

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO**

**“NUEVO REGIMEN JURIDICO DE LA HIPOTECA EN EL SUPUESTO
DE LA SOCIEDAD CONYUGAL”**

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIADA EN DERECHO
PRESENTA LA C. NORMA ADRIANA SANTOS HERNANDEZ.**

ASESOR: DR. ANDRES CRUZ MEJIA.

CIUDAD UNIVERSITARIA 2008.



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.

A DIOS POR SU AMOR,
POR QUE UN DÍA LE PEDÍ TODO
PARA DISFRUTAR DE LA VIDA Y
HOY SE QUE POR TENER VIDA
PUEDO DISFRUTAR DE TODO,
GRACIAS SEÑOR POR HABERME
DADO EL ÚNICO Y MARAVILLOSO
DON DE VIVIR.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
MI ALMA MATER POR HABERME DADO LA OPORTUNIDAD
DE VIVIR ESTE MARAVILLOSO SUEÑO.

A LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNAM. POR HABERME DADO
LA OPORTUNIDAD DE FORMARME
DENTRO DE SUS AULAS E
INTEGRARME A LA SOCIEDAD
COMO PROFESIONISTA.

AL DR. ANDRES CRUZ MEJIA,
POR SU APOYO INCONDICIONAL
POR SU PACIENCIA.

A MI MADRE (IN MEMORIAM).
POR TU AMOR Y TU PACIENCIA
POR TU EJEMPLO DE LUCHA,
FORTALEZA Y CONSTANCIA
AÚN EN LOS MOMENTOS MÁS
DIFÍCILES, POR QUE TODO ESTO
CONSTITUYE LA MEJOR DE LAS
HERENCIAS QUE PUDISTE
DEJARME.

A MI PADRE Y MIS HERMANOS
MARIA ESTHER (CON SU
VALERIA), SERGIO, MIGUEL
ANGEL, ALEJANDRO ROMAN
(CON SU MARIA JOSÉ) Y HUGO
CESAR. POR HABER SIDO EL
MAYOR DE MIS RETOS.

A MIS TÍOS
JOSE GUADALUPE HERNANDEZ
Y REFUGIO CAMPOS CORDOBA
(IN MEMORIAM), POR SU AMOR
Y APOYO INCONDICIONAL, POR
SER PARTE FUNDAMENTAL EN
MI VIDA. LOS AMO.

A VIRI. (IN MEMORIAM)
POR TU EJEMPLO DE FORTALEZA,
POR HABERME ENSEÑADO A AMAR
Y DEFENDER LA VIDA POR ENCIMA
DE TODO.

A MIS AMIGOS, TÍOS, PRIMOS
Y DEMÁS COMPAÑEROS QUE
ME APOYAN Y AYUDAN A
SEGUIR CUANDO MÁS DIFÍCIL
SE FORJA MI CAMINO, PARA
ELLOS MI AMOR PERO SOBRE
TODO MI ETERNO
AGRADECIMIENTO.

.ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I. DERECHO REAL DE HIPOTECA.

1. Derechos reales y derechos personales.....	1
2. Derechos reales de garantía	4
3. El derecho real de hipoteca y sus características.....	11
3.1 Diversas clases de hipotecas	19
3.1.1 Hipoteca voluntaria y legal	21
3.1.2 Hipoteca expresa y tácita	25
3.1.3 Hipoteca ordinaria o de tráfico e hipoteca de seguridad.....	27
4. El crédito y la garantía.....	28
5. Constitución de la hipoteca	30
5.1 Promesa de la constitución de la hipoteca	33
5.2. La Hipoteca constituida por declaración unilateral.....	35
5.3. Hipoteca constituida por disposición testamentaria	41
5.4. Hipoteca constituida por contrato	43

CAPÍTULO II. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN HIPOTECARIA.

1. Los sujetos en la obligación garantizada y los sujetos en la garantía Hipotecaria	47
2. Pluralidad de sujetos en la titularidad activa de la garantía hipotecaria.....	49
3. Pluralidad de sujetos en la titularidad pasiva de la garantía hipotecaria.....	51
4. Pluralidad de sujetos en la obligación garantizada y en la garantía hipotecaria.....	53
5. Régimen jurídico de cada uno de los supuestos citados	57

CAPÍTULO III. EL OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

1.	El objeto de la obligación garantizada y el objeto de la garantía hipotecaria.....	61
2.	La extensión objetiva de la hipoteca.....	64
3.	Extensión natural de la hipoteca.....	64
4.	Extensión pactada de la hipoteca.....	67
5.	Extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor.....	69
6.	Hipoteca sobre Usufructo.....	71
7.	Hipoteca sobre nuda propiedad.....	74
8.	Hipoteca sobre bienes hipotecados.....	78
9.	Hipoteca de la hipoteca.....	79
10.	Pluralidad de objetos en el derecho real de hipoteca.....	81
11.	Régimen jurídico de cada uno de los supuestos citados.....	84

CAPÍTULO IV. LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.	Régimen patrimonial de los cónyuges.....	90
1.1.	Régimen de separación de bienes.....	100
1.2.	Régimen de sociedad conyugal.....	104
1.3.	Régimen de sociedad legal.....	119
2.	Bienes individuales de cada cónyuge y bienes comunes en la sociedad conyugal.....	126
3.	Facultad de los cónyuges para constituir hipoteca respecto de los bienes propios y los comunes.....	138
4.	La pluralidad de la integración de los patrimonios individuales y comunes, su publicidad y efectos con relación a terceros.....	141
5.	La necesidad de incluir en el Código Civil, la posibilidad de que la hipoteca pueda ser reducida, en el supuesto de que garantice créditos que interesen al patrimonio individual de uno de los cónyuges y se haya gravado un bien de propiedad común.....	155

CONCLUSIONES.....	167
BIBLIOGRAFÍA.....	171

INTRODUCCIÓN

Desde que el hombre pobló la tierra, una de sus principales necesidades ha sido la de la vivienda, inicialmente sus viviendas eran primitivas se cubrían del frío y de la lluvia en cuevas y poco a poco fueron haciendo sus casas aunque en una forma muy sencilla, con recursos que la propia naturaleza le proporcionaba, maderas, hojas, etc.

Fue así como con el paso de tiempo se creó la propiedad privada y se fueron creando instituciones jurídicas para buscar soluciones al problema de la vivienda sufriendo dichas instituciones múltiples modificaciones con el correr del tiempo.

Con el crecimiento de la población sobre la tierra, la necesidad de vivienda se acrecentó ya que las pocas casas que existían no cubrían las necesidades que se presentaban por lo que hubo la necesidad de buscar diversas alternativas para la solución del problema toda vez que las instituciones dedicadas a ello no cubrían ya la demanda de la vivienda y fue así como dichas instituciones fueron especializándose y se dedicaron a la investigación del problema para dar una solución al mismo.

Las instituciones bancarias así como las constructoras, dieron una gran solución por muchos años a este problema, pues las primeras realizaban financiamientos a las segundas para poder construir un inmenso número de viviendas y estas viviendas a su vez podrían ser adquiridas por cualquier persona que aunque no contara con los recursos necesarios podía obtener dicha vivienda otorgando a cambio garantía hipotecaria sobre el inmueble que adquiriría para ser pagado en determinado plazo o en su caso eran las propias instituciones bancarias quienes realizaban el préstamo directamente a las personas para poder obtener de inmediato su vivienda otorgando también garantía hipotecaria pero ya no a las constructoras sino directamente a los bancos y una vez dueños de su inmueble podían ir cubriendo su préstamo poco a poco (creándose así la constitución de los derechos reales).

De esta forma, las hipotecas fueron la solución a este problema social durante mucho tiempo, sin embargo, esta Institución jurídica con la gran responsabilidad que

tenía se fue complicando al acrecentarse el panorama sobre el cual podía actuar.

Inicialmente al constituirse el derecho real de hipoteca se entregaba al acreedor hipotecario el inmueble materia de la hipoteca posteriormente el inmueble hipotecado ya no se entregaba al acreedor hipotecario sino que el mismo quedaba en poder del deudor hipotecario y este podía seguir disfrutando de dicho bien, en un principio las hipotecas también eran generales cuando se creaba este derecho real el deudor hipotecario respondía ante dicha obligación con todo su patrimonio posteriormente este tipo de hipotecas fueron prohibidas, hoy el derecho real de hipoteca se ha extendido tanto y ha sufrido múltiples modificaciones y ha ido presentando un perfeccionamiento en su constitución, que satisface un número importante en el otorgamiento de viviendas y por lo cual resulta un tema actual y abundante en su estudio.

En la actualidad se encuentra una diversidad de hipotecas, se pueden hipotecar diversos derechos reales derivados de la propiedad como son el usufructo, la nuda propiedad e inclusive se puede hipotecar bienes que ya se encuentren hipotecados y hasta la misma hipoteca puede ser hipotecada pudiéndose inclusive crear hipotecas para garantizar obligaciones futuras, existiendo también la posibilidad de hipotecar bienes muebles y su constitución puede ser de diferentes formas, legales, voluntarias, tacitas, expresas, etc, además de que en ella pueden existir desde dos hasta un sin número de sujetos tanto activos como pasivos, sin embargo, en relación con el matrimonio y específicamente a el régimen patrimonial de sociedad conyugal considero que el legislador no tuvo el alcance esperado, toda vez que las hipotecas al ser creadas se establecen sobre bienes inmuebles los cuales responden en totalidad por el adeudo contraído y dicha hipoteca como lo marca nuestra legislación subsistirá integra aunque se reduzca la obligación garantizada.

Pero ¿Qué sucede cuando en un matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal se adquieren bienes inmuebles con el fondo común y lejos de que la sociedad conyugal se beneficie con esto solo se esta beneficiando el patrimonio individual de uno solo de los cónyuges?

Se propone la posibilidad de que bajo este supuesto sí se debe permitir que la hipoteca se reduzca solo a la parte que se esta beneficiando, porque al existir la sociedad conyugal y al haberse adquirido el inmueble con ganancias de la sociedad conyugal y por consiguiente al haberse creado el derecho real de hipoteca sobre el mismo, no se esta cumpliendo el fin esencial para el cual se creo, ya no es nuestra casa, nuestro hogar, sino que los beneficios se encuentran solo para uno de los cónyuges, prohibiéndose por la ley que solo uno de los consortes pueda percibir todas las ganancias o utilidades.

La reducción anterior se propone en virtud de que si en la constitución de la hipoteca en lugar de permitir su reducción la misma se declarase nula se afectaría al acreedor hipotecario quien ya no percibiría las ganancias o beneficios que podría haber obtenido si la hipoteca subsistiera, y al subsistir la misma con su reducción el acreedor hipotecario no sería afectado porque el adeudo se cubriría pero ya no con el fondo común de la sociedad conyugal, sino solo con el patrimonio del cónyuge beneficiado sin afectarse al otro cónyuge que no percibe beneficios.

El presente trabajo se desarrolla en cuatro capítulos en el que en el primero se estudian los derechos reales diferenciándolos de los derechos personales estudiando también las diversas clases de hipotecas.

En el capitulo segundo se estudia a los sujetos que participan tanto en la obligación principal (la que da vida al derecho real de hipoteca) así como los sujetos que participan en la obligación garantizada.

En el tercer capitulo se estudia al objeto mismo de la hipoteca tanto su extensión como la pluralidad que de los mismos puede existir en este derecho real.

Por último se estudian los regimenes patrimoniales bajo los cuales se puede contraer matrimonio así como los patrimonios individuales y su integración para que nazca la sociedad conyugal siendo aquí el planteamiento del tema de estudio, las facultades de los conyuges para constituir hipoteca sobre bienes propios y comunes así como la posibilidad de que la misma pueda ser reducida bajo el supuesto de que garantice créditos que interesen al patrimonio individual de uno de los conyuges y se hallan gravado bienes de propiedad común..

CAPÍTULO I. DERECHO REAL DE HIPOTECA.

1. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES.

Al iniciar el análisis de un tópico jurídico, cualquiera que sea, resulta menester delimitar el objeto de estudio, por ello es que procedo a iniciar mi investigación con el concepto, o connotación del derecho real de hipoteca, al respecto es necesario establecer previamente la diferencia entre los conceptos de derecho real y derecho personal.

Bonnetcase, citando a la escuela de la exégesis dice: *“Los derechos que constituye el elemento activo del patrimonio y que afectan a las cosas o bienes, se dividen en derechos reales y derechos personales. Esta distinción que se basa en la naturaleza misma de los derechos es fundamental; se encuentra en todas las legislaciones.”*¹

Por derecho real se entiende: *“Aquel Derecho que tenemos directa e inmediatamente sobre una cosa. Es un derecho en virtud del cual, como decía Pothier, nos pertenece una cosa, por lo menos en ciertos aspectos, tenemos sobre ella un derecho de propiedad o un desmembramiento de la propiedad”*²

De la transcripción anterior, se deduce que en el derecho real, existen únicamente dos elementos:

a) Una persona que es el sujeto activo de los derechos; por ejemplo, el propietario en el derecho de propiedad, quien obtiene siempre directamente de la cosa sobre la cual recae su derecho el beneficio que el mismo le proporciona, sin necesitar de la intermediación de ninguna persona, para rescatar todas o parte de las ventajas que esta cosa es susceptible de procurar según su naturaleza.

b) 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 un derecho absoluto, la situación jurídica de su titular se impone respecto de todos.

¹ BONNETCASE Julián, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Pedagógica Iberoamericana, primera edición, Distribuidor Harla, México, 1997, pág. 649.

² Ídem.

Los derechos reales pueden ser divididos en: principales, (como es el caso de la propiedad, usufructo); y accesorios, (como serían la prenda y la hipoteca). Los primeros tienen una existencia independiente no necesitan de otro para poder existir, los segundos sólo pueden concebirse unidos a otro derecho, sin el cual no pueden subsistir, por ejemplo un derecho de crédito en los casos de la prenda y de la hipoteca.

Siguiendo al mismo Bonecasse, se entiende por derecho personal o derecho de crédito: *“El que tenemos en contra de una persona determinada, y que nos permite exigir de ella el cumplimiento de un hecho como la entrega de una suma de dinero o una abstención”*³.

En el derecho personal se crea una relación directa entre dos personas: esta relación, este lazo de derecho (vinculum juris) constituye la obligación; que desde el punto de vista activo toma el nombre de crédito; y desde el punto de vista pasivo, se le llama deuda.

De este concepto el autor nos dice que se obtienen tres elementos:

a) Un sujeto, que será el sujeto activo del derecho, que se llama acreedor (creditor), quien será la persona o personas que han tenido confianza en el deudor (crédito), de aquí el nombre de derechos de crédito, a los que con frecuencia se da el nombre de derechos personales.

b) Un sujeto pasivo del derecho, el deudor (debitor) que es la persona o personas obligadas a procurar al acreedor los beneficios de su derecho. El mismo valor figura así a la vez, en dos patrimonios. El derecho de crédito formara parte del activo del patrimonio de la persona del acreedor, con un valor positivo; a este derecho activo corresponderá una deuda la que tendrá un valor negativo, y que se encontrara en el pasivo del patrimonio del deudor.

c) Por último un tercer elemento que es el objeto del derecho, el cual consiste en un hecho positivo o negativo, (como sería la prestación de dar, de hacer o en una abstención).⁴

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

Por tanto, una de las diferencias que se encuentran entre el derecho real y el derecho personal es: que el derecho personal existe, entre el titular del derecho y el objeto del mismo, un intermediario, que no se encuentra en el derecho real, tal intermediario es el deudor. Es por lo que resulta más complejo el desarrollo de los derechos personales o de crédito que la concepción y desarrollo del derecho real, situada la diferencia esencial o estructural, conviene advertir otras diferencias señaladas por el autor entre derecho real y el derecho personal:

Derecho real	Derecho personal
<ul style="list-style-type: none">- Tiene necesariamente por objeto una cosa- Supone una cosa determinada.- Es absoluto, existe “erga omnes”, la ley impone su respeto a todos y cada uno indistintamente, esta obligado con el titular del derecho a no hacer nada que pueda molestar en el ejercicio de sus facultades sobre la cosa.	<ul style="list-style-type: none">- El objeto puede ser la prestación de una cosa, de un hecho o una abstención.- Puede recaer sobre una cosa indeterminada.- Es relativo, implica una relación a cargo de una persona determinada, obligada para con el acreedor a prestarle cierto servicio y para obtener este, el acreedor debe dirigirse a un deudor y solo a el, las demás personas no están obligadas a ponerse a su disposición, pues nada deben.

De estas diferencias entre el derecho real y el derecho personal resulta otra importante entre las acciones que respectivamente les sirven de sanción la acción (es el medio concedido por la ley al titular de un derecho, para demostrar ante la justicia, su existencia cuando es discutido, o para obtener su cumplimiento, se confunde con el derecho que sanciona, es el derecho mismo en estado contencioso, el derecho ejercido jurídicamente).

En el caso del derecho personal se sabe contra que persona se tendrá que ejercitar la acción, que constituye la sanción del derecho de crédito, este sujeto es el deudor, la persona obligada y sólo contra ella. Por eso a esta acción se le llama personal (actio in personam).

En cuanto a la acción real, que es la sanción del derecho real, se ejercita indiscutiblemente contra una persona al igual que en el derecho personal, pues toda acción judicial supone siempre un demandado, pero el demandado eventual no es conocido con anterioridad, puede ser cualquier persona que estando en contacto con la cosa, impida a su titular ejercer su derecho. Lo único que puede saberse con anterioridad, es que la acción será, en su caso, ejercitada respecto de una cosa determinada, siendo ésta la razón de que se denomine real a esa acción (*actio in rem*).

Concluyo en que es más fácil enunciar un derecho real, pues sólo encontramos en ésta dos elementos: Una persona y un objeto, existiendo en él un derecho directo, a diferencia del derecho de persona en el que existen tres elementos que serán dos personas, un objeto y el vínculo de derecho, o relación jurídica.

Establecida la diferencia entre el derecho real y el derecho personal, es necesario abocarse a una investigación más específica, relativa a los derechos reales de garantía, que son la prenda y la hipoteca, de los cuales este último es objeto del presente estudio.

2. DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

Una vez estructurada la diferencia entre los derechos reales y los derechos personales, pasaré al estudio de los derechos reales, éstos se dividen en dos grandes categorías: por una parte se tiene a los derechos reales principales o de primer grado; por la otra están los derechos accesorios o reales de garantía también llamados derechos reales de segundo grado.

