

402
283



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
PLANTEL "ARAGON"

**"LA ACCION HIPOTECARIA EN LA VIA
EJECUTIVA MERCANTIL"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ELIZABETH VALDES BAUTISTA



San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

" LA ACCION HIPOTECARIA EN LA VIA EJECUTIVA MERCANTIL "

S U M A R I O

INTRODUCCION.....	I
Capítulo I.- "El Contrato de Hipoteca."	
1.1. Concepto.....	1
1.2. Aspectos Generales.....	10
1.3. Elementos.....	14
1.4. Requisitos.....	39
1.5. Características y Clasificación.....	50
Capítulo II.- "El Juicio Ejecutivo Mercantil"	
2.1. Juicio, Proceso y Procedimiento.....	58
2.2. Jurisdicción y Competencia.....	62
2.3. El juicio Ejecutivo Mercantil.....	65
a). Concepto.....	65
b). Características.....	68
c). Demanda.....	69
d). Diligencia de Emplazamiento.....	77
e). Contestación de Demanda.....	82
f). Etapa probatoria.....	85
g). Alegatos y Sentencia.....	93
h). Ejecución y Medios de Impugnación.....	96

Capítulo III.- "La Acción Hipotecaria en la Vía Ejecutiva Mercantil"

3.1. Acción (Aspectos Generales).....	111
3.2. La Acción Hipotecaria.....	114
3.3. El Juicio Especial Hipotecario.....	122
3.4. Importancia y Justificación.....	127
3.5. La Acción Hipotecaria en la Vía Ejecutiva Mercantil.	128
3.6. Forma y Función.....	133
3.7. Importancia y Características.....	134
3.8. Ventajas y Beneficios.....	136
CONCLUSIONES.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	141

I N T R O D U C C I O N

La historia, ferviente testigo del progreso humano, ha constatado a lo largo de su evolución el afán del hombre por mejorar las relaciones entre los miembros de su sociedad para lo cual requiere de un - sin número de elementos para llegar a realizarlo o por lo menos establecer un orden y respeto entre los seres humanos, por lo tanto mantener de esa forma el equilibrio de la sociedad.

Es por ello que nuestro trabajo ha dado énfasis a la realización de nuestra investigación teniendo como fin primordial que la norma-ción jurídica contemple al Contrato de Hipoteca no tan solo en algunos - Códigos sino en específico dentro de las más diversas áreas en las que - pueda ser manejada como lo es el Código de Comercio.

Así es que el Código de Comercio no regula al Contrato de -- Hipoteca sino solamente regula algunos aspectos que dentro de este trabajo será contemplado, por lo que para el estudio del mismo analizaremos-- sus orígenes, su función dentro de la clasificación de los contratos en-particular, asimismo los efectos que produce, los elementos que lo compo--nen, el objeto de éste, cosa que pueda ser materia de nuestro estudio.

En cuanto para el estudio de la Ejecución tenemos que el Có-digo de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos marca un pro-ceso especial para el caso de la hipoteca, por lo que analizaremos éste con todos sus elementos o etapas. Es por ello que el plantamiento de nuestro trabajo resaltara todos estos inconvenientes que la ley no contempla.

"LA ACCION HIPOTECARIA EN LA VIA EJECUTIVA MERCANTIL."

CAPITULO I

EL CONTRATO DE HIPOTECA

1.1. Concepto.

Consideramos prudente que antes de adentrarnos al desarrollo del contrato de hipoteca, señalar algunos conceptos del contrato en -- general para hacer posible el entendimiento del mismo.

Al contrato se le considera la fuente más importante de las obligaciones, mismo que se encuentra dentro de los actos jurídicos privados.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, lo define en su Artículo -- 1792 de la siguiente forma:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

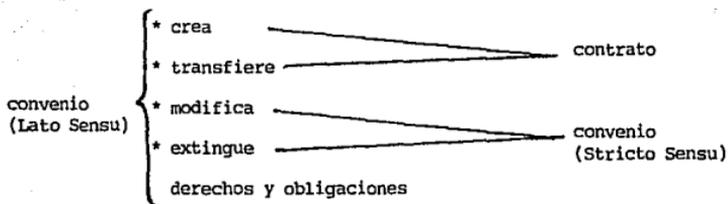
Asimismo el Artículo 1793 del mismo Ordenamiento Legal, señala

1a:

"Los convenios que producen o transfieren las --- obligaciones o derechos toman el nombre de contratos."

Por exclusión los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios.

Lo anterior quedaría representado de la siguiente forma:



Cabe hacer mención que el Código Civil Vigente considera al contrato como una especie del género convenio y por lo tanto establece la distinción entre ambas figuras, al primero lo emplea para los acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando modifiquen o extingan obligaciones, -- será empleada la palabra convenio.

Dentro de la doctrina existen diversidad de acepciones del concepto del contrato según el enfoque que los autores le quieran dar.

Así los tratadistas como Roberto Rosado Echenove, Efraín -- Moto Salazar y Ramón Sánchez Medal, por mencionar algunos, siguen igual criterio establecido por el Código Civil en vigor, más sin embargo, el último de ellos considera que esta distinción ya no existe en la actua

lidad, pues los principios que se aplican a los contratos también lo serán para los convenios.

El maestro Rojina Villegas define al contrato como:

"Un convenio que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones." (1)

Asimismo me uno a los criterios de los maestros Rojina Villegas y Fernando Flores Gómez, al considerar que el contrato tiene una -- función positiva (creación y transmisión de los derechos y obligaciones) y el convenio en Stricto Sensu, una función negativa, (modificar o extinguir derechos y obligaciones).

Dentro del concepto jurídico se considera al contrato de la siguiente forma:

"Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el --- acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de los derechos y obligaciones), debido al reconocimiento de una norma de derecho." (2)

Por su parte, Octavio M. y Arturo Puente establece que:

"Los contratos son convenios que producen o transfieren las obligaciones o derechos. Los contratos son una especie del género convenio. Convenio es una especie del acto jurídico que es la manifestación - de la voluntad para producir efectos jurídicos." (3)

-
1. Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", ed. 5a., Ed. Porrúa T. V, vol. I: Obligaciones, México 1970, pág 129.
 2. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas ed. 5a., Ed. UNAM, México 1992.
 3. Calvo M., Octavio y Arturo Puente, "Derecho Mercantil", ed. 3a., Ed. -- Banca y Comercio, México 1991, pág.241.

Otro autor, Eugene Gaudemet que define al contrato como:

"Un convenio por el cual una o más personas se obligan, respecto de --- otra u otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa." (4)

El ilustre Regelsberger define al contrato como:

"La expresión de la conformidad de voluntades de dos o más personas y - que quieren producir un efecto jurídico entre ellas o entre las personas representadas por ellas." (5)

Al Respecto Colín y Capitan consideran:

"El convenio o el contrato es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratados, las partes pueden tener por fin sea crear una relación de derechos: crear o transmitir un - derecho real o dar nacimiento a obligaciones, sea modificar una relación preexistente; sea un fin extinguirlo..." (6)

En tanto que Julien Bonnecase al tratar de definir al contrato también lo divide en convenio y contrato.

"Convenio es un acto jurídico bilateral, es decir, un acuerdo de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho. Contrato es una variedad de convenio es ser acreedor de ---- obligaciones." (7)

-
4. Gaudemet, Eugene, "Teoría General de las Obligaciones", ed. 2a., Ed.-Porrúa, México 1984, pág 37.
 5. Muñoz, Luis, "Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal", Ed. Lex, vol. I, México 1946, pág. 396.
 6. Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", ed. 9a., Ed. Porrúa, México 1984, pág 111.
 7. Bonnecase, Julien, "Elementos de Derecho Civil", ed. 1a., Ed. Porrúa Argentina 1980, págs. 213 y 214.

Podemos seguir citando infinidad de autores que nos proporcionen sus conceptos acerca del contrato en general, pero con los establecidos hasta aquí, consideramos que son más que suficientes para darnos cuenta que casi todos ellos concuerdan con el Código Civil.

Al reflexionar acerca de las definiciones y conceptos que --antecedentes es necesario hacer pauta sobre lo que nos indican los Artículos 1792 y 1793 del Código Civil, por lo tanto el contrato es:

EL ACTO JURIDICO UNILATERAL O BILATERAL Y QUE A TRAVES DEL ACUERDO DE VOLUNTADES DE DOS O MAS PERSONAS, PRODUCEN, CREAN O TRANSMITEN UN EFECTO JURIDICO, QUE PUEDEN SER DERECHOS U OBLIGACIONES.

Una vez que sea realizado el estudio del contrato en general y ha quedado claro en que consiste este pasaremos a analizar uno de los contratos en particular, a la hipoteca, ya que constituye la base principal de nuestro estudio.

Para empezar el estudio del contrato de hipoteca consideramos prudente adentrarnos desde sus raíces etimológicas así como desde el punto de vista del Código Civil para el Distrito Federal y las diferentes definiciones de los autores para saber cual es el punto de vista y su posición dentro de la teoría del derecho.

A la Hipoteca se le suele definir como un derecho real o bien como un contrato. Pero antes de adentrarnos a definir a la hipoteca desde el punto de vista jurídico, sería menester examinar el significado etimológico de la palabra en estudio.

"HIPOTECA. Proviene del latín hypotheca, y éste del griego - hypoteke, prenda; suposición en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar; sostener o asegurar una obligación." (8)

Del significado etimológico se advierte que la más acertada es el último sentido que le dan: "...sostener o asegurar una obligación", mismo que concuerda con el concepto establecido por el Código Civil en su Artículo 2893 que al respecto nos indica:

" La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y queda derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley."

La doctrina acepta la definición anterior pero puede apreciarse que el Código Civil no la califica directamente como un contrato sino como una garantía real, y al respecto los autores toman esta postura del Código en mención. De los tratadistas tenemos a Josserand que -- define a la hipoteca de la siguiente forma:

"Garantía real e indivisible que consiste en la afección de un bien del deudor al pago de una obligación, sin la desposesión actual del constituyente, y permitiendo al acreedor embargar y hacer vender -- ese bien al vencimiento, quienquiera que la tenga, para hacerse pago -- con su precio con preferencia a los demás acreedores." (9)

8. "Diccionario Jurídico Mexicano", Ob. cit.

9. De Pina Vara, Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", ed. 3a., vol. IV: contratos en particular, Ed. Porrúa, México 1970, pág.276.

Por su parte el maestro Rojina Villegas, considera que la -- hipoteca es:

"Un derecho real que se constituye sobre bienes determinados generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación." (10)

Una de las definiciones más completas es la realizada por -- Ignacio Caso el cual sostiene que:

"Un derecho real registral de garantía concreta en cosa mueble o inmueble determinada cuya posesión conserva el hipotecante y que faculta al titular para exigir, si no se le cumple normalmente con la obligación garantizada, la venta pública de aquella, resarcíendose de su precio.(11)

Con el objeto de proporcionar al lector una visión más amplia de lo que es el contrato de hipoteca, haremos alusión a los diferentes conceptos jurídicos que sobre el particular han incluido diversos tratadistas, entre ellos a Luis Muñoz que al respecto nos dice:

"El contrato de hipoteca se puede definir como aquél por virtud del -- cual se asegura el cumplimiento de una obligación principal, afectando bienes determinados, generalmente inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga al -

10. Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Hipotecario Mexicano", Ed. Porrúa, México 1945, pág. 10.

11. De Pina Vara, Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", pág. 277.

titular los derechos de persecución, enajenación y preferencia en el pago, en el caso de que aquella obligación principal se venza y no sea -- cumplida por el deudor." (12)

La doctrina que considera a la hipoteca como un contrato es ta representada por el ilustre Sánchez Medal, que expone al respecto: "Es un contrato por el que el deudor o tercero concede a un acreedor el derecho de realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Suele llamarse constituyente de la hipoteca al deudor o tercero que la establece." (13)

Los tratadistas Zamora y Valencia al respecto consideran que: "La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye el derecho real del mismo nombre sobre un -- bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la -- otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de la obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación, en el grado de prelación que señala la ley"(14)

De lo anterior se tiene que es indiscutible que todos los criterios para sistematizar a la hipoteca, bien sea que se le designe como un contrato o como un derecho real de garantía, ambos términos llevan consigo un --

12. Muñoz, Luis, "Comentarios al Código Civil", ed. 10a., Ed. Porrúa, México 1989, pág. 481.

13. Sánchez Medal, Ramón, "De los Contratos Civiles", ed. la., Ed. Porrúa, -- México 1981, pág 219.

mismo objeto, el asegurar el pago de una obligación, garantía que puede recaer en bienes muebles o inmuebles, de acuerdo con el Código Civil y con el ilustre tratadista Luis Muñoz que consideran que no solo los bienes inmuebles son susceptibles de hipotecarse de acuerdo con el Artículo 2893 que el mismo solo se limita a decir "bienes" y en consecuencia también incluye a los bienes muebles a que se refiere el Artículo 754 - del mismo ordenamiento legal que a la letra dice:

"Son bienes muebles por determinación de la ley, - las obligaciones y los derechos o acciones que - tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."

Lo anterior se refiere a que estos tengan la cualidad de -- ser obligaciones a la orden o al portador, mismo que se relaciona con - el Artículo 2926 del Código Civil que admite que se pueda constituir hi poteca para garantizar "obligaciones a la orden" y "obligaciones al por tador".

Por consiguiente, concuerdo con la opinión del tratadista - Luis Muñoz, en considerar que la hipoteca no es privativa de bienes inmuebles de modo exclusivo.

La cuestión de que si son solo los bienes inmuebles los úni cos susceptibles de hipotecarse es una cuestión muy discutible por que los Códigos de algunos estados de la república como lo son San Luis Potosí, Morelos y Sonora que coinciden en establecer que la obligación -- debe recaer sobre modo exclusivo en los bienes inmuebles, pero estos de ben estar especialmente determinados.

Respecto al vínculo sobre el que quedan hipotecados los bienes subsisten aún cuando pasen a poder de una tercera persona y ésta adquiere la obligación de responder ante tal obligación, ya que el mismo acreedor tiene el derecho que le concede la ley para perseguir su derecho donde se haya el bien gravado. Para ello es necesario que la hipoteca sea inscrita en el Registro Público de la Propiedad, por medio de una anotación marginal en la hoja de registro de los bienes afectados, de acuerdo con lo establecido por el Código Civil en su Artículo 2894 en relación con el 2919 y 2940.

Además de los conceptos establecidos en este apartado, es necesario señalar que los elementos de validez como los esenciales, sus características, su clasificación son los mismo en el contrato en general, que para el de hipoteca, claro que adecuados a éste último, con todas sus respectivas regulaciones en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios, por lo que solo a éste punto se desarrollaron los conceptos del mismo sin tomar en cuenta por ahora sus características de cada uno, por lo que será estudio de otro apartado.

1. 2. Aspectos Generales.

Los antecedentes del Contrato en General se remotan en los orígenes del derecho romano, pero al momento de su nacimiento no surge como fuentes de las obligaciones, pues solo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían efectos de acción y en caso de incumplimiento se sancionaba.

Ahora bien, el Diccionario Jurídico Mexicano nos señala lo siguiente, "Los romanos designaron al Contrato con el nombre de "PACTUM" o "CONVENIO", y al Contractus fue utilizado en forma limitada, pues solo lo empleaban para los acuerdos de voluntades." (14)

Así, los romanos consideraron a la voluntad como no indispensable para el cumplimiento de las obligaciones, sino que tan solo con -- que se llevará acabo las formas legales como lo era entonces la Estipulatio pero fuera de las formalidades que la ley requiere podían reconocerse la validez de los siguientes contratos que aparecieron como nuevas figuras jurídicas del derecho romano: los Contratos Reales, entre los -- que se encuentran al depósito, al comodato y a la prenda. Y a los Contra -- tos Consensuales, entre los cuales esta la venta, el arrendamiento, el -- mandato.

Más tarde fueron apareciendo otros que fueron reconocidos -- por la legislación Romana como lo fueron:

* Contratos Verbis, *Contrato Litteris, *Contrato Re, *Contra -- to Consensual, *Contratos Innominados, y * los pactos.

Durante la decadencia del imperio romano, la voluntad va to -- mando importancia durante el desenvolvimiento del comercio y la indus -- tria, abriéndose paso a la libertad contractual. Más tarde el Código de -- Napoleón reforma estas ideas con el objetivo de llevar el equilibrio so -- cial y económico a su estado sin embargo, este objetivo no pudo llevarse

14. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. 5a., Ed. UNAM, México 1992.

acabo debido a que la economía se encontraba en desequilibrio dando como consecuencia la Revolución Francesa.

Siendo así, que el Código de Napoleón incertará en sus Artículos que : el objeto de los actos jurídicos no debe estar legalmente prohibidos ni ser contrario a las buenas costumbres, ni oponerse a la libertad de acciones o de conciencia ni perjudicar a terceros.

Ahora bien, el origen del contrato de hipoteca fue distinto del como surgió el contrato en general.

Así mismo el tratadista Rojina Villegas nos indica en su libro de Derecho Civil: "La hipoteca es una institución jurídica que nos viene desde el derecho griego en donde toma su nombre, aun cuando algunos autores opinan que es una institución de origen judío." (15)

La hipoteca representó durante el derecho griego el mismo significado que la prenda para garantizar el cumplimiento de una obligación, donde se le aplicaba en la práctica como un derecho real en favor del acreedor, pero no concedía a este el derecho de poder enajenarla.

Más tarde pasa a ser parte importante para el derecho romano quienes perfeccionan esta institución dándole el carácter de un derecho real constituyéndose sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor.

El maestro Rojina Villegas nos dice al respecto:

"Esta evolución que se opera del derecho griego, al romano, para permi--

15. Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", tomo IV, Ed.-Porrúa, México 1982. pág. 391.

tir en este último que el deudor conserve el bien hipotecado y no obstante ello constituya una plena garantía real, fue el paso fundamental para permitir que la hipoteca se convirtiera en el medio más eficaz, inteligente y auxiliar del crédito, a la vez que el recurso económico más ventajoso para que el deudor pudiese seguir explotando el bien objeto de la garantía."(16)

Es así, que la hipoteca represento durante la época del derecho romano un derecho real que se constituía sobre bienes muebles o inmuebles, para garantizar una obligación principal sin que creara derecho a ser enajenada. Pero creaba un derecho de persecución y preferencia en el pago, al acreedor.

Es de destacarse que durante el desenvolvimiento del derecho romano, no hicieron una distinción entre las figuras jurídicas la prenda y la hipoteca; tal y como lo realizó Justiniano ya que considero que a la prenda le correspondía garantizar bienes muebles y a la hipoteca por consiguiente bienes inmuebles.

Lo correspondiente a México, tampoco existió una distinción clara entre prenda e hipoteca solo con el paso del tiempo se pudo realizar la distinción por su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria.

La primera disposición que existio de la hipoteca la encontramos en la Real Cédula del 9 de mayo de 1778, e instaurado el registro de hipoteca, para de esa manera evitar el fraude a terceros. Así mismo-- le siguieron otras, como el Código de 1870, de 1884 y finalmente el Código de 1928.

Actualmente la prenda y la hipoteca, se distinguen en cuanto a su función y regulación es por ello que no pueden ser confundidas debido a la gran diferencia que entre ellas existe.

16. Rojina Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 391.

1. 3. Elementos.

Antes que nada es preciso establecer lo que se entiende-- por la palabra "Elemento"; para el tratadista Zamora y Valencia es:

" La parte integrante de una cosa que si falta, esa cosa no existe como- tal, aún que de hecho puede existir una diversa." (18)

Lo anterior, aplicado a la materia en estudio, significa que los elementos de Existencia y de los Elementos de Validez, son indispen- sables para constituir un convenio, ya que de lo contrario y de acuerdo- con la norma jurídica celebrado entre los contratantes, se producira --- bien sea, la inexistencia del acto jurídico o bien en el segundo supues- to la nulidad relativa o absoluta según sea el caso en concreto.

Ahora bien, los elementos del contrato de acuerdo con el Có- digo Civil vigente diferencia a los Esenciales o Existenciales con los - de Validez, lo cual no sucedia en los Códigos extranjeros, como lo fue-- ron el Código de Napoleón, el proyecto del Código Español, el Código Por- tugues y entre ellos los Códigos Mexicanos antes de la redacción y públi- cación del Código de 1928, pues mezclaban a los elementos de Validez con los de existencia. Por ejemplo, en el Código de Napoleón se numeraban -- como elementos del contrato a los siguientes : el consentimiento, el ob- jeto, la capacidad y la causa lícita.

18. Zamora y Valencia, Miguel Angel, "De los Contratos Civiles", ed. 1a. Ed. Porrúa, México 1981, pág. 22.

Por lo que mezclaba a un elemento de Validez (a la Capacidad), con elementos existenciales como lo son el consentimiento y el objeto.

