

300609
31
2eje.



UNIVERSIDAD LA SALLE

**ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.**

**LA GARANTIA DE AUDIENCIA EN EL JUICIO
ESPECIAL HIPOTECARIO SEGUIDO
EN REBELDIA**

TESIS PROFESIONAL
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
JOSE ANTONIO MEDINA FANJUL

Director de Tesis: Lic. Gonzalo Vilchis Prieto

México, D. F.

1994

**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.

A MIS PADRES:

Con mi más profundo amor y agradecimiento, por que con todo su amor y apoyo me han formado como una persona recta. Les debo todo.

A MIS HERMANOS:

Con admiración, por que han sido un gran ejemplo en mi vida, les agradezco todo el cariño y apoyo que me han dado a lo largo de todos estos años.

A MI FAMILIA:

Por estar conmigo en todo momento.

A LA FAMILIA DUEÑAS:

Mi eterno agradecimiento, por todas las atenciones que he recibido de su parte.

AL LIC. EZRA JIMENEZ ZARATE:

Por toda su amistad, ayuda y confianza que me ha brindado a lo largo de mi desarrollo profesional.

AL LIC. GONZALO VILCHIS PRIETO:

Agradeciendo todas las atenciones que ha tenido conmigo a lo largo de mi carrera.

**"LA GARANTIA DE AUDIENCIA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO,
SEGUIDO EN REBELDIA".**

INTRODUCCION.....1.

I.- ANTECEDENTES DE LA GARANTIA REAL Y PERSONAL.

1.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO..... 3.
2.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO FRANCES..... 11.
3.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL..... 17.
4.- ANTECEDENTE EN EL DERECHO MEXICANO..... 20.

II.- GENERALIDADES DE LA GARANTIA.

1.- CONCEPTO DE GARANTIA..... 27.
2.- CLASES DE GARANTIA..... 29.
3.- OBJETO DE LA GARANTIA..... 38.

III.- LA HIPOTECA.

1.- GENERALIDADES..... 43.
2.- CONCEPTO DE HIPOTECA..... 45.
 2.1.- CONCEPTO..... 45.
 2.2.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE HIPOTECA..... 48.
3.- CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE HIPOTECA..... 51.
4.- CLASES DE HIPOTECA..... 54.
5.- ELEMENTOS DEL DERECHO DE HIPOTECA..... 55.
 5.1.- ELEMENTOS PERSONALES..... 55.
 5.2.- ELEMENTOS REALES..... 56.
 5.3.- ELEMENTOS FORMALES..... 57.
 5.3.1.- FORMALIDADES DEL ACTO HIPOTECARIO..... 57.
 5.3.2.- INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE
 LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO..... 58.
6.- TERMINO Y CAUSAS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA..... 61.
 6.1.- TERMINO DE LA HIPOTECA..... 61.
 6.2.- CAUSAS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA..... 62.

IV.- ANALISIS DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL, PARRAFO SEGUNDO.

1.- GENERALIDADES DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL.....	65.
2.- CONCEPTO DE GARANTIA DE AUDIENCIA.....	67.
2.1.- CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	67.
2.2.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL....	68.
2.3.- CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.....	69.
2.4.- INTERPRETACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS GARANTIAS INDIVIDUALES CON LOS ELEMENTOS DEL SE -- GUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL (GA -- RANTIA DE AUDIENCIA).....	71.
3.- TITULARIDAD DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA.....	73.
4.- ELEMENTOS QUE COMPONEN LA GARANTIA DE AUDIENCIA.....	75.
4.1.- ANALISIS DEL PRIMER ELEMENTO.....	76.
4.2.- ANALISIS DEL SEGUNDO ELEMENTO.....	78.
4.3.- ANALISIS DEL TERCER ELEMENTO.....	80.
4.4.- ANALISIS DEL CUARTO ELEMENTO.....	86.
5.- BIENES JURIDICOS TUTELADOS POR LA GARANTIA DE AUDIENCIA.	87.

V.- LINEAMIENTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CIVIL.

1.- GARANTIA DE AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CIVIL.....	90.
2.- LINEAMIENTOS ESPECIFICOS DEL PROCESO ESPECIAL HIPOTECARIO.....	92.
3.- GARANTIA DE AUDIENCIA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO SEGUIDO EN REBELDIA.....	97.
3.1.- INTERPRETACION AL ARTICULO 470 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	97.
CONCLUSIONES.....	107.
BIBLIOGRAFIA.....	115.

INTRODUCCION

Por su repercusión social y económica, en la actualidad, todo conflicto jurídico requiere de la implantación de procedimientos jurisdiccionales más eficaces y expeditos, con el fin de que se cumpla verdaderamente con uno de los muchos derechos consagrados en nuestra Constitución (Administración de Justicia), a efecto de que se logre así una impartición real de justicia por parte de nuestros tribunales.

De acuerdo con lo anterior y por la importancia que tiene en nuestros días el Juicio Especial Hipotecario, en cuanto a su trascendencia e impacto social, es que en el presente trabajo se plantea una tesis que propone una innovadora y más expedita forma para la solución de un juicio de esta naturaleza, en virtud de que se considera que el juicio que nos ocupa, en cuanto a las figuras procesales que lo integran, ha sido rebasado por las exigencias o necesidades de la propia sociedad y el medio económico en el que se desarrolla ésta.

Lo anterior significa la imperiosa necesidad de crear o desarrollar figuras procesales que mejoren nuestro sistema de impartición de justicia dentro de los propios lineamientos adjetivos y sustantivos con los que actualmente contamos, y que rigen al Juicio Especial Hipotecario y sin que ello conlleve la transgresión de normas constitucionales que regulan precisamente la figura del proceso jurisdiccional hipotecario.

En efecto, las exigencias sociales y económicas antes mencionadas, como se viene haciendo alusión, motivan la implementación de figuras legales que satisfagan dichas demandas, exigencias que al desarrollarse no atenten contra el espíritu normativo previsto por el legislador, así como tampoco infrinjan las disposiciones jurídico procesales que actualmente se encuentran plasmadas en una ley, como es el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, particularmente en el capítulo correspondiente al Juicio Especial Hipotecario.

El proceso jurisdiccional civil, entendido como juicio y particularmente el Juicio Especial Hipotecario, comprende diversas etapas que al desarrollarlas a través de un procedimiento judicial en su primera instancia y para la obtención de una sentencia dictada conforme a derecho, implica, de acuerdo con nuestro derecho procesal constitucional y nuestro derecho positivo, la necesidad de observar los cuatro elementos que integran la llamada Garantía de Audiencia que en el transcurso del presente trabajo desarrollaremos, mismos que a continuación se mencionan:

- a.- El juicio previo a la privación de derechos cualquier persona.
- b.- Que el juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.
- c.- Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento y,
- d.- Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiese dado motivo al juicio.

Es decir, estos cuatro elementos que habrán de analizarse, pueden ser observados en diversas formas o modalidades dentro de un juicio, no necesariamente en la forma tradicionalmente concebida en nuestro sistema legal, sin que ello implique que el mismo sea transgredido.

La tesis que se propone plantea una fórmula a través de la cual, satisfaciendo los elementos o exigencias referidas, se esté en aptitud de resolver todo Juicio Especial Hipotecario de manera más expedita, salvaguardando los intereses o pretensiones de las partes contendientes y observando en todo momento las disposiciones legales conducentes, a efecto de no transgredir la Garantía Individual de Audiencia de la cual es sujeto todo gobernado.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA GARANTIA REAL Y PERSONAL

1.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano es un punto de partida muy importante en la cultura jurídica moderna, especialmente en la enseñanza jurídica de América Latina y particularmente para el caso que nos ocupa, en México, ya que nadie puede negar que para nosotros es fuente de nuestro derecho positivo; no es de ninguna manera un derecho muerto, es el antecedente de nuestro derecho actual, toda vez que principalmente el mundo se ha dividido en dos grandes familias de sistemas jurídicos: La anglosajona y la romanista. México pertenece a la segunda.

"El derecho romano influyó en el derecho mexicano por diversos conductos principales:

a. El derecho español.- Las SIETE PARTIDAS, que en parte tenían el carácter de derecho vigente en México hasta la expedición del Código Civil de 1870.

b. El derecho napoleónico y los otros grandes derechos europeos, todos los cuales contienen una gran influencia del derecho romano y sirvieron aquéllas de inspiración a las codificaciones mexicanas.

c. El estudio del Corpus Iuris que realizaron generaciones anteriores de juristas mexicanos."¹

¹Guillerrmo F. Margadant, Derecho Romano, Editorial Esfinge, México 1988, página 12

Para el maestro Eugene Petit, el derecho privado de los romanos, desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justineano, se pueden distinguir en cuatro períodos:

- a. De la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas (1 a 304 de Roma).
- b. De la Ley de las XII Tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma).
- c. Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma o 235 de la Era Cristiana).
- d. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la Era Cristiana).²

En el primer período, el derecho romano está en la infancia, se compone de costumbres antiguas de los pueblos itálicos que fundaron la nueva ciudad. El segundo, determinado por la Ley de las XII Tablas, se desarrolla gracias a la interpretación de los pontífices y de los jurisconsultos, y adquiere el carácter de derecho nacional. El tercer período marca su apogeo. Felizmente extendido al contacto de las legislaciones extranjeras, coordinado y adaptado a las necesidades de la práctica por ingenios eminentes, llegó a alcanzar, bajo los Antoninos, su más alto grado de perfección. Después, a partir de Dioclesiano y durante el Bajo Imperio, cesa de progresar, los emperadores buscan la manera de poner las leyes en relación con las costumbres de una sociedad nueva, y publican algunas excelentes constituciones. Pero el derecho, como ciencia, esta herido de una verdadera decadencia y este último período es señalado, sobre todo, por los trabajos de codificación.³

²Eugene Petit, Derecho Romano, Editorial Nacional, México 1952, página 27

³Idem, página 28

Una vez realizada la brevísima narración de la historia del derecho privado romano, pasemos al desarrollo de las garantías en este derecho:

"La Garantía Real surge para asegurar el cumplimiento de un crédito o una obligación, para lo cual, el propietario de una cosa la utilizaba como objeto sobre el que podía tener una acción directa e inmediata su acreedor, los Derechos Reales de Garantía no tenían una forma tan acabada y precisa como en el Derecho Moderno, esto se debía a que en un principio en Roma, el cumplimiento de las obligaciones se garantizaba con la palabra y buena fe del deudor, pues el honor tenía gran valor para los romanos, sin embargo, con el transcurso del tiempo no fué suficiente la palabra del deudor y el Derecho Romano reconoció tres formas de garantía: la fianza, la prenda y la hipoteca."⁴

Los principales medios para garantizar un crédito, son las garantías reales (como la prenda y la hipoteca) y las personales (como las otorgadas por diversas compañías). Al comparar estas dos clases de garantía: plus cautionis in rem est quam in personam, es decir: La garantía real es superior a la personal; la hipoteca y prenda protegen mejor la posición del acreedor que la fianza personal.⁵

⁴Gabino Trejo, Derechos Reales en Roma, Editorial Sista, México, 1993, página . "La Garantía Real surge para asegurar el cumplimiento de un crédito o una obligación, para lo cual el propietario de una cosa la utilizaba como objeto sobre el que podía tener una acción directa e inmediata su acreedor, los derechos reales de garantía no tenían una forma tan acabada y precisa como en el derecho moderno, esto se debía a que en un principio el cumplimiento de la obligaciones se garantizaba con la palabra y buena fé del deudor, pues el honor tenía gran valor para los romanos, sin embargo con el transcurso del tiempo no fué suficiente la palabra del deudor y el derecho romano reconoció tres formas de garantía, la fianza, la prenda y la hipoteca."

⁵Cabanelas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo IV, Editorial Heliasta S.R.L., vigésima primera edición, Buenos Aires, Argentina, 1989, página 153 y 154.

Esto puede aplicarse al derecho moderno. Para el Derecho romano Bizantino, la regla admitía sus restricciones; por la clandestinidad del sistema hipotecario y la existencia de hipotecas legales, generales y preferentes, el acreedor hipotecario no tenía una posición tan segura como la que tiene actualmente. Además, en vista de la extremada puntualidad del típico ciudadano romano, la práctica de entonces, prefería a menudo, la fianza personal a la hipoteca.

Sin embargo, a pesar de sus defectos, la hipoteca se utilizó frecuentemente en la práctica jurídica antigua. También la prenda; pero como ésta iba acompañada de un desposeimiento del deudor, no pudo dar lugar a problemas tan serios como los que pueden nacer de hipotecas clandestinas. Las dos figuras son derechos reales de garantía.

En el derecho romano prejustiniano, no encontramos diferencia en los términos: allí *pignus* (prenda) e hipoteca, es decir, son dos términos para lo mismo; *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* y para designar la diferencia entre un derecho real de garantía con desposeimiento o no del deudor, se utilizan respectivamente, los términos *pignus contractum* y *pignus conventum*.

Sin embargo, en tiempos bizantinos se introduce ya la terminología moderna, y así, mediante una interpelación los compiladores hacen decir a Ulpiano: *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit hypothecam cum transit nec possessio ad creditorem*, olvidando que en otra parte del Digesto se confirma la terminología clásica.

Aunque el florecimiento económico necesita del crédito y el crédito exige que los juristas elaboren un buen sistema de garantías reales -especialmente un buen sistema hipotecario- los derechos reales de garantía han tenido un desarrollo lento y difícil. Originalmente el acreedor que quería tener una garantía real exigía retener como garantía durante la existencia del crédito la propiedad de algún bien del deudor (fiducia cum creditore)- o compraba por un sestercio un objeto al deudor por el mismo precio, después de que éste hubiera pagado su deuda. Tal negocio, paralelo al convenio sobre el préstamo mismo, podía también combinarse en forma más íntima con éste último; entonces, el acreedor compraba algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía como préstamo, y se obligaba a volver a vender el objeto al deudor dentro de cierto plazo, en caso de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese al original precio de compra, o sea, al importe del préstamo, más los intereses.

Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectúa una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa. Esto actualmente en México no es posible por estar prohibido.

No se trataba de un caso de simulación, puesto que ningún tercero, conociendo las apariencias, se habría dejado engañar respecto de la verdadera situación jurídica. Todos sabían que bajo el pactum fiduciae, con su transmisión temporal de la propiedad, se escondía en realidad una operación de garantía. Es una de las consecuencias de la antigua economía de conceptos, que obligaba con frecuencia a los romanos a utilizar un negocio jurídico para fines distintos de los que originalmente habría inspirado la institución respectiva. Este sistema ofrecía al acreedor una gran garantía: la propiedad y la

rei vindicatio, que es su sanción. Por eso se la encuentra usada todavía en el Bajo Imperio en el año 395 y desapareció con la mancipación.

Muchas veces, el acreedor fiduciario volvía a prestar el objeto de la fiducia al deudor, mediante un precarium o sea un préstamo de uso, revocable en cualquier momento, al arbitrio del acreedor. Entonces, en vez de entregar, primero el objeto al acreedor, para que este volviera a prestarlo al deudor, se podía recurrir al constitutum possessorium. Se trataba de una práctica evidentemente peligrosa, que podía redundar en perjuicio de otros acreedores: Estos recibirían una impresión demasiado favorable de la solvencia del deudor, quien conservaba la posesión de múltiples objetos valiosos, realmente prestados por el acreedor fiduciario. También podría suceder que el deudor celebrara fraudulentamente la misma clase de negocio -fiducia y precarium- con respecto a un solo objeto, pero con diversos acreedores. En una situación análoga, el derecho moderno hace intervenir el registro público, para protección de los acreedores.

Fuera de los peligros que podrían nacer para terceros de la combinación de la fiducia con el precarium, la fiducia cum creditore ofrecía plena garantía al acreedor, aunque resultaba peligrosa para el deudor. Como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo -de mala fe o por descuido-, en cuyo caso el deudor no tendría más que un derecho personal contra el acreedor, y no un derecho real sobre el bien en cuestión.

Otro inconveniente era que, en caso de quiebra del acreedor el bien entregado por el deudor respondía de las deudas de aquel, y además el deudor no tenía la disposición del bien, mientras no hubiera liquidado su adeudo, lo

cual podría perjudicarlo en su trabajo. Por último era un inconveniente el que muchas veces el bien tenía valor muy superior al préstamo, a pesar de lo cual el deudor no podía servirse del mismo bien como garantía de otros préstamos.

La situación del deudor mejoró al introducirse la prenda posesoria. En este sistema el acreedor no tenía la propiedad sino solo la posesión del bien entregado; por tanto, la venta que hiciera del mismo sería jurídicamente ineficaz, ya que el deudor conservaba un derecho real para reclamar el objeto de terceros que lo hubieran comprado del acreedor. Sin embargo, otros inconvenientes para el deudor subsistían, tales como el desposeimiento de un objeto que quizá necesitaba para su trabajo, y la imposibilidad de utilizarlo como garantía de varios préstamos.

El remedio a estos inconvenientes nació de la relación existente entre el inquilino rural y el propietario de una hacienda. Muchas veces, el inquilino solo podía pagar después de la cosecha de cada año, de manera que el propietario quería tener una garantía. Pero como no podía exigir un derecho de prenda sobre los esclavos, animales o herramientas de inquilino -pues sin ellos no podía trabajar- se convenía entonces que los bienes muebles que el inquilino introdujera en la hacienda (*invecta et illata*) responderían de la renta, sin dejar de conservar el inquilino la posesión de ellos.

Los derechos del acreedor (que recibía su eficacia de un *interdictum salvianum*) consistían en pedir la posesión de dichos bienes, en caso de incumplimiento por parte del deudor. Además solía pactarse que, en tal caso, el acreedor tendría el derecho de venderlos y de cobrar su crédito, devolviendo el excedente (la *hyperrocha*) al deudor. También podía otorgarse al acreedor el

derecho de convertirse en propietario de estos bienes, en caso de tal incumplimiento.

