existen otros derechos de garantía que pueden calificarse de instituciones hipotecarias en sentido amplio, y en los que no se da la nota de accesoriedad". (32)

La hipoteca en sentido amplio a que se refiere el autor alemán, son entre otras: la deuda inmobiliaria o territorial, la deuda de renta, etc.

(31) De Cossío y Corral, Alfonso, Instituciones de Derecho Hipotecario, Barcelona, España, Editorial Bosch, Segunda Edición, -- 1956, página 309

(32) Castán Tobeñas, José, Op Cit. página 341

En la actualidad el sistema hipotecario alemán es considerado como el más evolucionado.

La accesoriadad de la hipoteca indica que tal derecho se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, y que no puede existir autónomamente, y se extingue con la extinción de la obligación principal.

El carácter accesorio de la hipoteca es observado en nuestro -- derecho, ya que generalmente sigue la suerte de la obligación principal que garantiza, no obstante se observan ciertas excepciones. La hipoteca tiene por finalidad el pago de un crédito, por lo tanto la hipoteca sigue al crédito con todas las modalidades de éste, y cuando se extingue -- sea por pago, sea por los demás modos de extinción, la hipoteca también -- se extingue, de acuerdo al principio: "Accesorium sequitur suum principa le".

El tratadista Rafael Rojina Villegas, nos dice que en nuestro derecho se observan ciertas excepciones al principio de accesoriadad, y son las siguientes:

"Primera Excepción.- La hipoteca puede constituirse para garantizar obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva. El derecho ha considerado que en este caso, los intereses prácticos son superiores al principio lógico, y de esta suerte el artículo 2921 dispone: "La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse". (33) Entre las personas que tienen a su cargo el cumplimiento de una obligación futura podemos mencionar a manera de ejemplo: los admi-

(33) Rojina Villegas, Rafael, Op Cit. Tomo IV, página 381

nistradores de bienes ajenos, tutores, síndicos, albaceas, etc. . . . , - se puede afirmar con propiedad que en esta primera excepción la hipoteca se constituye antes de que nazca la obligación principal.

"Segunda Excepción.- Esta es una consecuencia del carácter -- real de la hipoteca, y de la naturaleza personal de la obligación principal, en virtud de que en este segundo caso que vamos a analizar, también la hipoteca puede separarse del crédito, desde el punto de vista de los sujetos pasivos de uno y otro derecho. Tal hipótesis ocurre, bien cuando un tercero constituye garantía hipotecaria para garantizar una deuda de otro, o cuando el deudor enajena el bien gravado, de tal suerte que - en uno y en otro caso, el sujeto pasivo de la obligación principal, es - distinto del sujeto pasivo de la obligación real hipotecaria. Existe - sólo una desvinculación entre la hipoteca y el crédito relativamente a - los sujetos pasivos de ambos". (34) La relatividad en la desvinculación de la hipoteca y del crédito en los sujetos pasivos, puede explicarse -- así: aun cuando existe la separación de la hipoteca respecto al crédito, por no reunirse en una sola persona el carácter de sujeto pasivo, la hipoteca seguirá la suerte del crédito, y cuando éste se extinga, el deudor de la obligación principal dejará de tener tal carácter, y lo mismo ocurrirá con el deudor de la hipoteca, que se verá liberado sobre sus bienes, del gravamen hipotecario, dejando de ser deudor.

"Tercera Excepción.- Por último el momento de la extinción de la deuda, presenta un caso más de excepción, que en nuestro concepto sólo es aparente. Se dice que la hipoteca puede sobrevivir al crédito, en los casos de novación, cuando expresamente el acreedor de la nueva deuda se reserve la garantía hipotecaria". (35) El artículo 2220 del código - civil vigente dispone: "La novación extingue la obligación principal, y - las obligaciones accesorias. El acreedor puede por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva".

(34) Ibid, página 382

(35) Ibid, página 382

El artículo 2221 del código civil multicitado dispone: " El -- acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a -- terceros que no hubieren tenido parte en la novación".

En el artículo que acabamos de citar se observa la limitación a lo preceptuado en el artículo que le antecede, y se hace evidente que no basta la reserva expresa del acreedor para que la obligación accesorio pase a tener vida en la novación, sino que se requiere el consentimiento del propietario del bien, siendo necesario también la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad, para que surta -- sus efectos contra terceros, y si como consecuencia de la novación el -- monto de dinero que la hipoteca disminuye, debe entonces estipularse en la escritura constitutiva al monto determinado. De estos razonamientos podemos concluir diciendo que: la hipoteca no sobrevive en la novación, sino que nace una nueva hipoteca mediante el consentimiento expreso de -- el acreedor y el propietario del bien hipotecado.

2.3.- Carácter Real.

A la pregunta de ¿La hipoteca es un derecho real?, numerosos - tratadistas han discutido y expuesto sus doctrinas sobre tal problemática.

Entre las doctrinas más destacadas encontramos las siguientes:
 a).- Doctrina Obligacionista, b).- Doctrina Personalista, c).- Doctrina Procesalista y, d).- Doctrina Civilista.

a).- Doctrina Obligacionista.- El exponente de esta doctrina es J.W. Hedemann, quien entiende que en la hipoteca lo que existe es una obligación real, en virtud de que lo que interesa es el valor del bien - inmueble, ya que no se le concede al acreedor hipotecario ninguna participación en la substancia del terreno, sino que utiliza el capital insito en la tierra para fines determinados.

Dentro de esta doctrina existen dos corrientes de ideas, en -- opinión de López de Carril:

1.- "Corriente Germana: Según esta corriente, el acreedor hipotecario - tiene, contra quien en un momento dado sea propietario, una prestación - dirigida hacia la prestación en metálico, con cargo a la finca, y el pro - pietario debe la prestación con cargo sobre la cosa". (36)

2.- "Corriente Francesa: Toullier ha dicho que en las obligaciones reales la persona no está obligada sino a causa de los bienes que posee. - Tal es lo que sucede con la hipoteca". (37)

(36) López de Carril, Julio Nelson, Lecciones y Ensayos, Buenos Ai
 res, Argentina, Talleres Gráficos "Optimus", 1960, página 113

(37) Ibid., página 113

Es evidente que la doctrina obligacionista no toma en cuenta - el carácter real de la hipoteca sino que prescinde de la misma, observando tan solo la relación obligacional que vincula a las partes, acreedor y deudor, sin tomar en cuenta que el carácter real de la hipoteca es lo que permite la existencia del derecho de persecución, por ser un derecho erga omnes. Así vemos también que se hace mención del propietario - deudor, no previendo que un tercero puede hipotecar sus bienes para la - garantía de una deuda ajena.

Por lo que se refiere a la segunda corriente de la doctrina obligacionista, en lo fundamental se rige con la misma idea que la primera, con la particularidad de que afirma que en las obligaciones reales - la persona no está obligada sino a causa de los bienes que posee, lo que equivale a decir que su obligación es proporcional al valor de los bienes.

b).- La Doctrina Personalista.- Representada por Macardé, -- quien considera que la hipoteca tiene un carácter personal, ya que afirma poniéndose en lugar del acreedor hipotecario que el objeto de su derecho es el dinero que obtendría por mediación del inmueble, el inmueble - no es el objeto de su derecho sino el objeto pasivo del mismo; asevera - además que la desmembración de la propiedad es sinónimo del derecho real, y como la hipoteca no podía estar catalogada dentro de los derechos reales accesorios que solo la limitan, ubicándose la hipoteca en el segundo grupo. Concluimos adheriéndonos a la opinión dada por Alberto J. Molina, quién se expresa en los siguientes términos: "Bastaría para concluir la crítica a Macardé, la afirmación de su continuador Pont, a quién le "parece imposible admitir tal teoría". La construcción con la base de erigir al inmueble como deudor o en sujeto pasivo de la obligación, nos hacen fácilmente valorar una falta de lógica que no obstante la habilidad del planteamiento, no afecta a la clásica concepción del derecho --- real". (38)

(38) J. Molina, Alberto, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fé, Argentina, Impreso en la Universidad del Litoral, -- 1959, página 578

c).- Doctrina Procesalista.- Esta doctrina se aparta completamente, en cuanto a conceptuar a la hipoteca en derecho real o personal, y se desvincula de las dos doctrinas ya mencionadas, ya que sostiene que la titularidad del derecho hipotecario le confiere al acreedor no un derecho real, sino derechos subjetivos de naturaleza procesal.

El principal exponente de esta doctrina es el maestro Carnelutti, misma a la que se adhirieron juristas de gran prestigio como Carnaccini, Liebman y Raymundo Fernández.

Los procesalistas hacen ver que el acreedor hipotecario no toma la cosa hipotecada, sino que la hace tomar al organo jurisdiccional, el cual tiene la obligación de realizar la ejecución forzada entregando al acreedor, que ejercita la acción, el producto del bien dado en hipoteca, antes que a los demás deudores comunes, y tomando el bien hipotecado aunque no perteneciere al deudor.

Alberto J. Molina nos dice respecto a esta doctrina, lo siguiente: "El derecho de persecución lo explica esta doctrina con pregunta ¿Debe considerarse al tercer poseedor como sujeto pasivo de una obligación debida por el deudor?. Respondiendo negativamente, para ella no hay una obligación por parte del tercer poseedor sino solamente una sujeción procesal. Es responsable procesal sin duda, independiente de no ser un deudor está sujeto a dejarse llevar el inmueble, como el condenado a muerte a dejarse matar". (39)

El mismo autor citado nos dice como entiende al derecho de referencia la doctrina procesalista: ". . . El acreedor que goza de un derecho de preferencia no tiene un derecho sobre los demás acreedores, de la misma manera que, el viajero de primera clase no tiene un derecho sobre el viajero de segunda, el uno y el otro tienen un derecho frente al-

empresario, quién está obligado a hacer viajar a uno y a otro de modo diverso, traduciendo el ejemplo, será solo el Estado el que tendrá el deber de consignar al acreedor privilegiado el producto de la venta antes que a los acreedores comunes. El derecho de preferencia no resulta más que el derecho dirigido hacia el Estado, por el órgano jurisdiccional, - para que actualice su contenido". (40)

Haciendo la pregunta ¿Quién es el obligado frente al acreedor? Los procesalistas se inclinaron a sostener que el obligado era el órgano jurisdiccional, a esta forma de escudriñar al obligado, la denominaron: "criterio diagnóstico".

La doctrina procesalista hace una exposición muy interesante - por su originalidad así como por la autoridad de los juristas que la sostienen. Sin embargo toda esta doctrina quedó a la zaga, por la exposición contundente y firme de la doctrina civilista que fortalece el concepto tradicional del derecho real.

d).- Doctrina Civilista.- El exponente de esta doctrina es el brillante jurista Coviello, quien se encargó de explicar los presupuestos característicos que dan origen al derecho real, asegurando con argumentos firmes y convincentes, que tanto la persecución, la preferencia - en el pago, y el acto de venta que realiza el órgano jurisdiccional, no son más que efectos del derecho subjetivo procesal.

Los civilistas consideran que el llamado "criterio diagnóstico", resulta insuficiente para explicar los efectos de la hipoteca y sobre todo la constitución de la misma.

Por otra parte tenemos que, los civilistas como Coviello, Marcel Planiol y George Ripert, sostienen que la hipoteca se ubica dentro -

de la clase de derechos reales que limitan al derecho de propiedad y no dentro de los que desmembran al mismo, como aseveraban erróneamente los partidarios de la doctrina personalista. A la afirmación de los civilistas nos adherimos plenamente ya que la hipoteca se constituye con la finalidad única y exclusiva de dar al acreedor una garantía real que le garantice el pago del crédito, sin tener el derecho de disponer del bien, y en consecuencia mucho menos la facultad de ejercer un derecho de uso, goce o disfrute del mismo.

Sobre el carácter real de la hipoteca el tratadista Fernando - Campuzano y Horna afirma: ". . . Demolombe dice, que si bien es un derecho real no lo es como el usufructo, el uso, la habitación, etc., en los que realmente hay desmembración de la propiedad; por ello divide los derechos reales en principales y accesorios, atendiendo que los primeros - son aquellos que desmembran la propiedad, y los segundos que la restringen, colocando a la hipoteca entre los segundos". (41)

El mismo autor citado agrega: ". . . Colín y Capitant, distinguen dentro de los derechos reales dos grupos, uno de derechos principales y otro de derechos reales accesorios, colocando entre los últimos aquellos, cuya función, consiste en servir de garantía a un derecho de - crédito, y citando entre ellos los privilegios, la prenda, la hipoteca y la anticresis". (42)

Agregaremos finalmente que al constituirse la hipoteca a parte de nacer el derecho real propio de la institución nace por igual un derecho personal a favor del acreedor hipotecario. Sobre esta cuestión nos dice Luis Alberto Peña Guzmán lo siguiente: "El acreedor hipotecario si bien detenta un derecho real a su favor, en realidad cuenta para hacer - efectivo su crédito, en el supuesto de que el deudor no cumpliera con su obligación, por una parte, una acción personal que ha nacido del préstamo

(41) Campuzano y Horna, Fernando. Principios Generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria, Madrid, España, Editorial Reus, 1925, página 667.

(42) Ibid. página 667

u operación crediticia que dió lugar al otorgamiento del gravamen hipotecario y, por otra parte, con la acción real propia de la hipoteca, tendiente a la ejecución y venta del bien hipotecado, acciones con las que cuenta aún cuando ellas deban recaer sobre patrimonios diferentes. Esto puede suceder cuando el deudor enajenase el inmueble hipotecado a un tercero y la acción hipotecaria deba dirigirse contra éste o bien cuando la hipoteca se constituyó por un tercero para otro sin obligarse personalmente". (43)

Despues de lo que hemos expuesto, podemos decir que los derechos reales son oponibles a todo tercero, es decir son derechos *-erga omnes-*, que facultan a su titular la obtención de cierto provecho de una cosa, bien en forma amplia cuando se trata del derecho de propiedad, o bien en forma restringida, cuando se trata de otros derechos reales que se comprenden dentro de la clasificación de los "iura in re aliena", los cuales de acuerdo a su finalidad se dividen en derechos reales de goce y garantía, perteneciendo la hipoteca a la segunda clase de derechos mencionados.