Consideraré primeramente y a “grosso modo” (por no ser el objeto principal de estudio en el presente trabajo de investigación), a los derechos reales de primer grado, entre los cuales están, la propiedad y sus desmembramientos, usufructo, uso, habitación y la servidumbre. El primero de ellos, la propiedad, como se sabe es el derecho más completo, permitirá siempre a su titular absorber todas y cada una de las utilidades que la cosa le proporciona. Por propiedad se entiende:

“Del latín proprietasatis. Dominio que se ejerce sobre la cosa poseída. Cosa que es objeto de dominio.”⁵

El Diccionario Jurídico Mexicano, citando al maestro Rojina Villegas, define la propiedad como:

“El poder que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible ese poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto”⁶

La legislación Mexicana regula la propiedad en el libro segundo del Código Civil para el Distrito Federal y al referirse a la misma en el artículo 830 expone:

“El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”.

Según la legislación mexicana, en el artículo 747 del Código Civil para el Distrito Federal todas las cosas que pueden ser objeto de apropiación, serán aquellas que no estén excluidas del comercio y las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley, las cosas que están fuera del comercio por su naturaleza son las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, es decir, no pueden ser reducidas a la propiedad individual y están fuera del comercio por disposición de la ley aquellas que la misma ley declara irreductibles a propiedad particular.

Una vez que la cosa es propiedad de una determinada persona, el propietario podrá gozar y disponer de ella con las limitaciones que la misma ley impone, el artículo 841 del Código Civil para el Distrito Federal se establece:

“Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad y hacer o exigir el amojonamiento de la misma.”

Lo anterior se podrá hacer siempre y cuando no se menoscabe el derecho de terceros, ya que como he mencionado hay derechos que se derivan de la propiedad como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres.

⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa. Décimo segunda edición, México, D, F, 1998, pág 2598.

⁶ Ídem.

Para el caso de que el dueño del predio se encuentre con animales sin identificación en su heredad, podrá sin más apropiarse de ellos.

Una disposición más de la legislación, es la de los tesoros, éstos seguirán al derecho de propiedad, es decir, pertenecerán a quien los descubra en su propiedad, pero si el descubridor resulta no ser el propietario se aplicara a éste la mitad y la otra mitad al propietario del sitio, sin embargo, si el tesoro fuere artístico o científico, se adjudicará al Estado.

Un derecho más de la propiedad es el derecho de la accesión, la cual puede ser natural, artificial o comprendiendo ambas.

El usufructo, es definido por la ley y el Diccionario Jurídico Mexicano como:

“El derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos “⁷

Por uso se entiende:

“Al derecho real que otorga al usufructuario la facultad de percibir de los frutos de una cosa ajena, los que basten a cubrir sus necesidades y las de su familia, aunque esta aumente. Es igual que el usufructo, un derecho real, temporal, por su naturaleza vitalicio que es ejercido sobre cosas ajenas; sin embargo, se diferencia de éste porque es un derecho restringido a ciertos frutos de la cosa ajena y porque es de carácter personalísimo, se concede tomando en cuenta la calidad de la persona, por ende es intransmisible.”⁸

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1049, establece:

“El uso da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usufructuario o y su familia aunque ésta aumente”.

Por habitación se entiende:

“Al derecho real de goce que faculta a ocupar en casa ajena las habitaciones necesarias para su familia, en forma gratuita”⁹.

“Las legislaciones modernas lo acogen junto con el derecho de uso: la habitación se refiere a las casas y el uso a los predios rurales”.¹⁰

⁷ Ibidem, pág, 3204.

⁸ Ibidem, pág, 3200.

⁹ Ibidem, pág, 1568.

¹⁰ Ibidem, pág, 1568.

“El derecho de habitación es un derecho real, o sea está ligado al objeto (casa) sin relación directa con las personas titulares de otros derechos sobre el bien; puede reclamarse por medio de una acción real. Es un derecho indivisible (por que son indivisibles los derechos del habituario). Es intransmisible: no se puede enajenar, arrendar ni gravar. Es inembargable, puesto que un embargo podría desembocar en una ejecución forzosa y, por la vía de la venta en subasta pública, en un cambio de titular en el derecho, es personalísimo del habituario y de su familia”. ¹¹

Por servidumbre, se entiende:

Del latín *servitudo-inis*: es el derecho o uso que una cosa o heredad tiene sobre otra, o alguno sobre cosa ajena para provecho o utilidad pública.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1057 la define como:

“Un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre predio sirviente:

De los derechos reales principales siguen los derechos reales de garantía o accesorios los cuales son definidos por Julián Bonecasse como: *“Aquellos derechos cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de una obligación”.*¹²

La característica principal del derecho real de garantía como su nombre lo indica es el de garantizar el cumplimiento de una obligación (estos derechos, suponen una obligación preexistente a cuya existencia están subordinados). Sobre su determinación existen numerosas dificultades, sin embargo, se consideran como tales:

a) La prenda, llamada también en la doctrina (mexicana) pignoración la cual recae sobre bienes muebles y anticresis cuando recae sobre bienes inmuebles, esta última denominación siguiendo a Bonecasse.

¹¹ Ibidem, pág, 1568.

¹² BONNECASE Julián, Op,Cit, pág, 661.

b) La hipoteca, es decir los derechos reales que recaen, en principio, sobre un inmueble y que se derivan de la ley, de una sentencia o de la voluntad de las partes, y

c) Según la doctrina clásica algunos privilegios, pero no todos.

La palabra prenda, proviene de latín *Pignora* plural de *pignus-oris*, en su sentido original significa objeto que se da en garantía. El Código Civil la regula dentro del libro cuarto “de las obligaciones”. *“En sentido jurídico se puede distinguir entre derecho de prenda y contrato de prenda, siendo aquél el derecho que el acreedor obtiene como garantía sobre un determinado mueble ajeno y éste la fuente o modo ordinario por el que se constituye aquel derecho”*¹³

El artículo 1773 del Código Civil de 1884 define la prenda como: *“Un derecho real, que se constituye sobre un objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y preferencia en el pago”*¹⁴

Actualmente el artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal define a la prenda como: *“Un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”*

Leopoldo Aguilar Carvajal la define como derecho real diciendo: *“Es un derecho real que se constituye sobre bienes muebles enajenables, determinados, que se entregan real o jurídicamente al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago, concediéndole, además los derechos de persecución y de venta sobre los citados bienes, en caso de incumplimiento.”*¹⁵

Como contrato define también a la prenda como: *“Contrato real, accesorio, por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole además los derechos de persecución venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla la obligación.”*¹⁶

¹³ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2492.

¹⁴ AGUILAR Carvajal, Leopoldo, Contratos Civiles, Porrúa, Primera edición, México D. F., 1982, pág, 255.

¹⁵ *Ídem*, pág, 256.

¹⁶ *Ibidem*.

De las definiciones anteriores, en resumen se obtiene que: La Prenda es un contrato principal, se constituye para garantizar hasta el monto de la obligación adquirida pero jamás en exceso, las modalidades de la obligación principal afectaran también la prenda que debe recaer sobre los bienes muebles enajenables determinados, cabe señalar que se enumeran diversas clases de prenda que pueden constituirse sobre derechos reales, aún cuando los mismos no se encuentren regulados por la ley, por ejemplo:

- a) Prenda del derecho de propiedad sobre muebles.
- b) Prenda del derecho de usufructo sobre muebles.
- c) Prenda del derecho de nuda propiedad sobre muebles.
- d) Prenda del derecho de prenda.
- e) Prenda del derecho de crédito hipotecario.
- f) Prenda del derecho de los derechos de autor.

La prenda es un derecho real, razón por la cual, tiene los caracteres de inmediatividad y absolutividad; es decir, la relación que existe entre el acreedor y la cosa dada en prenda es inmediata, en el sentido de que no se requiere la intervención de otro sujeto para destinar el bien dado en garantía a su fusión, y es absoluto, porque el acreedor tiene respecto del objeto una preferencia y persecución del bien frente a todo el mundo.

En el contrato de prenda se encuentran cuatro características importantes.

La primera característica es que es un contrato accesorio, ya que servirá de garantía a un adeudo principal por lo que una vez extinguida la obligación principal, sea por pago, o por cualquier otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda.

La segunda característica es la especialidad, por que la prenda debe recaer sobre bienes singulares (si bien se extiende a todos los derechos accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ella).¹⁷

¹⁷ Por esa razón, si se constituye el derecho de prenda sobre frutos pendientes de los bienes raíces, el que de esos frutos se considerará como depositario de ellos, pues en principio los frutos de la cosa empeñada pertenece al deudor, tal como lo disponen los artículos 2857 y 2880 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales a la letra establecen: "Artículo 2857. También pueden darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces, que deben ser recogidos en tiempo determinado. Para que esta prenda surta sus efectos contra tercero necesita inscribirse en el Registro Público a que corresponda la finca respectiva. El que de los frutos en prenda se considerará como depositario de ellos, salvo convenio en contrario. Artículo 2880. Los frutos de la cosa empeñada pertenecen al

La tercer característica, es la de determinabilidad lo que significa que la garantía es concedida para determinados créditos, pero se garantiza además del crédito principal, los intereses por un tiempo determinado; siendo está la razón por la que el Código exige que el contrato se haga por escrito (pero para el caso de que el contrato se haga en documento privado se pide se constituya en dos ejemplares de los cuales cada uno de los contratantes conservara uno ya que si no se pudiese constatar la fecha del contrato, el mismo no podría surtir sus efectos en contra de terceros por ser indeterminable frente a estos además de ser un principio general del derecho que las obligaciones deben ser determinadas o determinables).

Por último, la cuarta característica es la de la indivisibilidad, lo que significa que el derecho se va extender sobre el bien en su totalidad y cada una de sus partes para garantizar la totalidad del crédito así como cada una de sus partes, salvo pacto en contrario, tal como lo dispone el artículo 2890 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer:

“Artículo 2890. El derecho y la obligación que resulten de la prenda son indivisibles, salvo el caso en que hay estipulación en contrario; sin embargo, cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, esta se ira reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, con tal de que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados“.

La vinculación existente entre el derecho y la obligación, que resultan de la prenda dan lugar a dos consecuencias, la primera será a beneficio del acreedor y la segunda a beneficio del deudor.

La primer consecuencia, se conoce como “perdida de beneficio del término“, y consiste en que si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin culpa del acreedor, puede exigirse del deudor otra prenda o el pago de la deuda aún antes del plazo convenido. El acreedor que fuese turbado en la posesión de la prenda debe avisar al

deudor, más si por convenio los percibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital”.

dueño para que la defienda; sin embargo, si el deudor no cumpliera con esta obligación, será responsable de los daños y perjuicios.

Si perdida la prenda el deudor ofreciere otra o alguna caución, queda al arbitrio del acreedor aceptarla o rescindir el contrato. (se le llama caución, a la prenda irregular en la que el derecho de garantía tiene por objeto una cosa fungible, generalmente una suma de dinero).

La segunda consecuencia, es la que se establece a favor del deudor consiste en la prohibición del pacto comisorio, es decir, que en caso de incumplimiento del deudor el acreedor no puede quedarse con el bien dado en garantía por su propia autoridad, sólo podrá pedir que el juez decreta la venta en pública almoneda de la cosa empeñada previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda (para el caso de adjudicación a favor del acreedor, ésta se hará en las dos terceras partes de la postura legal).

Así tenemos que además de la prenda civil (que se ha definido con anterioridad) que se ha mencionado, existe también una prenda mercantil, la cual no se encuentra definida por el Código de Comercio, por lo que se utiliza la definición que da el Código Civil, la misma se califica de mercantil cuando garantiza obligaciones de naturaleza comercial, o recae sobre cosas mercantiles. Se presume mercantil, la que constituye un comerciante para garantizar sus obligaciones, siendo también mercantil la que se otorgue a favor de una Institución de crédito (por no ser la prenda el objeto de estudio del presente trabajo de investigación se ha hecho solo una remembranza de la misma).

Una vez entendido que la ubicación sistemática del objeto de estudio se sitúa en el ámbito del derecho civil, y que el mismo esta constituido por la hipoteca a la que se le ha dado un estudio especial, es necesario realizar el estudio propio de la institución jurídica de la misma.

3. EL DERECHO REAL DE HIPOTECA Y SUS CARACTERÍSTICAS

De los temas anteriores y de acuerdo al objeto del presente trabajo, se incorporara necesariamente, el análisis del derecho real de hipoteca así como sus

características, respecto del concepto de hipoteca el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas precisa:

“La hipoteca, proviene del latín hypotheca, y del griego hypoték, prenda; suposición, en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar sostener o asegurar una obligación. Derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, por manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley, para asegurar el pago de un crédito, sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento, pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda”.¹⁸

Actualmente el concepto legal de Hipoteca lo da el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2893, al estipular:

“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 establecida por la ley”

Se advierte de la lectura de las definiciones anteriores que la hipoteca es un derecho real que se constituye para garantizar un crédito sobre bienes que no se entregan al acreedor y que para el caso de incumplimiento da derecho a ser pagado con el valor de los bienes en el grado de preferencia que marca la ley.

La hipoteca existía ya desde el derecho griego y se caracterizaba por la entrega que el deudor hacía a su acreedor de un bien inmueble para garantizar el pago de una deuda; de esta manera, el acreedor podía usar el inmueble dado en garantía, a cuenta de los intereses debidos, siendo ésta una garantía real.

*“El derecho romano utilizó la garantía real, que pasó por tres etapas en su evolución. 1) El deudor entregaba al acreedor el dominio temporal de una cosa, mediante la mancipatio o la (in iure cesio), con un pacto de **fiducia**. Por el cual el acreedor se comprometía a devolver el bien cuando la obligación quedara satisfecha; 2) En una segunda etapa, se daba al acreedor la posesión de la cosa garante, pero no el dominio revocable, este sistema se denominó pignus (prenda) y la cosa*

¹⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 1584.

prendada se restituía al cancelarse la obligación, y 3) La tercera etapa fue la de la hypotheca, donde se perfeccionan los sistemas anteriores, adquiere el acreedor el derecho a la posesión, pero éste sólo se materializa en caso de incumplimiento del deudor, transformándose así la hipoteca en un eficaz auxiliar del crédito, ya que el deudor podía seguir explotando su propiedad.

En México en la época precortesiana, existió la prenda aunque claramente no se le había configurado como un derecho real de garantía en esta etapa, el deudor entregaba un objeto mueble o un esclavo hasta saldar su obligación, fue hasta la época del derecho hispano que llegó en forma moderna las instituciones de garantía real, aunque al principio también aparecen confundidas la prenda y la hipoteca.

Fue la ley del 63 de Toro, la que empleo los términos de prenda e hipoteca según la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes, fue a través del siglo XIX, que se fueron perfeccionando esos conceptos y la primera disposición hipotecaria con una dogmatiza propia fue la real Cédula de 9 de mayo de 1778, la cual instauro como una novedad el registro de hipotecas, para poder evitar así los fraudes a terceros, el Código Civil de 1928 introdujo sensibles variantes que, según la doctrina, producen nuevamente un acercamiento entre las Instituciones de la prenda y la hipoteca.”¹⁹

Se advierte de la definición que da el Código Civil vigente para el Distrito Federal que con el término de hipoteca se designa tanto al contrato, como al derecho real de garantía que es aquel que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, (se advierte que la mayoría de hipotecas se constituyen sobre bienes inmuebles, sin embargo la ley no prohíbe la posibilidad de poder otorgar hipoteca sobre bienes muebles), determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien. Dada su naturaleza de derecho real su titular tiene derecho de persecución de preferencia por lo que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada cobrar su crédito con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

¹⁹ Cfr, Diccionario Jurídico Mexicano, pág, 1584.

También puede entenderse como hipoteca aunque en una forma muy restringida a la cosa misma que se encuentra gravada por este derecho real.

La hipoteca como derecho real, es oponible erga omnes (oponible a todo mundo) y por lo tanto, los bienes hipotecados conservaran el gravamen aún cuando se transmita su propiedad a un tercero. La hipoteca puede otorgarse por el deudor a favor del acreedor de la obligación garantizada, o por un tercero para garantizar la deuda a cargo de persona diversa.

CARACTERÍSTICAS.

En el presente apartado, se estudian las características de la hipoteca, no como contrato, sino como derecho real al que da nacimiento el contrato de hipoteca, permitiendo al titular de ese derecho obrar sobre la cosa sin intervención de una persona, siendo así la principal característica su naturaleza de derecho real.

a) Carácter mueble o inmueble del objeto del derecho real de hipoteca. De la lectura del artículo 2893 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que el derecho real de hipoteca, puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles toda vez que solo dice que el derecho real de hipoteca se constituye sobre bienes, sin hacer mención o restricción alguna en que estos deban ser muebles o inmuebles. Cierto es que la mayoría de las veces este derecho real se constituye sobre bienes inmuebles, pero esto no resulta ser una limitación o una prohibición para que se pueda constituir la hipoteca sobre bienes muebles. No obstante, en una dogmática jurídica-civil, se advierte que constituir garantía en muebles se asume por la institución de la prenda. El artículo 2896 del Código Civil para el Distrito Federal, señala: *“La hipoteca se extiende aunque no se exprese:*

“I A las accesiones naturales del bien hipotecado;

II A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados;

III A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;

IV A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos isos que levante sobre los edificios hipotecados.”

De la lectura anterior se desprende que se suprime la denominación de “inmuebles”, y al hacerlo se infiere la naturaleza del bien mueble lo que conduce a determinar que el derecho real de hipoteca también puede recaer sobre bienes muebles, no obstante el comentario hecho con antelación al respecto.

b) La no desposesión de la cosa, el derecho real de hipoteca no confiere a su titular del derecho real de hipoteca la tenencia de la cosa. No se va a desposeer del bien al constituyente de la hipoteca, sino que ésta la conservará el propietario, ya sea el deudor o el tercero constituyente y sólo podrá el titular del derecho real, recuperar u obtener la cosa de quien la posea, cuando se haga efectiva esa garantía al incumplir el deudor con el crédito que garantiza este derecho.