Actualmente el Código Civil hace la distinción clara de estos dos elementos, y así tenemos que de conformidad con el Artículo 1794

"Para la existencia del contrato se requiere:

1. El consentimiento,
2. El objeto que pueda ser materia del contrato."

Algunos doctrinarios consideran como tercer elemento a la solemnidad, pero es necesario aclarar que solo un contrato requiere de esta, como lo es el matrimonio.

Para el tratadista argentino, Salvat, clasifica a los elementos del contrato en tres grupos:

1.- Elementos o cosas esenciales. Son aquellos indispensables para la existencia de los contratos.

2.- Elementos o cosas naturales. Son aquellos que ordinariamente se encuentran en todo contrato y forma parte de él de pleno derecho pero los contratantes pueden excluir por una cláusula expresa;

3.- Elementos o cosas accidentales. Son aquellos que normalmente corresponde a un contrato, pero que las partes pueden agregar.

Como es de apreciarse, el derecho argentino denomina a los elementos "Cosas", por lo que puede significar que les es indistinto utilizar una palabra u otra, toda vez que le dan un mismo sentido al emplearla. Ahora bien, cabe señalar que dentro del primer grupo es igual al -

derecho mexicano, pero solo las dos siguientes son semejantes." (19)

Ahora bien, en la doctrina los autores establecen que los -- elementos existenciales y los de Validez que se aplican al contrato en -- general serán los mismos que se apliquen al contrato de hipoteca, y respecto a esto el profesor Sánchez Medal expresa lo siguiente:

" La dualidad de requisitos generales (de existencia y de validez) es -- muy útil para el contrato en general, pero resulta innecesaria y hasta -- estorbosa cuando se aplica, en forma invariable y detallada, al estudio -- de cada contrato en particular." (20)

Por lo que el citado autor prefiere aplicar la doctrina española debido a los elementos que componen al contrato, los estudia de una forma más amplia el cual los divide de la siguiente forma:

- a). Elementos personales;
- b). Elementos reales;
- c). Elementos formales;

De cada contrato y siempre que los haya en ellos realizar el estudio de los elementos de existencia y los de validez.

Respecto a los del sistema español, que se aplica a los contrato en particular y específico al contrato de hipoteca, comparten igual

-
- 19. Salvat, M. Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino", ed. 2a., Ed. Tipográfica editora Argentina, Buenos Aires 1960, pág. 49.
 - 20. Sánchez Medal, Ramón, "De los contratos Civiles", ed. 10a., Ed. Porrúa, México 1989, pág. 29.

criterio en seguir este sistema los doctrinarios Luis Muñoz y Rafael de Pina por lo que se hará el estudio de éste sistema junto con los del contrato en general estableciendo dentro del mismo el estudio de los elementos de existencia y de validez del mismo contrato.

Uno de los elementos del contrato lo forma el Consentimiento por lo que pasaremos a analizar este elemento.

El consentimiento .

Respecto a la palabra consentimiento el tratadista argentino Salvat, nos proporciona el significado etimológico del mismo, por lo que: " Consentimiento proviene del latín consensu, derivado a su vez de cum y de sentire : por lo que significa: 'el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo punto'." (21)

Para este autor el consentimiento exteriorizado por las partes y al momento de precisarse el acuerdo sobre el acto jurídico que van a celebrar, pues para él, el consentimiento constituye la esencia del -- mismo acto.

El consentimiento dentro del contrato en general es el primer elemento de existencia y de gran importancia. Y en este caso el Código Civil para el Distrito Federal no establece concepto alguno al respecto pero en la doctrina se sustenta, según el maestro Borja Soriano que :

21. Salvat. M., Raymundo, Ob. cit. pág. 49.

"Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones o derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior." (22)

De lo anterior observamos que los particulares tenemos una amplia esfera de libertades que nos permite actuar en el campo del derecho siempre protegida por la libertad de acción, misma que resume el ilustre Bejarano Sánchez, en el principio de legalidad "lo que no está prohibido está permitido." (23)

Por consiguiente la voluntad de los particulares es un elemento esencial de los actos jurídicos, ya que sin ella no sería posible hablar de una donación, de una compraventa o de un arrendamiento.

Para el notable profesor Roberto Rosado Echenove, "El consentimiento es una manifestación de la voluntad, de que quien la otorga esta de acuerdo en asumir determinada obligación." (24)

El criterio que emplea este profesor es semejante a la que establecen varios autores al tratar de conceptualizar al consentimiento, pues todos ellos consideran que es el acuerdo de voluntades de dos o más personas con el fin de producir consecuencias jurídicas al momento de la celebración de cualquier contrato o convenio.

Otros más agregan que los contratos se perfeccionan con el -

-
22. Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", ed. 9a. Ed. Porrúa, México 1984, pág. 121.
 23. Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", ed. 3a., Ed. Harla México, 1984, pág. 54.
 24. Rosado Echenove, Roberto, "Elementos Fundamentales de Derecho Civil y Mercantil", ed. 12a., Ed. ECA, México 1975, pág. 64.

solo consentimiento salvo aquellos casos en que los contratos deben re-vestir alguna formalidad especial.

Cabe aclarar que tanto los tratadistas (nacionales y extranjeros), como el Código Civil denomina "**consentimiento**" a simple manifestaciones de la voluntad cuando solamente se tratan de especies de autorizaciones o conformidades y no de acuerdo de voluntades (que en nuestro caso el Código Civil en vigor establece en los Artículos 149 a 155, 181, 187, 209, 238, 294, entre otros); pero tal parece que a la palabra consentimiento la refieren a la voluntad individual de cada una de las partes.

El empleo indebido de la expresión no solo fue único del Código Civil mexicano sino, que también el Código Civil francés en el cual dispone que para la validez de la convención se requiere "El consentimiento de la parte que se obliga." (25)

Más sin embargo para el tratadista Sánchez Meda como para la Legislación francesa, este vocablo tiene dos acepciones.

1.- Como voluntad para el deudor

Denominado por el Código francés el consentimiento de la parte que se obliga, en el cual se exige al deudor:

a). Una voluntad real, manejada como vicios del consentimiento de la cual carecen los menores de edad, el ebrio, el demente, el drogado.

25. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. 5a., Ed. UNAM, México 1992.

b). Voluntad seria y precisa, en el cual se necesita que el consentimiento se manifieste de manera clara que no deje lugar a dudas.

c). Que la voluntad se exteriorice, a este respecto el Código Civil en su Artículo 1803 indica que se realice en forma expresa o tácita.

d). Que la voluntad tenga un determinado contenido, ya sea una voluntad interna o una voluntad declarada.

2.- Como segunda acepción del vocablo tenemos al consentimiento.

La cual existiera la coincidencia sobre las partes que van a contratar, el objeto o cosa del contrato, o el tipo o clase de contrato que se llegue a celebrar el mismo autor establece que previa a la celebración del contrato exista un trato entre las partes para definir las cláusulas y los demás elementos que traten de estipular en el contrato, y además que las partes actúen de buena fe, de lo contrario se estaría cometiendo un ilícito que genera una responsabilidad tal y como lo establece el derecho italiano que es una responsabilidad precontractual llamada "culpa in contraendo" en el cual se tiene la obligación de pagar - los llamados "intereses negativos".

Es de suma importancia establecer que el consentimiento no será válido, si este ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, por lo que el contrato no nace ni produce sus --- efectos legales, en cuanto a esto será tratado más adelante.

Dentro del contrato encontramos un aspecto muy importante --

que de ninguna manera debe confundirse con una aceptación o propuesta -- del contrato, ya que el silencio es un abstenerse de comportamientos que pueden producir consecuencias jurídicas. Ejemplo los Artículos 2486, --- 2487 y 2546 del Código Civil.

Una vez realizado el análisis del contrato en general, es -- menester ahora estudiar al contrato de hipoteca, pero de manera más minuciosa por que no todos los autores concuerdan en establecer que los mismos elementos del contrato en general sean los que se apliquen al contrato de hipoteca por cuanto a que no todos los contratos son iguales.

Así tenemos que el consentimiento en el contrato de hipoteca se encuentra integrada por la conjunción de voluntades tanto del deudor-hipotecario como del acreedor hipotecario.

Y en unión con el profesor Ramón Sánchez Medal, nos expresamos que además de los integrantes del contrato es necesario que ambos posean la capacidad general para contratar pero que no se encuentre limitada -- por ningún motivo como lo es el caso del emancipado, que en todo caso necesita de autorización judicial para hipotecar (Artículo 643)

Los tratadistas respecto del consentimiento concuerdan con -- lo establecido anteriormente, es decir, que con la simple voluntad de -- las partes y su capacidad legal para contratar se perfecciona el contrato de hipoteca.

Cabe destacarse que al momento mismo de aceptarse el contrato de hipoteca se empiezan a generar obligaciones y los respectivos derechos para ambas partes, pero no debe confundirse este derecho que nace -

por la celebración del contrato con el derecho real que se genera por -- la inscripción del título en el Registro Público de la Propiedad que en caso de no ser inscrito el título no se genera ese derecho y por lo tanto ante tal omisión no podrá ser posible oponerlo ante terceros, pero no deja de existir el correspondiente derecho personal del acreedor para ha-- cerlo valer procesalmente.

Para complementar la idea anterior, el maestro Rojina Villegas nos indica al respecto :

" Tiene gran interés determinar qué personas no pueden prevalerse de la falta de registro, en todos aquellos casos en que la ley ordena la ins-- cripción de actos jurídicos o derechos, para que surta efecto contra ter cero."

Y además nos dice: " Evidentemente que con relación a los -- terceros con derecho real debidamente registrado, no puede surtir efec-- tos la transferencia operada sobre un cierto derecho real constituido en relación con los mismos bienes, pues tratándose de un acto que conforme a la ley debe inscribirse, la omisión de este requisito impedirá su oponibilidad frente aquellos que tengan adquirido un interés jurídico con-- creto sobre la cosa o bien de que se trate, merced a un gravamen o derecho real existente a su favor." (26)

Es de apreciarse que el derecho crea instituciones protectoras del acreedor y así mismo el Artículo 2919 del Código Civil nos indi--

26. Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Tomo IV, Ed. Porrúa, México 1982, pág. 434.

ca al respecto:

"La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados."

Aquí se determina con claridad cual es el alcance de la inscripción y contra quienes procede.

El Objeto del Contrato.

Pasaremos ahora, al estudio del objeto del contrato.

El objeto constituye otro elemento de existencia del contrato, al igual que el consentimiento. Pero es menester precisar que no toda deficiencia en el objeto del contrato produce la inexistencia de éste para lo cual solo es preciso efectuar la validez del acto existente.

Sin embargo, la legislación mexicana no nos proporciona concepto alguno solo contempla cuál debe de ser el objeto de los contratos, y por consiguiente los juristas han clasificado al objeto en tres grupos

1.- El objeto indirecto o mediato del contrato: es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer.

2.- El objeto directo e inmediato del contrato: que es el crear o transferir derechos y obligaciones (bien sean reales o personales).

3.- La cosa misma que se da.

El ordenamiento legal mexicano acepta la segunda postura,-- por que el objeto del contrato, es la obligación creada por él. Es por- ello que el profesor Bejarano Sánchez nos exprese: "Que el contrato ten- ga tantos objetos como obligaciones y cada obligación tiene su propio - objeto, el cual consistira en el contenido de la conducta del deudor,-- aquello a lo que se comprometio a efectuar." (27)

De lo anterior se desprende que el objeto puede consistir-- en un dar, en un hacer o en un no hacer algo, tal y como lo regula el-- Artículo 1824 del Código Civil:

"Son objeto de los contratos:

- I.- La cosa que el obligado debe dar,
- II.-El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

Asimismo el Diccionario Jurídico converge con el ordenamien- to legal y con la doctrina, pues, nos indica al respecto:

"La obligación nos constriñe en consecuencia a un dar, a un hacer o a un prestar algo y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio del deudor."(28)

Por consiguiente la doctrina considera que para la existen-- cia del contrato se necesita que reuna cuatro requisitos fundamentales:-

- I.- Util;
- II.- Determinado;
- III.- Posible;
- IV.- Lícito.

27. Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", ed. 3a., Ed. Har- la, México 1984, págs. 68 y 69.
28. "Diccionario Jurídico Mexicano", Ob. cit.

U t i l

Se desprende o deriva del segundo requisito (determinado), - y consiste una ventaja para el acreedor por que por medio de este elemento puede obtener el cumplimiento de la obligación, es decir le da seriedad al contrato.

D e t e r m i n a d o

De conformidad con el Artículo 1825 fracción II del Código Civil nos indica:

"La cosa objeto del contrato debe:
II.- Ser determinado o determinable en cuanto a -
su especie."

Esta situación se refiere a la posibilidad de que la cosa -- deba precisarse en cuanto a su especie, su medida, su número o cantidad siempre que estos se traten de bienes genéricos, por que de lo contrario el deudor ante la situación de no haberse especificado la determinación de la cosa en el contrato podrá liberarse entregando otro; por --- ejemplo: Un contrato cuyo objeto fuera la compra venta de una caja de vino, pero no se precisa la marca, ni de que cantidad o de que especie el deudor podrá liberarse de su obligación entregando cualquier tipo de -- vino y por lo tanto el vínculo no sería serio ni útil.

P o s i b l e

Al respecto el Código Civil nos señala en el Artículo 1827 - fracción I, lo siguiente:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:
I.- Posible."

Es necesario que para la celebración de cualquier contrato-- el objeto deba de ser posible.

Por otro lado, el tratadista Bejarano Sánchez ha considerado que existe dos clases de imposibilidad.

1.- Imposibilidad física, que consiste en impedir la existencia del objeto através de una ley natural que constituye un obstáculo -- insuperable para su realización (Provoca la inexistencia del contrato).

2.- Imposibilidad jurídica, que consiste en impedir la realización de una norma jurídica insalvable.

De conformidad con el Artículo 1825 del Código Civil nos establece:

"La cosa objeto del contrato debe:

- 1o. Existir en la naturaleza
- 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie,
- 3o. Estar en el comercio."

El primero es denominado por los doctrinarios como posibilidad física y las dos restantes como posibilidad jurídica.

En razón a esto podemos establecer que la posibilidad física de la cosa, debe de estar en la naturaleza ya que en caso contrario al-- estar ante la imposibilidad física del objeto se produce la inexistencia del acto.

Una excepción a la regla lo es el Artículo 1826 del ordenamiento legal Civil que nos indica:

"Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato."

De conformidad con el maestro Bejarano Sánchez podemos comen

tar al respecto que en la celebración de este tipo de contratos en donde si bien es cierto que la cosa motivo de la celebración no existe en la naturaleza pero que a futuro es posible y existente, y por lo tanto se llega a dar cumplimiento a la prestación convenida.

Por ejemplo: Un contrato de compra venta de cosecha a futuro de 3 toneladas de maíz. El objeto del contrato no existe al momento de la celebración pero no obstante, es posible por que habrá de producirse salvo que ocurra un caso fortuito. Solo se produce una imposibilidad de cumplimiento.

En virtud de lo anterior, el maestro Rojina Villegas nos establece que:

"El objeto del contrato es la obligación engendrada por la conducta del deudor, lo cual podrá consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, de la cual deberá tener ciertas características que la propia ley le da, por lo que deberá versar sobre cosas presentes o futuras; éstas últimas serán las que permita el ordenamiento legal, además de existir en la naturaleza, ser determinable, lícita, jurídica y físicamente posible, y estar en el comercio." (29)

Por lo que se refiere a la posibilidad jurídica de la cosa, deberá ser determinada en cuanto a su especie, en la cual se maneja que deba de estar dentro del comercio, es decir, que esta pueda transitar libremente por las diferentes manos que realizan los actos jurídicos.

29. Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil", Ed. Porrúa, México 1989 pág. 10.

El Código Civil vigente nos expresa en su Artículo-
748 lo siguiente:

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley."

Lo anterior dispone que las cosas estan fuera de comercio -- por su naturaleza y en relación al Artículo 749 que dispone:

"Estan fuera del comercio por su naturaleza las -- que no pueden ser poseidas por algun individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

En unión al criterio que establece el maestro Bejarano Sánchez respecto a lo que antecede consideramos que:

"Existen bienes que no pueden ser objeto de apropiación por parte de los particulares, para ingresar al patrimonio de estos: son -- bienes intransferibles." (30)

Por lo que es factible considerar de todo lo anterior, que -- cualquier acto que haga suponer la propiedad de tales bienes intransferibles implica una imposibilidad jurídica.

L í c i t o

Este requisito deriva del anterior y lo contempla el Código - Civil en su Artículo 1827 que a la letra dice:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe de ser:

30. Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", ed. 3a., Ed. Harla México 1984, pág. 73.

- I.- Posible,
 II.- Lícito.*

Cabe hacer mención que el Código Civil relaciona en sus numerales -- otro Artículo que habla de la Lícitud, en sentido inverso.

Artículo 1830 "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Por otro lado el Artículo 1828 del mismo ordenamiento establece:

"Es imposible el hecho que no puede existir por -- que es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable -- para su realización ."

Lo anterior se refiere a que lo ilícito se puede realizar -- pero esta prohibido, no debe confundirse con lo jurídicamente imposible este es irrealizable pero no prohibido.

Es indiscutible que el sistema mexicano no ha propuesto en -- todos los casos concepto legal alguno sobre algunas instituciones pero -- ha logrado regular sus instituciones e implantado otras nuevas.

Por último, podemos comentar que del estudio realizado de los elementos del contrato son indispensables para la celebración de cual--- quier contrato pero es necesario que se unan con otros como lo son la -- capacidad, etc.

En cuanto al objeto de contrato de hipoteca consiste en que los bienes hipotecables, como en todo contrato, deben ser jurídica y físicamente posibles, es decir, que exista en la naturaleza y este dentro del comercio; además deben ser determinados, lícito generalmente recaen sobre bienes inmuebles, aunque en el derecho mercantil si son susceptible de garantía hipotecaria los bienes muebles.

En relación a este punto es necesario precisar las características que deben tener los bienes susceptibles de ser hipotecados y estos son los siguientes de acuerdo con el Código Civil:

- 1.- Determinable, 2.- Enajenable 3.- Inscriptible

D e t e r m i n a b l e

De conformidad con el Artículo 2895 del ordenamiento en cita dispone:

"La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados."

Los bienes que no son determinados tienen una excepción a la regla de acuerdo con el tratadista Zamora y Valencia que al respecto nos indica:

"Al permitir que la ley hipotecaria respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario es un bien que no se determina y -- solo puede determinarse al concluir la copropiedad por la división del -- bien." (31)

Caso en el que la hipoteca solo gravara la parte alícuota del

31. Zamora y Valencia, Miguel Angel, "Contratos Civiles", Ed. Porrúa, México 1981, pág. 294.

deudor hipotecario por lo que el acreedor posee el derecho de intervenir en la división para impedir que se aplique a su deudor, para su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda.

Así tenemos por ejemplo, a la copropiedad que respecto de -- la parte alicuota que le corresponde al copropietario es un bien que aun no se determina y solo podrá hacerse la determinación al momento de concluir la copropiedad.

E n a j e n a b l e

Además de la determinación de los bienes, la hipoteca sólo-- puede recaer sobre cosas o derechos enajenables de acuerdo con lo que establece el Código Civil en el Artículo 2906 que a la letra dice:

"Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados."

En relación al Artículo anterior los tratadistas Zamora y Valencia nos comentan:

"La razón de ser de que los bienes susceptibles de hipotecar se sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor para con el pagar -- el crédito garantizado." (32)

32. Zamora y Valencia, Miguel Angel, "Contratos Civiles", Ob. cit. pág.294.

Se deduce claramente del Artículo 2906 y del comentario del tratadista Zamora y Valencia, que sólo son objeto de hipoteca aquellos bienes que se hallen en el comercio y que la ley no las prohíba, como -- lo sería el caso del patrimonio familiar y los ejidos.

Cabe mencionar que en caso de incumplimiento de la obligación principal, no se podría alcanzar el objetivo de la hipoteca (el garantizar con bienes suficientes la deuda), si los bienes fuesen inalienables.

La inalienabilidad consiste en no poder enajenar un bien aun que este bien sea nuestro o bien que deseemos transmitirlo a otra persona.

I n s c r i b i b i l e

Al respecto de la inscripción el maestro Zamora y Valencia, nos indica:

"Los bienes deben ser susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad." (33)

Y de conformidad con el Código Civil estatuye en su Artículo 3005 cuales son los documentos que deben ser registrados. En el Artículo 3007 se estatuye lo siguiente:

"Los documentos que conforme a este Código sean -- registrables y no se registren, no producirán efectos en contra de tercero."

33. Zamora y Valencia, Miguel Angel, Ob. cit. pág. 294.

Este Artículo se relaciona con lo que estudiamos respecto -- del derecho que se genera al momento de inscribirse la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad y es a través de ese acto de inscripción- la que genera los efectos contra tercero y asimismo los Artículos del Código Civil 2919 y 2940, confirman lo anterior.

"Artículo 2919.- La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesi- ta siempre de registro, y se contrae por voluntad- de los convenios, y por necesidad, cuando la ley - sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados."

"Artículo 2940.- La hipoteca produce todos sus --- efectos jurídicos contra tercero mientras no sea - cancelada su inscripción."