(43) Peña Guzmán, Luis Alberto. Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina. Editora Tipográfica, Tomo III, 1975, página 309

CAPITULO TERCERO

LA HIPOTECA EN EL AMBITO NACIONAL

3.1.- Códigos Civiles vigentes en los Estados de la República Mexicana y en el Distrito Federal.

Los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, - están redactados tomando como modelo el Código Civil para el Distrito Federal, por lo que se refiere al Capítulo de la Hipoteca. La generalidad - de los cuerpos normativos, siguen un mismo criterio, desde la definición de la hipoteca, su naturaleza jurídica, sus características, e incluso - contemplan las mismas formas de constitución. Sin embargo algunos Códigos contienen innovaciones que consideramos importantes y que merecen -- ser mencionadas. Por ejemplo, los Códigos Civiles de los Estados de Tlaxcala, Sonora y Morelos, consagran respectivamente en el Capítulo IV, denominado: "Disposiciones Comunes a las Diversas Clases de Hipotecas" lo siguiente:

a).- El principio de la fuerza formal del registro, que recogen del derecho hipotecario alemán. Tal principio es empleado por el -- tratadista español, Federico Puig Peña, en los siguientes términos: " . . .Las inscripciones registrables se presume que reflejan siempre la situación jurídica real de la finca, . . . ahora bien esta presunción fundamental se descompone en los pilares fundamentales del sistema, o sea - el principio de legitimación, en virtud del cual se presume con presunción iuris tantum que el titular de un derecho le pertenece éste efectivamente, y por consiguiente, está legitimado para ejercitarlo; y el prin

cipio de la fe pública registral, en virtud del cual se establece una -- presunción iures et iure, de que el contenido del registro es exacto e -- íntegro en relación con los terceros que traten a título oneroso de buena fe, adquiriendo por acto voluntario derechos, fiándose en las manifes taciones consignadas en el Registro de la Propiedad". (44)

El principio de la fuerza formal del registro se observa en -- los códigos mencionados, concretamente en las disposiciones referentes a la hipoteca de propietario aparente, es decir, que no siendo propietario aparece en el registro como tal. Los artículos de los códigos mencionados disponen que la hipoteca constituida por el propietario aparente es -- válida, aunque posteriormente se anule el título aparente.

Este primer punto está contenido en los artículos 2573 y 2574, del Código Civil de Tlaxcala, 3320 y 3321, del Código Civil de Sonora y, 3246 y 3247, del Código Civil de Morelos.

b).- La Hipoteca de Propietario.- Es la hipoteca que el propietario de los bienes constituye para su beneficio personal mediante -- una manifestación unilateral de la voluntad, o bien que adquiere mediante la subrogación, compensación, novación o remisión, con la condición -- de que existan gravámenes hipotecarios a favor de terceros, ya que si se extinguen tales gravámenes a favor de éstos, también se extinguirá la hi poteca de propietario.

Este segundo punto sobre la hipoteca está contenido en los artículos 2576, 2577, 2578, 2579 y 2580, del Código Civil del Estado de -- Tlaxcala; 3324, 3325, 3326, 3327 y 3328, del Código Civil del Estado de Sonora; y 3249, 3250, 3251, 3252 y 3253, del Código Civil del Estado de Morelos.

(44) Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo III, Volú -- men II, 1951, página 20

Como vemos la condición que permite la existencia de la hipoteca de propietario lo es que sobre el bien del propietario existan gravámenes a favor de terceros, lo que nos lleva a una deducción lógica de que se permite la hipoteca de propietario como instrumento de defensa del deudor para detener aunque sea una parte de su patrimonio, en el caso de que se remate para el pago de sus acreedores hipotecarios.

En este mismo sentido el Código Civil de Quintana Roo, contiene disposiciones en sus artículos 3121, 3122, 3123, 3124, 3125 y 2368.

Una innovación que se observa en casi la generalidad de los Códigos Civiles de los Estados, así como en el Código Civil para el Distrito Federal, respecto a los Códigos Civiles para el Distrito Federal de los años de 1870 y 1884, es el articulado que dispone normas sobre la transmisión de la hipoteca mediante títulos civiles nominativos por endoso o al portador.

El Código Civil para el Distrito Federal regula la transmisión de la hipoteca por los títulos mencionados en su artículo 2629 en su segundo párrafo. Y como excepción tenemos el Código Civil de Yucatán que no contiene ningún artículo en el que se regule la transmisión de la hipoteca mediante títulos civiles nominativos por endoso, o al portador.

En el artículo 2926 párrafo segundo del Código Civil del Distrito Federal, encontramos la cédula hipotecaria, que es un título que puede crear unilateralmente el propietario del bien objeto de garantía, pero la cédula hipotecaria que es un documento en el cual se consigna un crédito en forma literal es sin duda un título de crédito, y en consecuencia será necesario que una institución de crédito hipotecario garantice la emisión de la cédula hipotecaria, según se desprende del artículo 34 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, se consignan también normas sobre la cédula hipotecaria en los artículos 35, 36, 37, 38, 39, etc., en la referida ley, sobre los requisitos que deben de contener las cédulas hipotecarias, y la forma de poner -

en circulación los mencionados títulos. Se sujetan las cédulas hipotecarias a las disposiciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su capítulo V denominado: "De las Obligaciones", y en especial de los artículos 209 y 210.

El texto del artículo 209 de la ley citada es comparable con el artículo 2926 del Código Civil para el Distrito Federal, pues ambos hablan de títulos nominativos o al portador. Pero el citado artículo -- del código civil se refiere a títulos puramente civiles.

Sobre tales títulos civiles nos habla el tratadista Rafael Rojina Villegas, quién se expresa de esta forma: ". .. en el comercio y en la vida civil encontramos frecuentemente que por ignorancia, por rapidez en las transacciones, por sencillez en las fórmulas, se redactan documentos de esta naturaleza: "Entregaré a la orden de fulano, tal cosa". Este es un documento válido civilmente, que engendra, previo reconocimiento de la firma, una acción ejecutiva;. . ." (45)

Del razonamiento citado deducimos que la innovación comentada lógicamente tiene como finalidad principal facilitar la movilización del crédito hipotecario.

3.2.- La Jurisprudencia Actualizada sobre las formas de la Hipoteca en México.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Superiores de Justicia realizan la interpretación de los preceptos jurídicos en los casos concretos de controversias jurídicas. Por lo que respecta al tema que tratamos podemos aseverar que no existe jurisprudencia que interprete algún precepto relativo a las formas de constitución de la hipoteca.

Nuestra afirmación se fundamenta principalmente en las constancias que constituyen los informes anuales que existen en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde 1917 a 1983. Tal situación nos lleva a la conclusión de que las formas de la hipoteca que reconoce el código civil vigente para el Distrito Federal, así como los códigos civiles de los Estados de la República Mexicana, están reconocidas como tales ya -- que se cimentan sobre bases doctrinarias eficaces. Tal es la razón por la que se observa, en los informes mencionados de nuestra Suprema Corte que sólo existen tesis aisladas.

CAPITULO CUARTO

LA HIPOTECA EN EL AMBITO EXTERIOR

4.1.- Código Civil Alemán

En el BGB o código civil alemán, no existe una definición de la hipoteca, y solamente analizando el conjunto del articulado relativo a la institución hipotecaria podemos apreciar las características de este gravamen.

Es evidente la manifiesta vigencia de las ideas sustentadas -- por la doctrina obligacionista, es decir que pasa por alto el interés en analizar si la hipoteca es un derecho real o no, en virtud de que lo que le interesa en última instancia al legislador del BGB es el capital que se ha de pagar a costa del bien inmueble que garantiza el crédito. Sin embargo aun cuando en el BGB, no haya un artículo que exprese la naturaleza real de la hipoteca, el tratadista J. W. Hedemann al hablar del carácter real de la hipoteca se expresa así: "Grava el suelo mismo, es un derecho real, un *ius in re aliena*. De aquí se sigue: 1.- La existencia de la hipoteca ha de ser acatada por todos, en especial por los ulteriores dueños de la finca, aun cuando no hayan tenido ninguna relación contractual con el acreedor, y por tanto no hayan intervenido para nada en la constitución de la hipoteca". (46)

Se observa así mismo el carácter accesorio de la hipoteca. Al

(46) J.W. Hedemann. Tratado de Derecho Civil, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1935, página 418

respecto del artículo 1.153 del BGB dispone: "Con la transmisión del crédito pasa la hipoteca al nuevo acreedor".

"El crédito no puede ser transmitido sin la hipoteca ni la hipoteca sin el crédito".

Comprendemos los preceptos enunciados por el artículo mencionado, en el caso de las cédulas hipotecarias, que son títulos en los que se incorpora el crédito, y en consecuencia cuando el tenedor transmite el título a otro, éste último, recibe un título que representa un crédito y que le otorga al nuevo titular el derecho hipotecario, se observa pues el carácter accesorio y de adherencia del crédito a la hipoteca.

El artículo 1,113 dispone: "Una finca puede ser gravada de forma que aquél en cuyo beneficio se establece el gravamen haya de pagarse a costa de la finca una determinada suma de dinero, para la satisfacción a causa de un crédito que le corresponde". (Hipoteca)

En el citado artículo no se observan más características de la hipoteca, y menciona tan solo que el bien inmueble es susceptible de gravarse con la hipoteca para garantizar un crédito.

El artículo 1,115 dispone: "En la inscripción de la hipoteca tienen que ser indicados en el registro el acreedor, el importe en dinero del crédito, y, si el crédito es a interés, el tipo del mismo, y, si han de satisfacerse otras prestaciones accesorias, su importe en dinero; en lo demás para la designación del crédito puede hacerse referencia a la autorización de la inscripción".

"En la inscripción de la hipoteca en garantía de un mutuo de un establecimiento de crédito, cuyos estatutos se han hecho públicamente conocidos por la autoridad competente, basta la referencia a los estatutos para la determinación de las prestaciones accesorias que estatutariamente han de satisfacerse además de los intereses".

En el artículo mencionado se observa el principio de la "especialidad", pues dispone imperativamente que en la constitución de la hipoteca se exprese el monto del gravamen, el tipo de interés, y, en su caso, las demás prestaciones.

Por lo que se refiere al principio de "publicidad" no aparece regulado en concreto en ningún articulado relativo al título correspondiente a la hipoteca, Pero analizando el BGB, encontramos que en la sección segunda y con el título de "Disposiciones Generales sobre los Derechos de las Fincas", el artículo 873 dispone: "Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, -- así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre dicha modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa".

Por lo que se refiere al principio de la "Indivisibilidad" tanto en aplicación a la hipoteca como al crédito que garantiza, lo encontramos en los artículos siguientes:

El artículo 1,132 dice: "Si existe en garantía del crédito una hipoteca sobre varias fincas (hipoteca solidaria), cada finca responde por todo el crédito. El acreedor puede intentar la recuperación, según su voluntad, a costa de cada una de las fincas en todo o en una parte".

"El acreedor está autorizado para distribuir la cuantía del -- crédito sobre las fincas singulares de forma que cada finca responda solamente por la suma asignada. A la distribución se aplican oportunamente las disposiciones de los parágrafos 875, 876 y 878".

Los tres últimos artículos a que se remite el título que comentamos, pertenecen al conjunto del articulado comprendido dentro de la -- sección segunda del BGB, titulada "Disposiciones Generales sobre los Derechos de las Fincas".

Por otro lado, el artículo 1,172 dispone: "En los casos del párrafo 1,163, una hipoteca solidaria corresponde en común a los copropietarios de las fincas gravadas".

"En tanto no esté pactado otra cosa, cada propietario puede -- exigir que la hipoteca sobre su finca sea limitada, según el párrafo 1,132, párrafo segundo, el importe parcial que corresponde a la proporción del valor de su finca con el valor de todas las fincas, y que esta limitación le sea asignada. El valor es computado con deducción de las cargas que preceden en rango a la hipoteca solidaria".

Como podemos observar, en el primer párrafo del artículo 1,132 se aprecia el principio de la "indivisibilidad", ya que en esta parte de la disposición se le concede la facultad al acreedor de cobrar su crédito en la forma que más le convenga, es decir, que puede exigir tanto la totalidad de su crédito, a cargo de una o más fincas, o bien exigir tal crédito en un monto proporcional a cada una de las fincas.

Habrá que afirmar por otra parte, que el principio de la "indivisibilidad" en el BGB, no es característica de esencia de la hipoteca, sino más bien se comprende como de su naturaleza, al igual como se entiende en nuestro derecho, por consiguiente la aplicación del principio comentado no es absolutamente imperativo en lo que se refiere a la hipoteca en el BGB, ya que generalmente las partes pueden convenir en que el monto de dinero garantizado por la hipoteca, puede ser satisfecho al acreedor mediante pagos parciales, y el acreedor está obligado a anotar en la cédula hipotecaria tal satisfacción parcial y en los demás documentos necesarios para la rectificación del registro, es decir para que en el registro se haga constar que el gravamen ha disminuido.

Por lo que se refiere al crédito es divisible, y se observa en el derecho que tiene el copropietario de pedir que su predio responda solamente con el monto proporcional que le concierne, tomando en cuenta la responsabilidad de los demás copropietarios respecto de la parte proporcional del inmueble que les corresponde.

Sobre el principio de la indivisibilidad comentada se observa en los artículos 1,144 y 1,145 del BGB.