Esta característica de la hipoteca en la que no se desposee de la cosa al dueño de la misma, tiene una consecuencia de gran interés en el fomento del crédito, ya que el dueño de la cosa gravada con este derecho seguirá teniendo ésta, y podrá gozar del conjunto de beneficios a los cuales se extiende, ya sea porque se le incorporen, por causas del destino o por que haya un pacto expreso entre las partes, y de esta manera el propietario podrá explotar los bienes y obtener todos y cada uno de los beneficios que la cosa le pueda proporcionar y sin que esto le afecte por la garantía que ha constituido, lo que llevara a que crezcan idealmente los valores por el mecanismo que ha utilizado el crédito.

c) La Persecución de la cosa. Esta característica del derecho real de garantía, consiste en que el titular podrá recuperar la cosa de manos de quien la tenga, nota identificadora de este tipo de derechos. La acción persecutoria es propia de todo derecho real, la de venta es sólo inherente a los derechos reales de garantía, esta característica la regula el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2894, el cual establece: *“Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero”*.

d) La preferencia en el pago, permite que el acreedor que goza de garantía hipotecaria, podrá cobrar el importe de su crédito con el valor del bien hipotecado, antes que otro acreedor.

Dentro del título de preferencia y prelación de crédito, es necesario distinguir si se está frente a una preferencia en el pago o frente a una preferencia en cuanto al

grado, calidad o fecha de la constitución de estos derechos, pues la preferencia en el pago será peculiar a los derechos reales de garantía, el acreedor hipotecario podrá cobrar con preferencia a los demás acreedores sin necesidad de entrar en concurso, ya que supone que el valor de una cosa se destina a pagar un crédito u obligación principal, en cambio en la preferencia en cuanto al rango, grado o fecha de constitución se presenta en los diversos derechos reales, tanto principales como accesorios y esto solo sirve para determinar cual de los acreedores será preferente para el cobro en relación a la constitución de su derecho.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2981, 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 competan 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”.

Por lo anterior, los titulares de un derecho real de hipoteca, son dispensados de concurrir del concurso o de quiebra, sin tener por que negociar o celebrar arreglos con alguien (su deudor o con la masa de acreedores en el concurso, los acuerdos entre la masa de acreedores en el concurso, ni tampoco los acuerdos entre la masa de acreedores y el deudor pueden perjudicarla), como se ha mencionado con anterioridad, él tiene la acción para hacer vender la cosa hipotecada y su producto aplicarlo al pago de la deuda.

e) El derecho real de hipoteca, es accesorio, toda vez que presupone la existencia de una obligación cuyo pago esta garantizando, y la cual una vez que se haya extinguido, provocara que se extinga también el derecho real de garantía, aunque hay quienes afirman que es posible considerar la separación que puede haber entre el crédito y la hipoteca. Puede existir hipoteca antes de que nazca la obligación principal, estando vigente ésta y aún cuando ésta se haya extinguido. La primera opción (existencia de la hipoteca antes de que nazca la obligación garantizada), puede presentarse cuando la hipoteca garantiza obligaciones condicionales y a futuro. El artículo 2921 del Código Civil para el Distrito Federal establece: *“La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura sujeta*

a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse". Como ejemplo se tiene a un tutor, que para poder administrar los bienes del pupilo necesita forzosamente otorgar garantía que puede ser una hipoteca sobre algunos de los bienes, hasta este momento al parecer no existe todavía obligación por parte del tutor y quizá no llegue a existir, pues es una obligación condicionada, ya que ésta nacerá cuando desempeñe mal su función el tutor, y sin embargo, la hipoteca ya existe, aunque, en forma por decirlo así oculta la obligación principal que esta garantizando es el debido cumplimiento de las funciones del tutor y por lo tanto la obligación principal existe y originándose de esta forma la hipoteca.

En el segundo supuesto, se presenta cuando la obligación ya existe y está garantizada con hipoteca, como es el caso en el que A es acreedor de B tanto por lo que hace a la obligación principal como al crédito hipotecario, siendo que B es deudor del crédito hipotecario como del crédito principal, el aspecto activo del crédito u obligación principal e hipotecario se encuentra en una sola persona, estando el aspecto pasivo del ejemplo reunidas también en una sola persona, el problema se presenta cuando B vende la casa que había otorgado en garantía hipotecaria y ésta a su vez es comprada por C, la obligación se separa, ya que C no es el deudor principal pero pasa a ser un deudor hipotecario y B pasa a ser sólo un deudor principal, pero aunque C no está obligado frente a A con la obligación principal, la casa de la cual es propietario contiene la garantía hipotecaria, como ya se dijo es oponible a terceros, por lo cual se ha llevado acabo la separación de la hipoteca y la obligación principal, aunque puede ser también que nazcan separados si desde el principio uno es deudor y una persona diferente es deudor hipotecario del mismo acreedor.

En el tercer supuesto (subsistencia de la hipoteca a pesar de haberse extinguido la obligación garantizada), se dará en el caso de la novación (alteración substancial de una obligación que produce la extinción de una obligación y el nacimiento a su vez de otra nueva). El artículo 2220 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone: *"La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede por una reserva expresa, impedir la extinción de las*

obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva". Sin embargo, me parece que el carácter accesorio de la hipoteca es claro, en lo que pareciera supervivencia de lo accesorio frente a la obligación principal extinguida.

En verdad al extinguirse la obligación principal se extingue la hipoteca.

Actualmente los Bancos, firman contratos modificatorios a los contratos de apertura de crédito y estos contratos modificatorios como lo indica su nombre solo transforman la obligación en algunas partes o cláusulas de los contratos por eso se hace la reserva expresa de que la garantía seguirá siendo la misma pero en realidad la obligación también será la misma nada mas que modificada, en la novación la obligación principal si se extingue y al crearse una nueva obligación nace una nueva garantía hipotecaria.

f) Otra de las características, de la hipoteca es la de la individualidad, para que el derecho real de hipoteca sea válido, necesita recaer sobre bienes determinados, requiriendo así el hacer una especificación de los bienes que serán afectados con este derecho real, el Código Civil para el Distrito Federal la entiende desde dos puntos de vista pues nos sólo deben ser determinados los bienes objeto de la garantía sino que también debe ser determinada la obligación garantizada, pues el deudor no podrá constituir una hipoteca para garantizar todas las obligaciones que contraiga frente a una persona, sino que esas obligaciones deberán ser determinadas para poder permitir a un tercero conocer por cuanto responde un bien, definiéndolo así el artículo 2912 del Código en comento al enunciar que: *"Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándosele la parte del crédito que garantiza "*.

g) Otra característica más, es que el derecho real de hipoteca no se divide aún cuando disminuya el crédito que garantiza y para el cual fue creado, pues la hipoteca permanecerá íntegra hasta que se extinga la totalidad del crédito, estableciendo así el artículo 2911 del Código Civil para el Distrito Federal, el llamado principio de indivisibilidad de la hipoteca, al establecer: *"La hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada, y gravará cualquier parte de los bienes*

hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido, pero sin perjuicio de lo que disponen los artículos siguientes”.

La indivisibilidad de la hipoteca, se puede tomar desde dos puntos de vista:

I. Desde el aspecto de los bienes gravados con ese derecho real, los cuales en su totalidad y cada una de las partes de que se componen esos bienes se encontraran gravados por ese derecho real, y;

II. Desde el punto de vista del crédito garantizado mediante la constitución de un derecho real, toda vez que si el crédito para el cual fue creado ese derecho real de hipoteca llegare a dividirse, cada parte de ese crédito para el cual nació será garantizado con la totalidad de los bienes que se encuentren hipotecados.

Una vez analizada la hipoteca y sus características, es importante el estudio de las diversas clases de hipotecas, pues como se verá más adelante existen diversos tipos de hipotecas los cuales presentan diversas clases de constitución.

3.1 DIVERSAS CLASES DE HIPOTECAS.

Existen diversas clases de hipotecas en la legislación mexicana, y su estudio resulta necesario toda vez como se vera más adelante cada una tiene diversa forma de creación y un objetivo diferente para el cual fue creada, por lo anterior es que se le ha dedicado el presente apartado.

Las hipotecas tienen diferentes nacimientos distinguiéndose unas de otras según su fuente, existe la hipoteca convencional como la voluntaria que nace de la voluntad de las partes y la que puede ser creada por deseo expreso del dueño o propietario del inmueble gravado con el derecho real de hipoteca y; la hipoteca legal que como su nombre lo indica es impuesta por la ley.

Las hipotecas, también pueden ser clasificadas por su manifestación, es decir cuando las mismas son tacitas o expresas, la tácita no exige para su validez y eficacia ni la constitución voluntaria, ni mandato judicial ni la publicidad registral estas hipotecas solo se constituyen en forma privada y aún cuando se elaboran por escrito no necesitan de registro alguno, cuando las hipotecas son expresas sí se encuentran inscritas ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio siendo su principal

beneficio que son oponibles contra terceros, es decir, que el gravamen hipotecario seguirá la suerte del bien inmueble gravado con este derecho real si el bien es vendido el gravamen pasara también a poder de tercero.

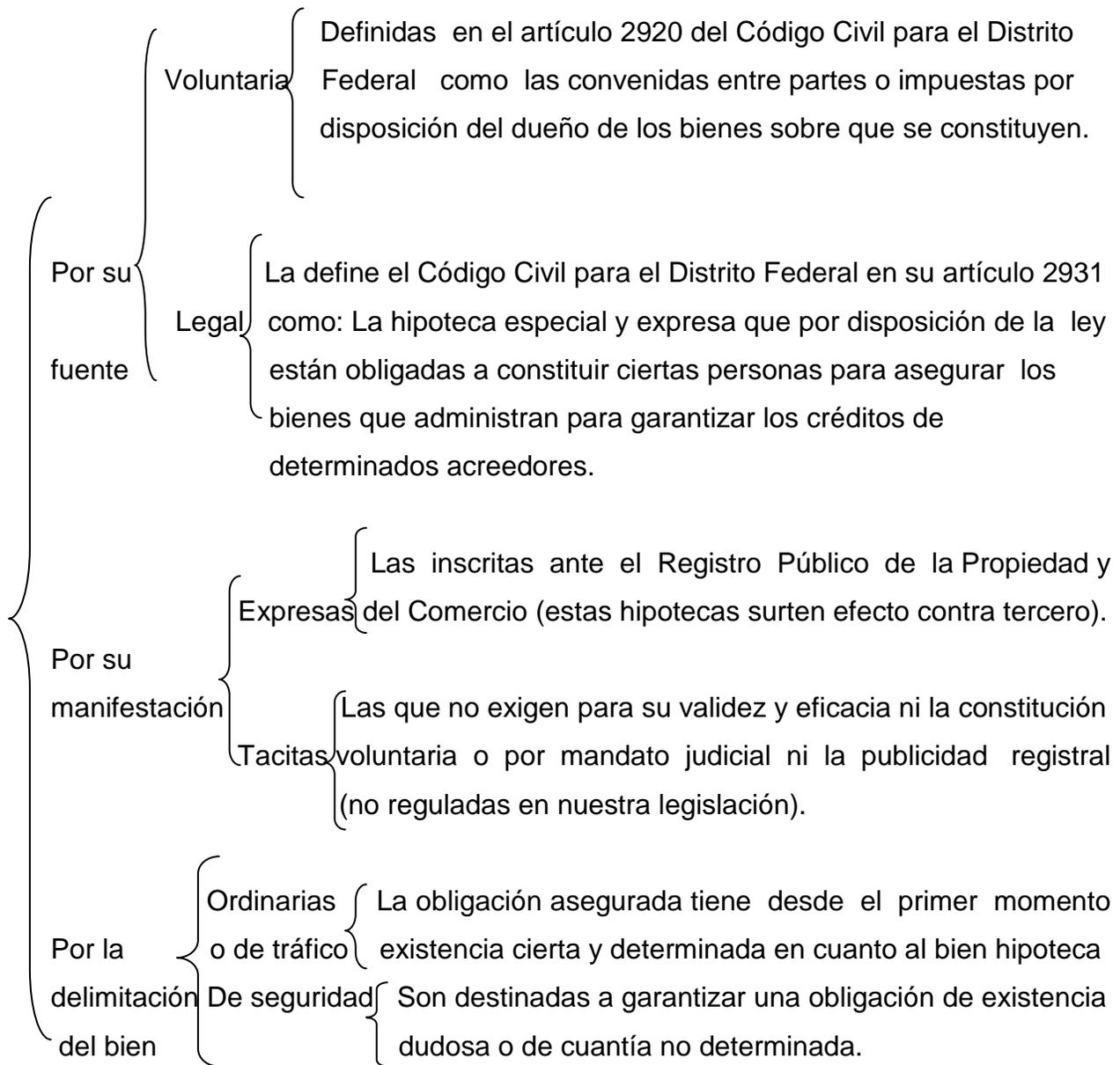
Las hipotecas Ordinarias o de Tráfico, cuentan con una existencia cierta y determinada desde el momento en que son creadas, a contrario de las hipotecas de seguridad, las cuales nacen para garantizar una obligación de existencia dudosa o de cuantía no determinada, éstas últimas, no se encuentran reguladas en la legislación mexicana.

C
L
A
S
I
F
I
C
A
C
I
O
N

D
E

L
A
S

H
I
P
O
T
E
C
A
S



3.1.1. HIPOTECA VOLUNTARIA Y LEGAL.

Es importante el estudio de los tipos de hipotecas más comunes que se pueden encontrar, de entre las cuales se tienen las siguientes:

Hipoteca voluntaria. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2920, define a la hipoteca voluntaria como:

“Las convenidas entre partes o impuesta por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen”.

La primer parte de este artículo, remite al tipo de hipotecas más frecuentes constituyéndose a través de contrato, es decir, interviene necesariamente la voluntad de dos partes para que ésta pueda existir.

Del análisis del mismo artículo, se obtiene en primer lugar que la voluntad es el elemento esencial en las hipotecas voluntarias (requisito indispensable para que esta pueda existir).

El segundo de los elementos esenciales de las hipotecas voluntarias es el objeto, que debe ser jurídicamente y físicamente posible; es decir, que el bien sujeto a hipoteca debe existir en la naturaleza, estar dentro del comercio y ser determinado o determinable.

Si llegare a faltar alguno de los elementos de posibilidad física o jurídica del objeto, la hipoteca será inexistente. Habrá imposibilidad física, cuando la garantía recaiga sobre una cosa que no exista e imposibilidad jurídica cuando la cosa no esté en el comercio o no sea determinada o determinable.

Son elementos de validez de las hipotecas voluntarias, la forma y la capacidad las cuales se estudiarán posteriormente dadas sus características especiales.

Por supuesto, este tipo de hipotecas sólo podrán ser constituidas por quien tenga la libre disposición del bien, o por la persona que esté facultada para ello de acuerdo a lo que establece la ley, pues sin estos dos requisitos la hipoteca podrá declararse nula.

HIPOTECA LEGAL.

Al escuchar el término legal, lo primero que se piensa, es que se trata de algo que la ley impone o crea, sin embargo, al estudiarla correctamente se advierte que lo que la ley hace es conceder un derecho a exigir su constitución.

En efecto, la hipoteca legal solo se va a constituir como resultado de aquel derecho que se puede ejercitar, del cual se pueden desprender dos hipótesis:

La primera es que el propietario del bien, acceda a constituirla y la segunda es que se niega a su otorgamiento.

En el primero de los casos, la hipoteca se formara por medio de un contrato de cumplimiento de la obligación legal, y en el segundo, por mando judicial una vez seguido el procedimiento especial que la ley establezca para dicho efecto, tal como

lo señalan los artículos 12 y 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los cuales a la letra establecen:

“Artículo 12. 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 ésta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio.

Artículo 468. 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.

En el primer caso no existe mayor problema para la constitución de la hipoteca, si A otorga a B un crédito por determinada cantidad de dinero y a su vez B otorga a A hipoteca sobre un bien de su propiedad y ambos se presentan voluntariamente ante el Notario que para tal efecto se designo a firmar la escritura correspondiente, el negocio se cierra y la hipoteca se constituye sin problema alguno.

En el segundo de los supuestos si A presta a B cierta cantidad de dinero y a su vez B otorga garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad a favor de A, pero, al momento de presentarse a la firma de la escritura B no lo hace, entonces A deberá demandar de B en la vía hipotecaria la constitución de la hipoteca en virtud del préstamo que le hizo y por el cual le ofreció otorgar garantía hipotecaria, para que en su caso, el Juez otorgue la escritura firmando en rebeldía de B.

Las hipotecas legales, al igual que los otros casos o tipos de hipotecas, recaerán no sobre todo el patrimonio o los bienes que forman parte del patrimonio de la persona obligada a constituir la hipoteca sino que recaerán sobre bienes concretos y determinados, siendo precisamente aquí donde se encuentra el carácter esencial de la hipoteca, pues es dentro del patrimonio donde se hace la especificación del bien que será afectado. Dice al respecto Diez Picazo:

“Las personas a cuyo favor reconoce la Ley hipoteca legal podrán exigir dicha hipoteca sobre cualquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla”²⁰

Marcel Planiol, define a la hipoteca legal como:

“Aquella que el acreedor posee de pleno derecho, sin necesitar obtener su constitución mediante una convención expresa”²¹

Este tipo de hipotecas posee un carácter expreso pues solo hay derecho a exigir su constitución cuando se esté ante los supuestos de hechos que la ley

²⁰ DIEZ Picazo, Luis, Sistema de Derecho Civil, tomo III, Sexta edición, Tecnos, Madrid España, 1998, pág, 513.

²¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo VI, Primera edición, Cárdenas, México D, F, 1983, pág, 192.

marque o señale y una vez inscritas, surtirán los mismos efectos que las voluntarias sin más especialidad que las expresamente marcadas por la ley.

El Código Civil para el Distrito Federal define a las hipotecas necesarias como:

“Artículo 2931. Llamase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores.”

La constitución de la hipoteca necesaria o legal, podrá exigirse en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado, tal como lo establece el artículo 2932 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este tipo de hipotecas duraran el mismo tiempo que la obligación que con ella garantiza.

Tienen derecho a pedir la hipoteca necesaria para la seguridad de sus créditos;

I. El coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que haya recibido;

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

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

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

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

La constitución de la hipoteca, en los casos a que se refieren las fracciones II y III arriba transcritas, puede ser pedida:

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

II. En el caso de bienes que administren los tutores, por los herederos legítimos y por el curador del incapacitado, así como por el Consejo Local de Tutelas;

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

Los que tienen derecho a exigir la constitución de la hipoteca necesaria, tiene también el de objetar la suficiencia de la que se ofrezca, y el de pedir su ampliación cuando los bienes hipotecados se hagan por cualquier motivo insuficientes para garantizar el crédito; en ambos casos resolverá el juez.