Ambos Artículos se refieren al momento en que se produce los efectos contra tercero o desde que momento deja de subsistir este dere-- cho.

Ahora bien, una vez que se ha realizado el estudio de cada - una de las características que deben contener los bienes susceptibles de ser hipotecados, pasaremos ahora al estudio de cuáles son esos bienes -- susceptibles de: hipoteca, a qué bienes se extiende, cuáles son los - bienes que no comprende la hipoteca.

Para el estudio de los puntos de referencia anterior se rea- lizaran de acuerdo con la legislación Civil y la doctrina.

Bienes que pueden ser hipotecados

Conforme al Código Civil en los Artículo 2896-II; 2900; ---
2902; 2903 y 2905 , la hipoteca puede recaer sobre bienes:

a).- Las **servidumbres** son derechos reales sobre predios, que no pueden ser hipotecadas separadamente del fundo dominante, mismo que - tiene su fundamento con el Artículo 1064 que estatuye:

"Las servidumbre son inseparables del inmueble a-
que activa o pasivamente pertenecen."

Por lo que no es posible jurídicamente esa separación.

b).- La **nuda propiedad**, puede hipotecarse, así como el usu--
fructo. Así, el tratadista Rojina Villegas nos establece:

"La hipótesis a que se refiere el Artículo 2900, supone que-
el nudo propietario, cuyo derecho ha hipotecado, adquiere el usufructo,-
y por esto dice el precepto, "si el usufructo se consolidare con ella --
(se refiere a la nuda propiedad) en la persona del propietario, la hipo-
teca se extenderá al mismo usufructo, si así se hubiere pactado." (34)

c).- El **usufructo**, que al respecto el maestro Rojina Ville--
gas nos dice: "Por regla general, cuando se hipoteca un usufructo, la -
existencia misma del gravamen dependerá de la existencia del usufructo,-
de tal manera que cuando sea vitalicio, la hipoteca se extinguirá con la
con la muerte del usufructuario. Si el usufructo depende de un término,-

34. Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Tomo IV, ----
Ed. Porrúa, México 1982, pág. 407.

el gravamen hipotecario corre igual suerte, así como si depende de una--
condición." (35)

Lo anterior se refiere a que el usufructo durará hasta que -
se cumpla la obligación.

d).- La propiedad o casi todos los derechos reales sobre bie-
nes inmuebles que sean enajenables, así como el dominio, sea puro o sim-
ple o sujeto a condición a otra limitación.

e).- La parte alicuota de la copropiedad, se dispone que la-
hipoteca gravará la parte que le corresponda a cada copropietario cuando
se de la división; y para no perjudicar al acreedor hipotecario, --
este tendrá el derecho de intervenir como tercero interesado cuando se -
divida la cosa común, para el supuesto de que al deudor se le de menos -
de lo que legalmente le corresponda.

Cabe hacer mención que el ordenamiento legal permite que los
bienes que ya se encontraban hipotecados vuelvan a hipotecarse, por lo -
que el pacto de no volverse a hipotecar es nulo de acuerdo con lo que --
dispone el Artículo 2901; y esto hace posible que se realicen hipotecas--
sobre hipotecas y al a este respecto ya han existido varias hipotecas --
que garanticen distintos créditos se realiza un concurso especial entre-
ellos de acuerdo a la antigüedad que se tenga en el Registro Público de-
la Propiedad (Artículo 2982 y 2983 del Código Civil)

35. Rojina Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 408.

Bienes a los que se extiende la hipoteca

Conforme al Artículo 2896 del Código Civil, la hipoteca puede realizar conforme lo manifiesta el mismo Artículo.

- "La hipoteca se extiende aun que no se exprese:
- I.- A las accesiones naturales del bien hipotecado;
 - II.- A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;
 - III.- A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de éste o deterioro de esos objetos;
 - IV.- A los nuevos edificios que el propietario-- construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados."

Respecto a esto, el derecho Español expone en su doctrina y en su Código Civil que la extensión del derecho de hipoteca se produce - de dos maneras:

Primero.- En cuanto a la obligación garantizada, es decir,-- que la garantía responde al capital, a los intereses y a las costas en-- los siguientes límites:

a).- Respecto al capital.

Garantiza la obligación principal hasta por la suma que consta en el registro y en todo caso si se llego a estipular los intereses.

b). Los intereses

Al momento de devenir la obligación principal, se considera que limite la responsabilidad que afecte a los bienes en perjuicio de un tercero para que la garantía no resulte indefinida.

c).- Las costas y los gastos.

Estos surgiran al momento de acudir en la vía ejecutiva, por medio de la cual se hará efectiva la obligación principal.

Segundo.- Responde al alcance del gravamen sobre bienes hipotecados, y a lo que el derecho argentino llama extensión objetiva de la hipoteca.

Bienes que no comprende la hipoteca.

En seguimiento al Código Civil, respecto de los bienes que no comprende la hipoteca lo encontramos señalado en el Artículo 2897 que nos estatuye :

"Salvo pacto en contrario la hipoteca no comprenderá:

- I.- Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito;
- II.- Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento la obligación-garantizada."

El derecho argentino así como el español y el alemán no indican cuales son las cosas que no pueden comprenderse dentro de la hipoteca y al parecer el derecho mexicano es el único que lo señala.

Bienes que no son susceptibles de hipotecarse

De conformidad con el Artículo 2898 del Código Civil nos indica cuales son los bienes que no se pueden hipotecar.

a).- Los bienes que no se encuentren determinados; los que no sean identificables o los que susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, como los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca.

b).- Los objetos muebles colocados permanentemente en los -- edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de-- alguna industria, al no ser que se hipotequen juntamente con dichos edi- ficios.

c).- Los bienes que no sean enajenables, como los derechos de uso y habitación.

d).- Las servidumbres, salvo que se llegen a hipotecar junto con el predio dominante.

e).- El usufructo legal concedido a los ascendientes sobre-- los bienes de sus descendientes.

Cabe mencionar que el derecho argentino solo considera que al gunos bienes no pueden ser hipotecados y dista un poco del derecho mexi- cano.

Así tenemos que, este derecho considera que las cosas sobre-- las cuales no se extiende la hipoteca son:

I.- Inmuebles contiguos en el cual dispone que las adquisi-- ciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos-- al inmueble hipotecado estan sujetos a la hipoteca.

II.- Los tesoros que se hallen en el inmueble hipotecado no-- se comprenden dentro de la hipoteca, por no ser accesorios del inmueble-- sino una cosa distinta del mismo.

III.- Tampoco pueden ser hipotecados:

a).- Los derechos del usufructo;

b).- El uso y la habitación;

c).- Las servidumbres.

Este último punto se asemeja a lo que dispone el Código Civil mexicano respecto de los bienes que no pueden ser hipotecados, pero con sus modalidades.

1. 4. Requisitos.

Es necesario que para que el contrato produzca todos sus efectos jurídicos, no solo se requiere que éste reúna los elementos de existencia (consentimiento y objeto del contrato), sino además es indispensable que se den los requisitos de validez para que el acto jurídico que se celebre por las partes tengan su finalidad en el campo del derecho.

Por ello, el Artículo 1795 del Código Civil interpretado a contrario sensu, nos señala que para que no se invalide un contrato se necesita que reúna los siguientes requisitos:

- * La capacidad en las partes,
- * Consentimiento libre de vicios,
- * Lícitud en el objeto, motivo o fin del contrato,
- * La forma como lo establece la ley.

La capacidad de los contratantes

Este es uno de los elementos que debe constar en todo contrato ya que sin él se produciría la nulidad del acto.

Por su parte, el tratadista Bejarano Sánchez nos proporciona en su concepto lo que concidera que es capacidad.

"La capacidad es la aptitud de ser titular de derechos y --- obligaciones y para ejercitarlos." (36)

El Diccionario Jurídico nos proporciona la etimología de la palabra capacidad y así tenemos que:

"Capacidad, es del latín *capacitas*, aptitud o suficiencia - para alguna cosa".

Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o - posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.

Hans Kelsen considera al respecto, que debe entenderse por capacidad la aptitud de un individuo para que con sus actos se deriven consecuencias de derecho." (37)

Es por ello que para la realización de los actos en este ca so de los contratos, las partes deben estar facultadas para celebrarlos, situación a la cual se le conoce como capacidad.

El Artículo 1798 del Código Civil estatuye al respecto:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."

Así tenemos, que la capacidad no es una, en virtud y con fun

-
36. Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", ed. 3a., Ed. Harla, México 1984, pág. 130.
37. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. 5a., Ed. UNAM, México 1992.

damento en los Artículos 22 y 450 de la legislación Civil existen dos - clases de capacidad:

- * Capacidad de goce,
- * Capacidad de ejercicio.

Sin embargo, podemos conceptuar a la capacidad de la siguiente forma:

"La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y - para ejercitarlos."

Capacidad de goce

Ya hemos tratado a la capacidad en su forma general, ahora pasaremos a estudiar a una de las clases de la capacidad.

Este es un atributo de la personalidad y la poseen todos los particulares pero para entender lo que es la capacidad de goce el tratadista Bejarano Sánchez nos proporciona su concepto:

"Es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones." (38)

Capacidad que se encuentra regulada en el Artículo 22 del -- Código Civil:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley."

Con fundamento en este precepto legal consideramos que esta capacidad de goce en algunas ocasiones se encuentra limitada no obstante

que adquiere por regla general con el nacimiento y se pierde con la muerte es decir, la incapacidad de goce existiera cuando un derecho concebido a la generalidad de las personas, se les sea negado a cierta categoría-- de ellas.

Capacidad de ejercicio

Este se puede conceptualizar de la siguiente forma:

"Es la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos." (39)

Esta incapacidad se presenta en los siguientes casos en concordancia con el Artículo 450 del Código Civil:

"Tienen incapacidad natural y legal:

- I.- Los menores de edad;
- II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun --- cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hace uso immoderado de drogas energéticas."

En un principio cualquiera puede hacer valer por si misma -- sus derechos excepto los señalados anteriormente.

Naturaleza de la incapacidad producida por la incapacidad

El legislador regula y organiza las consecuencias de las incapacidades de ejercicio pero de ninguna manera contempla a las de goce, por lo que le atribuye que genera una nulidad relativa (Artículos 1799,- 2228 y 2230 del Código Civil)

39. Bejarano Sánchez, Manuel, Ob. cit. pág. 130.

Esta nulidad relativa puede ser invocada de conformidad con el ordenamiento legal en cita, por el incapaz a través de su representante legal.

Los vicios de la voluntad

Podemos decir que la voluntad, como ya se estableció es un elemento esencial del acto jurídico que deberá ser dada de manera consciente y libre.

Cuando la voluntad del sujeto se dá sin conciencia y libertad, la voluntad se encuentra viciada y suelen llamarla "vicios de la voluntad", y son las siguientes:

- * El error, el dolo y la mala fe;
- * La violencia o intimidación;
- * La lesión.

El Error

Consiste en tener un falso conocimiento de una cosa o el total desconocimiento de ella y que determina el sujeto en la formación de su voluntad en un sentido distinto aquél que se hubiera formado sin la existencia de esa circunstancia (Artículo 1812 y 1813 del Código Civil).

El Dolo

En cuanto al dolo el Artículo 1815 del ordenamiento legal, lo conceptualiza de la siguiente manera:

"Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a

error o mantener en él a alguno de los contratantes por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

La doctrina al estudiar este elemento señala que existe dolo bueno y dolo malo, entendiendolos como; el primero como "Son las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración del contrato (40); y el segundo, como aquel encaminado a causar en él, el error o mantenerlo en él y obtener un beneficio económico.

L a v i o l e n c i a

La ley acertadamente contempla, en el Artículo 1819 del Código sustantivo Civil, que a la letra dice:

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o - amenazas que importen peligro de perder la vida, - la honra la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo - grado."

Por su parte la doctrina le conceptua, como: "Es el medio -- originado por la amenaza de sufrir un daño personal o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que llevan a dar la voluntad de realizar un acto jurídico." (41)

40. Gutierrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", ed. 5a Ed. Cajica, Puebla 1980, pág. 226.

41. Ibidem, pág. 305.

En términos generales, los vicios en el consentimiento atacan a la voluntad que se encuentra en éste, al realizar el contrato.

L a l e s i ó n

En cuanto a la lesión, la doctrina señala: "Es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su inexperiencia, estrema necesidad o suma miseria, en un contrato conmutativo." (42)

Por su parte la ley Civil en el Artículo 17 establece:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, no toria inexperiencia o extrema miseria de otro; ob tiene un lucro excesivo que sea evidentemente des proporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspon--- dientes daños y perjuicios.
El derecho concedido en este Artículo dura un año."

De lo que resulta que la lesión es un vicio del consentimien to que consiste en la desproporcionada exageración de las prestaciones-- que las partes se deben recíprocamente del contrato celebrado, en cuam to a lo que da por lo que recibe.

Algunos doctrinarios, han encuadrado a este vicio del consen timiento bajo dos diversos enfoques, admitiendo el Derecho Mexicano el segundo:

Objetivo

Este considera a la lesión como toda desproporción que exce-

42. Gutierrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 310.

da de cierta taza legal; por ejemplo : que se venda un terreno en menos de las dos terceras partes de su precio, lo cual no es permitido por la ley.

Mixta/Objetiva/Subjetiva

Esta corriente establece que la lesión es la desproporción-ciertas circunstancias de la víctima, las que motivan la falta de equivalencias de las prestaciones.

Podemos agregar que la nulidad a que se refiere el Artículo-17 sólo podrá ser invocado por quien fue perjudicado o la haya sufrido - en el contrato, como lo cita el Artículo 2230 del mismo ordenamiento.

Lícitud en el objeto motivo o fin del contrato.

En materia mercantil no existe protección alguna - legal para los débiles por causas de la lesión Artículo 365 del Código - de Comercio que señala:

"Las ventas mercantiles no se rescindiran por causa de lesión."

Al respecto el Código Civil no nos proporciona concepto alguno, pero el Artículo 1830 interpretado a contrario sensu señala:

"Es lícito el hecho que no es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres."

L a F o r m a

La forma de la voluntad es expresa y tácita es por ello que es innegable que todos los negocios jurídicos tienen-

una manera especial de celebrarse.

Al respecto Bejarano Sánchez, dice:

"Si el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, la forma es la manera como se externa dicha voluntad; es el conjunto de elementos sensibles que se envuelven a la expresión de voluntad; en tal sentido, todo contrato tiene necesariamente una forma." (43)

Si algún contrato celebrado por las partes no reúne los requisitos establecidos por la ley, se producirá la invalidez (Artículo 1795 del Código Civil interpretado a contrario sensu), y la falta de forma produce la nulidad relativa del mismo de acuerdo con el Artículo 2228 de la legislación en cita, pero el mismo puede evitarse de la siguiente forma:

a).- Con la confirmación del acto mismo, que fue emitido --- (Artículo 2231 del Código Civil),

b).- Con el cumplimiento voluntario del acto,

c).- Obstante que el acto carezca de forma, puede ser demostrado indubitadamente por otros medios de prueba que produzcan convicción, por ello será válido, (Artículo 2232 del Código Civil).

Los requisitos en el contrato de hipoteca

Aquí se estudiará principalmente a la forma y a la capacidad en virtud de que posee características especiales que la distingue de --

43. Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", pág. 130.

otros contratos.

Se establece por los tratadistas, que el deudor hipotecario o bien, un tercero que hipoteque a su favor, requieren de la capacidad general para contratar, siguiendo para ello los requisitos del contrato general; es necesario para la celebración del contrato, que sea propietario del bien que se va a hipotecar, y de acuerdo con el principio general: "Solo puede hipotecar el que puede enajenar " o bien la autorización legal, de que pueden hipotecar los bienes de otra persona a quien representan. Y análogo a este el Artículo 2269 estatuye:

"Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad."

El ilustre profesor Olaf Sergio Olque nos proporciona su idea en cuanto a lo que considera a la capacidad dentro de la hipoteca.

"El deudor hipotecario o bien un tercero que hipoteque en su favor, requieren de la capacidad general para contratar (Artículo 2904) pero además debe ser propietario del bien que se va a hipotecar, ya que: "Sólo puede hipotecar el que puede enajenar..." (Artículo 2906) o bien la autorización legal de que pueden hipotecar bienes de otra persona a quien representan. Por lo que hace al acreedor hipotecario, basta la capacidad general para contratar." (44)

El maestro Rojina Villejas nos proporciona los casos especiales que se presentan en relación a la capacidad para hipotecar.

44. Olque Ibarra, Olaf Sergio, "Obligaciones y Contratos Civiles", Ed. Banca y Comercio, México 1990, pág.190.

- I.- Hipoteca de cosa ajena.
- II.- Hipoteca constituido por el propietario aparente.
- III.- Hipoteca constituida por el propietario cuyo título-- es declarado nulo.
- IV.- Hipoteca constituida por el donatario, cuando sobre-- viene la revocación de la donación.
- V.- Hipoteca constituida por el propietario cuyo dominio-- es revocable, o está sujeto a término o condición.

En cuanto a l a forma, los autores establecen que es un contrato formal por que:

De acuerdo con el Código Civil en el Artículo 2917 en rela-- ción con el Artículo 2317 estatuyen:

* Se otorga en escritura privada firmada por ambas partes y ante dos testigos, cuando el crédito que se garantiza no exceda el equivalente a treientos sesenta y cinco veces el salario mínimo en el Distrito Federal.

* Se otorga en escritura pública si el crédito excede de tal cantidad de acuerdo con el Artículo 2320 del mismo procepto legal.

Por su parte el maestro Rojina Villegas agrega que también-- los testamentos deben revestir forma legal para la validez del testamento. De tal forma que el testamento se pueda otorgar en documento privado o en escritura pública.

Cabe mencionar que de conformidad con el Artículo 2895 del ordenamiento en cita no es posible hipotecar una herencia sino hasta el momento en que se determine este.

1. 5. Características y Clasificación.

Las características en el contrato en general

- * Es un contrato realizado por ambas partes o más;
- * Crea obligaciones o derechos entre las partes;
- * El acuerdo entre las partes puede realizarse para transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.
- * El deudor se compromete a cumplir con una determinada obligación;
- * El acreedor puede hacer uso de su acción para obligar al deudor a que cumpla con el contrato;
- * El contrato puede ser unilateral o bilateral.

Las características en el contrato de hipoteca

Además de las características que ya sean estudiado del mismo conviene señalar otros:

- * Su naturaleza accesoria;
- * Su carácter indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto a los bienes gravados;
- * Su naturaleza inseparable del bien gravado;
- * Carácter inmueble y excepcionalmente mueble de los bienes hipotecados;
- * Su constitución pública en cuanto a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos respecto de tercero.

C l a s i f i c a s i o n .

De acuerdo con el desarrollo del trabajo corresponde al análisis de la clasificación de los contratos; existen varias opiniones al respecto, pero son las que prevalecen por su importancia, esta son:

- PRIMERO.- El contrato Civil es:
- a).Unilateral y bilateral.
 - b).Oneroso y gratuito.
 - c).Commutativo y aleatorio.
 - d).Reales y consensuales.
 - e).Formales y consensuales.
 - f).Principales y accesorios.
 - g).Instantaneos y de tracto sucesivo.

Unilateral y Bilateral

"Contrato unilateral es el acuerdo de voluntades--- que engendra solo obligaciones para con una de las partes y derechos para la otra. El contrato bilateral , es el acuerdo de voluntades que dan nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes." (45)

Estos contratos tienen su fundamento en los Artículo 1835 y- 1836 del Código Civil que a la letra dicen:

"El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le que de obligada."

"El contrato es bilateral cuando las partes se --- obligan recíprocamente."

45. Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", T. IV, ed. 13a, El Porú, México 1962, pág. 9.

Oneroso y Gratuito.

"Oneroso.- Es aquel que impone derechos y gravámenes recíprocos, y Gratuitos, en donde los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a otra." (46)

Preceptos que tienen su fundamento en el Artículo 1837 del mismo ordenamiento:

"Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes."

Commutativo y Aleatorio.

Estos derivan de los contratos onerosos: "Commutativos cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato. Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término de tal manera que no puede determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término." (47)

Se encuentran regulados por el Artículo 1838 del Código Civil que estatuye:

"El contrato es oneroso commutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un

46. Rojina Villegas Rafael, Ob. cit. pág 148.

47. Ibidem. pág. 13.

acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino-- hasta que ese acontecimiento se realice."

Reales y Consensuales.

"Reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa y Consensuales en oposición a reales cuando no se necesita la entrega de la cosa por la constitución del mismo." (48)

Asimismo, "en oposición a los contratos reales, se citan los consensuales; pero es necesario precisar el alcance de este término porque también se usan en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita o privada, para la validez del acto.

Desde este punto de vista, son contratos consensuales en oposición a reales todos los que reglamenta el derecho, respecto a prestaciones de la cosa, exceptuando la prenda, porque en ningún caso exige el Código Civil la entrega de la cosa, por que se perfeccionen o constituyan." (49)

-
48. Soto Alvarez, Clemente, "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil" ed. 3a., Ed. Limusa, México 1984, pág.148.
 49. Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Ed. Porrúa, México 1987, págs. 136 y 137.