El derecho de persecución es previsto en forma concreta por el BGB en su artículo 1,148, que dispone: "En la persecución del derecho de derivado de la hipoteca vale como propietario en beneficio del acreedor -- aquel que en el registro esté inscrito como tal. Queda intacto el derecho del propietario no inscrito a hacer valer las objeciones que le co - rresponden contra la hipoteca."

El derecho de preferencia en el pago del crédito, se encuentra también concretamente regulado en el BGB, aunque en forma más amplia. Al respecto dispone el artículo siguiente: Artículo 879: "La relación de rango entre varios derechos con los que está gravada una finca se determina según el orden de las inscripciones, si los derechos están in - scritos en la misma sección del registro. Si los derechos están in - scritos en distintas secciones, tiene el rango preferente el derecho in - scrito ba jo indicación de una fecha anterior; los derechos que están in - scritos ba jo indicación de la misma fecha tienen el mismo rango".

"La inscripción es también decisiva para la relación de rango, aunque el acuerdo necesario para la adquisición del derecho según el párrafo 873, solo haya tenido lugar después de la inscripción".

El contenido de este artículo resulta claro, y lo complementan los artículos 880 y 881.

Por otra parte atendiendo al efecto que produce el gravamen hi - potecario sobre la finca respecto al propietario encontramos que el BGB, regula tal efecto como "limitación de la propiedad", al respecto dispo - nen los artículos siguientes:

Artículo 1,134: "Si el propietario o un tercero se comportan-

en relación a la finca de tal forma que es de temer un empeoramiento de la finca que ponga en peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor - puede entablar acción para la omisión".

"Si el empeoramiento dañoso emana del propietario, el tribunal a petición del acreedor, ha de ordenar las medidas necesarias para la -- evitación del peligro. Lo mismo vale si el empeoramiento es de temer por la circunstancia de que el propietario omita las previsiones necesarias contra intromisiones de terceros o contra otros daños".

Artículo 1,135: A un empeoramiento de la finca en el sentido de los parágrafos 1,133 y 1,134 se equipara la circunstancia de que las pertenecientes a las que se extiende la hipoteca sean menoscabadas o sean separadas de la finca en contra de las reglas de una ordenada economía".

Bienes Susceptibles de Hipoteca.

Sobre tal cuestión dispone el artículo 1,113: "Una finca puede ser gravada de forma que aquél en cuyo beneficio se establece el grava - men haya de pagarse a costa de la finca una determinada suma de dinero, para la satisfacción a causa de un crédito que le corresponde".(hipoteca)

"La hipoteca puede también ser constituida en garantía de un - crédito futuro o de un crédito condicional".

Observamos que el BGB, hace mención a la "finca", ésto es que - se designa a la finca como el inmueble que por principio general es el - único bien susceptible de ser hipotecado. Doctrinariamente el derecho - alemán entiende que la pignoración de bienes muebles corresponde al dere - cho de prenda, y la pignoración de inmuebles, entran a formar la institu - ción hipotecaria.

Ahora bien las principales diferencias que se observan en am - bos bienes, según la doctrina jurídica alemana son:

a).- Tratándose de la pignoración de bienes muebles existe un desplazamiento de la posesión a manos del acreedor, lo que no sucede tratándose de bienes inmuebles.

b).- Cuando los bienes objeto de garantía frente a un crédito son inmuebles, resulta necesario el registro de tal derecho, no sucediendo lo mismo al tratarse de bienes muebles.

Cabe preguntarse entonces; ¿Si los buques son muebles por naturaleza, se considerarán dentro de la institución de prenda? A tal pregunta responden los juristas alemanes diciendo que en tal caso los buques se distinguen de los demás bienes muebles, en virtud de que en los mismos no existe desplazamiento, y que además se regula por el derecho inmobiliario. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el buque como bien mueble susceptible de hipoteca se regula en una ley especial, en virtud de que el BGB, no le dedica ningún precepto. Pensamos que los muebles que reúnan las características que han favorecido al buque para considerarse objeto susceptible de hipoteca, alcanzarán un lugar similar.

Existe un caso curioso y único en el BGB, al permitirse que una prenda mobiliaria pueda convertirse en hipoteca. Al respecto dispone el artículo 1,287 párrafo segundo "Si la prestación consiste en la transmisión de la propiedad de una finca, el acreedor prendario adquiere una hipoteca de seguridad".

Para comprender la disposición anterior expone J.W. Hedeman, un ejemplo en los términos siguientes: "A" está cargado de deudas, y su acreedor "B" no quiere facilitarle más crédito sino mediante garantía segura; pero "A" no dispone de bienes adecuados a ese fin, como muebles, valores, etc. Le pertenece, sin embargo, una pretensión para exigir a "C" la entrega de una casa (por compra, partición de herencia, etc.), y constituye una prenda a favor de "B" sobre esta pretensión. En este supuesto, conforme al artículo 1,287, se llama "deudor" a "C" (que lo es en el contrato de venta), "A" es "acreedor" (acreedor del inmueble) y "B" recibe el nombre de "acreedor prendario".

Si "C" cumple la prestación a que está obligado entregando el inmueble, en el mismo acto adquieren sobre éste, "A" la propiedad, y "B" un derecho de hipoteca, es decir, un derecho de garantía inmobiliaria en lugar de la prenda sobre el crédito que antes tenía ". (47)

Agregamos como otra observación, el hecho de que en el BGB, se regula la extensión del gravamen hipotecario sobre los accesorios de la finca, así como los derechos reales que gravitan sobre la misma, y además sobre derechos de pretensión existentes a favor de la finca. Tal es lo que prescriben los artículos 1,120, 1,123, 1,126, 1,127, 1,128, 1,129, 1,130, 1,131 y 1,132.

Ahora bien cabe preguntarse ¿Quiénes pueden hipotecar?. El -- BGB, observa la posibilidad de que el propietario ponga sobre su finca -- el gravámen hipotecario para garantizar el cumplimiento de una obliga -- ción propia, o bien que un tercero constituye sobre la finca de su pro -- piedad la hipoteca en garantía para el cumplimiento de una obligación -- por parte del deudor principal del acreedor hipotecario.

Como consecuencia de la posibilidad que contempla el BGB, respecto a los hipotecantes, la doctrina alemana sobre la institución hipotecaria menciona constantemente que en la hipoteca, en lo referente al -- sujeto pasivo de la obligación existe una dualidad de obligaciones, ya -- que por un lado el deudor hipotecario tiene la obligación personal frente al acreedor, y por el otro, en caso de incumplimiento de la anterior, tiene a cargo de su finca una obligación real.

En el caso del tercer constituyente se divide la dualidad de obligaciones, ya que entonces el deudor principal lo es en forma perso -- nal, y el tercero constituyente lo es en forma real a cargo de la finca hipotecada.

El BGB, no dispone en ningún artículo determinado una disposi-

ción concreta sobre las personas que pueden hipotecar, pero indirectamente ello se nota en la generalidad de disposiciones de la sección octava, relativa a la hipoteca, observándose entre otros los artículos 1,142, -- 1,143 y 1,144.

Las formas de constitución de la hipoteca en el BGB o Código - Civil Alemán son las siguientes:

1.- Hipotecas Voluntarias.- El derecho hipotecario alemán, - no le dá la suficiente importancia al negocio jurídico causal, tomando - solo en cuenta la manifestación de la voluntad abstracta. En este conve - nio lo que la ley procura es preservar la seguridad que representa la hi - poteca, no importando que la persona que se haya ostentado como propieta - ria no lo sea en realidad. En consecuencia si tal ostentación resulta - falsa, en ningún modo la hipoteca puede nulificarse, sino que a pesar de tal resultado la hipoteca se tiene por válidamente constituída para el - acreedor de buena fe, atento a lo dispuesto por el artículo 892.

Por lo que se refiere a la inscripción, en cuanto a sus requi - sitos necesarios, se contiene en forma concreta en el artículo 1,115.

A la vez el BGB establece como prohibida la cláusula en la que se estipula la prohibición al propietario de enajenar o gravar el inmue - ble. (1,136)

2.- Hipoteca Necesaria.- Dentro de esta forma de constitu -- ción de la hipoteca encontramos las siguientes:

Primero.- La que se constituye por mandato legal. Sobre esta clase de hipoteca, nos dice J.W.Hedemann: "Las llamadas hipotecas lega - les, que existen sin ningún requisito, es decir, nacen de modo inmediato en virtud de un precepto legal, han representado (unidas casi siempre a las hipotecas generales, esto es, que afectan a todo el patrimonio del - gravado) un papel importante en el Derecho romano-común. Por ejemplo el

pupilo tenía, para proteger sus intereses, una hipoteca legal de este tipo sobre todo el patrimonio del tutor, y con ello también sobre las fincas que eventualmente poseyera. El BGB, en principio ha suprimido conscientemente esta figura; sólo pueden constituirse hipotecas que se inscriban individualmente en el Registro". (48)

No observamos en el BGB un solo artículo que disponga concretamente sobre la hipoteca que se constituye por mandato legal.

Segundo.- La que se constituye por la vía del embargo. Tanto ésta como lo anterior no son frecuentes, además de que pertenece a la clase de hipotecas conocidas en la doctrina alemana como las de tipo anormal, o hipotecas de seguridad.

Sobre esta clase de hipoteca J.W. Hedemann nos dice: "Más frecuentemente, aunque también excepcional en suma, es la adquisición de hipotecas (de seguridad) por vía de prenda (embargo). Cualquier acreedor, con tal de que observe las normas procesales oportunas, puede dirigir su acción contra los bienes inmuebles del deudor lo mismo que contra otros elementos patrimoniales cualesquiera. . .". (49)

Continúa diciendo el autor citado, que para lograr el acreedor la satisfacción de su pretensión cuenta con tres formas procesales, las cuales son:

"1.- La subasta forzosa. . ."

"2.- La administración judicial. . ."

"3.- La inscripción de una hipoteca. . ." (50)

(48) J.W.Hedemann, Ibid. página 417

(49) J.W.Hedemann, Ibid. página 417

(50) J.W.Hedemann, Ibid. página 417

La última forma procesal es la que nos interesa en la constitución de la hipoteca. El acreedor no recibe ninguna suma de dinero, pero su situación de acreedor se ve mejorada en gran manera, porque además de la anterior obligación personal del deudor se le impone una obligación real a cargo de la finca de su propiedad.

En esta forma procesal la hipoteca nace por decisión judicial, pero solo llega a tener existencia plena, después de su inscripción en el registro. (Artículo 867)

El BGB regula tres clases especiales de hipoteca, y en la sección octava del mismo código se regulan dos clases de derechos reales -- que tienen gran semejanza con la hipoteca y en consecuencia se regulan -- por las mismas normas, pero que tienen ciertas características que los -- hacen diferentes del derecho de hipoteca. Las tres clases de hipotecas son las siguientes:

1.- Hipoteca de Tráfico.- Es la hipoteca que habitualmente -- origina la entrega de una cédula hipotecaria, está pensada para circular en el comercio, tiene existencia sustantiva y no accesorio, su efecto -- probatorio no se encuentra en el asiento del registro de la propiedad, -- (Artículos 1,116, 1,117 y 1,163). De esta hipoteca han dicho los juristas alemanes que es la clase normal y común. Arthur Nussbau se expresa en los siguientes términos: ". . . se suele llamar hipoteca de tráfico al tipo corriente de hipoteca, a la hipoteca normal que tiene existencia -- sustantiva y no accesorio." (51)

2.- Hipoteca de Seguridad.- Es la clase de hipoteca que se -- constituye para garantizar los derechos del acreedor; tiene existencia -- accesorio, no está pensada para circular en el comercio, su efecto probatorio se encuentra en el registro de la propiedad. Esta hipoteca se en-

cuenta prevista en los artículos 1,184, 1,186, 1,187, 1,188 y 1,189.

J.W. Hedemann nos dice al respecto: " La hipoteca de seguridad resulta preferida en aquellos casos en que la relación obligatoria no es una deuda neta, adolece de alguna indeterminación . . ." (52)

3.- Hipoteca de Máximo.- Como una subclase de la hipoteca se presenta ésta ya que es una derivación de la hipoteca de seguridad, y cu ya característica esencial se observa en el hecho de que al constituirse la misma se determina la suma máxima por la que responde la finca, esta hipoteca se encuentra estipulada concretamente en el artículo 1,190.

Los derechos reales que tienen gran semejanza con la hipoteca son los siguientes:

1.- La Deuda Territorial.- Es un derecho semejante a la hipoteca en sus dos clases, sin embargo difiere de tal derecho en virtud de que en el mismo desaparece la obligación personal del deudor existiendo-tan solo el derecho real a cargo de la finca, y en consecuencia el acreedor solo tendrá una acción real para exigir la liquidación de su crédito. Este derecho se encuentra previsto en los artículos 1,191 al 1,198.

2.- La Deuda de Renta.- No es más que una variedad de la deuda territorial, con la particularidad de que en este derecho el deudor se compromete a pagar periódicamente una determinada suma de dinero a cargo de la finca. Para la constitución de este derecho es indispensable la -inscripción en el registro público. Existe la posibilidad de que se emita la cédula territorial o bono inmueble al portador. Si la deuda de --renta se constituye emitiendo tal bono inmueble, el emisor se obliga en el documento a realizar una prestación a favor del tenedor, sin embargo para la emisión de la cédula el portador es indispensable que la apruebe el Gobierno Central del Estado Federado alemán, según se desprende en el

artículo 795. Esta deuda de renta es regulada por los artículos del - -
1,199 al 1,203.

Finalmente cabe agregar que tanto en la deuda territorial, como en la deuda de renta las disposiciones sobre la hipoteca les son aplicables, según dispone el artículo 1,192, evidenciándose así la semejanza de tales derechos con el derecho hipotecario.