3.1.2. HIPOTECA EXPRESA Y TACITA.

Otra clasificación que actualmente se encuentra regulada en casi todas las legislaciones es la que distingue a la hipoteca expresa de la tácita, al respecto refiere Diez Picazo:

*“Son hipotecas expresas las que han de ser inscritas en el Registro, en cambio, las hipotecas tácitas son las que no exigen para su validez y eficacia ni la constitución voluntaria o por mandato judicial ni la publicidad registral”.*²²

De lo anterior se advierte que el concepto de hipoteca expresa no se refiere a la manera en que pueda manifestar la voluntad (por la palabra oral, escrita o por signos inequívocos), sino a su inscripción registral que la hará oponible erga homines (oponible a todo mundo) y por lo tanto, los bienes gravados con este derecho real, conservaran el gravamen aún cuando se transmita su propiedad a un tercero.

De la misma definición de Diez Picazo, se advierte que las hipotecas denominadas tacitas, son los peores enemigos del sistema jurídico actual, el cual se encuentra basado en la publicidad registral en el caso de bienes inmuebles, las hipotecas tacitas (que no constan inscritas registralmente) han sido eliminadas poco

²² DIEZ Picazo, Luis, Op, Cit, pág, 513.

a poco de las legislaciones que las contemplaban, pues contaban con la particularidad de ser hipotecas generales (gravaban cualquier bien perteneciente al deudor), contrario a las hipotecas que en la actualidad se conocen, como ocurre con el Código Civil para el Distrito Federal, en cuyo artículo 2919 las prohíbe señalando expresamente que para que las hipotecas surtan efectos frente a tercero requieren de su inscripción y registro en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Actualmente, la legislación mexicana no reconoce o regula las hipotecas tacitas ni las generales, sin embargo, en la legislación española se reconocen hipotecas tacitas aunque sobre bienes individualizados, tal como lo expone Díez Picazo en los siguientes tres casos:

1º A favor del Estado, Provincia o Municipios para asegurar el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que directa e indirectamente recaigan sobre el inmueble (arts. 168, núm. 6º y 194 L.H.; art. 271 R.H.).

Estamos, pues, ante tributos que gravan periódicamente bienes inmuebles. La Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 extiende el supuesto a los gravámenes de los productos de aquellos, ciertos o presuntos. En ambos casos, la hipoteca legal, como así la denomina el Reglamento Hipotecario (art. 271), asegura el cobro de deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior (art. 73 Ley General Tributaria).

2º A favor de los asegurados, por el importe de las primas de los dos (últimos) años o de los dos últimos dividendos pasivos, si el seguro fuese mutuo (arts. 168, núm. 7, y 196 L.H.).

Estas hipotecas tácitas -que hemos expuesto- gozan también de privilegio para el cobro sobre el precio en que se han realizado los inmuebles afectados frente a los demás acreedores del deudor. Sus titulares cobran con preferencia a cualquier acreedor por el orden en que las hemos enumerado (arts. 1.923. núm. 1.º y 1.927 C.C.).

3° A favor de la comunidad de propietarios, por el importe de los gastos comunes del último año sobre el piso o local) art. 9.º núm 5.º; de la Ley de propiedad Horizontal de 1961). Se habla por el legislador de afección, lo que ha hecho que se sostenga que no es un caso de hipoteca legal sino de preferencia para el cobro frente a los demás acreedores.²³

Ya he mencionado, que este tipo de hipotecas no son reguladas por la legislación mexicana vigente, ya que expresamente requiere de la inscripción de la misma ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio para que puedan surtir sus efectos frente a terceros.

3.1.3 HIPOTECA ORDINARIA O DE TRÁFICO E HIPOTECA DE SEGURIDAD.

Este tipo de hipoteca, tiene una característica muy particular, pues aunque no es muy conocida, su nombre nos la describe con mucha claridad es ordinaria o común, consiste únicamente en la inscripción determinada del monto ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, es decir, si A hace un préstamo a B por \$1,000.00 (mil pesos 0'0/100 M.N.) y sobre esta cantidad B otorga garantía hipotecaria a A, sobre un inmueble de su propiedad, sin pactar el pago de intereses sino que solamente se estipula la devolución de la cantidad de dinero prestada, inscribiéndose así la hipoteca ante el Registro, A al hacer efectiva dicha garantía lo hará solamente por \$1,000.00 (mil pesos 00/100 M.N.), cantidad que prestó y la cual se comprometió a devolver B, siendo también esta cantidad por la que se inscribió la hipoteca ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

El maestro De Pina, la define como:

“Aquellas en las que la obligación asegurada tiene desde el primer momento existencia cierta en cuanto se refiere al bien hipotecado y al monto del crédito”.²⁴

²³ Ibidem, págs, 513 y 514.

²⁴ DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Sexta edición, Volumen 4, Porrúa. México D, F, 1986, pág. 294.

También citando a ROCA Sastre, al respecto expone: “*este tipo de hipotecas se caracteriza por la circunstancia de que el crédito garantizado consta en el Registro con todas sus particularidades, quedando unido registralmente con la hipoteca en forma que, ante tercero, la fe pública registral se extiende a aquellas particularidades del crédito.*”²⁵

En cuanto a la hipoteca de seguridad o excepcional (conocida por algunos autores como hipoteca anormal), el maestro De Pina la define como: “*la destinada a garantizar una obligación de existencia dudosa o de cuantía no determinada*”²⁶

Citando a CASTAN, dice que: “*la hipoteca excepcional o de seguridad es aquella que garantiza el crédito siempre que se apruebe su existencia y cuantía por medios ajenos*”²⁷

La diferencia entre este tipo de hipotecas es que las primeras se constituyen para la garantía de una obligación cierta y determinada y las últimas se constituyen para la garantía de una obligación incierta (por lo que respecta a su extensión) o indeterminadas (teniendo en cuenta el titular o la garantía). Un ejemplo de estas hipotecas, son las llamadas hipotecas de máximo, en las que únicamente se designa el importe máximo del crédito del cual debe responder el bien hipotecado, en la que deja abierta la determinación real de presentar una liquidación posterior.

Así se obtiene, que la hipoteca ordinaria o de tráfico, desde que nace va a tener una existencia cierta y será conocida en su cuantía, mientras que la de seguridad no, pues su existencia será dudosa y su cuantía será no determinada.

4. EL CRÉDITO Y LA GARANTÍA.

El presente tema, es de suma importancia ya que el carácter accesorio de la hipoteca supone la existencia de un crédito para el cual es creada y sin él no tendría razón de existir, por lo que resulta importante el estudio de estos dos elementos:

²⁵ Ídem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem, pág, 295.

Con anterioridad se ha mencionado que las hipotecas van a sujetar a unos bienes, o lo que es lo mismo van a garantizar o asegurar la satisfacción y cumplimiento de un crédito, para el cual ha nacido y fue creada. Por lo tanto existirán dos derechos en una muy estrecha conexión entre sí, el derecho de crédito o de obligación y el derecho real de garantía, dirigiendo esta conexión una de las principales características de la hipoteca (la accesoriedad).

Se ha señalado que el derecho real de hipoteca es de naturaleza accesoria al crédito que garantiza y que esta accesoriedad va a derivar de la naturaleza misma de garantía, en tanto que toda garantía existe para la seguridad o satisfacción de un crédito. Es consecuencia natural de la accesoriedad, que el derecho de hipoteca dependa de la existencia de una obligación principal que garantiza, así como también dependerá su extinción de la extinción de la obligación.

Otra característica de la accesoriedad es la imposibilidad de que la hipoteca pueda experimentar un desenvolvimiento autónomo e independiente, ya que no podrá desligarse del crédito para cuya seguridad nació, siendo imposible la transmisión o cesión del derecho real de garantía sin la cesión del crédito respectivo.

La visión que se acaba de exponer es una forma muy limitada de las conexiones entre el crédito y la hipoteca bajo el supuesto de la accesoriedad, toda vez que la hipoteca puede repercutir también en el crédito que se encuentra garantizando, ya que su regulación puede afectar algunos aspectos de la propia regulación del crédito apareciendo éste como subordinado.

Ya he mencionado que la hipoteca ha de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio para su constitución y poder surtir sus efectos en contra de terceros donde entra también el registro del crédito que garantiza, pues al inscribirse la hipoteca se menciona cual es el crédito para el que nació y esta garantizando, dándose así el supuesto de la subordinación que se explica a continuación.

Una vez que el crédito garantizado se haya extinguido en la realidad civil, por esta razón la hipoteca no se va a extinguir de forma automática ni se cancelara automáticamente su inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, pues la regla general es que se necesita un asiento específico para tal

efecto, siendo este asiento el de cancelación, que será el resultado de la voluntad unilateral del acreedor o del mandato de autoridad judicial, para que se lleve a cabo dicha cancelación.

Si el gravamen o mejor dicho el crédito sigue vivo en los asientos de los libros registrales, se corre el riesgo o la posibilidad de que el titular de ese crédito, según los mismos datos registrales pueda enajenarlo a un tercero, que al momento de realizar esa enajenación reúna los requisitos establecidos por la ley, siendo posible dicha enajenación ya que él aparecerá como el titular y nada le puede impedir la libre disposición de ese derecho, de esta manera puede ser y será enajenado este crédito y siendo válido, mientras no se demuestre que el crédito había sido ya cubierto, dependiendo ahora ya no la garantía del crédito, sino el crédito de la garantía, estando obligado el deudor a pagar o cubrir ese crédito al nuevo acreedor como si el crédito existiera en la realidad jurídica civil.

En conclusión, las relaciones entre el crédito y la garantía son de una naturaleza compleja y sin embargo, pocas veces permiten el estudio aislado de cada uno de estos elementos y la hipoteca siempre nacerá para la garantía de un crédito nunca de forma independiente.

Analizadas las clases de hipotecas así como el crédito, resulta indispensable entender como se constituye.

5. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Resulta importante, al estudiar el tema de las hipotecas, examinar la forma de su constitución. Observándose como entre las diversas clases existentes, muchas son muy parecidas y algunas derivan de otras.

La hipoteca, puede ser constituida de cuatro formas diferentes: las tres primeras son por contrato, por testamento y por acto unilateral, las que darán nacimiento a las hipotecas denominadas o conocidas comúnmente como hipotecas voluntarias.

La última de ellas puede ser instituida por la ley, dando nacimiento de esta forma a las hipotecas denominadas hipotecas necesarias o hipotecas legales.

La hipoteca creada por contrato, es aquella en la que las partes acreedor y deudor hipotecario, o en su caso acreedor, deudor y garante hipotecario, están de acuerdo en constituir dicha hipoteca, es decir forzosamente existe acuerdo de voluntades.

La hipoteca constituida por testamento, es aquella en la que por medio de un legado el deudor mejora la condición de su acreedor, pudiendo hacer puro el crédito condicional, hipotecario simple, o exigible desde luego que lo sea a plazo, sin que esta mejora perjudique de manera alguna los privilegios de los demás acreedores, en este tipo de hipotecas, también interviene la voluntad pero solo la de un sujeto la del deudor, por lo tanto se deriva de una hipoteca de declaración unilateral de la voluntad.

El artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal define el testamento como:

“Un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.”

El testador puede garantizar un crédito constituido a favor del legatario, mediante hipoteca respecto de un bien determinado, que puede ser del heredero o legatario de tal forma que la obligación principal quedaría a cargo de una persona y la hipoteca afectaría a un bien de otra persona o de la herencia en general.

Las hipotecas constituidas por declaración unilateral de la voluntad son aquellas en la que solo una de las partes, el garante hipotecario da su consentimiento y de hecho crea la hipoteca sin necesidad de la voluntad del acreedor, ésta es impuesta por disposición del dueño de los bienes.

Estas tres hipotecas son las que se conocen como voluntarias, en todas ellas interviene la voluntad ya sea en forma conjunta o en forma individual, pero existe una hipoteca más la legal, esta última se crea no con el consentimiento de las partes sino que la misma se posee de pleno derecho.

Este tipo de hipotecas serán objeto de estudio en temas posteriores, por lo que solo se ha hecho mención de ellas en el presente tema.

Las hipotecas voluntarias como ya he mencionado con anterioridad pueden ser constituidas por convenio entre las partes o por disposición unilateral del dueño en los bienes sobre los cuales se han de establecer, sin embargo, en cualquiera de las hipótesis antes mencionadas, la inscripción registral de la misma es de suma importancia pues como se dijo, para que puedan surtir sus efectos contra terceros necesitaran forzosamente de este requisito.

Como puede verse la constitución de las hipotecas que se han mencionado, es parecida a la constitución del usufructo y de los derechos reales en general, pues como puede observarse el primero de ellos puede ser constituido por contrato, testamento, acto unilateral, por la ley y así mismo por la prescripción. Con excepción, de que la hipoteca no admite como fuente la prescripción, se observa que las demás formas para constituir hipotecas son parecidas a las formas con las que se puede constituir usufructo y demás derechos reales.

El fundamento legal para la constitución de las hipotecas antes mencionadas se encuentra en los artículos 2919 y 2920, del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales a la letra disponen:

“Artículo 2919. La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, se contrae por voluntad, en los convenios; y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo caso, necesaria”.

“Artículo 2920. Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen”.

Se advierte de la lectura del artículo 2920, la definición de las hipotecas voluntarias al decir que son las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los cuales se constituyen, de esta forma resulta que en su primer parte el precepto define a las hipotecas que son constituidas por contrato, es decir, aquellas que se crean por voluntad de las partes en los convenios, de esta misma forma define a las hipotecas necesarias a diferencia de las voluntarias, como las que son impuestas por necesidad, cuando la ley sujeta a

alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados, las cuales se llaman hipotecas necesarias o legales, la segunda parte del artículo 2920, se refiere a las hipotecas constituidas mediante acto unilateral, o sea al tipo de hipotecas que se constituyen por disposición del dueño de los bienes sobre los cuales se constituirá el gravamen. En este caso, se van admitir las hipotecas que sean constituidas por testamento y por declaración unilateral, las cuales surtirán sus efectos durante la vida del emítente.

Para el estudio de las hipotecas constituidas por disposición testamentaria, se ha dispuesto de un apartado especial el cual se realizará más adelante, por lo que solo he hecho mención de ellas en el presente tema, y a la vez se verá que la misma tiene su fundamento legal en el artículo 1448 del Código Civil para el Distrito Federal.

5.1. PROMESA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Aunque el presente tema, no se encuentra regulado por la legislación mexicana como tal, la misma si regula dentro de los contratos preparatorios el de la promesa y es de vital importancia su estudio, por tener este acto consecuencias jurídicas, las cuales si se encuentran regulas por nuestra legislación.

La promesa de constituir hipotecas es regulada por el artículo 1862, del Código Civil Español, el cual a la letra establece:

“Artículo.- 1862. La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurre el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.”

Esta definición, permite distinguir con gran facilidad la diferencia que existe entre la promesa de la constitución de la hipoteca y la hipoteca constituida plena y válidamente con escritura pública y su respectiva inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

En el primer caso, se va a producir solo una acción personal, que va encaminada a obtener el cumplimiento de la promesa y como consecuencia lógica la constitución de la hipoteca que fue prometida.

En el segundo de los casos, como ya se ha mencionado van a surgir todos los efectos propios del derecho real.

La posibilidad de celebrar una promesa de hipoteca en nuestro sistema, encuentra sustento en el artículo 2243 del Código Civil para el Distrito Federal el que establece:

“Artículo.- 2243. Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrarse un contrato a futuro”.

Como ejemplo a lo anterior, si A promete a B celebrar contrato de hipoteca sobre un bien de su propiedad, A se comprometió con B a una obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido a B (la promesa de contratar puede ser de forma unilateral o bilateral cuando en este caso solo A haya hecho el ofrecimiento en el primer caso, y en el segundo cuando una vez hecho el ofrecimiento de A, B haya aceptado.²⁸

Cumplido el plazo del contrato y una vez que el promitente o sea A se rehusó a firmar los documentos necesarios para constituir legalmente el contrato prometido, el Juez los firmará en su rebeldía una vez seguido el juicio en todas sus etapas (ya se ha mencionado con anterioridad que para la constitución de la hipoteca se deberá intentar la acción hipotecaria, de acuerdo con lo establecido por los artículos 12 y 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Para el caso de que la cosa ofrecida en el contrato haya pasado por título oneroso a la propiedad de un tercero de buena fe, entonces, la promesa quedará sin efecto y la voluntad rebelde de no querer dar cumplimiento a lo prometido, origina la obligación al que la hizo de responder por los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte, independientemente de lo anterior, puede incurrirse en responsabilidad penal si existiera un fraude, o se ofreciera en hipoteca como libres,

²⁸ Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

inmuebles que se encuentran gravados, o se ofrecieran por personas que finjan ser dueños de las cosas que no están dentro de su patrimonio.

5.2. LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR DECLARACIÓN UNILATERAL.

El acto Jurídico unilateral ha ido adquiriendo gran interés en el Derecho Civil moderno, en virtud de que además de que algunos Códigos ya reconocen determinadas formas específicas para crear obligaciones por declaración unilateral de la voluntad, la tendencia se orienta en el sentido de reconocer un mayor alcance a esa fuente.

La declaración unilateral de la voluntad, es regulada por el artículo 1861 del Código Civil para el Distrito Federal el cual establece:

“Artículo 1861. El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o, desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido”.

Existen formas nominadas (oferta al público, promesa de recompensa, estipulación en favor de tercero, expedición de documentos civiles a la orden y al portador, constitución de fundaciones, oferta en los contratos por correspondencia, etc.), así como innominadas, para crear obligaciones por declaración Unilateral de voluntad, mismas que Rojas Villegas Clasifica en tres grupos que son:

- a) Oferta pública a persona indeterminada;
- b) Acto dispositivo unilateral y
- c) Promesa abstracta de deuda.

La hipoteca se clasifica dentro del grupo dos, es decir en el Acto dispositivo unilateral, pero la declaración unilateral, además de la importancia que tiene como fuente de obligaciones y el acto unilateral sigue teniendo alcance cada vez mayor para crear derechos reales, o para producir otras consecuencias jurídicas.

En cuanto a la hipoteca como derecho real de garantía, expone Rojina Villegas que:

“...el acto jurídico unilateral por si solo es bastante para generar el derecho, independientemente de la voluntad del acreedor, o la del deudor, cuando el gravamen se otorga para garantizar una deuda ajena, cosa que puede llevarse acabo con o contra la voluntad del obligado...”²⁹

El fundamento legal para la constitución de las hipotecas constituidas por declaración unilateral se encuentra en el artículo 2920 del Código Civil para el Distrito Federal el cual establece:

“Artículo 2920.- Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen”.