Formales y Consensuales.

Los primeros son los que requieren una forma escrita, pública o privada que exige la ley. Los segundos, o consensuales en oposición a formales, cuando existen por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento.

"Son contratos aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito como un requisito de validez; de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por lo consiguiente, el contrato es susceptible de ratificación expresa o tácita se cumple voluntariamente y queda purgado el vicio.

El contrato en oposición a formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y, -- por lo tanto, puede ser verbal, puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

En estos contratos consensuales no es menester que haya una manifestación verbal por su validez; puede expresarse por el lenguaje mímico, es decir, por señales, sin pronunciar palabras y puede el consentimiento desprenderse de hechos que necesariamente lo presupongan."(50)

Principales y Accesorios.

Los primeros son aquellos que existen por sí mismos, esto es, no necesi-

50. Arias, José, "Derecho Civil", ed. 3a., Ed. Porrúa, México 1980, --- pág. 30.

tan de otro para hacer surtir efectos jurídicos; los segundos en cambio dependen de un contrato principal, son aquellos llamados de garantía.

Instantaneo y Sucesivo.

Los primeros son los que cumplen en un solo momento en que se celebran y los segundos, el cumplimiento de las prestaciones se realizan en un período determinado de tiempo. La importancia de esta clasificación esta en cuanto a la nulidad, por que en los contratos instantaneos si es posible la restitución de las prestaciones.

En cambio en los contratos de tracto sucesivo, no siempre -- podrán darse, porque habrá algunas que ya definitivamente quedarán consumadas y existirá una posibilidad de hecho para restituir las.

Las segundas clasificación de los contratos, es la que toma en cuenta el proposito o finalidad que las partes tienen al realizar el acto y de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal en materia -- Común y Federal para toda la República, se contemplan:

- 1.- Contratos preparatorios.- Promesa de contratar;
- 2.- Contratos translativos de dominio.- Compra-venta, permuta donación, mutuo.
- 3.- Contratos translativos de uso.- Arrendamiento.
- 4.- Contratos de finalidad común.- Asociación, aparcería.
- 5.- Contratos de prestación de servicios.- Depósito, secuestro, mandato.
- 6.- Contratos de comprobación Jurídica.- Fianza, Prenda e hipoteca.

En términos generales hemos abarcado el análisis de las clasificaciones de los contratos civiles, a continuación estudiaremos a la clasificación del contrato de hipoteca.

El contrato de hipoteca es: a).-Accesorio;
 b).-De garantía;
 c).-Consensual;
 d).-Formal.

A c c e s o r i o .

Aplicando el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, el maestro Rojina Villegas, nos refiere lo siguiente:

"Cuando la obligación principal es inexistente o nula, la hipoteca también debe serlo. En resumen ésta debe seguir a la obligación principal desde su nacimiento hasta su extinción." (51)

D e G a r a n t í a .

Por que respecto de una obligación principal, otorgará al titular los derechos de venta, persecución y preferencia en el pago.

C o n s e n s u a l .

Es consensual en oposición a real por que el deudor no necesita entregar el bien hipotecado.

F o r m a l .

Formal por que se requiere que se haga por escrito, ya sea

51. Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Tomo IV, --- Ed. Porrúa, México 1982, pág. 417.

público o privado además de ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad para que surta sus efectos contra tercero.

Por lo tanto de las clasificaciones podemos apreciar que -- y en conjunción con los autores que nos indican que no todos los principios que se aplican a los contratos ~~son~~ los mismos para cada uno por -- que no todos los contratos reúnen todos estos requisitos.

CAPITULO II

EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL

2. 2. Juicio, Proceso y Procedimiento.

El juicio, el proceso y el procedimiento constituyen los tres conceptos fundamentales para nuestro estudio y para nuestra disciplina.

La palabra juicio, conforme al Diccionario de Derecho Procesal Civil, nos indica que esta palabra: "Deriva del latín *Judicium* que a su vez, viene del verbo *Judicare*, compuesto del *Ius*, Derecho y *Dicere*, Dare que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto."(1)

Es indudable que la aceptación etimológica de la palabra juicio es la correcta para realizar una definición acorde a derecho.

Pero en torno a esta figura se han introvertido desmesuradas

1. Pallares, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", ed. 3a., Ed. Porrúa, México 1982.

polémicas, cuya inquietud principal se inclina a discutir acerca de si— es una figura diferente al proceso o ésta última es un sinónimo de aquella; problemática que resulta un tanto inadecuada para el desarrollo de nuestro trabajo, por lo consiguiente nos limitamos a exponer los siguientes conceptos: el connotado catedrático Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho perfila al juicio como sinónimo de proceso, más sin embargo, el tratadista Alfredo Domínguez del Río opina lo contrario al considerar que ambos términos son distintos en cuanto a su significado y funciones aun cuando en la práctica se utilicen en forma indistinta.

La doctrina procesal le atribuyen el siguiente significado:—

"Por juicio se va a entender: "La controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente que lo dirige y determina con una decisión o sentencia definitiva. La serie de actuaciones judiciales no es propiamente el juicio como algunos lo definen sino el método con el que se procede, y así es que no llamemos juicio al proceso."(2)

Caravantes establece que por juicio se entiende:

"La controversia o la discusión que sostienen con arreglo a las leyes dos o más personas que tienen intereses opuestos, sobre sus respectivos derechos y obligaciones, o para la aplicación de las leyes civiles o penales, ante el juez competente; que le dirige o determina con su decisión; declarando o haciendo respetar un derecho o imponiendo una multa." (3)

-
2. Domínguez del Río, Alfredo, "Compendio Teórico Práctico del Derecho-- Procesal", ed. 4a, Ed. Porrúa, México 1977, pág 14.
 3. Ibidem.

Por su parte el maestro Ovalle Favela, toma en consideración ambos conceptos y al respecto nos dice: "La palabra juicio tiene dos -- grandes significados en el derecho procesal. En sentido amplio se le utliza como sinónimo de proceso y, más específicamente, como sinónimo de -- procedimiento o secuencia ordenada de actos a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso...Entonces, juicio significa lo mismo que -- proceso jurisdiccional.

En sentido restringido, también se emplea la palabra juicio-- para designar solo una etapa del proceso --la llamada precisamente jui-- cio, compuesta por las conclusiones de las partes y la decisión del juez-- y aun solo acto: la sentencia." (4)

Asimismo el tratadista Eduardo Pallares no esta de acuerdo -- en considerar que juicio y proceso sean dos términos sinónimos o que se-- le identifique debido a que el significado etimológico de la palabra --- proceso es muy distinto al de juicio.

Ahora bien, considero que el significado de la palabra jui-- cio es distinto al significado de proceso, por que juicio es una pequeña parte del proceso, y proceso es un todo que empieza por un presupuesto -- hasta concluir con la sentencia.

Por lo que la doctrina considera al proceso de la siguiente-- manera:

"Un conjunto de actos del Estado como soberano, de las par-- tes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, ac--

4. Gómez Lara, Cipriano, "Derecho Procesal Civil", ed. 3a., Ed. Harla, México 1969, pág. 43.

tos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso en -- concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo." (5)

Es decir que las partes tienen el derecho de acudir a los -- organos del estado para que él por medio de su sentencia resuelva la con troversia que dio incapie a que el Estado interviniera por medio de sus facultades.

Y en vista de que si aun queda alguna duda de que si proceso y juicio son términos sinónimos, al respecto el eminente tratadista "... Alcalá y Zamora nos dice que "todo proceso arranca de un presupuesto --- (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento), y persigue alcanzar una meta (sentencia) de la que cabe un complemento --- (ejecución)." (6)

Una vez que ha quedado establecido la distinción entre estos dos conceptos ahora es necesario hacerlo con Proceso y Procedimiento que también suele identificarse en la ley y la doctrina.

Entre los autores españoles han establecido la diferencia. - En primer lugar distinguen al proceso considerandolo como un orden de -- proceder o procedimiento en sentido estricto. En segundo lugar lo distin guen al proceso como institución y al procedimiento como la serie sucesi va de los actos que han de realizarse para lograrla.

Por su parte Guasp considera que procedimieto consiste en el orden de proceder, en la especial tramitación que fija la ley, mientras--

6. Gómez Lara, Cípriano, Ob. cit. pág. 123.

que el proceso es el conjunto de actos verificados en el tiempo según se ha definido." (7)

En términos generales, estos tres conceptos han sido confundidos por los tratadistas y por la misma ley; pero nosotros debemos considerarlos términos diversos debido a que cada uno tiene una función distinta en la práctica y en el derecho.

2. 2. Jurisdicción y Competencia.

Estos dos conceptos al igual que los anteriores son también considerados sinónimos, pero son distintos como podrá verse.

La jurisdicción pertenece a uno de los tres conceptos fundamentales de la triología del derecho pero la raíz etimológica de esta palabra es la siguiente:

"Decir el derecho y esta se considera como poder del Estado para resolver conflictos de transcendencia jurídica en forma vinculativa para las partes." (8)

Por lo que es de entenderse que es la esfera de acción o eficacia de los actos de una autoridad, aun con exagerada amplitud de un particular.

Así la palabra jurisdicción tiene varias connotaciones; primero como actividad autónoma y distinta de las funciones de hacer el derecho (poder legislativo); segundo, atribuyéndole un quehacer complementario a la tarea administrativa; tercera, como potestad del gobierno o bien

7. Gómez Lara, Cipriano, Ob.cit. pág 123.

8. Ibidem.

la considera de acuerdo con la fuerza que se le atribuye.

Por otro lado, para el procesalista Eduardo Pallares considera que dentro de la jurisdicción se encuentra la competencia solo que es ta última es una pequeña porción de la que precisaremos más adelante.

"Pues bien desde el ángulo lógico jurídico es la función que desempeña el Estado como ente soberano, a través de una serie de actos - dirigidos a la solución de un conflicto o litigio, mediante la aplica-- ción de la norma jurídica correspondiente al caso en concreto; como co rrolario nos permitimos resaltar que no puede existir proceso sin juris-- dicción y a su vez no hay jurisdicción sin preceda una acción." (9)

Por otro lado la competencia : "Es el ámbito, esfera o cam po, dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente- sus atribuciones y funciones." (10)

Para el procesalista Eduardo Pallares, nos proporciona una - definición acerca de la competencia que tanto suele ser confundida con la jurisdicción.

"La competencia puede ser considerada desde dos puntos de -- vista: el subjetivo y el objetivo.

Subjetivamente la competencia es un poder, deber atribuida a determinadas autoridades para conocer de ciertos juicios, tramitarlos y - resolverlos...en lo que respecta a las partes sometidas a ella, la compe tencia, según la define Prieto Castro, 'Es el deber y el derecho de reci

9. Gómez Lara, Cípriano, "Teoría General del Proceso", pág 113,

10. Ibidem, pág. 157.

bir la justicia precisamente de un órgano específicamente determinado y no de otro alguno." (11)

Esto implica que el actor tiene el derecho de presentar su demanda ante el juez competente que la misma ley le señala y debe ser emplazado por el mismo juez.

Objetivamente la competencia es el conjunto de normas que determinan, tanto el poder -deber que se atribuye a los tribunales en la forma dicha, como conjunto de jueces o negocios de que puede conocer - un juez o tribunal competente." (12)

Lo anterior significa que la competencia es la porción de - jurisdicción que la ley le atribuye a los órganos jurisdiccionales para que ellos puedan conocer de determinados juicios.

Cabe precisar que la jurisdicción no puede ser modificada, - ni renunciada por las partes, pero no sucede lo mismo con la competencia ya puede haber un arreglo entre los particulares; porque la primera es - un atributo de la soberanía y siempre es de orden público mismos que se - determinan por motivos constitucionales, políticos, internacionales o -- económicos; estos mismos motivos no acontecen en la competencia.

Asimismo la jurisdicción no se encuentra sujeta a la volun-- tad de las partes por que esta emana directamente de la ley; sin encam-- bio en la competencia se dará de acuerdo al domicilio.

-
11. Pallares, Eduardo, "Derecho Procesal Civil", ed. 9a, Ed. Porrúa, México 1991, pág. 82.
12. Ibidem. pág. 83.

La competencia puede ser determinada por cuatro criterios:

Materia: de conformidad con la norma sustantiva que se va a aplicar. Así por ejemplo los jueces de primera instancia son los únicos competentes para conocer los interdictos.

Grado: en función del grado o instancia del tribunal, esto es teniendo como base a la jerarquía judicial.

Cuantía: en razón a la importancia económica del negocio.

Territorio: por la división geográfica del trabajo.

Opinamos que la competencia es el enlace para dirigir nuestra acción con el objeto de incitar al órgano jurisdiccional que corresponde para que conozca del litigio; y el Código de Procedimientos Civiles expresamente hace referencia a una situación que motiva la prórroga de jurisdicción, en su Artículo 149 señala:

"Que sólo será prórroga la jurisdicción por razón de Territorio."

Establecemos que ambos términos son dos conceptos distintos por cuanto a conceptualización y función.

2. 3. El Juicio Ejecutivo Mercantil.

a). C o n c e p t o .

Antes de establecer los conceptos jurídicos del Juicio Ejecutivo Mercantil, cabe hacer mención que se encuentra regulado por el Código de Comercio dentro de los Artículos 1391 a 1414.

El tratadista Obregón Heredia establece al respecto :

"Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los Artículos 4o, 75 y 76,-- se deriven de los actos mercantiles." (13)

Al juico ejecutivo mercantil también suelen conceptualizarlo como : "Aquel que tiene por objeto hacer efectivos los derechos de crédito consignados en el título valor, por existir una confesión de deuda. Estos últimos pertenecen al tráfico mercantil." (14)

Cabe precisar lo que debe entenderse por título ejecutivo -- y el Artículo 1391 del Código de Comercio enuncia, aunque no de forma -- exhaustiva, a los títulos de crédito:

"El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

- I.- La sentencia ejecutoriada o pasada ante autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al Artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;
- II.- Los instrumentos públicos;
- III.- La confesión judicial del deudor, según el Artículo 1288;
- IV.- Las letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y demás efectos de comercio en los términos que disóñen los artículo relativos de este Código, observándose lo que ordena el artículo 534 respecto de la firma del -- aceptante;
- V.- Las pólizas de seguros, conforme al Artículo 441
- VI.- La decisión de los peritos designados en --

-
13. Obregón Heredia, Jorge. "Enjuiciamiento Mercantil", ed. Porrúa, México - 1982, pág. 11.
 14. Calvo Octavio y Arturo Puente, "derecho Mercantil", ed. 3ra, Ed. Banca y Comercio, México 1991, pág. 367.

los seguros para fijar el importe del sinie-
tro observandose lo prescrito en el Artículo
441;

VII.- Las facturas , cuentas corrientes y cuales -
quiera otro contrato de comercio firmados y-
reconocidos judicialmente por el deudor."

Por su parte el maestro Ovalle Favela opina al respecto que
los títulos ejecutivos se dividen en documentos públicos y privados; en
los primeros considera a la sentencia firme y dice que más que títulos-
ejecutivos son títulos ejecutorios por la razón de que no dan inicio a-
un juicio ejecutivo sino que a través de él se puede ejercitar una eje-
cución procesal.

En términos generales el Artículo 1397 del Código de Comer-
cio nos estatuye que:

"Si se tratare de sentencia, no se admitirá más --
excepción que la de pago si la ejecución se pide--
dentro de los ciento ochenta días; si ha pasado --
ese término, pero no más de un año, se admitirán,--
además, las de transacción, compensación y compro-
miso en árbitros; y transcurrido más de un año se-
rán admisibles también las de novación, compren---
diéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de-
no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la
obligación y la falsedad del instrumento, siempre--
que la ejecución no se pida en virtud de la ejecu-
toria, convenio o juicio constante en autos."

También dentro de la clasificación considera a los instrument
os públicos que como todo título ejecutivo que tenga un crédito, cierto,
líquido y exigible.

También encontramos a la confección judicial del deudor, a alg
unos documentos privados y contratos de comercio reconocidos judicial--
mente.

b). Características

El juicio ejecutivo mercantil presenta las siguientes características:

- a).- Es un juicio especial.
- b).- Es un juicio sumario.
- c).- Es un juicio ejecutivo.
- d).- Es un juicio que permite promover otro juicio.

Juicio especial.

El juicio ejecutivo es de procedimiento especial, debido a que la forma de tramitarlo es muy diferente a un juicio ordinario.

Juicio sumario.

Es sumario debido a que el objeto del mismo se reduce a examinar la ejecutividad del título base, hay limitación en cuanto a las excepciones que se pueden oponer.

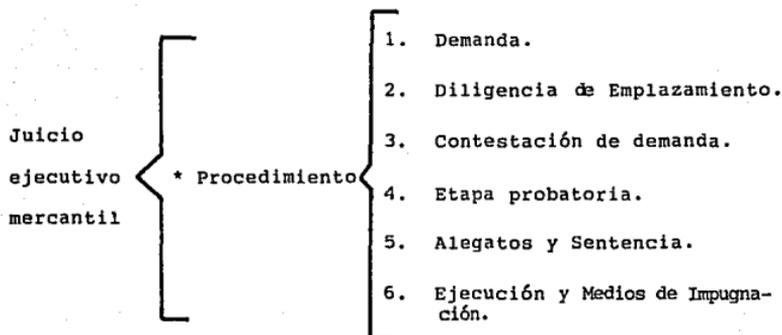
Juicio ejecutivo.

Es ejecutivo debido a que al momento de admitirse la demanda el juez expidirá auto de ejecución y ordena la ulterior notificación para que el deudor pague y en caso de hacerlo se suspende la diligencia, de lo contrario se procederá al embargo.

Juicio que permite promover otro juicio.

Y finalmente permite promover un juicio plenario posterior para volver a tratar el mismo asunto.

En este apartado se analizará el procedimiento ejecutivo mercantil, siguiendo para ello el siguiente cuadro sinóptico.



c). Demanda.

Cabe precisar, antes de adentrarnos al desarrollo de este - punto conceptualizar a la demanda.

"La demanda es el acto procesal por el cual una persona, que se constituye por él mismo en parte actora o en demanda, inicia el ejercicio de la acción y formula su pretensión ante el órgano jurisdiccional."⁽¹³⁾

13. Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal Civil", ed. 3a., -- Ed. Harla, México 1989, pág. 56.

Pero cabe hacer enunciar que dicha palabra proviene del latín *demandare* (de y mando), que tenía un significado distinto al actual "confiar", "poner a buen seguro", "remitir".

Ahora bien, para el procesalista Gómez Lara, la demanda la conceptualizar de la siguiente forma:

"Es el primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión." (14)

Ovalle y Gómez Lara, lo enfocan de diversa forma, pues para el primero, es un acto procesal por que a través de ella se puede constatar una relación jurídica procesal, e indica que dentro de ella nace el proceso y el ejercicio de la acción, que continúa a lo largo en que se desarrolla el proceso. Y durante el ejercicio de la acción el actor presentará su demanda, ofrecerá y aportará pruebas, formula alegatos e interpone sus medios de impugnación.

Y asimismo, el Código de Procedimiento Civiles señala que la demanda deberá presentarse por escrito o por comparecencia siempre que se trate de los juicios de mínima cuantía, controversias del orden familiar; fuera de ellos deberá hacerse por escrito.

Ahora bien, para incoar un juicio ejecutivo mercantil será iniciada por la interposición una demanda y la cual deberá reunir los --

14. Gómez Lara, Cipriano, "Derecho Procesal Civil", ed. 3a., Ed. Harla, México 1989, pág. 56.

mismos requisitos que una demanda de juicio ordinario.

En virtud del que el Código de Comercio es omiso en cuanto a los requisitos de la demanda, se aplica supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles y al respecto nos establece en su Artículo 255 - lo siguiente:

- "Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cual se expresarán:
- I.- El tribunal ante el que se promueve;
 - II.- El nombre del actor y la casa que se señale para oír notificaciones;
 - III.- El nombre del demandado y su domicilio;
 - IV.- El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios;
 - V.- Los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa;
 - VI.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;
 - VII.- El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez."

Tribunal ante el que se promueve

Artículo 143 del Código Procesal Civil:

"Toda demanda debe formularse ante juez competente."

Para precisar que juez es competente se determinará de acuerdo a lo estudiado en páginas anteriores.

Para los asuntos mercantiles serán competentes los juzgados civiles, ya que en México los tribunales de comercio han desaparecido y los litigios mercantiles son ventilados en dichos tribunales civiles.

Cabe mencionar que el Código de Comercio no contiene disposición alguna para distribuir la competencia de los jueces, pero el tratadista Zamora Pierce nos indica la forma para determinar la competencia:

* "Los Juzgados de Distrito en Materia Civil, no tienen límite, mínimo ni máximo, a su competencia por cuantía."

* "Los Jueces de Paz, son competentes para conocer de asuntos cuyo monto no exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente."

