



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“LA NECESIDAD DE ESTABLECER COMO
REQUISITO LEGAL LA EXHIBICIÓN DEL
CERTIFICADO CONTABLE DETALLADO PARA
LA PROCEDENCIA DE LA VÍA ESPECIAL
HIPOTECARIA”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
HUGO CRUZ PÉREZ**

ASESOR PROF. LIC. PORFIRIO GUTIERREZ CORSI.



MÉXICO SAN JUAN DE ARAGON AGOSTO 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

...En honor a la mujer más maravillosa que supo darme cobijo, alimento y educación, a ese ser lleno de bondad y que lamentablemente, ya no se encuentra en este mundo; y, quién me hubiera gustado pudiera ver realizado su sueño y la misión que decía le fue encomendada en esta vida.

A ese bello ser, por haberme dado el más valioso regalo, que es la existencia y por haberme guiado en la vida, con su ejemplo de trabajo y dedicación.

Gracias Muchas Gracias "MAMA"

A mis hijas Lesly y Giselle, que las quiero y que son mi fuente de inspiración y a la mujer que comparte su vida con la mía y que ha sido mi amiga y apoyo incondicional.

A mis hermanos Alfredo y Domingo que los quiero mucho, a las instituciones donde me fui formando como hombre, a mi asesor Licenciado Porfirio Gutiérrez Corsi, al jefe del Seminario de Derecho Fiscal Mercantil y Económico Licenciado Antonio Luna Caballero, a la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Aragón; y, a Dios por permitirme vivir.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA COMO GARANTÍA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CORRESPONDIENTE.

	Pág.
1.1.- En Roma.....	1
1.2.- En España.....	13
1.3.- En México.....	26

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS Y EL CONTRATO DE HIPOTECA Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

2.1.- Derecho Real Concepto.....	48
2.2.- Derecho Personal Concepto.....	55
2.3.- El Contrato de Hipoteca en el Código Civil.....	62
2.4.- La Acción Hipotecaria en el Código de procedimientos Civiles.....	68
2.5.- Los Requisitos para el Ejercicio de la Acción Real Hipotecaria.....	72

2.6.- El Contrato de Hipoteca y la Acción Hipotecaria en la Jurisprudencia.....	75
--	----

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO DE HIPOTECA COMO ACCESORIO AL CONTRATO DE CRÉDITO.

3.1.- El Contrato de Apertura de crédito.....	85
3.2.- El Concepto del Contrato de apertura de Crédito y Particularidades.....	88
3.3.- El Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente y Particularidades.....	96
3.4.- Regulación del Contrato de Apertura de Crédito y su Diferencia con el Contrato de Hipoteca.....	108

CAPÍTULO CUARTO

LA NECESIDAD DE EXHIBIR EL CERTIFICADO CONTABLE EN CASO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REAL HIPOTECARIA.

4.1.- El Ejercicio de la Acción Real Hipotecaria.....	120
---	-----

4.2.- Diferencia entre el Certificado Contable Exhibido en el Juicio Ejecutivo Mercantil en términos del Artículo 68 de la ley de Instituciones de Crédito y el exhibido en el Juicio Especial Hipotecario.....	125
4.3.- Propuesta de reforma del Artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal.....	132
CONCLUSIONES.....	136
BIBLIOGRAFÍA.....	142

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, abordará un tema muy importante a nuestro modo de ver, ya que en el mismo, realizaremos un pequeño recorrido, a través de la historia, tanto en Roma, España y en el Derecho Mexicano, en el cual conoceremos, el concepto de los derechos reales, derechos personales, los contratos, el contrato de hipoteca, que es el contrato de apertura de crédito, con garantía y el contrato de apertura simple, que es el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, el papel que juegan las instituciones de crédito en este tema, las acciones civiles, que se pueden ejercitar en caso del incumplimiento de las obligaciones o en su caso el pago, los medios de garantizar los créditos y la forma de realizar el cobro de lo debido, se podrá conocer la forma y la diferencia existente entre el certificado contable elaborado por contador autorizado por la institución de crédito exhibido en el juicio ejecutivo mercantil y el exhibido en el juicio especial hipotecario, la diferencia entre el contrato de apertura de crédito y el contrato de hipoteca, así mismo, plasmaremos nuestro mas humilde punto de vista y propuesta de reforma del artículo 468 del Código de procedimientos Civiles, para el Distrito federal.

En el primer capítulo se tratará de describir de una forma sintetizada, respecto del antecedente de la acción hipotecaria en Roma, España y en el derecho Mexicano. En el capítulo segundo, se darán diversos conceptos de la hipoteca y su regulación en el derecho positivo mexicano. El capítulo

tercero, hablará respecto del contrato de hipoteca como accesorio al contrato de crédito y por ultimo en el cuarto capítulo, tratará del ejercicio de la acción real hipotecaria y la diferencia existente entre el certificado contable exhibido en el juicio ejecutivo mercantil y el exhibido en el juicio especial hipotecario, de igual manera en ese capítulo, mencionaremos nuestra propuesta de reforma del artículo 468 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA COMO GARANTÍA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CORRESPONDIENTE.

1.1.- En Roma.

¿Que es el derecho romano? Originalmente, era el derecho reconocido por las autoridades romanas hasta el año 476 d.j.c. y, desde la división del imperio, el reconocido por las autoridades bizantinas estrictamente hablando, hasta 1453 dentro de su territorio. Conocemos este derecho, sobre todo por la gran recopilación realizada por juristas bizantinos en tiempos del emperador Justiniano (527-565) y llamada desde la edad media, el *Corpus iuris civiles*, para distinguirla del *Corpus iuris canonici*.¹

Después de conocer a groso modo qué es el derecho romano, posteriormente, nos enfocaremos a nuestro cometido; luego entonces tenemos que los derechos reales, son derechos oponibles a cualquier tercero, que facultan a su titular para que saque provecho de una cosa, sea en la forma máxima que permite el derecho en cuyo caso hablamos del derecho de propiedad o en una forma reducida, como sucede en los diversos desmembramientos de la propiedad, en cuyo caso hablamos de *iura in re aliena (Derecho en Cosa Ajena)*, como por ejemplo, el derecho de hipoteca.

¹ Petit Eugene, Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1974, Pág. 296.

Los principales medios de garantizar un crédito son: las garantías personales (como fianza particular o fianza otorgada por compañías especializadas) y las reales (como la prenda e hipoteca) siendo estas últimas mejores que las personales, toda vez que protegen mejor la posesión del acreedor que la fianza personal.

Esta regla es correcta para el derecho romano, aunque la actual fianza de empresa es prácticamente tan segura como la garantía real. Para el derecho bizantino, empero 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 tipo ciudadano romano, la práctica jurídica 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 esta iba acompañada de un desposeimiento del deudor, no pudo dar lugar a problemas prácticos tan serios como los que pueden nacer de hipotecas clandestinas.

Terminando la materia de los derechos reales, conviene hacer una lista de las principales acciones reales, debiéndose mencionar como acciones reales civiles las siguientes:

1.- *Actio reivindicatoria*, que ejercitaba el propietario quirritario de una cosa contra el poseedor o el detentador de la misma, contra el que por dolo dejara de poseerla o contra el que fingiera ser poseedor o detentador.

2.- *Actio confessoria*, que ejercitaba el titular de una servidumbre contra el propietario del bien gravado con ella, para hacer reconocer su derecho.

3.- *Actio rescissoria*, por la cual el actor pedía la anulación de la prescripción obtenida por terceros en relación con bienes del actor durante la ausencia de éste, en virtud de una función oficial (es decir, obtenida en contravención de la suspensión de la usucapio, prevista en tales casos).

4.- *Actio negatoria*, que ejercitaba el propietario quiritario de un fundo contra una persona que se arrogaba una servidumbre sobre éste.

Como acciones reales honorarias conocemos:

1.- *Actio publiciana*, ésta se relacionaba con la propiedad bonitaria, como la reivindicatio con la quiritaria. Es ficticia, ya que el juez quedaba a suponer que ya había transcurrido el plazo necesario para convertir la propiedad bonitaria, por usucapí, en quiritaria.

2.- *actio serviana y quasi serviana* (hipotecaria), estas se ejercitaban por el acreedor hipotecario en caso de incumplimiento del deudor y se dirigían contra cualquier poseedor, detentador o propietario del bien hipotecado, el cual debía entregarlo al acreedor, quien procedía luego según lo convenido en el *pactum de vendendo* o el *pactum commissorium*.

La hipoteca se diferencia de los demás derechos reales en que es por necesidad el accesorio de una obligación, y constituye una seguridad real. En principio, el patrimonio de un deudor servía de garantía a todos sus

acreedores y volviéndose insolvente, cada uno de ellos corría el peligro de perder todo o parte de lo que es debido, pero un acreedor puede encontrar contra este peligro una protección mas o menos eficaz, obteniendo garantías especiales. Se distinguen dos clases:

La garantía personal, es decir, el compromiso de una o varias personas que se obligan con el deudor principal acerca de acreedor, de manera que pueda dirigirse al más solvente para hacerse pagar.

La garantía real, que es la afectación de una cosa al pago de una deuda; a este último orden de garantías es al que está unida 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**. La hipoteca se introdujo y desarrolló bajo la influencia del derecho pretoriano.²

La enajenación con **fiducia**; este procedimiento, parece ser el mas antiguo, en donde el deudor de quien el acreedor exige una seguridad real, le transfiere por mancipación o **in jure cessio**, la propiedad de una cosa que formaba parte de su patrimonio. Ellos añaden a esta enajenación un pacto de **fiducia**, por el cual el acreedor se compromete a transferir nuevamente la propiedad de la cosa del deudor después del pago, mientras tanto el

²Petit Eugene , Derecho Romano, Ob. Cit. Pág. 299.

acreedor consentía frecuentemente en dejar al deudor la detentación y uso a título de arrendamiento o de precario.

De la enajenación con **fiducia** resultaban las consecuencias siguientes: a) si el deudor paga, el acreedor debe transferirle nuevamente la propiedad de la cosa por la **usureceptio**, poseyéndola durante un año; b) si el deudor no paga, la **usureceptio** no es posible para él más que si aclara que no tiene la detentación de la cosa a título de arrendamiento o de precario. El acreedor propietario de la cosa puede venderla, pero si sacara de ella un precio superior al importe del crédito, debe entregar la diferencia al deudor.

Este sistema ofrecía al acreedor una gran garantía: la propiedad y la **reivindicatio**, que es su sanción. Por eso se la encuentra usada todavía en el bajo imperio en el año 395. Desapareció, sin duda, con la mancipación pero este sistema tenía para el deudor graves inconvenientes: a) cuando el acreedor que pagaba no estaba seguro de recuperarla, por que no tenía acción real contra los terceros adquirentes, sino solamente la acción personal **fiducia** contra el acreedor y el recurso de la **usureceptio**; b).- no estaba asegurado de conservar la detentación y el uso de la cosa, porque el acreedor podía negarse a dejársela a título de arrendamiento o de precario, y c) el deudor por no ser propietario de la cosa, no podía servirse de ella para dar garantías a un acreedor ni aun en el caso de que su valor fuese muy superior a la primera deuda; su crédito estaba de este modo comprometido, los inconvenientes de la enajenación fiduciaria y de la prenda dejaban sentir,

sobre todo en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural. Para dar una seguridad al propietario, el colono, que no tiene ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso, muy pronto se admitió que los ganados y objetos diverso llevados sobre el fundo por el colono (*invecta, illata*) estarían afectos al pago del arrendamiento por simple convicción y sin que se privase al colono de su posesión.³

Las ventajas de esta práctica impulsaron a los pretores siguientes a generalizar su aplicación, cualquiera que fuese la naturaleza del crédito. Desde entonces, todo deudor pudo conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de ninguno de sus bienes, una simple convención que afecte a uno o varios objetos al pago de la deuda, fue suficiente para procurar al acreedor un derecho real, el derecho de hipotecas, sancionado por una acción *in rem*, que no es mas que la acción serviana extendida, y que se llamó *cuasí-serviana o hipotecaria*. Este proceso no se menciona en los textos sino a mediados de nuestra era. Los intereses del acreedor y los del deudor estaban así felizmente conciliados a) el acreedor hipotecario no adquiere la propiedad ni la posesión de las cosas, sino el derecho especial que le permite en momento oportuno, es decir si no se le ha pagado al vencimiento, hacerse poner en posesión y tener una situación igual a la que le hubiese dado la prenda b).- El deudor

³ Petit Eugene, Derecho Romano. Ob. Cit. Pág. 660.

mientras que su deuda no está extinguida, conserva la propiedad y la posesión de la hipoteca. Puede, pues utilizarla y afectarla a la seguridad de los demás acreedores. La hipoteca en su concepción primitiva, no daba al acreedor mas el derecho de reclamar y obtener la posesión de la cosa si no se le había pagado y el de guardarla hasta que hubiese recibido satisfacción del deudor. El interés de las dos partes exigía otra solución del deudor, de ahí la costumbre de añadir al contrato de prenda o a la convención de hipoteca, pactos accesorios para asegurar un desenlace rápido del conflicto.

El derecho de hipoteca, es un derecho real accesorio, supone una deuda cuyo pago asegura. Poco importa, por otra parte la naturaleza de la deuda que sea civil o natural, pura y simple a término o condicional, la hipoteca puede asimismo garantizar una deuda futura. Es un derecho indivisible, esta indivisibilidad no tiene el mismo sentido que la de las servidumbres prediales, la cual resulta de su naturaleza; un copropietario puede hipotecar su parte indivisa. La indivisibilidad de la hipoteca se funda en la voluntad presunta de las partes, significa que la hipoteca subsiste toda entera sobre el bien gravado aun cuando una parte de la deuda haya sido pagada, mientras se siga debiendo algo al acreedor. De las cosas susceptibles de hipoteca, son todas aquellas susceptibles de ser vendidas, pueden ser hipotecadas, sean muebles o inmuebles; el principio se aplica a las cosas corporales y a la mayor parte de las cosas incorporeales. Por eso el propietario de una cosa puede hipotecar el usufructo: el pretor que le permite cederlo le permite hipotecarlo. Sucede lo mismo con el derecho de superficie

y con el jus in agro vectigali. Un acreedor hipotecario puede asimismo hipotecar su derecho de hipoteca a su propio acreedor, lo cual permite a este ejercitar la acción hipotecaria en su provecho. El acreedor que no ha sido pagado a su vencimiento puede prevalerse de la seguridad que le confiere la hipoteca. Si se considera la institución en su completo desarrollo, esta seguridad consisten en las ventajas siguientes a) derecho de ejercitar contra cualquier detentador de la cosa hipotecada la acción in rem hipotecaria para hacerse poner en posesión; b) derecho de vender la cosa hipotecada; c) derecho de pagarse con el precio con preferencia a los demás acreedores que no tienen garantía real, salvo la obligación de restituir al deudor lo que exceda del importe del crédito.⁴

El ejercicio de la acción hipotecaria, o derecho de persecución, el acreedor no pagado a su vencimiento puede ejercitar la acción hipotecaria no solamente contra el deudor que tenga en su mano la cosa hipotecada, sino también contra cualquier otro detentador. Hace así valer su derecho real opuesto a todos, y puede perseguir la cosa en cualquier parte que se encuentre; el demandado en la acción hipotecaria debe abandonar la cosa al acreedor, a menos que prefiera pagar la deuda. El tercero que no es personalmente deudor y que no es demandado más que por detentar la cosa hipotecada, puede oponer al acreedor ciertas excepciones. He aquí las principales. 1.- si el demandado tiene el mismo sobre la cosa una hipoteca preferente a la demandante, puede oponer una excepción a la acción

⁴ Petit Eugene, Derecho Romano. Ob. Cit. Pág. 669.

hipotecaria. 2.- el tercero detentador goza de beneficio cedentiarum actionum, que le permite forzar al acreedor a cederle sus acciones mediante el pago de la deuda. 3.- Por último Justiniano le concede el beneficio de discusión, merced a la cual exige que el acreedor ejercite desde luego su acción personal contra el deudor principal y contra los fiadores.

La acción hipotecaria es la sanción del derecho real de hipoteca y es la dada al acreedor hipotecario que no haya sido pagado al vencimiento para reclamar la cosa hipotecada, en cualquier mano que se encuentre y forzar al poseedor a entregarla, si no prefiere pagar la deuda. La fórmula se redactaba in factum, porque el pretor, al concederla se colocaba completamente fuera del derecho civil.⁵

Su ejercicio.- La acción hipotecaria pertenece a todo acreedor que tiene un derecho de hipoteca y que no está en posesión de la cosa hipotecada, puede ejercitarse contra todo poseedor. Bien sea deudor o un tercero deudor, y puede ejercitarse también contra aquel que ha cesado de poseer por dolo, haciendo pasar a otra persona la posesión de la cosa hipotecada. Siendo la hipoteca un derecho real accesorio el demandante en primer lugar, debe de probar que tienen un crédito exigible y después que la hipoteca le ha sido concedida validamente por el propietario de la cosa hipotecada, como garantía de su crédito. Haciendo esta doble prueba,

⁵ Cuenca Humberto, Proceso Civil Romano, pág. 216.

triunfará desde luego, a menos que el demandado haya opuesto a la demanda una de las excepciones ya señaladas.

En la acción hipotecaria siendo *in factum*, el juez no tiene que hacer ninguna declaración sobre el derecho. Pero como en toda acción arbitraria, si la pretensión del demandante está justificada, debe antes condenar al demandado, ordenarle suministrar satisfacción al demandante.

La satisfacción ordenada por el juez consiste en restituir o pagar la deuda, (*aut rem restituit aut pecuniam salvat*); las restituciones comprenden la cosa hipotecada y los accesorios que se pueden añadir, como el aluvi6n y las construcciones hechas sobre un fundo; en cuanto a los frutos no deben restituirse nada mas que si el valor de la cosa no es suficiente para cubrir la deuda; si el demandado prefiere pagar, debe finiquitar por completo la deuda, es decir el capital y los intereses pudiendo tomar este partido, lo mismo si el deudor personalmente o simplemente detentar de la cosa hipotecada, pues al acreedor lo mismo le da con tal de ser pagado. Esta obligaci6n de restituir o de pagar no es alternativa, pero si facultativa, puesto que para el demandado pagar no es m6s que una facultad. Si la cosa hipotecada que es el verdadero objeto de la obligaci6n, viene a perecer por caso fortuito, debe ser absuelto. Lo ser6 tambi6n si obedece al juez, o da cauci6n de obedecer en un plazo determinado, en cualquier otra hip6tesis, el juez pronuncia contra el demandado una condena pecuniaria. Si es por dolo por lo que el demandado no ha ejecutado la orden del juez, la condena se valuar6 seg6n

los principios, con ayuda del *juramentum in litem*. Poco importa que la suma fijada sea superior a la deuda, por que no hay necesidad de guardar consideraciones con un demandado de mala fe. Sin embargo, la equidad podía atenuar en parte esta solución. En los demás casos el mismo juez estima la condena, según el interés que tuviese el demandante para ser puesto en posesión de la cosa, este interés varia según que el demandado sea el mismo deudor o un tercero detentador y la condena contra el deudor no debe exceder nunca del valor de la deuda, pero si la cosa hipotecada vale menos que la deuda, la condena queda limitada al valor de la cosa, porque aqui se limita el interés del demandante en la *vindicatio pignoris*. La condena contra un tercero detentador comprende siempre el valor de la cosa, aun superior a la deuda. Pero el acreedor después de haberse cobrado, debe restituir el superávit al deudor.⁶

La acción hipotecaria, se le denominó acción serviana, como ya se ha mencionado antes, en recuerdo a su creador. Con el tiempo esta garantía real establecida sobre la cosa mediante un simple pacto y sin necesidad de hacer la tradición al acreedor, por cómoda aun cuando muy insegura, se generalizó y extendió a todos los casos en que un acreedor exigía una garantía y real para la seguridad en la devolución de su crédito. A esta acción serviana generalizada se le denominó acción quasi-serviana. No existe pues, ninguna diferencia fundamental entre ambas acciones, salvo que históricamente las primeras garantías *pignus* fueron establecidas sobre los

⁶ Cuenca Humberto. Ob. Cit. Pág. 218.

objetos que el arrendatario introducía en el fundo, a favor del arrendador (serviana) y en adelante, toda garantía real a favor del acreedor ampara en la acción quasi serviana o hipotecaria.