4.2.- Código Civil Argentino.

En el Código Civil Argentino la hipoteca se encuentra definida en el artículo 3,108 que a la letra dice: "La hipoteca es el derecho - - real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes-inmuebles, que continúan en poder del deudor".

Observamos que en la citada definición se hace mención de cuatro elementos:

1.- Derecho Real.- El carácter real de la hipoteca se manifiesta desde luego en que sobre el bien inmueble que grava, existe un derecho oponible a todo tercero, de tal manera que si el bien inmueble pasa a manos de un tercero, el titular de la hipoteca, dispone a su favor del derecho de persecución, atento a lo dispuesto por el artículo 3,148 y - 3,196. Posee así mismo un derecho de preferencia de acuerdo a la prioridad con que inscriba su derecho en el registro. observándose también el principio de la limitación de la propiedad, esto es, que las facultades del propietario se ven restringidas de tal manera que no reduzcan el valor del bien hipotecado. (3,157)

2.- Crédito.- El crédito que se observa, no es más que la --- obligación principal, pero además se recalca que el crédito es cuantificado en una suma de dinero, lo que tiene su razón de ser, en que el código del país de referencia, reconoce tan sólo la constitución de la hipoteca convencional, ignorando a la hipoteca legal y la que se deriva de - un procedimiento judicial. (3,115)

3.- Bienes Inmuebles.- La mención de los bienes inmuebles nos demuestra la rigidez de tal disposición, en virtud de ser los bienes inmuebles objetos únicos que pueden ser hipotecados, desechando a los bie-

nes muebles como bienes susceptibles de hipoteca.

4.- La no desposesión del bien hipotecado, es una importante característica que se observa en casi todas las legislaciones; y en el -- Código Civil Argentino se eleva su significado, al entrar a formar parte elemental de definición.

Aparte de los elementos que hemos mencionado, el Código Civil Argentino, dispone otras cuestiones muy importantes sobre la hipoteca, encontrándose en este caso los elementos siguientes:

El Carácter Accesorio.- La hipoteca en el Código comentado, -- surge de la obligación principal. (3,187)

La Especialidad.- Esta característica se refiere tanto a la de terminación del bien gravado, como a la determinación del monto de dinero que garantiza dicho bien, a esta característica se refieren los artículos 3,109 y 3,132.

La Indivisibilidad.- Antes del año de 1933, en el Código Civil que comentamos, se estipulaba que la divisibilidad de la hipoteca era absoluta, causando desde luego la mayoría de las veces perjuicio para el -- propietario, razón por la cual en reforma de 1933, hace de la ley una dis posición supletoria a la voluntad de las partes, se permitió que en el -- contrato las partes pudieran renunciar a la indivisibilidad. Como en con secuencia de esta reforma se acepta también la cancelación parcial de la hipoteca.

Con las ideas inspiradoras de la reforma de 1933, publicada en la ley 11,725, sancionada el 26 de septiembre de 1933, y promulgada el -- 28 de septiembre de 1933, el principio de la indivisibilidad dejó de ser absoluto, y en esta forma se regula en los artículos 3,112 y 3,188.

La Publicidad.- Este principio consistente en la inscripción de la hipoteca en el registro de hipotecas (denominado "oficio de hipotecas") Una vez que la hipoteca se registra en el oficio de hipotecas, --surte efecto contra terceros, según se preve en los artículos 3,134, - - 3,149, 3,150 y 3,151.

Por cuanto se refiere a los bienes sobre los que se extiende - la hipoteca, se hace mención de todos los accesorios que estén unidos al inmueble principal, las mejoras que se manifiesten en el mismo, así como a los derechos establecidos sobre el bien y las pretensiones que por concepto del mismo deriven, según se desprende del artículo 3,110, excep --tuando el contenido del artículo 3,120, que dispone: "Los derechos rea - les de usufructo, servidumbre de uso y habitación, y los derechos hipote carios no pueden hipotecarse".

Ahora bien sobre la situación del constituyente de la hipoteca, se observa en el código comentado, que puede serlo el obligado principal o bien un tercero, según se desprende de los artículos 3,118, 3,119, - - 3,121 y 3,122.

El Código Civil Argentino reconoce tan sólo una forma de cons - titución de la hipoteca, y es la denominada; "hipoteca convencional", regulada en el artículo 3,115.

La ausencia de la hipoteca legal, que la mayoría de los países consignan en sus códigos civiles para la protección de sujetos en estado de interdicción, de menores incapaces, y en algunos más de las mujeres - casadas, no deja sin embargo, la Argentina en desprotección a las perso nas para las que generalmente se constituyen hipotecas legales, por la - razón expuesta por el tratadista Antonio Cammarota, en los siguientes -- términos: "El regimen establecido por el código civil es encomiable desde cualquier punto de vista que se le considere. Al consagrar el carác - ter convencional de las hipotecas, aleja derivados realmente inconcilia - bles con los verdaderos principios que presiden a la institución. Y es

así como desconocemos las constituidas ipso iure sobre los bienes del tutor o del curador a favor de los incapaces, como las derivadas de procedimientos judiciales para seguridad del cumplimiento de las sentencias".

"¿La ausencia de esas enérgicas garantías significa que en --- nuestro país los intereses de los menores o de los incapaces, de aque -- llos que obtienen condenaciones judiciales y de las mujeres casadas es - tán desprovistas de protección legal?. Estos intereses -en términos ge- nerales- están perfectamente salvaguardados por otras previsiones legis- lativas que tienen el indiscutible mérito de no desvirtuar la economía - de la hipoteca y de su esencial propósito: garantizar el pago de una - - obligación". (53)

(53) Cammarota, Antonio. Derecho Hipotecario Argentino, Buenos Ai - res, Argentina, Editorial J. Lajouane y Cía. 1929, páginas 43 y 44

4.3.- Código Civil Chileno.

En los códigos que hemos analizado encontramos que éste es el que contiene un mayor atraso, atraso que se manifiesta desde la definición, y que consiste en la confusión de la institución de prenda con la hipoteca.

La regulación de la hipoteca se compone de un escaso número de disposiciones las cuales van del artículo 2,407 al 2,434.

El artículo 2,407 define a la hipoteca de esta manera: "La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por ello de permanecer en poder del deudor".

El Código Civil Chileno es muy incompleto, ya que si bien contempla los tres principios fundamentales de la hipoteca que son la especialidad, la indivisibilidad y la publicidad, y además designa los bienes susceptibles de hipoteca, sin enumerarlos como lo hacen otras legislaciones, y aun cuando observa el carácter accesorio, no se manifiesta expresamente el carácter real, sino que solamente se presume por la existencia del derecho de persecución.

Se dispone que la hipoteca se extiende a los accesorios, mejoras, derechos enajenables y pretensiones; y que el titular del derecho tiene una dualidad de acciones contra el deudor principal, que garantiza el crédito con sus bienes gravados con hipoteca.

Es vigente en el código comentado el principio de la limitación de la propiedad en detrimento del propietario, para que no se ponga en peligro la garantía hipotecaria.

La hipoteca puede constituirse para garantizar obligaciones sujetas a condiciones y aun para garantizar una obligación futura.

Algunas particularidades que regula este código sobre la hipoteca son:

1.- El artículo 3,020 en su párrafo tercero, califica de fianza hipotecaria a la garantía que un tercero otorga para garantizar el -- cumplimiento de una obligación por parte del deudor principal.

2.- El artículo 2,411 establece: "Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en -- Chile, con tal de que se inscriban en competente registro". Observamos que no se dice si la autoridad de Chile tiene o no participación sobre -- la autorización para que se permita la imposición de una hipoteca sobre bienes inmuebles situados en tal país, y mucho menos se menciona al tratado internacional para dejar a salvo siquiera sus disposiciones como -- ocurre en otros códigos.

El Código de Chile no establece disposiciones para regular las siguientes situaciones:

1.- Disposición expresa sobre la calidad de propietario que -- debe tener quien hipoteca;

2.- Disposición concreta que regule el caso de los menores o sujetos en estado de interdicción, respecto a que sea necesario el nombramiento de un representante legal;

3.- Disposición concreta sobre el carácter real de la hipoteca; éste solo se presume por la existencia del derecho de persecución;

4.- Disposición sobre la transmisión del crédito hipotecario;

5.- Disposición sobre la nueva clase de hipoteca que se denomina "hipoteca de cédula", y;

6.- Disposiciones que manifiesten la existencia de formas de constitución de la hipoteca, ya sean legales, voluntarias o convencionales, o bien judiciales o forzosas.

4.4.- Código Civil Español.

Este código contiene escasos artículos que regulan la institución hipotecaria.

El Título XV, "De los Contratos de Prenda, Hipoteca y Anticresis", contienen disposiciones generales sobre la hipoteca en los artículos 1,857 al 1,862. En ellos se observan los siguientes elementos y características:

- 1.- El Carácter Accesorio.
- 2.- La Calidad de Propietario de quién Constituye la Hipoteca.
- 3.- La Legitimación de quién Hipoteca.
- 4.- La Posibilidad de que un Tercero Constituya la Hipoteca.
- 5.- La no Desposesión del bien Gravado.
- 6.- El Carácter Indivisible Relativo tanto a los Bienes Gravados como al Crédito.
- 7.- La Posibilidad de que la Hipoteca se Constituya para Garantizar Obligaciones Sujetas a Condición.
- 8.- La Simple Promesa de Constituir la Hipoteca origina sólo la Acción Personal a favor del Acreedor.

El Capítulo II, corresponde a la regulación de la prenda.

El Capítulo III, se integra por algunos artículos, los cuales van del 1874 al 1,880, observándose los siguientes elementos y características:

- 1.- Se dispone que los bienes susceptibles de hipoteca lo son inmuebles y los derechos reales enajenables impuestos sobre tal clase de bienes.
 - 2.- El principio de la publicidad.
 - 3.- El Carácter Accesorio.
 - 4.- La Enumeración de los Bienes sobre los que se Extiende la Hipoteca, señalándose los siguientes:
 - a).- Las Acciones Naturales.
 - b).- Las Mejoras.
 - c).- Los Frutos Pendientes y las rentas aún no Percibidas al vencer la Obligación.
 - d).- El Derecho de Indemnización que tiene el Propietario frente al asegurador o frente al Estado, en el caso de Expropiación que realice este Ultimo por causa de Interés Público.
 - 5.- Sobre la Transmisión de la Hipoteca, mediante la Enajenación o Cesión en su caso.
 - 6.- El Derecho de Persecución.
- Finalmente el artículo 1,880, nos remite a la "Ley Hipotecaria Española", para el estudio de las demás características de la hipoteca, así como de sus formas de constitución.

LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA DE 1946

"De la Hipoteca en General", Sección Primera, Título V, "De las Hipotecas".

Los artículos que integran la Primera Sección van del 104 al - 137, en ellos se regulan las siguientes situaciones:

- 1.- El principio de la adherencia e inseparabilidad.
- 2.- Los bienes no susceptibles de ser hipotecados como son:
 - a).- Las servidumbres, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante, exceptuándose aguas.
 - b).- Los usufructos legales, exceptuándose al concedido al -- cónyuge viudo.
 - c).- El uso y la habitación.
- 3.- La facultad del acreedor de pedir al juez, se dicten las medidas necesarias tendientes a impedir un daño a aquél, en el caso inminente de la disminución de la garantía hipotecaria.
- 4.- El vendedor del bien gravado puede pactar con el comprador, la subrogación del adquirente en lo que respecta a la hipoteca, como sobre la obligación personal, y tal pacto será válido si hay consentimiento del acreedor.
- 5.- El principio de la indivisibilidad relativa, tanto sobre los bienes gravados como sobre el crédito.
- 6.- Para el caso de la ejecución forzada de la hipoteca, y en contrándose el bien gravado en manos de un tercero, éste tiene el beneficio de la excusión.

7.- Se dispone que la acción hipotecaria prescribe en veinte años.

8.- Para la realización de la hipoteca en su valor pecuniario, se sigue un procedimiento sumario.

La Sección Segunda "De las Hipotecas Voluntarias", contiene -- disposiciones como lo son los artículos que van del 138 al 157, de los -- que podemos decir lo siguiente:

En la hipoteca voluntaria el papel de las partes es esencial, en virtud de que, según se desprende en los artículos citados, en el contrato de constitución de la hipoteca, puede haber manifestación bilate -- ral o unilateral de la voluntad.

Ahora bien para que un contrato de hipoteca no esté afectado -- de nulidad, deben ser capaces las personas que intervienen, y si no hay capacidad, la hipoteca debe constituirse entonces por apoderado, para -- que el acto de la constitución tenga validez. El apoderado necesita poder especial bastante.

En el caso de la hipoteca constituida por declaración unilate -- ral de la voluntad, el código comentado dispone que la aceptación de la persona a cuyo favor se instituye tiene que ser anotada en el registro. Tal disposición hace que se haga efectivo el principio de publicidad una vez más, y en consecuencia el acto jurídico surte plenamente consecuen -- cias jurídicas contra terceros.

Los artículos de la sección comentada disponen que la hipoteca voluntaria, puede garantizar títulos de crédito al portador o nominati -- vos, y puede garantizar el pago de rentas y prestaciones periódicas.

La Sección Tercera "De las Hipotecas Legales", la integran los artículos del 158 al 197.