El precepto citado distingue entre las hipotecas convenidas entre partes o impuestas por el dueño, que estas últimas se refieren a las hipotecas que tienen su fuente en la declaración unilateral de la voluntad, comprendiendo tanto las que el dueño del bien gravado impone para garantizar su propia deuda, como las que constituye para asegurar una deuda ajena.

Al respecto el maestro Rojina Villegas citando a Cossio y Corral, expone el siguiente artículo:

“La ley española no admite la hipoteca de propietario, contra la que expresamente se manifiesta el legislador en el preámbulo de su reforma. Consagra en cambio, como hemos visto, la constitución de hipoteca por acto unilateral, que, a diferencia de aquélla, se constituye a favor de una persona determinada, distinta del titular de la propiedad de la finca. La Dirección General, en la resolución de 25 de junio e 1877, recaía en un recurso interpuesto contra la negativa del registrador a inscribir una escritura de hipoteca unilateralmente otorgada, para responder de la ejecución de cierta sentencia dictada en juicio de rebeldía, la declaró inscribible, considerando que el artículo 112 del Reglamento “no estableció una excepción de los

²⁹ ROJINA Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Cuarta edición, Porrúa, tomo IV, México, D, F 1981, pág. 480.

principios generales de la ley, como equivocadamente supone el Registrador, si no que se limitó a aplicar lo consignado en el artículo 138 a ciertos casos particulares” y que según el artículo 138 de la ley, “las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio entre las partes, si no por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyen, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen”. Reprodujese esta doctrina en las resoluciones de 29 de diciembre de 1880, 27 de agosto de 1883, 27 de octubre de 1892, 31 de agosto y 28 de noviembre de 1893, 6 de septiembre de 1912 y 31 de julio de 1928. Consideraba esta última “que es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro han sido recogidas en el artículo 138 del citado cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan”³⁰

Al respecto del presente tema, la mayoría de las veces se confunde la hipoteca constituida por acto unilateral con la hipoteca constituida por contrato, pues al momento de que el garante hipotecario oferta u ofrece constituir la hipoteca y el acreedor la acepta, si se esta ya frente a un contrato, pero, cuando la oferta se hace sin que el hacedor acepte y la hipoteca se constituye también sin el consentimiento del acreedor, entonces, se está frente a una hipoteca constituida por declaración unilateral de la voluntad, al respecto el maestro Rojina Villegas, expone:

“Generalmente se ha pensado que existe un contrato en los casos de constitución de la hipoteca por un tercero, en virtud de que nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad, de tal manera que el hipotecarista, al ejercitar su derecho, acepta la garantía y de esta suerte se forma el consentimiento o acuerdo de voluntades, de la misma manera que lo haría el mandatario al desempeñar el mandato que se le hubiese conferido por un acto unilateral del mandante, como generalmente ocurre.

³⁰ Ídem, pág, 481.

Consideramos que tal interpretación comete el error fundamental de confundir la existencia con el ejercicio del derecho. La frase de que “nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad “ o “ nadie puede ser heredero en contra de su voluntad“, no significa que para la existencia del derecho sea menester la voluntad del acreedor o del heredero, sólo supone que para el ejercicio del mismo derecho sí es menester tal voluntad, pues de lo contrario se violaría su libertad jurídica, que confiere a todo sujeto la posibilidad de ejercitar o no, determinadas facultades.

Es decir, se confunde el derecho del crédito (que es un derecho subjetivo privado, patrimonial y relativo), con su libertad jurídica. Cuando por acto unilateral nace un derecho de crédito, no se requiere la voluntad del acreedor para que éste exista, pues entonces se trataría de un contrato; el derecho se ha formado sin el conocimiento o consentimiento del acreedor, pero su ejercicio, si requiere, como es evidente, la voluntad del titular.

Tan es cierto lo anterior, que si lo aplicamos a la hipoteca, ésta existe como derecho real en favor del acreedor, por el simple acto de voluntad del constituyente del mismo, que cumpliendo con las formalidades legales (escritura o documento privado) ha otorgado una declaración unilateral, garantizando una deuda ajena o propia, sin consultar la voluntad del acreedor. Esta declaración, una vez inscrita en el Registro Público de la Propiedad es irrevocable, tanto desde el punto de vista del acreedor que quiera aprovecharla, como de los terceros jurídicamente interesados en la misma. Si la hipoteca en este caso naciera de un contrato, entre tanto el acreedor no manifestara en forma legal su voluntad, podría el constituyente revocarla, ya que por la hipótesis consideramos que su declaración unilateral no lo obligaría. Es evidente que en el derecho moderno no podemos llegar a tal conclusión, que es contraria a los fines del derecho y que echaría por tierra los principios de seguridad jurídica, buena fe, autonomía de la voluntad y respeto a la declaración formalmente otorgada.

El derecho hipotecario así nacido por declaración unilateral de voluntad, si es una facultad que para su ejercicio supondría necesariamente la voluntad del titular, pero en tal caso no podemos confundir el nacimiento y constitución de un derecho personal o real, con el ejercicio de los mismos, base de la libertad jurídica.

Se presenta una última objeción, relativa a que implicando los derechos u obligaciones, relaciones jurídicas concretas entre acreedor y deudor, no se podrán constituir éstas, sino con la concurrencia de ambas voluntades, pues nuevamente se repite, “nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad”.³¹

El sofisma que encierra la anterior argumentación es evidente, equivale tanto a afirmar que las obligaciones sólo pueden nacer de contrato, único supuesto en el cual concurren ambas voluntades, la del acreedor y deudor, para formar el consentimiento, elemento esencial de ese acto jurídico. En las obligaciones extracontractuales, justamente se parte de la hipótesis de que sin que exista acuerdo o consentimiento, ha nacido una relación obligatoria o de crédito, y ésta se ha constituido independientemente de la voluntad del acreedor: en los hechos ilícitos, en la gestión de negocios, en el enriquecimiento sin causa, en la responsabilidad objetiva, o en los hechos naturales reconocidos como fuentes de obligaciones, se originan derechos de crédito sin que el acreedor preste su voluntad, como el elemento constitutivo del derecho. Nuevamente, es el ejercicio del mismo y no su constitución, la que sí quedará a merced del acreedor.

La tesis que objetamos también nos llevará a la siguiente conclusión falsa: solamente el consentimiento o acuerdo de voluntades, puede ser el supuesto condicionante que genere obligaciones o derechos, desconociendo así que existen supuestos variadísimos, como son lo hechos y los actos jurídicos, de tal manera que entre los primeros, pueden existir hechos naturales o del hombre, y entre los actos, éstos pueden ser unilaterales o plurilaterales.

En el caso de la declaración unilateral de voluntad, ésta es el supuesto condicionante que en los casos previstos por la ley, se consideraba bastante por ésta para engendrar facultades o derechos

³¹ ROJINA Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Primera edición, Porrúa, tomo IV, México, D, F, 1960. págs, 193 y 194.

*en otra persona, independientemente de su voluntad, mismas facultades que podían ser renunciadas o no ejercidas.*³²

Como ejemplo a lo anterior, se tiene que A presta a B cierta cantidad de dinero y a su vez C otorga garantía hipotecaria a favor de A para garantizar la deuda de B, C quedó obligado frente a A, con la deuda de B, y C quedó obligado con B, sin que B quede obligado con C.

Este tipo de hipotecas al igual que las demás, no presentan mayor problema para su constitución, aunque para el desarrollo del presente tema, fue necesario hacer mención a la relación existente entre nuestros actos jurídicos.

Para su constitución van a ser necesarios los mismos requisitos de validez que se han señalado para la constitución de las hipotecas por contrato, como se dejó apuntado con antelación.

En relación con los tres temas anteriores resulta oportuno precisar su naturaleza, ya que la promesa de contratar es diferente al contrato constituido plena y válidamente por un acuerdo de voluntades, así como la hipoteca constituida solo por uno de los sujetos.

El contrato de promesa: Las partes celebran un contrato en el que prometen celebrar a futuro un contrato de constitución de hipoteca, lo que lleva a crear solo obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido, dicho contrato puede celebrarse de forma unilateral o bilateral.

Contrato de hipoteca: Se cuenta ya con un contrato constituido plena y válidamente, surgirán todos los efectos propios del derecho real, se tendrá el derecho de persecución, de preferencia en el pago, etc. Intervienen necesariamente las voluntades de todos los contratantes.

Declaración Unilateral: Existe también una hipoteca constituida plena y válidamente, la cual tendrá efectos jurídicos, sin embargo, solo se constituye por una declaración unilateral sin necesidad de

³² Ídem. Págs, 194 y 195.

que el acreedor o deudor acepten, a diferencia de la hipoteca que ha sido constituida por contrato donde forzosamente interviene la voluntad de las partes.

Situada la diferencia estructural entre las tres figuras jurídicas arriba mencionadas, es turno de analizar las hipotecas constituidas por testamento, las cuales como se verá también derivan de una declaración unilateral de la voluntad.

5.3. HIPOTECA CONSTITUIDA POR DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.

Resulta interesante el estudio de este tipo de hipotecas, ya que no son en la actualidad frecuentes, sin embargo, la ley da la posibilidad de que sean creadas, por lo cual es de suma importancia determinar su naturaleza, así como los requisitos para su debida constitución.

Al ser el testamento un acto unilateral, la hipoteca es constituida por el testador para garantizar un determinado crédito, ya sea propio o ajeno, tendrá su fuente o nacerá de una declaración unilateral de la voluntad, para tal efecto, el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1448, establece:

“ART.- 1448. Por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple, o exigible desde luego el que lo sea a plazo; pero esta mejora no perjudicará en manera alguna los privilegios de los demás acreedores.”

Obteniéndose entonces que por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo hipotecario el crédito simple, y aun cuando tal precepto solo comprende esa hipótesis, es evidente que también por un legado puede el testador constituir hipoteca sobre un bien de su propiedad, para garantizar una deuda ajena, ya se vio en el tema anterior que esto se puede hacer con o sin la voluntad del deudor o del acreedor.

También es posible, que el testador dé nacimiento al crédito y a la hipoteca cuando grava a un determinado heredero con una prestación a favor del legatario, garantizando ésta con hipoteca a cargo de un determinado bien de la herencia. El

legatario es en realidad un verdadero acreedor, cuyo derecho personal se crea en el testamento, en contra del heredero o del legatario que haya sido gravado con el legado, quienes serán deudores, cuando el legado no implique la transmisión de la propiedad de bienes determinados, sino simplemente se refiera a prestaciones de hechos, bienes fungibles o dinero. El testador, puede garantizar el crédito así constituido a favor del legatario, mediante hipoteca respecto de un bien determinado, que puede ser del heredero o del legatario deudor.

De esta manera, la obligación principal estaría a cargo de uno y la hipoteca afectaría el bien de otro o de la herencia en general.

Para este tipo de hipotecas, van a regir los mismos requisitos que se han señalado para aquellas que se constituyen por contrato, en cuanto a la capacidad, ausencia de vicios y licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto.

En cuanto a su forma de constitución de esta hipoteca es importante destacar que si el Código Civil vigente admite la constitución de hipotecas en documentos civiles a la orden o al portador, lógicamente exige sólo la formalidad relativa a esa clase de documentos, sin exigir las escrituras públicas y en cuanto a las hipotecas constituidas por testamento evidentemente también deberán correr la misma suerte en cuanto a las formalidades ordinarias o especiales requeridas por la ley para la validez de los testamentos. De esta suerte, como el testamento puede otorgarse en documento privado o en escritura pública, la hipoteca constituida en esa forma será también válida, sin olvidar por supuesto la existencia necesaria de la inscripción registral correspondiente.

Frente a esta situación, se presentará un problema, el de los testamentos que puedan otorgarse verbalmente, en cuyo caso, la constitución de la hipoteca no podrá correr igual suerte, de tal manera que el gravamen no quedara validamente constituido, ni menos podrá ser objeto de registro, para lograr su principal efecto en cuanto a su posibilidad respecto a terceros, para las acciones persecutorias, de venta y de preferencia.

5.4. HIPOTECA CONSTITUIDA POR CONTRATO.

Como he dicho en temas anteriores, que la hipoteca puede ser constituida por diversas formas como son, el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el testamento, etc., en este tema trataré la forma más común de constituir una hipoteca, la que se otorga a través del contrato.

Cuando oímos hablar de hipoteca, lo primero que se nos viene a la mente es un contrato, por eso es que he decidido comenzar el estudio del presente tema con la definición de la hipoteca.

El Código Civil para el Distrito Federal define a la hipoteca como:

“Art.- 2893. 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.”

Por otra parte, el Maestro Rafael Rojina Villegas, define la hipoteca como:

“Un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación”³³

La hipoteca constituida por contrato requiere como todo contrato de los elementos que a continuación se señalan:

Esenciales: para su existencia, se necesita del consentimiento integrado por las voluntades del acreedor y deudor hipotecario o en su caso, deudor y garante hipotecario, éste se registrará por las reglas generales propias de su naturaleza.

El objeto: éste será la cosa dada en garantía, la cual puede ser un bien mueble (que como ya se ha mencionado con anterioridad como excepción pueden ser las aeronaves, pues en realidad los derechos de garantía otorgados sobre bienes

³³ ROJINA Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Décimo primera edición, Porrúa, tomo IV, México, D. F., 1979, pág. 356.

muebles, son regulados por la prenda), o un bien inmueble, como requisito indispensable de los bienes gravados con el derecho real es que estos deben ser enajenables requisito que resulta lógicamente necesario, dada la finalidad que persigue la hipoteca.

El artículo 2895 del Código Civil para el Distrito Federal declara, que la hipoteca solo podrá recaer sobre bienes especialmente determinados, es decir, que de ninguna forma la hipoteca podrá ser general o sobre bienes no determinados.

La hipoteca se extiende aunque no se exprese, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 2896 del Código Civil para el Distrito Federal:

I A las accesiones naturales del bien hipotecado.

II A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados.

III A los objetos muebles incorporados permanentemente a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de éste o deterioro de dichos objetos.

IV A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levanten sobre los edificios hipotecados.

Los elementos de validez para la constitución de la hipoteca por contrato son los mismos que se aplican a todos los contratos en general pero aquí sólo se estudiarán los de la capacidad y forma por ser los que ofrecen especial interés, los demás seguirán las reglas generales de todo acto jurídico.

La capacidad, las reglas de este elemento de validez, son establecidas por el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 2902, 2904, 2905 y 2906 al disponer que solo puede hipotecar el que tiene capacidad para enajenar y que sólo podrán ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, asimismo dispone que, el predio común no podrá ser hipotecado, sino con el consentimiento de todos los copropietarios, sin embargo, el copropietario podrá hipotecar su parte alícuota y, al ser dividida la cosa común, la hipoteca gravará la parte que le corresponda en la división.

El contrato de hipoteca, puede celebrarse entre el acreedor y el deudor de la obligación, así como entre el acreedor y un tercero que no sea el deudor de la obligación que se garantiza.

En el caso de la mujer casada, para poder celebrar contrato de hipoteca, toda vez que la misma entraña un gravamen, ésta debe estar casada bajo el régimen de separación de bienes de lo contrario necesitara del consentimiento de su cónyuge para poder gravar el bien.

En el caso de las personas que ejercen la patria potestad se encuentran impedidos para gravar los bienes que correspondan al hijo, podrían gravarlos solamente en caso de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización de un Juez competente.

De igual forma, el tutor está impedido para gravar los bienes, así como los anexos a ellos y los muebles propiedad de su pupilo, esto sólo lo podrá realizar por causa de absoluta necesidad o de evidente utilidad del menor, debidamente justificada y previas las conformidades del curador y la autorización Judicial.

En cuanto a la forma de la constitución de las hipotecas, la ley establece las formalidades a seguir para la constitución de un gravamen, al respecto el artículo 2919 del Código Civil para el Distrito Federal establece que, para que la hipoteca pueda producir sus efectos contra terceros necesita siempre del registro, es decir, debe contar en escritura pública y ser debidamente inscrita ante el Registro Público de la Propiedad, sin embargo, ésta regla tiene su excepción, la ley antes citada establece en su artículo 2317 que para el caso de las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor no exceda al equivalente de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

Para la constitución de créditos con garantía hipotecaria, si el valor del avalúo del inmueble excede de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de celebrarse la operación deberá forzosamente constar en escritura pública.

Ya se ha mencionado, que para que la hipoteca pueda producir sus efectos contra tercero, va a necesitar siempre de registro, para lo cual, las inscripciones de los actos o contratos ante el Registro Público tendrán solo efectos declarativos.

En cuanto a la preferencia de entre los gravámenes que se encuentren inscritos sobre una misma finca u otros derechos, la misma se determinara por la prioridad de su inscripción ante el Registro Público independientemente de la fecha de su constitución.

Las inscripciones definitivas de los derechos que hayan sido anotados previamente, surtirán sus efectos desde la fecha en que la anotación los produjo.

Para la inscripción o la anotación de los títulos ante el Registro Público la misma podrá ser solicitada por quien tenga interés legítimo en el derecho que se va a inscribir o anotar, e inclusive puede solicitarse por el Notario que haya autorizado la escritura de que se trate.

En el Registro Público, se permite a las personas que lo soliciten enterarse de los asientos que obran en los folios y en los documentos relacionados con las inscripciones que están archivadas, asimismo expiden copias certificadas de las inscripciones o constancias que figuran entre sus folios, cuando la parte interesada lo solicite.

CAPÍTULO II. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN HIPOTECARIA.

1. LOS SUJETOS EN LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y LOS SUJETOS EN LA GARANTIA HIPOTECARIA.

Una vez, estudiado el derecho real de hipoteca, es menester realizar el estudio de los sujetos que intervienen en este derecho real, como se verá más adelante la relación hipotecaria no sólo se compone de sujetos a los que llamamos deudor y acreedor sino que la relación es más compleja todavía pues en ella pueden intervenir a parte de los sujetos que ya se conocen otros diversos que se llaman terceros, los cuales van a jugar un papel importante en la constitución del derecho real de garantía, pudiendo inclusive aparecer varios acreedores en una sola relación jurídica o en su caso varios deudores, es por ello que he decidido comenzar con el estudio de los sujetos en la obligación garantizada y los sujetos en la garantía hipotecaria, tratando de delimitar las diferencias existentes entre ellas.

Los sujetos de la obligación principal son dos: el deudor y el acreedor, siendo ellos los sujetos que nunca faltarán y precisamente quiénes dan nacimiento a la obligación principal, es decir, si A le presta a B cierta cantidad de dinero, y a su vez B se compromete a pagar ese dinero en determinado tiempo y en determinada forma, así tenemos que solo una obligación en la que A es acreedor y B es deudor, pero si esa obligación se garantiza con un derecho real de hipoteca, se encuentran aquí dos tipos de obligaciones; la obligación principal en la que solo interviene A y B y en segundo lugar una relación hipotecaria en la que intervendrá un nuevo sujeto precisamente quien otorgue la garantía hipotecaria (obligación garantizada).