El mas primitivo sistema de garantía real entre romanos fue la venta con la obligación de rem cláusula sub fiducia, es decir que una vez cancelada la obligación debía devolverse la cosa al deudor, figura jurídica muy parecida a la que en nuestro derecho moderno se denomina retroventa o venta con pacto de retro (artículos 1534 y siguientes del código civil para el Distrito Federal), pero el deudor se expone al riesgo de perder la cosa si el adquirente no la devolvía que era propietario quirritario, entonces en lugar de transferírsele al acreedor la propiedad de la cosa, se le otorgó solamente la posesión de la cosa mediante la transmisión y así se formó el contrato de prenda (pignus) quedando el deudor previsto de dos acciones una personal la actio pignorativa y la otra real la rei vindicatio, para recuperar la cosa; la primera contra el acreedor y la segunda contra todo otro detentador. Fue entonces cuando Servio estableció que mediante simple pacto y sin necesidad de transmisión, los objetos introducidos en el fundo quedaban afectos al pago de los arrendamientos, instituyendo para este fin la acción serviana, que generalizaba a otros casos originó **la quasi serviana**. La obligación de garantía llegó a presumirse sin pacto alguno.⁷

⁷ Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 663.

1.2.- En España.

La legislación hipotecaria española, aparte de otros antecedentes nace en el año 1861, es una legislación de urgencia que en este momento no se puede comprender muy bien ese sentido de urgencia, para cualquier disposición legislativa. Pero lo cierto es que así se reconoce en el real decreto de ocho de septiembre de 1855 que, a su vez, cita la exposición de motivos de la ley de treinta de diciembre de 1944, que ha mantenido que en alguna ocasión que las cosas urgentes impiden hacer las cosas importantes pero para descargar la frase de todo el punto crítico que en ella puede incidir, sería preciso pensar en una urgencia excepcional de aquella época, muy distinta de la que actualmente se produce en cualquier tipo de legislación que se apruebe.

Por otra parte, partiendo del supuesto de que en la legislación española la hipoteca es un contrato accesorio, que supone la existencia de una obligación, puede definirse, según lo hace el Doctor Sánchez Román, citado por Valverde Valverde Calixto, como un derecho real constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles ajenos a derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la

posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de estos aquella obligación, cuando sea vencido y no pagado.⁸

Las leyes españolas antiguas reconocieron tres clases de hipotecas: las voluntarias o convencionales, las legales y las judiciales, según que originaria su existencia el pacto, la ley o el mandato de la juez o de los tribunales; pero el derecho moderno niega el carácter de hipotecas a las judiciales, ya que según las leyes de partida eran como una prenda especial y les faltaba la condición de derecho real a favor del acreedor, razón por la cual desaparecieron de la ley hipotecaria y fueron sustituidas por las anotaciones preventivas.

Al hablar de las hipotecas legales ya veremos el distinto carácter que en la actualidad tienen estas hipotecas respecto al derecho antiguo español, siquiera conservan el mismo nombre, por lo mismo que inspirada la ley hipotecaria en los principios de especialidad y publicidad de las hipotecas, no podían conservar las llamadas legales su carácter primitivo y tenían que desaparecer las que fácilmente se constituían en el antiguo derecho.

Los elementos personales de la hipoteca, además de la regla general de derecho, de la capacidad de las personas esta en relación directa con la naturaleza del título de los derechos reales, es preciso tener en cuenta las

⁸ Dr. Valverde y Valverde Calixto, Tratado de derecho Civil Español, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. México. Pág. 599.

reglas especiales relativas a cada una de las distintas clases de hipotecas que se constituyan en cada caso.

El código civil español, exige que el que constituye la hipoteca tenga la libre disposición de sus bienes, o se halle en otro caso legalmente autorizando para ello y se explica esta condición exigida si se tiene en cuenta que vencida la obligación asegurada, pueden ser enajenadas las cosas dadas en garantía, y por tanto, es necesario que el que constituye la hipoteca tenga la libre disposición de sus bienes, por que el acto que realiza en cierto modo es una transmisión o enajenación. Por esta circunstancia se requiere también que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al hipotecante.

Elementos reales, solo podrán ser objeto de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles.⁹

En esta cuestión el Código Civil y la ley hipotecaria son coincidentes y no hay que olvidar que según el derecho español la prenda recae sobre cosas muebles y la hipoteca sobre bienes inmuebles, si bien la ley equipara para este efecto los derechos reales impuestos sobre inmuebles, siempre que tengan el carácter de enajenables, pues es sabido que hay derechos reales que no tienen esta cualidad y claro es que estos no podrán ser hipotecados.

⁹ Código Civil Español, artículo 1874.

Según el derecho hipotecario antiguo español, las hipotecas se clasificaban:

1.- En convencionales, legales y judiciales, según que la constitución de las mismas las origine la voluntad, la ley o el decreto judicial.

2.- En generales y Especiales; según que afectara a todos los bienes presentes y futuros del obligado o a determinados bienes.

3.- En expresas y tácitas, según que se hiciera constar o no en el gravamen.

4.- En ordinarias y privilegiadas, según se tuviera en cuenta tan solo la propiedad del tiempo de su constitución o el privilegio del crédito que garantizaban.

Después de la publicación de la ley hipotecaria de 1861, basada en los principios de la especialidad y de la publicidad, desaparecieron las hipotecas generales, las tácitas y las privilegiadas, convirtiéndose en especiales y expresas, siendo sustituidas las hipotecas judiciales por las anotaciones preventivas.

Al ser pues la publicidad, la especialidad y la determinación, las bases en que descansa nuestro sistema hipotecario, las hipotecas hoy se clasifican solamente en voluntarias y legales.

Las hipotecas voluntarias; estas hipotecas anteriormente se llamaban convencionales y son según la ley, las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan.¹⁰

Estas hipotecas las define la ley de partidas “la que hacen los omes entre si de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna cosa que deban dar o hacer”. En estas hipotecas la voluntad es la causa u origen de su existencia, a diferencia de las legales, que es la disposición de la ley la que exige su constitución.

El elemento personal de estas hipotecas, solo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes.

Los que tienen facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por si o por medio de apoderado, con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante notario público.

¹⁰ Valverde y Valverde Calixto. Ob. Cit. Pág. 631.

Los elementos reales.- Ninguna regla especial puede darse respecto de las hipotecas voluntarias, pues esta materia se rige por la de hipotecas en general.

Los elementos formales.- La ley hipotecaria reformada ha introducido una novedad importante en este punto, en el artículo 146 del citado Código, mientras la ley derogada establecía que para que las hipotecas voluntarias pudieran perjudicar a tercero, se requería que se hubieren convenido o mandado constituir en escritura pública y que la escritura se inscribiera en el Registro de la Propiedad, la nueva ley teniendo en cuenta lo dispuesto por el código civil, exige su constitución en escritura pública, y que ésta se haya inscrito en el registro, para que la hipoteca voluntaria quede validamente constituida, lo cual quiere significar a juicio que no hay hipoteca a los efectos legales, ni en sus efectos con relación a tercero, ni en los que pueda producir entre las partes contratantes, si no se llenan tales requisitos, que tienen según la ley el carácter de esenciales.

La constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, deberá hacerse por medio de escritura pública, que se inscribirá en el registro o Registros de la Propiedad a que correspondan los bienes que se hipotequen o en el de arranque o cabeza de la obra pública, cuando sea de esta clase de garantía hipotecaria, haciéndose en este caso breve referencia en los demás Registros por cuyo territorio atraviere aquella,

a continuación de las inscripciones de referencia de la de dominio que deben constar en los mismos.

En dicha escritura habrán de consignarse, además de las de las circunstancias propias de las de constitución de hipoteca, las relativas al número y valor de las obligaciones que se emitan y que garantice la hipoteca; la serie o series a que correspondan, la fecha o fechas de emisión; el plazo y firma en que han de ser amortizadas; la autorización obtenida para emitirlas, en caso de ser esta necesaria, y cualquiera otras que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos, que habrán de ser talonarios, haciéndose constar expresamente, cuando sean al portador, que queda constituida la hipoteca a favor de los tenedores de las obligaciones en la parte proporcional que cada uno corresponda.

Las hipotecas legales.- Siendo criterio del derecho hipotecario el que no haya hipotecas ocultas y que todas consten en el registro público, la acepción de hipoteca legal no puede tener hoy, después de la publicación de la primitiva ley hipotecaria, otro significado que el de manifestar quienes son los que tienen derecho a pedir y la obligación de otorgar la constitución de una hipoteca especial sin que medie contrato alguno, haciendo tal obligación y derecho de la ley misma, por lo que reciben la denominación de hipotecas legales.

De aquí se deduce, que según la ley, en cuanto a los efectos, no habrá diferencia esencial entre las hipotecas voluntarias y legales, cosa que no ocurría en la publicación de la ley hipotecaria de 1861, por que en la actualidad, lo mismo las unas que las otras, serán expresas y públicas, no gozando ninguna de otro privilegio que el de la antigüedad de la inscripción.

Resumiendo, pues la doctrina legal sobre las hipotecas legales, diremos que ahora las hipotecas legales no quedan constituidas por el propio ministerio de la ley, por que en los casos en que la misma ley ordena que puede establecerse, para obtenerla es preciso pedirla y si se pide por quien pueda hacerlo no hay mas recurso que constituirla, esta idea de ley consigna el precepto de que las personas a cuyo favor establece la propia ley hipotecaria legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho y tales personas a cuyo favor establece la ley hipoteca legal, podrán exigir que se constituya la especial sobre cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla, siempre que con arreglo a esta ley sean hipotecables y podrán exigir dicha hipoteca legal en cualquier tiempo aunque haya cesado la causa que le diere fundamento siempre que este pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado.¹¹

¹¹ Artículo 158 de la ley hipotecaria Española.

De acuerdo a la ley hipotecaria española, son únicamente hipotecas legales las establecidas:

1.- A favor de las mujeres casadas sobre bienes de sus maridos. Por las dotes que les hayan sido entregados solamente bajo fe de notario, por las donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley. Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad.

2.- A favor de los parientes a que se refiere el artículo 811 del código civil, por los bienes que declara reservables, sobre los del obligado a reservarlos y en favor de los hijos sobre los bienes de sus padres, por los que estos deban reservarles según las leyes y por los que pertenecen a dichos hijos mientras estén bajo la patria potestad del padre o madre.

3.- A favor de los herederos del cónyuge premuerto, sobre los bienes del sobreviviente siempre que contrajere segundas nupcias.

4.- A favor de los menores o incapacitados, sobre los bienes de sus tutores, por los que estos haya recibido de ellos y por la responsabilidad en que incurren.

5.- A favor del Estado, de las provincias y de los pueblos, sobre los bienes de los que contraten con arreglo a derecho; sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos.

6.- A favor de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años y si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.

Conviene advertir, que en esta materia importantísima, la ley no permite constituir otras hipotecas con el carácter de legales, que las consignadas expresamente en dicha ley, sin que por ningún concepto sea permitido ampliar ni interpretar extensivamente lo consignado en el referido artículo 168.¹²

Los efectos jurídicos de las hipotecas legales: la hipoteca legal, una vez constituida e inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin mas excepciones que las expresamente determinadas en la ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiere; las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias, si para la constitución de algunas hipotecas legal se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, conforme a lo dispuesto en el artículo 119, decidirá el juez o el tribunal, previo dictamen de peritos, del mismo modo decidirá el juez o el tribunal las cuestiones que se susciten entre los interesados, sobre la calificación de cualquiera hipoteca legal. En cualquier momento que fueren insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que con arreglo de la ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigirla y de calificar su suficiencia.

¹² Valverde y Valverde Calixto. Ob. Cit Pág. 641.

Por otra parte la responsabilidad que garantiza un crédito puede ser limitativa del deudor que queda fuera del campo registral y la hipotecaria limitada a determinados bienes; la primera origina acciones personales y la segunda acciones reales. Tiene pues todo acreedor de un crédito hipotecario una acción real contra la finca o fincas hipotecadas en garantía del mismo crédito. Aunque la cuestión no está completamente clara, creemos que el acreedor puede optar por una u otra libremente, porque no es en modo alguno, contrario a esta afirmación del contenido del artículo 1447 de la ley de enjuiciamiento civil, pues lo que dicho precepto estatuye es una simple modificación en cuanto al orden que ha de seguirse para el embargo de bienes del ejecutado, anteponiendo a todos los especialmente hipotecados en garantía del crédito.

La acción personal.- puede promoverla el acreedor por razón del tiempo, antes que la real y después de ella por insuficiencia del numerario obtenido en el ejercicio de la primera. Por la clase de procedimiento, la acción personal puede ejercitarse acudiendo al juicio declarativo ordinario y también al ejecutivo ordinario.

La acción real puede promoverla el acreedor hipotecario acudiendo a los procedimientos que indicara al contestar la pregunta.

La acción real, en si, no presenta problemas de legitimación pasiva porque ha de dirigirse contra la finca hipotecada, consecuencia de ello, contra el titular de la misma en el momento de promoverse la ejecución.

La acción personal tampoco plantea problemas de legitimación pasiva, si la finca hipotecada sigue en poder del deudor.

La efectividad del crédito hipotecario puede llevarse a cabo a través de cuatro rutas distintas que son:

El procedimiento judicial sumario, el ejecutivo ordinario, el procedimiento extrajudicial y el juicio declarativo ordinario, cuando el acreedor acumule la acción personal y la acción real en un mismo procedimiento no podrá utilizar nada mas que el juicio declarativo ordinario o el juicio ejecutivo previsto en la ley de enjuiciamiento civil; cuando el acreedor inicie solo la acción personal deberá acudir al procedimiento ordinario; cuando el acreedor finalmente quiera utilizar la acción real excesivamente deberá acudir al procedimiento judicial sumario o al procedimiento extrajudicial en los casos y circunstancias que mas adelante consignamos, es decir siempre que se haya pactado el extrajudicial o cumplido los requisitos de fijación de cuantía y señalamiento de domicilio que son necesarios para la procedencia del judicial sumario.¹³

Por consiguiente podemos definir el procedimiento judicial sumario diciendo que es aquel recurso de ejecución de carácter reglado, que puede utilizar el acreedor cuyo crédito figure inscrito en el Registro Público de la Propiedad para dirigirse en caso de impago, contra los bienes hipotecados,

¹³ Puig Piña Federico, Tratado de Derecho Civil Español, tomo III, pág. 305.

extrayendo de ellos la cantidad necesaria para la satisfacción íntegra del mismo. Este procedimiento se dirige contra los bienes hipotecados, extrayendo de los mismos la cantidad necesaria para la satisfacción íntegra del crédito del actor; de esto se deduce que la acción básica de este procedimiento es una acción de tipo real exclusivo dirigida solo contra los bienes afectados por la hipoteca, nunca contra los otros bienes distintos del deudor.

El juicio ejecutivo ordinario, era el único a que aludía la primitiva ley hipotecaria y que acepta la vigente, introduciendo ligeras variantes en la regulación de la ley de enjuiciamiento civil.

El procedimiento extrajudicial, recogido no por la ley, como parecía natural, sino por el reglamento de 1915, en su artículo 201. Consistía sustancialmente en que el acreedor, llegado el caso del vencimiento de la hipoteca y del impago del deudor, si en el registro no se había anotado ni inscrito ningún acto de enajenación o gravamen del inmueble hipotecado, procedía ante notario a la venta de la finca hipotecada para hacerse pago de su crédito y las costas y gastos.

El tratadista español Carmelo Díaz González expresa que. el juicio ejecutivo ordinario, era promovido en base de una acción hipotecaria se tramitaba íntegramente con arreglo a los artículos 1429 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil; pero cuando la finca hipotecada ha pasado a ser

propiedad de persona diferente del primitivo deudor, los trámites que establece la ley procesal sufren determinadas modificaciones como ordena el artículo 126 de la ley, al decir que cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a la ley de enjuiciamiento civil se persiguieran bienes hipotecados y estos hubieren pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de este el pago de la parte de crédito asegurado con lo que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no verifica el deudor, después de requerido judicialmente o por notario.¹⁴

1.3.- En México.

En México, el derecho hipotecario remonta a los antiguos códigos hispánicos, los cuales se guiaban por el sistema antiguo romano de clandestinidad.

La primera disposición hipotecaria merecedora de tal nombre, se cree, fue la Real Cédula del nueve de mayo de mil setecientos setenta y ocho, 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 tercero y los múltiples abusos a que se prestaban.

¹⁴ Díaz González Carmelo, Derecho Hipotecario III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España. Pág.267.

Sin embargo, no se adoptó un criterio rígido que garantizara los intereses de los contratantes en forma eficaz y adecuada. Dicha cédula real instauró los llamados Oficios de Hipoteca 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, etcétera.

No fue sino hasta la promulgación del Código de 1870 que se reglamentó con mejor eficacia sobre derecho hipotecario. El Código de 1884 no alteró el sistema, y los dos adoptaron los principios de la legislación hipotecaria española.

En el tecnicismo jurídico la hipoteca tiene varias acepciones que conviene ante todo precisar y que refieren a los tres conceptos en que puede ser considerada. Se dice que es hipoteca de derecho real de garantía en la forma que ya conocemos; se da el nombre de hipoteca a esa misma garantía constituida por la hipoteca y a los bienes sobre los cuales recae; y, finalmente se denomina hipoteca por manera amplísima y general al contrato de hipoteca considerado como una de las convenciones admitidas por la ley para asegurar y garantizar una obligación principal.

El derecho de hipoteca, es 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 maestro Luis Muñoz, dice que 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 este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”.¹⁵

Las antiguas leyes hispánicas sancionaban tres clases o especies distintas de hipotecas, al igual que hacían con la fianza: voluntarias o convencionales, legales y judiciales, según que la fuente de su origen fuese el pacto, la ley o el mandato del juez. En los códigos modernos se ha suprimido la hipoteca judicial, sustituyéndola por las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad. Las hipotecas judiciales datan del derecho romano y fueron reguladas en el derecho de partidas; pero constituían mas bien una prueba especial, semejante a la Prenda Pretoria, que creaba por mandato del juez un derecho real a favor del acreedor y sin la voluntad del deudor, sobre un bien del dominio de este.

Por los abusos que tal institución producía, fue suprimida en Francia en 1850 y subsecuentemente en las legislaciones civiles de otros países. Respondiendo a este mismo criterio, el código mexicano de 1870 no mencionó ya las hipotecas judiciales por cuanto al registro público en el establecido previo las anotaciones preventivas. En consecuencia, hay en el

¹⁵ Luis Muñoz, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derechos Reales, Ediciones Modelo, México, 1971. Pág. 341.

derecho mexicano mas que dos especies de hipotecas: las voluntarias o convencionales y las necesarias o legales.

La hipoteca se constituye sobre bienes determinados y enajenables. Hasta el código civil de 1870, las hipotecas podían recaer sobre el patrimonio inmueble de una persona, eran verdaderas hipotecas generales. Dicha generalidad se refería no solo a los bienes gravados, en cuanto que estos no se determinaban, sino también al crédito o créditos garantizados, debido a que no exigía como requisito esencial la determinación en el monto de la obligación garantizada.

El tratadista Rafael Regina Villegas, señala que el Código de procedimientos Civiles anterior al vigente, por un proceso expreso, podían entablarse simultáneamente o separadamente las acciones personales y reales procedentes de un mismo acto; el artículo séptimo declaraba en términos que no daban lugar a duda, respecto de la separación de las acciones. “Pueden entablarse separada o simultáneamente, respecto de un mismo asunto, una acción personal y una acción real: I.- Cuando para garantía de un obligación personal se ha constituido hipoteca o prenda; II.- Cuando al que entablaba un acción real le compete igualmente el derecho para exigir indemnizaciones o intereses”.