Aparte de este conjunto de disposiciones hay dos artículos que tienen a nuestro parecer una importancia capital, éstos artículos son:

El artículo 165 que señala los requisitos necesarios, para que quien tiene derecho de pedir la hipoteca legal realice la petición ante el obligado o ante la autoridad judicial. Tales requisitos son:

a).- Realizar la petición mediante escrito ante el tribunal - del domicilio del obligado, señalando el bien que debe ser gravado, la - cantidad por la cual deba de gravarse, y el registro en que se ha de inscribir.

b).- Debe de agregar, el que pide la constitución de la hipoteca, los documentos que acreditan su derecho al mismo, y la certifica - ción del registrador en que constan los bienes gravables del demandado.

c).- El juez debe mandar comparecer a los interesados en la - constitución de la hipoteca, a fin de que se avengan al modo de consti - tuirla. Si existe avenencia el juez constituye la hipoteca en los térmi - nos del convenio. Si no existe avenencia se hace el traslado del escrito de la demanda al demandado, para ser continuado el juicio en forma de incidente.

El artículo 168, dispone concretamente a favor de quienes se establece la hipoteca legal, nombrándose a las personas siguientes:

a).- A favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus - maridos.

b).- A favor de los reservatarios, sobre los bienes de los reservistas. Los obligados a constituir la hipoteca lo son el viudo o la viuda, que repita el matrimonio.

c).- A favor de los hijos sometidos a la patria potestad, sobre los bienes del padre o de la madre que hubieren contraído segundo matrimonio.

d).- A favor de los menores o incapaces, sobre los bienes de sus tutores.

e).- A favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes.

f).- A favor de los aseguradores, sobre los bienes de los asegurados, por la totalidad de la cantidad adeudada.

Por lo que se refiere a los incisos anteriores es observado el principio de la especialidad así como el de publicidad, excepción hecha respecto a los dos últimos incisos, ya que al respecto, Castán Tobeñas nos dice: ". . . el legislador no fue del todo consecuente con su propio criterio, pues admitió por excepción algunas hipotecas -la establecida a favor del Estado por el importe de las contribuciones y la establecida a favor de los aseguradores por el premio de los seguros- que no se inscriben especial y separadamente". (54)

El carácter general de las hipotecas a favor de las personas mencionadas en los dos últimos incisos citados no es absoluta, ya que el artículo 194 de la ley comentada faculta al Estado, provincias o pueblos, para que inscriban una hipoteca especial para garantizar contribuciones e impuestos. Lo mismo ocurre tratándose del asegurador, pues los artículos 195, 196, y 197, le facultan para que exija la constitución de una hipoteca especial.

Por lo que se refiere al procedimiento para la constitución de las hipotecas legales, se advierte una doble forma:

(54) Castán Tobeñas, José. Op Cit., página 371

a).- Procedimiento Extrajudicial.- Consistente en el otorgamiento de la escritura que ha de inscribirse.

b).- Procedimiento Judicial.- Cuando se observan las reglas establecidas por el artículo 165, de la ley en comentario, cuando se trata del procedimiento a instancia de la parte interesada, o bien tratándose de hipotecas que se constituyen de oficio por el juez, según se dispone en el artículo 166 de la ley hipotecaria.

Las clases especiales de hipotecas establecidas en esta ley -- son:

1.- Hipoteca en Garantía de Rentas o Prestaciones Periódicas.- Es susceptible de tantas realizaciones o ejecuciones como rentas o prestaciones periódicas garantice.

2.- Hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador.- Esta hipoteca puede transmitirse por endoso si el título es nominal o -- bien mediante la simple transmisión si son títulos al portador, siendo -- el titular una persona indeterminada, no siendo necesaria su inscripción en el registro por la transmisión, ni dar aviso al deudor.

3.- Hipoteca en Cuentas Corrientes de Crédito.- Constituye -- una modalidad de la hipoteca de máximo regulada en el BGB alemán. En la escritura de constitución de esta hipoteca, se establece la cantidad máxima por la que debe responder la finca, y demás requisitos para la vigencia de dicha hipoteca. (artículo 153)

Ni el Código Civil Español, ni la Ley Hipotecaria, regulan la hipoteca de cédula, ni la hipoteca solidaria.

4.5.- Código Civil Guatemalteco.

La hipoteca regulada en el Código Civil de Guatemala en su parte general está contenida en los artículos del 822 al 856, correspondientes al Capítulo I, del Título V, "De los Derechos Reales de Garantía".

En el Capítulo I, encontramos en primer lugar la definición de la hipoteca en el artículo 822, que dispone: " La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una -- obligación".

De esta definición se observan los siguientes elementos:

1.- La naturaleza real de la hipoteca.

2.- Por principio general el bien susceptible de hipoteca es el bien inmueble.

3.- El carácter accesorio, ya que garantiza el cumplimiento de una obligación.

En este código se observan los tres principios fundamentales de la hipoteca que son: la publicidad, la especialidad, y la indivisibilidad, en forma absoluta cuando se trata del derecho de hipoteca, pero divisible en función del crédito.

Se observan también el derecho de preferencia, así como la disposición que señala los bienes a los que se extiende la hipoteca, apreciándose que tal extensión se realiza sobre los accesorios del inmueble, las mejoras, y las pretensiones a que, por concepto del bien inmueble, tenga derecho el titular del inmueble.

Se dispone también la prohibición de la cláusula de no enajenar.

El artículo 838, preceptúa que bienes no pueden hipotecarse, y al respecto establece el siguiente listado:

- 1.- El inmueble destinado a patrimonio de familia;
- 2.- Los bienes adquiridos en herencia, legado o donación, cuando el causante haya impuesto dicha condición, pero ésta no podrá exceder del término de 5 años. Para los menores de edad, dicho término se cuenta desde que cumplan la mayoría de edad;
- 3.- Las servidumbres independientes del predio dominante;
- 4.- El uso y la habitación; y,
- 5.- El arrendamiento inscrito, a no ser con autorización del propietario.

En el código que comentamos, se observa también la disposición que protege al acreedor en el supuesto de que surja el peligro de la disminución de valor de la garantía, concediéndosele la facultad de pedir - se mejore la garantía lo que de no verificarse puede dar lugar a pago total del crédito.

Se señala la forma y orden en que se ha de pagar a los acreedores de la hipoteca. "ubicando dentro del mismo a la "hipoteca de cédula".

El artículo 857 dispone: "Puede constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, fijándose en la escritura de constitución, la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada, los --

plazos de liquidación en la cuenta y la forma en que debe ser acreditada la cantidad líquida exigible al vencimiento de cada plazo".

Esta disposición se asemeja a la llamada hipoteca de máximo -- que se contempla en el BGB alemán.

Ahora bien, casi en su totalidad este Capítulo II, trata de la "hipoteca de cédula", la cual se constituye para garantizar un crédito -- representado precisamente por cédulas, no siendo necesario que exista un acreedor cuando se emiten las cédulas, pudiéndose emitir las mismas a favor del propietario del inmueble.

La hipoteca de cédula no impide la constitución posterior de -- otras hipotecas, pero en cambio no se acepta la constitución de hipotecas de cédulas sobre bienes ya gravados.

El código comentado, confunde a la cédula con los bonos, diciendo que para garantizar los intereses se utilizan los cupones.

Se dispone que las cédulas son títulos ejecutivos, y se transmiten mediante la tradición cuando son al portador y por endoso si son -- nominativos.

Una disposición que a nuestro juicio es nueva y tiene su razón de ser en la situación de crisis económica, existente en muchos países, es la que se refiere a la depreciación de la garantía, tal depreciación se relaciona directamente con su valor traducido en dinero, y previene -- que en el caso de que se realice tal circunstancia, se le concede al -- acreedor el derecho de pedir ante el juez la venta del bien inmueble, si es que el deudor no mejora la garantía.

Previendo la disminución de la garantía el acreedor tiene la -- facultad de pedirle al juez nombre interventor al bien inmueble, cuando el poseedor no demuestra una adecuada administración del mismo.

Si el deudor quiere cancelar la hipoteca de cédula, puede consignar el valor de las cédulas aún cuando éstas no se encontraren vencidas, así como procede con los cupones. La constancia de la consignación presentada en el registro público, produce la cancelación de la hipoteca.

Algunas particularidades que en el Código comentado, dispone sobre la hipoteca están contenidas en los siguientes artículos.

El artículo 831 dispone: "En caso de indemnización, los acreedores hipotecarios harán valer sus derechos sobre el precio que se pague, si fuere expropiación por utilidad pública".

El artículo 834 dice: "Los bienes de una finca sobre los cuales puede constituirse prenda agraria, ganadera e industrial no quedarán incluidos en la hipoteca, salvo que estuvieren libres de gravamen al ejecutarse el cumplimiento de la obligación".

Los artículos 852, 853, 854 y 855, contienen disposiciones sobre la "subhipoteca", que es en sí lo que en el Código Civil para el Distrito Federal se denomina como "hipoteca de hipoteca".

La subhipoteca consiste fundamentalmente en que se puede gravar el crédito que garantiza una hipoteca con la subhipoteca, y cuando desaparezca la hipoteca la subhipoteca pasa a ocupar su lugar. Acto semejante se observa en el Código Civil para el Distrito Federal, pero con la denominación de "hipoteca de hipoteca", aunque en éste existe una dualidad de posibilidades, pues se puede hipotecar la hipoteca y se puede hipotecar el crédito que garantiza la hipoteca.

El Código Civil Guatemalteco no establece disposiciones para regular las siguientes cuestiones:

- 1.- Disposición que exprese la dualidad de la acción que el -

acreedor tiene contra el obligado principal que garantiza el crédito mediante la constitución de una hipoteca sobre su finca.

2.- Disposiciones sobre el necesario carácter de propietario de quien constituye la hipoteca, o bien la representación legal en el caso de ser incapaz o menor el constituyente.

3.- Disposiciones sobre las formas de constitución de la hipoteca, ya sean legales, voluntarias o convencionales, o bien judiciales o forzosas.

Por las disposiciones que se contienen en los capítulos que hemos mencionado deducimos que se presumen la hipoteca voluntaria o convencional.

4.6.- Código Civil Italiano.

Las disposiciones generales sobre la hipoteca se comprenden -- dentro de la Sección I, que corresponde al Capítulo IV, "De las Hipotecas" integrada por los artículos que van del 2808 al 2816.

No aparecen en estas disposiciones ningún precepto que defina a la hipoteca, pero se aprecian sus elementos y características y son -- las siguientes:

a).- Su carácter real.

b).- Su carácter accesorio.

c).- Por principio general se señala al bien inmueble y sus accesorios, así como los derechos reales enajenables establecidos sobre esta clase de bienes, como los susceptibles de hipotecarse.

d).- El derecho de persecución.

e).- El derecho de preferencia, que tiene como base la prioridad en el registro, cuando existen otras hipotecas.

f).- Su carácter especial y determinado.

g).- Su principio de indivisibilidad.

h).- Se admite la constitución de la hipoteca tanto por el -- obligado principal como por un tercero.

i).- La facultad de acreedor de pedir al juez que ordene el -- cese de actos perjudiciales sobre el bien hipotecado o bien que fije las medidas necesarias, para impedir que la garantía sea disminuida en su va

lor en perjuicio del acreedor.

j).- Se mencionan las formas de constitución de la hipoteca - las cuales son: "hipoteca legal, hipoteca judicial e hipoteca voluntaria".

La Sección II, del código comentado, contiene el artículo 2817, el cual dispone que las hipotecas legales se establecen en favor:

- 1.- Del enajenante sobre los inmuebles enajenados;
- 2.- Herederos socios y otros codivisionarios;
- 3.- La mujer casada sobre los bienes de su marido;
- 4.- El Estado sobre los bienes del contribuyente.

La Sección II, contiene disposiciones sobre la hipoteca judicial en los artículos 18, 2819 y 2820. Estas hipotecas se constituyen atendiendo al cumplimiento de las sentencias de condena, y así tenemos los siguientes casos:

1.- Toda sentencia que condene al pago de una suma de dinero - o al resarcimiento de daños que deban liquidarse, es título para inscribir una hipoteca sobre los bienes del deudor.

2.- Las sentencias arbitrales ejecutoriadas;

3.- Las sentencias extranjeras, una vez declarada eficaz por la autoridad judicial italiana, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales.

La Sección IV, contiene disposiciones sobre la hipoteca voluntaria en sus artículos del 2821 al 2826.

Ningún artículo pone atención al papel que desempeñan las partes para el caso de realizar un contrato de hipoteca, de tal manera que el artículo 2821 presume el papel de las partes, y dice inmediatamente - sin mayor explicación que la hipoteca se puede constituir mediante declaración unilateral de la voluntad.

Sobre esta hipoteca las demás disposiciones se limitan a decir que en cada caso en que la hipoteca inscrita fuera constituida por un título anulable, se convalida si el título posteriormente es convalidado. Pueden hipotecarse bienes futuros, pero su registro es válido sólo si -- llega a existir el bien. Y por último es posible la hipoteca sobre bienes indivisos futuros, aún en el caso de que el deudor creyendo que determinados bienes serán asignados a él los hipoteca, y al final le son - asignados otros, entonces se transfiere el derecho real sobre los bienes que le son asignados.

El Código Civil Italiano regula ampliamente:

- a).- El principio de publicidad;
- b).- El derecho de preferencia;
- c).- Los efectos de la hipoteca respecto del tercero adquirente;
- d).- Los efectos de la hipoteca respecto del tercero constituyente; y
- e).- La reducción del gravamen hipotecario.

Tales cuestiones se tratan en las secciones V, VI, VII, VIII y IX, respectivamente.

Algunas de las particularidades observadas en este código son:

1.- Sobre las hipotecas voluntarias, el artículo 2821 contiene dos disposiciones que consideramos de singular importancia y son las siguientes:

a).- Que la constitución de la hipoteca voluntaria tiene que ser mediante escritura, sea privada o pública de otra manera es nula.

b).- No puede constituirse la hipoteca mediante testamento.