* "Los Jueces de Primera Instancia en Materia Civil, son competentes para conocer en materia mercantil, de los negocios de jurisdicción voluntaria, de los asuntos contenciosos cuya cuantía no exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente " (15)

Nombre del actor y domicilio para oír notificaciones.

Las partes que comparezcan por su propio derecho, deberán tener capacidad procesal de lo contrario solo podrán comparecer a juicio a través de representante legítimo, cuando se trate de personas morales lo harán por medio de sus órganos o apoderados legales.

Lo que respecta a las personas físicas que cuenten con capacidad procesal, comparecerán a través de mandatarios judiciales o procuradores.

Cuando una persona comparece a través de representante legal

15. Zamora Pierce, Jesús, "Derecho Procesal Mercantil", ed. 5a., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, pág. 63.

deberá acompañar a su escrito de demanda los documentos que acrediten su representación.

Nombre del demandado y su domicilio

El domicilio para el derecho mercantil es importante por que a través de este se determina la competencia del juez que deberá conocer del asunto. Además de que representa una ventaja para el actor, por que una vez que presente su demanda, el juez dictará un auto de ejecución con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas. (Artículo 1392 del Código de Comercio)

Es por ello que el domicilio deba quedar bien precisado en el escrito inicial de demanda para ser requerido al deudor de pago y en caso de oponerse se le practique el embargo.

Objeto u Objetos que se reclaman con sus accesorios.

Este deberá ser precisado dentro de la demanda por el actor bien sea que consista en un dar, en una hacer o en un no hacer, es decir, que convienen que el actor determine con precisión cada una de sus pretensiones en la demanda.

Hechos en que el actor funda su petición.

Los hechos se deben numerar y narrar sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación

Fundamento de derecho y la clase de acción.

En la demanda de acuerdo con el Artículo 284 del Código de --
Procedimientos Civiles entendido a contrario sensu:

"Solo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho."

Es decir que en la demanda se deben citar los preceptos legales en que funde su derecho.

Respecto a la clase de acción no es necesario que se exprese en la demanda, de acuerdo con lo que establece el Artículo 2 del Código de Procedimientos Civiles que estatuye:

"La acción procede en juicio, aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el titulo o causa de la acción."

Valor de lo demandado

Del valor de lo demandado dependerá la competencia del juez de acuerdo a lo estudiado en páginas anteriores.

Además de este requisito se estableceran los puntos petitorios que se refiere a una síntesis de las pretenciones que se le hacen al juez en relación con la admisión de la demanda y con el trámite que debe seguirse para la prosecución del juicio. Así también es necesario inscribir en la última parte de la demanda "Protesto lo necesario", lo que significa que es una declaración jurada de litigar de buena fe.

Documentos que se deben acompañar a la demanda.

*Los que fundan la demanda, de acuerdo al ilustre Becerra -

Bautista, "Son todos aquellos documentos de los cuales se emana el derecho que se invoca." (16)

*"Los que justifican la demanda y que se refieren a los hechos expuestos en ella (Artículos 96, 468, 470).

* Las copias del escrito de demanda y documentos anexos, que sirvan para el emplazamiento del demandado, (Artículo 95, numeral 3o., 102 y 103 todos del Código de Procedimientos Civiles)." (17)

Una vez que la demanda ha sido presentada se estará a lo dispuesto por el Artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles que establece al respecto:

"Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro de nueve días."

Pero el juez puede dictar tres posibles resoluciones:

1.- Admitir la demanda.- siempre que la demanda reúna todos los requisitos señalados por la ley y que haya hecho acompañar de los documentos y copias necesarios, por lo que podrá ordenar, el juez el emplazamiento del demandado.

2.- Prevenir.- Acto por el cual el juez podrá prevenir al actor, cuando su demanda sea oscura o irregular, que la aclare, corrija o complete. Esta prevención es desahogada por el juez por una sola vez y manera verbal, pero en la práctica se realiza por escrito; una vez

16. Gómez Lara, Cípriano, "Derecho Procesal Civil", pág. 80.
17. Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal Civil", pág.62.

realizado esta prevención el juez podrá admitir la demanda. (Artículo -- 257 del Código de Procedimientos Civiles)

3.- Desechar la demanda.- el juez desechará, cuando la demanda no reúna los requisitos establecidos por la ley.

El tratadista Obregón Heredia, opina al respecto, que la demanda del Juicio Ejecutivo Mercantil deberá estar acompañada de los documentos que funden su acción, si el actor da cumplimiento al segundo párrafo del Artículo 96 del mismo ordenamiento procesal, el cual es supletorio del de Comercio: (18)

"Se entenderá que el actor tiene a su disposición los documentos y deberá acompañarlos precisamente a la demanda siempre que existen los originales - en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias autorizadas de ellos."

Continuando con la idea del autor, considera que la razón de ese párrafo se debe a que el demandante para poder ejercitar su acción, tiene el tiempo suficiente para obtener los documentos que necesita, sin embargo, no tiene el tiempo suficiente para apoyar sus excepciones.

Efectos de la presentación de la demanda.

Se encuentra regulado por el Artículo 258 del citado precepto legal que al respecto nos estatuye:

"Los efectos de la presentación de la demanda son: interrumpir la prescripción si no lo esta por otros medios; señalar el principio de la instancia y determinar el valor de las pretensiones exigidas cuan

18. Obregón Heredia, Jorge, "Enjuiciamiento Mercantil", ed. 4a., Ed. Porrúa, México 1990, pág. 89.

do no pueda referirse a otro tiempo."

d) **Diligencia de emplazamiento.**

La palabra emplazamiento, es considerado por los--autores con el plazo que el juez le impone al demandado en base a la ley--para que se presente a juicio a dar contestación a la demanda.

Es necesario comentar que no son términos equivalentes la noficación, la citación y el emplazamiento. De los tres conceptos jurídicos viene a ser el más importante la notificación pues constituye el género y los demás las especies.

Notificación: es la comunicación que se hace por el medio idóneo a la persona, en este caso a la parte demandada, para que a esta--se le haga saber la determinación del órgano jurisdiccional.

Sin en cambio, la citación, es la determinación del órgano--jurisdiccional, que se encuentra dentro de la notificación en el que se--le hace saber a las partes que debe comparecer ante el juzgado dentro de--la hora y días señalados.

El emplazamiento, es la determinación del órgano jurisdiccio--nal, que se encuentra también dentro de la notificación, ordenandose a --las partes o aun tercero a comparecer al juzgado dentro del lapso señala--do.

La institución del emplazamiento se encuentra establecida como una garantía de audiencia contenida en la Constitución Política en los artículos 14 y 16.

Se señala que la palabra emplazamiento, se reserva para el--

acto procesal realizado por el notificador o en todo caso por el actuario, y en virtud del cual el juzgador hace del conocimiento al demandado de la existencia de una demanda entablada en su contra, así como el acto que la admitió, concediéndole un plazo para que la conteste.

El emplazamiento que se le hace al demandado viene a constituir uno de los elementos esenciales del procedimiento a que alude el Artículo 14 Constitucional.

Así tenemos, en primer lugar, salvo que si el demandado sea una persona incierta o se ignore su domicilio, la notificación le surtirá efectos por medio de edictos o bien está deberá realizarse personalmente en su domicilio y en caso de no encontrarse el demandado, el emplazamiento se le hará por cédula.

"La Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación a señala do que el emplazamiento consiste en:

'Que la parte demandada tenga conocimiento real y efectivo de la demanda que se endereza en su contra', para que pueda ejercer su derecho de defensa ."

Ahora bien, será procedente establecer que tanto en los pro cesos Civil y Mercantil se dan las mismas circunstancias para poder empla zar a las partes demandadas al juicio de acuerdo al Artículo 110 del Có- digo de Procedimientos Civiles que nos estatuye:

"Las notificaciones se harán personalmente, por - cédula, por el Boletín Judicial, en términos de los Artículo 123 y 125, por edictos, por correo y por - telégrafo, de acuerdo a lo que se dispone en los si guientes artículos."

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

Lo anterior encierra los presupuestos que deben llenar el de mandado, antes de poder formular su demanda, esto es, el emplazamiento - que efectúa la autoridad jurisdiccional para hacer saber al demandado la promoción de una demanda en su contra y por cuyo conducto le concede un término para que se apersona dentro del procedimiento judicial a poner su excepciones y defensas.

Concretamente para el desarrollo de este apartado nos es pre ciso establecer que al iniciarse el juicio por edictos, todas aquellas - notificaciones que son esenciales para el demandado para que tenga opor tunidad a defenderse, serán practicadas de igual modo, como: el auto -- que abre el juicio a prueba, en el que señala día y hora para el desahogo de las pruebas y alegatos y los puntos resolutivos de la sentencia -- tal y como lo contempla el Artículo 639 del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo anterior se aprecia que el emplazamiento es una figu ra insubsanable y fundamental para el buen funcionamiento de la interrelación procesal, pues simboliza la primera parte del procedimiento; y so bre la cual no debe existir duda alguna puesto que es el medio para comu nicarse con el demandado confiriendole así el derecho que tiene de ser - oído y vencido en juicio,

Por su carácter intrínseco la notificación debe hacerse en -- forma personal, por conducto del notificador, funcionario del juzgado que deberá cerciorarse que el domicilio coincida con el enunciado por el ac-- tor en la demanda; pero en caso de no estar el demandado: "...el notifi cador, le dejará la cédula en la que hará constar la fecha y hora en que-

la entrega, el nombre y apellidos de la persona a quien se entrega." -- (Artículo 114 y 116 del ordenamiento legal).

De acuerdo con el procesalista Zamora y Valencia nos establece al respecto:

"La ley de Procedimiento del Distrito establece las notificaciones personales, por estrados, por cédula, por boletín judicial, por edictos, por correo y por telégrafo. El Código de Comercio no menciona por su nombre ninguna de estas formas de notificación. Tampoco las reglamenta, y apenas podemos presumir que supone la existencia de la notificación personal cuando exige al litigante que, en el primer escrito o en la primera diligencia judicial, designe la casa en que ha de hacerse la primera notificación a la persona o personas contra quienes promueve (Artículo 1069). También se refiere sin designar por su nombre, a la notificación por edictos disponiendo que cuando se ignore el domicilio de la persona que debe ser notificada, la primera notificación se hará publicando la determinación respectiva por tres veces consecutivas en el periódico oficial del estado, o del Distrito Federal (Artículo 1070)."(19)

El ordenamiento en cita nos indica, en su Artículo 117 que - la cédula de notificación podrá ser entregada a empleados domésticos o cualquier otra persona que viva en el domicilio acompañando a la misma, copia simple sellada y cotejada del escrito inicial o demanda, así como los documentos fundados de la pretensión del actor; por su parte el notificador debe asentar todos y cada uno de los pormenores que se susci-

19. Zamora Pierce, Jesús, "Derecho Procesal Mercantil", pág. 83.

taron durante el desahogo de la diligencia concluida que fuese, será -- firmada por el citado funcionario y la persona con la que se entiendo -- la notificación.

"La falta de emplazamiento legalmente realizado siempre ha -- sido una de las causas de nulidad del proceso ya que se viola el principio básico: audiatur et altera pars." (20)

En ese sentido es preciso recordar que existen diversas formas de combatir la ilegalidad del emplazamiento, como recurrir al llamado incidente de nulidad; pero antes de a ser mención a lo que nos establece el Artículo 77 es necesario hacerlo con el Artículo 76:

"Las notificaciones hechas en forma distinta a la prevenida en el capítulo V del título II, serán -- nulas."

Ahora cabe hacer mención, al Artículo 77 del ordenamiento procesal acerca del incidente de nulidad y que nos estatuye:

"La nulidad de una actuación debe de reclamarse en la actuación subsecuente, pues de lo contrario -- aquella queda revalidada del pleno derecho con excepción de la nulidad por defecto en el emplaza-- miento."

Lo que significa que esta actuación no es subsanable aun cuando el demandado comparezca a juicio y lo determine hasta sentencia pues queda a elección del demandado la interposición de la nulidad de actuaciones por deficiencias en el emplazamiento.

20. Becerra Bautista, José, "El Proceso Civil en México", Ed. Porrúa, -- ed. 7a., México 1979, pág. 622.

Al respecto el tratadista Obregón Heredia nos complementa es tableciendo que: "La acción de nulidad contra actuaciones judiciales só lo procede antes de que termine el juicio por sentencia ejecutoria y este principio es aplicable a los incidentes que son obstáculo al curso - del juicio." (21)

e) Contestación a la demanda.

Una vez que el demandado ha sido emplazado debidamente, si - éste tiene excepciones perentoria que oponen a la demanda deberá hacerlo al contestar está, y tan pronto como sea contestada la demanda o se re--suelvan los excepciones opuestas, se mandará abrir el juicio a prueba por un término que no podrá exceder de 40 días en un juicio ordinario pero - en el Ejecutivo Mercantil será de acuerdo con lo que nos estatuye el Artículo 1396 que al respecto nos dice: una vez notificado de la demanda,- el deudor cuenta con cinco días para comparecer ante el juzgado a hacer--paga llana de la cantidad demandada y las costas, o a oponerse a la eje--cución si tuviere alguna excepción para ello.

Se hace necesario que la fijación de la litis se va ha esta--blecer mediante los escritos de demanda y contestación presentados res--pectivamente por actor y reo.

El Artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles nos se--ñala:

21. Obregón Heredia, Jorge, "Enjuiciamiento Mercantil", ed. 4a., Ed. Porrúa, México 1990, pág. 90.

"El demandado formulará la contestación de los términos prevenidos para la demanda. Las excepciones que tenga cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueren supervenientes. En la misma contestación propondrá la reconvención en los casos en que proceda."

La primera parte de este numeral nos indica que el escrito de contestación a la demanda también deberá reunir como si se tratará de -- una demanda inicial, pues necesita de los requisitos del Artículo 255 -- aludido con antelación pero adecuado a su naturaleza.

Así tenemos que dentro de los Artículos 95, 96 y 98 de la codificación procesal nos indica cuales son los documentos que se deben -- acompañar a la demanda o contestación a la misma así como aquellos que -- se consideran fuera de tiempo y no pueden ser prueba ya.

Por otra parte los Artículo 1061 y 1062, que aun que se en--- cuentren consagrados por el Código de Comercio, correspondiente a la personalidad de los litigantes, más bien se refieren en realidad a la presentación de los documentos.

También procede para nuestro estudio lo consagrado, respecto a la presentación de los documentos que se encuentran establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal los Artículos- 99 al 103.

Ahora bien, al momento de que el demandado conteste la demanda, pero más específicamente en la parte del derecho, en donde el demandado deberá, bien sea aceptada u objetar la aplicabilidad de los preceptos jurídicos mencionados por actos y en caso de señalar las normas jurí

dicas que a su juicio considere aplicables.

O bien, cuando el demandado acepta las pretensiones del actor quiere decir, que este se allana y al respecto el Artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles nos indica:

"Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, si citará para --sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos si se trató de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto - en la parte final del Artículo 271."

Lo que significa que cuando el demandado se allana, al someterse a las pretensiones del actor, no es necesario realizar las etapas probatorias y de alegatos, por lo cual el juez debe "citar para sentencia",- es decir, pasar directamente a la etapa resolutive.

Debe de advertirse que, de acuerdo con el Artículo citado --transcrito no solo el demandado se puede allanar a la demanda sino que --también el actor puede hacerlo a la contestación a la misma.

Cabe aclarar que cuando una de las partes desee allanarse a las pretensiones del otro, puede hacerlo siempre y cuando se trate de hecho renunciables .

Puede suceder que dentro de la admisión de la demanda existan varias situaciones como por ejemplo, en el caso de no aceptarse los hechos, traen dos consecuencias a saber:

1.- Evita que se produzca la confesión ficta sobre los hechos afirmados por el actor en su demanda, en los términos previstos en los Artículos 266 y 271;

2.- Impone al actor la carga de probar los hechos negados -- expresamente por el demandado, ya que, con las salvedades que veremos -- más adelante, la carga de la prueba corresponde al que afirma hechos y no al que los niega.

La doctrina procesal considera que reconocimiento y allanamiento junto con la confesión son instituciones muy diversas.

Reconocimiento.- "Admisión y aceptación del derecho."

Se distingue de la confesión en que esta recae sobre hechos y aquel sobre el derecho .

Del **allanamiento**, por que este es la aceptación de las pretensiones del actor.

Del **allanamiento**, en que este último es una aceptación de las pretensiones del actor y el reconocimiento es la aplicabilidad de los -- preceptos jurídicos invocados por el actor.

F) Etapa probatoria

"La prueba tiene una gran variedad de significados, ya que se emplea no solo en el derecho, sino también en otras disciplinas." (22)

La prueba constituye dentro de la demanda su fundamento por-- que le da un apoyo para poder llegar hasta la sentencia.

El concepto jurídico de prueba se considera el siguiente:

22. Ovaile Favela, José , "Derecho Procesal Civil", ed. 3a, Ed. Harla, México 1989, pág. 124.

"En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas partes.

En sentido amplio se designa como prueba a todo el conjunto-- actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador -- con el objeto del lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

Por último, se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se hable de la prueba confesional testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc." (23)

El procesalista Ovalle Favela, refiere tres significados a la palabra prueba:

Primero.- se emplea para designar los medios de prueba, es decir, los instrumentos con los que pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso.

Segundo.- Se le utiliza para referirse a la actividad tendiente a lograr ese cercioramiento, independientemente de que este se logre o no .

La palabra prueba se designa la actividad probatoria, cuando al actor incumbe probar los hechos constitutivos de su acción.

23. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed, 5a, Ed. UNAM, México 1992.

Tercero.- También puede ser referida al resultado positivo - obteniendo con la actividad probatoria. Aquí la prueba es demostración, verificación.

Asimismo el período probatorio suele surgir hasta que la demanda sea contestada.

Así como otras figuras jurídicas, la prueba tiene principios rectores de la actividad probatoria que serán explicados.

De acuerdo con el criterio que establece el maestro Ovalle -- Favela, los principios rectores de la actividad probatoria son:

- a).- Necesidad de prueba;
- b).- Prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos;
- c).- Adquisición de la prueba;
- d).- Contradicción de la prueba;
- e).- Publicidad de la prueba;
- f).- Inmediación y dirección del juez de la producción de la prueba. (24)

Objeto de la prueba

Tanto el proceso civil y el mercantil son los únicos que establecen de manera precisa el objeto y está no se le litima sólo a los hechos discutidos como lo establece Alcalá y Zamora:

24. Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal Civil", pág. 126.

"Que solo son objeto de la prueba los hechos que sean a la vez discutidos y discutibles." (25)

La carga de la prueba

De acuerdo a Coutere, "La carga de la prueba: es una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida con interés del propio sujeto, y cuya emisión trae aparejada una consecuencia -- gravosa para él." (26)

Ambos ordenamientos procesales (civil y mercantil) establecen dos reglas generales, las cuales tanto actor como demandado tiene la carga de probar los hechos en que funda su pretensión o excepción respectivamente.

La primera la establece el Artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles :

"Las partes asuman la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones."

Para el procedimiento mercantil se encuentra regulado en su Artículo 1194 que estatuye:

"El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones."

-
25. Alcalá y Zamora, y Castillo Niceto, "Derecho Procesal Penal", T.III, Ed. Kraft, Buenos Aires 1945, pág. 26.
 26. Ovalle Favela, José, Ob. cit. pág. 127.

La segunda regla se haya contenida en el Artículo 282 del -
ordenamiento procesal:

- "El que niega solo será obligado a probar:
I.- Cuando la negación envuelva la afirmación ex
presa de un hecho;
II.- Cuando se desconozca la capacidad;
III.- Cuando se desconozca la presunción legal que
tenga en su favor el colitigante;
IV.- Cuando la negativa fuere elemento constituti
vo de la acción."

También los Artículos 1195 y 1196 del mismo ordenamiento le-
gal nos hablan al respecto de que quien niega esta obligado a probar.

Sobre esta segunda regla el procesalista Ovalle Favela, nos
indica que tiene las siguientes excepciones:

"I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de -
un hecho. Pallares considera que no es posible que no haya afirmación -
y negación expresas al mismo tiempo, por lo cual piensa que probablenen
te esta hipótesis se refiere a la negación que envuelve la afirmación-
implícita de un hecho.

Sin embargo, es posible que al negar un hecho se afirme ex--
presamente que este ocurrio de otra forma .

II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a -
su favor la contra parte. Esta se refiere a las presunciones relativas-
que admiten prueba en contrario y tiene como consecuencia la carga de -
la prueba; no corresponde probar a quien afirma un hecho que la ley pre-
suma , sino que lo niega.

III.- Cuando se desconozca la capacidad de la contraparte.

En realidad ésta hipótesis queda comprendida en la primera,--

pues quien niega la capacidad de una persona esta afirmando implícitamente que ésta es incapaz.