Se pueden presentar los siguientes casos: I.- La obligación personal y la accesoria de hipoteca coinciden en el mismo sujeto pasivo. Es cosa frecuente que el mismo deudor de la obligación principal constituya hipoteca y que los bienes hipotecados estén en su patrimonio en el momento en que

el acreedor entable la acción; este deudor puede ser demandado por las dos acciones, la personal y la real hipotecaria, que el acreedor podrá ejercitar simultáneamente o separadamente.¹⁶

2.- Son distintos los sujetos pasivos de ambas obligaciones; el acreedor debe intentar separadamente las citadas acciones: cuando entable la personal sin la real, demanda simplemente el cumplimiento de la obligación principal y puede el actor elegir la vía ordinaria o la vía ejecutiva; no la hipotecaria, porque solo intenta la acción personal.

Otro caso interesante ocurre cuando se ha disminuido el valor de los bienes hipotecados: como ejemplo, podemos señalar el de las fincas rústicas hipotecadas y después garantizadas, que evidentemente ya garantizan la deuda, por lo cual prefiere el acreedor hipotecario entablar acción personal para que se despache embargo sobre otros bienes del deudor no demeritados; claro está que esa medida solo es aconsejable cuando el deudor es solvente. Cuando se entable la acción hipotecaria, necesariamente aunque no lo diga el Código debe intentarse para exigir el cumplimiento de la garantía real es decir, la venta del bien para que con su producto se haga el pago.

¹⁶ Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano Tomo III, Bienes, Derechos Reales y Posesión, Editorial Porrúa. México, 1977. Pág. 557.

Cuando se entabla solo la acción real, tendrá siempre que exigirse la venta del bien para pago de la obligación principal. Es cierto que el tercero no es sujeto pasivo de la misma, pero como esta obligado a garantizarla, desde ese punto de vista la demandada en el juicio hipotecario debe ser por la cuantía de la obligación principal.

El Código de Procedimientos Civiles vigente ya no conserva un artículo que, como el séptimo del anterior, hable expresamente de la separación de las acciones real y personal; pero tienen otro artículo el 31, igual al 22 del Código anterior, ambos relativos a la prohibición de separar las acciones de determinadas circunstancias: el contenido de esos dos artículos debe ser considerado como regla general.¹⁷

El artículo 22 del Código de procedimientos Civiles anterior estatúa: “cuando haya varias acciones contra una misma persona y respecto de una misma cosa, deben intentarse en una sola demanda todas las que no sean contrarias y por el ejercicio de una o mas quedan extinguidas las otras”; artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles vigente: “cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provenga de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o mas, quedan extinguidas las otras”

¹⁷ Rojina Villegas Rafael. Ob. cit. Pág. 561.

A pesar de que al artículo séptimo del Código anterior fue suprimido en el vigente y este solo contiene en su artículo 31 el principio general que obliga a intentar simultáneamente las acciones “contra una misma persona respecto de una misma cosa y que provengan de una misma causa, debemos concluir, no obstante que actualmente el acreedor hipotecario sí puede separar su acción personal de la real, bien sea cuando el demandado sea el mismo sujeto pasivo en ambas obligaciones, o existan dos sujetos a que hemos referido, pues si separa la acción real e intenta solo la personal, aquella no se extingue, conforme a la sanción ordenada por el artículo 31, en virtud de que las acciones tienen causas diferentes y se refieren a cosas o prestaciones distintas.

El artículo 31 tampoco se aplica cuando los sujetos pasivos no son los mismos, pues faltan los supuestos por el exigidos: identidad de personas, de cosas y de causa; así pues, cuando un tercero sea el constituyente de la hipoteca, los bienes gravados pasen a poder de tercero el acreedor puede también separar sus acciones y demandar al deudor principal mediante la acción personal y al poseedor de los bienes, con la real hipotecaria.¹⁸

Otro efecto inherente de la hipoteca es el derecho del acreedor de perseguir la cosa en manos del tercero que la tenga en su poder. Es necesario precisar este efecto: en términos generales la acción real hipotecaria, o cualquier acción real, se pueden entablar en contra del tercero

¹⁸ Derecho Civil Mexicano, pág. 563.

que tenga en su poder la cosa; pero como en el Código Civil vigente ha definido diferencias entre la posesión originaria, la posesión derivada, y la detentación subordinada, de modo que es distinta la situación de los poseedores, es menester también señalar, distinciones respecto de quienes pueden ser demandados, cuando solo se entabla la acción real y los bienes están en poder de tercero. De ese modo podemos determinar dos series de casos: a).- poseedores originarios y b).- poseedores derivados.

El tercero es poseedor originario, ***animus domini***, es decir en concepto de dueño. No juzgamos respecto de la existencia de su propiedad, por que puede tener un título afectado de nulidad, pero subjetivamente válido; lo que nos interesa sobre todo es que su posesión es originaria, que es adquirente de la cosa y que como tal, debe ser demandado cuando se intente la acción hipotecaria, dice el artículo 791 del Código Civil vigente: “cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa.”¹⁹

El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria, el otro una posesión derivada”, el acreedor puede intentar contra el que posee originariamente, la acción real hipotecaria.

¹⁹ Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 563.

Si el poseedor originario trasfiere a un tercero la propiedad de la cosa hipotecada, el juicio continuará con el tercero adquirente, como ordena el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles: se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca; o bien, para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado, y en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la propiedad y contestada esta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con este continuará el juicio. Claramente se desprende que la acción hipotecaria se da contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado.

Tanto el Código Civil, como el de Procedimientos Civiles, emplean términos imprecisos; el primero en su artículo 2894, nos dice: “los bienes hipotecados quedan sujetos al gravámen impuesto, aunque pasen a poder de tercero”; el artículo 3º del Código de Procedimientos Civiles estatuye que las acciones reales se dan y ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria; como se ve, los dos artículos emplean la misma denominación: bienes o cosas que pasaron o se encuentran en poder de un tercero; pero el segundo de los artículos transcritos agrega un dato mas: “se da la acción real contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real”, finalmente, el

artículo 12 del Código Procesal, dispone que la acción real hipotecaria procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado.

Con todos estos elementos, podemos ya opinar lo siguiente: es necesario distinguir qué clase de terceros se pueden considerar sujetos pasivos de la acción real persecutoria, pues hay que tomar en cuenta que existen terceros adquirentes, pero además, terceros poseedores y dentro de este último grupo, poseedores en concepto de dueño u originarios, poseedores en forma derivada y simples detentadores: efectivamente, como vimos anteriormente, el Código Civil vigente distingue en materia de posesión, entre la posesión originaria o ***animus domini***, la posesión derivada y la detentación subordinada.

Respecto de los terceros adquirentes, es indudable que procede la acción real persecutoria; ellos pueden serlo a título universal o particular; es adquirente a título universal el heredero, pues el adquiere el dominio y posesión de los bienes objeto de la herencia y claro está que si entre dichos bienes están los hipotecados, como causahabiente que es a título universal, representa al deudor hipotecario, al autor de la herencia.

Sin embargo en la doctrina, esa acción contra el causahabiente a título universal no se estima con el carácter de real persecutoria, pues el substituye al deudor y en cuanto a éste, aunque la acción que se entable sea real, no

persecutoria. Nuestros códigos aceptan esta última distinción de la doctrina: como por una parte afirma que el registro no es necesario para ejercitar la acción contra el deudor y por otra que el registro es condición indispensable para entablar la acción persecutoria, de ahí derivamos claramente que la acción que se ejercita contra el deudor, si bien es una acción real, no es la acción real persecutoria: se trata de la acción real hipotecaria en general; dice el artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles: “ procederá el juicio hipotecario sin necesidad de que el contrato este inscrito en el Registro Público de la Propiedad, cuando: I.- el documento base de la acción tenga el carácter de título ejecutivo; II.- el bien se encuentre inscrito a favor del demandado, y III.- no exista embargo o anteriores a la de la presentación de la demanda”.

En cambio, cuando la acción se entabla contra el tercero adquirente, si se ejercita el derecho de persecución de la cosa, por lo que el artículo 468 del Código de procedimientos Civiles establece: “se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como la nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para 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 pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común y registrado en el

Registro Publico de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o que este sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables.

El causahabiente a título universal o heredero se substituye en todo y por todo al deudor, por lo que no es un tercero, sino un sucesor del autor de la herencia; de aquí que la acción real entablada contra el heredero adquirente de los bienes hipotecados, no tiene el carácter de acción persecutoria de la cosa, y puede iniciarse la demanda aunque la hipoteca no este registrada.

Si el tercero es adquirente a título particular por contrato o por legado, solo puede ser demandado si la hipoteca esta registrada, por que la relación con el, si es menester entablar la acción persecutoria; el legatario es adquirente a título particular porque no responde de las deudas de la herencia sino subsidiariamente; pero aunque no responde del gravámen hipotecario, por que éste es una deuda a cargo de los herederos, como adquirentes de la cosa hipotecada, puede el legatario ser demandado en el juicio hipotecario, mediante la acción real persecutoria.

Además de este causahabiente a título particular, tenemos a los adquirentes por contrato; en nuestro derecho, el contrato siempre es una forma de transmisión a título particular: transmite un bien o bienes determinados, pero no el patrimonio, una universalidad, o una parte alícuota

de la misma. Se repite la misma regla anunciada antes: el adquirente por contrato de una hipoteca, puede ser demandado mediante la acción real persecutoria, pues en este caso si se trata de un tercero con obligación real, pero siempre que la hipoteca esté registrada.

Los contratos translativos de dominio, o sea, la compraventa, la permuta, la donación, la transacción y la sociedad, pueden originar transmisiones de cosas hipotecadas; el adquirente sufrirá las consecuencias, es decir, el comprador, el permutante, el donatario, el que transige o la sociedad, podrán ser demandados mediante la acción real persecutoria.

De lo anterior, se desprende que no hay problema cuando se adquiere un bien hipotecado, a título particular o a título universal: el acreedor podrá demandar a ese adquirente, ya mediante la acción real persecutoria, ya mediante la acción hipotecaria en general. El problema se presenta cuando existen enajenaciones parciales de la cosa o cuando el tercero es poseedor del bien; entramos pues, en el asunto relativo a los `poseedores de cosas hipotecadas, sus diversas categorías, poseedores originarios, poseedores derivados y detentadores subordinados; y cuales de ellos pueden ser demandados.

En el derecho francés se hacía la siguiente distinción: si hay una enajenación parcial de la cosa hipotecada, y el tercero que adquiere parcialmente es

usufructuario o enfiteuta, dicho tercero sí puede ser demandado por la acción real persecutoria.

La distinción del derecho francés no es aceptable en nuestra legislación para el usufructo, pues no tenemos elementos para poder afirmar que en razón de la transferencia del uso y goce de la cosa, se puede considerar al adquirente como poseedor originario, que mantenga en su poder la cosa en los términos del artículo 2894 del Código Civil: “los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen que el usufructuario, comodatario arrendatario, depositario, acreedor pignoraticio, usuario, habituario, etcétera, son poseedores derivados, por lo que lógicamente no podemos seguir la distinción del derecho francés; de seguirla, tendríamos que aceptar que cierta posesión derivada, la del usufructuario, permite el ejercicio de la acción real persecutoria, siendo así que el Código Civil Vigente considera al usufructo a la misma altura que las demás posesiones derivadas; de modo que en nuestro derecho, simple y llanamente, cuando el tercero posee a título derivado, no puede ser demandado en el juicio hipotecario, aun cuando sea usufructuario; solo cuando posee la cosa en concepto de dueño, puede sufrir el ejercicio de la acción real persecutoria. Además, siempre que hay posesión derivada, existe la posesión originaria y la acción debe ejercitarse contra el poseedor originario, o sea contra el que enajenó parcialmente el bien para constituir los diversos derechos enumerados con anterioridad.

Como conclusión podemos afirmar la siguiente regla general: en nuestro derecho, siempre que el propietario de una cosa hipotecada la afecte parcialmente, creando derechos reales o personales a favor del usufructuario, usuario, habitarlo, arrendatario, comodatario, depositario, acreedor pignoraticio, etcétera, dando así lugar a posesiones derivadas, el único que puede ser demandado en juicio hipotecario es el mismo propietario o poseedor originario.

Se presenta un caso especial, cuando el propietario transfiere una propiedad y conserva el usufructo de un bien hipotecado; pero también aquí aplicamos la regla general: debe ser demandado el adquirente de nuda propiedad, aunque es la nuda propiedad la que nos permite considerar a su adquirente como poseedor derivado, quien también deberá ser demandado, por estar hipotecado el usufructo.

A lo anterior podemos agregar, que cuando el deudor hipotecario, transfiere, otorga o da en fideicomiso el bien inmueble hipotecado, que podría ser un fideicomiso en administración, etcétera; para hacer efectiva la hipoteca por su acreedor, deberá de demandar además del deudor hipotecario, al fiduciario, o institución fiduciaria, para los efectos de que le pare perjuicio o beneficio la sentencia definitiva que se dicte en el juicio respectivo.

La hipoteca origina un derecho de transferencia, que como todos los de su misma clase, supone un conflicto entre diversos titulares que afirman tener derechos de igual o de diferente categoría; tratándose de la hipoteca, debe estudiarse ante todo el derecho de preferencia en el caso en que haya conflicto entre diversos acreedores hipotecarios, entre titulares del mismo derecho real; pero puede ocurrir otra forma de prelación, entre titulares de diversos derechos; el acreedor hipotecario puede oponer su derecho y obtener la preferencia, respecto de acreedores quirografarios o comunes.

En los derechos de garantía el problema de la preferencia tiene por objeto resolver la forma, la distribución del precio de la cosa hipotecada, dada en prenda o anticresis, o sea, fijar el distinto orden de prelación de los diversos acreedores que consideran tener un derecho sobre el precio del bien vendido en el remate.

La preferencia origina un problema para determinar el grado de prelación en que debe ser pagado cierto acreedor hipotecario con el producto del remate de la cosa hipotecada y da lugar a tres casos de conflicto o concurso de acreedores, cada uno de ellos con reglas especiales; 1.- El acreedor hipotecario, en virtud de su acción, obtiene venta y en la subasta se presentan otros acreedores que también afirma tener derechos sobre el precio; 2.- Con motivo de la acción hipotecaria, se origina un concurso especial de acreedores hipotecarios; 3.- Se remata la cosa hipotecada, cuando previamente se ha declarado el concurso del deudor.

En el primer caso, no hay posibilidad de concurso, ni especial ni general; en el segundo, hay concurso especial de acreedores hipotecarios; en el tercero, existe un concurso general en el que el acreedor hipotecario hará valer su preferencia.

Primer caso, ocurre frecuentemente que con motivo de la acción hipotecaria, una vez obtenida la resolución que ordena el remate del bien, se procede a notificar a los diversos acreedores que aparecen en el certificado de gravámenes; dichos acreedores pueden ser quirografarios o comunes, o bien tener un derecho real de garantías, hipoteca, prenda anticresis), o bien ser acreedores privilegiados en virtud de un crédito refaccionario.

El conflicto que surge entre ellos se originó por el Código Civil vigente que en su artículo 2985, determina la forma como se distribuirá el precio de un bien hipotecado: “ del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagarán en el orden siguiente: I.- Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes; II.- Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes; III.- La deuda de seguros de los propios bienes; IV.- Los créditos hipotecarios de acuerdo con los dispuesto por el artículo 2982, comprendiéndose en el pago de los créditos de los últimos tres años, o los créditos pignoratícios, según su fecha, así como sus réditos, durante los últimos seis meses”.

Deben pagarse los créditos hipotecarios en el orden de constitución de las hipotecas, cuando se haya registrado en el término legal. Dice el artículo 2982 en relación con la fracción IV del 2985: “si hubiere varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas, si estas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se haya registrado los gravámenes, si la inscripción se hizo fuera del término de ley”.

Como el artículo 2982 contiene un arreglo especial en cuanto a la fecha que sirve de base a la preferencia, conviene comentar el criterio del legislador a propósito de dicha base; criterio distinto del que toma en cuenta para señalar en que momento surte efectos la inscripción de la hipoteca. Ya vimos anteriormente que, por una innovación del Código vigente, se aplica el sistema de la anotación preventiva, según el cual todo acto o contrato que afecte el dominio de los inmuebles debe ser inmediatamente anotado en el Registro Público, entendiéndose además que si la escritura es inscrita dentro del plazo de treinta días, el acto surte efectos desde el momento de la anotación preventiva.

De tal modo que como regla general, la inscripción de la hipoteca surte efectos desde la anotación preventiva: no se toma en cuenta la fecha de la escritura de hipoteca; en cambio, para los efectos de la preferencia, sí se

toma en cuenta la fecha de la misma, siempre que la inscripción se efectuó en un término de treinta días.

Segundo caso, existe un concurso especial de acreedores hipotecarios; tanto el Código Civil como el Procesal determina como se hace valer el derecho de preferencia en el concurso especial de acreedores hipotecarios: este ocurre cuando al fijarse la cédula y con motivo de la notificación a los distintos acreedores que aparecen en la escritura base de la acción, piden dichos acreedores hipotecarios que se abra el concurso especial; es decir, el mismo se abre a petición de cualquier acreedor hipotecario, antes del remate y con motivo de la fijación de la cédula.

Dice el artículo 476: “si en el título con base en el cual se ejercita una acción hipotecaria se advierte que hay otros acreedores hipotecarios anteriores, el juez mandara notificarles la existencia del juicio para que manifiesten lo que a su derecho corresponda”.

La manera de cómo esos acreedores pueden gozar de sus derechos conforme a la ley, puede concretarse en tres formas: 1.- Mediante el concurso especial de acreedores hipotecarios; 2.- Mediante la preferencia que se haga valer en el remate; 3.- Mediante la tercería excluyente de preferencia, medio que nunca se ha acostumbrado en la práctica, por que resulta inútil cuando el acreedor hipotecario puede hacer valer su

preferencia, en el remate o en el concurso especial; únicamente se acostumbra hacer valer la preferencia por los dos primeros medios.

Con el segundo medio, el acreedor se espera al remate para aparecer y hacer valer su preferencia, lo cual tiene inconveniente de que los gastos del juicio son preferentes aun en relación con la primera hipoteca, de modo que este arbitrio solo es aconsejable cuando el bien es suficiente para cubrir dichos gastos y garantizar a los acreedores colocados en los primeros lugares.

El concurso especial de acreedores hipotecarios es reglamentado por los artículos 476 y 477 del Código de Procedimientos Civiles, en relación en el 2982 y 2983 del Código Civil. Artículo 2982: “si hubiere varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas...”Articulo 2983: “ cuando el valor de los bienes hipotecados o dados en prenda no alcanzare a cubrir los créditos que garantizan, por el saldo deudor entrarán al concurso los acreedores de que se trata y serán pagados como acreedores de tercera clase”, supone que en el concurso especial, los bienes no alcanzan para pagar todas las hipotecas o prendas: entonces los acreedores no pagados entrarán al concurso general y se les considerará acreedores de tercera clase; son acreedores de tercera clase, aquellos cuyo crédito consta en escritura pública o en documento autentico; dice al respecto el artículo 2996: “satisfechos los créditos de que

se ha hablado anteriormente, se pagarán los créditos que consten en escritura pública o en cualquier otro documento auténtico”.

El tercer caso, ocurre cuando el deudor es declarado en estado de concurso; viene entonces un concurso general de toda clase de acreedores al que los hipotecarios y prendarios no necesitan entrar; pero pueden hacerlo y tener voto en la junta de acreedores; si los hipotecarios y prendarios entran al concurso general, quedan sujetos a todos los convenios, esperas y quitas que se concedan en la junta, de modo que solo en casos muy especiales es aconsejable a los acreedores hipotecarios prendarios entrar en el concurso general; como ellos pueden ser pagados al entrar a dicho concurso, lo normal es que ejerciten su acción hipotecaria en juicio separado y logren el pago independiente.