2.- Las disposiciones contenidas en la Sección IX, tienen sin duda una gran importancia, toda vez que le confieren el derecho al deudor de pedir la reducción del gravamen cuando estime que el valor de los bienes hipotecados exceden su valor al crédito que garantizan, o cuando realiza pagos parciales, y también cuando haya realizado construcciones al edificio gravado, salvo si se convino con el acreedor la determinación de la suma o de los bienes, o bien que la determinación se haya fijado por una sentencia.

Los gastos originados por los actos encaminados a obtener la reducción de la hipoteca, son a cargo de quién promueve dicha reducción, salvo en los casos en que la reducción se efectúa porque el acreedor determinó con exceso el crédito, será a costa suya el pago de gastos, y si la reducción es ordenada por una sentencia, entonces los gastos serán a cargo del vencido.

4.7.- Código Civil Panameño.

Las disposiciones normativas contenidas en este código parten de las "Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca", del Capítulo I, comprendido dentro del Título XIV, "De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis".

Las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, están contenidas en los artículos del 1548 al 1553. En tales disposiciones se observan los elementos siguientes:

a).- El carácter accesorio;

b).- La no desposesión del dueño del objeto hipotecado;

c).- El principio de la indivisibilidad, sujeto a cierta flexibilidad, para el caso de que se dividiera una finca hipotecada, y las partes acordaran la suma de dinero por la que debe responder cada parte dividida;

d).- En los contratos de hipoteca se pueden asegurar obligaciones sujetas a condición suspensiva o resolutoria;

e).- La persona que puede hipotecar debe ser el propietario, o bien una persona legalmente autorizada; y

f).- El tercero puede hipotecar sus bienes para garantizar el cumplimiento de otro, es decir, del obligado principal.

El Capítulo II, contiene disposiciones que regulan la prenda.

El Capítulo III, Sección Primera, "De las hipotecas en general", consagra las disposiciones sobre las características, principios y otros elementos propios de la hipoteca.

Los artículos contenidos en este capítulo van del 1566 al 1587.

Este código regula concretamente la naturaleza real de la hipoteca, y describe expresamente los bienes susceptibles de ser gravados -- por la hipoteca, mencionando entre otros los siguientes:

1.- Los bienes inmuebles;

2.- Los derechos reales enajenables establecidos sobre los -- bienes inmuebles gravados; y

3.- Los bienes muebles susceptibles de ser específicamente de terminados o individualizados.

Por otra parte el legislador tuvo cuidado en limitar el gravamen hipotecario sobre determinados bienes, por ejemplo:

1.- Los edificios construídos sobre suelo ajeno;

2.- En el derecho de percibir frutos del usufructo, la hipoteca está sujeta a la duración del usufructo; y

3.- En el caso de bienes litigiosos se hace anotación preventiva, quedando pendiente la eficacia de la hipoteca hasta la solución -- del pleito.

Por otra parte se señalan expresamente como los bienes que no son susceptibles de hipoteca: los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que las produzca; los derechos reales en cosas, que -- aún cuando se espera la posesión a favor del deudor no estén aún inscri-

tas a su favor; y el uso y la habitación.

En el capítulo que comentamos, no se descuidan, las características y elementos que integran a la hipoteca y tenemos así que se acepta la constitución de la hipoteca para garantizar una obligación pura o sujeta a condición, e incluso está permitido garantizar obligaciones futuras.

En forma concreta se señalan los bienes a los que se extiende la hipoteca, y en caso de que se establezca sobre una pluralidad de bienes inmuebles, éstos tendrán una responsabilidad solidaria frente al - - acreedor.

El principio de indivisibilidad. No resulta un principio rígido, ya que se da preferencia al acuerdo entre las partes, pudiéndose hacer divisible, y en consecuencia se efectúe la cancelación parcial de la hipoteca.

Por lo que se refiere al crédito éste es divisible.

El principio de la publicidad se observa en forma clara y se hace mención del mismo en varios artículos sin que alguno lo establezca concretamente.

El principio de especialidad no está regulado por ningún artículo, pero no existe disposición que permita la constitución de hipotecas generales. Sin embargo a pesar de todo esto consideramos que la omisión de la ley sobre este principio es grave, ya que existe el peligro latente de que un acreedor exija para la garantía de su crédito, la constitución de una hipoteca general que grave la totalidad del patrimonio del propietario.

Una disposición que consideramos muy importante es la contenida en el artículo 1579, que dispone: "La hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla según el registro no se convalidará -- aunque el constituyente adquiriera después dicho derecho".

En el artículo citado se observa un precepto que es diametralmente opuesto a la disposición existente en el BGB, en el cual se observan celosamente los principios legitimizador y de la fé pública registral.

En el Código Civil Panameño se regula el carácter accesorio de la hipoteca, así como el derecho de persecución que tiene el titular del derecho hipotecario.

La Sección Segunda, comprendida dentro del Capítulo II, contiene disposiciones sobre: "Las hipotecas voluntarias", los artículos comprendidos dentro de esta Sección Segunda van del 1588 al 1616.

El artículo 1588 dispone: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes, o impuestas por disposición del dueño de los bienes. . ."

De la definición citada se desprende que la hipoteca puede -- constituirse por medio de un contrato entre las partes interesadas, deudor y acreedor, o bien que el propietario de un bien susceptible de hipoteca le imponga el gravamen para la garantía de una deuda ajena, el caso más común que conocemos es la garantía hipotecaria que otorga el testador a favor del legatario o de cualquier acreedor quirografario, para mejorar su posición de acreedores, así lo preceptúan la legislación de varios países que estudiamos. Ya que el código que comentamos, no contiene en su Capítulo III, denominado "De la hipoteca" disposiciones concretas que hagan referencia al testador como tercer constituyente de la hipoteca.

Se exige capacidad legal para contratar, para poder hipotecar, por lo que si existe incapacidad de una de las partes, pueden realizar el acto jurídico mediante un apoderado con poder especial para hipotecar.

En este Código no se señalan otros elementos que nosotros apreciamos en nuestro Código Civil para el Distrito Federal; estos elementos son: objeto física y jurídicamente posible, y objeto motivo o fin lícitos.

La hipoteca voluntaria observa todas las características, y -- elementos propios; las disposiciones son claras, pero consideramos que -- incompletas, pues algunos elementos ni siquiera se mencionan, y otros como el principio de publicidad o el principio de especialidad no son regulados en forma concreta.

Se establece en las disposiciones contenidas en la Segunda Sección, que el acreedor tiene la facultad de enajenar o ceder su crédito. La enajenación o cesión debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, notificando siempre el acreedor al deudor. La cesión o enajenación solo tienen lugar en el caso de que se haga exigible el importe del crédito.

Se permite que en el contrato las partes renuncien al trámite del juicio ejecutivo, realizándose en caso del vencimiento de la deuda, la venta judicial de los bienes.

En esta Sección se dispone la clase nueva de la hipoteca denominada "hipoteca de cédula", se hace constar en escritura pública, se -- inscribe en el registro público, y una vez inscritas se emiten las cédulas y los cupones de interés.

Sobre estas hipotecas de cédula, el código que comentamos, señala los requisitos que deben de contener las cédulas, se hace notar así mismo la fuerza probatoria de la misma, su transmisión se realiza por en

doso nominal o en blanco, haciéndose ver que el constituirse la hipoteca no es necesario que haya acreedor, situación que demuestra que la finalidad de las hipotecas de cédula es que el crédito circule en el comercio.

En esta clase de hipotecas se renuncian los trámites del juicio ejecutivo, y para efecto del remate de las fincas se toma en cuenta el valor que aparezca en el catastro o bien el valor que fijen los peritos.

Si se pone en peligro la garantía hipotecaria, por el deterioro que sufra el bien, por la mala administración del poseedor, puede el acreedor exigir el pago total de la deuda, aún cuando no esté vencida, o bien designar otra persona para que administre dicho bien.

Si se remata el inmueble el adquirente del mismo lo recibe con todas las cédulas y cupones de interés, para cubrir el precio de tales documentos a su vencimiento. Si resulta que el precio fijado en el remate no alcanza para cubrir la deuda, ésta será prorrateada.

La hipoteca se cancela por orden de una sentencia ejecutoria.

Por último se dispone que, si la deuda no causa interés, antes del plazo de vencimiento, el poseedor de la finca puede obtener la cancelación de la hipoteca de cédula consignando la suma global correspondiente, si existen intereses entonces será necesario consignar la cantidad que importen los mismos.

Sección Tercera: "De las hipotecas forzosas".

Los artículos que comprenden esta sección van del artículo --- 1617 al 1621.

El artículo 1617 dispone: "Se establece hipoteca forzosa: "

" 1).- En favor de todas aquellas personas a quienes se les --
afiance judicialmente alguna indemnización, en todos los casos de consti-
tución y levantamiento de secuestros, costas y otros semejantes; "

" 2).- En favor de los hijos cuyos padres administran su pecu-
lio; "

" 3).- En favor de menores o incapacitados cuyos bienes admi-
nistren sus tutores o curadores, por lo que hayan recibido de ellos y por
la responsabilidad en que incurrieren".

Como nos damos cuenta la hipoteca forzosa o legal dispone con-
cretamente a quienes beneficia tal derecho.

Los requisitos que el código dispone para las hipotecas forzo-
sas son:

1.- La inscripción del título constitutivo, que es la diligen-
cia de fianza, expresándose los bienes que se efecten.

2.- El interesado, o el ministerio público en el caso de tra-
tarse de menor o incapaz, debe de presentar la copia auténtica de la di-
ligencia de fianza ante el registro público.

Además se preve que para el caso de estimarse insuficiente la
garantía, se ventile tal derecho en un incidente, pudiéndose pedir la am-
pliación de la garantía hipotecaria.

4.8.- Código Civil Venezolano.

El artículo 1877, del Capítulo II, "De las Hipotecas", correspondiente al Título XXI, "De los privilegios e hipotecas", define a la hipoteca como sigue: "La hipoteca es un derecho real constituido sobre bienes del deudor, o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación".

"La hipoteca es indivisible y subsiste toda ella sobre todos los bienes hipotecados, sobre cada una de ellos y sobre cada parte cualquiera de los mismos bienes".

"Está adherida a los bienes y va con ellos, cualquiera que sean las manos a las que pasen".

De la definición anterior observamos los siguientes elementos constitutivos, de la misma:

- 1.- Derecho real. Por ser oponible a todo tercero.
- 2.- Personas que pueden constituir la hipoteca, es decir, que la constitución de tal derecho lo puede realizar el obligado principal - sobre sus bienes o bien un tercero que también puede constituir la hipoteca sobre sus bienes para garantizar el cumplimiento del obligado principal.
- 3.- Carácter accesorio. Tal carácter se aprecia en la definición cuando se dice que se constituye sobre los bienes para garantizar el cumplimiento de una obligación a favor del acreedor, este carácter se corrobora con lo que dispone el artículo 1907, de la sección sexta relativa a la extinción de la hipoteca, en el punto que dice: "Las hipotecas

se extinguen:

1.- Por la extinción de la obligación."

4.- La indivisibilidad.- Esta característica es regulada en forma rígida y por lo mismo absoluta.

Además de los elementos que se aprecian en la definición, el código que comentamos regula otras características de gran importancia como las siguientes:

La publicidad y la especialidad, que son regulados por el artículo 1879, en forma clara y precisa.

El derecho de persecución, que está estipulado en forma precisa en el artículo 1889 en la Sección Quinta.

La preferencia en el pago del crédito a favor del acreedor está dispuesto en los artículos 1896, 1897 y 1898, de la Sección Cuarta.

Bienes susceptibles de hipoteca.- El código dispone que son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles y sus accesorios reputados como inmuebles y el usufructo, exceptuando el usufructo legal de los ascendientes y los derechos del enfiteuta y del concedente.

El acreedor tiene la facultad de ceder o bien de hipotecar su crédito hipotecario, según lo disponen los artículos 1882 y 1883.

Las formas de constitución de la hipoteca.- El Código Civil Venezolano reconoce tres formas de constitución:

1.- En la sección primera del Capítulo II, "De las hipotecas",

se encuentra regulada la hipoteca legal en el artículo 1885. La disposición de tal artículo determina expresamente que la hipoteca puede establecerse:

- a).- A favor de un vendedor sobre los bienes enajenados.
- b).- A favor de los coherederos, socios y demás copartícipes.
- c).- A favor del menor y del sujeto a estado de interdicción.

Hipoteca Judicial.- Se encuentra regulada en la Sección Segunda del Capítulo II, en el artículo 1886, disposición de la que se aprecian como requisitos necesarios para la constitución de la hipoteca judicial, los siguientes:

- 1.- Que la sentencia sea ejecutoriada.
- 2.- Que se condene al demandado al pago de una cantidad determinada.
- 3.- Que se condene al demandado a la entrega de cosas muebles.
- 4.- Que se condene al demandado el cumplimiento de cualquier otra obligación que se pueda cuantificar en una cantidad líquida.

El artículo 1887, a su vez, establece que los bienes que forman parte "de la herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario", son bienes que no pueden ser hipotecados por una sentencia judicial ejecutoriada.

El artículo 1888, dispone que producen la constitución de la hipoteca judicial, las sentencias arbitrales, sólo cuando éstas causan -

ejecutoria por decreto de autoridad competente.

Igual acontece tratándose de sentencias extranjeras, ya que -- constituirán hipoteca judicial siempre que las autoridades judiciales de Venezuela hayan decretado la ejecución de tales sentencias, esto sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales.

Hipoteca Convencional.- En la Sección Tercera, del Capítulo - II, la hipoteca convencional se regula en los artículos 1890, 1891, 1892, 1893, 1894 y 1895.

El código comentado dispone en forma concreta y clara los requisitos para la constitución de la hipoteca convencional o voluntaria, al establecer que sólo pueden hipotecar las personas que tienen capacidad para enajenar, y no existiendo tal capacidad, se hace necesario el nombramiento de tutor.