IV.- Cuando la negativa sea elementos constitutivos de la--
Acción. Habrá que atender en cada caso el tipo de pretensión, por ejemplo, quien haga valer una pretensión reivindicatoria deberá probar la--
no posesión del bien reclamado." (27)

Procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio esta constituido por los actos --
procesales a través de los cuales se desarrolla la etapa probatoria y --
esta son:

- a).- Ofrecimiento de la prueba;
- b).- Admisión o rechazo por parte del juzgador;
- c).- Preparación de las pruebas admitidas;
- d).- Ejecución, práctica o desahogo.

El procesalista Gómez Lara al respecto establece que existe la preconstitución de la prueba y que esta deberá ser desahogada antes--
del proceso.

En el Código de Procedimientos Civiles reglamenta al respec--
to de las pruebas preconstituidas en los Artículos 193 al 200 lo si----
guiente:

"En dichos dispositivos se encuentran reglamentadas accio--
nes de exhibición de cosas o documentos o bien examen anticipado de tes

27. Ovalle Favela, José, Ob. cit. pág. 125.

tigos o prueba confesional anticipada .

Siguiendo con el autor establece que fuera de estos casos le queda la duda de que cuál sería la forma de ofrecer, antes de que el juicio se inicie, desahogo de otro tipo de pruebas, a saber:

Por lo tanto habrá de examinarse la procedencia de un ofrecimiento y desahogo anticipado de estos medios, en cada caso en particular.

Ofrecimiento de pruebas.

Con respecto a este punto podemos establecer que una vez que ha sido contestada la demanda, el juez mandará recibir el negocio a --- prueba, en caso de que los litigantes lo hayan solicitado o de que él - la estime necesaria (Artículo 1199 y 1382, del Código de Comercio).

Dispone el Código de Comercio en su Artículo 1383 que:

"Según la naturaleza y calidad del negocio el juez fijará el término que crea suficiente para la rendición de las pruebas, no pudiendo exceder de cuarenta días.

Podemos mencionar que en el juicio ordinario mercantil el término legal para desahogar pruebas es de cuarenta días, establecido por el Artículo antes citado. Pero el término en un juicio ejecutivo para el período de ofrecimiento de pruebas la ley establece un plazo de diez días contados a partir del día siguiente al de la notificación del auto que manda abrir el juicio de prueba lo anterior de acuerdo con el Artículo 1400 del Código de Comercio.

El Código de Comercio admite dos términos de recepción de --

las pruebas un ordinario o un extraordinario.

El término para la recepción de las pruebas es ordinario el que se concede para producir probanzas dentro del Estado o Distrito Federal en que el litigio se sigue. Es extraordinario el que se otorga para que se reciban pruebas fuera de la entidad federativa en que se litiga de acuerdo con los Artículos 1206 y 1207 del Código de Comercio.

Admisión de las pruebas.

De acuerdo con el Artículo 298, al día siguiente en que termine el período de ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar una resolución en el cual determine las pruebas que se admiten sobre cada hecho, pudiendo limitar prudencialmente el número de los testigos. Según el mismo Artículo, "no se admitiran diligencias de prueba contra derecho, contra la moral o sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes, sobre los hechos imposibles o notoriamente inverosímiles."

Dentro del Código de Comercio y en específico en su Artículo 1198 nos señala:

"El juez debe recibir todas las pruebas que se presenten, a excepción de las que fueren contra derecho o contra la moral."

El Artículo 1199 del mismo ordenamiento legal, nos indica:

"El juez recibirá el pleito a prueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado o de que él la estime necesaria."

De conformidad con el Artículo 1203 nos estatuye lo siguiente:

"Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, exceptuándose la confesión, el reconoci

miento de los libros y papeles de los mismos litigantes y los instrumentos públicos. Sólo los pliegos de posiciones pueden presentarse cerrados."

Dentro de los procesos vistos hasta aquí es de verse que no son los mismos puesto que para uno y otro se manejan de diversas formas - aunque el procedimiento para esto son solo semejantes.

Así de acuerdo con el Artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles, los "Tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea -- cualfuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cual--- quier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conoci--- miento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de esta diligencia el juez obrara como estime procedente para obtener el me--- jor resultado de ellas sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad."

La redacción de este precepto incluye la facultad del juzgador para ordenar en caso de ser necesario la práctica de pruebas hasta - antes de pronunciar sentencia, es decir, esta práctica consiste en obtener pruebas no ofrecidas por las partes y esta facultad establecida por la ley .

g). Alegatos y sentencia.

Mandada hacer la publicación de pruebas, se entregarán los - autos originales, primero al actor y después al reo, por diez días a cada uno, para que aleguen de buena prueba, como lo ordena el Código de Comercio en su Artículo 1388.

Señalamos que, para que se inicie el término de alegatos basta que se haya mandado a hacer la publicación, y non es necesario esperar a que la secretaría del juzgado efectivamente la haga. Luego el juez en un solo auto, a solicitud de parte, puede ordenar la publicación y decretar la entrega de los autos a las partes para alegatos .

Una vez que ha pasado el término señalado para alegar, el juez mandará a citar a las partes para oír sentencia, esta disposición lo encontramos señalado por el Artículo 1389 del mismo ordenamiento legal.

Por otro lado tenemos que esta sentencia será dictada por el juez dentro de los quince días siguientes. (Artículo 1390).

Una vez que las partes han sido citadas para escuchar la sentencia pronunciada por el juez, habrá terminado su actividad y solo resta que el juez realice el acto fundamental de sentenciar.

Cabe mencionarse que los Estado contemporáneos así como se ha establecido en varios Códigos del país, coinciden en prohibir que sean los particulares quienes hagan justicia por mano propia, y es por ello que los jueces y tribunales se vean obligados a garantizar que las resoluciones dictadas por él sobre las cuestiones que se hayan discutido en el pleito; esto se encuentra en lo dispuesto por el Artículo 1328 del ordenamiento en cita.

S e n t e n c i a .

Las sentencias mercantiles son definitivas, si deciden el negocio principal; o interlocutorias, cuando desiden un incidente, un Artículo

lo sobre excepciones dilatorias o una competencia así lo establece los-
Artículos 1321, 1322 y 1323 del ordenamiento legal.

La sentencia debe satisfacer tres requisitos:

- 1.- ser congruente,
- 2.- motivada,
- 3.- exhaustiva.

Congruente.

Por que se ocupará exclusivamente de las acciones -
deducidas de las excepciones opuestas respectivamente en la demanda y en
la contestación. (Artículo 1327 del Código de Comercio).

En principio, el juez no puede, de oficio, apartarse del ám-
bito de la litis para resolver cuestiones no planteadas por las partes.

Motivada.

Pues por imperativo constitucional (Artículo 14), en los jui-
cios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la -
letra o bien a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de esta -
se fundará en los principios generales del derecho. El Código repite esta
norma diciendo que toda sentencia debe ser fundada en ley y si por el --
sentido natural y el espíritu de esta no puede ser decidida la contro--
versia, se atenderá a los principios generales de derecho, tomando en --
consideración todas las circunstancias del caso (Artículo 1324 del Cód-
igo de Comercio).

Exhaustiva.

La sentencia deberá ser exhaustiva en cuanto se ocupe de todos y cada uno de los puntos litigiosos, haciendo entre ellos la debida separación, para concluir absolviendo o condenando de acuerdo a los Artículos 1325 y 1329 del mismo ordenamiento legal.

Al dictar su sentencia, el juez deberá tener presente el --- principio fundamental de que pesa sobre el actor la carga de la prueba de su acción.

Cuando el actor no probará su acción, será absuelto el demandado (Artículo 1326), aún cuando no haya opuesto excepciones.

Cuando se de la condena sobre frutos, intereses, daños o perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sean el objeto principal del juicio (Artículo 1330)

Por omisión del Código de Comercio, debemos buscar en los de procedimientos locales las reglas aplicables al incidente de sentencia-ejecutoriada, a la forma que deben revestir las sentencias y a la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de otros estados y - del extranjero.

h). Ejecución y Medios de Impugnación.

De acuerdo con el concepto jurídico tenemos que:

"Ejecución es el cumplimiento o satisfacción de una obligación cualquiera que sea la fuente de que proceda ya sea contractual, --

legal o judicial." (28)

El ilustre profesor Couter nos dice que: "En materia civil la ejecución puede ser realizada en forma voluntaria o forzosa. Es voluntaria cuando el obligado cumple espontáneamente; y forzosa cuando el cumplimiento se alcanza por otros medios legales con independencia o en contra de la voluntad del obligado." (29)

Se establece que en todo tiempo se han dado los medios energéticos de ejecución que puede darse a las personas en su patrimonio, para que las obligaciones que se llegaron a celebrar no se incumplan y se dejen así, es por eso que desde las antigüedades se han establecido reglas para poder ejecutar a las personas y los contratos tengan su cumplimiento.

Por otro lado la sentencia se rige por los siguientes principios:

- 1.- Que la sentencia sea de condena;
- 2.- Que sea firme y definitiva o que, no siéndolo, el recurso de apelación se haya admitido contra ella en el solo efecto devolutivo;
- 3.- Que quien pida esa ejecución este legitimado para ello;
- 4.- Que el obligado se resista o no pueda cumplir con lo que se ordena;

28. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. 5a, Ed. UNAM, México 1992.
 29. Gómez Lara, Cípriano, "Teoría General del Proceso", pág. 150.

5.- Tratándose de ejecuciones de carácter económico, que exista un patrimonio ejecutable sobre el cual llevar a cabo la ejecución --- (Solvencia del deudor).

Patrimonio ejecutable.

De acuerdo con el criterio de Gómez Lara nos establece que la materia de Derecho Civil, "los bienes relacionados con la persona surge el concepto del patrimonio. Este se entiende como una universalidad jurídica, como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero, que son atribuibles a una persona. Tal patrimonio en su carácter de universalidad jurídica, tiene que tomarse como un todo, en una universalidad, o sea, en un conjunto de polos positivos o negativos, por eso se habla de bienes, derechos y obligaciones." (30)

Del concepto del patrimonio ejecutable sobre los bienes en -- que recae, se encuentra dentro de la regulaciones civiles o de carácter privado, porque estas se refieren a las cuestiones que pueden ser medios de dinero y con valor económico.

Dentro de la ejecución podemos encontrar diferentes formas de realizarlo:

- * El embargo, * el secuestro, * la intervención,
- * la inhibición.

30. Gómez Lara, Cypriano, "Teoría General del Proceso", ed. 7a., Ed. -- UNAM, México 1987, pág. 167.

El Embargo.

Se considera que el embargo: " Es la iniciación de un procedimiento expropiatorio mediante el cual se efectua un bien o un grupo de bienes determinados." (31)

Este representa un bloque patrimonial y el dueño no puede disponer libremente de ellos quedando sujeta a los resultados del procedimiento expropiatorio pero no de manera definitiva porque el deudor puede recuperarlos demostrando que si cumplió con la obligación o bien con la oposición de una excepción motivada o fundada o bien en caso de haber cumplido con ella, proceder a satisfacerla para liberar los bienes del embargo, es decir, les quita ello a través del pago.

El fin del embargo es conducirlo a un remate y no se realiza el remate cuando el deudor cumpla con la obligación exigida o bien ofrezca elementos de defensa que prueben que la obligación que se le ha exigido y que se pretende hacer efectiva a través del embargo.

El Secuestro.

Los doctrinarios han establecido al respecto que no existe diferencia con el embargo, asimismo los Códigos y la propia práctica establecen sobre el secuestro convencional como un embargo que pactan las partes y tendrá los mismos resultados como el embargo común, llegar al remate pero este no es un derivado de un mandato judicial.

Dentro del derecho estas connotaciones embargo y secuestro tie

31. Gómez Lara, Cipriano, Ob. cit. pág. 167.

nen en su forma de utilizarlo y al respecto el Código de Procedimientos Civiles los establece como sinónimo.

El Artículo 543 del ordenamiento en cita, establece al secuestro después del embargo, y considera que existe el secuestro cuando hay un interventor y cuando existe una persona que bajo su responsabilidad, al acreedor pudiendo ser él mismo o el deudor para que tenga la custodia de los bienes que se le embargan.

La intervención.

Se regula dentro de los Artículos que van del 553 al 555 del Código de Procedimientos Civiles.

La Inhibición.

Se considera que este es un mandato, una orden para no realizar algo.

En este punto se presenta un problema pues este quiere dar a decir que es una orden que consiste en no realizar. Y por lo tanto la ejecución no puede realizarse y traer consigo la generación de daños y perjuicios que se resolviera en la sentencia que condena a no hacer.

Medios de Impugnación.

Cuando una de las partes ha quedado inconforme con los resultados de una sentencia porque no ha sido favorable puede interponer al respecto los medios de impugnación.

Hemos considerado que antes de mencionar todo sobre este precepto, sería necesario examinar al respecto su significado y conceptos.

Medios de impugnación: se encuentra formado por dos vocablos-medios e impugnación.

Medio.- Proviene del latín medius, que significa la mitad de una cosa. (32)

"Impugnación (I. impugnatio-onis). f. acción y efecto de impugnar.

"Impugnar (I. impugnare) tr. combatir, contradecir, refutar"(33)

Es indudable que la acepción etimológica de la palabra medio, no es la adecuada para integrar una definición de medios de impugnación, por lo tanto se utilizará este vocablo como sinónimo de conducto o de procedimiento.

Pudiendo establecer que medio de impugnación, en sentido gramatical y etimológico es un "procedimiento para combatir".

Para el maestro Ovalle Favela: "El concepto de medio de impugnación alude, precisamente, a la idea de luchar contra una resolución judicial, de combatir jurídicamente su validez o legalidad." (34)

Alcalá-Zamora establece por su parte que los medios de impugnación son: "...actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o determinados extremos, y un nuevo proveimiento --- acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la-

32. García de Diego, Vicente, "Diccionario Etimológico Español e Hispánico", Ed. S.A.E.T.A., Madrid 1980.

33. Marín, "Diccionario Marín de la lengua Española", Ed. Marín, Vol. I y II, España 1982.

34. Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal Civil", pág. 179.

fijación de los hechos. (35)

Por su parte el maestro Gómez Lara, considera:

"...la impugnación constituye, en general, una instancia reclamadora de la legalidad o procedencia de un acto de autoridad, instancia que se hace valer ante la misma autoridad u otra jerárquicamente superior o ante algún órgano revisor específico, para que califiquen la procedencia o legalidad, o ambas cosas, respecto del acto que se reclama." (36)

Para este autor la impugnación uno de los factores muy importantes, para sostener la teoría de la nulidad en el derecho procesal, a través de esta figura jurídica, las partes y en algunas ocasiones los -- terceros, pueden combatir las resoluciones, equivocadas o injustas. (37)

Así tenemos que los medios de impugnación implica el derecho-subjetivo que tienen las partes y los terceros que legítimamente inter--vienen en el proceso, para solicitar ante el tribunal competente la revisión o el examen de las resoluciones que les repare un perjuicio, cuando no estén conformes con la fundamentación, motivación o con el razonamiento lógico jurídico que la autoridad le confiere a su resolución.

Para facilitar el estudio de los medios de impugnación, los -- tratadistas del derecho procesal han establecido diversos criterios para clasificarlos:

El maestro Gómez Lara, nos dice que existen dos tipos de Me--dios de impugnación, ordinario y extraordinario.

35. Ovalle Favela , José, "Derecho Procesal Civil", pág. 179.

36. Gómez Lara, Cíprano "Derecho Procesal Civil", ed. 2a, Ed. Trillas,- México 1985, pág. 135.

37. Ibidem. pág. 136.

O r d i n a r i o s.- Estos se caracterizan por estar regulados en el sistema procesal en forma general o común, en la doctrina- y en la práctica se considera que dentro de este grupo a los recursos,-- el Código de Procedimientos Civiles pronuncia los siguientes: revocación o reposición, apelación ordinaria, queja y responsabilidad; respecto a - este punto el Código de Comercio solo admite a la aclaración de la sentencia, a la revocación y a la apelación.

E x t r a o r d i n a r i o s.- Este se subdivide en -- dos especies: medios extraordinarios de impugnación internos, los cuales se encuentran regulados en el Código de Procedimientos Civiles, como es el caso de la apelación extraordinaria; y los medios extraordinarios de impugnación externos, que pertenecen a un sistema procesal autónomo y diferente, como ejemplo podemos mencionar al juicio de amparo tanto directo como indirecto." (38)

El tratadista Ovalle Favela, clasifica a los medios de impugnación en dos grupos:

I.- De acuerdo a la generalidad o especificidad de los supuestos que pueden combatir, se clasifican en:

a).- Ordinarios: se utilizan para combatir la generalidad -- de las resoluciones judiciales.

b).- Especiales: son aquellos cuya hipótesis de procedencia- se señalan expresamente en el Código de Procedimientos Civiles.

38. Gómez Lara, Cíprano, Ob. cit. pág. 145.

c).- Excepcionales: Estos proceden contra resoluciones judiciales que han adquirido de cosa juzgada.

II.- De acuerdo a la identidad o diversidad entre el órgano que dicto la resolución y que resolverá la impugnación, los medios de impugnación pueden ser:

a').- Verticales o devolutivos : son aquellos en los que el juez que va a resolver la impugnación, es distinto del juzgador que emitió la resolución.

b').- Horizontales: Estos se caracterizan por la identidad -- que existe entre los órganos que pronunció el acto de autoridad reclamado y que va a conocer de la impugnación. (39)

Es indiscutible que todos los criterios que se han establecido se han empleado para sistematizar a los medios de impugnación, son -- acertados, sin embargo, en nuestra opinión la clasificación que aporta -- el maestro Gómez Lara, es una de las más idóneas, pues al establecer que existen dos clases de medios de impugnación de una manera lógica y sencilla, abarca las diferentes teorías que se han expuesto al respecto, por lo consiguiente pensamos que resulta lo bastante completa y práctica, para facilitar el estudio y comprensión de los distintos medios de impugnación.

Por lo tanto entendemos por medio de impugnación: el derecho procesal que tienen las partes y en algunas ocasiones los terceros, para combatir los actos o las resoluciones de cuaj

39. Ovalle Favela, José, Ob. cit. pág. 182.

quier autoridad cuando estimen que son contrarios a derecho o existe una notoria injusticia.

Es necesario establecer una distinción entre medios de impugnación con el recurso.

Los recursos son los medios que la ley concede a las partes para obtener la modificación de las resoluciones. (40)

El maestro Eduardo J. Coutere nos dice:

"La palabra recurso, significa literalmente regreso, al punto de partida, es decir alude a la instancia mediante la cual se recorre nuevamente el procedimiento; por su parte Gausp define a los recursos, como aquella -- pretensión de reformar una resolución que ha sido dictada dentro de un procedimiento. (41)

En opinión de Ovalle, todo recurso ostenta las siguientes peculiaridades:

1.- Son medios de impugnación que se plantean del mismo proceso.

2.- Pueden interponerse en contra de resoluciones interlocutorias o sentencias definitivas, cuando todavía no son firmes.

3.- Por lo general se inicia una segunda instancia, y siempre que se resuelvan dentro del mismo procedimiento ordinario.

4.- Constituye una prolongación del procedimiento, toda vez

40. Zaira Pierce, Jesús, "Derecho Porcesal Mercantil", ed. 5a., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, pág. 221.

41. Ovalle Favela, Jose, Ob. cit. pág 183.

que las partes, el litigio y la relación procesal siguen siendo las mismas.

5.- Su finalidad implica un nuevo examen de la resolución -- combatida.

6.- Sus efectos pueden ser la confirmación, la modificación o la revocación de la resolución recurrida.

En la práctica y aún en nuestro ordenamiento procesal, suelen confundirse a los medios de impugnación con los recursos, siendo que tales instrumentos jurídicos, aunque tienen una estrecha vinculación -- son diversos.

El notable profesor Alcalá-Zamora y Castillo sostiene:

"Generalmente se identifican los conceptos de medios de impugnación y -- recursos, como si estas expresiones fuerán sinónimas. Sin embargo, la -- doctrina considera que los recursos son solo una especie de los medios -- de impugnación, que vienen a ser el género, Además de los recursos que -- son la especie de los medios de impugnación más importantes, existen --- otras especies, tales como la promoción de un ulterior proceso, la recla -- mación sobre la nulidad de actuaciones, etc." (42)

El ilustre Gómez Lara expone su punto de vista de la siguiente manera:

"La distinción entre lo que llamamos recursos y medios de impugnación, radica en que válidamente se puede sostener que el medio de --

42. Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal Civil", pág. 183.

impugnación abarca a los recursos. Es decir, que medios de impugnación-- es más amplia que el término recurso. Lo que nos llevaría a este juego - de palabras y de conceptos: todo recurso en un medio de impugnación más- no todo medio de impugnación es un recurso." (43)

Como se desprende las anteriores reflexiones, la doctrina a- especificado claramente la distinción entre los medios de impugnación y- recursos; sin embargo no obstante esto, podríamos asegurar que en la --- práctica, muchos litigantes equiparan estos dos conceptos sin percatarse de que existe un factor muy importante que los distingue, pues los me--- dios de impugnación constituyen el género, los recursos aunque son muy - eficaces y frecuentemente se utilizan, sólo son una especie.