Conforme al Código Procesal, no basta tener un crédito hipotecario litigioso para poder abstenerse de entrar al concurso general: es necesario además ejercitar la acción hipotecaria; de este modo, los juicios ejecutivos promovidos con anterioridad, con fundamento en una hipoteca, sí son acumulables al concurso; sería un error, cuando hay peligro de concurso, que el acreedor hipotecario entable un juicio ejecutivo, pues este podría ser acumulado.

El artículo 2981 del Código Civil establece: los acreedores hipotecarios y los pignoratícios no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de

sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competen en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos; no dice, con entera claridad que la acción no acumulable sea la hipotecaria, pero esto se desprende si relacionamos dicho artículo con el 739 fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles: declarado el concurso, el juez resolverá: VIII.- pedir a los jueces ante quienes se tramiten pleitos contra el concursado, los envíen para su acumulación al juicio universal.

Se exceptúan los juicios hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después y los juicios que se hubiesen fallado en primera instancia; éstos se acumularán una vez que se decidan definitivamente. Se exceptúan de igual manera los que procedan de créditos prendarios y los que no sean acumulables por disposición expresa de la ley. Ya este artículo con toda claridad señala al juicio hipotecario como no acumulable; después que no sean acumulables, que los juicios procedan de créditos prendarios; por consiguiente, la ley solo exige como requisito la procedencia del título; no así en la hipoteca, caso en que se requiere que el juicio sea hipotecario.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS Y EL CONTRATO DE HIPOTECA Y SU REGULACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

2.1.- Derecho Real.- Concepto.

El derecho real, a más de concepto jurídico, es un concepto histórico, fluctuante, modificable, a tenor del pensamiento social y político que impere en el ordenamiento positivo de un Estado determinado. Esta cualidad hace que sea tal vez la definición del derecho real aquella parte del derecho civil que mas debates ha suscitado.

En el devenir de la historia, desde la época de los glosadores hasta nuestros días, los autores han mantenido distintos y hasta opuestos puntos de vista al considerar el carácter y fundamento jurídico del derecho real.

Por ello es conveniente, antes de establecer nuestra opinión al respecto, hacer un breve resumen de la evolución histórica que el concepto de derechos reales ha tenido hasta nuestros días.

La dificultad estriba en la neta distinción entre los derechos personales, y los derechos reales. No siempre se ha establecido esa distinción en el derecho positivo de los pueblos; pero la división de ambas clases en el derecho es muy antigua.

El tratadista Luis Muñoz, dice que prescindiendo de los pueblos de Asia, atenderemos en primer término a nuestro antecedente más remoto, el Derecho Romano. Algunos autores sugieren que los romanos desconocieron la distinción entre derechos reales y derecho de obligaciones y que la propia expresión de derechos reales no es de origen romano, pues ni el Digesto ni el código la emplean, ya que las frases “ius in re” y “ius in rem”, servían indistintamente para referirse a los créditos o derechos personales como los derechos reales. Nuestra opinión es muy distinta, de acuerdo con las más recientes investigaciones hechas en el campo del derecho romano.²⁰

La evolución natural del hombre en el ámbito de las ideas jurídicas se inicio dentro de una atmósfera de materialismo muy acentuado, la cual en el transcurso de los siglos, fuese disolviendo lentamente hasta dejar paso a las concepciones espirituales, entre estas últimas se encuentran el derecho de crédito, es decir, los derechos personales o de obligaciones.

Esta realidad histórica tiene por tanto en su base a los derechos reales; y de ahí que, en los pueblos primitivos que aún pueblan la tierra, sean estos derechos los más antiguos y los anteriores a los de obligación. Es natural, pues, en el Primitivo Estado Romano vemos todo el Derecho Civil moldeado sobre la base conceptual de los derechos reales: la “manus” la tutela y demás instituciones que hoy no son derechos reales. Esto no quiere decir que en la primera época del derecho romano fuesen desconocidas las

²⁰ Muñoz Luis, Derecho Civil Mexicano Tomo II, Ediciones Modelo, México 1971. Pág. 1.

obligaciones; pero éstas estaban tan cerca del derecho real, que en el sistema de la “legis acciones”, una sola acción “legis actio sacramentum”, con una sola fórmula servían para todos los derechos tanto reales, personales, de familia y sucesorios.

Pero en la época clásica la distinción entre derechos reales y de obligaciones estaba ya hecha de manera muy clara, a pesar de que ni las leyes ni los jurisconsultos formularon una construcción sistemática abstracta y teórica del derecho real, ni siquiera empleando esta denominación. Empero, donde mejor se aclara la distinción romana de los derechos reales y de obligaciones, es en el procedimiento, la doctrina de las acciones “in rem” y de las acciones “in personam” no da lugar a dudas; ya que las primeras servían para tutelar los derechos reales y solamente se ejercitaban con respecto a las cosas, mientras que las segundas se dirigían contra las personas, contra el deudor. Rigaud no vacila en afirmar que los romanos concebían al derecho real como un poder sobre la cosa, como una relación directa entre el hombre y la cosa sin mezcla alguna de la obligación.

En la Edad Media los derechos reales adquieren un vuelo extraordinario, en atención a que los bienes inmuebles absorbían todo el concepto patrimonial del derecho feudal. Se multiplicaron los derechos reales, haciendo de estos múltiples categorías y hasta admitiendo que los hubiera con la cualidad jurídica de “in faciendo”, especie que el derecho romano desconoció. Al tomar por su cuenta los glosadores el derecho

romano procedieron a la inversa de los jurisconsultos romanos; estos deducían de un derecho la existencia de una acción mientras aquellos deducían de una acción la existencia de un derecho.²¹

De ahí que, al encontrarse con acciones “in rem” y con acciones “in personam”, dedujeran la existencia de derechos reales y personales, denominación que ha prevalecido hasta nuestros días. Los glosadores pues, concibieron de manera diferenciada y distinta a los derechos reales y a los derechos de obligación así como a sus acciones respectivas, “realia” y “personalia”.

Los derechos reales en México, sería muy difícil y aventurado fijar el concepto que los indios en la época precortesiana tenían de los derechos reales; los Mexicanos distinguían perfectamente la posesión de la propiedad, aunque esta última era tomada sobre la base de la primera, mediante una especie de simbolismo de ocupación y de tradición que consistía en arrojar manifiestamente flechas sobre los límites de los terrenos.²²

La distinción entre bienes muebles e inmuebles estaba claramente determinada, ya que la propiedad de los segundos se conseguía por concesión real o el simple contrato. Los bienes se adquirían también por herencia, respecto a la prescripción se ignora si era conocida entre ellos.

²¹ Dr. Muñoz Luis, pág. 3.

²² Ídem. Op. Cit. Pág. 14

Para hacer constar la existencia de la propiedad, pintaban planos que les servían de escritura o título y en los que dibujaban la forma del terreno poseído, tomando como referencia de límites, cerros o cursos de agua que eran designados con signos jeroglíficos.

Entre los bienes muebles, los Mexicas incluían a los esclavos; pero hay que consignar el hecho de que la esclavitud en nada se parecía a la del derecho romano, ni siquiera a la que después establecieron los europeos con la trata de negros. El esclavo podía tener bienes, adquirir inmuebles y hasta comprar otros esclavos para que le sirvieran, pues la esclavitud era una especie de obligación personal que no afectaba al patrimonio.²³

Los pobres vendían algunos de sus hijos para aminorar su miseria y hasta las mujeres se vendían en esclavitud para con el dinero obtener vestidos y joyas. Los españoles, al realizar la conquista, solamente respetaron los derechos reales sobre las cosas y no sobre las personas; pero modificaron profundamente las instituciones de los aborígenes sustituyéndolas con las de castilla. Por ello, durante la época de la dominación, los derechos reales siguen la misma evolución que en España.

Sin embargo conviene tener en cuenta a este respecto las disposiciones de las leyes de indias que tendían a proteger la posesión y la propiedad comunal e individual de los indígenas. Entre las instituciones

²³Dr. Muñoz Luis. Op. Pág.15

europas que se establecieron con profusión extraordinaria en México, debemos citar las vinculaciones, pues estas tuvieron ocasión de desarrollarse mucho mejor en América que en Europa, debido a los grandes repartos de las tierras que los monarcas hacían a los conquistadores y religiosos que se trasladaban al nuevo mundo.

Según la escuela clásica representada por Aubry y Rau, el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros. Por consiguientes son elementos del Derecho real: a).- La existencia del poder jurídico. b).- La forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa; c).- La naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma; y d).- La oponibilidad respecto de terceros para que el derecho se caracterice como absoluto y valedero.

La escuela clásica define al derecho real como aquel que tenemos directa e indirectamente sobre una cosa. Es un derecho en virtud del cual, nos pertenece una cosa, por lo menos en ciertos aspectos, tenemos sobre ella un derecho de propiedad o desmembramiento de la propiedad, como un derecho de usufructo o de servidumbre.

En el derecho real encontramos únicamente dos elementos 1.- una persona que es el sujeto activo del derecho; por ejemplo el propietario en el

derecho de propiedad. Puede obtener directamente de la cosa sobre la cual recae su derecho, sin necesidad de la intermediación de ninguna persona, todas o parte de la ventajas que esta cosa es susceptible de procurar según su naturaleza; 2.- Una cosa determinada, que constituye el objeto del derecho. No existe ningún intermediario entre el titular del derecho y la cosa objeto del mismo. Este derecho se llama real en atención a la intimidad que existe entre el sujeto activo del derecho y su objeto.

Siendo el derecho real o derecho absoluto, la situación jurídica de su titular se impone al respecto de todos. En este sentido ha podido decirse que los sujetos pasivos del derecho real son infinitos en su número. Pero esta obligación puramente negativa, a la cual todo el mundo está sujeto a favor del titular del derecho real, a no hacer nada que pueda impedirle el ejercicio de su poder sobre la cosa, no es susceptible de valuarse pecuniariamente.²⁴

En el orden de ideas propuesto, podemos expresar que siguiendo a la escuela clásica representada por Aubry y Rau y Baudry y Lacantinerie, al derecho real se le conceptúa como un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo oponible a terceros.

²⁴ Dr. Luis Muñoz, pág. 17.

Así pues, hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona.

2.2.- Derecho Personal.- Concepto.

Desde la época del imperio romano a nuestros días, los derechos patrimoniales de las personas se han regulado y protegido por las normas del derecho objetivo contenidas en los ordenamientos civiles, de los cuales, en los de influencia latina como en nuestro Código Civil aparece en dos de sus cuatro grandes y tradicionales apartados. El Libro Segundo intitulado “De los Bienes” que comprende los catálogos o categorizados como derechos reales que aparecen como potestades que se ejercen en forma directa e inmediata sobre las cosas y en el Libro Cuarto, bajo el rubro “de Las Obligaciones” que son los derechos personales o de crédito, en los cuales la relación acreedor-deudor constituye su piedra angular y material fundamental.²⁵

Con el calificativo de patrimoniales dado tanto a los derechos reales como a los derechos personales, se precisa que los mismos son elementos constitutivos del patrimonio de las personas, que como atributo de estas se

²⁵ Álvarez Caperochipi José Antonio, Curso de Derechos Reales, Editorial Civitas, pág. 177.

conceptúa como el conjunto de derechos y obligaciones, que son susceptibles de apropiación particular y de una valorización o apropiación pecuniaria, formando una universalidad del derecho.

En sentido contrario a lo antes expuesto, puede afirmarse que los derechos que no revistan esas dos características de ser susceptibles de apropiación y de valoración pecuniaria, no son patrimoniales.

En torno a lo anterior, estimamos conveniente destacar la opinión del tratadista Rojina Villegas, quien sostiene que podemos hacer una clasificación entre derechos patrimoniales y no patrimoniales. Serán patrimoniales aquellos derechos susceptibles de apreciación en dinero y no patrimoniales los que no pueden apreciarse pecuniariamente. Como el patrimonio está constituido por un activo y por un pasivo, la diferencia entre ambos arroja el haber líquido o el déficit patrimonial”

Una opinión que guarda relación con las afirmaciones precedentes, lo es la de Gaudemet: que expone que: “los derechos que forman el patrimonio, son de dos clases reales y personales”

En resumen puede reiterarse que, en atención a su naturaleza jurídica y a su regulación legal, los derechos patrimoniales de las personas comprendidos en el Libro segundo de Nuestro Código Civil Vigente, no son

otros que los conocidos como Derechos reales, que aluden a facultades, potestades o poderes que se ejercen en forma directa e inmediata sobre las cosas, en tanto que, los comprendidos en el Libro Cuarto, son derechos Personales o de Crédito, conocidos tradicionalmente bajo la denominación de “Obligaciones”, que se refieren a relaciones personales, en un plano entre los sujetos acreedor y deudor.

Por otra parte, los Derechos Personales de carácter patrimonial como se ha hecho mención, bajo la tradicional denominación que data desde el derecho romano de “Obligaciones”, nuestro Código Civil los regula en su Libro Cuarto con ese rubro, comprendiendo en el contexto de derecho Personal, de crédito u obligación: la relación jurídica a través de la cual una persona denomina acreedor, está facultada para exigir de otra, denominada deudor, una prestación o una abstención.

Esos derechos personales a los a que se ha hecho alusión, también conocidos como “ Derechos de Crédito”, en razón de la relación Acreedor-Deudor que los integra, tradicionalmente se les ha identificado mas desde el enfoque o punto de vista del sujeto pasivo como “obligaciones”, sin considerar en esta denominación al sujeto activo que forma parte integrante de la misma, que necesariamente trae implícita una correlatividad, en la cual a todo crédito corresponde una deuda, o bien frente a todo deber jurídico aparece un derecho; por lo cual, muchos autores estiman incorrecta dicha

designación, que será motivo de estudio, análisis y comentarios mas adelante.

Acorde a lo expuesto con antelación, podemos reiterar que atentos con la opinión del autor Martínez Alfaro: “Derecho Personal o de Crédito es la facultad que tiene una persona llamada acreedor de recibir y exigir de otra llamada deudor, u hecho, una abstención o la entrega de una cosa”.

En el mismo sentido, encontramos la opinión del tratadista Gutiérrez y González, quien considera que: “ Por derecho Personal o Derecho de Crédito, se puede entender como la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral”.

Dado que la denominación mas usual del derecho personal o de crédito ha sido la de “obligación”, no resulta extraño que una gran parte de los tratadistas que se han ocupado de su estudio aludan a esta, como es el caso de Gaudemet, citado por Álvarez Caperochipi: “La obligación no es el derecho personal considerado desde el punto de vista pasivo; es un “vínculo Jurídico” por el que una persona esta sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención.”²⁶

²⁶ Álvarez Caperochipi, José Antonio. Ob. Cit. Pág. 178.

Se ha enfatizado que los derechos personales o de crédito denominados tradicionalmente como obligaciones se encuentran regulados en nuestro código civil para el distrito federal en el libro cuarto, mas que nada con el objeto de determinar su campo de aplicación y que no sean confundidos con otros conceptos.

En efecto, en el citado ordenamiento legal, en apartados distintos al que se ha hecho referencia, podemos encontrar mandamientos o imperativos a los que para su designación se emplea el término de obligaciones, que no revisten los elementos y características fundamentales para ser considerados técnicamente como derechos personales o de crédito, siendo menester, consecuentemente, precisar su naturaleza jurídica, para distinguir y entender en cada caso el concepto de que se trate.²⁷

Esas situaciones de sometimiento a un mandamiento o imperativo de carácter legal a que nos referimos, que no constituye propiamente derechos personales, de crédito u obligaciones, de los que se pueden citar a manera de ejemplo, los contenidos en el apartado del derecho familiar y de las personas, como lo son los que derivan del matrimonio, del parentesco, etcétera.

Deben considerarse de manera mas adecuada como deberes jurídicos de otras especies, que como obligaciones o derechos de crédito, dadas las

²⁷ Álvarez Caperochipi, José Antonio. Ob. Cit. Pág. 181.

características y atributos que revisten; por lo que, nuevamente se hace necesaria la distinción correspondiente entre estos conceptos, es decir, entre estos deberes y las obligaciones jurídicas propiamente dichas.

En otras palabras, aun y cuando existen situaciones en las cuales determinados comportamientos o formas de conducta de las personas deben sujetarse a condiciones o cumplimientos de normas o mandamientos legales, en sentido estricto no pueden ser considerados como derechos personales o de crédito, si su enfoque se hace desde el punto de vista del sujeto activo o pretensor, o como obligaciones jurídicas propiamente dichas si se contemplan desde la posición del sujeto pasivo, constreñido a la observancia exigida; lo cual nos lleva a deducir que al encontrarnos en presencia de este tipo de deberes jurídicos, advertiremos que los mismos no constituyen obligaciones de contenido patrimonial, que son materia del presente estudio.

Tomando como referencia la definición del deber jurídico, que es la de restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta condición, positiva o negativa, no podemos menos que concluir en el sentido de que tanto los deberes de familia y de las personas, los deberes políticos que se imponen a todos los individuos, las obligaciones jurídicas que estudiamos y otros tantos imperativos legales, son deberes jurídicos, pero todos ellos de distintas especies; es decir, que en tanto el género lo conforman los deberes jurídicos en general, todos estos son categorías o clases diversas del mismo.

En relación a lo cuestionado, consideramos muy acertada la opinión del Jurista Gutiérrez y González, quien dice “Así, puede decirse que si el genero es el deber jurídico y la obligación una especie, entonces la obligación es un deber, pero no todo deber jurídico es una obligación”.

Sobre el tema en comento, nos dice el autor Martínez Alfaro, citado por Rojina Villegas: “El derecho de las personas, comprende los atributos de estas, nacionalidad, domicilio, etcétera, en tanto que el derecho de las cosas, el derecho patrimonial en general y comprende los derechos reales y los derechos personales: son estos derechos los que integran el patrimonio, el que es un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero y considerados como una universalidad de derecho”²⁸

Como ya se ha expuesto, los derechos personales o de crédito, que desde tiempos inmemorables han sido conocidos bajo la denominación de obligaciones, en atención a su sujeto pasivo, son una especie del género “Deberes Jurídicos”, como nos lo menciona el tratadista Rojina Villegas: “La obligación en si misma, como deber jurídico no podría explicarse mencionando solo al deudor o sujeto pasivo, por que la noción de deber es correlativa a la noción de facultad y es así como hacemos intervenir al

²⁸ Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano Tomo III, Bienes, Derechos Reales y Posesión, Editorial Porrúa, Pág.351.

pretensor como sujeto activo en la obligación, quien exigirá la conducta regulada como prestación o como abstención.

Como colofón a este cuestionamiento, estimamos conveniente mencionar la opinión del autor alemán Von Tour: “El crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio; la responsabilidad abarca los bienes todos del deudor, es decir cuantos integran su patrimonio en el momento de hacerse efectiva”.

En resumen no podemos menos que concluir que las obligaciones jurídicas son una especie de género “deberes jurídicos” y, en sentido contrario, no todos los deberes jurídicos son obligaciones jurídicas o civiles, es decir, aun y cuando existen otros deberes jurídicos que incorrectamente se les denomina obligaciones, no pueden ser considerados técnicamente como tales.

2.3.- El Contrato de Hipoteca en el Código Civil.

De los tres contratos de garantía que el Código Civil regula, la hipoteca es el último, como hemos dicho el orden de presentación de dichos contratos en el código no es resultado de la casualidad y de la espontaneidad, se va del más simple y de una efectividad y seguridad mas

relativas y que es la fianza, el mas complejo y de una mayor seguridad que es la hipoteca.