Sin embargo, la protección del *interdictum salvianum* no era suficiente para el acreedor. ¿Qué haría si el deudor vendía los *invecta et illata*?. Tenía solo una acción personal contra el deudor, quizás insolvente; no disponía de una acción real para pedir de terceros la entrega de los bienes en cuestión. De ahí que el siguiente paso fuera la creación, por un pretor llamado Servius, de la *actio serviana*, de carácter real, que permitía al acreedor hipotecario reclamar estos bienes a cualquier tercero.

Para el maestro Gabino Trejo en su obra "Los Derechos Reales en Roma", el origen de la hipoteca lo encontramos en la costumbre que tenía el arrendador de los predios rústicos, de asegurar el pago (canon) mediante los instrumentos de labranza, animales, esclavos, y en general los objetos introducidos por el arrendatario del predio. El pretor concedía al arrendador (en caso de que el arrendatario no pagara la renta) un interdicto (*interdictum salvianum*) para que entrara en posesión de los objetos arriba citados.⁶

Por la *actio quasi serviana*, el sistema se extendió a otras relaciones jurídicas, además de las existentes entre un propietario de una hacienda y su

⁶Gabino Trejo, *Derechos Reales en Roma*, Editorial Sista, México, 1993, página "La Garantía Real surge para asegurar el cumplimiento de un crédito o una obligación, para lo cual el propietario de una cosa la utilizaba como objeto sobre el que podía tener una acción directa e inmediata su acreedor, los derechos reales de garantía no tenían una forma tan acabada y precisa como en el derecho moderno, esto se debía a que en un principio el cumplimiento de la obligaciones se garantizaba con la palabra y buena fé del deudor, pues el honor tenía gran valor para los romanos, sin embargo con el transcurso del tiempo no fué suficiente la palabra del deudor y el derecho romano reconoció tres formas de garantía, la fianza, la prenda y la hipoteca."

inquilino; así surgió, en diversas etapas, el *pignus conventum*, la HIPOTECA MODERNA. Parece que bajo Justiniano, se ha dado un último paso y que el derecho de vender sea la esencia de la hipoteca.

Durante largo tiempo los romanos solo emplearon, para dar a los acreedores una seguridad real, la enajenación con fiducia, recurriendo después al *pignus*. En fin la hipoteca se introdujo y se desarrolló bajo la influencia del derecho pretoriano.⁷

2.- ANTECEDENTE EN EL DERECHO FRANCES

Como hemos estado viendo a través del presente trabajo, la forma en que el acreedor aseguraba el cumplimiento de las obligaciones que el deudor adquiría para con él, era por medio de garantías ya fueran personales o reales.

"El sistemas de garantías personales es el más antiguo que se conoce. Es el que practicaban los antiguos romanos y los pueblos bárbaros. Estuvo naturalmente en uso en las poblaciones pobres, en las que los deudores solo rara vez pueden ofrecer garantías reales a sus acreedores.

Las garantías personales fueron muy variadas antiguamente en la forma. Los romanos practicaron la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fideiussio*, el *mandatum pecuniae credendae*, estas dos últimas fueron las que sobrevivieron hasta el fin. En el antiguo derecho francés aparecieron diferentes variedades, la principal de las cuales era la "plevine" obligación del "plege". En el derecho

⁷Eugene Petit, ob. cit., página 296

francés moderno, todas estas antiguas formas se han fundido en una sola: la fianza.

Sin embargo, la fianza no es la única forma de garantía personal, la solidaridad y en menor medida la indivisibilidad desempeñan el mismo papel".⁸

Ahora bien, en lo que se refiere a las garantías reales en el derecho francés según el maestro Planiol, desde que se abandonó el sistema de las enajenaciones fiduciarias, las garantías reales se redujeron a dos: La prenda y la hipoteca, así mismo, el maestro opina que de todas las garantías la mas perfeccionada en el derecho francés era la Hipoteca.

En el Derecho Francés, la hipoteca como garantía real, tiene su antecedente en el derecho romano, del cual ya apuntamos su importancia, toda vez que el sistema jurídico francés forma parte de la escuela romana, a la cual el derecho francés en muchas de sus partes ha perfeccionado, y su influencia también ha sido trascendental en el desarrollo de nuestro derecho, a través del Código Napoleónico.

El régimen hipotecario, tal como nos lo muestran las compilaciones de Justiniano, no fue practicado en la Galia durante la dominación romana. Las Sentencias de Paulo, que tenían gran voga en los territorios galos, no nombraban la hipoteca sino solamente el pignus. Tampoco tratan de ella las antiguas cartas francesas y los formularios de las épocas Merovingia y Carolingia.

⁸Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, volumen III, traducido de la décimo segunda edición francesa, Editorial José María Cajica Jr., Puebla, México 1948, página 17

Numerosos actos antiguos demuestran cómo se utilizó en Francia durante muchos siglos, la propiedad como medio de crédito: A través de la constitución de garantías (gages), sin embargo es imposible distinguir en estos actos la retroventa de la *impignoratio*, figura jurídica que en nuestros días resulta ilícita.

La introducción de la hipoteca en el derecho francés no fue efecto de una copia directa, hecha de un solo golpe, al derecho romano. Primeramente se introduce en el siglo XIII con el nombre de *obligatio bonorum*. En esta época, el acreedor no tenía la garantía a su disposición para ejecutar los bienes de su deudor, sino procedimientos prolongados y difíciles; en ciertas regiones en Picardía, por ejemplo, solo se permitían embargar los muebles y los frutos de éstos. Entonces, por una convención especial, el deudor declaraba obligar con todos sus bienes, en garantía de la deuda y permitía al acreedor venderlos para obtener el pago. Fue esta "obligación de bienes" la que tomó, en el siglo XVI, el nombre romano de hipoteca y es realmente su equivalente.

Primitivamente la *obligatio bonorum* podía establecerse tanto por un acto privado, como por un acto público. Fue así hasta el siglo XV, pero esta igualdad primitiva no se mantuvo: La inferioridad del acto primitivo se comprueba ya en el siglo XVI por Rebuffe y por Dumoulin. Desde entonces, el acto público notarial es el único en que puede constituirse una obligación hipotecaria.

El régimen hipotecario francés había abandonado en dos puntos importantes los principios romanos:

a. La hipoteca mueble había desaparecido y

b. La hipoteca nunca puede resultar de una simple convención privada.

Sin embargo se habían conservado otros: la hipoteca podía ser general y recaer sobre todos los bienes muebles del deudor, además la hipoteca era oculta, ningún medio de publicidad se había organizado. Durante la época no se hizo nada para restringir la generalidad de la hipoteca, por el contrario, hubo varias tentativas durante el antiguo-régimen para establecer la publicidad, a través de diversos edictos los cuales eran puras medidas fiscales. La única tentativa sería la de Colbert (edicto de marzo de 1673, que creaba en cada presidial y en las principales baillías una secretaría donde los acreedores pudieran darse a conocer por medio de oposiciones.⁹

Posteriormente, durante el período revolucionario se dictaron dos importantes leyes: La Ley del Mesidor del 27 de junio de 1795. Esta ley organizó la publicidad pero bajo una forma defectuosa: Un registro en cada municipio lo que aumentaba inútilmente las investigaciones, esta ley nunca fue obligatoria.

La Ley de Brumario. Esta es del 11 de brumario año VII noviembre 1798, es obra del Directorio. Mantuvo la publicidad y la fortificó aún por un principio absolutamente nuevo, el de la especialidad, ya no podían crearse hipotecas generales.

⁹Idem, página 144.

Cuando se sometió a los tribunales el proyecto de Código Civil, los magistrados del antiguo régimen, que aún formaban mayoría, se pronunciaron contra el nuevo sistema de la Ley de Brumario. También en el Consejo de Estado, la mayoría estimó favorablemente el régimen tradicional. La sección de legislación se había dividido y había dos informes en sentido contrario, uno de Bigot de Preameneu en favor de la hipoteca oculta, el otro de Real en favor de la publicidad, los partidarios de la hipoteca oculta hacían valer la extrema simplicidad del antiguo derecho; consideraron la Ley de Brumario contraria al crédito y a la libertad de las convenciones; combatían las costumbres de pignoración y los edictos reales atribuyéndoles estar viciados de feudalidad. Sin embargo, triunfó el principio de publicidad. Su éxito parece deberse principalmente a los esfuerzos que el tribunal de casación hizo para defenderlo; este tribunal rechazó en gran parte el proyecto de la comisión y redactó, en apoyo de sus propias ideas, un notable informe.

El régimen hipotecario del Código de Napoleón tenía dos grandes defectos: El abandono parcial del doble principio de la especialidad y de la publicidad en favor de las mujeres casadas, de los menores y de los sujetos a interdicción, a los cuales ha concedido hipotecas legales que son a la vez generales y ocultas, así como el abandono del sistema de la publicidad de las enajenaciones inmuebles, quien obtenía una hipoteca no podía verificar si el deudor era verdaderamente propietario.

Más adelante, a través de diversas reformas se ha ido perfeccionando el sistema hipotecario francés.

21 de marzo de 1855.- Reforma sobre el procedimiento de orden; 10 de diciembre de 1874, sobre la hipoteca marina; 10 de julio de 1855 que sustituye a la anterior; 19 de febrero de 1889 sobre la atribución de las indemnizaciones de seguros; 17 de junio de 1893 sobre los intereses de los acreedores privilegiados; 1 de marzo de 1888 y el 17 de marzo de 1909 sobre la pignoración de los establecimientos de comercio; 18 de julio de 1878 y 30 de abril de 1906 sobre los warrants agrícolas; 1 de marzo de 1918 sobre las inscripciones hipotecarias.

Una reforma muy importante fue el Proyecto Darlan de 27 de octubre de 1896, en el que Darlan depositó en el Senado un proyecto de reforma hipotecaria, muy completo y audaz. En la sesión del 23 de octubre de 1908, el Senado discutió este proyecto, reducido a proporciones modestas, aunque contuvo aun varias innovaciones considerables.

La culminación del sistema hipotecario francés aplicado a la práctica es la creación del Crédito Inmobiliario que data de principios de Segundo Imperio. Su establecimiento se basa en los grandes trabajos del Barón Haussmann, que sirvió para construir numerosas casas en París y en algunas grandes ciudades. El Crédito Inmobiliario solo puede prestar sobre hipoteca en primer lugar y únicamente hasta la concurrencia de la mitad del valor del inmueble.

Con el programa general del desarrollo que han tenido las garantías reales y en especial la hipoteca, como en Francia e Italia, que ha sido expuesto en el presente trabajo, prácticamente nos referimos al desarrollo de esta institución en México, ya que independientemente de la indudable influencia que tuvo jurídicamente España en México, como veremos mas adelante, esta a

su vez tomó los modelos hipotecarios francés e italiano y los plasmó en su sistema jurídico tal como lo hizo en México.

Esa era la importancia de extendernos un poco, en los antecedentes del sistema de garantías reales en estos dos grandes derechos.

3.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La historia del derecho en España, en sus fuentes directas, aun en los primeros períodos, así como las indirectas, han sido abundantes, pues no solo ha tenido influencia de otros países europeos, sino que además fue muy importante la influencia cristiana, la dominación árabe y de otros pueblos en territorios españoles, y toda la amalgama jurídico, social y política la plasmó y mezcló con los territorios conocidos como la Nueva España.

El maestro Castán Tobeñas divide el estudio del derecho en España en períodos separados por acontecimientos bien importantes:

Primer período.- El tiempo anterior a la conquista romana.

Segundo período.- A partir de esta conquista y termina con el establecimiento de la monarquía visigoda.

Tercer período.- Abarca toda la duración de esa monarquía.

Cuarto período.- Su duración fue desde la invasión hasta la expulsión de los Sarracenos.

Quinto período.- A partir de la monarquía de los reyes católicos hasta la Constitución de 1812, que es seguida por la Independencia de la Nueva España.¹⁰

Además de toda esta influencia, existió en España una gran desorganización en la legislación de ese país en esa época, ya que existían varios reinos, así mismo los monarcas dictaban cualquier cantidad de Fueros y Decretos que desorientaban a los habitantes peninsulares y que éstos, posteriormente plasmaron en los Nuevos Territorios, aplicándose muchas veces el derecho según conviniera al caso particular.

Es importante subrayar, que dependiendo la Nueva España de la Corona de Castilla, solo el derecho castellano, entre los múltiples derechos territoriales españoles, ha sido derecho subsidiario para ésta.

Refiriéndonos a las garantías reales en el derecho español, su desarrollo como en todos los pueblos ha sido lento, el sistema de garantías esta completamente influenciado por el derecho romano, con matices del germánico. Tampoco aparece durante algún tiempo la diferencia entre la prenda, hipoteca y anticresis.

También la iglesia y su lucha contra la usura trajo modificaciones importantes, y bajo su influencia, la ley admite principios que aproximan la doctrina de las garantías reales a la de nuestros días, así tenemos que en el Fuero Real hallamos la prenda consensual, que no exige la entrega de presente, sino da derecho a exigirla.

¹⁰Castán Tobeñas, Derecho Civil Común y Foral, Editorial Reus, octava edición, tomo II, Madrid España 1951, página 535.

El Rey tenía una prenda tácita sobre todos los bienes de sus súbditos por responsabilidades a favor del erario y el Ordenamiento de Alcalá extiende la prohibición de dar en prenda las armas y caballo de los caballeros.

La palabra hipoteca, en un principio no aparece en esta legislación, aunque ya se veían características de ésta, no es sino hasta la Ley 63 Del Toro que aparece esa palabra en la legislación española.

Refiriéndonos en específico al desarrollo del Régimen hipotecario español como parte de las garantías reales, particularmente el antiguo derecho español y principalmente desarrollado en las Partidas, recogía el sistema hipotecario romano. No se exigía ningún requisito de forma, para la constitución de la hipoteca, y al lado de la hipoteca legal o tácita.

La instauración del principio de publicidad motivó ya algunas disposiciones durante el siglo XVI (en los años 1528 y 1539) cristalizando, sobre todo, en 1768, en la creación de los llamados Oficios de Hipotecas. Pero a pesar de ello, subsistía el sistema hipotecario romano y la publicidad registral no era completa, pues comprendía sólo las hipotecas convencionales, perdurando la clandestinidad para todo el conglomerado de hipotecas legales, tácitas y generales.

Desde la publicación de la primitiva ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, es cuando el régimen hipotecario español se inclina resueltamente al sistema germano, apoyándose sobre sus dos grandes principios de publicidad y especialidad, por excepción, todavía conserva, como vestigio de las hipotecas

tácitas y generales, algunas establecidas en favor del Estado, las provincias y los pueblos.

El Código Civil español vigente, en su artículo 1880 declaró subsistente la Ley Hipotecaria, aunque modificándola en algunos puntos. En la edición de la referida Ley de 16 de diciembre de 1909 se pusieron ya de acuerdo los textos de la misma con los del Código.

Las fuentes legales que rigen en la actualidad el derecho real de hipoteca en el derecho español son las siguientes: La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, con su reglamento de 14 de febrero de 1947, y el Código Civil, principalmente en sus artículos 1874 a 1880. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, aunque no tengan la consideración de una fuente legal, gozan de alto valor doctrinal.¹¹

Por último nos referiremos a los antecedentes de la garantía real en nuestro derecho, como culminación del estudio de los anteriores derechos:

4.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO

En la formación de nuestro derecho, no solo en lo referente a las garantías reales, sino en general todo nuestro sistema jurídico, como en todos los derechos han habido etapas, en México podemos hablar de un derecho precortesiano formado por el derecho de los diferentes pueblos indígenas que habitaban nuestro territorio, en segundo lugar, el derecho proveniente con los

¹¹Idem, página 674

españoles a la Nueva España durante la época de la conquista, y por último el derecho fraguado una vez lograda la Independencia de España.

A continuación anotaremos el orden de prelación de las fuentes del derecho castellano vigentes en las Indias, con el fin de tener un marco de referencia al momento de referirnos a las garantías reales en el derecho mexicano:

"a) DE LOS FUEROS MUNICIPALES.- Fuentes del derecho de carácter local que recogen normas jurídicas de aplicación en un municipio determinado.

En los Fueros se encuentra siempre manifestada de una manera expresa o tácita la idea de que las normas que en ellos se contienen constituyen una especie de derecho pactado entre el Rey o el Señor y los vecinos de la ciudad.

b) FUERO REAL.- Promulgadas en tiempos de Alfonso X, el sabio 1252 y 1255- representa uno de los esfuerzos realizados por este monarca en su política encaminada a sustituir el derecho local de los Fueros Municipales por un derecho territorial aplicable en todo el ámbito geográfico del Estado."¹²

c) LAS SIETE PARTIDAS.- Promulgada también bajo el reinado de Alfonso X, es sin duda la obra mas importante del derecho histórico castellano y una de las que alcanzaron mas difusión por su alta autoridad doctrinal en todos los países de occidente europeo.

¹²Guillermo F. Margadant., Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Editorial Esfinge, sexta edición, México, 1984, página 31. "España debe a Castilla importantes intentos de unificación jurídica. El Rey que más contribuyó a esta tarea fué, en la Edad Media Alfonso X (el sabio), el cual continuaba al respecto las ideas de su padre Fernando "El Santo". Las obras jurídicas de Alfonso X comprenden dos ramas, la ley positiva y las morales y filosóficas acerca del derecho. A la primera pertenece el FUERO REAL (1255), destinado a regir en las tierras directamente dependientes de la Corona."

Representan Las Siete Partidas, el intento mas ambicioso de sustituir el viejo derecho local de los Fueros Municipales por un nuevo sistema jurídico de carácter territorial y es altamente inspirado en la doctrina del derecho romano Justineano.