Quien otorgue la garantía hipotecaria puede ser el mismo deudor por lo que en este caso existirá un solo sujeto pasivo en la obligación garantizada, el deudor, que es el mismo garante hipotecario, pero puede suceder que el garante hipotecario sea un tercero distinto del deudor quien va a otorgar en garantía alguno de sus bienes a una deuda ajena, es decir, si A presta a B cierta cantidad de dinero y B otorga garantía hipotecaria para el cumplimiento de esa deuda existen entonces tres sujetos en dos personas: el acreedor que es A, y el deudor y garante hipotecario que es B, pero, si para garantizar esa deuda C otorga garantía hipotecaria, aparecen

entonces los mismos tres sujetos pero en tres personas distintas que serán: A, que es el acreedor, B que es el deudor y C que es el garante hipotecario.

Para el cumplimiento de las obligaciones arriba mencionadas, las acciones que pueden seguirse en contra de estos sujetos también pueden ser diferentes, en la primera de estas obligaciones, va a existir una obligación personal y una obligación real accesoria en un mismo sujeto, es decir, el mismo deudor de la obligación principal será el que constituya u otorgue la hipoteca sobre bienes de su propiedad los cuales deberán estar dentro de su patrimonio cuando el acreedor entable la acción contra su deudor: En este orden de ideas, el acreedor podrá ejercitar indistintamente dos acciones en contra de su deudor la acción personal y la real (acción hipotecaria).

Cuando el acreedor decida ejercitar su acción para la recuperación de su crédito, puede entablar la acción real en tanto que cuenta con una garantía hipotecaria, o bien puede entablar una acción personal, pudiendo accionar la vía ordinaria en vía efectiva (cuando pueda) solicitando se despache embargo sobre los demás bienes de su deudor. El riesgo que el acreedor en este caso tiene, es que el deudor no sea solvente y por lo tanto no tenga más bienes que los ya hipotecados, es por ello, que se recomienda antes de ejercitar acción en contra del deudor verificar la solvencia de éste.

Para el segundo caso, cuando los sujetos en la relación hipotecaria son distintos de los de la relación principal, solo va existir una vía en la que podrá entablarse acción en contra del garante hipotecario y esta solo será la hipotecaria. Esta vía solo se va a intentar para el cumplimiento de la garantía real hipotecaria, es decir, se persigue o busca la venta del bien para que con su producto se haga pago al acreedor.

He citado en el capítulo anterior, que una de las características del derecho real de hipoteca es que otorga preferencia sobre el valor de la cosa gravada, por ello cuando se entabla la acción real tendrá siempre que exigirse la venta del bien para que con su producto se efectúe el pago de la obligación principal. Así aunque el tercero no es un sujeto pasivo de la obligación, queda obligado a pagar en caso de que el principal no lo haga y desde este punto de vista la demanda que se siga en el

juicio hipotecario deberá ser forzosamente por la cuantía de la obligación principal aunque la garantía ya no cubra la deuda y siempre que se trate de la obligación en los sujetos de la garantía hipotecaria tendrá que ejercitarse precisamente la acción real la hipotecaria.

2. PLURARIDAD DE SUJETOS EN LA TITULARIDAD ACTIVA DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

En base a lo estudiado en el tema anterior, apreciamos que en la relación hipotecaria puede existir diversidad de sujetos, quienes pueden ser activos o pasivos, por lo que, resulta importante el análisis de cada una de estas personalidades jurídicas.

Los sujetos activos, son aquellos a los que normalmente se les conoce como acreedores, quienes en determinado momento tienen el derecho de hacer valer la garantía hipotecaria en la vía judicial, así pues tenemos que pueden existir más de una persona o acreedor, dando origen a la pluralidad.

“Al hablar de pluralidad, se habla de que son varios, es decir, más de una persona o acreedores quienes serán dueños de un crédito garantizado con un derecho real de hipoteca, esta figura de la pluralidad de titulares de un mismo derecho real de hipoteca no se encuentra contemplada por la ley, aunque la posibilidad de que esta se lleve a cabo es una realidad, pues un deudor, podrá constituir una sola hipoteca para garantizar un crédito cuya titularidad pertenezca a más de un acreedor, o en su caso el acreedor único podrá ceder parte de su crédito hipotecario que tenga con su deudor a otro e inclusive otros sujetos que pasaran a ser también acreedores del deudor, pues no existe prohibición alguna a lo anterior”.¹

El problema principal y verdadero que hay que enfrentar, es el de ver como va a repercutir esa pluralidad en la titularidad activa del crédito y en la del derecho de hipoteca cuando el primero admita una divisibilidad.

¹ Cfr, DIEZ Picazo, Luis, Op, Cit, pág, 515.

Si la división del crédito es aceptada, como consecuencia debe admitirse también la división del derecho real de hipoteca. En el supuesto de cotitularidad de un crédito garantizado con hipoteca, al momento de constituirse deberá asentarse la participación que en el crédito hipotecario corresponderá a cada uno de los acreedores si el crédito se fracciona en mancomunidad, lo anterior partiendo de la idea de que el crédito se dividirá en el número de acreedores que existan, o en su caso, se deberá asentar si la deuda se crea en forma solidaria.

Se puede sostener también, que los acreedores forman una suerte de comunidad en la titularidad de un derecho real, por lo que, si el derecho real de hipoteca se haya en comunidad, como quiera que sea ante esta situación hay que aplicar entonces la regla general de la comunidad de bienes.

En esta situación, se debe ejercitar este derecho en una forma conjunta para obtener la recuperabilidad del derecho en beneficio de todos y cada uno de los titulares del crédito de que se trate, o bien puede ser que se haga valer este derecho en forma individual, pero siempre actuando en nombre de la comunidad.

Si A y B, prestan a C cierta cantidad de dinero, y la titularidad activa del crédito se constituye en forma mancomunada, será necesario determinar hasta por que cantidad responde de la obligación C frente a A y B, es decir si la operación del préstamo se pactó por \$100.00 (cien pesos 00/100 M.N.), C, está obligado a pagar a A solo \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.) y a B los otros \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.), de ninguna manera A o B, podrán exigirle a C, el cumplimiento de la totalidad del crédito es decir el 100% de la obligación.

Por otra parte, en virtud de que se tiene el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, si algún acreedor llegará a obtener la parte de su crédito cubierto voluntariamente por el deudor, no se podrá cancelar en una forma parcial o individual (es por ello, por lo que hay quienes llegan a considerar viable el ejercicio individual subsistiendo el crédito restante en caso de llegar a la ejecución y la adjudicación de la garantía hipotecaria, siempre y cuando como ya se menciona conste en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio que los acreedores cuentan con este crédito en una forma mancomunada).

Sin embargo e independientemente de lo anterior, las partes pueden pactar que se estatuya entre ellas la solidaridad, así bajo este supuesto la hipoteca será siempre una y facilitará las cosas ya que podrá ser ejercitada por cualquiera de los acreedores para la recuperación total del crédito y así mismo podría ésta ser cancelada por cualquiera de los acreedores solidarios, esto independientemente y sin perjuicio de las relaciones que existan con los demás titulares.

Lo anterior es muy distinto de la hipoteca que garantiza parte de un crédito. Si una parte esta garantizada y la otra no, la obligación será la misma y única; y la especialidad se producirá en la ejecución de la hipoteca, pues aquí el acreedor o actor en su caso, solo va a poder obtener del precio del remate el importe de la parte garantizada, el máximo de la responsabilidad fijada.

3. PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA TITULARIDAD PASIVA DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

Una vez estudiado el tema de la pluralidad de sujetos en la titularidad activa de la garantía hipotecaria, es menester el estudio de esa pluralidad de sujetos pero ahora en la titularidad pasiva de la garantía hipotecaria.

Como lo cité en el tema anterior, en la relación hipotecaria pueden existir diversidad de sujetos pudiendo ser estos activos o pasivos, los sujetos pasivos son aquellos a los que comúnmente se les conoce como deudores y a quienes en determinado momento se les puede exigir por la vía judicial el cumplimiento de la obligación y en su caso la ejecución de la garantía hipotecaria.

El problema que nuevamente surge, es el de resolver como va a repercutir esa pluralidad de la titularidad pasiva del crédito en la del derecho de hipoteca cuando el primero esta admitiendo una divisibilidad.

En forma contraria a lo expuesto en el tema anterior, un acreedor, podrá tener un crédito garantizado con hipoteca la cual fue constituida por diversos deudores, por ejemplo la hipoteca se puede constituir por todos los copropietarios de un bien inmueble. En este caso, también la deuda se dividirá en el número de deudores que exista, al constituirse el gravamen, y se tendrá que precisar hasta por que monto

responde cada uno de los deudores por el crédito otorgado en el supuesto de que esta obligación se haya estipulado en mancomunidad.

Si A, presta a B y C cierta cantidad de dinero, y estos a su vez otorgan garantía hipotecaria a A, sobre un bien inmueble del cual son copropietarios, se tendrá que estipular hasta por que cantidad de dinero responde cada uno de los deudores, es decir si la operación fue por \$100.00 (cien pesos 00/100 M.N.) y los deudores pactaron que dicha cantidad de dinero sería pagada al 50%, cada uno de los deudores pagara \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.), y el adeudo se tendrá por cubierto hasta que cada uno de los deudores cumpla con su obligación. Sin embargo, si solo B cumple con su obligación, la garantía hipotecaria no se cancelara y seguirá vigente hasta que C cumpla con la parte que le corresponde y el adeudo se encuentre cubierto en su totalidad. En este caso, como la deuda no se extingue, el efecto que va a producir dicho pago es el de que la deuda se reduzca solamente, lo anterior en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca que ya se ha tratado en temas anteriores.

Hablando en términos de solidaridad, cuando alguno de los deudores haga pago total del adeudo al acreedor, la deuda se tendrá por cumplida, y el deudor que cubrió la deuda tendrá el derecho de cobrar a los demás deudores la parte proporcional del crédito que cubrió.

Si para poder hacer efectiva la garantía hipotecaria, se opta por la vía judicial, tiene el acreedor la obligación de llamar a juicio a todos y cada uno de los deudores cuando la garantía se haya constituido en mancomunidad, pero si la garantía fue constituida en solidaridad la exigibilidad del crédito podrá hacerse a cualquiera de los deudores solidarios. En el caso de que el deudor al que se le ha exigido el cumplimiento de la obligación resultara insolvente, el cumplimiento total de la misma se le puede exigir a cualquier otro de los deudores solidarios.

Como puede verse, aún cuando en el contrato de hipoteca no se resuelve de manera expresa el caso de pluralidad de sujetos activos o pasivos, la solución se encuentra con las reglas generales de las obligaciones mancomunadas o solidarias.

Una vez estudiados los temas de la pluralidad de sujetos tanto en la titularidad activa como en la titularidad pasiva de la garantía hipotecaria resulta importante el

estudio de la pluralidad de sujetos tanto en la obligación garantizada como en la garantía hipotecaria, ya que las relaciones hipotecarias se constituyen entre personas y objetos, aunque parece que la situación se complica demasiado por el número de sujetos que participan no resulta tan difícil su estudio.

4. PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y EN LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

Como expuse en los dos temas anteriores la existencia de dos tipos de relaciones jurídicas que nacen en una obligación garantizada con el derecho real de hipoteca, la primera de ellas es la obligación garantizada comúnmente conocida como obligación principal y la que dará vida a la segunda de ellas que será la obligación hipotecaria. Se sabe que la hipoteca posee un carácter accesorio, pues nace siempre para garantizar otra obligación que es la principal, por eso es que considero importante realizar este análisis comparativo entre la pluralidad de sujetos de estas obligaciones.

Se explicó que la pluralidad de sujetos significa que son más de uno los que van a intervenir en esta figura jurídica y la diferencia principal existente entre la obligación garantizada y la garantía hipotecaria.

Los sujetos de la obligación garantizada simple por así decirlo, son en la que no existe pluralidad de sujetos, solo van a ser dos: el deudor y el acreedor, los sujetos en la garantía hipotecaria simple van a ser tres acreedor, deudor y garante hipotecario pudiendo en este último supuesto ser solo dos persona o en su caso tres, cuando el mismo deudor seas quien otorgue la garantía hipotecaria.

En la obligación garantizada, se puede encontrar pluralidad de sujetos activos o pasivos según vimos páginas atrás, proporcionando las reglas de solución, pero, la situación se complica cuando existe pluralidad de sujetos tanto activos como pasivos en la relación principal o garantizada así como en la relación hipotecaria.

Si en la relación garantizada existe pluralidad de sujetos tanto activos como pasivos, al igual que en el estudio de los dos temas anteriores se debe verificar si esta relación se constituyó en forma mancomunada o en forma solidaria. En el caso

de mancomunidad se debe también determinar por que cantidad de dinero responde cada deudor y hasta que cantidad de dinero puede exigir cada acreedor de un deudor, es decir: Si A y B prestan a C y D \$100.00 (cien pesos 00/100 M.N.), se debe determinar que cantidad de dinero presta A y que cantidad de dinero presta B, suponiendo que A presta \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.) y B presta los otros \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.) y a su vez C y D reciben cada uno \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.), de los cuales se compromete a pagar cada uno la misma cantidad, pero C a B y D a A, por ningún motivo C podrá pagar a A ya que si lo hace tendrá que hacer un nuevo pago a B, ya que desde el principio en la obligación se estipulo que C debería pagar a B y mientras no realice el pago correspondiente a este no se liberara de su adeudo, lo mismo pasara si D en lugar de pagar a A le paga a B.

Por lo contrario, si la obligación se pactó en forma solidaria, cualquier acreedor podrá requerir el pago o cumplimiento de la obligación a cualquiera de sus deudores, es decir: Si A y B le prestan solidariamente a C y D \$100.00 (cien pesos 00/100 M.N.), A puede requerir de pago indistintamente a C o a D y lo mismo hacer B, a su vez, C puede hacer el pago total del adeudo indistintamente a A o B y lo mismo sucederá con D, para el caso de que sea el quien cumpla con la obligación. Cualquiera de los deudores que haya cubierto la obligación, podrá exigir del otro deudor el cumplimiento del porcentaje que dejó de cubrir y a su vez, cualquiera de los acreedores podrá exigir del acreedor que cobró la deuda el porcentaje que le corresponda del pago hecho por los deudores, pero esto solo se podrá hacer en el caso de que la obligación desde el principio se haya creado en solidaridad más no así en la mancomunidad.

Una vez analizada la pluralidad de sujetos en la obligación garantizada, pasaré al estudio de la pluralidad de sujetos en la garantía hipotecaria, tema en el que se hacia notar desde el principio es más complicado por el número de sujetos que participan en dicha relación.

Como hemos visto, la diferencia principal que existe entre la relación garantizada y la relación hipotecaria es la cantidad de sujetos que intervienen en cada una de ellas, pues en la primera solo se encuentran dos sujetos y en la

segunda de ellas se encuentran tres sujetos los cuales pueden recaer en dos o en tres personas; sin embargo, la relación es aún más complicada si, aunado a lo anterior, en la garantía hipotecaria se encontraran en esos tres sujetos o tres personas pluralidad de cada una de ellas.

En el presente caso, si A y B prestan a C y D \$100.00 (cien pesos 00/100 M.N.) y a su vez E y F otorgan garantía hipotecaria sobre un inmueble del cual son copropietarios, si al momento de constituir esta obligación se pacta sea mancomunidad, deben al igual que en las demás obligaciones determinar por que cantidad de dinero responde cada deudor frente a cada acreedor (en el entendido de que la mancomunidad se pactó tanto la titularidad activa como en la pasiva), entendiéndose que la obligación mancomunada se divide en el número de acreedores o deudores que existan y la hipoteca de la finca se liberará hasta que se haya cubierto en totalidad la deuda. En cuanto a los obligados solidarios, la hipoteca se va a constituir para garantizar la obligación completa, partiendo nuevamente del supuesto de que la hipoteca es indivisible, aun cuando, podría ser posible que se hipotecaran varias fincas para garantizar un mismo crédito. En el caso planteado solo se hipotecó un inmueble (para el caso de que fueran más de uno los inmuebles dados en garantía se estaría en el supuesto de la pluralidad de objetos), si C se compromete a pagar a A y a su vez D se compromete a pagar a B, la obligación se tendrá por cumplida hasta que C y D hayan cubierto respectivamente su adeudo con A y B, si la deuda se ha cubierto en forma parcial la hipoteca se cancelará hasta que se haya cubierto la deuda en su totalidad toda vez que la hipoteca se constituye para garantizar la totalidad del crédito y no solo una parte de él.

Para el caso de que la obligación se haya constituido en solidaridad, se seguirán las reglas de la misma y cualquiera de los acreedores podrá exigir de cualquiera de los deudores el pago o cumplimiento de la obligación y a su vez la obligación se tendrá por cubierta cuando alguno de los deudores haga pago del total de la obligación a cualquiera de los acreedores y entonces la hipoteca se podrá cancelar solamente si se ha hecho el pago total de la deuda, si la obligación se ha cubierto en forma parcial, la deuda solo se reducirá y la hipoteca subsistirá como se ha dicho hasta que se haga el pago total de la misma.

En las obligaciones solidarias si alguno de los acreedores llegara a fallecer y a su vez dejare más de un heredero éstos sólo podrán reclamar la parte del crédito que le corresponda en proporción a su situación de heredero, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 1993 del Código Civil para el Distrito Federal, para el caso de que el que falleciera fuera un deudor solidario y dejará también más de un heredero cada uno de ellos tendrá la obligación de pagar la porción que le corresponda en cuanto a la porción de su haber hereditario, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1998 del ordenamiento legal citado, en cualquiera de los dos supuestos anteriores esto se podrá hacer si la deuda fuere divisible.

Si el negocio por el cual la deuda se contrajo solidariamente, no interesa más que a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores (artículo 2000, del Código Civil para el Distrito Federal).