A pesar de la claridad y precisión con que el código dispone los requisitos, omite uno muy importante: la calidad de propietario de quién constituye la hipoteca, aunque tal requisito se sobreentiende no se regula expresamente.

La hipoteca convencional puede constituirse de las maneras siguientes:

- a).- Pura o incondicional,
- b).- Bajo condición, y
- c).- Sobre bienes futuros a tiempo limitado.

Se observa además que si bien no hay un artículo que disponga en forma concreta la limitación de los atributos del propietario del bien gravado hipotecariamente, ello no impide ni disminuye el derecho -- que tiene el acreedor de pedir al constituyente la mejora de la garantía, o el pago total de la deuda aunque el plazo no esté vencido, si se hace

evidente el deterioro del bien gravado y como consecuencia se pone en peligro la garantía hipotecaria, que se manifestaría en una disminución de su valor pecuniario. Tal derecho del acreedor está previsto en el artículo 1894.

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

5.1.- Hipotecas Voluntarias.

Son los derechos reales que tienen como fuente constitutiva la manifestación de dos o más voluntades, (hay una bilateralidad de voluntad) o bien la manifestación de una sola voluntad. Se trata en este segundo supuesto de una declaración unilateral de la voluntad.

Tratase de la hipoteca que tenga como fuente constitutiva la manifestación bilateral de la voluntad, o bien tratase de la que tenga como fuente la declaración unilateral de la voluntad, en ambos casos deben de cumplirse siempre los elementos esenciales o de existencia, así como los elementos de validez, relativos a los actos jurídicos.

5.1.1.- Hipotecas nacidas de los contratos.

Las hipotecas nacen de contratos cuando su fuente creadora la constituyen la manifestación de dos o más voluntades, con la finalidad de lograr ventajas recíprocas, ya que mientras por una parte existe una persona que requiere de un capital necesario para un determinado fin, - por otra parte hay siempre otra persona que le interesa invertir su capital y lograr una garantía segura. Y la hipoteca sin duda, resulta la garantía más segura para la inversión, en virtud de su naturaleza de derecho real, y la certeza de que el bien objeto de la garantía es de la propiedad de quién la hipoteca.

Así es como las partes convienen libremente para la celebración del contrato de hipoteca, naciendo entonces la relación jurídica -- que une a los contratantes durante todo el tiempo de vigencia de la hipoteca; tal relación es la denominación de deudor a una de las partes, y acreedor a la otra.

5.1.1.1.- Elementos esenciales o de existencia.

Estos elementos son los siguientes:

a).- El Consentimiento.- Consistente en el acuerdo de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones, el asunto de interés jurídico lo es la garantía hipotecaria; - por una parte existe una oferta de préstamo de una suma de dinero por el inversionista, y por otra la aceptación del propietario de recibir una determinada suma de dinero y pagar el tipo de interés mutuamente convenido.

b).- El Objeto.- Debe ser jurídica y físicamente posible,

La posibilidad jurídica se refiere a que el bien debe estar en el comercio, y que además debe ser determinado.

La posibilidad física se refiere a la existencia de la cosa en la naturaleza.

Lo anterior se desprende de lo dispuesto por el artículo 1825- del Código Civil para el Distrito Federal.

5.1.1.2.- Elementos de Validez.

Estos elementos son:

a).- La Capacidad.- Se requiere que las personas que contratan sean capaces para obligarse, o bien en el caso de que las personas fueren incapaces, será entonces necesario de un tutor, que realice en representación del sujeto incapaz, todos los actos necesarios para contratar.

La ley sanciona los actos realizados por un incapaz para la realización de un contrato, con la nulidad relativa, pudiéndose convalidar el contrato por confirmación de acuerdo con el artículo 2233 del código civil vigente para el Distrito Federal.

Ahora bien es importante que al incapaz se le nombre un representante legal para que realice los actos jurídicos por cuenta del impedido legal, ya que como afirma Rojina Villegas; "¿De qué serviría al menor o al enajenado ser titular de derechos, si no pudiera ejercerlos o hacer valer por conducto de otra persona? Traería esto como consecuencia práctica un desconocimiento de sus derechos". (56)

b).- La Forma.- Este término es comprendido por la Enciclopedia Jurídica Omeba, en los siguientes términos: ". . .el signo, o conjunto de signos con los cuales se hace constar o sea exterioriza la voluntad o de los agentes del negocio" no puede haber negocio que carezca de forma, pues la simple voluntad interna, la voluntad que no se manifiesta carece de trascendencia en el derecho y, por tanto, no puede configurar por sí sola negocio jurídico alguno". (57)

Según esta definición, la forma se refiere a las muchas maneras como se puede manifestar la voluntad en un negocio jurídico, pero podemos dividir a tales maneras de como se exterioriza la voluntad, como sigue:

a).- La forma libre.- Consiste en la decisión libre de adoptar el signo o signos que el contratante quiera manifestar al exteriorizar su voluntad.

(56) Rojina Villegas, Rafael, Op Cit. Tomo III, página 129.

(57) Enciclopedia Jurídica Omeba, Op Cit. Tomo XIII, página 447

b).- La forma pre-establecida.- Consiste en signos inequívocos, que la ley establece para que a través de ellos los contratantes exterioricen su voluntad.

El contrato de hipoteca se ubica en la forma pre-establecida, es decir es un contrato formal porque se exige en él la forma escrita.

c).- La licitud en el objeto fin o condición del contrato.--- El artículo 2225, del Código Civil para el Distrito Federal dispone: "La ilicitud en el objeto, en el fin o condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

Interpretando el precepto legal en contrario sensu se concluye que debe haber licitud tanto en el objeto, motivo o fin, como en la condición del acto, para evitar la sanción de nulidad relativa o absoluta que la ley impone a los actos que no observan la licitud.

d).- La ausencia de vicios en el consentimiento.- El contrato de hipoteca debe de observar ~~la ausencia~~ de los vicios del consentimiento, si bien no se observa en el Código Civil para el Distrito Federal, en el capítulo relativo a la hipoteca una disposición expresa la regula, se debe a que resulta innecesario la repetición de los preceptos contenidos en los artículos concernientes a el contrato en general.

Por último considero importante mencionar a la lesión, la cual es considerada por los legisladores como una especie de los vicios del -- consentimiento y su existencia produce la nulidad relativa del contrato. Sobre la nulidad del contrato que resulta de la lesión, existía contradicción entre los artículos 17 y 2228, pues mientras que el primero establecía una rescisión como sanción, el segundo prescribía una nulidad; así, la lesión era al mismo tiempo causa de rescisión y de nulidad.

En virtud de reforma del 26 de diciembre de 1983, se elimina -

esa contradicción, disponiéndose en el artículo 17, a la lesión como causa de nulidad pero con posibilidad para el afectado de pedir en vez de la nulidad, una reducción equitativa de la obligación.

5.1.2.- Hipotecas nacidas por declaración unilateral de la voluntad.

El acto unilateral, que resulta de la manifestación de la voluntad de una sola de las partes contratantes en su forma innominada, --surte las consecuencias jurídicas que pretende el manifestante en el --transcurso de la vida de éste, es decir, es un acto inter vivos, en oposición al acto unilateral nominado que se plasma en el testamento, ya --que entonces el acto surte efectos al momento de fallecer el testador.

De las dos formas de manifestación unilateral de la voluntad, la hipoteca puede constituirse de las maneras siguientes:

1.- La hipoteca nace por testamento cuando el testador declara su voluntad de imponer gravamen hipotecario sobre la masa hereditaria o de un determinado bien, para garantizar el cumplimiento de una obligación personal o bien para garantizar el cumplimiento de una obligación ajena.

El testador dispone así, unilateralmente la constitución del gravamen hipotecario sobre sus bienes en la forma como sigue:

a).- El testador grava la masa hereditaria con un gravamen hipotecario para que la sucesión cumpla con el pago al deudor que originariamente era quirografario, y que el de cuius ha querido mejorarle su posición instituyéndole un derecho real a su favor.

b).- El testador grava un bien determinado a un determinado heredero, para que éste cumpla con el pago a favor del acreedor que anteriormente era común o quirografario, y que el de cujus ha querido mejorar su posición instituyéndole una hipoteca.

c).- El testador grava la masa hereditaria con la hipoteca, - para obligar a la sucesión a que efectúe la entrega de un bien determinado o determinable al legatario que esté designado en el testamento.

d).- El testador grava determinado bien, que le va a corresponder a un determinado heredero, con una hipoteca obligándolo de esta manera a entregar determinado bien al legatario que esté designado en el testamento

e).- El testador impone el gravamen hipotecario en un determinado bien asignado al legatario, para garantizar que éste entregue un determinado bien o haga pago de alguna prestación a favor de un tercero -- que designe el de cujus

De los anteriores incisos concluimos con Rojina Villegas, ". . . El testador, puede garantizar el crédito así constituido en favor del legatario, mediante hipoteca respecto de un bien determinado, que puede ser el heredero o legatario deudor, o de otro heredero o legatario. De esta suerte, la obligación principal estaría a cargo de uno, y la hipoteca afectaría el bien de otro, o de la herencia en general". (58)

Finalmente cabe mencionar que la declaración unilateral de la voluntad del testador expresando la constitución de una hipoteca sobre algún bien determinado o determinable, o sobre la masa hereditaria, debe de plasmarse necesariamente en un documento sea privado o público, toda vez que no puede constituirse válidamente la hipoteca en un testamento verbal, en virtud de que no cumpliría con la formalidad que se requiere

para la validez de la constitución de la hipoteca.

El testamento siendo un acto unilateral plasmado en un documento privado o público, viene a surtir sus efectos al acaecer el fallecimiento del autor de la sucesión y en consecuencia hasta entonces el acreedor quirografario o el legatario tendrán la facultad de ejercer los derechos inherentes al gravamen hipotecario.

2.- La hipoteca que nace de la declaración unilateral de la voluntad en su forma innominada, tiene su fundamento en el artículo 2920, del código civil vigente para el Distrito Federal, al igual que la hipoteca nacida por testamento. Del artículo citado la declaración unilateral se observa en la última parte, en esta hipoteca voluntaria el dueño impone sobre sus bienes la hipoteca.

5.2.- Hipotecas Necesarias.

El artículo 2931 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: "Llámase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores".

Es de observarse que las hipotecas necesarias o legales no imponen imperativamente las hipotecas sobre los bienes de los propietarios con la finalidad de proteger a ciertas personas que por cualquier impedimento se encuentren en una posición más débil o desventajosa ante la ley, sino que le concede a éstas el derecho de pedir la constitución de la hipoteca.

Las personas que la ley protege, pueden ser físicas o morales. En el caso de la persona física tenemos por ejemplo a los menores de edad, los sujetos en estado de interdicción, o cualquier otro que expresamente designe la ley. Por lo que se refiere a la persona moral encontramos al Estado, los pueblos, y los establecimientos públicos.

La forma de constitución de la hipoteca denominada: "hipoteca necesaria" es la regulada por el código civil para el Distrito Federal, y por los códigos civiles de los Estados de la República Mexicana.

El Código Civil para el Distrito Federal no define a la hipoteca legal sino que solamente se limita a disponer a favor de quienes se pueden constituir las hipotecas en forma necesaria, y así el mencionado cuerpo normativo en su artículo 2935 dispone: "Tienen derecho de pedir hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos":

" I.- Los coherederos o copartícipes, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido";

" II.- Los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquellos, teniendo en cuenta lo que dispone la fracción III del artículo 520".

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

" IV.- Los legatarios por el importe de sus legados, si no hubiere una hipoteca especial designada por el mismo testador".

" V.- El Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar -- las rentas de sus respectivos cargos".

En complemento al artículo anterior, el artículo 2936 dispone: "La constitución de la hipoteca, en los casos a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior puede ser pedida:"

" I.- En el caso de bienes de que fueren meros administradores los padres, por los herederos legítimos del menor".

" II.- En el caso de bienes que administren los tutores por - los herederos legítimos y por el curador del incapacitado, así como por el consejo local de tutelas".

"III.- Por el Ministerio Público, si no la pidieran las personas enumeradas en las fracciones anteriores".

El Código Civil vigente para el distrito Federal derogó los ar

títulos que concedían a la mujer casada el derecho de constituir sobre -- los bienes del marido la hipoteca en garantía a la devolución de la dote y bienes parafernales que había introducido durante toda la duración del matrimonio, el código civil de 1870 y el de 1884. Los Códigos Civiles -- vigentes de los Estados Federados siguen fieles al Código Civil del Dis -- trito Federal. Resulta difícil afirmar si los códigos civiles de los Es -- tados consagran los artículos que disponían a favor de la mujer una hipo -- teca a semejanza del Código Civil de 1884, o bien que nunca contemplaron tales disposiciones, pero lo cierto es que esas disposiciones, que tales códigos contemplan a la par con el código civil para el Distrito Federal, la intención innovadora al no contemplar los artículos relativos al dere -- cho de la mujer de pedir la constitución de la hipoteca sobre los bienes de su marido.

En los anteriores códigos, tanto en el de 1870 como el de 1884, regulaban la hipoteca a favor de la mujer casada basándose en la idea de que la mujer durante el matrimonio era absolutamente dependiente del mari -- do.

La razón de que no exista en la actualidad en el Código Civil para el Distrito Federal y en los códigos de los Estados de la República Mexicana, disposiciones existentes en nuestros anteriores códigos, en el sentido de conceder a la mujer el derecho de pedir la constitución de hi -- potecas legales a su favor sobre los bienes del marido, abedece esencial -- mente a que los legisladores de los códigos civiles vigentes se han inspi -- rado en el principio de la igualdad de la mujer frente al hombre, asig -- nándosele una esfera igual de derechos y obligaciones en el matrimonio. Estos derechos y obligaciones están normados por los artículos 2o. 162, 164, 165, 168 del Código Civil para el Distrito Federal, y en el artículo 4o. de la Constitución Federal.