En los territorios de las Indias Occidentales, alcanzaron las Partidas una difusión extraordinaria y probablemente su vigencia efectiva se consiguió mas aquí que en la propia metrópoli, pues los letrados y oidores de las audiencias coloniales no tuvieron que luchar para su aplicación como derecho supletorio.

d) EL ORDENAMIENTO DE ALCALA DE HENARES.- Esta fuente del derecho castellano está integrada por varios acuerdos de las cortes celebradas en la ciudad de Alcalá de Henares en 1348; su importancia grande en la historia del derecho castellano deriva de haber fijado por primera vez el orden de prelación de las fuentes jurídicas aplicables de la época, así mismo daba rasgos característicos al Derecho Civil Español que lo separaban un poco del germánico y del derecho romano Justiniano.

e) LAS LEYES DEL TORO.- Estas leyes provienen de una reunión de cortes, celebrada en la ciudad castellana Del Toro en 1505, durante el breve reinado de Doña Juana "La Loca" jugó esta fuente del derecho un papel muy importante en la formación histórica de algunas instituciones jurídicas del pueblo castellano.

f) NUEVA RECOPIACION DE LAS LEYES DE CASTILLA.- Es un intento ante la necesidad de recopilar sistemáticamente las leyes del derecho castellano para acabar con la confusión que producía la multiplicidad de sus fuentes en vigencia muchas de contenido contradictorio, problema muy agudo

en los últimos tiempos de la baja Edad Media. Fue publicada bajo el reinado de Felipe II en 1567.

g) **LA NOVISIMA.**- Recopilación de las leyes de España. Es el último cuerpo legal promulgado con anterioridad a la aparición del derecho contemporáneo en vísperas de la Independencia Americana, alcanzó su sanción oficial en 1805, en España y en América antes y después de la Independencia".¹³

La hipoteca como forma especial de garantía real no se desprende de la prenda en todo el derecho de la reconquista; en el Fuero Juzgo ni siquiera se hace mención especial de bienes raíces en conexión con tal garantía, pero ya en el Fuero Viejo aparece esa mención. En el Fuero Real, aunque se sigue hablando solo de prenda como ya se apuntó, se establece una tática a favor del Rey sobre todos los bienes de una persona. Las Partidas desconocen también la distinción. En el Ordenamiento de Alcalá, reconociéndose la prenda tática de todos los bienes del vasallo a favor del Rey, hay sin embargo, esta disposición que nivela al fisco con cualquier particular: "No se podía embargar bueyes, ni bestias de arado, ni los aparejos para arar, labrar o coger el pan o los otros frutos de la tierra".

No es sino en 1539 cuando en real cédula de Carlos V se destaca con sus caracteres distintivos la hipoteca.

¹³Esquivel Obregón Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano, editorial Porrúa, segunda edición, México 1984, página 163

En el Código Civil mexicano actual, como se señala anteriormente, hay varios artículos que hablan de derechos reales, en los cuales también hemos visto se encuentran las garantías reales, como la prenda y la hipoteca, sin embargo, el código no es muy sistemático al momento de tratar los derechos reales, inclusive se insiste en que independientemente de que la prenda y la hipoteca sean tratados por el Código Civil en el capítulo de contratos, debieron haber sido tratados en el Segundo Libro, ya que nadie puede negarle su naturaleza de derechos reales, es por eso que el mejor medio para el estudio de la prenda y la hipoteca como derechos reales de garantía es la doctrina.

En cuanto a los antecedentes de la garantía real en nuestro derecho, una vez ubicados con el anterior marco de referencia, diremos que durante la época precortesiana no existió en propiedad un derecho real de garantía, aunque sí se vislumbra la prenda por medio de la cual el deudor entregaba una cosa mueble o un esclavo como garantía de su obligación. Es necesario llegar al derecho hispánico de la dominación para encontrar ya formadas las instituciones de garantía real. Sin embargo hay que reconocer que durante esa época, la garantía personal era considerada como superior a la real en virtud del aprecio que entonces se daba a la palabra. También en el derecho hispánico a que nos referiremos, la prenda y la hipoteca aparecieron confundidas, aun cuando se puede distinguir en las leyes antiguas cierta diferencia entre ambas instituciones, como sucede en el Fuero Real y la Partidas. La Ley 63 Del Toro emplea los términos de Hipoteca y Prenda y desde entonces empezó la clara diferencia entre la naturaleza inmobiliaria de la primera y la mobiliaria de la segunda, distinción que halló su dogmática en el siglo XIX, al instaurarse en los países europeos los diversos sistemas hipotecarios.

Como hemos visto, la aparición de los derechos reales de garantía en nuestro país y su desarrollo, están íntimamente ligados al derecho español y las leyes que éstos trajeron a partir de la conquista, tratando de imponer su cultura jurídica a los pueblos del Nuevo Mundo; cultura que a su vez, como ya se apuntó anteriormente, fue heredada de Roma con tradiciones celtíberas y con matices germánicos e influencia de otros sistemas jurídicos europeos, principalmente el francés y que lógicamente indirectamente marcaron nuestro sistema de garantías y en general todo nuestro derecho; sin embargo, España siempre trató de crear un puente de comprensión en su legislación de Indias, conservando elementos del derecho indígena que pudiera mezclarse con la legislación traída por ellos.

Pero independizado México de España, y deslumbrado por la idea de igualdad, se trató de eliminar todo vestigio español y los intelectuales en materia jurídica de esa época se dieron a la tarea de aplicar a nuestro medio legislaciones extranjeras olvidando aun los elementos importantísimos que ofrecía la cultura indígena, y el sistema de garantías, inmerso en el derecho civil no fue la excepción, sin tomar en cuenta que la adaptación del indígena, había adoptado la legislación española de ultramar.

La influencia jurídica que mas se resintió fue la francesa:

a) **Código Civil de 1870.**- Es evidente la gran influencia del Código Civil de 1870, especialmente en la materia de obligaciones, parte fundamental del derecho civil y del cual parten los derechos reales de garantía.

¡Bajo esta influencia se elaboró el proyecto de Código Civil español de 1851 que con sus concordancia motivos y comentarios publicó Florencio Gacia

Goyena en 1852. Este proyecto sirvió de base al que en México formó el Doctor Justo Sierra por encargo del Presidente Juárez.

b) Código Civil de 1884.- Este Código es casi una replica de el de 1870, con ciertas reformas introducidas por una comisión.

c) Código Civil de 1928.- Reproduce en gran parte al de 1884. Las innovaciones que introduce en materia de obligaciones y contratos, están principalmente inspirados en los Códigos Civiles francés, español, italiano, argentino, chileno, brasileño, alemán y suizo.¹⁴

Por las innovaciones de importancia que introdujo el Código Civil vigente en materia de garantías reales, al no requerir necesariamente que la hipoteca se constituya solo sobre bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre bienes raíces, el estudio de esta materia adquiere un carácter especial diferenciándose del sistema español que le había servido de modelo en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como de las características que en este aspecto señala otros derechos europeos.

Con lo anterior finalizamos sucintamente con el desarrollo de los antecedentes históricos de la garantía real, mismos que nos ofrecen los elementos para una mejor comprensión de garantías como la prenda y la hipoteca, particularmente ésta última.

¹⁴Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, décimo segunda edición, México 1991, páginas 17 y 18.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA GARANTIA

1.- CONCEPTO DE GARANTIA.

El término garantía puede ser definido desde muchos puntos de vista o aspecciones, jurídicamente podemos anotar las siguientes definiciones:

De acuerdo con la Enciclopedia jurídica Omeba, la cual a su vez se fundamenta en el Diccionario de la Lengua Española, la expresión garantía -de garante- significa: "Acción y efecto de afianzar lo estipulado"; también: "Fianza, prenda"; asimismo: "Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad".¹⁵

La definición que aparece en el diccionario Pequeño Larousse Ilustrado es prácticamente igual, salvo algunas diferencias y definiendo a la garantía además como: "Responsabilidad asumida por un contratante". "Derechos que garantiza la Constitución a los individuos de un Estado".¹⁶

Asimismo el maestro argentino Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, manifiesta que la palabra garantía significa: "Afianzamiento, fianza."; "Prenda."; "Caución."; "Obligación de garante. "Cosa dada para seguridad de algo o de alguien.";

¹⁵Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIII, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina 1969, página 11.

¹⁶García Ramón, Pelayo y Gross, Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, París Francia, página 495

"Protección frente a un peligro o contra un riesgo."; "Confianza que inspira la intervención de una persona o que la misma figure en un gobierno, junta gestora u otro puesto donde la capacidad y la honradez sean mas importantes aún que en la generalidad de los casos, por los intereses en juego."¹⁷

En su Diccionario de Derecho Privado, los Doctores Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera Y Jiménez Alfaro, apuntan que garantía etimológicamente procede de garante, y significa depósito, prenda, hipoteca y, en definitiva, todo lo que pueda servir de fianza o asegurar el cumplimiento de una obligación o promesa. Y continúan: "Según el Diccionario de Escriche, garantía es: " El acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paz o comercio; La cosa con lo que se asegura el cumplimiento de lo pactado; La obligación del garante, y en general toda especie de fianza."¹⁸

Volviendo con la Enciclopedia Jurídica Omeba, señala que el término de garantía en sentido jurídico, su significación es plural. Así, se habla de "Garantías Constitucionales", para expresar seguridades de tipo constitucional. Asimismo se usa la expresión con un sentido de generalidad tal que se comprende todo instrumento jurídico que asegure el goce de un derecho o el debido cumplimiento de una obligación.¹⁹ Se dice en ese

¹⁷ Cabanellas Guillermo, ob. cit., página 153.

¹⁸ Ignacio Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Diccionario de Derecho Privado, tomo II, Editorial Labor, España 1954, página 2015.

¹⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit., página 11 y 12.

sentido, que incluso las obligaciones naturales están asistidas de garantía. En lo que se refiere especialmente al Derecho Civil independientemente de que muchos de sus principios se aplican de modo permanente en otras ramas del saber jurídico, pueden anotarse numerosas especies que caben dentro del genero "Garantía por hecho ilícito ajeno", es decir, garantía por la conducta ilícita de otra persona". Entre esas especies podemos señalar las siguientes: a) garantía del fiador -personal- constituida esencialmente por medio del contrato de fianza; b).- garantía del deudor hipotecario por incumplimiento de la obligación contraída por un tercero; c).- garantía del tercero a quien se entregó la cosa del deudor prendario, entre otras.

Independientemente de las múltiples definiciones que surjan de la expresión garantía, todas tienen algo en común, son sinónimas de seguridad, siendo precisamente este punto el que interesa al acreedor, es decir, que se asegure el cumplimiento de la obligación pactada y su derecho no lo sea únicamente de nombre.

En relación con lo anterior, cabe señalar que si la garantía es meramente de palabra, constituye promesa. Ahora bien, si ésta es pactada por escrito, obliga a su cumplimiento en los términos generales de las obligaciones y generalmente se rige por lo dispuesto en la prenda si se trata de cosas muebles y si la citada garantía se traba sobre un inmueble, se denomina hipoteca, sin ser esto una regla general ya que existe la hipoteca de bienes muebles.

2.- CLASES DE GARANTIA.

Con frecuencia, la persona que otorga un crédito a otra exige seguridad de que a su debido tiempo, su crédito será satisfecho, esta seguridad o garantía pueden ser, como se vió en el capítulo anterior y por su naturaleza, de dos clases: Garantías Personales y Garantías Reales, pero antes de referirme a éstas en concreto a continuación mencionaremos otra clasificación:

Los Derechos Reales a su vez pueden clasificarse en derechos Reales de Disfrute y Derechos Reales de Garantía:

a).- **Derechos Reales de Disfrute.**- Son el Dominio y el Condominio, el Usufructo, las Servidumbres, el Uso y la Habitación.

b).- **Derechos Reales de Garantía.**- Son la Prenda, la Hipoteca, y transitoriamente se consideró a la Anticresis.²⁰

Nosotros consideramos que respecto de la naturaleza jurídica de los Derechos de Garantía Real y Personal, deben considerarse como verdaderos Derechos Reales que deberían ser tratados de esta forma, no solo por la doctrina, sino también por el derecho positivo, que en este caso lo trata el Código Civil dedicándoles un apartado especial perfectamente bien estructurado.

²⁰Guillermo A. Borda, Manual de Derechos Reales, Editorial Perrot, tercera edición, Buenos Aires Argentina, 1989, páginas 25 y 26.

Respecto a los Derechos Reales de Disfrute, éstos conceden al titular un derecho o limitado sobre la cosa. Ahora bien, en lo concerniente a los Derechos Reales de Garantía, el derecho acción solo sirve de garantía para el pago, probablemente de un tercero, de una deuda contraída por el dueño, o deudor principal o primitivo, por eso se dice que los Derechos Reales de Disfrute recaen sobre la sustancia de la cosa y los Derechos Reales de Garantía sobre su valor. Los derechos Reales de Disfrute son principales y los de Garantía son Accesorios.

Todas las obligaciones civiles son susceptibles de convertirse, en caso de incumplimiento, en deudas pecuniarias que pueden hacerse efectivas directamente sobre el patrimonio del deudor, en virtud de que el patrimonio es de responsabilidad universal, principio consagrado en el Código Civil para el Distrito Federal y en Materia Federal para toda la República, en su Libro Cuarto que trata de las Obligaciones en su Parte Tercera, Título Primero, "De La Concurrencia y Prelación de los créditos". Es aquí donde se establece que es la garantía del cumplimiento de esa responsabilidad u obligación, cuando la solvencia de ese deudor no brinda plena seguridad al acreedor del cumplimiento de la misma, situación que motiva la necesidad de buscar formas, ya sea para afectar a esa responsabilidad o bien a través del patrimonio de un tercero que asegure el cumplimiento de esa obligación, o dicho de otra forma que se concrete esa responsabilidad sobre determinados bienes muebles (prenda) e inmuebles (hipoteca), obteniendo así una preferencia el acreedor, que le evite en el futuro los riesgos de tener que concurrir con otros acreedores en la misma calidad para poder hacer efectiva esa responsabilidad, máxime cuando el patrimonio sea insuficiente para dar satisfacción a todos.

Así mismo como contratos accesorios, regula el Código Civil los de fianza, prenda, hipoteca y transitoriamente la anticresis que dan lugar a verdaderos Derechos Reales de Garantía, confiriendo al acreedor, en caso de incumplimiento, la facultad de promover la venta de los bienes especialmente afectos a esa responsabilidad para hacerse pago con su importe de las obligaciones contraídas por el deudor, o bien afectar los frutos que esos bienes produzcan al pago de la deuda, con exclusión y preferencia sobre todos los demás acreedores.

El Código Civil establece los derechos que derivan de la prenda e hipoteca, como derecho cuya esencia consiste en que vencida la obligación principal, puedan ser rematadas las cosas en que consiste la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor. Es lo que se conoce con el nombre *ius distrandi*, es decir, derecho a la realización del valor de una cosa para la satisfacción del crédito, derecho que por en ningún caso puede extenderse ni a la apropiación, ni a la disposición de las cosas dadas en hipoteca o prenda ya que ello constituiría un pacto comisorio que es ilícito, el cual se rechaza por ser contrario al orden público, situación contraria cuando una vez ejecutado un procedimiento de remate, el acreedor recibe la adjudicación de la cosa.

En la prenda y la hipoteca se reconoce plena eficacia a las promesas de entregar en prenda o constituir hipoteca sobre cosas determinadas, idea concebida como contrato preliminar o precontrato, cuya fuerza vinculante deriva del mero consentimiento, igualmente estos Derechos Reales de Garantía son nulos en cuanto la obligación principal sea nula y pueden ser

condicionados. Es aquí cuando cobra vigencia un principio jurídico aplicado igualmente en nuestro derecho: "Lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

"La prenda y la hipoteca solamente pueden ser constituidas por su propietario, además, la libre disposición de sus bienes, aunque es posible que no sea el propio deudor sino un tercero propietario de esos bienes, el que las ofrezca en garantía, lo que en el fondo, no dejaría de ser una forma especial de fianza".²¹

Refiriéndonos a la hipoteca en particular y que es la parte fundamental en este trabajo, es interesante cuestionarse si la hipoteca es verdaderamente un Derecho Real. Tradicionalmente la hipoteca se ha reputado como un Derecho Real, pero esta concepción ha sufrido los cuestionamientos de la doctrina moderna que le ha negado tal carácter, afirmando que desde el momento en que el acreedor hipotecario no adquiere la posesión de la cosa que permanece en poder del deudor, no se da el elemento característico de los Derechos Reales, que es la relación directa e inmediata entre el título y la cosa, y ni siquiera en caso de incumplimiento de la obligación tiene el acreedor derecho a quedarse con la cosa, su derecho se limita a hacerla vender y pagarse con el producto de su venta, lo que puede hacerse con cualquier otro bien del patrimonio del deudor.

El maestro Carnneluti sostiene que la hipoteca no es otra cosa que un derecho que acuerda rango preferente en el momento de distribuirse el

²¹Alfaro de Cossio y Corral, Instituciones de Derecho Civil, tomo II, Editorial Civitas, primera edición, Madrid España, 1988, página 293.

producto de la expropiación forzada, es decir, no se trata de un derecho sustantivo sino de un derecho subjetivo procesal, por ello no debe hablarse de un derecho real de hipoteca sino de una acción hipotecaria, ésta sería una acción ejecutiva pero considerablemente reforzada, ya que permite ejecutar el inmueble, aún cuando éste hubiese salido del patrimonio del deudor y además le confiere al acreedor un privilegio respecto a otros acreedores.