Otra posibilidad en la que se pueden presentar la pluralidad de sujetos en la obligación garantizada y en la garantía hipotecaria es cuando en la primera haya solidaridad y en la segunda mancomunidad, es decir si A y B prestan a C y D cierta cantidad de dinero y los acreedores están de acuerdo en que el préstamo sea solidario para ellos más no así para los deudores quienes responderán en forma mancomunada, hay que determinar por que porcentaje responden de la deuda B y C, suponiendo que esto fuera al 50%, B puede hacer pago de su porcentaje indistintamente a A o a B y una vez cubierto su adeudo se libera de su responsabilidad de pago sucediendo lo mismo con C, pero en cuanto a la hipoteca se da el supuesto ya explicado, la misma se cancelará hasta que ambos deudores hayan cubierto su adeudo, por lo que hace a los acreedores solidarios tanto A como B pueden cada uno requerir de pago en forma independiente tanto a C como a D, y el acreedor solidario que recupere la totalidad del adeudo será responsable de este cobro frente al otro acreedor solidario, los garantes hipotecarios tendrán un trato especial, pues como ya explique con anterioridad si son propietarios todos ellos del inmueble dado en garantía y la finca no es susceptible de fraccionarse, desde el principio la finca responde por la totalidad del adeudo, pero, si fueren varias fincas las que se hipotecan para la seguridad del crédito entonces sí se debe pactar por que parte del crédito responde cada una, por lo tanto se tendría que valorar bajo que

supuesto se encuentra el garante hipotecario (artículo 2912 del Código Civil para el Distrito Federal).

En el supuesto que la obligación se constituya en forma mancomunada en la pluralidad de acreedores y solidaria en la pluralidad de deudores, aquí cualquier acreedor podrá exigir el pago proporcional de su crédito a cualquier deudor, así mismo cualquier deudor está obligado a cubrir el adeudo de cada uno de los acreedores de manera que si solo hay tres acreedores mancomunados y los tres le requieren de pago el puede cubrir los tres pagos y esos pagos efectuados de más, por decirlo así, podrá cobrárselos a los otros deudores solidarios, en cuanto a la pluralidad de garantes hipotecarios se da el mismo supuesto que en el ejemplo anterior, la finca responde en un principio por todo el crédito, pero si hubieren varias fincas hipotecadas se tendrá que estipular por que parte del crédito responde cada una (artículo 2912 del Código Civil para el Distrito Federal).

Se puede advertir que el estudio de los temas anteriores no es tan complicado si entiende en forma individual lo que es la solidaridad y la mancomunidad por eso pienso que es importante y necesario considerar lo que ley al respecto establece de estos supuestos jurídicos.

5. REGÍMEN JURÍDICO DE CADA UNO DE LOS SUPUESTOS CITADOS.

A continuación, estableceré un análisis relativo a la reglamentación legal existente respecto de la complicación de los sujetos en la Institución de la hipoteca. En tal sentido ha quedado sentada la base de la existencia de la obligación simple así como la existencia de la obligación compleja y la diferencia existente en cada una de ellas y las diversas formas en que pueden presentarse.

He explicado con anterioridad, que cuando son más de uno los sujetos que participan en la titularidad activa o pasiva de la relación garantizada o de la relación hipotecaria, se esta frente a la pluralidad de sujetos, la cual puede ser constituida en simple mancomunidad o en simple solidaridad (cuando solo existe una persona en cada supuesto) y mancomunidad compuesta o solidaridad compleja, (cuando existe pluralidad de sujetos ya sea en la titularidad activa, pasiva o en ambas), la

mancomunidad es regulada por el artículo 1984 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo. 1984. Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.

La mancomunidad no significa, que al haber pluralidad de sujetos dentro de la titularidad activa, como en la titularidad pasiva, que cada uno de los primeros tiene la facultad para exigir de cada uno de los segundos el pago total de la obligación y a su vez cada uno de los segundos no esta obligado a cumplir con cada uno de los primeros el pago total de la obligación, pues la mancomunidad precisamente significa que la deuda o el crédito van a quedar dividido en el número de partes como haya de deudores y de acreedores, en principio en partes iguales (aunque la división puede hacerse en porcentajes diferentes), y así cada parte va a constituir una deuda o un crédito distintos unos de otros, regulándolo así el artículo 1985 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra establece:

“Artículo 1985. La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los Segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos uno de otros”.

Al desarrollar los temas anteriores, se decía que cuando la deuda se constituya en mancomunidad, se debería estipular por qué parte del crédito responde cada uno de los deudores mancomunados, el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1986, establece que: “ *las partes se presumen iguales*”, sin embargo, este mismo artículo da libertad de poder establecer que los porcentajes no sean iguales es decir si A y B prestan a C y D \$100.00 (cien pesos 00/100 M.N.), de acuerdo a la regla que da el artículo citado se puede entender que cada uno de los acreedores presta \$50.00 (cincuenta pesos 00/100 M.N.) y que cada uno de los deudores recibe esta cantidad obligándose a pagar la misma suma de dinero, sin embargo como explicaba con anterioridad las partes pueden estipular las cantidades por las cuales

responderán los deudores mancomunados y así en el presente ejemplo, C puede pagar el 80% de la deuda y a su vez D pagara el 20% restante, pudiéndose pactar que la situación sea inversa e inclusive pactar cualquier otro porcentaje del cual deberán estar de acuerdo tanto los deudores como los acreedores, pues lo anterior lo permite la ley en el artículo antes citado al establecer: *“Al no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario”*.

En resumen, cuando se contrae una deuda, los acreedores y deudores podían convenir en que esta fuera creada en solidaridad, esta institución tanto en la titularidad activa del crédito, como en la titularidad pasiva del mismo la regula el artículo 1987 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice:

“Artículo.- 1987. Además de la mancomunidad habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen el derecho para exigir, cada uno de por sí el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno por sí en su totalidad, la prestación debida”.

Esta institución al igual que en la mancomunidad no se presumirá sino que la misma deberá ser pactada por las partes, requiriéndolo así el artículo 1988 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer que: *“no se presume ella resulta de la ley o de la voluntad de las partes”*.

A diferencia de la mancomunidad, en la que los acreedores no pueden exigir el cumplimiento total de la obligación y a su vez los deudores no están obligados a cumplir íntegramente la misma, en la solidaridad uno de los acreedores o todos en conjunto pueden exigir de todos los deudores o de cualquiera de ellos el pago total o parcial de la deuda pudiendo inclusive reclamar de un segundo deudor el pago de la misma si al haberla reclamado del primero éste hubiera resultado insolvente, artículo 1989 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 1989. Cuando uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los

demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad”

Se menciona también que, cuando el pago se hubiere hecho a alguno de los acreedores solidarios, la deuda se extinguirá totalmente de acuerdo a lo que el Código Civil para el Distrito Federal dispone en el artículo 1990:

“Artículo 1990. El pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda”.

Los sujetos principales de la obligación se distinguen por la obligación principal los cuales serán acreedor y deudor, cuando se este frente a un derecho real de garantía se encuentra a un sujeto más el cual será quien otorgue ese derecho real para garantizar la obligación principal, y así, una vez identificados los sujetos y las personas que participan en la obligación ya sea principal o garantizada se debe determinar que tipo de obligación pactaron una simple, en la que para cada uno de los sujetos hay solo una persona que participe en la parte activa, pasiva o en la del tercero que otorgue garantía hipotecaria, o si pactaron en una obligación compuesta en la que haya pluralidad de sujetos en cualquiera de las partes de la obligación.

Así se obtiene que; en la obligación garantizada como en la garantía hipotecaria aparecen tres temas de estudio que son los sujetos activos, los sujetos pasivos y el objeto. Una vez que se ha estudiado a los sujetos que participan en la relación hipotecaria, ya sea simple o compleja, resulta importante también dar un tema de estudio al objeto de la garantía hipotecaria en donde se observará como también juega un papel muy importante tanto en una forma simple como en una forma complicada o mejor dicho a lo que se llama pluralidad.

CAPÍTULO III. EL OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

1. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y EL OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

Una vez estudiados los derechos reales de garantía; entendida la hipoteca como derecho real diferenciándolo del derecho personal, establecidas sus características, sus formas de constitución, y estudiados los sujetos que participan en la relación garantizada y en la garantía hipotecaria en su forma simple y compuesta, es necesario ahora, proceder al el estudio de otro elemento fundamental para que opere el derecho real de garantía hipotecaria y que va a ser precisamente el objeto (reitero, el derecho real de hipoteca, recae o se constituye generalmente sobre bienes inmuebles), por lo que procedo a analizar su forma de constitución simple (un solo bien) y las situaciones en las que se presenta de manera compuesta (varios bienes).

Al igual que en los capítulos anteriores, voy a realizar un estudio comparativo entre la obligación garantizada y la garantía hipotecaria, ya que como mencione con anterioridad la garantía hipotecaria nace siempre para garantizar un crédito.

Veamos en primer término, el objeto de la obligación principal u obligación garantizada.

Para proporcionar una definición del objeto consulté el Diccionario Jurídico Mexicano, del que tengo la siguiente definición: *“En el Digesto, se recoge una frase de Paulo en el que se indica que la sustancia de las obligaciones consiste no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que se constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo”³⁴*

La obligación va a sujetar u obligar al sujeto pasivo de la relación a un hacer, un dar o una abstención a favor del acreedor, cuyo cumplimiento no se queda al arbitrio del deudor. La causa que de nacimiento a la obligación expresará con claridad cual es el objeto de la obligación.

Aún cuando la obligación de dar implica una conducta, requiere para su ejercicio de una cosa, respecto de o en relación con la cual se va a ejecutar la conducta de dar.

³⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2241.

La causa material de referencia debe satisfacer ciertos requisitos para ser susceptible de producir consecuencias jurídicas.

Es necesario que la cosa exista en la naturaleza, que esté en el comercio y que sea determinada o determinable, pudiendo las cosas futuras ser objeto de la obligación con excepción de la herencia de una persona viva.

El hecho o la abstención objeto de la obligación (que es la conducta o el servicio que se va a prestar), deberá ser posible y lícito. Al hablar de posibilidad del objeto se significa que el hecho tiene que ser acorde a las leyes de la naturaleza y a las normas jurídicas que deben regirlo necesariamente. Cuando esto no ocurre, se habla entonces de una imposibilidad física o de una imposibilidad jurídica. Licitud significa la compatibilidad del hecho con las leyes de orden público y las buenas costumbres, que necesariamente debe regirlo.

Rojina Villegas, opina que regularmente se confunde el objeto de los contratos y el objeto de las obligaciones, confusión que tiene su origen en el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo 1824. Son objetos de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”

Doctrinalmente se distingue entre el objeto directo y el objeto indirecto de un acto jurídico. El primero es la creación, transmisión, modificación, o extinción de una obligación y el segundo es la cosa que se debe dar, el hecho que se debe realizar o no realizar, lo que serán propiamente dichos el objeto de la obligación.

En la teoría de la inexistencia y de las nulidades del acto jurídico el objeto directo es un elemento esencial sin el cual no es posible hablar del acto jurídico. En cambio el objeto indirecto puede afectar de nulidad a determinado acto jurídico cuando es ilícito.

Regresando al tema se tiene que el objeto de la obligación garantizada respecto a la cual se constituirá el derecho real de hipoteca es generalmente una obligación de dar, sin que esto implique que la obligación principal pueda tener un objeto de hacer o incluso una abstención.

En cambio el objeto de la garantía hipotecaria será necesariamente el bien sobre el cual va a recaer la hipoteca. Con respecto a este tema Diez Picazo expone:

“Por su naturaleza, el objeto de la hipoteca debe ser un bien inmueble, que además reúna la condición de ser enajenable.”

Lo anterior, citando la ley Hipotecaria Española, la cual en su artículo 106 Establece:

“Podrán ser hipotecados:

I. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.

III. Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes.”²

Entre nosotros el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2896 establece:

“Artículo 2896. La hipoteca se extiende aunque no se exprese:

I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;

II. A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados;

III. A los objetos muebles incorporados permanente mente por el propietario de la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;

IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados. etc. “

De la lectura anterior se obtiene indudablemente que el objeto de la obligación garantizada es el inmueble propiamente dicho y sobre el cual recae la garantía hipotecaria, pues como se observa todo funciona alrededor del objeto hipotecado; la extensión de la hipoteca, las mejoras hechas los nuevos edificios y los pisos construidos sobre los inmuebles hipotecados, etc.

² DIEZ Picazo, Luis, Op, Cit, pág, 519.

2. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA.

Una vez entendido el tema del objeto en la hipoteca, es necesario estudiar la extensión de la hipoteca ya que ésta como se verá, no sólo va a gravar al objeto principal que es el inmueble dado en garantía sino que la misma se extiende a todo lo que comprende o forma parte del inmueble. Existen diversos tipos de extensión de la hipoteca el primero de ellos es la extensión objetiva de la hipoteca y como su nombre lo indica se refiere al objeto de la misma.

Al ser la hipoteca un derecho real de carácter inmobiliario y tener por objeto un bien de naturaleza inmueble, en principio queda claro que dentro de ésta debe quedar comprendido todo lo que es el inmueble, en cambio debe quedar excluido todo aquello que no lo es en puridad, sin embargo, lo anterior presenta algunas dificultades ya que el vocablo inmueble como tal tiene un carácter jurídico y cultural lo que por completo no es idéntico con la realidad pues se verá más adelante hay inmuebles por naturaleza por incorporación o por destino.

En principio la hipoteca se extiende a todo objeto que le pertenezca al inmueble dado en garantía, pero no sólo la hipoteca se extiende objetivamente sino también por naturaleza en los casos que se exponen en el siguiente tema.

3. EXTENSIÓN NATURAL DE LA HIPOTECA.

Ya he explicado que el derecho real de hipoteca no solo afecta al objeto directo de la obligación garantizada si no que se extiende a los demás muebles, en el tema anterior se estudió la extensión objetiva de la hipoteca pero ésta también puede extenderse de forma natural, lo que se estudiará a continuación.

El artículo 2896 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

“La hipoteca se extiende aunque no se exprese:

I A las accesiones naturales del bien hipotecado;

II A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados;

III A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;

IV A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.”

La definición de la accesión, la da el artículo 886 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer:

“Artículo 886. La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente. Este derecho se llama de accesión”.

Entonces por accesiones naturales se entiende a la agregación de terrenos hecha por la naturaleza, además de la que se efectúa por el hecho del hombre y en virtud de este derecho pertenecerá al propietario, según el artículo 887 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 887. En virtud de él pertenecen al propietario:

I. Los frutos naturales;

II. Los frutos industriales;

III. Los frutos civiles.”

Los frutos naturales serán las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales, por frutos industriales se entienden, los que producen las heredades o fincas de cualquier especie, mediante el cultivo o trabajo y por frutos civiles se entiende a los alquileres de los bienes muebles las rentas de los muebles, los réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por la ley, según los artículos 888, 890 y 893 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro de este supuesto no se comprende la accesión artificial, la edificación plantación y siembra, sin embargo si se extiende a los nuevos edificios plantaciones o siembras, siempre que estas dos últimas existan al momento de ser exigible.

Cuando la construcción, la plantación o siembra sea realizada por un tercero, puede suceder lo siguiente:

a) Construcción, plantación o siembra en predio propio, con material ajeno.

- b) Construcción, plantación o siembra en predio ajeno con material propio, y,
- c) Edificación, plantación y siembra en terreno y materiales ajenos.

En el primero de los casos y siguiendo las reglas de la accesión artificial, el propietario del suelo va a adquirir lo añadido, sin embargo si obrare de mala fe deberá pagar su valor.

En el segundo de los casos, cuando el propietario del predio haga suya la obra de buena fe, aunque el poseedor haya sido despojado o desposeído de ella contra su voluntad, la hipoteca se extenderá a lo construido, sembrado o plantado, y si procedió el constructor de mala fe, no tendrá derecho a indemnización, si el dueño hace suya la obra a aquella se extenderá la hipoteca.

En el tercer y último de los supuestos, cuando se edifique, sembrare o plantare en terreno ajeno hipotecado, con materiales ajenos, el gravamen deberá extenderse a éstos y el dueño solo responderá si el que construyó obrare de buena fe y fuere insolvente, sin embargo, si éste obrara de mala fe, podrá el dueño del terreno adquirir la obra sin detrimento del principal y no quedan gravados por la hipoteca.

El citado artículo, expresa que también se extiende la hipoteca a las mejoras, las cuales se clasifican en tres grupos, las necesarias (aquellas sin las que la cosa se pierde o desmejora), útiles (aquellas que sin ser necesarias aumentan el precio o el producto de la cosa) o de ornato (que son en realidad gastos voluntarios los que solo servirán al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor).

La hipoteca también se extiende a los muebles incorporados permanentemente a un inmueble, en el Código Civil de 1884 también se hablaba o se refería a los inmovilizados sin embargo, en relación con los inmuebles incorporados por destino estos solo pueden ser hipotecados juntamente con los edificios y así sólo quedan hipotecados los muebles incorporados no los muebles por destino, salvo que haya pacto expreso.

En el último de los supuestos a los que se extiende la hipoteca es a la construcción de nuevos edificios construidos por el propietario sobre el terreno hipotecado, resulta esto lógico, si el mismo propietario construye sobre sus bienes con recursos propios son sus propios bienes los que le benefician, se habla también

de los nuevos pisos que levante el propietario sobre los edificios hipotecados es decir, a estos también se extenderá la hipoteca.

En el presente tema surge un problema de carácter registral, se ha mencionado que la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, si la agregación al nuevo terreno ha sido registrada no habrá problema pero si no ha sido registrada habrá entonces una diversidad entre la finca material y la registral pues para poder llevar a cabo subasta se tendría entonces que proceder a una nueva segregación de lo anteriormente agregado.

Luis Díez Picazo, habla sobre una indemnización debida al propietario, ya que expresa que la hipoteca también se extiende a estas indemnizaciones y se refieren a las indemnizaciones debidas al propietario de los inmuebles de las fincas hipotecadas que se pierden por siniestro o hecho posterior a la constitución de la hipoteca y para que esta proceda, se ha dicho que deben ser posteriores a la constitución del derecho real.

Dentro de estos casos, se encuentra el de la expropiación por causa de utilidad pública, el de la responsabilidad civil tanto contractual como las extracontractuales.

Cuando el inmueble peca entero por el siniestro o se expropia la hipoteca automáticamente se extingue, pero no se deja desprotegido al acreedor hipotecario pues éste pasa de ser acreedor hipotecario a ser titular de un derecho de prenda sobre el crédito cuando la indemnización es debida o sobre el dinero cuando ésta es cubierta.

En realidad, lo que se busca es el otorgar al acreedor hipotecario una especial y privilegiada protección de sus intereses.

La última forma de extensión de la hipoteca es la llamada extensión pactada, la cual a diferencia de las otras dos está última funciona salvo pacto en contrario.