**Sobre los recursos que establece el Código de Comer-
cio.**

El Código de Procedimientos Civiles reglamenta los siguientes recursos:

Aclaración de la sentencia.- Se encuentra contemplado en el- Artículo 1331 a 1333.

En opinión del maestro Zamora Pierce: "Toda sentencia debe de ser clara y ocuparse de todas las acciones entre los diversos puntos li- tigiosos." (44)

Puede suceder que el juez durante su razonamiento caiga en un

43. Gómez Lara, Cípriano, "Derecho Procesal Civil", pág. 137.

44. Zamora Pierce, Jesús, Ob. cit. pág. 224.

error material donde no manifieste de manera precisa su opinión u omitir tomar cuenta cualquiera de los puntos litigiosos. Y a través del Recurso de aclaración de sentencia se le hace la petición al juzgador para -- que corrija el error o la omisión.

El auto que resuelva sobre la aclaración solicitada, pasa a -- formar parte de la sentencia, y no admite recurso alguno.

Revocación.-- Se encuentra contenida en los Artículo 1334 y- 1335 del Código de Comercio.

El principal objeto de este recurso, es la modificación de la resolución dictada por el mismo órgano jurisdiccional. *

Respecto al concepto de este recurso el Código de Comercio no establece nada al respecto, y ni distinción alguna sobre si procede en - la primera o segunda instancia, razón por la cual la facultad de revocar un auto o decreto, en materia mercantil, corresponde al "juez o tribunal que lo dictó."

Si en alguna disposición permite que sea procedente la apelación no se procederá a la revocación cuando se permita este recurso.

Apelación.-- Al respecto el tratadista Zamora Pierce nos dice: "Se llama apelación el recurso del que conoce el superior del juzgado -- que conoció del asunto en primera instancia." (45)

En concordancia con la disposición legal, el Artículo 1336 --

45. Zamora Pierce, Jesús, Ob. cit. pág 225.

del ordenamiento legal citado que dispone que: la sentencia de apelación puede confirmar la resolución recurrida o modificada total o parcialmente.

Y de acuerdo con el Artículo 1340 del mismo precepto legal -- nos estatuye que la apelación solo va a proceder en los juicios mercantiles cuando su interés exceda de ciento ochenta y dos veces el salario mínimo general vigente, en la fecha de interposición en el lugar en que se ventile el procedimiento.

En materia mercantil procede la apelación en los siguientes casos:

1.- En contra de sentencia definitiva, cuando el interés -- del negocio exceda de 182 veces el salario mínimo general vigente en la fecha de interposición en el lugar en que se ventile el procedimiento.-- (Artículos 1339-I y 1340)

2.- Contra sentencias interlocutorias en el que resuelvan -- sobre la personalidad, competencia, denegación de prueba o recusación.-- (Artículo 1339-II)

3.- La resolución en que el juez que promovió la inhibitoria se niega a declarar competente (Artículo 1115 del Código de Comercio)

4.- La resolución en que el juez que recibió oficio inhibitorio resuelve que se inhibe de conocer (Artículo 1123)

5.- Contra la resolución en la que el juez requirente decide no insistir de la competencia.

6.- Contra la resolución que se niega a admitir a trámite --

una diligencia preparatoria, si es dictada por el juez de primera instancia.

7.- Contra la interlocutoria dictada en el incidente de oposición a exhibir documentos o bienes muebles en medios preparatorios, si fuere apelable la sentencia definitiva en el juicio en que se prepara.

CAPITULO III

LA ACCION HIPOTECARIA EN LA VIA EJECUTIVA MERCANTIL.

3. 1. Acción (Aspectos generales)

La solución que judicialmente se da a pretensiones que se en encuentran en una situación de antagonismo se desenvuelve mediante un procedimiento cuya prosecución corresponde a los órganos jurisdiccionales, esta secuela se inicia a raíz del ejercicio de la acción, concepto que representa la fuerza que motiva o impulsa a las autoridades judiciales a desplegar sus funciones: sociológica e historicamente, la acción en su acepción procesal, surge en contra posición a la llamada "Vindicta Privata", régimen en el cual era dable hacerse justicia por sí mismo sin la intervención de autoridad alguna, esto es, cuando una persona sentía que otra había actuado en contra de sus derechos, podían reclamar dicha vulneración empleando como medios la violencia y las represalias, consiguiendo de esta forma obligar al agresor a reparar su falta; sin embargo, -- esta reacción lógica y derivada de la naturaleza instintiva del ser huma

no, con el transcurso del tiempo propicio el surgimiento de un verdadero e incontenible caos social. Acontecimiento que no podía pasar desapercibido ante las autoridades, por lo que concientes de que esta posición -- era imposible de continuarse y con el afán de evitar injusticias, decidieron investirse de la facultad de garantizar ese orden público a través del imperium que la ley les otorga concomitantemente con la ayuda de la fuerza material.

"Fue así como el individuo tuvo la potestad de ocurrir a la - autoridad para que ésta, en ejercicio del poder público o jus imperii, - obligara al incumplidor o al delincuente a realizar en beneficio del --- acursante las pretensiones omitidas o violadas a reparar el daño producido y purgar una pena, respectivamente. Esa mera potestad de solicitar la actuación autoritaria, a poco se convirtió en una determinante prohibición para el ofendido en general, en el sentido de que no debía de hacer se justicia de propia mano; más tarde, en una obligación pública individual, tal como se contiene en el Artículo 17 de nuestra Constitución con el relativo derecho de pedir o solicitar la actuación de los órganos del Estado. (Artículo 8° constitucional)." (1)

Los constituyentes son los que han plasmado en los diversos - numerales 8° y 17 del ordenamiento supremo tanto la prohibición de impartir justicia utilizando sus propios medios como la potestad de acudir ante los órganos correspondientes a externar sus peticiones; y son preci

1. Burgoa Orihuela, Ignacio, "El Juicio de Amparo", ed. 23a, Ed. Porrúa, México-1966, págs. 313 y 314.

samente estas dos normas las que conforman el fundamento que preside al ejercicio de la acción en su carácter abjetivo. Figura en torno al cual se han introvertido desmesuradas polémicas, cuya inquietud principal se inclina discutir acerca de la autonomía o identidad del derecho de ----- acción respecto del derecho consignado en la norma jurídica; problemática que resulta un tanto inadecuada para el presente trabajo, por lo consiguiente nos limitaremos a exponer los siguientes conceptos:

El connotado procesalista Gómez Lara, concretiza a la Acción diciendo: "Entendemos por acción el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función --jurisdiccional." (2)

Por su parte, el tratadista Ovalle Favela al respecto nos --proporciona su concepto a cerca de la palabra acción, que constituye --uno de los conceptos básicos de la disciplina procesal;

"Acción.- como derecho facultad, poder o posibilidad jurídica de las partes, para provocar la actividad del órgano jurisdiccional del estado, con el objeto de que resuelva sobre una pretensión litigiosa." (3)

En síntesis y desde el punto de vista genérico la acción, es una modalidad del derecho de petición que se traduce lisa y llanamente-- en la prerrogativa o facultad de .que tienen las personas tanto físicas como morales de incitar el funcionamiento de los órganos jurisdiccional--les.

-
2. Gómez Lara, Cíprano, "Teoría General del Proceso", ed. 6a., Ed. Porrúa, México 1987, pág. 111.
 3. Ovalle Favela José, "Derecho Procesal Civil", ed. 3a., Ed. Harla, México 1969, pág. 6.

Es decir, las partes tienen ese derecho de poder ejercitar o no el órgano del Estado para resolver el litigio o controversia entre - las partes.

3.2. La acción hipotecaria.

No existe propiamente una acción hipotecaria sino que, correlación a las hipotecas hay siete acciones hipotecarias que pueden ser intentadas, pero antes de mencionarias y entrar en su desarrollo consideramos necesario hacer primero o establecer que el Código de Comercio no establece concepto alguno al respecto.

Las acciones que se pueden intetar se encuentran contenidas en los Artículos 12, 468, 755, 756, 660, 662, 663, todos ellos del Código de Procedimientos Civiles, y son las siguientes:

- a).- Acción constitutiva de hipoteca;
- b).- Acción de cancelación;
- c).- Acción de pago de hipoteca;
- d).- Acción de prelación;
- e).- Acción de la inscripción del crédito hipotecario;
- f).- Acción de la división;
- g).- Acción de la ampliación de la hipoteca.

Y se les conoce comunmente con el nombre de acción hipotecaria, es aquélla que mediante su ejercicio se obtiene el pago de la hipoteca, aunque ésta es imposible dividiría en dos debido a la naturaleza - jurídica de cada una por ser diferentes, unas son reales y otras son personales.

El objeto de la acción hipotecaria, es el pago del crédito hipotecario. Para lograr esto, el legislador ha establecido el juicio hipotecario cuyo fin inmediato es:

- * Que el deudor siga en posesión del bien hipotecado;
- * Que con sus bienes pueda hacerse pago del crédito;
- * Que salga a remate la finca o los bienes hipotecados y se aplique su precio a dicho pago.

En consecuencia el acreedor esta en aptitud de embargar bienes diversos del hipotecado, con la acción hipotecaria que se estructura en torno de la cédula hipotecaria y de los efectos propios que ella produce.

Ahora bien, analicemos a cada una de las acciones antes mencionadas, y veamos si la naturaleza jurídica de ella, podemos tomar la pauta sobre el cuál es la vía a seguir en los juicios hipotecarios.

Las acciones que el Artículo 12 llama hipotecarias, son las siguientes: (Código de Procedimientos Civiles)

a).- Acción constitutiva de hipoteca.

Esta acción se refiere a los casos en que la hipoteca se ha de contratar conforme a lo estipulado por un contrato o un testamento. No debe confundirse el contrato constitutivo de hipoteca con el contrato en que una persona se obliga a constituir una hipoteca u ordenar su constitución; por que en el primer caso, la hipoteca se encuentra propiamente constituida habiendose otorgado la garantía real y, en el caso del que nos ocupamos, no existe tal, sino que la acción encaminada al logro de la

hipoteca.

En cuanto a la naturaleza de la acción, al respecto el ilustrado Pallares sostiene el criterio de que se trata de una acción personal argumentando que :

- * Que deriva de un derecho personal y no real;
- * Solamente puede ejercitarse en contra de determinadas personas;
- * No tiene como objeto la persecución de un bien determinado;
- * Aunque persigue la constitución de un derecho real, no presupone la existencia de un derecho real. (4)

Según lo dispone el Artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la vía a seguir en el ejercicio de esta acción es la vía especial hipotecaria.

b).- Acción de cancelación.

Esta acción puede intentarse por el poseedor del bien sobre el cual pesa el gravamen, para pedir la cancelación total o parcial de la hipoteca y mediante el ejercicio de esta acción se obtiene la declaración de libertad o reducción de gravámenes que soporte el bien hipotecado.

Esta acción, es en parte declarativa y en parte de condena por que el fin que persigue el actor, es la declaración de que sólo existe parcialmente el gravamen o la negación de la existencia del mismo, y a -

4. Pallares, Eduardo, "Tratado de Acciones Civiles", ed. 3a., El. Botas, México 1962, - pág. 262.

través del Artículo 10 del ordenamiento procesal, nos indica que es posible obtener la cancelación total o parcial de la hipoteca, por ésta se realiza en bienes inmuebles.

De acuerdo con la opinión del procesalista Pallares, que la acción es real, declarativa en parte y por otra de condena por que los fines que persiguen con ella son:

- a').- La declaración del libertad total o parcial del inmueble de que se trate.
- b').- La cancelación en el Registro Público de la Propiedad de la inscripción hipotecaria, o su anotación cuando la cancelación sea parcial.
- c').- El pago de daños y perjuicios que la existencia aparente de la hipoteca haya producido al poseedor del inmueble. (5)

El titular de este derecho, para la cancelación de la hipoteca, será el poseedor a título de dueño del bien hipotecado y se ejercita en contra del acreedor hipotecario aparente o real.

Por último, la naturaleza jurídica de esta acción es la real por que deriva de un derecho real, el de propiedad; sin embargo, Pallares considera dudosa esta naturaleza real, en virtud de que solamente puede ejercitarse en contra de una persona determinada, el acreedor real o supuesto de la hipoteca .

5. Pallares, Eduardo, Ob. cit. pág. 269.

c).- Acción de prelación.

La acción de prelación, hace valer un derecho preferente -- con relación a otro, en lo que el pago concierne, no ejercita solamente -- contra el deudor hipotecario, sino también contra los otros acreedores hi potecarios. El fin que se persigue es discutir la prelación o graduación-- del crédito garantizado con la hipoteca. La prelación se fija por la fecha en que fue inscrito el título de la hipoteca en el Registro Público -- de la Propiedad, haciendo valer el principio de que "El que es primero en tiempo es primero en derecho."

Cabe hacer una distinción en cuanto, si la prelación es en -- relación a créditos que no son preferentes, o sea, que no son créditos -- derivados de contratos o convenios, diferentes a la prenda o a la hipote ca o a deudas fiscales y salarios, sí se tomará en cuenta su naturaleza -- de derecho real preferente, y cuando sea el caso de lograr prelación contra derechos de igual naturaleza, la prelación va con relación a la prime ra inscripción.

En cuanto al procedimiento para hacer valer el derecho de -- prelación, en el Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal, -- rigen las siguientes disposiciones:

1.- La prelación puede discutirse en juicio sumario, conforme a lo dispuesto por el Artículo 430 en su fracción X y el Artículo 468.

2.- También es preferente una tercería preferente de acuerdo con los Artículos 660 y 666.

3.- Cuando dos o más acreedores intenten la acción de prelación se decide la controversia en un solo juicio si todos están conformes.

En caso contrario, deberá abrirse el juicio de concurso necesario. Artículos 447 y 669 .

4.- Los acreedores hipotecarios no están obligados a esperar el fin del concurso, para obtener el pago de sus créditos, Artículo 756.

d).- Acción de división.

Esta acción es de naturaleza jurídica personal, ya que los dueños de las fracciones solamente intentarán la acción en contra del acreedor hipotecario como es el caso de los predios en copropiedad.

La división de la hipoteca, fue innovación por el Código Civil de 1928, ya que el de 1884 la consideraba como indivisible.

e).- Acción de inscripción.

El Artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles nos estatuye: "Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en caso, contra los otros acreedores."

De lo dispuesto anteriormente en el Artículo mencionado con anterioridad se desprende que la acción hipotecaria de inscripción se intentará contra el propietario del bien hipotecado, y de esta forma nunca se logrará lo que se pretende en virtud de que la inscripción no es un acto que pueda llevar a cabo un particular, sino que esta acción es exclusiva de un funcionario público, el encargado del Registro Público de la Propiedad y es por ello que la acción se intentará en contra de éste y no en contra de los acreedores ni del dueño, pero como señala Eduardo Pallares que pudiera darse el caso que para poder llevar a cabo la inscripción

ción, es necesario la presentación del título y si el interesado no la tiene en su poder, había necesidad de solicitar o intentar una acción de presentación, con esto nos referimos a que el tenedor se le obligue a presentar el título para ser registrado.

Ahora bien, en lo que respecta a la acción de inscripción -- ésta se ejercitará únicamente en contra del encargado del registro cuando se niegue a llevar a cabo la inscripción.

f).- Acción de Ampliación de hipoteca.

Esta acción guarda similitud con la acción de constitución de hipoteca, ya que ésta, es propiamente de constitución, en virtud de que se pretende gravar con la hipoteca otros bienes propiedad del deudor hipotecario, por que por demérito del bien hipotecado, éste ya no es bastante para garantizar el crédito, o que el bien pueda soportar un gravamen mayor, o sea que el deudor solicita al acreedor una ampliación de -- crédito sobre el bien. La ampliación de la hipoteca puede ser voluntaria o legal; es legal cuando el bien o los bienes sobre los que recae la hipoteca no es o no son suficientes para garantizar, y será voluntaria cuando por acuerdo de las partes estén conformes en ampliar el crédito garantizado .

g).- Acción de pago o condena de hipoteca.

El ejercicio de la acción hipotecaria para obtener el pago -- por parte del acreedor, viene a configurar el juicio al que propiamente se le denomina juicio hipotecario, y su tramitación, en el Código de Procedimientos Civiles, está sujeta a una reglamentación especial. Con el --

ejercicio de esta acción de pago, el titular del derecho pretende llevar a remate el bien garantizante de la obligación, y así, con su producto-obtener el pago. Así, pues, como ya se trato en puntos anteriores que, - el juicio comprende desde la demanda hasta el remate del bien hipotecado; conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civiles, se comprenderá en esa legislación desde la fijación de la Cédula Hipotecaria-hasta el remate.

Solo cabe hacer mención que la acción hipotecaria dentro de la jurisprudencia, cuando se trate de hipoteca constituida sin poder suficiente estatuye que:

"La falta de derecho para hipotecar, no debe confundirse con la falta de mandato; la primera está sancionada con la nulidad de la hipoteca, en tanto que la segunda puede ser purgada por la ratificación de aquel cuya representación no será afecta en el momento, de celebrarse el - contrato." Amparo Manuel Guízar Valencia, a páginas 1540 del tomo 26 del Seminario Judicial de la Federación.

Lo anterior es sólo una aplicación del Artículo 1802 del Código Civil del Distrito Federal, que a la letra dice:

"Los contratos celebrados a nombre de otro por - quien no sea su legítimo representante, serán nulas, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, lo ratifique antes de que se retrac--ten por la otra parte. La ratificación debe ser - hecha con las mismas formalidades que para el con- trato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación, el otro contra- tante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrato."

Por lo consiguiente este precepto nos indica que todo contrato deberá reunir los requisitos del contrato en general tratandose de - algún título en particular.

3. 3. El Juicio Especial Hipotecario.

La naturaleza de estos juicio, porque no solo existe éste -- juicio especial que estamos tratando sino existen más pero serán dados - a conocer después, son juicios que se consideran más rápidos, menos pesados y menos difíciles, ágiles en su tramitación, por que implican acortamiento en los lapsos, menos formalidades para llegar a más rápido a una-sentencia.

Por consiguiente por constituir un proceso diferente lleva -- consigo reglas diferentes para estos, contenidos dentro del Código de -- Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los juicio o procedimientos especiales como algunos autores - prefieren decirles, son los que a cosntinuación se han enumerado:

- 1.- Juicio Ejecutivo.
- 2.- Juicio Hipotecario.
- 3.- Juicio especial de Desahucio.
- 4.- Juicio Arbitral.
- 5.- Juicio en Rebeldia.
- 6.- Tercerías.
- 7.- Divorcio por mutuo Consentimiento.
- 8.- Concursos.

9.- Juicios Sucesorios.

10.- Jurisdicción Voluntaria.

11.- Controversias del orden Familiar.

12.- Procedimiento especial de la Justicia de Paz.

Cabe hacer mención que el procedimiento especial puede surgir: "Por la naturaleza de la pretensión que se hace valer (juicio Ejecutivo, hipotecario, desahucio, divorcio por mutuo consentimiento, concursos, jurisdicción voluntaria, controversia del orden familiar, procedimiento especial de la justicia de paz); por la existencia de una cláusula compromisoria arbitral que obligue a las partes a no acudir al proceso jurisdiccional en el árbitro o juez privado (juicio arbitral); finalmente con verdaderos accidentes procesales, como la inactividad procesal de una parte (juicio en rebeldía), o la necesidad de admitir en un proceso ya iniciado, la presencia de un tercer interesado que viene a deducir una pretensión propia pero vinculada al tema del proceso inicial --- (tercería)." (6)

Ahora pasemos a estudiar el juicio especial hipotecario.

Las características de este juicio son las siguientes:

a).- Es juicio especial;

b).- Juicio posesorio por que mediante él, el actor obtiene la posesión jurídica del inmueble hipotecado por el mecanismo de la cédula hipotecaria;

6. Gómez Lara, Cípriano, "Derecho Procesal Civil", ed. 5a., Ed. Trillas México 1989, pág. 177.

- c).- Juicio de cognición limitada cuando en la sentencia definitiva se declara improcedente la vía hipotecaria;
- d).- Juicio de ejecución porque supone un título ejecutivo y se inicia con la expedición, fijación, publicación y registro de la cédula hipotecaria y el embargo de la finca;
- e).- En él se divide la Jurisdicción entre el juez y el ejecutor;
- f).- Juicio de condena.

Solamente cabe establecer que las acciones que dan lugar a este tipo de juicio lo son las del pago del crédito hipotecario, y prelación y pago del mismo crédito.

Los presupuestos del juicio hipotecario son:

- a).- La existencia de un crédito hipotecario debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Como excepción, y siendo una innovación introducida por el Código Procesal del Distrito en su Artículo 469, que nos estatute:

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

Es decir, que es posible entablar un juicio hipotecario aun que no exista previamente una inscripción en el Registro, pero supone una condición que el bien este registrado a nombre del demandado y siempre y cuando no exista una inscripción de embargo o algún otro gravamen sobre

el bien hipotecado.

b).- Otro presupuesto lo es, el crédito de plazo cumplido, o que deba anticiparse conforme a lo dispuesto en los Artículos 1959 y --- 2907 del Código Civil.