Son interesantes los argumentos esgrimidos por la teoría procesalista, sin embargo, por otra parte se encuentran los argumentos de los juristas que defienden que la hipoteca es un Derecho Real. Afirmando éstos que no es convincente se diga que estemos en presencia simplemente de un derecho procesal y no de un verdadero Derecho Real. La contraposición manifiesta que es verdad que la hipoteca no confiere la posesión de la cosa, que en sentido estricto significa la tenencia, goce y disfrute de la cosa y no por eso se deja de tener un Derecho Real sobre ella, de lo que no puede dudarse, es que el acreedor hipotecario tiene derechos que recaen sobre la cosa misma y se demuestra inequívocamente en la obligación que la ley hace recaer sobre el propietario de abstenerse de cualquier otro acto de disposición material o jurídica que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado, de igual modo se dispone que no pueden ser opuestas al acreedor hipotecario las servidumbres que el dueño del inmueble hubiese constituido sobre ese bien. Ese derecho sobre la cosa se pone en manifiesto, en la circunstancia de que el acreedor puede rematar el bien cualquiera que fuera su último propietario, es indiferente quien sea el titular del dominio, la cosa queda así bajo la manus del acreedor cualesquiera que sean las transmisiones de propiedad sobre ella. Esta corriente en suma afirma que no puede dudarse de que la hipoteca es un derecho real, pero reconoce que se trata de un derecho real de naturaleza peculiar desde el momento que no

brinda ni la posesión ni el goce de la cosa, es un Derecho Real de naturaleza refinada en donde el poder sobre el bien se ejerce no a través del contado con ella, sino del juego de instituciones jurídicas que equivalen a que el acreedor tenga poder para cobrarse de ella.²²

Retomando la primera idea del presente inciso, decíamos que existen a).- Garantía Personal y b).- Garantía Real. Ambas son Derechos Reales de Garantía, en el contexto que anteriormente en este mismo capítulo se planteó.

Garantía Personal.- Es aquella mediante la cual, se asegura al acreedor el pago de un crédito otorgado o el cumplimiento de una obligación, dependiendo de la seguridad emanada de las personas. En este caso el acreedor se satisface con que otra persona cuya solvencia le merece crédito o seguridad, afiance o asegure la obligación, a través de una tercera persona que como se viene indicando, le merece confianza o solvencia al acreedor, configurandose este tercero como deudor una vez que exista incumplimiento por parte del deudor principal.

Dentro de esta Garantía se encuentra la Fianza que se define como la garantía personal mediante la cual un sujeto determinado asume el compromiso de cumplir una obligación ajena, para el caso de incumplimiento del obligado principal. El Código Civil la define como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace.

²²Guillermo A. Borda, ob. cit.; página 503.

Garantía Real.- Es aquella mediante la cual, se aseguraba al acreedor el pago de un crédito otorgado, o bien el cumplimiento de una obligación determinada dependiendo ese cumplimiento de la seguridad emanada de una cosa. Suele ocurrir que o bien el acreedor no satisface con una garantía meramente personal o bien el deudor no está en condiciones de ofrecer ningún garante al acreedor, entonces la deuda se garantiza con un bien, es la llamada Garantía Real. Esta Garantía Real puede asumir distintas formas:

"Cabe mencionar como circunstancia adicional, que tiene especial gravitación en el marco de todo acuerdo crediticio, la naturaleza de la garantía que el deudor ofrezca para asegurar la obligación. No tienen idéntico valor la fianza personal de un tercero, que la afectación de un inmueble determinado al cumplimiento de lo debido. Es evidente que hay mayor garantía y seguridad en la afectación real que en la personal.²³

a).- El deudor no transfiere al acreedor la propiedad de la cosa, sino simplemente su posesión, comprometiéndose a devolver la cosa, cuando la deuda sea pagada es lo que ocurre con la PRENDA y la ANTICRESIS.

b).- La garantía puede consistir, no en la adquisición de la propiedad o de la posesión de la cosa, sino en el derecho de ejecutarla y hacerla vender en subasta pública para cobrarse su crédito con el producto de la venta. Fácil es advertir, que esta garantía corresponde a una cultura jurídica más refinada, en la que el acreedor no pone la mano sobre la cosa, pero por medio

²³Papano Kiper y Dillón Casuso, *Derechos Reales*, tomo II, Ediciones de Palma, Buenos Aires Argentina, 1990, página 299. "Cabe mencionar como circunstancia adicional, que tiene especial gravitación en el marco de todo acuerdo crediticio la naturaleza de la garantía que el deudor ofrezca para asegurar la obligación. No tienen idéntico valor la fianza personal de un tercero, que la afectación de un inmueble determinado al cumplimiento de lo debido. Es evidente que hay mayor garantía y seguridad en la afectación real que en la personal."

de ciertas instancias que la ley reconoce, está en cierta forma en la condición de quien la tiene en su poder.

Lo anterior es substancialmente la idea a la que responde la HIPOTECA, que junto con la prenda y transitoriamente la anticresis, son las partes que conforman la Garantía Real.

Históricamente primeramente surgen las garantías personales, éstas aseguran el cumplimiento de la obligación mediante la creación de una pluralidad de deudores disminuyendo con ello, el riesgo que corre el acreedor de no ser pagado, la fianza, como ya se dijo, es el contrato regulado por el Código civil y el código de Comercio que responde a esta necesidad.

Por su lado, la Garantía Real se nos presenta como una evolución de la garantía personal, mediante la cual se intenta subsanar los obstáculos e inconvenientes que representan estas últimas, ya que puede presentarse el caso de insolvencia de todos los deudores, de tal suerte que las Garantías Reales gravan un bien del patrimonio del deudor, dotando al acreedor de un derecho real de ejecución sobre el mismo, de tal manera que en caso de incumplimiento, pueda obtener el pago de su crédito del producto de la venta. Estas Garantías Reales se dan como ya se apuntaba con la hipoteca y la prenda, por virtud de las cuales el acreedor tiene dos acciones para el cobro de su crédito: La acción hipotecaria y prendaria por un lado, que recae sobre el bien gravado en contra del poseedor o detentador y la acción personal en contra del deudor sobre todos sus bienes.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM hace la siguiente clasificación: "Garantía Contractual. Locución que se refiere a los contratos de garantía cuya finalidad es asegurar al acreedor el pago de un crédito otorgando con ello confianza al deudor. Son pues, contratos accesorios.

Se divide en Garantía Real y Personal dependiendo de la seguridad emanada de los bienes en el primer caso o de las personas en el segundo. Surgen como una expresión de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Esta garantía contractual se da mediante la fianza, la prenda, la hipoteca y antiguamente también existía la anticresis".

Además de estas figuras jurídicas, menciona el Diccionario, existen otras que también son de Garantía Real y que tienen algunas de ellas mayor eficiencia que las dos anteriores: Las Arras, el Depósito, el Fideicomiso en Garantía.²⁴

El Código de Comercio, se refiere a la Hipoteca Mercantil como garantía de una emisión de obligaciones o las constituidas a favor de sociedades financieras y de Banca Múltiple.

3.- OBJETO DE LA GARANTIA

²⁴Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, quinta edición, México 1992, páginas 1506 y 1507.

El objeto, finalidad o razón de ser de la garantía, en un sentido amplio, es asegurar el cumplimiento de una obligación de hacer, dar, no hacer o no dar, responder por la calidad de una cosa, proteger contra algún riesgo o necesidad.

Ordinariamente utilizamos la palabra garantía de manera muy superficial, sin embargo, siempre tratamos de utilizarla, como ya se señaló anteriormente, como sinónimo de seguridad, pero jurídicamente su finalidad es un poco más profunda, la garantía protege de manera general los derechos privados y los derechos públicos de las personas.

Es una protección que concede a los individuos el ordenamiento jurídico, a fin de evitar que sus derechos sean lesionados, el ordenamiento jurídico puede proteger creando figuras jurídicas que garanticen el cumplimiento de una obligación principal, o puede proteger estableciendo restricciones a la autoridad en el momento que emita un acto, afectando la esfera jurídica de los gobernados.

Las medidas de garantía o protección que adopta el derecho son de muy distintas clases. Pueden dividirse en preventivas y represivas, según que tengan por fin impedir las posibles violaciones de los derechos que puedan realizarse en lo futuro o vayan encaminadas a reparar el orden jurídico perturbado por una lesión que ya se ha producido. Por el hecho de vivir en sociedad, el Estado ampara a los individuos en todo momento con sus leyes, exigiendo siempre que éstas sean respetadas y concediéndole el derecho, en caso contrario, de acudir ante las autoridades competentes para pedir por

medio del ejercicio de la acción, el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

En sentido político y social, se tiene que hacer referencia a las garantías individuales para designar los medios con que la sociedad asegura la libertad a los que la componen, obligando a que se respeten los derechos que ha reconocido a cada uno de ellos, mas adelante ahondaremos en las garantías individuales; en sentido administrativo, también podemos hacer mención a que la garantía es la protección que, en ciertos casos, la ley concede a determinados funcionarios públicos, prohibiendo que se les persiga judicialmente y se les exija responsabilidad sin una especial autorización; en sentido civil, que junto con el político y social son los que interesan para fines del presente trabajo, garantía, para la primera, es la protección general con que el ordenamiento jurídico asegura a los particulares el ejercicio de sus derechos subjetivos y especialmente, los medios que proporciona al acreedor para hacer eficaz la reclamación de su crédito frente al deudor.²⁵ Dentro del apartado civil, hay que recordar que en éste mismo capítulo, ya nos referimos concretamente al objeto o finalidad de la Garantía Real y la Garantía Personal, y concluimos que la finalidad de la Garantía Real, es asegurar el pago de un crédito, que el acreedor otorgó a esa ó a otra persona, mediante la seguridad que emana de las cosas, esta seguridad hay que recordar, se da por medio de las acciones hipotecaria y prendaria que la ley reconoce al acreedor, para salvaguardar sus derechos subjetivos, mismos que nacen de esta obligación.

²⁵. Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit, páginas 11 y 12.

Por lo que respecta a la Garantía Personal, su finalidad es prácticamente la misma, con la diferencia por supuesto, que la seguridad del cobro del crédito emana de la persona y no de la cosa.

Por supuesto, el objeto o fin de toda garantía debe ser lícito, aunque en el presente trabajo, no vamos a hacer un estudio de los requisitos de validez y existencia de los contratos como fuente generadora de obligaciones, si consideramos pertinente aplicar uno de ellos al objeto o fin de la garantía, como lo es la licitud del objeto o fin de la garantía, que tiene relación con el apartado que se desarrolla en el presente capítulo. La cosa que se va a garantizar o con la que se va a garantizar debe: a. Existir en la naturaleza. b. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie y c. Estar dentro del comercio.

El objeto de la garantía, como contrato accesorio y al igual que en el contrato principal, debe ser posible y lícita; al respecto el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 1828 y 1830 establecen en este sentido:

Artículo 1828.- "Es imposible el hecho que no puede existir porque 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."

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

Considero que el estudio de los Derechos Reales de garantía tal, y como se encuentra legislado en el Código Civil para el Distrito Federal es muy confuso ya que se encuentra disperso en él, obligando al particular consultar de un apartado a otro en ese ordenamiento normativo e interpretando para las lagunas que sobre el particular existen, por lo que se requiere la aplicación de una mayor hermenéutica jurídica y orden del legislador al momento de tratarlos en la ley y estructurarlos de mejor forma en el Código Civil.

CAPITULO III

LA HIPOTECA

1.- GENERALIDADES.

El término de hipoteca lleva implícito por naturaleza una serie de figuras jurídicas que en conjunto llamaremos "DERECHO HIPOTECARIO", al cual nuestra Constitución lo considera como una institución jurídica, misma que, como se mencionó, implícita tanto al contrato de hipoteca, como al derecho real de hipoteca.

Durante este capítulo analizaremos dicha institución, es decir, "EL DERECHO HIPOTECARIO".

El Código Civil, da tratamiento a la prenda y la hipoteca en el capítulo relativo a los contratos, debido tal vez a que ambos derechos reales nacen de contratos, sin embargo, como hemos venido señalado en éste trabajo ésta sistemática no es muy aceptable, pues la prenda y la hipoteca, como derechos reales, debieran haber sido consideradas en el Segundo Libro "de los Bienes", sin perjuicio de haber sido tratadas después por los contratos de prenda e hipoteca, considerando además que el Segundo Libro no es lo sistemático que debería ser, puesto que no agota la problemática de la clasificación de los derechos reales, y los derechos reales se encuentran dispersos en varios artículos del Código Civil.

Con el fin de referirnos en concreto a los antecedentes del derecho de hipoteca, sin mencionar a los antecedentes de las garantías que ya ha sido tratado en el Capítulo Primero de este trabajo de investigación, haremos a continuación una remembranza muy concreta de éstos para dejar claros los antecedentes en el presente capítulo de "LA HIPOTECA":

La confusión que constantemente existió entre la hipoteca y la prenda, ha hecho que la reglamentación hipotecaria como derecho sustantivo autónomo sea bastante reciente, los antecedentes inmediatos de nuestra legislación hipotecaria contemporánea, se encuentran en la Ley Hipotecaria Belga del 16 de diciembre de 1851, que inspiró posteriormente al Código Italiano y a la mayoría de los códigos y leyes hipotecarias europeas y americanas; pero ateniéndonos a México, su derecho hipotecario se remonta a los antiguos códigos hispánicos, los cuales se guiaban por el sistema romano de la clandestinidad. La primera disposición hipotecaria merecedora de tal nombre, fue la Real Cédula de fecha 9 de mayo de 1778, reformada varias veces en los años subsiguientes, y por medio de la cual se dispuso el registro de las hipotecas para evitar las ocultas con las graves lesiones que inferían a los derechos de terceros y los múltiples abusos a que se prestaban. Sin embargo, no se adoptó un criterio rígido que garantizase los intereses de los contratantes en forma eficaz y adecuada. Dicha Cédula Real instauró los llamados Oficios de Hipotecas en los que se hacían constar los cambios que sufriera la propiedad inmueble, en particular los gravámenes hipotecarios y otros de carácter vinculatorio como los censos, los tributos, etc. No fue sino hasta la promulgación del Código de 1870 que se reglamentó el derecho hipotecario con mayor eficacia. El Código de 1884 no alteró el sistema y los dos adoptaron los principios de la legislación hipotecaria española.

2.- CONCEPTO DE HIPOTECA.

2.1.- CONCEPTO

Jurídicamente, como hemos visto con anterioridad que el concepto hipoteca puede tener varias acepciones. Se dice que es hipoteca el derecho real de garantía en la forma que ya conocemos; se da el nombre de hipoteca a esa misma garantía constituida a través de ese derecho real y a los bienes sobre los cuales recae y, finalmente, se denomina hipoteca de manera amplísima y general al contrato por virtud del cual se otorga ese derecho real considerado como una de las convenciones admitidas por la ley para asegurar y garantizar una obligación principal.

El Código Civil de 1928 nos da en su artículo 2893 el siguiente concepto: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

El maestro De Buen define el derecho de hipoteca como un derecho real que, sin implicar traslado de la posesión a persona distinta del dueño, asegura a su titular el cobro de cierta cantidad, autorizando para que pueda promover la venta de la cosa sobre que recae, y para que la parte necesaria del precio obtenido se destine a pagarle.

El Código alemán define a la hipoteca de la siguiente manera: "Un inmueble puede ser gravado de manera que aquel en cuyo beneficio se constituye el gravamen, deba serle pagada en abono de un crédito que le corresponde una determinada suma de dinero, sacada del inmueble". De esta definición resalta en primer término la naturaleza real del derecho de hipoteca y no la contractual.

El maestro Zamora y Valencia en su obra titulada "Contratos Civiles" define a la hipoteca en su modalidad de contrato como: "Contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un 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 una 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 y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley."²⁶

El maestro Rojina Villegas por su parte la define como: "Un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación."²⁷

²⁶Miguel Angel Zamora y Valencia, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, segunda edición, México 1985, página 297

²⁷-Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, tomo sexto, volumen III, Antigua Librería Robredo, primera edición, México 1960, página 25

Para el maestro Borja Soriano el contrato de hipoteca es: "Aquel por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago."²⁸

De manera intencional, anotamos indistintamente definiciones del derecho de hipoteca, tanto en su naturaleza contractual, como en su naturaleza de derecho real, con el fin de hacer notar en este comentario, que realmente los elementos de una y otra definición, respecto a cada naturaleza son prácticamente los mismos, siendo la única diferencia el matiz que desee darse en cada definición para considerarla de una u otra naturaleza, lo que no se puede negar es que la hipoteca es un derecho real y el mismo Código Civil nos da la pauta para considerarlo de esa manera y que la hipoteca, para que asuma su naturaleza de derecho real, depende de un contrato, de un acuerdo de voluntades que otorgue al acreedor, ese derecho de persecución, sin olvidarnos que el patrimonio del deudor garantiza el cumplimiento de sus obligaciones, por eso, sin que estemos considerando que la definición del maestro Borja Soriano sea la mejor o la mas completa, nos parece interesante pero definitivamente para lograr una definición mas completa, habría que tomar en cuenta la definición que al efecto se establece el Código Civil y de la doctrina en conjunto para sintetizarla en una sola.

En relación con lo anterior, se propone la siguiente definición:: "El Derecho de Hipoteca es la institución jurídica a través de la cual, por medio

²⁸Manuel Borja Soriano, ob.cit, páginas 17 y 18.

de un contrato o un acuerdo de voluntades, nace un derecho real constituido sobre bienes determinados y enajenables que no se entregan al acreedor y que garantizan el cumplimiento de una obligación principal y dan derecho de persecución a éste para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor con su derecho de preferencia enajene la cosa para ser pagado con el producto de la misma, en el grado de prelación que señala la ley."

2.2.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE HIPOTECA

De acuerdo con la definición propuesta en el apartado que antecede, ésta contiene elementos que podemos desglosarlos de la siguiente forma:

a.- El derecho de hipoteca, por su contenido y trascendencia podemos considerarla como una figura jurídica, es decir, la hipoteca como derecho, es el contenido en sí mismo que establece la ley para determinar el tipo de garantía.

b.- El hecho o necesidad de incluir el término "por medio de un CONTRATO..., se debe a que en el derecho de hipoteca éste es el instrumento legal en el que se hace constar expresamente el tipo de garantía; además que a través de ese contrato nace el derecho real que da derecho a el acreedor hipotecario para hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento del deudor.

c.- A su vez, ese acuerdo de voluntades expreso, establece un derecho real que se traduce en la atribución que el acreedor detenta sobre el bien hipotecado materia del contrato.

d.- Así mismo, el término "constituido sobre bienes determinados y enajenables", evoca que aquellos bienes sobre los que recae ese acuerdo expreso de voluntades deben estar perfectamente identificados, ésta es una de las características del derecho de hipoteca que impide la constitución de hipotecas tácitas o generales.