El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez dice, que la hipoteca tiene una aceptación generalizada en el mundo jurídico comercial, especialmente inmobiliario, pues suele ser la garantía idónea para la adquisición de los inmuebles que cotidianamente salen a la venta para que quienes lo pretendan y estén en condiciones de hacerlo, adquieran la casa habitación de su familia. Como en muchas ocasiones los compradores de dichos inmuebles no tienen el dinero suficiente para comprar al contado y así suele ser el inmueble correspondiente en venta en un paquete de operaciones que incluye el financiamiento para una parte considerable del precio, en ocasiones superior a un ochenta por ciento y que bien suele ofrecerse por las instituciones financieras que prestan la cantidad necesitada y a favor de las cuales, por ese préstamo, el comprador y propietario constituye la hipoteca del caso a favor de la institución acreedora, operaciones estas que encarecen en épocas de crisis.²⁹

En considerable menor medida, suele darse también el caso de que quien vende, acepta no hacerlo al contado sino con diferimiento del pago del total del precio, pero siempre y cuando ese saldo se le garantice con

²⁹ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Teoría del Contrato, Contratos en Particular, Editorial Porrúa, 2002, pág. 760.

hipoteca a su favor. En este caso, la hipoteca se constituye por el comprador a favor del vendedor para garantizarle a este la diferencia insoluta.

En general, el pago de una obligación puede ser garantizado con hipoteca solo que los índices de cualquier otro supuesto distinto a los apuntados supone al deudor hipotecario ya propietario por acto anterior del bien objeto de dicha garantía. Puede tratarse de un adeudo cualquiera que fuere con origen contractual o extracontractual.

La definición, el análisis y los comentarios en general en torno a la hipoteca, tienen como característica que no obstante aparecer regulada en la segunda parte del libro cuarto del código, destinada a los contratos en particular, resulta por un lado que el concepto ofrecido por la ley no alude a contrato, ni siquiera como en la prenda de un derecho real; se refiere a garantía real como una fórmula si bien aplicable, también ajena y discorda en el contenido del resto de la parte en la que aparece redactada; por otro lado, congruente además con lo anterior, resulta que por disposición legal, la hipoteca no solo puede constituirse por acuerdo de las partes sino también por imposición del propietario de los bienes sobre los que recae; de esa manera el derecho real puede tener su origen tanto en un contrato como en una declaración unipersonal.³⁰

³⁰ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, pág. 762.

Así pues tenemos que de acuerdo al artículo 2893 del Código Civil, “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 concepto legal ha sido cuestionado pues alude a garantía real y no a derecho real ni menos a contrato o acto jurídico; en realidad en el caso de una situación parecida a la prenda, pues con el vocablo hipoteca se alude al acto jurídico que se otorga para la constitución del derecho real así como al propio derecho real no solo se constituye por contrato sino por acto unipersonal, de tal modo que un concepto comprensivo de los dos supuestos debe aludir genéricamente al acto generador o al contrato acompañado del acto unipersonal.

Ahora bien, como la disposición comentada se refiere a garantía real y la mayor aproximación a este concepto es el derecho real, se nos apunta razonable definir el derecho real de hipoteca y obtener de ahí la definición del acto por el que se le constituye. Al efecto, hacemos nuestra la definición de Rojina Villegas que nos enseña que, “la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado y que otorga a su titular los derechos

de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación”.³¹

En tales condiciones a la hipoteca como acto, podemos definirla como el negocio jurídico, sea contrato o acto unipersonal, por el que el deudor hipotecario constituye un derecho real sobre bienes determinados generalmente inmuebles enajenables, para garantizar al acreedor hipotecario 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. De aquí que se refiere a la hipoteca como un contrato por varias razones, una de ellas, es la figura regulada precisamente en contratos; la segunda de ellas por ser una figura así regulada por la ley, con independencia la hipoteca unipersonal; y una mas, se suele celebrar el contrato de hipoteca acompañado casi siempre por el contrato cuyo contenido son las obligaciones principales.

Tengamos presente por ahora que como se desprende de la definición del contrato de hipoteca, en su estructura intervienen el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario; aquel puede no ser el deudor principal; este en cambio es el acreedor en la relación jurídica principal; el deudor hipotecario es quien constituye el derecho real correspondiente que recae sobre bienes determinados y enajenables, muy eventualmente muebles y casi siempre

³¹ Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Pág. 350.

inmuebles por las razones ya comentadas y que confiere a su titular una garantía específica para el pago de la obligación principal.³²

El código civil de 1884, establecía en su artículo 1823 que “la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales... y el actual código suprimió ese requisito y por lo tanto existe la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles, aunado cuando en la práctica no se acostumbra, con la excepción de las hipotecas sobre embarcaciones”.

En realidad no es una cuestión de costumbre o de falta de ella, pues en términos generales la hipoteca admite ser constituida sobre inmuebles con toda libertad y solo por excepción y admitida ésta por los casos expresamente previstos por la ley, es que puede constituirse sobre bienes muebles. Ello lo desprendemos de la revisión del proyecto del código, que cuando se refiere al asunto señala que se modificó la definición en la parte que exigía que la hipoteca se constituyera precisamente sobre bienes inmuebles, pues actualmente varios códigos de las naciones más adelantadas y nuestro Código de Comercio autorizan que algunos bienes muebles pueden hipotecarse, por ejemplo las embarcaciones, los fondos comerciales o industriales, etcétera.

³² Domínguez Martínez Jorge Alfredo, pág. 765.

Mas aun, si vemos en su totalidad las disposiciones del código rector de la hipoteca parece como si la manera en la que se dio paso a admitir la hipoteca sobre muebles fue simplemente no haciéndolo restrictivo a inmuebles en su definición y con cierta burdez eliminando la mención limitativa, pero cuando a la parte dispositiva rectora del contrato, en nada vuelve a mencionarse esa posibilidad y por el contrario, la ley se coloca constantemente en el supuesto de la hipoteca solo sobre inmuebles.

2.4.- La Acción Hipotecaria en el Código de Procedimientos Civiles.

Tratan de la acción hipotecaria, además de las disposiciones del Código Civil relativas a la hipoteca, los siguientes artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: 12, 468 a 488, 660, 662, 663, 755, 756 y 759.

El artículo 12 enuncia los casos en los que se produce la acción hipotecaria, y en esta enunciación es evidente que hay varias acciones hipotecarias y no una sola.

Se dice que hay varias acciones, no solo por que los fines que se persiguen con la llamada acción hipotecaria son diversos, sino también por

que se trata de acciones que tienen naturaleza jurídica diferente, aunque la ley llama a toda acción hipotecaria, unas son reales y otras personales.

Las acciones que el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal llama hipotecarias, son las siguientes.

a).- la acción constitutiva para, obtener la constitución o ampliación de una hipoteca que sea debida por mandato de la ley o por voluntad del interesado, cuando la hipoteca debe constituirse por mandato de la ley, estamos en el caso de las hipotecas necesarias de que hablan los artículos 2931 a 2939 del Código Civil para el Distrito Federal.

b).- La acción hipotecaria también se refiere a los casos en que la hipoteca se ha de llevar acabo de acuerdo con lo estipulado en un contrato o en un testamento. El artículo 2920 del referido cuerpo de leyes, dice a este respecto: “son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes por disposición del dueño de los bienes sobre el que se constituyen”. Naturalmente no debe confundirse el contrato mismo constitutivo de la hipoteca, con el acto o contrato en los que una persona se obliga a constituir la hipoteca u ordenar su constitución.

c).- La acción constitutiva comprende también los casos en los que, por disposición legal o voluntad de la persona que puede hipotecar, debe ampliarse la hipoteca, sea en cuanto a la cuantía del crédito garantizado o en

cuanto a los bienes sobre los cuales recae la hipoteca, la ampliación es necesaria o voluntaria, según se funde en la ley o en un acto o contrato.

d).- La acción constitutiva de la hipoteca no es una acción real, es personal. El ilustre tratadista Eduardo Pallares, al respecto, señala que: “deriva de un derecho de naturaleza personal y no de un derecho de naturaleza real, porque puede ejercitarse contra determinadas personas; porque no tiene por objeto la persecución de un bien determinado; porque no presupone la existencia de un derecho real aunque sí persigue la constitución de un derecho real”.³³

Cuando se trata de la constitución de una hipoteca necesaria, la acción solo se concede contra las personas que menciona en forma enumerativa el artículo 2935 del Código Civil, a saber: los coherederos, los ascendientes, los tutores, los herederos y los administradores de los bienes del estado, los pueblos y los establecimientos públicos. Si se trata de la constitución de una hipoteca que debe llevarse a cabo en virtud de contrato o testamento, entonces la acción solo puede dirigirse contra las personas que se obligaron en el contrato o contra los herederos o legatarios a quienes el testamento les impuso la obligación de constituir la hipoteca.

e).- La acción constitutiva hipotecaria debe seguirse en juicio sumario, de acuerdo con lo que previene el artículo 468 del Código de Procedimientos

³³ Pallares Eduardo, Tratado de las Acciones Civiles, Editorial Porrúa, pág. 152.

Civiles. El artículo 12, no solo comprende la acción constitutiva, sino también se refiere a la acción hipotecaria propiamente dicha, a la que los romanos dieron el nombre de acción “cuasiserviana”, que deriva de la acción serviana, creada por el pretor a favor del arrendador.

Esta acción de condena tiene dos fines, el primero dar al acreedor la posesión del inmueble hipotecado, mediante el simbolismo jurídico de la cédula hipotecaria, que no solo quita al poseedor del inmueble la posesión para darla al depositario nombrado por el acreedor sino que tienen por efecto sujetar al inmueble a un régimen jurídico especial, a una especie de entredicho que impide que se practiquen en él embargos, tomas de posesión y providencias precautorias, de acuerdo con lo que previene el artículo 478 en relación con el 484 de la Ley Procesal; y, segundo, llevar a cabo el remate del inmueble para que con su producto se pague al acreedor hipotecario.³⁴

La acción hipotecaria de condena se tramita en la vía sumaria y no supone en todo caso la inscripción en el registro público de la propiedad del contrato hipotecario. Así lo establece el artículo 469 del Código de Procedimientos civiles, que en este particular introdujo una reforma de importancia en nuestro derecho hipotecario. El artículo dice: “cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito en el registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que este registrado el bien a

³⁴ Eduardo Pallares, Tratado de las Acciones Civiles. Pág. 153.

nombre del demandado y que no haya inscripción de embargo o gravámen a favor del tercero”.

La acción hipotecaria de condena puede intentarse aunque la obligación principal garantizada por la hipoteca haya prescrito, porque la acción hipotecaria prescribe en diez años que comienzan a correr desde que dicha acción pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (artículo 2918 del Código Civil).³⁵

De esta disposición legal se infiere que hay casos en que la acción hipotecaria subsiste, no obstante haber prescrito la acción principal relativa a la deuda garantizada con la hipoteca.

2.5.- Los requisitos para el ejercicio de la Acción Real Hipotecaria.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga, es requisito indispensable que el crédito conste en una escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o que

³⁵ Pallares Eduardo, Tratado de las Acciones Civiles. Ob. Cit. Pág. 153.

deba anticiparse conforme a lo prevenido por los artículos 1959 y 2907 del Código Civil para el Distrito Federal.³⁶

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 gravámen a favor del tercero (artículo 469 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Presentado el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo, el juez, si encuentra que reúnen los requisitos fijados anteriormente, ordenará la expedición y fijación de la cédula hipotecaria y mandará se corra traslado de la demanda al deudor, para que dentro de nueve días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones que tuviere, continuándose por los tramites del juicio ordinario (artículo reformado 470 del Código Procesal Civil).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ni la constitución de la hipoteca sobre un inmueble, ni la expedición, fijación y registro de la cedula hipotecaria, limitan el derecho del propietario para habitar la casa, debiendo estimarse, por otra parte, que la depositaria en los juicios hipotecarios se refiere a la administración de los inmuebles que son

³⁶ Pallares Eduardo, Tratado de las Acciones Civiles, pág. 155.

susceptibles de ella, o sea a los que se encuentren produciendo los frutos civiles respectivos, es incuestionable que el deudor hipotecario no esta obligado, si no aparece que existe contrato de arrendamiento.

El juicio hipotecario, en general, escribe el maestro Pallares, es aquel en que se ejercita alguna de las acciones hipotecarias que reconoce la ley y que son: acción constitutiva de la hipoteca, acción de ampliación de hipoteca, de división de la hipoteca, la de inscripción o cancelación del gravámen hipotecario, de pago de dicho crédito y de prelación y pago; pero sostiene que el juicio hipotecario propiamente dicho solo concierne a las dos últimas acciones, es decir, a las de pago y prelación.

A nuestro entender, sin embargo, todo juicio que tenga como origen una acción hipotecaria es hipotecario.

En realidad, según la regulación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se trata de un juicio especial y ejecutivo en las dos hipótesis finales del artículo 468 del mismo Código.

La prueba de la acción en los juicios hipotecarios, la proporciona el título que motivo la expedición de la cedula hipotecaria, de tal manera que, de antemano, se considera probada la acción con este título, y solo se examinan en el juicio las excepciones opuestas, una vez dictado el auto que

admite la demanda y manda fijar la cedula hipotecaria; no es, por tanto necesario que el juicio hipotecario se abra prueba, solo para que el actor repita, durante la etapa probatoria, que desea que se tenga como prueba de su acción, el título que acompañó a su demanda.

Dispone el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles que se tratará en la via especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación, o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.³⁷

2.6.- El contrato de Hipoteca y la Acción Hipotecaria en la jurisprudencia.

El contrato de hipoteca.

El Código Civil para el Distrito Federal ve en la hipoteca “una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”, sin calificarla como contrato, pero la regula entre las especies de contratos (artículo 2893).

³⁷ Pallares Eduardo, Tratado de las Acciones Civiles, Editorial Porrúa, pág. 159.

La hipoteca es un 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, a 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 su 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.

El tratadista Miguel Ángel Zamora y Valencia, al respecto expresa que 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, (artículo 1823 del Código Civil de 1884 y el Código de 1928 artículo 2893).³⁸

La naturaleza real de la hipoteca tiene contradictores, que la niegan, por diversas razones, pero, principalmente por que, a juicio de ellos, el interés material que en la relación hipotecaria se tutela no es otro que el que se tiene en el acto de una persona consistente en la entrega, por su parte, de cierta suma de dinero y además, por que la realización del valor de la cosa hipotecada no constituye el ejercicio de ningún derecho autónomo de carácter privado, sino que sencillamente conste en la actuación concreta del

³⁸ Zamora y Valencia Miguel Angel, pág. 441.

poder de ejecución que funciona en este caso, como en los demás, para tutelar coactivamente en interés protegido, en atención a que han fallado los resortes normales o de primer grado que se establecieron para ampararlo, poder que no puede confundirse con un derecho real.

El contrato de hipoteca puede ser definido diciendo que es aquel por virtud del cual determinados bienes muebles o inmuebles quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación, para que en el caso de que este no se realice, sean destinados a satisfacer, con su importe, el monto de la deuda a cuyo pago se encuentran afectos por voluntad de su titular.

El jurista Miguel Ángel Zamora y Valencia, señala que el contrato de hipoteca es accesorio; unilateral por que solo genera obligaciones para el deudor hipotecario, gratuito, porque solo genera derechos para el acreedor, consistentes en la seguridad desde el punto de vista económico, de que será cumplida la obligación del deudor en su favor o indemnizado cabalmente en caso de incumplimiento; y solo por excepción oneroso, cuando el acreedor pague una contraprestación al deudor hipotecario por la celebración del contrato y la constitución del derecho real, en cuyo caso también será bilateral; consensual en oposición a real, porque no requiere de la entrega de la cosa, para el perfeccionamiento del contrato, es mas, el deudor nunca tendrá la obligación de entregar la cosa, mientras no se haga efectiva la garantía; formal, por que siempre se requiere de una manera determinada

impuesta por la ley para la validez del contrato innominado, por la reglamentación que hace el Código de este contrato.³⁹

Dentro de sus elementos el consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario y debe de referirse en forma expresa tanto a determinar en forma indubitable el bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca.

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

El objeto, en relación a este tema se precisará que características deben tener los bienes susceptibles de ser hipotecados, a que bienes se extiende el derecho de hipoteca; que bienes no comprende el derecho, qué bienes no pueden ser hipotecados y algunos aspectos de interés relacionados con determinados contratos de hipoteca.

Los bienes sobre los cuales se puede constituir el derecho real hipotecario, deben de ser determinados; esta exigencia impide la constitución de hipotecas tácitas o generales que perjudiquen el crédito del deudor e impida la constitución de segundas o ulteriores hipotecas sobre los bienes,

³⁹ Zamora y Valencia Miguel Ángel. Op. cit, pág. 442.

por inseguridad que representa para otros acreedores, la falta de precisión del bien que constituye la garantía para el cumplimiento de la obligación.

Dispone el artículo 2895 “La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados”. No obstante lo anterior, existe una excepción a esta regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien, no es determinada y solo puede serlo al concluir la copropiedad por la división del bien. En este caso, la hipoteca solo gravará la parte que le corresponda en la división al deudor hipotecario y el acreedor tiene el derecho de intervenir en la división para impedir que pueda aplicarse a su deudor, en su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda (2902). El derecho de que la ley permita la hipoteca tácita o general, por que no perjudica al crédito del deudor, ni impide la constitución de anteriores gravámenes y además esta determinado el bien respecto del cual tiene el deudor su derecho indiviso.⁴⁰

Enajenables; la razón de ser, de que los bienes susceptibles de hipoteca sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables no podría obtenerse ese valor para con el pagar el crédito garantizado.

⁴⁰ Miguel Ángel y Zamora, pág. 449.

Así, aun cuando el contrato de hipoteca no sea translativo de dominio su función es precisamente dar posibilidad de enajenar el bien, para con el producto de la enajenación hacer el pago al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Inscribibles; conforme al Código civil, vigente, ya no es requisito del objeto de este contrato, el que recaiga sobre bienes inmuebles. El Código Civil de 1884, establecía en el artículo 1823 que “la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales...”, y el actual código suprimió ese requisito y por lo tanto, existe la posibilidad de constituir hipoteca sobre bienes muebles, aún cuando en la práctica no se acostumbre, con la excepción de las hipotecas sobre embarcaciones.⁴¹

La acción Hipotecaria en la Jurisprudencia.

En cuanto a las resoluciones de las autoridades Federales respecto del contrato de hipoteca y la acción hipotecaria, tenemos como ejemplo las siguientes:

a).- La falta de derecho para hipotecar, no debe confundirse con la falta de mandato; la primera es sancionada con la nulidad de la hipoteca en tanto que la segunda puede ser purgada por la ratificación de aquel cuya representación no era perfecta en el momento de celebrarse el contrato”.

⁴¹Zamora y Valencia Miguel Angel, Contratos Civiles, pág. 451.

Amparo Manuel Guizar Valencia, a paginas 1540 del Tomo 26 del Seminario Judicial de la Federación.

La tesis anterior no es sino una aplicación del artículo 1802 del Código Civil del Distrito Federal, que dice; “los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legitimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley”.

La ratificación debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad para que surta sus efectos legales, atento a lo dispuesto en el artículo 2919 en relación con en anterior: “la hipoteca no es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro”.⁴²

Los efectos de la ratificación no se retrotraen a la fecha de la constitución de la hipoteca, por lo que respecta a terceros, aunque si por lo que respecta a la persona que ratifica el contrato de hipoteca. Con relación al tercero, la hipoteca solo será válida desde la fecha en que se inscribe el en Registro Público de la Propiedad, la escritura de ratificación.

De las hipotecas sobre bienes hereditarios, los bienes de la herencia, que reporten una hipoteca, forman parte de la masa hereditaria, con el

⁴² Pallares Eduardo, Tratado de las Acciones Civiles, Editorial Porrúa, pág. 159.

gravámen respectivo, teniendo que figurar en el activo, el valor del inmueble, y en el pasivo, el crédito hipotecario; y, por tanto, el fisco está facultado para proceder, con relación a este bien, del mismo modo que respecto a los otros que figuran en la masa de la herencia, y si el inmueble es adjudicado al acreedor en el pago de su crédito, la adjudicación no es otra cosa que una enajenación, y el fisco está facultado para no tenerla en cuenta y para hacer efectivas las contribuciones que se adeuden, con motivo de la sucesión y respecto de la finca hipotecada. (Llave Viuda de García Truel Amada, página 1800 del tomo 26)

Observaciones: la ejecutoria anterior formula implícitamente el siguiente principio: el impuesto de herencias crea a favor del fisco un derecho real que pasa sobre los bienes hereditarios, aunque pasen a manos de tercer poseedor a virtud de una adjudicación. El derecho del fisco, por tanto, no es un derecho de crédito, sino un verdadero gravámen. Este principio se encuentra reconocido en diversas ejecutorias que se refieren al cobro de impuestos.⁴³

El Código Civil de 1884, establecía en toda su integridad el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, lo que no hace el código vigente que, en sus artículos 2911 a 2913, previene que cuando la finca hipotecada se divide se reparta equitativamente el gravámen hipotecario entre las fracciones que resulten de la división, pero el principio de la indivisibilidad subsiste en los

⁴³ Pallares Eduardo, op. cit, pág. 161.

casos en que la finca no sea susceptible de ser fraccionada convenientemente.