Consideramos que el Código de Procedimientos Civiles en su parte final y al hacer alusión al Artículo 2907 del Código Civil considerando que este precepto se refiere al caso en que el crédito hipotecario deba anticiparse está haciendo aplicabilidad inexacta. Como lo dice el legislador, que para mayor claridad se transcribe la segunda parte del propio precepto:

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

Consideramos que en nada se refiere el caso en que deba darse por anticipado el cumplimiento de un crédito hipotecario, sino que según se infiere de la lectura de dicho precepto, éste se refiere únicamente al caso en que el bien que ha sido hipotecado o bien dado en garantía, lo cual es lógico que recaiga el gravamen hipotecario, deja de ser suficiente para la seguridad de la deuda por lo que se haya constituido la hipoteca; es decir, que habiéndose hecha por determinadas circunstancias insuficiente el bien hipotecado, con o sin culpa del deudor. Se faculta al acreedor a exigir que se mejore la garantía dada, sujetándose a la mejora de la garantía a juicio de peritos, con el fin de garantizar la

obligación principal.

Iniciación del juicio hipotecario.

Se inicia mediante la expedición, publicación, fijación y registro de la cédula hipotecaria y el embargo de la finca, todo lo cual-- ordena el juez en el auto en que admite la demanda.

Con lo que respecta a la cédula hipotecaria este es un documento que con tiene las mercedes que enuncia el Artículo 478 del Código de Procedimientos Civiles. Debe de estar firmada por el juez y autorizada-- por el secretario.

La misma, producirá ciertos efectos jurídicos como:

A.- Sujeta la finca a la jurisdicción del juez de los autos-- y a las resultas del juicio;

B.- Efectúa un cambio en la posesión de los inmuebles, de --- acuerdo con lo que dispone el Artículo 481 que a la letra dice:

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

Y en caso de que el deudor no acepte la depositaría, la posesión del inmueble pasa al actor, según lo dispone el Artículo 482 del -- mismo precepto legal.

C.- Sujeta al inmueble a una especie de prohibición contenida en la cédula.

Por otro lado, la manera de formar las actuaciones relativas al juicio hipotecario se harán de dos maneras o secciones: la principal y la de ejecución, según lo contenido dentro del Artículo 471 del ordenamiento legal citado.

Por otra parte, los requisitos que debe tener la sentencia - que se pronuncie en los juicios hipotecarios, será la que en ella el juez resolverse sobre la procedencia de la vía hipotecaria, aunque no se haya realizado la objeción por parte del demandado. Si el juez la declara procedente resolverá sobre los derechos controvertidos y el juicio será de cognición completa. Y si por lo contrario se declarará improcedente, se reservarán los derechos del actor para que los haga valer en el juicio - diverso.

En todo este juicio lo que se quiere es el remate de la finca y el pago del acreedor con el precio que se obtenga de la venta del bien hipotecado.

3. 4. Importancia y Justificación.

Es innegable la importancia que tiene la hipoteca, como institución que genera el apoyo que se necesita para poder realizar ciertos actos jurídicos que sin ella no se realizarán.

Es verdad que ésta es una figura que se conocía desde el Derecho Romano y que se expandió a todo el mundo conocido (Europa), y se desarrolló en países como Francia, Alemania, Italia e Inglaterra y llega a nosotros por la influencia del derecho francés a través del Código de

Napoleón que fue determinante en la creación del Código Civil Mexicano.

Como puede deducirse de las páginas anteriores de las que se realizó el estudio de esta figura jurídica; constituye un instrumento -- generador de obligaciones personales que se garantizan por derechos reales, principalmente sobre bienes inmuebles.

En nuestros días la hipoteca constituye uno de los contratos más comunes para garantizar ciertas obligaciones constituyendo en muchos de los casos el soporte de los negocios u operaciones comerciales a nivel nacional o interno como al exterior o al nivel internacional.

Su importancia se encuentra en todo tipo de operaciones, pero en cuanto al tratado de libre comercio, entre México, Estados Unidos y - Canadá su auge, esperando que permita el desarrollo del comercio y represente el soporte de todo un sistema de normas aplicables a ciertos actos de especulación comercial, estos es, viene a contribuir una fuente del - derecho mercantil.

3. 5. La Acción Hipotecaria en la vía Ejecutiva Mercantil

Para dar inicio al presente tema debemos señalar lo que se - debe entender por juicio ejecutivo mercantil, a lo cual tenemos "Es el - que tiene por objeto hacer efectivos los derechos de crédito consignados en el título valor, por existir una confesión de deuda. Estos título per tenecen al tráfico mercantil.

Si se permite al actor acudir a un proceso de esta naturaleza, es debido a que el crédito documentado existe *prima facie*, por lo que

se le llama documento garantizado, voz que proviene del antiguo calificativo "guarentigio". Por constar el crédito garantizado prima facie, el juzgador está en posibilidad de dictar limine litis, un auto de requerimiento de pago, para que en el supuesto de que el demandado no lo efectúe en el momento de la diligencia de dicho requerimiento, se proceda a garantizar el deudor mediante el embargo de bienes de la propiedad del demandado que sean suficientes." (7)

El juicio Ejecutivo Mercantil, es aquel que se lleva a cabo cuando la base de la acción son títulos ejecutivos y da origen a la acción cambiaria, que podrá ser dictada en vía de regreso.

El juicio esta regulado en los Artículos 1391 al 1414 del Código de Comercio, y comprende lo siguiente:

El Artículo 1391 del ordenamiento citado hace una numeración de los supuestos, que procede el juicio ejecutivo mercantil:

- I.- La sentencia ejecutoriada;
- II.- Los instrumentos públicos;
- III.- La confesión judicial del deudor;
- IV.- Las letras de cambio, libranzas, vales, pagarés;
- V.- Las pólizas de seguros;
- VI.- La desición de los peritos designados en los seguros;
- VII.- Las facturas, cuentas corrientes y cualquiera otro contrato de comercio firmado y reconocidos judicialmente-

7. Obregón Heredia, Jorge, "Enjuiciamiento Mercantil", ed. 4a., Ed. Porrúa, México 1990, pág. 24.

por el deudor.

De acuerdo con el Artículo 1392 del mismo ordenamiento, el juicio se inicia con la presentación de la demanda por parte del actor acompañada del documento base de la acción y el juez preverá el auto, -- con efecto de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y no haciendolo se le embargen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, hecho el embargo se emplazará al de mandado para que en el término de cinco días comparezca ante el juzgador a hacer el pago de la cantidad demandada o a poner las excepciones que tuviere.

Por ello existirán dos procedimientos, el primero cuando se trate de sentencias ejecutoriadas y el otro cuando sea cualquier documento.

Las excepciones que se hagan valer, deben ser acompañadas -- por documento probatorio de lo contrario no serán admitidas.

La parte actora podrá objetar las pruebas y se concederá un -- término de diez días (Artículo 1406) y concluido éste se citará a una -- audiencia verbal que se verificará dentro de los tres días siguientes.

En el segundo caso el deudor contestará la demanda y para el cual se conserderá un término de quince días para ofrecer pruebas, con-- cluido éste se mandará hacer la publicación de probanzas y se entrega-- ran los autos, primero al actor y luego al demandado por cinco días a -- cada uno para alegatos y transcurrido el término se dará citación y den--

tro de los ocho días siguientes se pronunciara sentencia. (Artículos --- 1405 al 1407 del Código de Comercio)

En particular la acción hipotecaria, en vía ejecutiva mercantil es procedente y se constituye con pretensión del acreedor de exigir una obligación, que este caso será ejercer y por consecuencia la ejecución para garantizar su deuda, y que se constituye sobre un bien inmueble.

Como lo dispone el Artículo 1392 del Código de Comercio, el acreedor presentará una demanda, con todos los requisitos de los cuales este ordenamiento es omiso y acudiendo a la norma supletoria al Artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles, si cumple con lo señalado, el juez competente para conocer será el del Distrito Federal, o el Civil (de la ciudad donde se tramite el asunto); del fuero local; podrá resolver inicialmente según proceda; a).- admitir, b).- prevenir, c).- desechar, la primera cuando sea conforme a derecho; prevenir en caso de obscurida o si faltare algún requisito, y por último desechar en caso contrario a derecho.

Si admite la demanda dictará un auto con efecto de mandamiento en forma, para que: primero.- se requiera al deudor de pago, segundo en caso contrario embargar bienes suficientes para garantizar y tercero-emplazarlo.

En el caso de la hipoteca la demanda debe hacerse acompañar, con documento básico de la acción, esto es, de la cédula hipotecaria que deberá contener todos los requisitos para que pueda tener sus efectos --

jurídicos.

Si el deudor se presentará a la diligencia de emplazamiento y se le requiere de pago y este paga en el juicio este concluirá, pero -- sino lo hace se le embargaran bienes que garanticen la deuda o que proteja la cédula hipotecaria.

El embargo que se realice será provicional y deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad con los datos contenidos en la Cédula Hipotecaria.

Cuando el demandado contesta la demanda el juez dicta un auto donde tenga por contestada la demanda y dará vista por tres días a la parte actora para que manifieste lo que a su derecho convenga, pero puede darse el caso de que exista la reconvencción (contrademanda realizada por la parte demandada), y entonces se emplazará al actor para que la -- conteste en cinco días y se resolverá como un juicio aparte pero en el mismo en que se actúa.

Si se requieren pruebas el juez dará un término de quince -- días para ambas partes; haciendo el computo correspondiente y certificándolo para que surta efectos jurídicos y notificando a la parte él mismo.

Concluido éste, dicta un auto en el cual podrá admitir o desechar pruebas ofrecidas por las partes y señalará el día y hora para su desahogo y se procederá a la publicación de probanzas y se entregaran -- los autos, primero al actor y luego al demandado por el término de cinco días a cada uno para que aleguen lo que a su derecho convengan.

Concluido éste término previa citación y dentro de los ocho

días siguientes, el juez deberá dictar sentencia.

Si el demandado no probó sus excepciones o defensas, se le-- condenará al pago de las pretensiones reclamadas por el actor y podrá -- concedersele un término de cinco días para que pague y en su caso habra-- lugar al remate del bien hipotecado o bien inmuebles embargados y con -- ello se pague al acreedor.

La parte demandada una vez que a concluido el juicio, podrá-- impugnar la resolución mediante el recurso de apelación, y en su caso el juicio de garantías y amparo indirecto, que debe conocer la primera Sala del Tribunal Superior de Justicia local o en su caso en materia Federal, cuando la resolución impugnada proviene de un juez de Distrito, conocerá el Tribunal Unitario de Circuito; en el caso del amparo conocerá el Tri-- bunal Colegiado de Circuito.

Si la sentencia a causado estado, esto es, efecto de cosa -- juzgada y no procede medios de impugnación alguno, es firme y podrá eje-- cutarse.

De conformidad con los Artículos 1410, 1411 y 1412 del Cód-- igo de Comercio, se debe seguir el orden o los pasos: la sentencia de re-- mate.

3. 6. Forma y Función.

El presente tiene como fin realizar un análisis de los razo-- namientos adecuados para establecer la función que desempeña el Juicio - Ejecutivo Mercantil como instrumento para hacer efectivos los derechos -

que se derivan de un contrato de hipoteca, cuestión que fue analizada en páginas anteriores.

No podemos dejar a un lado que la hipoteca tiene un procedimiento especial, que tiene como fin primordial regular los pasos para que se ejerza el derecho nacido al actor y obligación garantizada, pero desafortunadamente este genera ciertos problemas para su ejercicio por lo --cual el juicio ejecutivo mercantil, que también es especial proporciona la alternativa esperada como actualmente podemos ver que la mayoría de -- estos contratos lo realizan sujetos de derecho mercantil, siendo los bancos por su propia naturaleza los que pueden realizar especulaciones comerciales, por lo tanto esta adquiere el carácter comercial.

3. 7. Importancia y Características.

La importancia que representa la vía hipotecaria en el juicio ejecutivo mercantil presenta su grandeza a instituciones pues tienen las características de títulos de crédito, como lo es la cédula hipotecaria, sino representa una alternativa para el no estancamiento de la actividad económica que se ve afectada con procedimientos que según esperadas pero el mismo representa obstáculos para alcanzar el fin que el legisla--dor tenía previsto o tuvo para crear dicha ley.

Afortunadamente la hipoteca representa, un gran apoyo a la -- actividad comercial o a los actos de especulación comercial, que como ha quedado establecido es el fundamento base del derecho mercantil.

Para aclarar lo anterior se hace un cuadro comparativo entre el Juicio Ejecutivo Civil y el Juicio Ejecutivo Mercantil.

CONTRATO DE HIPOTECA

Juicio Ejecutivo Civil

- 1.- Demanda
- 2.- Emplazamiento del demandado
- 3.- Contestación de la demanda
- 4.- Etapa probatoria
- 5.- Alegatos
- 6.- Sentencia
- 7.- Ejecución
- 8.- Medios de Impugnación

Juicio Ejecutivo Mercantil

- 1.- Demanda
- 2.- Requerimiento
- 3.- El embargo
- 4.- Ejecución

Como es de apreciarse, se siguen más pasos en un juicio ordinario Civil que en un Juicio Ejecutivo Mercantil por lo cual se obtiene más rápidamente la garantía del pago.

Al momento de ejercitarse la acción hipotecaria en la vía ejecutiva mercantil se le agrega la de ser ejecutivo, ya que se genera la ejecución del mismo al momento de la diligencia de emplazamiento.

3. 8. Ventajas y Beneficios.

El presente tema se encuentra íntimamente ligado con los anteriores.

Las ventajas que representan para el acreedor hipotecario -- es que mediante el juicio ejecutivo mercantil por ser sumario es más rápido que un ordinario civil por lo que puede obtener desde el momento -- del emplazamiento del deudor y una vez que se a dictado el auto de embargo el aseguramiento del pago de la deuda mediante la ejecución, esto es, el remate de los bienes embargados.

Otra de las ventajas que tiene este tipo de juicios es en--- cuanto a la rapidez en su tramitación ya que no se estanca como el juicio ordinario civil ya que los términos para cada una de las etapas en -- el juicio mercantil son más cortos que en el civil.

Lo natural de entablar un juicio de esta indole es el poder-- obtener el pago de la obligación que lleva a generar como consecuencia-- lógica riqueza o la especulación, misma que por ser la de obtener ganancia, en este caso la obtienen los bancos al prestar un crédito hipotecario a los particulares, es una especulación mercantil que maneja el Código de Comercio en su Artículo 75 en donde hace un listado en el cual reputa cuales son los actos de comercio y entre ellos a los títulos que -- traen aparejada ejecución (como lo es la cédula hipotecaria)

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Contrato en General por ser un acuerdo de dos o más personas trae como consecuencia la creación, transmisión, modificación o la extinción de los derechos y obligaciones de las partes que desean contratar.

SEGUNDA.- Como consecuencia de ser una rama del contrato en general, la hipoteca viene a significar algo distinto, pero no deja de ser contrato por lo que el deudor o tercero concede a un acreedor el derecho de realizar el valor de un determinado bien enajenable pero sin la entrega de la posesión del bien sino hasta el momento de la exigencia del cumplimiento de la obligación en caso de no poder cumplir con el pago.

TERCERA.- Se establece que existirá un crédito hipotecario cuando este se encuentre debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad de ahí que se diga que la obligación recae sobre bienes inmue-

bles, y que algunos códigos de la República así lo establecen.

CUARTA.- Se establece que el proceso es una de -- las partes componente de la triología-- estructural pero muy distinto a lo que se pudiera entender por procedimiento -- ya que la propia palabra tiene una deri vación muy distinta a las demás y solo es parte del procedimiento, es decir, -- que forma parte del mismo pero no son -- semejantes tan solo por que tienen di-- versa utilidad.

QUINTA.- Al juicio tambien se suele confundir -- con proceso, figura que por su signifi- cación es distinta ya que juicio alude a una parte del proceso y el proceso lo es todo por que abarca al procedimiento al juicio mismo hasta llegar a la sen-- tencia.

SEXTA.- La acción viene a constituir otra figu- ra importante para el derecho ya que-- esta representa la facultad jurídica -- que tienen las partes para incitar al-- órgano jurisdiccional del Estado para --

que resuelva sobre una controversia litigiosa.

SEPTIMA.- La acción hipotecaria es uno de los derechos que permite que se obtenga el pago de la hipoteca cuando se ha ejercitado esta acción por el acreedor hipotecario aun que el acreedor no este en posesión del bien que garantice la hipoteca salvo cuando el deudor se reuce a pagar.

OCTAVA.- Un juicio hipotecario por via ejecutiva mercantil, por ser un juicio especial es más expedita por lo cual hace efectivo el pago del crédito mediante el embargo provisional bien sea para que pague el deudor o en su caso rematar los bienes y se obtenga la garantía.

NOVENA.- El Juicio Ejecutivo Mercantil viene a ser un juicio especial debido a que mediante la cédula hipotecaria se puede obtener la posesión del bien inmueble mediante este juicio de forma más pronta que una ordinaria al momento de dictarse auto de embargo.

DECIMA.- Es de suma importancia el juicio ejecutivo mercantil debido que al ejercitarse la acción hipotecaria por esta vía-- por que las características que presenta son tendientes a ser mercantiles por que se busca una especulación comercial debido a que el sujeto del derecho es - un banco con un particular.

Por lo que debiera de ser regulado por el Código de Comercio como otra figura- esto es, que cuente con un apartado para que los contratos que se realicen en tre particulares se lleven en un juicio ordinario civil, y los contratos de hipoteca que se realicen entre el banco y un particular se lleven en un juicio -- ejecutivo mercantil.

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

LEGISLACION.

- * Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- * Código Civil Comentado, de Muñoz Luis, ed. Lex, vol. I,- México 1946.
- * Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- * Código de Comercio.

DOCTRINA.

- * Alcalá Zamora y Castillo, Niceto,
"Derecho Procesal Mexicano",
Ed. Porrúa, Tomo I, México 1976.
- * Arellano García, Carlos,
"Derecho Procesal Civil",
Ed. Porrúa, México 1981.
- * Arellano García, Carlos,
"El Juicio de Amparo",
Ed. Porrúa, México 1982.
- * Becerra Bautista, José,
"El Proceso Civil en México",
ed. 7a., Ed. Porrúa, México 1979.
- * Bejarano Sánchez, Manuel,
"Obligaciones Civiles",
ed. 3a., Ed. Harla, México 1984.

- * Bennecase, Julien,
"Elementos de Derecho Civil"
ed.1a., Ed. Porrúa, Argentina 1980.
- * Borja Soriano, Manuel,
"Teoría General de las Obligaciones"
ed. 9a, Ed. Porrúa, México 1984.
- * Burgoa Orihuela, Ignacio,
"El Juicio de Amparo"
ed. 23a, Ed. Porrúa, México 1986.
- * Calvo M., Octavio y Arturo Puente y F.
"Derecho Mercantil"
ed. 39a., Ed. Banca y Comercio, México 1991.
- * Dominguez del Río, Alfredo,
"Compendio Teórico Práctico del Derecho Procesal"
ed. 4a, Ed. Porrúa, México 1977.
- * Guademet, Eugene,
"Teoría General de las Obligaciones"
ed. 2a, Ed. Porrúa, México 1984.
- * Gómez Lara, Cípriano,
"Derecho Procesal Civil"
ed. 3a., Ed. Harla, México 1989.
- * Gómez Lara, Cípriano,
"Teoría General del Proceso"
ed. 7a., Ed. UNAM, México 1987.
- * Ovalle Favela, José,
"Derecho Procesal Civil"
ed. 3a., Ed..Harla, México 1989.

- * Pallares, Eduardo,
"Tratado de Acciones civiles"
ed. 3a., vol. IV, "contratos en particular", ---
Ed, Porrúa, México 1970.
- * Rojina Villegas, Rafael,
"Derecho Civil Mexicano"
ed.5a.,Ed. Porrúa, México 1984.
- * Rojina Villegas, Rafael,
"Elementos de Derecho Civil Mexicano"
ed. 3a, vol. IV, Ed. Porrúa, México 1970.
- * Sánchez Medal, Ramón,
"De los Contratos Civiles",
ed. 10a., Ed. Porrúa, México 1989.
- * Zamora Pierce, Jesús,
"Derecho Procesal Mercantil",
ed. 5a., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, Méxi
co 1991.
- * Zamora y Valencia, Miguel Angel,
"De los Contratos Civiles"
ed. 1a., Ed. Porrúa, México 1981.

DICCIONARIOS

- * De Pina Vara, Rafael
"Diccionario de Derecho"
ed. 9a., Ed. Porrúa, México 1980.
- * Pallares, Eduardo,
"Diccionario de Derecho Procesal Civil"
ed. 3a., Ed. Porrúa, México 1982.

* García de Diego, Vicente,
"Diccionario Etimológico Español e Hispanico"
Ed. S.A.E.T.A., Madrid.