En lo concerniente a que el bien sea enajenable, obedece a que su valor constituye técnicamente la seguridad del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podrían representar ese valor para con él pagar el crédito garantizado y agregaríamos a las dos anteriores, el que deben ser inscribibles en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. Cabe mencionar que actualmente ya no es un requisito del objeto de este contrato, el que recaiga sobre bienes inmuebles, aunque comúnmente se celebra la hipoteca sobre este tipo de bienes.

e. No se entregan al acreedor : Este es el elemento característico de la hipoteca para distinguirlo de otro tipo de garantía.

f. Que garantizan el cumplimiento de una obligación principal : Se trata de un contrato accesorio.

g. Dan derecho de persecución al acreedor: Es la atribución que guarda el acreedor frente a terceros para reclamar el cumplimiento de una obligación garantizada. Otorga un derecho de preferencia frente a otros

acreedores desde el momento que inscribes la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio sobre todos los gravámenes posteriores a la inscripción, además está relacionado con la característica de indivisibilidad de esa afectación del propio bien, aunque el éste pase a poder de un tercero. Es uno de los argumentos más fuertes para considerar a la hipoteca como un derecho real.

h. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor tiene derecho de enajenación y preferencia: Es el aseguramiento de ese derecho que se tiene frente a terceros. Así mismo, es el beneficio que conlleva ese derecho de hipoteca. Respecto al derecho de preferencia es muy importante señalar que para que éste nazca a la vida jurídica es necesario haberse inscrito el contrato en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

i. El acreedor es pagado con el producto de la enajenación: Este, como ya vimos es un derecho que tiene el acreedor y también un elemento característico del derecho de hipoteca una vez incumplida la obligación, se enajena el bien hipotecado y el valor obtenido de la enajenación se aplica al pago del crédito.

Se puede pactar que en caso de incumplimiento se transmita la propiedad del bien como Dación en pago de la obligación garantizada, en el precio que fijen al hacerse exigible la deuda y previo valuar el inmueble, antes no, ya que no pueden pactar ese precio al momento de la celebración del contrato, bajo sanción de nulidad es lo que se llama "pacto comisorio" y el mismo esta prohibido.

j. El acreedor es pagado en el grado de prelación que señala la ley: Es decir, inmediatamente después de haberse pagado primero, los gastos del juicio respectivo y los que origine la enajenación, los gastos de conservación y administración de los bienes y el importe de los seguros que se hubiesen contratado.

Si hubiese varios acreedores hipotecarios respecto del mismo bien, serán pagados en el orden en que se pagaron sus hipotecas si se registraron en los términos de ley. Es muy importante el registro porque en caso de no hacerse, el contrato de hipoteca, no surte efectos frente a terceros, no tendrá preferencia sobre estos gravámenes que sí fueron inscritos, incluso si no hubo registro y se lleva al extremo de que no se cumpla con la obligación, al momento de ejercitarse la acción hipotecaria, no podrá inscribirse la cédula hipotecaria en caso de haber otros gravámenes. (art. 469. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

3.- CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE HIPOTECA

De la doctrina legal y de la figura del contrato de hipoteca que extraen del Código se pueden señalar las siguientes características del derecho de hipoteca, que están lógicamente muy interrelacionadas con los elementos de la definición, que de manera personal se propuso en el presente trabajo:

a.- El derecho real de hipoteca nace con todos sus efectos a través de un contrato: el contrato de hipoteca.

b.- La REALIDAD en el derecho de hipoteca, se da en virtud de que la garantía recae sobre bienes muebles o inmuebles a los que afecta, de tal modo que creado el vínculo o gravamen, éste persiste sobre la cosa aún cuando ésta pase a poder de una tercera persona. La hipoteca, para que produzca sus efectos de derecho real oponible (erga omnes), sólo puede recaer sobre bienes determinados e identificables, que son los únicos que pueden inscribirse en el Registro Público. Además, los bienes sobre los que se constituye el derecho hipotecario, deben ser bienes enajenables, ya que aún cuando el contrato de hipoteca no es traslativo de dominio, su finalidad es la de servir de garantía al cumplimiento de una obligación principal, a través de la afectación de ese bien que consiste precisamente en la facultad de pedir la enajenación del bien, para pagar el crédito.

c.- El derecho de hipoteca, como todo derecho real de garantía es ACCESORIO, está subordinado a otro principal cuyo cumplimiento garantiza y del cual se muestra como accesorio, sin que por esta razón pierda su autonomía intrínseca cuando se le considere jurídicamente. La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la hipoteca.

d.- La hipoteca es una garantía real para el cumplimiento de la obligación de la cual depende, lo que significa que el valor del bien hipotecado está garantizando en forma preferente el cumplimiento de esa obligación, independientemente de la garantía tácita que representa todo el patrimonio del deudor, cuando este es el que ha constituido el gravamen. (de aquí podríamos desprender el carácter de Especialidad de la hipoteca) Si la hipoteca la constituyó un tercero, el acreedor tiene como garantía específica

el valor del bien hipotecado pero no el patrimonio del deudor hipotecario, por no ser éste el deudor de la obligación garantizada.

e.- Cómo ya se mencionó el carácter de ESPECIALIDAD de la hipoteca se explica de la siguiente manera: Para que haya hipoteca es necesario que se especifiquen y determinen taxativamente los bienes sobre los cuales se constituye, independientemente de la garantía tácita que represente todo el patrimonio del deudor. De ahí que el artículo 2895 exprese: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados."

f.- LA INSEPARABILIDAD es la adherencia de la hipoteca al bien que ha sido gravado y al cual sigue en su calidad de derecho real "como sombra al cuerpo". Dicha adherencia la impone el artículo 2894 del Código Civil diciendo: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero".

g.- LA INDIVISIBILIDAD esta reconocida por el artículo 2911, el cual expresa que la hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiese desaparecido.

h.- Una de las características principales del derecho de hipoteca es que no se desposee del bien al deudor hipotecario y no tendrá la obligación de entregarlo mientras no se haga efectiva la garantía que implica.

i.- Por último hacemos referencia a una característica muy importante en nuestro derecho de hipoteca que es la PUBLICIDAD, ya que para su validez frente a tercero, la hipoteca debe forzosamente ser publicada mediante inscripción en el Registro Público. La hipoteca nunca es tácita, ni general, pero este requisito no es absolutamente esencial para la existencia de la hipoteca , ya que siendo el crédito hipotecario menor de cinco mil pesos, puede otorgarse en escritura privada (2917 del Código Civil).

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pero el derecho real sólo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

4.- CLASES DE HIPOTECAS

Las antiguas leyes hispánicas sancionaban 3 clases o especies distintas de hipoteca, voluntarias o convencionales, legales y judiciales, según que la fuente de su origen fuese el pacto, la ley o el mandato de un juez. En los códigos civiles modernos se ha suprimido la hipoteca judicial, sustituyéndola por las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad, en consecuencia en nuestro derechos encontramos las siguientes:

a.- Las hipotecas voluntarias : Son aquellas convenidas entre las partes o impuestas por disposición del propietario de los bienes sobre los que se constituyen.

b.- Las hipotecas necesarias : Son aquellas que por disposición de la ley están obligadas a constituir determinadas personas para garantizar el

•cumplimiento de las obligaciones que pudieran adquirir por la administración de bienes o para garantizar el pago de los créditos a determinados acreedores.

Además recordando que en nuestro derecho la hipoteca no solo recae sobre bienes inmuebles, encontramos las hipotecas mobiliarias o inmobiliarias en atención a que los bienes gravados sean bienes muebles o inmuebles.

Otras clases de hipotecas son:

La Hipoteca del Propietario: Es aquella que grava un bien en favor del mismo dueño para tener preferencia en el cobro de un crédito con su valor, frente otros acreedores hipotecarios. En derecho mexicano se admite un caso de hipoteca de propietario cuando en virtud de la subrogación que se opera por ministerio de ley, el adquirente de un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él, un crédito hipotecario anterior a la adquisición (artículo 2058 del Código Civil).

5.- ELEMENTOS DEL DERECHO DE HIPOTECA

5.1.- ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales son: el deudor o tercera persona que constituye la hipoteca a favor del acreedor, el acreedor como sujeto activo

del derecho, y en su caso, el sujeto pasivo o tercero ajeno a la relación causal que integra toda relación de derecho real.²⁹

La hipoteca no necesariamente la constituye la persona que tiene que cumplir una obligación frente a un acreedor con un bien de su propiedad, puede ser un tercero que afecta un "bien" de su propiedad para el cumplimiento de dicha obligación, estableciéndose sobre el bien un derecho real que no implica que el tercero esté obligado a cumplir con el adeudo en caso de incumplimiento del deudor como sería el caso del aval, pero sí cabe señalar que el "bien" de su propiedad garantiza la obligación.

El acreedor hipotecario será aquella persona a cuyo favor se constituya la hipoteca o cuyo derecho le haya sido transferido por el acreedor.

El sujeto pasivo que integra toda relación de derecho real, que como ya manifestamos puede ser cualquier tercero.

5.2.- ELEMENTOS REALES

Serán la clase de bienes que pueden ser hipotecados, que como ya apuntábamos anteriormente, pueden ser bienes muebles e inmuebles, así mismo es importante recordar que ya anteriormente anotamos cómo deben ser las características de estos bienes, por esta razón no nos extenderemos más. (artículos 2896, 2897 y 2901 del Código Civil).³⁰

²⁹José Gomiz y Luis Muñoz, Elementos de Derecho Civil, tomo II, Editores José Gomiz, México 1943, página 494.

³⁰Idem., página 494

El Código no se muestra muy afortunado en la enumeración que hace de los bienes susceptibles o no de ser hipotecados, cabe señalar que esta enumeración no es exhaustiva, sin embargo ayudaría más una enumeración que resolviera los graves y múltiples problemas que plantea la hipoteca al respecto.

5.3.- ELEMENTOS FORMALES.

Siguiendo con un desarrollo paralelo al de los contratos en general, diremos que estos elementos los conforman las solemnidades requeridas por la ley, los cuales son muy importantes para que el derecho de hipoteca surta todos sus efectos entre las partes y frente a terceros, estas formalidades las podemos dividir en dos clases: a).- formalidad del negocio jurídico hipotecario; y b).- inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

5.3.1.- FORMALIDADES DEL ACTO HIPOTECARIO.-

De acuerdo con el artículo 2317 del Código Civil para el Distrito Federal, entratándose de transmisión de derechos reales, o que éstos garanticen un crédito (que es el caso que nos ocupa), cuyo valor no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, podrán otorgarse en documento privado con las siguientes formalidades: firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario,

juez competente o Registro Público de la Propiedad. En caso de no cumplirse esta formalidad, podría pensarse que la consecuencia sería la nulidad del contrato, sin embargo, opinamos que no es así, ya que en caso de que no se firmara ante los testigos, o no ratificarse ante los órganos del estado anteriormente señalados, aún contamos con el recurso legal establecido en el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual deja salvo nuestro derecho de poder acudir ante el juez civil de primera instancia y ejercitar la acción hipotecaria, en este caso, para constituir, ampliar y registrar una hipoteca.³¹

También quisiera destacar el acierto del legislador al reformar el artículo 2317 del Código Civil para el Distrito Federal determinando el cambio de valores mínimos, para poder celebrarse el contrato privado de hipoteca, ya que resultaban completamente obsoletas las cantidades que anteriormente se señalaban, con las cuales, prácticamente no se dejaba margen alguno para celebrar ningún contrato privado de hipoteca, por lo cual el mencionado artículo, resultaba anacrónico.

5.3.2. INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD.

³¹Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, quinta edición, Puebla México, 1985, página 256. El maestro señala "Si la ley determina que un contrato debe cumplir con una forma y esta no se satisface, es incuestionable que el contrato existe, salvo que se trate de una forma solemne, y además tiene pleno valor mientras una de las partes interesadas no impugne su validez con base en la omisión de ese requisito, ante la autoridad judicial"

A este comentario del maestro, lo complementamos con lo expuesto en esa ésis en el inciso , ya que la misma ley a través de su artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles deja abierta la posibilidad para constituir, ampliar y registrar una hipoteca.

La hipoteca nunca es tácita ni general, para producir efectos contra tercero, necesita siempre de registro, pero aún sin esa inscripción, sí produce efectos entre los contratantes.

Reitero el comentario que se ha hecho en este trabajo, en el sentido de que no debe confundirse el derecho que origina para el acreedor la celebración del contrato de hipoteca, con el derecho real hipotecario. Puede no existir derecho real como consecuencia de la falta de inscripción del título del Registro Público de la Propiedad y por ende no ser oponible a terceros, pero sí existir el derecho personal en favor del acreedor, que puede hacer valer judicialmente. Al efecto, el artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, establece: "Cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que esté registrado el bien a nombre del demandado y QUE NO HAYA INSCRIPCIÓN DE EMBARGO O GRAVAMEN EN FAVOR DE TERCERO."

En relación con lo anterior, surge otro comentario: parece que el legislador, en la última parte del precepto legal antes señalado quisiera proteger de más a los anteriores acreedores o establecer restricciones legales a los contratantes de hipotecas privadas, sin embargo, considero que esta última parte del ordenamiento en cita debe declararse ilegal y por lo tanto improcedente, toda vez que el hecho de que aquellos sujetos que contraten una garantía hipotecaria y no la inscriban en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, esta situación no debe ser óbice para que una vez interpuesta la acción hipotecaria respectiva, el juez de la causa esté en

posibilidad de ordenar la inscripción de la cédula hipotecaria correspondiente, no obstante que exista inscripción de gravámenes o embargos. (el mismo artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal refuerza este razonamiento).

Sirve de apoyo a lo anterior, la Ratio Legis que se haga del numeral antes citado, es decir, interpretando el artículo que nos ocupa en el sentido de que si no existiera embargo o gravamen ninguno, entonces sí resultaría procedente la inscripción de la cédula hipotecaria, situación que resulta incongruente y contradictoria, toda vez que en esas condiciones si surtiría efectos la requerida cédula hipotecaria cuando no existieren gravámenes o embargos previos.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el objeto de la cédula hipotecaria es DECLARATIVO Y RESTRICTIVO, por lo que existiendo o no gravamen o embargo alguno, el objeto de la cédula hipotecaria, estando previamente o no constituida la hipoteca, es exactamente el mismo, por lo que el multicitado numeral resulta notoriamente contradictorio.³² El derecho real de garantía de los anteriores acreedores, hipotecarios o no, está perfectamente salvaguardado, sin necesidad de que el legislador anotara la citada restricción, ya que una vez inscrito cualquier gravamen en el Registro

³² José Ovalle Favela, Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, segunda edición, México 1985., página 348. El maestro Ovalle en su obra, hace suyo el comentario del maestro Becerra Bautista y manifiesta: "La cédula Hipotecaria es una verdadera advertencia que se hace a las autoridades y acreedores de que la finca sujeta a juicio hipotecario no puede ser objeto de embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquier otra que entorpezca el curso del juicio o viole los derechos adquiridos por el actor".

Es decir, exista o no la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad ya existe una acción hipotecaria interpuesta, por lo cual el objeto de la Cédula Hipotecaria es exactamente el mismo existiendo o no el registro.

Público de la Propiedad y del Comercio, se tiene que respetar el derecho de prelación. Nosotros pensamos que la última parte de este precepto, tomando en cuenta el carácter restrictivo de la cédula hipotecaria, debe modificarse al hacerse lectura del artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de la siguiente forma: "Cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que esté registrado el bien a nombre del demandado Y QUE NO HAYA INSCRIPCIÓN DE CEDULA HIPOTECARIA, ANTERIOR A LA QUE SE PRETENDE INSCRIBIR", siendo este numeral el que nos da la pauta para concluir la improcedencia del comentario anterior.

6. TERMINO Y CAUSAS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA.

6.1. TERMINO DE LA HIPOTECA

La hipoteca, de acuerdo con el artículo 2927 del Código Civil, tiene un término salvo convenio en contrario, por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, (característica de accesoriedad) y si ésta no tiene término para su vencimiento, la hipoteca no podrá exceder de diez años. Se puede pactar que la hipoteca tenga una vigencia menor que el plazo de la obligación garantizada, pero produce todos sus efectos contra terceros mientras no sea cancelada su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (artículo 2940 del Código Civil).

En caso de que se otorgue al deudor un plazo mayor para el cumplimiento de su obligación garantizada con una hipoteca, se entenderá

prorrogada por el mismo término a no ser que expresamente se consigne un plazo menor a la prórroga de la hipoteca.

La hipoteca puede ser prorrogada dos o más veces pero, siempre en relación directa con el cumplimiento de la obligación principal. La prórroga otorgada por primera vez hace conservar a la hipoteca el grado de prelación que esta tenía desde su origen la segunda o subsecuentes prórrogas sólo conceden a la hipoteca el grado de prelación que les corresponde conforme a las fechas de sus últimos registros.

6.2.- CAUSAS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA

La hipoteca puede extinguirse por vía directa o por vía de consecuencia en virtud de su carácter de accesoriedad.

I.- Por vía directa:³³

a.- Por nulidad, por rescisión y por demás causas normales de extinción de las obligaciones. Si bien es cierto que la hipoteca depende de una obligación principal, también es cierto que la hipoteca se crea a través de un contrato, de un acuerdo de voluntades entre las partes con derechos y obligaciones entre ellos, es por eso que el contrato de hipoteca reviste de manera independiente de la obligación principal, todas las características y circunstancias de las obligaciones.