En el caso concreto a que se refiere la ejecutoria citada, el demandado opuso como defensa la consistente en que siendo varios los deudores hipotecarios, la acción hipotecaria debió haberse dirigido contra todos ellos, y no contra uno solo, por ser la hipoteca indivisible. La corte negó el amparo sosteniendo: “que la indivisibilidad de la hipoteca y de las acciones inherentes a ella, son a beneficio del acreedor y no de la parte deudora, pues el bien afecto a dicha obligación, de cualquier suerte responde de la totalidad de la imposición independiente de sus propietarios, por tratarse de una obligación real”.

Lo que dice la Autoridad Federal es cierto pero el alto tribunal no destruyó el falso argumento que hizo valer el demandado, sino que simplemente lo aludió. Examinadas las cosas a fondo, el demandado sostuvo la indivisibilidad de la obligación hipotecaria, o lo que es lo mismo que, cuando la deuda hipotecaria es debida por varias personas, la deuda no se divide entre ellas, sino que debe exigirse a todas conjuntamente. Esta tesis es falsa e implica un desconocimiento completo de la verdadera naturaleza de la indivisibilidad de la garantía hipotecaria, que los jurisconsultos explican mediante la sentencia de los escolásticos: la hipoteca, dicen, esta toda en el todo y toda en cada una de las partes, lo que nada tiene que ver con el carácter indivisible de la deuda. La deuda puede ser divisible e indivisible,

según su naturaleza, pero esto no afecta en nada el carácter jurídico de la garantía hipotecaria en lo que respecta a la indivisibilidad de esta.⁴⁴

Por otra parte, se hace destacar que según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresa que el Estado de Cuenta Certificado por Contador de la Institución Financiera, no es exigible su presentación en juicio hipotecario para la procedencia de este. Si bien la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 68, otorga el carácter de título ejecutivo al Certificado Contable, cuando se exhiba junto con el contrato de crédito en que conste el crédito y también el de prueba plena para acreditar en los juicios respectivos los saldos resultantes a cargo de los acreditados; de ahí no se sigue que la certificación contable sea exigible en toda clase de juicios y especialmente en los hipotecarios, toda vez que aún cuando estos participan, de la naturaleza privilegiada del ejecutivo y también exigen la exhibición de un título ejecutivo para su procedencia, no cualquier título ejecutivo puede servirles de base, sino solo el documento que la ley respectiva señale, como lo es la escritura pública que contenga el crédito hipotecario, debidamente registrada, ello sin perjuicio del derecho del acreedor para exhibir dicho Estado de Cuenta Certificado, cuando quiera demostrar el saldo resultante. Por ende, la presentación del certificado contable, junto con el contrato, solo es indispensable en los demás juicios ejecutivos, dado que los mismos se fundan necesariamente en documentos que tengan aparejada ejecución.⁴⁵

⁴⁴ Pallares Eduardo, pág. 163.

⁴⁵ Suprema Corte Justicia de la Nación, Novena Época, Jurisprudencia Civil. Pág. 95.

CAPÍTULO TERCERO.

EL CONTRATO DE HIPOTECA COMO ACCESORIO AL CONTRATO DE CRÉDITO.

3.1.- El Contrato de Apertura de Crédito.

Lo que caracteriza a los bancos son las operaciones de crédito y por ello parece que el concepto económico y jurídico del crédito debe ser un concepto previo al estudio de los contratos bancarios. Ciertas definiciones atienden a la etimología de la palabra crédito, de *crédere*, significa creer, tener confianza y que es equitativamente a *fides*, o *fiducia*. Sin embargo, como hace notar Knies, puede haber confianza sin crédito y operación de crédito sin confianza. La confianza puede ser motivo de voluntad, pero a los juristas interesa definir la voluntad misma del dador de crédito, no sus motivos. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. Se produce, por tanto una pausa entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo y al propio tiempo nace una obligación del cumplimiento diferido. El interés aparece actual, como en el mundo o potencial, como en la apertura de crédito, este

último caso, el crédito nace antes de que aquella transferencia de propiedad se produzca.⁴⁶

Abrir cuenta en un banco, significa haber convenido con este un contrato, cuyo contenido, determinado mas por el uso que por la ley, no es muy preciso, pero consiste, fundamentalmente, en una concesión de crédito por alguna o por ambas partes, unida a una gestión de negocios por parte del banco. Esta relación da origen, desde el punto de vista contable, a una situación de cuenta corriente.

El aspecto contable llega en las operaciones bancarias a ser tan importante que domina el aspecto jurídico y así, se habla de abrir una cuenta en el banco en lugar de celebrar un contrato con el banco, pero sería un error de perspectiva enfocar un tema jurídico, contratos bancarios desde el punto de vista de la cuenta o cuentas que se originen en los libros del banquero. La contabilidad mercantil acredita hechos y modificaciones de carácter patrimonial, pero no hechos jurídicos directamente. Además, la calificación de los asientos desde una perspectiva contable no altera la posición jurídica de las partes, según el contrato que da motivo al asiento.

Los bancos suelen unificar sus condiciones generales, destinadas a contener la disciplina de los futuros pactos con sus clientes, estos pactos se ajustan a los estatutos de la entidad bancaria contratante.

⁴⁶ Cervantes Ahumada Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Porrúa, 2002. Pág. 265.

Los bancos son negociantes de crédito que median entre los que necesitan dinero para sus negocios y los que están dispuestos a desprenderse de su dinero para colocarlo ventajosamente. Son por tanto, mediadores en el mercado de capitales, que dan a crédito el dinero que ellos recibieron también a crédito. Las operaciones de crédito son inherentes a toda actividad bancaria,

Tratamos ahora de las operaciones de crédito cuya finalidad es facilitar el comercio y la industria, los capitales que necesita para su funcionamiento y desarrollo. Estas son las operaciones activas por medio de las cuales los bancos invierten lucrativamente los capitales recibidos a título de depósito irregular o cuenta corriente, es decir, los capitales que no han de restituir en especie sino por sumas.

El beneficio del banco consistirá en la diferencia entre el interés que abona a sus depositantes y cuentacorrentistas y el que percibe en las operaciones de préstamo simple, descuento apertura de crédito, etcétera. Los bancos con los particulares pueden hacer la operación activa de crédito sin más seguridad que la garantía que ofrecen todos los deudores con su patrimonio, pero lo mas frecuente es que el banco busque para su crédito una cobertura, es decir una garantía especifica que le sitúe en posición de privilegio frente a los demás acreedores de su deudor. Esto se consigue recurriendo a procedimientos variadísimos, que van desde la hipoteca a la

transmisión fiduciaria, pasando por todas las formas imaginables de la garantía mobiliaria.⁴⁷

A pesar de todas esas garantías, las operaciones activas de crédito suponen grandes riesgos para los bancos, porque estos procuran invertir sus recursos financieros de manera que los créditos contra sus deudores sean fácilmente realizables. De ahí que prefieran la garantía mobiliaria a la hipotecaria, los créditos a empresas comerciales, cuyo capital circulante se moviliza con rapidez, mas que a las empresas industriales, cuyo capital consiste en elementos de difícil realización.

3.2.- El Concepto del Contrato de Apertura de Crédito y particularidades.

El artículo 291 de la ley General de Títulos de Operaciones de Crédito, nos da un concepto del Contrato de Apertura de crédito y al respecto establece lo siguiente: “En virtud del contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de este una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el

⁴⁷ Cervantes Ahumada Raúl. Op. Cit. Pág. 268.

importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones gastos y comisiones que se estipulen”.

El tratadista Raúl Cervantes Ahumada, señala que: “ La apertura de crédito es un contrato estructurado en la práctica bancaria y de reciente reglamentación en los ordenamientos positivos. Entre nosotros se reglamentó por primera vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito y en Italia en el código de 1942. En varios países no se reglamenta pero puede decirse que se practica mundialmente, en la práctica bancaria norteamericana se le llama línea de crédito (Line of Crédit) y este término se ha adoptado en la práctica bancaria mexicana, principalmente para las aperturas de crédito celebradas entre banco y banco.

Para mayor claridad, anotamos desde hoy que conforme al contenido del transcrito artículo 291, en el contrato de apertura de crédito se producen dos efectos: uno inmediato, que consiste en la concesión del crédito por el acreditante al acreditado; y un efecto futuro y eventual, al retirar las partidas puestas a su disposición por el acreditante o utilizar la firma de este en la asunción de obligaciones por cuenta del acreditado. Debemos advertir que, aunque nacido el contrato en la práctica bancaria y desarrollado en esta, no es un contrato exclusivamente bancario puesto que puede ser celebrado entre particulares. Sin embargo, como normalmente quienes celebran estos contratos son los bancos, en el desarrollo de nuestro estudio haremos referencia a ellos, como acreditantes”.

Existen diversas clases de apertura de crédito.- Por el objeto, se dividen en de Dinero y de Firma; y, por la forma de disposición en, Simple y en Cuenta Corriente.

Así diremos que será apertura de crédito en dinero, cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados.

Será apertura de crédito de firma; cuando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia, para contraer por cuenta de este una obligación.

La apertura de crédito puede ser simple o de cuenta corriente; es simple, cuando el crédito se agota por la simple disposición que de el haga el acreditado y cualquiera cantidad que este entregue al acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que al acreditante tenga derecho, una vez que se ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de el, aunque no se haya vencido el término pactado.

Es contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, cuando el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado; un ejemplo de la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, lo encontramos en la tarjeta de crédito bancaria.⁴⁸

⁴⁸ Cervantes Ahumada Raúl, Pág. 346.

Estudiaremos el contrato de apertura de crédito como un contrato básico instrumental del crédito bancario y regulador de una variada serie de operaciones, cuya finalidad inmediata es la puesta a disposición del cliente de fondos del banco hasta una cantidad máxima establecida.

Tenemos pues, que por virtud del contrato de apertura de crédito el Banco se obliga, dentro del límite pactado y a cambio del pago de intereses y de una comisión que percibe del cliente a poner a disposición de este y a medida de sus requerimientos sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente.

En la práctica bancaria se designa con el nombre de cuenta de crédito la relación que resulta de la apertura de crédito, en todo caso habrá que distinguir el contrato, apertura de crédito, de su contabilización cuenta de crédito.

A la obligación de conceder crédito, que pesa sobre el banco, se contrapone la obligación del cliente de abonar la comisión y los intereses pactados. Aquella obligación no ofrece un contenido determinado de antemano, representa una promesa en blanco, cuyo contenido se concreta en cada caso por la voluntad del cliente y a requerimiento suyo.

Esta operación de crédito presenta indudables ventajas tanto para los clientes como para el banco, desde el punto de vista del comerciante y del

industrial que precisan de una disponibilidad dineraria, esta forma operativa permite una más flexible adaptación al movimiento de su negocio y a sus necesidades de tesorería.

Desde el punto de vista de los bancos, las aperturas de crédito, además de la obtención de importantes beneficios en concepto de intereses y comisiones, hacen posible que los bancos creen disponibilidad dineraria por encima de la suma total del dinero recibido de los clientes en las operaciones pasivas de crédito.

La apertura de crédito es un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino en el sentido del derecho a obtener del banco dinero, otros medios de pago u otras prestaciones que permiten al cliente obtener dinero.

En este contrato la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee dentro del límite pactado y el derecho de aplazar la restitución dentro del término establecido.

Las prestaciones elegidas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan, sencillamente, en ejecución del primitivo contrato consensual de apertura de crédito. Hay un contrato único y varias prestaciones posibles.

Con esto queda desechada la calificación de la apertura de crédito como un contrato preparatorio de préstamo, que se convierte en tantos contratos definitivos o principales de préstamo cuantos sean los actos de disposición o utilización del crédito concedido.

Podríamos admitir esta teoría si el contenido de la obligación considera siempre y únicamente en hacer entregas de dinero al cliente. Pero, como ahora veremos, los actos de utilización de la disponibilidad son de índole muy variadas y por tanto imposibles de unificar en la figura del contrato preliminar del préstamo de dinero.

De la misma manera se rechaza la calificación de la apertura de crédito como contrato principal del préstamo, ya que este contrato real no se adapta a la naturaleza y funcionamiento del contrato de apertura de crédito; en primer lugar, por que produce obligaciones a cargo del presunto prestamista y en segundo lugar por que el cliente esta obligado a pagar una comisión aun en el caso de que no reciba del banco ninguna cantidad de dinero. Con acierto el artículo 175 del Código de Comercio, menciona como dos operaciones distintas la de prestar y la de abrir créditos.

La obligación que el banco contrae de tener fondos a disposición del acreditado se concreta y conforme a lo previsto en el contrato, en alguna de las prestaciones siguientes:

1.- Entrega en efectivo de las cantidades que solicite el acreedor dentro del límite convenido.

2.- Pago en nombre y por cuenta del acreditado de deudas contraídas por este.

3.- Pago de cheques que el acreditado le gire, la provisión de fondos va implícita en la disponibilidad que nace del contrato de apertura de crédito.

4.- Descuento de letras de cambio que el acreditado le presente como tomador.

5.- Aceptación de letras de cambio para facilitar al cliente el descuento en otro banco o para permitirle realizar por medio de letras el pago del precio de la compra de mercancías, o para cualquier otra finalidad similar.

6.- Constitución de fianzas a favor del cliente, sea bajo la forma de depósitos de garantía, sea bajo la forma específica del aval, garantizando el pago de las letras libradas o aceptadas por el cliente.

7.- Otorgamiento al cliente de prórroga de una deuda vencida.

8.- Facilitando al cliente una carta de crédito.

El crédito con garantía de letras de cambio; la entrega de una letra de cambio por el deudor siempre representa una garantía para el acreedor, que ve reforzado su crédito con las ventajas de rigor cambiario material y procesal. Sin embargo, pese a estas ventajas, los bancos, para reforzar la garantía exigen la intervención en la letra de personas distintas del cedente del crédito.

Los bancos no se conforman con la garantía personal que ofrece el deudor que gira una letra a su propio cargo para asegurar el crédito concedido, la concurrencia de otras firmas, como endosantes, avalistas o libradores, refuerza la expectativa de pago a favor del banco, ya que todos los que en ella ponen su firma garantizada solidariamente el pago de la cambial.⁴⁹

Las causas de extinción del contrato pueden estar no previstas en el contrato. Generalmente las pólizas de crédito bancario prevén los casos de vencimiento del plazo y la revocación unilateral, el derecho de denuncia del contrato se suele estipular a favor del banco en tales términos que no tenga que invocar justa causa para ejercerlo.

Íntimamente ligado al vencimiento del plazo está el problema de las prórrogas y renovaciones de la operación, cuyos conceptos conviene

⁴⁹ De Pina García Juan Pablo, Elementos de derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa. Pág. 345.

distinguir. La prórroga supone una ampliación del plazo primitivo acordada antes del vencimiento de este. La renovación implica la fijación de un nuevo plazo de vencimiento pactado después de vencer el plazo originario. En el primer caso puede subsistir el contrato primitivo. En el segundo caso estamos en presencia de un contrato primitivo. Esta distinción tiene importantes consecuencias prácticas, sobre todo en el supuesto, que es lo más frecuente, que la apertura de crédito se haya garantizado de alguna manera.

3.3.- El Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente y particularidades.

El ilustre tratadista Joaquín Garrigues, define al Contrato de Apertura de crédito en Cuenta Corriente y dice que: en virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta y solo el saldo que resulta a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible.⁵⁰

Las comisiones y los gastos por los negocios a que la cuenta corriente se refiere se incluirán en esta, salvo convenio en contrario. La institución de la cuenta corriente se ha formado en la práctica mercantil. Mediante el

⁵⁰ Joaquín Garrigues, Pág. 44.

contrato de cuenta corriente las partes persiguen la finalidad de limitar o disminuir sus pagos en efectivo.

Así, en efecto, los comerciantes que tengan constantes relaciones de negocios, podrán convenir en no exigirse el pago de sus créditos recíprocos, derivados de las remesas que se hagan, sino inscribirlo o anotarlos en una cuenta, y exigir solamente el saldo que resulte a su clausura o cierre. El contrato de cuenta corriente es puramente consensual; su celebración no requiere formalidad alguna, basta simplemente el consentimiento de las partes.

El empresario que está en relación continua de negocios con otro, suele utilizar la cuenta corriente abierta por debe y haber como instrumento de representación contable de las prestaciones recíprocas que componen aquella relación.

Ejemplo: si una persona entrega a su banquero títulos para que los venda en bolsa, tendrá contra el banco un crédito igual al importe de los títulos cuando la venta se realice. Pero si el banco ha pagado letras a cargo de esa persona, el crédito del banco contra ella se compensará con el de la venta de títulos en la cantidad concurrente, siendo exigible únicamente la diferencia que resulte.⁵¹

⁵¹ Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, Editorial Temis, 1987, pág. 42.

La posibilidad de múltiples relaciones profesionales del empresario hace forzosa la utilización de cuentas corrientes que permiten un más fácil exacto conocimiento de los resultados de la relación, evitándose la continua sucesión de pagos y cobros al actuarse la compensación de los créditos y debitos recíprocos.

La contabilización de una relación patrimonial duradera, aunque esta se prolongue en el tiempo y sean múltiples las prestaciones recíprocas, en nada afecta a los contratos que nacen, se ejecutan y distinguen entre las partes.

La denominación cuenta corriente lleva en si el germen de una enorme imprecisión, pues designa unas veces un contrato específico y otras una mera situación de contabilidad que no implica contrato alguno.

El mantenimiento de una situación meramente contable no tiene su origen en un acuerdo que haga obligatoria la contabilización de los créditos recíprocos y de compensación.⁵²

Para que haya contrato de cuenta corriente en sentido técnico se precisa un pacto específico que excluya la accionabilidad aislada de los créditos y aplase su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta.

⁵² Ídem, pág. 43.

En este caso las prestaciones aisladas que recíprocamente realicen ambos contratantes se consideran como elementos integrantes de una unidad irrevocable del término pactado. Los contratantes se obligan a no considerar como independientes los créditos que nazcan de la cuenta, en este caso, y solo en este caso, existe un contrato de cuenta corriente.

Por el contrario, en la llamada cuenta por debe y haber, o situación de cuenta corriente, se opera una compensación aislada de las partidas de cargo y abono, lo que se deduce a que el saldo exigible puede surgir durante el curso de la cuenta, sin esperar al cierre de la misma.

El contrato de cuenta corriente es un verdadero acto de comercio sui generis que, esté o no regulado por el derecho positivo, produce una relación jurídica que ha de regirse por el Código Mercantil, en su defecto por usos de comercio y, solo a falta de ambos, por la legislación común, tal como lo establece el artículo segundo del Código de Comercio.

La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor (artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

No es fácil acertar con un concepto conciso y completo de este contrato. La doctrina, en sucesivos tanteos destacando aquellos efectos que se consideraban decisivos en cada momento histórico para la identificación del contrato, transferencia de propiedad de las remesas, recíproca concesión de crédito, novación, compensación, etcétera.

Parece sin embargo, deducirse con claridad de las ideas generales expuestas en el apartado anterior, que el efecto esencial del contrato de cuenta corriente es la transformación de todos los créditos contabilizados en un crédito único resultante del saldo final.

En cierta manera los créditos pierden su individualidad al integrarse en una cuenta que arrojará al momento de su cierre el saldo exigible.