5.2.1.- Hipotecas Judiciales.

En la legislación mexicana no existe esta forma de constitución

de la hipoteca, ya que la misma tiene como fuente creadora una sentencia judicial.

A favor de la hipoteca judicial encontramos los argumentos siguientes:

" 1).- La institución de la hipoteca judicial previene el fraude del deudor. En efecto, cuando un acreedor ha obtenido una sentencia condenatoria, el deudor puede verse tentado a substraerse fraudulentamente a la ejecución de la sentencia, haciendo desaparecer sus bienes. Es cierto que el acreedor puede intentar la acción pauliana o la acción declaratoria de simulación, pero esas acciones están sometidas a condiciones estrictas. Más seguro es concederle una hipoteca sobre los bienes del deudor y permitirle que la inscriba, con ello nada tiene que temer de una enajenación".

" 2).- Gracias a esa seguridad que le da la hipoteca judicial, al acreedor tampoco tiene que temer que otros acreedores persigan los inmuebles del deudor y absorban su precio, si permanece inactivo; gracias a su derecho de preferencia será pagado antes que aquellos".

"La ventaja final que resulta de esa situación será que el acreedor bien garantizado no se mostrará exigente; esperará, antes de proceder al remate de los bienes del deudor, que éste se manifiesta definitivamente incapaz de pagar. Si la hipoteca judicial no existiere, el acreedor temería la enajenación de los inmuebles, y la concurrencia de otros acreedores haría que ejecutara inmediatamente la sentencia condenatoria". (59)

Considero que en México debería de existir la hipoteca judicial que tuviere como fuente creadora la sentencia judicial condenatoria, ya que así se le forzaría el deudor que se obligó frente al acreedor me-

diante documentos de carácter privado, pues esta forma de constitución - de hipotecas necesarias ofrecen una gran seguridad jurídica, además de - que conceden al acreedor más débil la posibilidad de fortalecer su posición frente al deudor incumplido.

Por ello consideramos que no existe razón suficiente para negar la existencia de la hipoteca judicial en nuestro derecho.

CONCLUSIONES

- 1.- La hipoteca como derecho real de garantía tiene su origen en el Derecho Griego.
- 2.- El Derecho Romano adopta la hipoteca y le da en su tiempo un gran desarrollo.
- 3.- El Derecho Romano reconoció tres formas de constitución de la hipoteca: "hipotecas voluntarias", "hipotecas legales" e "hipotecas judiciales".
- 4.- El antiguo Derecho hipotecario alemán desarrollado en la Edad Media, fue el primero en introducir la publicidad y la especialidad como principios de la hipoteca.
- 5.- El antiguo Derecho Alemán clasifica a las formas de constitución de las hipotecas tomando en cuenta el negocio subyacente que existe detrás de la hipoteca, sin mencionar cuales son las hipotecas voluntarias o necesarias.
- 6.- El antiguo Derecho Frances no aporta un conocimiento positivo en el estudio de la hipoteca, y copia las tres formas de constitución de la hipoteca reconocidas en el Derecho Romano.
- 7.- El antiguo Derecho Español se perfeccionó paulatinamente gracias a la gran influencia que tuvo el BGB o código civil Alemán. Sin embargo la experiencia obtenida de Alemania fue aplicada atendiendo a las circunstancias específicas de España, reconociendo así dos formas de constitución de la hipoteca, las

cuales son: " hipotecas voluntarias" e "hipotecas legales".

- 8.- Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 generalmente siguieron los lineamientos de la Ley Hipotecaria Española de 1861. Ambos - códigos reconocían las dos formas de constitución de la hipoteca que observa el código civil vigente para el Distrito Federal.
- 9.- El Código Civil de 1884 exigía que la hipoteca se constituyera exclusivamente sobre bienes inmuebles. No reguló la hipoteca que garantiza obligaciones civiles a la orden o al portador, - tampoco reguló expresamente la no desposesión del bien hipotecado.
- 10.- Por naturaleza jurídica de la hipoteca, debe entenderse el conjunto de rasgos que son suficientes para poder distinguir a la hipoteca de otros derechos reales.
- 11.- Los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, - generalmente contienen preceptos sobre la hipoteca, que son -- idénticos o semejantes a los expresados por el Código Civil vi gente para el Distrito Federal.
- 12.- No existe una sola jurisprudencia que interprete alguna proble mática surgida sobre las formas de constitución de la hipoteca.
- 13.- De los ocho códigos extranjeros comentados en el Capítulo IV - de este trabajo, se desprende que generalmente se reconocen -- las formas de constitución de la hipoteca denominadas: "hipote cas voluntarias" e "hipotecas legales", vemos así que España, Italia, Panamá y Venezuela, reconocen las formas mencionadas, aunque los códigos civiles de Italia y Venezuela reconocen -- además la forma denominada "hipotecas judiciales". Por lo que

respecta a Argentina, Chile y Guatemala, el primer Estado reconoce en su código civil, de manera expresa la forma denominada "hipoteca convencional", en tanto que los códigos civiles de Chile y Guatemala, ni siquiera se ocupan de mencionar las formas de constitución de las hipotecas, por lo que guiándonos -- por las disposiciones contenidas en cada código nos damos ---- cuenta que reconocen tácitamente tan sólo la forma denominada: "hipoteca voluntaria".

- 14.- El código civil vigente de Alemania es el que definitivamente se aparta de las formas de constitución de las hipotecas conocidas como: "hipotecas voluntarias, hipotecas legales e hipotecas judiciales", y reconoce nuevas formas denominadas: "hipotecas de seguridad", "hipotecas de tráfico" y "la deuda territorial".
- 15.- El código civil vigente para el Distrito Federal reconoce como formas de constitución de la hipoteca, las siguientes: "hipotecas voluntarias" e "hipotecas necesarias".
- 16.- El artículo 2893 del código civil para el Distrito Federal, que define a la hipoteca ya no menciona al bien inmueble como exclusivo susceptible de hipotecarse, entendiéndose en consecuencia que los bienes muebles son tácitamente aceptados como bienes susceptibles de ser hipotecados.
- 17.- La forma de constitución de la hipoteca denominada: "hipoteca judicial" debe ser admitida por nuestros ordenamientos civiles, porque así se le otorgaría el derecho al acreedor quirográfico de mejorar su posición ante el deudor, y frente a los demás acreedores preferentes.

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

- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO. Contratos Civiles, México, D.F.
- ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano I, Madrid, España, Editorial de Derecho Privado, Volumen I, 1960.
- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN. De la Interpretación de los Contratos y Testamentos, México, D.F., Cárdenas editor y distribuidor, Segunda edición, 1979.
- CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Arayú, Tomo II, Unica edición, -- 1953.
- CAMMAROTA, ANTONIO. Derecho Hipotecario Argentino, Buenos Aires, Argentina, Editorial J. Lajouane y Cía. 1929.
- CAMPUZANO Y HORNA, FERNANDO. Principios Generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria, Madrid, España, Editorial Reus, S.A., 1925.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, España, Editorial Reus, S.A. Tomo II, Volumen II, Décima edición, 1965.
- COLIN, AMBROCIO Y H., CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil, Madrid, España, Editorial Reus, S.A., Tomo V, Traducido por Demófilo de Buen, 1925.
- DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A. Volumen IV, Cuarta Edición, 1978.
- DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. Instituciones de Derecho Hipotecario, Barcelona, España, Editorial Bosch, Segunda Edición, -- 1956.

- ENNECESUR, LUDWING. Derecho Civil, Barcelona, España, Editorial Bosch, Tercer Tomo, Volumen II, Segunda Edición Alemana por -- Blas Pérez González y José Alguer, 1951.
- G., MARTY. Derecho Civil, Puebla, Pue., México, Editorial José M. Cajica Jr., Traducido por José M. Cajica Jr, 1952
- GIMENEZ ARNAU, ENRIQUE. Tratado de Legislación Hipotecaria, - Madrid, España, Editorial Ediciones Españolas, S.A. Tomo I, 1941.
- GONZALEZ Y MARTINES, JERONIMO. Estudios de Derecho Hipotecario y Civil, Madrid España, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Tomo I, 1948.
- G. SPOTA, ALBERTO. Curso sobre Temas de Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, Editorial Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Distribuidor de Palma, S.R.L. 1971.
- HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II, Traducido por José Díez Pastor y Manuel González Enriquez, 1955
- KARL VON SAVIGNY, FIEDRICH. Sistema de Derecho Romano Actual, Madrid, España, Editorial Góngora, Segunda edición, Tomos I y IV, Traducidos por Jacinto Mesia y Manuel Poley, Sin fecha de Edición.
- KASER, MAX. Derecho Privado Romano, Madrid, España, Editorial Reus, S.A. Traducido de la quinta edición alemana por José -- Santa Cruz Tejeiro, 1968.
- LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Contratos, México, D.F., Editada por la Asociación Nacional de Notariado Mexicano, A.C. 1962.
- MARGADANT S., GUILLERMO.FLORIS. El Derecho Privado Romano, México, D.F., Editorial Esfinge, S.A., Séptima Edición, 1977

MASCAREÑAS, CARLOS E. Y PELLISE PRATS BUENAVENTURA. Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, España, Editorial Francisco - Seix, S.A. 1962

MAZEAUD HENRI Y LEON MAZEAUD, JEAN. Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Volumen I, Traducido por Luis Alcalá-Zamora, 1959.

MESSINEO, FRANCISCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo IV. Traducido por Santiago Sentís Melendo, 1971.

MUÑOZ, LUIS. Teoría General del Contrato, México, D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, 1973.

NUSSBAUM, ARTHUR. Tratado de Derecho Hipotecario Alemán, Madrid, España, Imprenta Helénica, Segunda edición alemana y -- primera edición traducida por W. Rocés, 1929.

PAVON, CIRILO. Contratos en el Derecho Civil Argentino, Buenos Aires, Argentina, Editor Valerio Abelero, 1927.

PEÑA GUZMAN, LUIS ALBERTO. Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, Tipográfica Editora, Tomo III, 1975.

PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. México, D.F., Editora Nacional, Traducida en la novena edición francesa por José Ferrantes González, 1971.

PLANIOL, MARCEL. Tratado elemental de Derecho Civil, Puebla, Pue., México, Editorial José M. Cajica Jr. Tomo IV, Volumen VIII, Doceava edición, Traducida por José M. Cajica Jr. 1948

PLANIOL, MARCEL, Y RIPERT, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, La Habana, Cuba, Editorial Publicaciones -- Cultura, S.A., Tomo XIII, Segunda Parte, 1959.

PUIG PEÑA, FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo III, Volumen II, 1951

RIPER, GEORGES Y BOULANGER, JEAN. Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, S.A. Tomo VII, Segunda parte, Traducido por Delia García Daireaux, 1965.

ROCA SASTRE, RAMON MA. Instituciones de Derecho Hipotecario, -- Barcelona, España, Editorial Bosch, Tomos I y II, Sexta edición, 1968.

ROJINA VILLEGAS,, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A. Tomo IV, Décima primera edición, 1979.

SANCHEZ MEDAL, RAMON. De los Contratos Civiles, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A. Cuarta edición, 1978.

SANCHEZ ROMAN, FELIPE. Derecho Civil, Madrid, España, Estudio Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Tomo IV, Segunda edición, 1899.

TREVIÑO GARCIA, RICARDO. Contratos Civiles y sus Generalidades, México, D.F., Editorial Tradición, S.A. Segunda edición, 1975.

VALENCIA ZEA, ARTURO. Derecho Civil, Bogotá Colombia, Editorial Temis, Tomo II, Tercera edición, 1967.

VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., Segunda edición, 1966.

VON TUHR, ANDREAS. Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina, -- Editorial de Palma, Volumen II, Tomo IV, 1947

OTRAS FUENTES DE CONSULTA

ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Madrid, España, Publicaciones del -
Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo III, Fascículo
I. Enero - Marzo, 1950.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA NORTE.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE CAMPECHE.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE COAHUILA.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE COLIMA.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE CHIAPAS.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE DURANGO.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE GUERRERO.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE HIDALGO.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE JALISCO.

CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MEXICO.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA, (BGB), Barcelona, España, Editorial Bosch, Traducido por Carlos Melon Infante, - 1955.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rodríguez Giles, 1882.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CHILE, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1949.

CODIGO CIVIL DEL REINO DE ESPAÑA. Madrid, España, Editorial Reus, S.A., 1966

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA. Guatemala, Guatemala, Sin casa editora, 1932.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE ITALIA. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE PANAMA, Panamá, Panamá, Imprenta Nacional, 1927.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, Caracas, Venezuela, Editorial La Torre, Segunda edición, 1961

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, México, Monte Video, Editorial Labor, S.A. Tomo II, 1950.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Buenos Aires, Argentina, Editorial Anco, S.A. Tomo XX, 1976.

LECCIONES Y ENSAYOS, Buenos Aires, Argentina, Talleres Gráficos Optimus, S. R.L. 1960.

LEY HIPOTECARIA, Madrid, España, Imprenta L. Rivadeneyra, Tomos I y II, 1946.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, Santa Fé, Argentina, impreso en la Universidad del Litoral, 1959.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, JURISPRUDENCIA, México D.F., Mayo ediciones, S. DE R.L. Apéndice 1917-1975, Tercera - Sala.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1977, México, D.F., Mayo ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1978, México, D.F., Mayo Ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1979, MEXICO, D.F., Mayo Ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1980, México, D.F., Mayo Ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1981, México, D.F., Mayo Ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1982, México, D.F., Mayo Ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, INFORME DEL AÑO DE -- 1983, México, D.F., Mayo ediciones, S. DE R.L. Tercera Sala.

SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

TURNO VESPERTINO