³³Miguel Angel Zamora y Valencia, ob.cit., página 308.

b.- Por destrucción o extinción del bien o derecho hipotecado, ya que el bien hipotecado constituye técnicamente la garantía de cumplimiento de la obligación principal, por lo tanto, si desaparece el bien, no podría obtenerse ese valor para con él pagar el crédito garantizado.

c.- Por que se resuelva o extinga el derecho real sobre el bien hipotecado. (art. 3028, 3031, del Código Civil extinción de la hipoteca y cancelación del Registro Público de la Propiedad) (aquí puede ser que se pague previamente la hipoteca o por encontrarse el bien hipotecado en controversia y resolverse que sale del patrimonio del deudor)

d.- Por expropiación del bien por causa de utilidad pública, en cuyo caso el importe de la indemnización quedará afectado al cumplimiento de la obligación garantizada.

e.- Por remate judicial del bien, en términos de lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, una vez que interpuesta la acción hipotecaria, el deudor no logró probar sus excepciones, en caso de haberlas interpuesto.

f.- Por remisión expresa de la deuda hecha por el acreedor.

g.- Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria, es decir, una vez transcurrido el plazo de los diez años, contados a partir de que el acreedor tenga a su cargo ejercitar la acción legal respectiva con arreglo al título constitutivo de su acción debidamente inscrito.

II.- Por vía de consecuencia:

a.- Cuando se extinga la obligación garantizada. Esta sería la forma ideal de extinción de la hipoteca; ahora bien, si la hipoteca se extingue por extinguirse la obligación principal como consecuencia de una dación en pago, aquella revivirá si la cosa dada en pago se pierde en poder del deudor, por su culpa o si el acreedor la pierde por causa de evicción, en estos casos, si ya ha sido cancelada la inscripción en el Registro, revivirá también la inscripción pero sólo producirá efectos contra terceros desde la fecha en que esto suceda, quedando a salvo los derechos del acreedor para ser indemnizado por su deudor de los daños y perjuicios que la pérdida de la prelación y el mismo incumplimiento en el pago, le originen (artículo 2943 del Código Civil).³⁴

³⁴Leopoldo Aguilar Carbajal. Contratos Civiles, Editorial Porrúa, tercera edición, México, 1982, página 284. El maestro Aguilar distingue otra causa de extinción que consideramos acertada, por vía de consecuencia. "Cuando el titular del Derecho de Hipoteca adquiere la propiedad del bien hipotecado, como nadie puede tener gravamen sobre cosa suya, y cuando el adquirente del bien hipotecado adquiere también la hipoteca se extingue esta. Hay dos excepciones : a) Tratandose de herencia y b) En el pago con subrogación."

IV. ANALISIS DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL, PARRAFO SEGUNDO

1.-GENERALIDADES DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

El artículo 14 de nuestra Constitución Política, por el tipo de garantía individual contenida en el mismo, reviste trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional y más aún, dentro de nuestro sistema positivo de derecho, ya que a través de la Garantía de Seguridad Jurídica que consagra, el gobernado encuentra una protección sustancial en su esfera de derecho.

El precepto constitucional en comento, concibe un complejo orden jurídico que a su vez conlleva cuatro modalidades que integran, en este caso, la Garantía Individual de Seguridad Jurídica, tales como: IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, (párrafo primero); AUDIENCIA, ya mencionada y punto medular de esta tesis, (párrafo segundo), LEGALIDAD EN MATERIA CIVIL (lato sensu), (párrafo cuarto), y LEGALIDAD EN MATERIA PENAL, (párrafo tercero).

En las relaciones jurídicas que se presentan entre autoridad y gobernados, se suceden actos imputables a las primeras que afectan la esfera jurídica de los segundos, es decir, afectan de una forma u otra a los administrados en las múltiples facetas que integran su esfera de derecho (vida, propiedad, libertad, posesiones o derechos).

Ahora bien, dentro de un régimen jurídico o dicho de otra forma, en un sistema de derecho como es el nuestro, aquellos actos que provengan de una

autoridad, deben observar permanentemente el principio de legalidad que la propia Constitución establece, principio que al ser observado y acatado ocasiona la procedencia y procedibilidad de sus propios actos y sin cuya observancia no serían válidos en cuanto a la afectación que realizaran de los derechos que integran la esfera jurídica del gobernado.

Esos requisitos de procedencia que debe observar y sujetarse un acto de cualquier de autoridad, es lo que constituye el principio de legalidad, mismo que al no ser observado, puede ser impugnado por el gobernado que se ve afectado por ese acto, a través de los medios que la ley le otorga y por medio de los cuales está haciendo uso de su garantía individual de seguridad jurídica o legalidad.

El maestro Burgoa define ese principio de legalidad de la siguiente forma: "Conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summun de sus derechos subjetivos".

Por ende, un acto de autoridad que sin observar ese principio transgrede esa garantía de seguridad jurídica y que como consecuencia afecte el ámbito jurídico de un particular, no será válido a la luz de un sistema jurídico como el nuestro. Este deber impuesto inclusive a la propia autoridad en el ejercicio de su facultad de imperio es de índole activa en la generalidad de los casos entratándose de los diferentes elementos de la garantía de Seguridad Jurídica, o sea que el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos consistentes en realizar todas

aquellas conductas que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para la afectación que generen sea jurídicamente válida.

2.- CONCEPTO DE GARANTIA DE AUDIENCIA

2.1.- CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece y define la Garantía de Audiencia de la siguiente forma:

"Art. 14.-

...Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de su propiedad, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

Con el fin de poder estar en la posibilidad de definir la Garantía de Audiencia, analizar sus elementos y su clasificación, es importante destacar en primer orden, los parámetros que dan vigencia a la mencionada Garantía de Audiencia desde el punto de vista activo por parte del gobernado.

Para tal efecto, proponemos las siguientes definiciones que concluimos de las opiniones de los diversos especialistas en la materia,

La definición del Principio de legalidad que proponemos es la siguiente: **Los requisitos constitucionales específicos que enmarcan y encausan el ejercicio del poder público frente a los gobernados para salvaguardar las prerrogativas fundamentales que el ser humano tiene para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público, y que dan al gobernado la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a dichas prerrogativas.**

De acuerdo con lo anterior y siguiendo el mismo orden de ideas, podemos concluir el siguiente concepto de Garantía Individual: **Son las atribuciones o derechos inmanentes o naturales de todo ser humano, que deben ser observados y respetados por el Estado en el ejercicio del poder público dentro de un orden social regulado por una Ley Fundamental que establece y delimita el actuar del propio Estado a través de un marco de legalidad al que se encuentra sujeto para no vulnerar esas atribuciones.**

2.2.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL

El anterior concepto conlleva, desde un punto de vista filosófico, elementos que es importante mencionar en cuanto a su aplicación y vigencia en un orden constitucional, los cuales a su vez dan vigencia, valor jurídico y de facto a las Garantías Individuales y que se encuentran íntimamente relacionados con el Principio de legalidad:

a.- Relación Jurídica de Supra a Subordinación entre el gobernado (sujeto activo de las Garantías Individuales) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo de las Garantías Individuales).

b.- Derecho Positivo que regula el ejercicio del poder público dentro de un orden social (objeto de las Garantías Individuales).

c.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades que consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

d.- Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

2.3.- CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

El Doctor en Derecho Ignacio Burgóa, clasifica a las Garantías Individuales a partir de dos criterios fundamentales: El primero, que parte del punto de vista de la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la Garantía Individual, y otro que toma en consideración el contenido mismo de los Derechos Públicos Subjetivos que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado.

a.- En cuanto al primer criterio, la obligación del Estado que surge de la Relación Jurídica que se traduce en la Garantía Individual, consiste en un no hacer o abstención por parte del Estado o en un hacer positivo y reglamentado en favor del Gobernado por parte de las autoridades del Estado, es decir, el Estado debe tomar una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar, de no prohibir, etc., o realizar en beneficio del Gobernado una

serie de prestaciones, hechos, actos, etc., siñéndose permanentemente a las leyes expedidas con anterioridad al acto particular.

Así, las Garantías pueden ser MATERIALES O FORMALES, dentro de las primeras se incluyen las que se refieren a las libertades específicas del Gobernado, a la Igualdad y a la Propiedad, y las segundas que lo conforma la de Seguridad Jurídica y sus elementos, entre los que destacan la de AUDIENCIA, y la de legalidad, consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución.

b.- En cuanto al segundo criterio, las garantías pueden ser: de Igualdad, de Libertad, de Propiedad y de Seguridad Jurídica. En cuanto a la de Seguridad Jurídica que en este caso es la que nos interesa y dentro de la que se encuentra la Garantía de Audiencia, consiste en que el Poder Público debe observar determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., para que su actuación sea constitucionalmente válida al momento de afectar al Gobernado en su esfera jurídica a través de un acto proveniente de ésta, lo cual se traduciría no sólo en detrimento o violación de la Garantía de Audiencia, sino cualquier otra Garantía de Seguridad Jurídica dependiendo del caso.

El contenido de exigencia del Derecho Positivo del Gobernado, puede consistir en varias cuestiones dependiendo de las Garantías Individuales que se violen, las cuales se establecen en los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental, a saber de Igualdad, de Propiedad, de Libertad, etc.

2.4. INTERPRETACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS GARANTIAS INDIVIDUALES CON LOS ELEMENTOS DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL (GARANTIA DE AUDIENCIA).

Para ir adentrándonos a fondo en éste trabajo de tesis, haremos un análisis comparativo del segundo párrafo del artículo 14 Constitucional que consagra la garantía de todo sujeto para ser oído y vencido en juicio, con la definición propuesta con anterioridad del concepto de Principio de legalidad, entendiendo a dicha garantía como un derecho inmanente de todo gobernado, que el Estado debe respetar en ejercicio de su poder público observando en todo momento el marco de legalidad que el mismo artículo 14 constitucional establece.

Es decir, partiendo de lo general a lo particular, tomamos los elementos de la definición del concepto de Principio de legalidad y Garantía Individual y los comparamos en su aplicación al caso concreto, dicho en otras palabras, las definiciones de Principio de Legalidad y Garantías Individuales que propusimos en el presente trabajo será nuestro punto teórico de partida y el artículo 14 constitucional, visto desde un ángulo pragmático, será su aplicación al caso concreto:

a.- De acuerdo con nuestro derecho constitucional, el principio de legalidad que hemos definido con anterioridad y que en términos generales enmarca, encausa y delimita el ejercicio del Poder Público y que en el presente caso el ordenamiento normativo que regula la garantía individual de audiencia, lo es el artículo 14 constitucional resulta ser el punto de partida en

el que se sustenta la Garantía de Audiencia, es decir, amalgamando ambos conceptos, podemos concluir que para que una autoridad esté en posibilidad de dictar un acto de imperio, debe motivar y fundamentar el mismo, esto a su vez conlleva la necesidad por parte de esa autoridad, de agotar un juicio o instancia previa para estar en posibilidad de afectar a un particular en su esfera jurídica.

Asimismo, es derecho de todo gobernado el exigir que aquella autoridad que haya de dictar ese acto de afectación, se apegue al procedimiento previamente establecido y sin lo cual, el particular estará en aptitud de impugnar constitucionalmente ese acto de autoridad por ser ilegal e improcedente.

b.- De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, el ejercicio del Poder Público se manifiesta a través del acto de autoridad que ésta emite, debiéndose apegar éste al principio de legalidad regulado por la garantía de seguridad jurídica que consagra este numeral y que un poco más adelante la anotaremos.

c.- El Principio de Legalidad establece lo siguiente: "Para salvaguardar las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al Poder Público".

De acuerdo con el precepto legal que venimos analizando, éstas prerrogativas son la vida, la libertad, las posesiones, la propiedad o los derechos, es decir, todos estos elementos son los que integran la esfera jurídica del gobernado.

d.- Pasando con la definición de Garantía Individual, ésta otorga al Gobernado la facultad de exigir al Estado y a sus órganos, la observancia y el respeto a dichas prerrogativas: El bien jurídico tutelado por el artículo 14 constitucional es la observancia que impone este precepto a toda autoridad para que en ejercicio de su función de imperio, pueda privar o afectar en favor de los gobernados un derecho, propiedad, la vida o libertad de todo ciudadano, a través del agotamiento de un juicio o procedimiento en el que se cumplan las formalidades esenciales del mismo con las leyes expedidas con anterioridad al hecho correspondiente.

Más adelante analizaremos la Garantía de Audiencia del artículo 14 constitucional en su aplicación al Juicio Especial Hipotecario, por ahora lo importante es tener una idea del bien jurídico tutelado por ésta, en su acepción general.

3.- TITULARIDAD DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA

La razón de ser en cuanto a la aplicación del artículo 14 constitucional y que deriva precisamente en la Garantía de Audiencia, la encontramos en el artículo primero del mismo ordenamiento normativo, el cual, consagrando el principio constitucional de igualdad, establece que "Todo individuo gozará de las garantías otorgadas" por nuestra Constitución. Es un precepto protector, no sólo de los nacionales, sino de cualquier persona, salvo las excepciones consignadas en la propia Ley Suprema.

Siendo el titular de la Garantía de Audiencia todo gobernado, ¿qué debe entenderse por gobernado? El maestro Burgoa asevera, que este concepto es inseparable y correlativo de la idea de "autoridad", no siendo posible la existencia de una sin la otra, y continúa, el sujeto como gobernado y la autoridad, se encuentran en una relación de supra a subordinación³⁵, que se traduce en multitud de actos de autoridad que tienen para ser tales, como ámbito de operatividad la esfera del particular, cuyos atributos esenciales son: la unilateralidad, la imperatividad impositividad y la coercibilidad.³⁶

En conclusión, cualquier individuo para ser titular de las garantías individuales, como lo es la de audiencia, debe necesariamente, estar "en los Estados Unidos Mexicanos", y aún cuando físicamente no se encuentre dentro del mismo, si su esfera jurídica total o parcialmente es susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad, la persona goza de los derechos públicos instituidos en nuestra Ley Fundamental por tener el carácter de

³⁵Ignacio Burgóa O., Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, octava edición, México, 1973, página 162. De acuerdo con el Dr. Ignacio Burgóa, las relaciones de supra a subordinación son las que se entablan entre los órganos del Estado, por una parte, y en ejercicio del poder público traducido en diversos actos de autoridad, y por la otra los sujetos en cuya esfera jurídica operen tales actos. El sujeto dentro de cuya esfera va a operar el acto de autoridad emanado de un órgano de Estado, asume, por esa sola circunstancia, el carácter de "Gobernado", es decir, por voluntad popular se deposita el poder de imperio en órganos de Estado y éstos emiten actos condicionados por los diferentes preceptos constitucionales que pueden afectar la esfera jurídica de toda persona que así determine la Constitución, situación por la cual se considera como "Gobernado".

³⁶Idem., página 159. El maestro Burgóa define los conceptos de unilateralidad, imperatividad y coercibilidad, de la siguiente manera: "Se dice que todo acto de autoridad es unilateral, por que su existencia no requiere la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza; que es imperativo en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, que tiene la obligación de obedecerlo, y sin perjuicio claro está, de que lo impugne jurídicamente como corresponda; y que es coercitivo atendiendo a que sino se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se trata de ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella".

"Gobernado", cuyo concepto no sólo comprende al de "individuo", sino a toda persona colectiva.

Además, consideramos que para estar en posibilidad de ser susceptible de gozar de la referida garantía de audiencia, es necesario accionar la facultad jurisdiccional de toda autoridad para resolver o dirimir una controversia de cualquier índole.

Ahora bien, en el procedimiento judicial que contempla la figura del juicio Especial Hipotecario, tanto el demandante o acreedor hipotecario, como el demandado o deudor hipotecario, tienen la misma prerrogativa de ser escuchados y vencidos en juicio, ya que cualquier decisión jurisdiccional, es susceptible de afectar la esfera jurídica de ambas partes.

4.- ELEMENTOS QUE COMPONEN LA GARANTIA DE AUDIENCIA

Ahora bien, como se puede advertir, la Garantía de Audiencia se encuentra integrada por 4 elementos de seguridad jurídica que la integran, los cuales son: a) El juicio previo a la privación de bienes o derechos de alguna persona; b) Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; c) Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento y d) Que la resolución respectiva se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiese dado motivo al juicio.

Estos cuatro elementos específicos que conforman la garantía de audiencia y mediante una conjunción indispensable, significa que la violación

a cualquiera de ellos contraviene inmediatamente en sí misma la garantía de audiencia, la interrelación de ellos significan una verdadera y sólida protección a la esfera de derechos del gobernado, sin embargo, aunque ya vimos que éstos cuatro elementos en cuanto su aplicación y observancia son indispensables, el objeto de ésta tesis es particularmente referirse al identificado en el inciso c) anterior, es decir, al que se refiere a "Las Formalidades Esenciales del Procedimiento".

Continuando con la propuesta analítica que venimos realizando, pasaremos a profundizar en los cuatro elementos antes mencionados:

4.1. ANALISIS DEL PRIMER ELEMENTO

a).- "MEDIANTE JUICIO". El concepto "juicio" equivale a dos ideas: una que considera al juicio como procedimiento y otra en la que la idea de juicio se maneja como la segunda parte del proceso, ya que de manera muy general se separa a las etapas del proceso en Etapa de instrucción y Etapa de juicio o resolutoria propiamente dicha.

En relación con lo anterior y de acuerdo a la terminología "mediante juicio" contenida en el artículo 14 constitucional, ésta evoca la idea de un proceso, no en sí la resolución definitiva a que se viene haciendo alusión.

Eduardo Pallares en su obra "Diccionario de Derecho Procesal Civil", apunta que la palabra juicio se deriva del latín *judicium*, que a su vez viene

del verbo *judicare* compuesto de *ius*, derecho; y *dicere dare*, que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto.³⁷

Y en esta misma obra, anota la definición de juicio de Escriche: "El juicio es la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente".³⁸

El maestro Burgoa, señala en su obra "Las Garantías Individuales" varias acepciones de lo que debe comprender la expresión "mediante juicio" y señala que dicho procedimiento puede substanciarse ante varias autoridades y aunque considero que para un estudio constitucional son válidas, sin embargo, no entraré al análisis de cada una, quedándonos únicamente con una que es la que se adecúa a los fines del presente tema y que pensamos que independientemente de las demás, es la acepción principal de la garantía específica de que tratamos, o es la que más se utiliza para el litigante, siendo esta:

El concepto de juicio se manifiesta o traduce en un procedimiento en el que se realice una función jurisdiccional tendiente a la decisión conforme a derecho, de un conflicto de intereses y derechos subjetivos (resolución jurisdiccional, fallo o sentencia), o en el que se otorgue o haya otorgado ocasión para que tal conflicto surja o hubiese surgido.