El contrato de cuenta corriente es, pues, el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán al anotarse en cuenta su propia individualidad, de tal modo que el saldo en que se funde sea el único crédito exigible en la época convenida.

Al consentir los contratantes que se aplaze la exigibilidad de los créditos aislados parece que la esencia del contrato se encuentra en una recíproca concesión de crédito. El contratante que recibe una prestación no está obligado a realizar ninguna contraprestación, sino tan solo un asiento de

abono en cuenta, es decir, el ofrecimiento a tener en cuenta ese valor hasta el momento de calcular el saldo definitivo.

La teoría de la recíproca concesión de crédito tuvo una favorable acogida en la doctrina alemana. Para los autores germanos, en la cuenta corriente se produce una dilación o diferimiento de los créditos que comporta una concesión de crédito recíproca entre las partes. Esta teoría fue introducida en Italia a principios del siglo pasado encontrando también amplio consenso.

La doctrina se ha esforzado en encajar el contrato de cuenta corriente en los moldes típicos del repertorio clásico: en el préstamo, en el depósito, en el mandato; más tarde se intentó su configuración como contrato mixto. Finalmente se admitió su autonomía.

Se trata evidentemente de un contrato consensual por que la remesa es un acto de ejecución y no perfección del contrato, el contrato se perfecciona en el momento del acuerdo de las partes y no en el momento de la remesa. Pertenece también a la categoría de los contratos normativos, es decir, aquel tipo de contratos que tienen por objeto regular en una cierta manera las futuras relaciones contractuales que puedan surgir entre los interesados.

El objeto del contrato de cuenta corriente se basa en las prestaciones recíprocas correspondientes a los contratos que puedan celebrar los cuentacorrentistas como consecuencia de sus relaciones de negocio. En este punto son tres las cuestiones a considerar: el concepto de remesa, el contenido de la misma y el supuesto de remesas de títulos de valores.⁵³

Las transferencias o mutaciones patrimoniales que son objeto de una relación jurídica de cuenta corriente se llaman en sentido contable remesas.

La transmisión de valores entre las partes comporta la anotación del crédito resultante de las operaciones en que consiste la remesa. Por tanto desde un punto de vista jurídico definiremos a la remesa como todo crédito que siendo apto para entrar en la cuenta corriente, figure en ella.

La persona a cuyo favor nace el crédito es el remitente; la persona para quien el crédito que se anota es causa de deuda es el remitido.

Esto no quiere decir que durante la cuenta corriente haya deudores ni acreedores respecto de las operaciones aisladas, ya que los créditos y deudas recíprocas quedan destinadas por voluntad de las partes a componer el saldo final, único que tendrá para uno de los contratantes el carácter de crédito o deuda.

⁵³ Curso de Derecho Mercantil, pág. 46.

A todo valor que entra en la cuenta corriente, como contrapartida, un asiento en el debe de quien lo recibe. Este tiene obligación de anotar en el debe (adeudar) el valor recibido y de anotar en el haber (acreditar o abonar) ese mismo valor. En este sentido contable en el que se dice que el valor de la remesa se acredita al remitente y se adeuda al remitido.⁵⁴

Como contrato normativo, el contrato de cuenta corriente solo contiene normas con arreglo a las cuales se han de desenvolver luego las relaciones jurídicas de los contratantes derivadas de los contratos mediante los cuales instrumentan sus relaciones de negocio. En consecuencia el contenido del contrato se reduce a la obligación impuesta a ambas partes de no reclamar aisladamente, mientras dure el contrato, los créditos que vayan surgiendo entre ellas.

El efecto fundamental del contrato consiste en la falta de disponibilidad aislada de los créditos, en esta pérdida de su forma de ser primitiva. Por consecuencia el contenido del contrato de cuenta corriente consiste en imponer a los contratantes una determinada conducta, que produce efectos específicos sobre otras relaciones jurídicas ya existentes o que vayan naciendo durante la vigencia de la cuenta.

Como ya se ha dicho con anterioridad, el efecto fundamental del contrato de cuenta corriente; y del que son a modo de consecuencia los

⁵⁴ Garrigues Joaquín .op cit., pág. 51.

demás. Todos los créditos objeto de las cuenta se transforman en una masa indivisible que se contrapone a la masa, también indivisible, de las deudas (contraposición del Debe y del Haber de la cuenta). Justamente la intención de los cuentacorrentistas es aplazar toda reclamación aislada de esos créditos y deudas, renunciando a su exigibilidad inmediata.

Deben ser cuidadosamente separados los conceptos de cierre y de extinción de la cuenta corriente.

El cierre significa tan solo que se produce la liquidación de un periodo de la cuenta y es, en tal concepto independiente de que el contrato continúe o no.

La extinción implica el fin del contrato. Toda extinción implica el cierre de la cuenta, pero no al contrario. La extinción se produce una sola vez en la vida del contrato. El cierre se realiza una o varias veces, en los periodos pactados o usuales. El cierre de la cuenta es, sencillamente, la suspensión de las operaciones de contabilidad que el contrato se extingue al mismo tiempo, o carácter provisional si persiste entre las partes el vínculo contractual. En el supuesto de cierre provisional el saldo pasa a ser una nueva partida que inicia el periodo subsiguiente del mismo contrato.

El contrato de cuenta corriente implica una relación duradera que se divide en periodos regulares (semestrales o anuales, generalmente) a cuyo

termino se cierra la cuenta con objeto de determinar quien resulta deudor en tal momento mediante la liquidación del saldo y de la capitalización de los intereses devengados. Sobre la necesidad de dividir la relación de cuenta corriente en periodos regulares.

Fundamentalmente, la cuenta corriente produce el efecto de que una vez anotados en ella los créditos derivados de las remesas que recíprocamente se hacen las partes, tales créditos dejan de ser exigibles individualmente considerados, siendo tan solo el saldo que resulte después de operar su compensación.⁵⁵

Esto es por virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos recíprocos de las partes se compensan, haciéndose solo exigible el saldo que aparezca a cargo de uno de los cuentacorrentistas.

El crédito por el saldo será un crédito líquido y exigible a la vista o en los términos pactados en el contrato correspondiente (artículo 308 de la Ley de títulos y operaciones de Crédito).

Desde luego, salvo pacto en contrario la inscripción de un crédito en la cuenta corriente no excluye las acciones o excepciones relativas a la validez de los actos o contratos de que proceda la remesa. Cuando el acto o contrato

⁵⁵ Carrigues Joaquín, pág. 53.

sean anulados, la partida correspondiente se cancelará en la cuenta (artículo 304 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

Salvo reserva expresa para el caso de insolvencia del deudor, la inscripción en cuenta de un crédito contra tercero se entiende definitiva y a riesgo de quien recibe la remesa (artículo 306 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El artículo antes mencionado, establece que a falta de pago expreso, la remesa de títulos de crédito se entiende siempre hecha “salvo buen cobro”. Esta es una aplicación del principio general contenido en el artículo 7 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Que dispone que los títulos de crédito dados en pago se presuman recibidos bajo la condición “salvo buen cobro”.

Si existe la cláusula “salvo buen cobro”, expresa o tacita y el crédito no es pagado a su vencimiento, el que recibió el crédito podrá, a su elección, asentar en la cuenta la contrapartida correspondiente, restituyendo el título, o ejercitar las acciones que este se deriven (artículo 306 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El cuentacorrentista que incluya en la cuenta un crédito garantizado con prenda o hipoteca, tendrá derecho a hacer efectiva la garantía por el

importe del crédito garantizado, en cuanto resulte acreedor del saldo (artículo 305 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cuando hubiere fiadores coobligados, estos quedarán obligados en los términos de sus contratos por el monto de ese crédito a favor del cuentacorrentista que hubiere hecho la remesa y en cuanto este resulte acreedor del saldo (artículo 305 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Las causas de disolución del vínculo contractual de cuenta corriente pueden agruparse, según que dependan o no de voluntades de los contratantes, en dos clases:

Las causas voluntarias; son el mutuo dicenso, el vencimiento del plazo pactado y la denuncia unilateral del contrato en el que no se ha fijado tiempo de duración. La denuncia unilateral opera, la disolución del contrato y supone una declaración de voluntad de uno de los cuentacorrentistas al que, por no haberse pactado un término a la relación, no puede obligarse a mantenerla indefinidamente.

La declaración ha de hacerse de manera inequívoca, aunque sea tácitamente. No consideran, a este efecto, como hechos concluyentes, suspensión de remesas, que puede obedecer a otras causas, ni la reclamación del pago del saldo en el momento del cierre provisional.

Las causas no voluntarias, son la quiebra la suspensión de pagos y la muerte o incapacidad de uno de los contratantes. Estas causas no operan, sino a petición de uno de los interesados.

3.4.- Regulación del Contrato de Apertura de Crédito y su diferencia con el contrato de Hipoteca.

Originalmente, las disposiciones que conformaron esta ley se encontraban establecidas en el “Código de Comercio”, sin embargo, las mismas fueron derogadas de dicho ordenamiento legal, junto con las leyes del 29 de noviembre de 1897 y del 4 de junio de 1902, para dar así luz a la “Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito”, publicada por primera vez en el Diario oficial de la Federación el día 27 de agosto de 1932.

Ordenamiento que en el Capítulo IV denominado De los Créditos, en la Sección Primera, intitulada De la Apertura de Crédito, que en sus artículos del 291 al 301 se encuentra regulado el Contrato de Apertura de Crédito, que define al mismo en la siguiente manera:

“En virtud de la apertura de crédito, el acreditante, se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen”. (Artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).⁵⁶

Límite al importe del crédito. “Si las partes fijaron límite al importe del crédito, se entenderá, salvo pacto en contrario, que en el quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado” (Artículo 292 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Falta de límite. “si en el contrato no se señala un límite a las disposiciones del crédito por el objeto a que se destina, o de algún otro modo convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar ese límite en cualquier tiempo” (Artículo 293 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Importe, plazo y terminación del contrato. “ aún, cuando en el contrato se hayan fijado el importe del crédito y el plazo en que tiene derecho a hacer

⁵⁶ Raúl Cervantes Ahumada, Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, pág. 244.

uso de él el acreditado, pueden las partes convenir en que cualquiera o una sola de ellas estará facultada para restringir el uno o el otro, o ambos a la vez, o para denunciar el contrato a partir de una fecha determinada o en cualquier tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en la forma prevista en el contrato, o a falta de esta, por ante notario o corredor, y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia (siendo aplicables al acto respectivo los párrafos tercero y cuarto del artículo 143 y artículo 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).⁵⁷

Cuando no se estipule término, se entenderá que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, notificándolo a si a la otra como queda dicho respecto del aviso a que se refiere el párrafo anterior. (Artículo 294 fracción I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Denunciado, se extinguirá el crédito en la parte de que no hubiere hecho uso el acreditado hasta el momento de esos actos; pero, a no ser que otra cosa se estipule, no quedará liberado el acreditado de pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no hubiere dispuesto, sino cuando la denuncia o a la notificación dichas procedan del acreditante. (Artículo 294 fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

⁵⁷ Cervantes Ahumada, pág. 247.

Disposición de la suma. “Salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato (Artículo 295 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Obligaciones del acreditado. “Salvo convenio en contrario, siempre que en virtud de una apertura de crédito, el acreditante se obliga a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o en general a aparecer como endosante o signatario de un título de crédito, por cuenta del acreditado, este quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a mas tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo.

La aceptación, el endoso el aval o la suscripción del documento, así como la ejecución del acto de que resulte la obligación del documento, así como la ejecución del acto de que resulte la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, deba este o no constituir la provisión de que antes se habla, disminuirán desde luego el saldo del crédito, a menos que otra cosa se estipule; pero, a parte de los gastos, comisiones, premios y demás prestaciones que se causen por el uso del crédito, de acuerdo con el contrato, el acreditado solo estará obligado a devolver las cantidades que realmente supla el acreditante al pagar las obligaciones que así hubiere contraído y a cubrirle únicamente los intereses que corresponda a tales

sumas”. (Artículo 297 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Simple o cuenta corriente. “La apertura de crédito simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito”, (Artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Negocio o cesión del crédito. “El otorgamiento o transmisión de un título de crédito o de cualquier otro documento por el acreditado al acreditante, como reconocimiento del adeudo que a cargo de aquel resulte en virtud de las disposiciones que haga del crédito concedido, no facultan al acreditante para descontar o ceder el crédito así documentado, antes de su vencimiento, si no cuando el acreditado lo autorice a ello expresamente”. (Artículo 299 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Plazo para la devolución de sumas. “cuando las partes no fijen plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción de este último”. (Artículo 300 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Extinción del crédito. “El crédito se extinguirá, cesando, en consecuencia, el derecho del acreditado a hacer uso de él en lo futuro:

Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente; (Artículo 301 fracción I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato, conforme al artículo 294, cuando no se hubiere fijado plazo; (Artículo 301 fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por la denuncia que del contrato se haga en los términos del citado artículo; (Artículo 301 fracciones III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o substituya debidamente la garantía en el término convenido al efecto; (Artículo 301 fracción IV de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito”. (Artículo 301 fracción VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).⁵⁸

Las diferencias entre el Contrato de Apertura de Crédito con el Contrato de Hipoteca entre varias tendremos algunas consistentes en:

La apertura de crédito es un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino en el sentido del derecho a obtener del banco dinero, otros medios de pago u otras prestaciones que permiten al cliente obtener dinero.

En este contrato la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee

⁵⁸ Juan Pablo de Pina García, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, pág. 34.

dentro del límite pactado y el derecho de aplazar la restitución dentro del término establecido.

Las prestaciones elegidas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan, sencillamente, en ejecución del primitivo contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente. Hay un contrato único y varias prestaciones posibles; como por ejemplo podemos mencionar el uso o la forma de operación de la tarjeta de crédito bancaria.

Con esto queda desechada la calificación de la apertura de crédito como un contrato preparatorio de préstamo, que se convierte en tantos contratos definitivos o principales de préstamo cuantos sean los actos de disposición o utilización del crédito concedido.

Podríamos admitir esta teoría si el contenido de la obligación considera siempre y únicamente en hacer entregas de dinero al cliente. Pero, como ahora veremos, los actos de utilización de la disponibilidad son de índole muy variada y por tanto imposibles de unificar en la figura del contrato preliminar del préstamo de dinero.

De la misma manera se rechaza la calificación de la apertura de crédito como contrato principal del préstamo, ya que este contrato real no se adapta a la naturaleza y funcionamiento del contrato de apertura de crédito; en primer lugar, por que produce obligaciones a cargo del presunto

prestamista y en segundo lugar por que el cliente esta obligado a pagar una comisión aun en el caso de que no reciba del banco ninguna cantidad de dinero.

La obligación que el banco contrae de tener fondos a disposición del acreditado se concreta y conforme a lo previsto en el contrato, en alguna de las prestaciones siguientes:

1.- Entrega en efectivo de las cantidades que solicite el acreedor dentro del límite convenido.

2.- Pago en nombre y por cuenta del acreditado de deudas contraídas por este.

3.- Pago de cheques que el acreditado le gire, la provisión de fondos va implícita en la disponibilidad que nace del contrato de apertura de crédito.

4.- Descuento de letras de cambio que el acreditado le presente como tomador.

5.- Aceptación de letras de cambio para facilitar al, cliente el descuento en otro banco o para permitirle realizar por medio de letras el pago del precio de la compra de mercancías, o para cualquier otra finalidad similar.

6.- Constitución de fianzas a favor del cliente, sea bajo la forma de depósitos de garantía, sea bajo la forma específica del aval, garantizando el pago de las letras libradas o aceptadas por el cliente.

7.- Otorgamiento al cliente de prórroga de una deuda vencida.

8.- Facilitando al cliente una carta de crédito.

El contrato de apertura de crédito puede prever otras normas de utilización de la disponibilidad y del crédito pactado, la enumeración que antecede no tiene por consiguiente carácter limitativo, ni tiene validez general para la práctica bancaria de los distintos países.

El contrato de hipoteca: La hipoteca es un 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, a 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 su 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.⁵⁹

⁵⁹ Miguel Ángel Zamora y Valencia, Contratos Civiles, pág. 441.

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, (Código de 1884, artículo 1823 y Código de 1928, artículo 2893).

La naturaleza real de la hipoteca tiene contradictores, que la niegan, por diversas razones, pero, principalmente por que, a juicio de ellos, el interés material que en la relación hipotecaria se tutela no es otro que el que se tiene en el acto de una persona consistente en la entrega, por su parte, de cierta suma de dinero y además, por que la realización del valor de la cosa hipotecada no constituye el ejercicio de ningún derecho autónomo de carácter privado, sino que sencillamente conste en la actuación concreta del poder de ejecución que funciona en este caso, como en los demás, para tutelar coactivamente en interés protegido, en atención a que han fallado los resortes normales o de primer grado que se establecieron para ampararlo, poder que no puede confundirse con un derecho real.

El contrato de hipoteca puede ser definido diciendo que es aquel por virtud del cual determinados bienes muebles o inmuebles quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación, para que en el caso de que este no se realice, sean destinados a satisfacer, con su importe, el monto de la deuda a cuyo pago se encuentran afectos por voluntad de su titular.

El contrato de hipoteca es accesorio unilateral por que solo genera obligaciones para el deudor hipotecario, gratuito, por que solo genera derechos para el acreedor, consistentes en la seguridad desde el punto de vista económico, de que será cumplida la obligación del deudor en su favor o indemnizado cabalmente en caso de incumplimiento; y solo por excepción oneroso, cuando el acreedor pague una contraprestación al deudor hipotecario por la celebración del contrato y la constitución del derecho real, en cuyo caso también será bilateral; consensual en oposición a real, por que no requiere de la entrega de la cosa, para el perfeccionamiento del contrato, es mas, el deudor nunca tendrá la obligación de entregar la cosa, mientras no se haga efectiva la garantía; formal, por que siempre se requiere de una manera determinada impuesta por la ley para la validez del contrato; y nominado, por la reglamentación que hace el Código de este contrato.⁶⁰

Dentro de sus elementos el consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario debe de referirse en forma expresa tanto a determinar en forma indubitable el bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca.

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

⁶⁰ Miguel Ángel y Zamora, pág. 442 y 443.

CAPITULO CUARTO.

LA NECESIDAD DE EXHIBIR EL CERTIFICADO CONTABLE EN CASO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN REAL HIPOTECARIA.

4.1.- El ejercicio de la Acción Real Hipotecaria.

Las acciones reales tienen por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, o sea aquellas que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con entera independencia de toda obligación personal por parte del demandado.

La acción real hipotecaria se intentará para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice, y procede contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en su caso contra otros acreedores.⁶¹

Conforme al artículo 468 del Código Procesal, procede la vía especial hipotecaria para exigir el pago de una hipoteca y la prelación de un determinado crédito hipotecario: “Se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice”.

⁶¹ De Pina Vara Rafael, Instituciones de derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 2000.

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 pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común y registrado en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio y que sea de plazo cumplido, o que este sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables.”

El artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles también reconoce como objeto de la acción hipotecaria, determinar en controversia especial la prelación de hipoteca: “Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca; o bien para obtener el pago o la prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y en su caso, contra los otros acreedores.

Cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada ésta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con este continuará el juicio.”

El Código Procesal denomina acción hipotecaria no solo a la que tiene por objeto exigir el pago, sino también a aquellas que se entablan para exigir la constitución, ampliación, registro, cancelación, división y discusión de la

preferencia de un crédito hipotecario; pero por el momento solo vamos a tratar de la preferencia de una determinada hipoteca; en este primer caso, para que se obtenga la declaratoria de prescripción, la cancelación de la hipoteca y la preferencia del segundo crédito, es menester intentar en la misma demanda estas acciones: 1.- acción para que sea declarada prescrita la primera hipoteca; 2.- Acción que tiene por objeto la cancelación de la misma; 3.- Acción para que se declare preferente la segunda hipoteca.⁶²

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

El contrato de hipoteca es el que da origen al derecho real de hipoteca, a este lo define el código civil diciendo que es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales en ellos constituidos, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

El Código Civil reconoce el carácter persecutorio de la acción real hipotecaria en el artículo 2894: “Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero.”