³⁷Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, décimo sexta Edición, México, 1984, página 464.

³⁸Idem, página 464

Los autores clásicos consideran como partes esenciales del juicio, entendido en su acepción de proceso: La demanda, su traslado, la contestación, las pruebas y la sentencia. Es necesario aclarar que el artículo 14 constitucional exige que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y no sólo que se integre el juicio con las partes que le son indispensables para respetar su naturaleza. Esta circunstancia explica el contenido de las disposiciones de la Ley de Amparo, que reglamentan la materia, así que es importante no confundir las partes del juicio con las formalidades esenciales que deben seguirse en él.

Más adelante, en este mismo capítulo, nos abocaremos a las formalidades del procedimiento.

Un punto trascendental de esta tesis y que ahondaremos en su momento, es un apunte que el maestro Eduardo Pallares anotó en su obra anteriormente citada, que respecto a las partes del juicio : "Cabe observar, sin embargo, que si los hechos litigiosos son notorios o si la controversia versa sólo sobre puntos de derecho, el término de prueba no tiene razón de ser y puede suprimirse sin agravio para las partes."³⁹

4.2.- ANALISIS DEL SEGUNDO ELEMENTO

El segundo elemento de seguridad jurídica que concurre en la integración de la de audiencia es el siguiente: "Debe seguirse ante tribunales previamente establecidos. El adverbio "previamente" empleado en el artículo

³⁹Eduardo Pallares, Ob.cit., página 468.

14 constitucional, no debe pensarse como significativo de mera antelación cronológica, sino como denotativo de la preexistencia de los tribunales que pudiesen dictar un acto de afectación dotado de jurisdicción para dirimir conflictos en número indeterminado, ya que está prohibido, de acuerdo con el artículo 13 constitucional, que una persona sea juzgada por tribunales especiales, que son aquellos que su actuación se contrae a un determinado negocio para el que se hubiese creado expresamente. Las diferentes garantías de seguridad jurídica se encuentran interrelacionadas unas con otras en los diferentes artículos de nuestra Constitución, tal es el caso del artículo 13, y al hacer un análisis y su aplicación conjunta, es que podemos aplicar de una manera específica esas garantías individuales, particularmente aquellas que se refieren a la seguridad jurídica de todo gobernado.

Por otro lado, la idea de Tribunales la maneja la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que no debe entenderse como tales, sólo a los Órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Judicial Federal o Local, sino que se comprende a cualquier autoridad ante las que debe seguirse "un juicio" o cualquier "procedimiento administrativo" ya que el criterio que utiliza la Suprema Corte de Justicia al respecto, es que sería imposible que el Estado cumpliera sus funciones públicas con acierto, prontitud y eficacia si se tuviera siempre que acudir a los tribunales judiciales para hacer cumplir las sanciones establecidas en las leyes, situación que competencialmente resultaría ilegal, sin embargo al igual que en el anterior elemento de seguridad jurídica expuesto en este capítulo, sólo la mencionaremos y su aplicación al caso concreto, la analizaremos en el último capítulo del presente trabajo.

4.3.- ANALISIS DEL TERCER ELEMENTO

El tercer elemento integrante de la garantía de seguridad jurídica que conforman a la de audiencia corresponde a las formalidades esenciales del procedimiento que como ya se apuntaba en el inciso primero de este apartado, no debemos confundir con las partes fundamentales de un juicio.

Al igual que las demás garantías, todo proceso o procedimiento, ya sea judicial o administrativo, deben contemplar esas formalidades esenciales, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa de los afectados.

Las formalidades mencionadas encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolle una función jurisdiccional.

La Ley de Amparo, en sus numerales 114, 159, y 160, ha reglamentado la forma de impugnar constitucionalmente la violación a aquellas formalidades esenciales del procedimiento, puesto que cuando no se observan y respetan éstas por los organismos jurisdiccionales, configuran las violaciones procedimentales que afectan las defensas de quien se ve en la necesidad de impugnar su legalidad a través del Juicio de Amparo.

A efecto de esquematizar esa reglamentación que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales o también conocida como Ley de Amparo, hace de la forma y términos de impugnar un acto de autoridad ilegalmente dictado, a continuación se transcriben los artículos 114, 159 y 160 de la misma:

"Art. 114.- El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito:

I

II. Contra actos que no provengan de tribunales judiciales administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia;

III. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante el procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desapruében;

IV.....

V. Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería;

VI. Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1 de ésta ley.

"Art.159.- En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se consideran violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:

I. Cuando no se le cite a juicio o se le cite en forma distinta a la prevenida por la ley.

II.- Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate.

III. Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley.

IV. Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad.

V. Cuando se declare ilegalmente confeso a quejoso, a su representante o apoderado.

VI. Cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviere derecho con arreglo a la ley.

VII. Cuando sin disculpa se reciban, sin su consentimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumento público.

VIII. Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos.

IX. Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho con arreglo a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales de procedimiento que produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo.

X. Cuando el tribunal judicial, administrativo o del trabajo, continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia, o cuando el juez, magistrado o miembro de un tribunal del trabajo impedido o recusado, continúe conociendo del juicio, salvo los casos en que la ley lo faculte expresamente para proceder.

XI. En los demás casos análogos a los de las fracciones que preceden, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda."

Art.160.- Se refiere a las formalidades del procedimiento en los juicios del orden penal.

Las hipótesis enumeradas por los anteriores preceptos, que además pueden ampliarse a casos análogos por los tribunales de amparo, ya sea de un Juez de Distrito o Tribunal Colegiado de Circuito, se refiere a aquellos supuestos en los cuales se priva a las partes de su posibilidad de defensa, utilizándose este término genéricamente en sentido lato en cuanto a su conocimiento de los hechos, a su posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas o bien, respecto a la interposición de medios de impugnación. Este último refiriéndose más a la obligación del legislador de dictar leyes que establezcan procedimientos que permitan la defensa de los particulares ya que de lo contrario debe considerarse a éste como inconstitucional.

En resumen, se debe otorgar a toda persona la oportunidad probatoria y la oportunidad de defensa.⁴⁰

Primeramente, la decisión de un conflicto que implica el análisis de situaciones de carácter subjetivo, requiere el conocimiento de éste por parte de la autoridad que haya de resolverlo, a efecto de que tenga real y verdadero conocimiento del mismo, siendo indispensable para tal efecto, que

⁴⁰Constitución de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Rectoría Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1985, páginas 36 a 39. Citamos esta Constitución como obra, ya que los comentarios que en ella se exponen son interesantes, en tal sentido en la presente obra se dice que las FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO, específicamente deben otorgar al gobernado la oportunidad de probar su derecho y la oportunidad de defender sus argumentos, a través de las multitudes garantías específicas de seguridad jurídica.

el sujeto activo de la relación procesal, manifieste sus pretensiones, de esta manera la autoridad que va a dirimir dicho conflicto, esto es, que va a decir el derecho del mismo, tiene una obligación ineludible e inherente a toda función jurisdiccional, que se traduce al otorgar la oportunidad de defensa u oposición para que la persona que vaya a ver afectada su esfera de derechos exponga sus excepciones y defensas al mismo. Ahora bien, para el caso de que no exista una observancia a este principio de legalidad por parte de la autoridad, la Ley de Amparo prevé, en los numerales antes transcritos, la forma como impugnar ese acto ilegal por parte de la autoridad que conoce de ese litigio.

Por otra parte, toda resolución jurisdiccional que se precie de decir el derecho en un conflicto jurídico debe en todo momento apearse a la verdad o realidad objetivas a la luz del derecho positivo que regula las hipótesis normativas que han entrado en controversia y no bastando para ello la sola formación de la controversia (litis en sentido judicial), mediante la formulación de la oposición del presunto afectado siendo trascendental que a éste se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que tal función se desenvuelve, es decir, la oportunidad de probar los hechos en que finque sus excepciones (fase probatoria), por ende, toda ley procesal debe instruir esta fase procesal en beneficio de las partes que son partes del conflicto . Aquí es de hacer notar lo dispuesto por la fracción III del artículo 159 de la Ley de Amparo, ya que esta ley considera que se violan las formalidades esenciales del procedimiento, cuando no se reciben las pruebas a las partes conforme a la ley, situación que en el desarrollo del presente trabajo de investigación y para efectos de la hipótesis que manejamos en el mismo demostraremos que bajo ciertas circunstancias no es violatorio de

garantías individuales el que el Juez de la causa dicte su sentencia sin haber abierto el juicio a prueba.

Respecto de la prueba que es de esencia y substancia del juicio porque toca a la defensa natural de las partes y su omisión o denegación dá justa causa para impugnar esa omisión, pero si las partes no impugnan el acto procesal ó la sentencia que dictáse el juez, aunque fuesen injustas no serían actos nulos, porque la prueba no toca el orden del juicio sino de la justicia que pueden consentir los que litigan y los consienten por el hecho de no reclamar o impugnar ese acto procesal ó la sentencia".

Sin embargo, si los hechos litigiosos son notorios o si la controversia versa sólo sobre puntos de derecho, el término de prueba no tiene razón de ser y puede suprimirse a través de los alegatos que las partes expongan.

La contestación de la demanda tampoco es indispensable como se demuestra con los juicios que llegan a seguirse en rebeldía del demandado que son válidos con tal de que haya sido debidamente notificado del traslado y emplazado al mismo.

Así pues, es necesario concluir en que el artículo 14 constitucional exige que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y no sólo que se integre el juicio con las partes que le son indispensables para respetar su naturaleza, esta circunstancia explica el contenido de las disposiciones de la Ley de Amparo que reglamentan la materia.

4.4 ANALISIS DEL CUARTO ELEMENTO

Que la sentencia se dicte conforme a leyes dictadas con antelación al hecho que dió motivo al juicio, es decir, de la presente garantía podemos destacar en un primer momento, que se refiere a la prohibición de aplicar ó interpretar retroactivamente las leyes en perjuicio de persona alguna. En términos muy amplios, se puede afirmar que un ordenamiento o su aplicación, tiene carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos que han surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente y no pueden apreciarse de manera independiente.

5.- BIENES JURIDICOS TUTELADOS POR LA GARANTIA DE AUDIENCIA.

De acuerdo con los elementos previstos en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, los bienes tutelados por la garantía de audiencia son: La vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado.

Respecto a la vida y libertad no entraremos en detalle, por no ser objeto de este trabajo.

Por lo que toca a la propiedad y la posesión, ya vimos anteriormente cuando apuntamos las características del Derecho de Hipoteca, que éste es un derecho real de garantía especial, porque no otorga el derecho de propiedad con los elementos que implica, y siendo únicamente un derecho de

garantía, tampoco otorga derecho a la posesión del bien hipotecado y señalamos que la no posesión del bien es una de las características que lo distingue de otras formas de garantía, sin embargo, este derecho limita completamente la disposición del bien por parte del deudor hipotecario y del mismo poseedor del bien hipotecado (que puede no ser, por llamarlo de alguna manera, el deudor original), ya que es muy difícil que pueda transmitir el dominio del bien hipotecado, por que la hipoteca subsiste con todos sus efectos legales sin importar el elemento personal o persona que posea el bien, y por otro lado vimos las opiniones de aquellos que consideraban a la hipoteca como derecho real, y a los que no la consideraban como tal, pero ya en su momento se dijo que son muchas las prerrogativas que otorga por lo cual sí lo consideramos como un derecho real.

Siguiendo este orden de ideas, vemos que respecto al derecho real de garantía, el bien jurídico tutelado son los derechos mismos, derecho de persecución, de enajenación y preferencia, (como ya lo explicamos en capítulo anterior), que otorga un ordenamiento normativo, es decir, el Código Civil, y sin apartarnos del otro punto medular de esta tesis, el deudor hipotecario procesalmente también tiene prerrogativas y el bien jurídico que tutela la garantía de audiencia en favor del deudor hipotecario son los derechos, es decir, tiene derecho a que se le respete la garantía de seguridad jurídica y sus elementos que conforman a la de audiencia, en el momento en que se interpone un juicio especial hipotecario o cualquier procedimiento jurisdiccional en su contra, por cualquiera de las razones por las que se interpone, y también es claro que este mismo derecho lo tiene el acreedor hipotecario. Las partes en un juicio especial hipotecario tienen el derecho procesal de que el juez de la causa observe la garantía jurídica que conforma

a la de audiencia, al resolver un conflicto de esta naturaleza, reconocidas por el orden jurídico positivo que en este caso sería la Constitución y el Código de Procedimientos Civiles.⁴¹

⁴¹-Ignacio Burgóa O., ob. cit., página 545. Con el fin de dejar un poco más claro el significado del concepto de derechos subjetivos y objetivos, presentamos a continuación un comentario del maestro Burgóa al respecto. Burgóa en su obra manifiesta que : "Para el sólo efecto de explicar el alcance protector de la Garantía de Audiencia frente a los "derechos" del gobernado en los términos del segundo párrafo del artículo 14 constitucional, los derechos subjetivos son: Aquella situación en que una persona se halla en una relación jurídica en virtud de la cual se le atribuye por la norma (derecho objetivo, es decir, la norma o la ley debidamente creada por el procedimiento legislativo) la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico. El derecho subjetivo es una facultad concebida o preservada por la norma jurídica objetiva".

V.- LINEAMIENTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CIVIL.

1.- GARANTIA DE AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CIVIL.

Establece el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo y que consagra la garantía de audiencia a que debe ser sujeto todo gobernado:

"Art. 14

.... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

La anterior transcripción, bastante acertada por cierto, a lo largo de los años y por una tradición o costumbre, nos ha hecho circunscribirnos única y exclusivamente a una idea concreta y bastante precaria ó primitiva de lo que es la Garantía de Audiencia en el proceso ordinario civil.

En efecto, el concepto o idea que se tiene de la Garantía de Audiencia plasmada en un proceso ordinario civil, nos ha evocado de manera costumbrista, la idea de que en un juicio ordinario civil necesariamente

debemos agotar las siguientes etapas procesales para cumplir con la obligación o carga procesal de observar la multicitada garantía de Audiencia:

a).- Demanda y contestación (fase expositiva)

b).- Ofrecimiento de pruebas, audiencia y alegatos (etapa probatoria)

c).- Sentencia (etapa conclusiva o resolutoria)⁴²

Lo anterior, en cuanto a la figura de Juicio Especial Hipotecario, como se viene sosteniendo y a juicio del suscrito, no es más que una idea arcaica y rudimentaria de la aplicación del concepto de la Garantía de Audiencia al proceso ordinario civil, toda vez que, como se propone en este trabajo, no obstante que el juzgador, omitiendo observar las formalidades del procedimiento que esa costumbre procedimental exige, no necesariamente estaría violando la Garantía de Audiencia a que se viene haciendo mención.

Como se manifestó con anterioridad, el presente trabajo propone una interpretación diversa de lo que debe entenderse como Garantía de Audiencia, es decir, como se viene apuntando en párrafos anteriores, para

⁴²Cipriano Gómez Lara, Teoría General del Proceso, UNAM, sexta edición, México 1983, página 126 y 127. El maestro Gómez Lara, esquematiza las etapas del proceso de la siguiente forma:

a) Etapa de instrucción.- que la divide a su vez en etapa postulatoria o expositiva, etapa probatoria (ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de las pruebas), etapa preconclusiva (de alegatos y conclusión de las partes) y

b) El juicio o sentencia.

Además el maestro manifiesta que el tribunal generalmente puede rechazar o no admitir los medios de prueba en varios supuestos: Si dichas pruebas se ofrecen fuera de los plazos legales, o bien cuando no son idóneas para probar lo que la parte pretende.

que un sujeto pueda ser juzgado, esto debe hacerse a través de un proceso judicial y un tribunal previamente establecido, destacando que a juicio del suscrito, la parte más importante de esta idea para la administración de justicia, es el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, otorgar la oportunidad de defensa y la oportunidad probatoria, idea esta última que ni por mucho se acerca al concepto expuesto con anterioridad y que podemos definir como costumbrista, entendiendo que en todo momento nos estamos refiriendo al Juicio Especial Hipotecario.

Como se viene afirmando, entrándose del Juicio Especial Hipotecario, para que se observe y cumpla con la Garantía de Audiencia, se puede administrar en si justicia en un procedimiento de esa naturaleza sin necesariamente agotar la fase procesal de ofrecimiento de pruebas, lo cual, por nuestra costumbrista tradición judicial, sería en principio jurídicamente inadmisibles, sin embargo, por la forma como a continuación se propone el concepto de Garantía de Audiencia, es que considero la legítima procedencia y su aplicación en el juicio especial hipotecario.

2.- LINEAMIENTOS ESPECIFICOS DEL PROCESO ESPECIAL HIPOTECARIO.

El procedimiento Especial Hipotecario que es el tema fundamental del presente trabajo, para su comprensión, debe ser entendido en cuanto a su esencia y naturaleza jurídica, es decir, comprender el espíritu jurídico procesal que el legislador plasmó en este procedimiento judicial, entender la naturaleza real u origen del conflicto que se plantea en un juicio de estas características, a efecto de lograr una expedita solución de conflictos a

través de este proceso específico, máxime que se trata de un juicio "especial", situación que desde un principio nos marca ya una diferencia con el procedimiento "ordinario civil" en cuanto a las figuras y momentos procesales que distinguen uno del otro.

De acuerdo al análisis de la Ratio Legis contenida en los artículos que conforman el capítulo del Juicio Especial Hipotecario, cuyo objeto es que a través de este procedimiento es que se constituyan, amplíen o dividan, cancelen y registren hipotecas, siendo entre éstas la más importante y la más recurrida por el acreedor hipotecario o actor, y que constituye el punto medular del presente trabajo de investigación, el pago y prelación del crédito que la hipoteca garantiza; ⁴³ así tenemos que los lineamientos que deben ser observados para el planteamiento de un juicio de esta naturaleza, buscando el pago y prelación del crédito hipotecario, y en condiciones idóneas son los siguientes:

a.- La exhibición del documento público (que en este caso constituye una prueba plena), como requisito de procedencia y procedibilidad, en el que conste la existencia de la obligación hipotecaria por parte del deudor u obligado.

⁴³ José Ovalle Favela, ob. cit., página 347. El maestro Ovalle cita en su obra, la opinión de los maestros De Pina y Castillo Larrañaga y textualmente señala "...Y estiman que, aún cuando en principio todo juicio que tenga como origen una "acción" hipotecaria debería llevarse a cabo a través del procedimiento hipotecario, sólo se aplica la regulación del Juicio Especial Hipotecario a las dos hipótesis finales -pago y prelación del crédito hipotecario- del artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles" y el maestro Ovalle concluye que resulta acertada esta opinión, pues el Juicio Especial Hipotecario que el Código de Procedimientos Civiles regula como un juicio especial y ejecutivo sólo tiene razón de ser cuando se formulan pretensiones de pago y prelación de crédito hipotecario, y esta clase de juicio no es adecuada para subsanciar pretensiones de constitución, ampliación o división, registro y cancelación de hipoteca.

b.- La existencia y determinación del monto de la obligación de pago vencida que se reclama.

Ahora bien, haciendo un análisis jurídico y congruente del por qué se considera como procedente el no ser necesario agotar la fase probatoria en este procedimiento especial y sin que esa intencional omisión signifique violación alguna a las formalidades esenciales del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, a continuación se expone una interpretación jurídica procesal que motiva la legal procedencia de la conclusión de la presente tesis:

El artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su segundo párrafo dispone lo siguiente:

"...para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido..."

Como se viene afirmando, en cuanto a la procedencia de la tesis que se plantea, ésta viene a cobrar una perfecta aplicación con la interpretación conjunta que se haga del precepto legal contenido en la fracción I del artículo 443 del mismo ordenamiento normativo, el cual expresamente establece:

"Art. 443.- Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

I.- La primera copia de una escritura pública expedida por el Juez o notario ante quien se otorgó.

II.-....."

En relación con el análisis que se viene planteando y para abundar en el mismo, es igualmente de hacer una interpretación y aplicación conjunta del artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles que a su vez establece:

"Art. 403.- Queda exceptuada de la disposición anterior (valoración de pruebas) la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán VALOR PROBATORIO PLENO, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funda."

De la interpretación conjunta que se haga de los tres numerales antes citados, es de concluir en este primer momento:

Se demanda la ejecución de una garantía real por encontrarse contenida en cuanto a su constitución, en un documento público que por sus características hacen procedente la referida ejecutividad, y

Por estar constituida en documento público, se trata de un documento que hace prueba plena, lo que origina que sea procedente su ejecución de pleno derecho.

De acuerdo a las conclusiones que se vienen planteando, y como se manifestó anteriormente, para definir la naturaleza jurídica del juicio en comento, el hecho de que en la fase expositiva, es decir, en la presentación de la demanda se exhiba, tanto el documento público o escritura en la que conste la existencia de la obligación hipotecaria, así como que en la misma se establezca o determine la cuantía de la obligación que se reclama como vencida, esta situación en estricto derecho nos lleva a concluir que la existencia de la obligación desde esta primera fase procesal nos lleva a tener una gran parte del juicio avanzado, es decir, a dejar probada ya la acción que se ejercita.

Por lo que respecta a otras de las fases procesales del juicio que nos ocupa, éste en su caso, consistirá exclusivamente en determinar sobre la existencia, validez, procedencia o improcedencia del monto adeudado, y que al efecto se reclama, lo cual, en su caso, nos lleva únicamente a determinar sobre la exclusiva procedencia de excepciones específicas que habría de interponer el demandado o deudor hipotecario, como la de pago o pago parcial por ejemplo, de lo contrario, las demás excepciones deberán ser desechadas de plano por el juez que conoce del negocio.

FALTA PAGINA

No. 97 a la 106

CONCLUSIONES

1.- La garantía es un medio legal para asegurar el cumplimiento de una obligación.

2.- Los Derechos Reales de Garantía, son el medio de aseguramiento para el cumplimiento de una obligación que recae, ya sea sobre un bien mueble o un bien inmueble, y la forma de garantía puede ser la Prenda o la Hipoteca respectivamente.

3.- La Garantía Hipotecaria, "es el medio de aseguramiento de una obligación, a través de la afectación de un bien, ya sea mueble o inmueble, que asegure el pago de la obligación contratada".

4.- La Hipoteca es un verdadero derecho real, de naturaleza peculiar, porque a pesar de que no se otorga la posesión ni el goce del bien, faculta al acreedor para detentar el dominio delegado sobre el bien hipotecado, y lo faculta para que a través de las instituciones jurídicas, como lo es el Juicio Especial Hipotecario, se cumpla con la obligación que se garantiza con ese bien.

5.- El conjunto de elementos jurídicos que engloban y caracterizan la figura jurídica de la hipoteca, a lo largo de este trabajo los definimos como Derecho Hipotecario, dentro del cual analizamos al Derecho Real de Garantía Hipotecaria, y a la hipoteca como contrato, respecto al primero, afirmamos que como tal, debe ser regulado por el Código Civil en el Segundo Libro "De Los Bienes", independientemente del tratamiento que se le debe dar a la

hipoteca, en el capítulo que regula a los Contratos, situación en la cual el Código Civil no es completo ni claro, ya que de su texto se desprende que la regulación que se hace de los Derechos Reales resulta ser incompleta y confusa, resultando como consecuencia bastantes lagunas legislativas al respecto.

6.- El contrato de Hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pero el Derecho Real sólo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

7.- En el presente trabajo, destacamos en el Capítulo 3, inciso 5, de "La Hipoteca", los elementos necesarios del derecho de hipoteca para que surta todos sus efectos legales entre las partes y erga omnes, señalando que hay elementos personales, reales y elementos formales del derecho de hipoteca.

Dentro de los elementos formales, manifestamos a su vez, que existen dos formalidades, que son las siguientes:

- a.- Formalidades del acto hipotecario y
- b.- Inscripciones en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio

Respecto de la segunda, criticamos al artículo 469 (parte final) del Código de Procedimientos Civiles, que se refiere a la procedibilidad del Juicio Especial Hipotecario sin necesidad del requisito de registro, y afirmamos que dicho precepto legal, debe declararse improcedente, toda vez que el Juez, interpuesta la acción hipotecaria, debe ordenar la inscripción de la cédula

hipotecaria respectiva, no obstante que exista inscripción de gravámenes como puede ser un embargo, y que en caso de no hacerlo de esta manera, se estaría protegiendo de más a los anteriores acreedores, los cuales tienen sus derechos perfectamente salvaguardados por virtud del derecho de prelación que otorga la inscripción de los gravámenes o embargos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

8.- Proponemos que la última parte del artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles, se modifique para quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 469.- "...siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que esté registrado el bien a nombre del demandado Y QUE NO HAYA INSCRIPCIÓN DE CEDULA HIPOTECARIA ANTERIOR A LA QUE SE PRETENDE INSCRIBIR".

9.- El artículo 14 Constitucional protege los diversos bienes que integran la esfera jurídica del Gobernado a través de cuatro modalidades de la llamada Garantía de Seguridad Jurídica y que son las siguientes:

- a.- Irretroactividad de la ley en perjuicio del gobernado, párrafo primero.
- b.- Garantía de Audiencia, párrafo segundo.
- c.- Garantía de legalidad, párrafo cuarto.
- d.- Legalidad en materia penal, párrafo tercero.

10.-En el presente trabajo propusimos las siguientes definiciones de Garantías Individuales y Principio de Legalidad, que nos permite comprender el significado de la Garantía de Audiencia.

Las Garantías Individuales o del Gobernado son: "Las atribuciones o derechos inmanentes o naturales de todo ser humano, que deben ser observados y respetados por el Estado en el ejercicio del poder público dentro de un orden social regulado por una Ley Fundamental que establece y delimita el actuar del propio Estado a través de un marco de legalidad al que se encuentra sujeto para no vulnerar esas atribuciones.

El Principio de Legalidad son: Los requisitos constitucionales específicos que enmarcan y encausan el ejercicio del poder público frente a los gobernados para salvaguardar las prerrogativas fundamentales que el ser humano tiene para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público, y que dan al gobernado la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a dichas prerrogativas.

11.-La Garantía de Audiencia a su vez, está compuesta por cuatro elementos de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes y que son las siguientes:

a.-El juicio previo a la afectación jurídica o patrimonial de cualquier gobernado.

b.-Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.

c.-Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento y

d.-Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiese dado motivo al juicio.

La transgresión a cualquiera de ellas implica la violación a la Garantía de Audiencia.

12.- Respecto de LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO integrante de la de Audiencia que a su vez forma parte de las garantías de seguridad jurídica, es la que reviste mayor importancia, es la que se viola con más frecuencia y que es pilar fundamental en el desarrollo de la presente tesis, debe otorgar a toda persona la Oportunidad Probatoria y la Oportunidad de Defensa.

La Oportunidad Probatoria u Oposición, significa que la persona a la que se reclama el cumplimiento de una obligación y que puede sufrir un acto de afectación a su esfera jurídica o patrimonial por parte de la autoridad que lo dicta debe otorgarsele el derecho para hacer valer las excepciones que tuviere en contra del hecho, acto u omisión que se le imputa.

La oportunidad de defensa o fase procesal de ofrecimiento de pruebas, significa que el demandado tiene una segunda oportunidad para comprobar y reafirmar las excepciones vertidas en su contestación de demanda.

13.- Para que se observe y cumpla con la Garantía de Audiencia en el Juicio Especial Hipotecario, basta que se observen las formalidades esenciales del procedimiento, idea que puede llevarnos al extremo de que se puede administrar verdadera justicia en un procedimiento judicial sin

necesariamente agotar la fase procesal de ofrecimiento de pruebas, entratándose del juicio seguido en rebeldía.

El anterior razonamiento se sustenta en los lineamientos que deben ser observados para el planteamiento de un juicio de esta naturaleza, que son los siguientes:

a.- La exhibición del documento público, como requisito de procedencia y procedibilidad, en el que conste la existencia de la obligación hipotecaria por parte del deudor. Por estar constituida en documento público, se trata de un documento que hace prueba plena, lo que origina que sea procedente su ejecución de pleno derecho

b.- La existencia y determinación previa y acreditada del monto de la obligación de pago que se reclama sea de plazo vencido.

De lo anterior concluimos lo siguiente:

a.- Se demanda la ejecución de una garantía real por encontrarse contenida en cuanto a su constitución, en un documento público que por sus características hacen procedente la referida ejecutividad y,

b.- Por estar constituida en documento público se trata de un documento que hace prueba plena, lo que origina que sea procedente su ejecución de pleno derecho.

Los anteriores lineamientos implican que la materia del juicio consistirá exclusivamente en determinar sobre la procedencia o improcedencia del monto adeudado, razón por la cual, únicamente se debe determinar sobre la

exclusiva procedencia de excepciones como la de pago o pago parcial por ejemplo, de lo contrario las mismas deben ser desechadas de plano.

14.- En caso de que la acción hipotecaria que se reclama a través del Procedimiento Especial Hipotecario conste en un instrumento privado, no inscrito en el Registro Público de la Propiedad, estamos de acuerdo que el mencionado procedimiento siga los lineamientos del juicio ordinario, tal y como se establece en el artículo 470 del Código de Procedimientos Civiles. Si dicha acción se reclama en los términos planteados en la presente conclusión, el juez A quo debe ordenar la expedición de la cédula hipotecaria, seguir el procedimiento ordinario en todas sus partes y en caso de proceder la acción hipotecaria en la sentencia definitiva, se debe declarar dicha procedencia, ordenar que se haga constar el derecho del acreedor hipotecario en escritura pública y que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad la sentencia misma con el fin de regular el gravamen recaído desde un principio sobre el inmueble controvertido, respetando, por supuesto, el derecho de prelación de anteriores acreedores respecto del bien hipotecado.

15.- Si la acción hipotecaria reclamada se fundamenta en instrumento público, debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad, es de concluir lo siguiente:

a).- Si el demandado o deudor hipotecario contesta la demanda, el hecho de que la acción hipotecaria conste en un instrumento público, de pleno derecho se determina la existencia de la obligación, situación que lo lleva a tener que contestar la demanda oponiendo la excepción de pago única y exclusivamente, para determinar el monto de su obligación de pago.

b).- Por último, como conclusión fundamental del presente trabajo de investigación, nosotros afirmamos que si la acción hipotecaria se basa en los términos planteados en la presente conclusión, es decir, en instrumento público debidamente inscrito en el Registro público de la Propiedad y una vez que se notifica y se corre traslado de dicha demanda al deudor hipotecario o demandado y no cumple con su obligación de contestarla, el deudor hipotecario perderá su derecho de defensa, cayendo en el estado jurídico-procesal de contumacia, razón por la cual el Juez, sin necesidad de abrir el juicio a prueba, debe ordenar que se dicte la sentencia definitiva, condenando al deudor hipotecario al pago íntegro de las prestaciones reclamadas administrando verdadera justicia y como consecuencia, de ninguna manera estaría violando con su actuación las formalidades esenciales del procedimiento, y específicamente no violaría la Garantía de Audiencia consagrada en el párrafo segundo del artículo 14 de nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-Aguilar Carbajal Leopoldo.
Contratos Civiles,
Editorial Porrúa,
Tercera Edición.
México, 1982.
- 2.-Bazdresch Luis.
Garantías Constitucionales.
Editorial Trillas,
Tercera edición.
México, 1987.
- 3.-Borda Guillermo A.
Manual de Derechos Reales.
Editorial Perrot,
Tercera edición.
Buenos Aires, Argentina, 1989.
- 4.-Borja Soriano Manuel.
Teoría General de las Obligaciones.
Editorial Porrúa,
Décimo segunda edición.
México, 1991.
- 5.-Burgóa O. Ignacio.
Las Garantías Individuales.
Editorial Porrúa,
Décimo octava edición.
México, 1973.
- 6.-Cabañellas Guillermo.
Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,
Tomo IV.
Editorial Heliasta,
Vigésima primera edición.
Buenos Aires Argentina, 1989.
- 7.-Casso y Romero de Ignacio y
Cervera y Jiménez Alfaro Francisco.
Diccionario de Derecho Privado.
Tomo II.
Editorial Labor,
España, 1954.

- 8.-Castán Tobeñas.
Derecho Civil Español Común y Foral.
Tomo II.
Instituto Editorial Reus,
Octava edición.
Madrid España, 1951.
- 9.-Cossio y Corral de Alfaro.
Instituciones de Derecho Civil.
Tomo II.
Editorial Civitas,
Primera edición.
Madrid España, 1988.
- 10.-Enciclopedia Jurídica Omeba.
Tomo XIII.
Editorial Bibliográfica,
Buenos Aires Argentina, 1969.
- 11.-Esquivel Obregón Toribio.
Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano.
Tomo I.
Editorial Porrúa,
Segunda edición.
México, 1984.
- 12.-Fernández de León Gonzalo.
Diccionario de Derecho Romano.
Editorial SEA,
Primera edición.
Buenos Aires Argentina, 1962.
- 13.-Floris Margadant Guillermo.
Derecho Romano.
Editorial Esfinge,
México, 1988.
- 14.-Floris Margadant Guillermo.
Introducción a la Historia del Derecho Mexicano.
Editorial Esfinge,
Sexta edición.
México, 1984.
- 15.-García Ramón, Pelayo y Gross.
Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado.
Ediciones Larousse,
París Francia, 1977.
- 16.-Gómez Lara Cipriano.
Derecho Procesal Civil.
Editorial Trillas,
Segunda edición.
México, 1985.

- 17.-Gómez Lara Cipriano.
Teoría General del Proceso.
UNAM.
Sexta edición.
México, 1983.
- 18.-Gomiz José y Luis Muñoz.
Elementos de Derecho Civil Mexicano.
Tomo II.
Editores José Gomiz,
México, 1943.
- 19.-Gutiérrez y González Ernesto.
Derecho de las Obligaciones.
Editorial Cajica,
Quinta edición.
Puebla México, 1985.
- 20.-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
UNAM.
Diccionario Jurídico Mexicano.
Editorial Porrúa,
Quinta edición.
México, 1992.
- 21.-Ovalle Favela José.
Derecho Procesal Civil.
Editorial Harla,
Segunda edición.
México, 1985.
- 22.-Pallares Eduardo.
Diccionario de Derecho Procesal Civil.
Editorial Porrúa,
Décimo sexta edición.
México, 1984.
- 23.-Papano Kiper, Dillón, Causse.
Derechos Reales.
Tomo II.
Ediciones De Palma,
Buenos Aires Argentina, 1990.
- 24.-Pérez Fernández del Castillo Bernardo.
Derecho Registral.
Editorial Porrúa,
México, 1990.
- 25.-Petit Eugenio.
Derecho Romano.
Editorial Nacional,
México, 1952.

- 26.-Planiol Marcel.
Tratado Elemental de Derecho Civil.
Editorial Cajica,
Décima segunda edición.
México, 1948.
- 27.-Rojina Villegas Rafael.
Derecho Civil Mexicano.
Tomo sexto, volumen III.
Antigua Librería Robredo,
Primera edición.
México, 1960.
- 28.-Trejo Gabino.
Los Derechos Reales en Roma.
Editorial Sista,
México, 1993.
- 29.-Zamora y Valencia Miguel Angel.
Contratos Civiles .
Editorial Porrúa,
Segunda edición.
México, 1985.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCION POLITICA DE LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO CIVIL

LEY DE AMPARO

REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO
DE LA PROPIEDAD

CODIGO DE COMERCIO

LEY GENERAL DE TITULOS Y
OPERACIONES DE CREDITO