⁶² Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México 1997. Pág. 593.

El artículo 3 del Código de procedimientos Civiles estatuye que las acciones reales se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria; como se ve, los dos artículos emplean la misma denominación: bienes o cosas que pasaron o se encuentran en poder de un tercero; pero el segundo de los artículos transcritos agrega un dato mas: se da la acción real contra el que tiene en poder la cosa y tiene obligación real.

Finalmente el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles dispone que la acción real hipotecaria procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado.

El artículo 12 del Código de procedimientos Civiles, no solo comprende la acción constitutiva, sino también se refiere a la acción hipotecaria propiamente dicha, a la que los romanos dieron el nombre de acción cuasiserviana, que deriva de la acción serviano decretada por el pretor a favor del arrendador.

Esta acción de condena tiene dos fines: I.- El de dar al acreedor la posesión del inmueble hipotecado, mediante el simbolismo jurídico de la cedula hipotecaria, que no solo quita al poseedor del inmueble la posesión para darla al depositario nombrado por el acreedor sino tiene por efecto sujetar al inmueble es un régimen jurídico especial, una especie de entredicho que impide que se practiquen en el embargos, tomas de posesión,

y providencias precautorias, de acuerdo con lo que previene el artículo 479 en relación con el 484 de la ley procesal. II.- De llevar a cabo el remate del inmueble para que con su producto se pague al acreedor hipotecario.⁶³

La acción hipotecaria de acuerdo con lo estipulado por el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles, vigente en el Distrito Federal, establece que: la acción hipotecaria procede contra el poseedor jurídico de un inmueble, contra el poseedor a título de dueño, pero no precisamente contra el poseedor material del mismo inmueble; por lo que si se justifica en el testimonio de una escritura de adjudicación, que determinada persona tiene la posesión jurídica de un bien hipotecado, es claro que la misma tiene derecho a la posesión de esa finca, como dueña de la misma, motivo por el cual es indudable que se satisfacen los requisitos del artículo 12 citado.

⁶³ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Contratos Volumen II. Pág. 580.

4.2.- Diferencia entre el Certificado Contable Exhibido en el Juicio Ejecutivo Mercantil en Términos del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito y el exhibido en el juicio Especial hipotecario.

El artículo 68 de la ley de Instituciones de Crédito, establece que los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta certificado por el contador que se hace referencia, hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos, para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuarios.

El estado de cuenta certificado antes citado deberá contener nombre del acreditado; fecha del contrato; notario y número de escritura en su caso; importe del crédito concedido; capital dispuesto; fecha hasta la que se calculó el adeudo; capital y demás obligaciones de pago vencidas a la fecha del corte; las disposiciones subsecuentes que se hicieron del crédito en su caso; tasas de intereses ordinarios que aplicaron por cada periodo; pagos

hechos sobre los intereses y las amortizaciones hechas al capital; intereses moratorios aplicados y tasa aplicable por intereses moratorios.⁶⁴

En el caso del juicio Hipotecario el acreditado o mutuario, pueden disponer de la suma acreditada o del importe de los préstamos en cantidades parciales o este autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato y se pacte la celebración de operaciones a la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados.

De conformidad con la naturaleza de la acción hipotecaria ejercitada, el contrato de hipoteca por su incumplimiento da lugar a que la obligación se cumpla a través del bien inmueble dado en garantía, siendo que en el caso concreto así lo planteó en el documento fundatorio de la acción, motivo por el cual y observándose que se trata de obligaciones o prestaciones periódicas como lo son el pago de mensualidades para cubrir las amortizaciones del crédito otorgado, no puede considerarse sino que el plazo cumplido es en relación al adeudo, según la liquidación presentada con la demanda inicial y no considerar plazo cumplido el estipulado en el contrato de mutuo.⁶⁵

⁶⁴ Cervantes Ahumada, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág.246.

⁶⁵ Rojina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo IV.- Editorial Porrúa.- México, 2002, pág.390.

De tal manera que las prestaciones que se vayan generando en su caso con posterioridad a la presentación de la demanda, por la disposición del propio crédito no pueden ser tomadas en consideración para el establecimiento de la condena. Lo anterior es así, porque el actor optó por el ejercicio de la acción real hipotecaria a través del juicio natural y no por ejercicio de la acción personal o ejecutiva que también le concede el artículo 462 del Código de Procedimientos Civiles, es decir que para el cobro del adeudo derivado de la falta de pago por parte de la demandada principal, según el contenido de su demanda, la actora contó con la posibilidad de ejercitar la vía ejecutiva civil en la que podía demandar la totalidad del pago del crédito otorgado, dándola por vencida anticipadamente y proceder al embargo del bien para hacerlo efectivo hasta el monto del crédito dispuesto y sus accesorios legales, pero al haber optado por la vía especial hipotecaria conforme a su naturaleza, únicamente le asiste el derecho de hacer efectiva la garantía mediante la venta de la cosa gravada, es decir, el remate judicial del bien garante en la medida que cubra el monto adeudado reclamado, entendido éste como las cantidades del crédito otorgado de que dispuso el deudor acreditado conforme a la liquidación efectuada por el actor, sin poder tomarse en consideración las posibles cantidades del propio crédito de que eventualmente pudiera disponer el deudor, toda vez que se está frente a una deuda de plazo cumplido (disposiciones periódicas del crédito no pagado), y no frente a un crédito cuyo plazo deba anticiparse al no darse los supuestos de los artículos 1959 y 2907 del Código Civil.

El título base de la acción hipotecaria cuya presentación es necesaria para la admisión de la demanda, no es otro que la escritura constitutiva del crédito que se exige.

Si alguna liquidación de intereses es procedente hacer para fijar la suma total del adeudo, en relación con los abonos hechos por el deudor, la misma tiene que ser el resultado de la objeción que el demandado hubiera hecho al contestar la demanda y de las prestaciones que hubiere presentado, durante el procedimiento, para justificar la existencia de tales abonos sin que disposición legal alguna de la liquidación previa del adeudo, el carácter de título de la acción, ni menos exija su presentación de la demanda, la cual puede hacerse valer por la cantidad que el actor considere que se le adeuda, a no ser que se trate de la deuda líquida; y una vez corrido el traslado, si el demandado estima que las pretensiones del demandante son excesivas, oponga la excepción de plus petitio, o de cobro indebido, concretando, cuantitativamente cuál es el exceso en el cobro de tal manera, que probándose dentro del procedimiento, la existencia de tal exceso, al sentenciarse se declare procedente la defensa y se haga la liquidación o se establezcan la bases para hacerla.

De lo antes expuesto podemos definir que la diferencia palpable entre el certificado contable exhibido en el juicio ejecutivo mercantil en términos del artículo 68 de la ley de Instituciones de crédito y el exhibido en el Juicio especial Hipotecario, consta en que el juicio ejecutivo mercantil el certificado

contable elaborado por el contador autorizado por la institución actora, hará fe, salvo prueba en contrario; en los juicios respectivos, para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuarios. Quiere decir con esto, que el certificado contable en mención junto con la primera escritura, será el documento base para presentar la acción correspondiente.

En cambio en los juicios especiales hipotecarios, el certificado contable expedido por el contador público autorizado por la institución actora, no será determinado como documento base para ejercitar la acción, toda vez que el título de la acción hipotecaria cuya presentación es necesaria para la admisión de la demanda y que no es otro que la escritura constitutiva del crédito que se exige será el documento que se tomará como base de la acción, ya que el certificado contable en mención solo determinará, los saldos, adeudos y el importe del crédito.

Los artículos 468 y 469 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, anteriores a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996, establecían que se trataría en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación, o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Asimismo, los mencionados dispositivos legales disponen que el juicio procede cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga

según las reglas del procedimiento hipotecario, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido, o que deba anticiparse conforme a lo prevenido en los artículos 1959 y 2907 del Código Civil; y, b) Cuando se entable pleito entre los que contrataron hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro.

En esos términos, es incorrecto considerar que para la procedencia del juicio especial hipotecario es necesario que el documento base de la acción consista en la primera copia o testimonio de la escritura pública correspondiente en términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 443 del código adjetivo en consulta; pues los artículos que regulan la tramitación de tal procedimiento no exigen ese requisito. Es verdad que cuando se trata del cobro de un crédito con garantía hipotecaria, de conformidad con lo que establece el artículo 462 del propio ordenamiento legal, éste se puede hacer efectivo por virtud de los juicios hipotecario, ejecutivo mercantil; sin embargo, las reglas previstas para los procedimientos hipotecario y ejecutivo no pueden coexistir por el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el juicio hipotecario participa de la naturaleza privilegiada del ejecutivo, pues cada procedimiento tiene su tramitación especial al que debe atenderse.

Por tanto, si en este supuesto se opta por el procedimiento hipotecario, no le son aplicables los requisitos de procedencia de la vía ejecutiva específicamente la regla prevista en la fracción I del artículo 443 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sino debe

atenderse exclusivamente a las reglas especiales que establecen los artículos 468 al 488 del ordenamiento legal en consulta.⁶⁶

⁶⁶ Rojina Villegas, Rafael.- op. Cit.- pág. 397.

4.3.- Propuesta de reforma del artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su Título Séptimo, de los Juicios Especiales y de las Vías de Apremio. Capítulo III. Del juicio Hipotecario, determina en su Artículo 468 que “Se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común, y registrado en el Registro Público de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o que éste sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables.

De lo antes expuesto, y analizado que fue el precepto legal en cita, podemos advertir que en ningún momento se hace referencia, a que dentro de los requisitos indispensables para que tenga lugar el juicio especial hipotecario ejerciendo la acción real hipotecaria, sea exhibido el certificado contable elaborado por el contador público autorizado por la institución bancaria. Pero a nuestro modo de ver, es necesario la exhibición del

certificado contable como un requisito indispensable, en donde conste en forma detallada el monto del crédito, los intereses que ha generado y las demás prestaciones a que se obligó el deudor.

Ya que si bien es cierto la ley establece los términos en los que se deben de seguir los procesos, así como los requisitos que debe contener cada vía, también es cierto a nuestro modo de ver, que en algunas disposiciones, han sido omisas al dejar de mencionar puntos importantes para la debida tramitación de los juicios.

Es el caso que nos ocupa y bajo nuestra opinión personal, podemos hacer mención, claro después de haber hecho una investigación, que el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dentro de los requisitos para ejercitar la vía especial hipotecaria, ejercitando la acción real hipotecaria, no menciona que se deba exhibir el certificado contable debidamente detallado y elaborado por el contador público autorizado por la institución que demanda el cobro de un crédito.

Siendo este un requisito indispensable a nuestro modo de ver, ya que si tomamos en consideración que al presentar una demanda en la cual se reclama en primer lugar, la rescisión del contrato y el pago del mismo, por el simple hecho de que la parte actora, manifiesta en sus hechos, que el demandado dejó de cubrir dos o tres mensualidades, por tal motivo se da por vencido anticipadamente el plazo para el cumplimiento de las obligaciones,

toda vez que así se pacto en el documento base de la acción consistente en la escritura pública en donde consta el contrato de apertura de crédito, garantizado con hipoteca.

Pero si nos ponemos a analizar lo antes mencionado, como podemos presumir que verdaderamente el acreditado ha dejado de cumplir con sus obligaciones o que el acreditante ha hecho valer su derecho como marca la ley, solo con su dicho.

Y si en presente juicio, por cualquier circunstancia, el acreditado no compareciera a juicio, y el mismo se siguiera en rebeldía, no habría la posibilidad de que pudiera acreditarse que verdaderamente no se ha dado cumplimiento a las obligaciones pactadas, o el haber realizado las amortizaciones a que ha hecho referencia el demandante en su capítulo de hechos.

Aquí es donde existe la necesidad de que la parte actora exhiba un certificado contable debidamente detallado para, que el juzgador, en base a los elementos aportados y a lo establecido por dicho certificado, pudiera determinar de una forma clara y precisa, que el adeudo reclamado por el demandante en su capítulo de prestaciones, se encuentra ajustado a derecho y a las normas que nos rigen; y, así poder dictar sentencia conforme a la ley.

Por tal motivo nuestra propuesta de reforma del artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal, va encaminada esencialmente a que se incluya en dicho precepto legal, además de lo ya contenido en él, como un requisito indispensable para la procedencia de la vía especial hipotecaria el Certificado Contable debidamente detallado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De acuerdo a la legislación española, la hipoteca es un contrato accesorio que supone la existencia de una obligación, y puede definirse como un derecho real constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles ajenos a derechos reales enajenables, que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de estos aquella obligación, cuando sea vencido y no pagado.

SEGUNDA.- En el derecho mexicano, el derecho de hipoteca, es considerado como un derecho real que sin implicar traslado de la posesión a persona distinta al dueño, aseguran 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.

TERCERA.- El derecho real de acuerdo a la escuela clásica se le conceptúa como un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo oponible a terceros. Así pues hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona, en relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona.

CUARTA.- El derecho personal o de crédito es la facultad que tiene una persona llamada acreedor de recibir y exigir de otra llamada deudor un hecho, una abstención o la entrega de una cosa; así mismo se le puede entender como la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir a favor de otra persona denominada acreedor que le puede exigir una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral.

QUINTA.- El contrato de hipoteca en el Código Civil, de acuerdo al artículo 2893, es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a este en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes en el grado de preferencia establecido por la ley.

SEXTA.- Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública o escrito privado, debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o que deba anticiparse. El juicio hipotecario en general como lo describe el maestro Pallares, es aquel en que se ejercita alguna de las acciones hipotecarias que reconoce la ley y que son: la acción constitutiva de hipoteca, acción de ampliación de hipoteca, la acción de división de hipoteca, la acción de inscripción o cancelación del gravamen hipotecario, de pago de dicho crédito y de prelación y pago.

SÉPTIMA.- 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..

OCTAVA.- En el contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de este una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones y gastos y comisiones que se estipulen.

NOVENA.- La apertura de crédito es un contrato estructurado en la práctica bancaria y de reciente reglamentación en los ordenamientos positivos, reglamentado en la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito. La apertura de crédito puede ser simple; cuando el crédito se agota por la simple disposición que de él haga el acreditado y cualquiera cantidad que este entregue al acreditante, se entenderá como dado en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que se ha dispuesto del crédito a volver a disponer de él aunque no se haya vencido el término pactado; y, es contrato de apertura de crédito en cuenta corriente cuando el acreditado pueda disponer del crédito en la forma convenida y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo

pactado, es decir el crédito no se agota, cuando se dispone de la totalidad del importe del crédito, toda vez de que si se hacen abonos o se paga totalmente, el acreditado o deudor, podrá volver a disponer, del crédito siempre y cuando no se encuentre vencido el Contrato de Apertura de Crédito.

DÉCIMA.- Las acciones reales tienen por objeto, garantizar el ejercicio de algún derecho real o sea aquellos que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con entera independencia de toda obligación personal por parte del demandado. La acción real hipotecaria, se intentará para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice y procede contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y en su caso, contra otros acreedores.

DÉCIMA PRIMERA.- Podemos definir que la diferencia palpable entre el Certificado Contable exhibido en el juicio ejecutivo mercantil, en términos del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito y el exhibido en el juicio especial hipotecario, consta en que en el juicio ejecutivo mercantil, el certificado contable elaborado por el contador autorizado por la institución actora, hará fe, salvo prueba en contrario en los juicios respectivos, para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuuarios; quiere decir esto que el certificado contable en mención junto con la primera escritura, serán el documento base para ejercitar la acción en la vía Ejecutiva Mercantil. En cambio en los juicios especiales hipotecarios el

Certificado Contable, expedido por el contador autorizado por la institución actora, no es determinante como base de la acción, toda vez que el documento idóneo para el ejercicio de la acción hipotecaria, es la escritura constitutiva del crédito que se exige, ya que el certificado contable solo determinará los saldos, adeudos y el importe del crédito.

DÉCIMA SEGUNDA.- Por lo tanto, propongo que se reforme el artículo 468 del Código de procedimientos Civiles, para quedar en los siguientes términos: “se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común, y registrado en el Registro Público de la propiedad y que sea de plazo cumplido, o que éste sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables y por último, deberá exhibirse certificado contable, debidamente detallado, donde consten los saldos y adeudos del acreditado.”

Lo anterior, a efecto de que el juzgador al momento de dictar una resolución, cuente con todos los elementos necesarios para poder determinar que el

acreditado en realidad ha dejado de cumplir con sus obligaciones y así poder resolver conforme a derecho.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ JOSÉ ANTONIO, Curso de Derechos Reales, Editorial Civitas.
- 2.- ARELLANO GARCÍA CARLOS, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa.
- 3.- BEJARANO SÁNCHEZ MANUEL, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford.
- 4.- BARRERA GRAF JORGE, Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa.
- 5.- BORJA SORIANO MANUEL, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa.
- 6.- CUENCA HUMBERTO, Proceso Civil Romano.
- 7.- CANO TELLO CELESTINO A. Manual de Derecho Hipotecario, Editorial Civitas.
- 8.- CERVANTES AHUMADA RAÚL, Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa.
- 9.- DÍAZ GONZÁLEZ CARMELO, Derecho Hipotecario, Revista de Derecho Privado, Madrid España.
- 10.- DOMÍNGUEZ MARTÍNES JORGE ALFREDO, Teoría del Contrato, Contratos en Particular, Editorial Porrúa.
- 11.- MUÑOZ LUIS, Derecho Civil Mexicano Tomo II, Derechos Reales, Ediciones Modelo, México, Distrito Federal.
- 12.- DE J. TENA FELIPE, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa.
- 13.- DÍAZ BRAVO ARTURO, Contratos Mercantiles, Editorial Harla.
- 14.- DÍAZ DUARTE RAÚL, La hipoteca, Editorial Jurídica.

- 15.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Derecho Civil Contratos, Editorial Porrúa.
- 16.- ESPERON MELGAR GABRIELA, Manual de Contratos civiles y mercantiles, Editorial JGH Editores
- 17.- GARRIGES JOAQUÍN, Curso de Derecho Mercantil Tomo IV, Editorial Temis.
- 18.- GÓMEZ LARA CIPRIANO, Derecho Procesal Mercantil, Editorial Harla.
- 19.- GARCÍA RENDÓN MANUEL, Sociedades Mercantiles, Editorial Harla.
- 20.- GARCÍA GARCÍA JOSÉ MANUEL, Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario Tomo I y Tomo II, Editorial Civitas.
- 21.- GAUDEMET, EUGENE, Teoría general de las Obligaciones, Editorial Porrúa.
- 22.- GHERSI CARLOS ALBERTO, Obligaciones Civiles Comerciales, Editorial Astrea
- 23.- HIGHTON ELENA, Hipoteca la Especialidad en cuanto al Crédito, Editorial Depalma.
- 24.- MANTILLA MOLINA ROBERTO, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa.
- 25.- ORTIZ VALLEJO ANTONIO, Garantías de los Títulos del Mercado Hipotecario.
- 26.- PALLARES EDUARDO, Tratados de las Acciones Civiles, Editorial Porrúa.
- 27.- PUIG PIÑA FEDERICO, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II.
- 28.- PETIT EUGENE, Derecho Romano, Editorial Porrúa.

29.- ROGINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Bienes Derechos Reales y Posesión, Editorial Porrúa.

30.- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, Tratado de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa.

31.- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO, Tratado de Derecho Civil Español, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor.

32.- VÁZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa.

LEGISLACION

33.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México.

34.- Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito Federal, Editorial Sista, México.

35.- Código de Comercio y Leyes Complementarias, Editorial Porrúa, México, 1999.

36.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000.

37.- Ley de Instituciones de Crédito, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000.

OTRAS FUENTES

35.- PALLARES, EDUARDO, Diccionario de derecho procesal Civil, 19 Edición, editorial Porrúa, México.

36.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Jurisprudencia Civil.