4. EXTENSIÓN PACTADA DE LA HIPOTECA.

Ya he explicado que el derecho real de hipoteca no sólo afecta al objeto directo de la obligación garantizada si no que ésta se extiende a los demás muebles, en temas

anteriores se estudio la extensión objetiva y natural de la hipoteca, existiendo una tercer y última forma de extensión la cual como ya he mencionado se forma salvo pacto en contrario, tal como lo dispone el artículo 2897 del Código Civil para el Distrito Federal.

Salvo pacto o expreso, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza no comprenderá de la obligación que garantice:

“Artículo 2897. Salvo pacto en contrario la hipoteca no comprenderá:

I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito;

II. Las rentas vencidas y no satisfechas a tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. “

Este artículo dicta una regla de carácter dispositivo, que funcionará salvo pacto en contrario, esta regla es de no extensión o de no inclusión en la hipoteca, sin embargo, en virtud de la cláusula se admite la posibilidad de que por pacto se produzca dicha extensión, lo anterior presenta dificultades en su funcionamiento en cuanto a los frutos que produce la finca, pues no se puede impedir al deudor que recoja o recolecte los frutos, salvo que el acreedor hipotecario hubiera obtenido la administración del inmueble en el procedimiento de ejecución. Únicamente los frutos que se encuentren pendientes en el momento de llevarse a cabo la venta en pública subasta serán transmitidos junto con la finca.

En cuanto a las rentas que produjera el bien, son derechos de crédito que el constituyente tiene respecto de terceras personas, y la hipoteca se extiende a las vencidas y no pagadas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, por lo que no habrá afectación a las rentas anteriores las cuales percibió el titular del derecho real de garantía. Las rentas vencidas y no pagadas solo podrán ser cobradas por el acreedor hipotecario si hubiera obtenido la administración de la finca y en este caso deberá aplicarlas a la satisfacción y pago del crédito, si no tuviera esa administración va a pertenecer por subrogación a la adquirente de la cosa en subasta, salvo que se haya pactado la extensión de la hipoteca en ellas.

Como una forma de evitar fraudes en los derechos del acreedor que ha pactado la extensión de la hipoteca a las rentas vencidas y no satisfechas, se prescribe que el anticipo de estas rentas no perjudicará en ningún caso al acreedor hipotecario.

Como se ha visto la regla que da el artículo citado es de no extensión o de no inclusión en la hipoteca, pero en virtud de la disposición “salvo pacto en contrario se admite la posibilidad de que por pacto se pueda producir esta extensión.

Hasta aquí se ha estudiado el objeto de la hipoteca y se ha hecho una distinción entre el objeto de la obligación principal y el objeto de la garantía hipotecaria así como los bienes o derechos a los que la hipoteca se extiende de diferentes formas haciendo a un lado la relación del objeto con los sujetos que en ella intervienen, por lo que pasaré al estudio de la hipoteca cuando el objeto de la misma pase a poder de un tercero

5. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA FRENTE AL TERCER POSEEDOR.

Hasta ahora el planteamiento de los temas anteriores en el presente capítulo abarcan el estudio de situaciones jurídicas referentes al objeto de la hipoteca, sin embargo, existe una relación importante entre el objeto de la hipoteca y un sujeto en especial que aunque no es sujeto de la relación principal ni sujeto de la relación hipotecaria aparecerá como tercero al adquirir el inmueble hipotecado.

En una relación hipotecaria, cuando la finca gravada con el derecho real de hipoteca pase a manos de un tercero, éste adquirirá también el gravamen hipotecario, según señala el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2894, el cual a la letra establece:

“Artículo 2894. Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero”.

De esta forma, quien compre o adquiera por cualquier otro medio (con excepción de la adjudicación por remate, ya que en este supuesto el inmueble pasa libre de todo gravamen), el inmueble hipotecado deberá cargar también con la

hipoteca, si se adquiriera por herencia no es posible la separación, es decir, aceptar solo el inmueble y no responder por el gravamen.

El autor Luis Diez Picazo, expone al respecto que:

“Cuando la finca pase a manos de un tercero que trae causa del constituyente de la hipoteca (por ejemplo un comprador), y no asuma la obligación garantizada, las reglas sobre la extensión de la hipoteca experimentan las siguientes modificaciones:

1ª La extensión de la hipoteca llamada natural por mejoras se limita a las que consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costado por el nuevo dueño.

2ª La extensión pactada de la hipoteca no alcanza a los muebles permanentes colocados en los edificios costados por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo”.³

Considero que lo anterior es porque, al momento de adquirir el inmueble adquiere como ya se dijo solo la obligación hipotecaria no la obligación garantizada, por lo tanto al no ser el deudor principal no responde más que por lo que la hipoteca respondió desde el principio y al ser el nuevo dueño del bien hipotecado puede ya disponer de él como mejor le convenga, situación ésta con la que estoy de acuerdo pues en realidad no desconoce el gravamen y puede ya ejercer su derecho sobre el bien adquirido.

Por lo anterior, es lógico que para el caso de remate todo aquello a lo que la hipoteca no se extiende no entrará a la ejecución debiendo permanecer en poder del tercero, quien tendría opción a pedir el importe de éstos, en cuyo caso se enajenarán con la finca y en caso de que no hubiere postores para ello se cobraría su importe del precio obtenido en la enajenación y si éstos se enajenaran por separado (siempre y cuando no afecten a la finca), lo obtenido de ellos se pondría a su disposición.

³ Ibidem, pág, 526.

Estoy de acuerdo con lo que establece el autor ya que como dije anteriormente el derecho real de hipoteca es respetado y el nuevo dueño puede disponer de sus bienes con libertad.

El anterior ejemplo tomado del derecho español, considero que podría ser aplicado en el derecho mexicano, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 2898 fracción II, la cual establece:

“Artículo 2898. No se podrá hipotecar:

II Los objetos muebles colocados permanente mente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.”

Lo anterior es evidente al manifestar que sean hipotecados juntamente con el edificio, en este supuesto no fueron hipotecados nunca con el inmueble al celebrarse la hipoteca, sino que dichas mejoras son posteriores a dicha constitución y más aún con persona diversa a la que inicialmente celebro la hipoteca.

6. HIPOTECA SOBRE USUFRUCTO.

El Usufructo, como derecho real perteneciente al grupo de derechos reales principales o de primer grado el cual ha sido estudiado en el tema correspondiente a los derechos reales de garantía en donde se estudió además la propiedad y los derechos reales desmembrados de la propiedad siendo el primero de ellos, el usufructo, después el uso la habitación y las servidumbres, con referencia al usufructo, objeto de estudio del presente tema se le ha dedicado un tema especial ya que sobre este derecho se puede constituir hipoteca:

En el tema correspondiente, se tomó como definición del usufructo la que proporciona el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 980, el cual establece:

“Artículo 980. El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos “.

El derecho real del usufructo constituido sobre bienes inmuebles es susceptible de hipotecarse, la regla general que se proporciona al igual que en el derecho real de hipoteca es que la suerte de lo accesorio seguirá la suerte de lo principal, así tenemos que, cuando se hipoteque un usufructo la existencia del gravamen va a depender de la existencia del usufructo, en relación con lo anterior, cuando el usufructo se constituya en forma vitalicia la hipoteca se extinguirá con la muerte del usufructuario y cuando el mismo dependa de un término, el gravamen hipotecario seguirá la misma suerte como si dependiera de una condición.

Otra forma en que puede el usufructo concluir es a través de un hecho voluntario, sin embargo bajo este supuesto y para protección del acreedor hipotecario el gravamen existirá o subsistirá durante el tiempo que debió durar el usufructo cuando, por ejemplo, se renuncie al él, así el artículo 2903 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 2903. La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durara mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquella se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, este tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin”.

Con respecto al presente tema el artículo 107 de la ley Hipotecaria española actual dispone:

Podrán también hipotecarse:

“1º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario, si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el

*tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”.*⁴

Como se puede observar, los preceptos citados son claros al expresar que si el usufructo termina por voluntad de quien lo disfruta no se extingue la hipoteca y la misma subsistirá hasta que se hubiere cumplido el plazo.

Es importante en el presente punto saber que sucederá con los frutos pendientes de los bienes raíces, ya que el artículo 990 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 990. El usufructuario tiene derecho de percibir todos los frutos, sean naturales, industriales o civiles”

Si el usufructuario tiene el derecho a percibir los frutos que el usufructo le proporcione, que sucederá entonces con la hipoteca sobre esos frutos; al respecto los artículos 2898 y 2897 del Código Civil para el Distrito Federal suponen que el gravamen sobre los frutos se constituye al mismo tiempo sobre el inmueble, sin que por lo tanto puedan hipotecarse separadamente:

“Artículo 2898. No se podrán hipotecar:

I Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca, “

Así mismo, el artículo 2897 establece:

“Artículo 2897. Salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá:

I Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito;

II Las rentas vencidas y no satisfechas al mismo tiempo de extinguirse el cumplimiento de la obligación garantizada.”

Desprendiéndose de lo anterior que sí se pueden hipotecar los frutos pendientes de los bienes raíces en el usufructo siempre y cuando se respeten las reglas establecidas por los artículos citados.

Por otra parte, tenemos que la hipoteca esta prohibida en el usufructo legal (impuesto por la ley otorgándose a los padres o abuelos) que corresponden a los que

⁴ *Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Aranzadi, España, 2000, pág, 919.*

ejercen la patria potestad sobre los bienes de los que están sometidos a la misma, estableciéndolo así la fracción IV del artículo 2898 del Código Civil para el Distrito Federal el cual dice:

“Artículo 2898. No se podrán hipotecar:

IV El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes”.

Una vez estudiado el tema de la hipoteca sobre el derecho de Usufructo, resulta necesario el estudio de la hipoteca sobre la nuda propiedad ya que se verá como entre ésta y el usufructo existe una íntima relación.

7. HIPOTECA SOBRE NUDA PROPIEDAD.

Al tratar el tema de los derechos reales de garantía se habló de los derechos reales principales o de primer grado y de los accesorios o reales de garantía (también llamados derechos reales de segundo grado); se explicó el derecho de propiedad así como los derechos reales desmembrados de la propiedad y se estudiaron el usufructo, uso, habitación y las servidumbres; en el tema anterior se decía que el usufructo tiene íntima relación con la nuda propiedad y en realidad la tiene (cuando se habló del usufructo se dijo que cuando se traspasa a un tercero en forma temporal el derecho de uso y disfrute de la cosa bajo la forma de un derecho real o *jus in re*, toma el nombre de usufructo y que al titular de este nuevo derecho se le designa usufructuario y de nudo propietario al titular del derecho de dominio), por lo tanto se consideró importante el estudio del presente tema.

El nombre de Nuda Propiedad proviene del latín *nuda proprietas*, el diccionario jurídico mexicano citando al diccionario de la real academia la define como:

*“Los atributos que pertenecen al dominio de una cosa, cuando este dominio es considerado en forma separada y en contraposición del usufructo, situación que se prolonga hasta la extinción de este último”.*⁵

Según la doctrina, la Nuda Propiedad es:

⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2221.

“El derecho que resta al propietario durante la duración del usufructo, al ser despojado del disfrute, o en forma más sencilla, como la propiedad separada del goce de la cosa”.⁶

Desde la época de los romanos, la nuda propiedad ya existía, aunque con limitaciones que en la actualidad no se encuentran ya que los productos, no los frutos periódicos de la cosa, seguían perteneciendo al nudo propietario.

Como nuda propiedad se entiende en la actualidad al:

“Derecho residual que aún conserva la cosa despojada entonces parcialmente de los atributos que en una situación normal conforman a plenitud el derecho de propiedad”.⁷

El Código Civil para el Distrito federal la define como:

“Artículo 980. El Usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos”.

La persona titular de este derecho se le llamará nudo propietario, al igual que en el derecho romano en la actualidad se deja a salvo la estructura económica del bien usufructuado pues el poseedor del mismo se encuentra limitado solo a su uso y disfrute en las condiciones en que hubiere recibido el bien, además de que el usufructo se encuentra sujeto a un cierto periodo o tiempo determinado y aunque el bien usufructuado se enajene o arriende esta situación se extingue al igual que una hipoteca al término del usufructo, por lo tanto los bienes de éste se encuentran totalmente fuera de la circulación económica, es decir de acuerdo a lo establecido por los artículos 1002 y 1048 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales dicen:

“Artículo 1002. El Usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo”.

“Artículo 1048. Terminado el usufructo, los contratos que respecto de él hayan celebrado el usufructuario no obligan al propietario y éste

⁶ Ídem.

⁷ Ibidem.

entrará en posesión de la cosa, sin que contra el tengan derecho los que contrataron con el usufructuario para pedirle indemnización por la disolución de sus contratos, ni por las estipulaciones de éstos, que sólo pueden hacer valer contra del usufructuario y sus herederos, salvo lo dispuesto en el artículo 991”.

El usufructuario en uso de su derecho podrá arrendar o enajenar el bien usufructuado, situación que terminará forzosamente con el usufructo, jamás podrá pasar el bien a manos de un tercero en calidad propietario, por lo cual se dice que el bien está fuera de la circulación económica ya que de lo contrario se limitaría al derecho de propiedad.

Al Igual que el usufructo, la nuda propiedad puede hipotecarse dándose al efecto los siguientes casos:

- a) Hipoteca de la nuda propiedad, sin comprender el usufructo que corresponde a otro titular,
- b) Hipoteca tanto de la nuda propiedad como del usufructo, correspondiendo esos derechos a distintas personas,
- c) Hipoteca del Usufructo exclusivamente.

En el primer caso, al extinguirse el usufructo y consolidarse la propiedad, la hipoteca gravará en su totalidad el inmueble si así se hubiere pactado, esta hipoteca resulta de no gran utilidad económica ya que al llegar al remate se dificultaría la venta del derecho, sobre todo si el usufructo se pacto a largo plazo.

El hecho de que la nuda propiedad se pueda hipotecar lo regula el artículo 2900 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer:

“Artículo 2900. Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado”.

La consolidación consiste en la reunión en una sola persona, de las calidades de usufructuario y de propietario, lo que puede ocurrir cuando el usufructuario adquiera la nuda propiedad, por lo que se extingue el usufructo al convertirse el usufructuario en propietario.

La hipótesis a que el artículo citado se refiere es a la suposición que el nudo propietario, cuyo derecho ha hipotecado, adquiere el usufructo, y por esto dice “si el usufructo se consolidare con ella (la nuda propiedad) en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo, si así se hubiere pactado.

El nudo propietario no puede vender la cosa o rentarla (salvo la excepción planteada) aunque continúe en posesión del *animus domini*, haciendo abstracción del usufructo sobre él constituido, ya que en todo caso la venta o arriendo efectuados soportarán la carga de aquél. Por tanto, sería necesario que el eventual comprador se encontrare en circunstancias bien especiales para decidirse a la adquisición de un bien semejante, volvemos aquí al punto de la circulación restringida que ya hemos comentado.

El nudo propietario puede gravar su propiedad o en su caso constituir servidumbres que no afecten el derecho del usufructo, pero, siempre estarán condicionados a la existencia insoslayable del derecho real, sin embargo, lo que no se podrá constituir será prenda sobre la cosa usufructuada, ya que para que esta pueda constituirse se requiere de la entrega de la cosa, y no puede existir siquiera la posibilidad de depósito, por razones obvias. En el aspecto procesal, el nudo propietario conservará intacto su derecho para ejercitar las acciones que resulten necesarias dirigidas a la defensa de aspectos esenciales en la cosa.

I) El nudo propietario puede exigir del usufructuario, antes de que éste entre en el goce del bien, la formación del inventario respectivo y la constitución de fianza para usar y asegurar la restitución de la misma.

Si no se presta la fianza establecida en el artículo 1006 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando el usufructo haya sido oneroso, el nudo propietario puede entonces intervenir en la administración de los bienes de acuerdo a lo estipulado por el artículo 1010 de el Código Civil para el Distrito Federal.

II) Durante el usufructo, el nudo propietario podrá demandar del poseedor el pago de los daños que se causaren al bien de acuerdo a lo que establece el artículo 1034 del Código Civil para el Distrito Federal.

III) Por último, al momento de la extinción del derecho real, se podrá exigir la devolución de la cosa con todos sus accesorios en las condiciones que hubieren sido convenidas, con el deterioro normal que la misma haya sufrido por el uso moderado.

Tales derechos del nudo propietario frente al tercer poseedor de su bien, es la forma en que en la nuda propiedad se desenvuelve frente al derecho real del usufructo.

8. HIPOTECA SOBRE BIENES HIPOTECADOS.

Una vez entendidos los temas anteriores resulta importante el estudio de la hipoteca otorgada sobre bienes que ya se encuentran hipotecados. El primer problema que hay que enfrentar es saber si en realidad esto puede suceder, ya que en la mayoría de las hipotecas que se constituyen se hacen con el pacto de no volver a hipotecar los bienes una vez hipotecados, por lo anterior es que consideré necesario incluir el presente tema en el capítulo que se estudia.

Efectivamente, en la actualidad las Instituciones de crédito otorgan sus créditos estableciendo derechos reales de hipotecarias sobre bienes inmuebles con el pacto de no volver a hipotecar dichos inmuebles.

El artículo 2901 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 2901. Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este código. El pacto de no volver a hipotecar es nulo”.

Anteriormente el pacto de no volver a hipotecar era válido; sin embargo, el mismo fue suprimido por que se consideraba injusto pues si un acreedor estaba dispuesto a prestar cierta cantidad de dinero y a su vez se le otorgaría hipoteca sobre un bien que ya se encontraba hipotecado, se consideraba que el mismo era suficientemente valioso para cubrir ambas deudas, aunado a que el primer acreedor no se le perjudicaría en lo absoluto pues el mismo cuenta con preferencia y prelación en su pago.

Si por ejemplo en un mismo inmueble se otorgan dos garantías hipotecarias en forma sucesiva, el acreedor hipotecario que esté en primer lugar en nada se le perjudicará su crédito ya que el es un acreedor preferente y en cuanto al crédito que se establezca en segundo lugar, la prelación de la hipoteca la da el reloj del Registro Público de la Propiedad y del Comercio al dar la fecha y hora del registro de la presentación del título, y así, el acreedor en primer lugar, podrá deducir sus derechos correspondientes a la acción real, perjudicando al acreedor en segundo lugar ya que con lo accesorio puede adjudicarse el bien hipotecado en su totalidad, quedando descubierto el crédito registrado en segundo lugar.

En cuanto al segundo acreedor hipotecario, si éste da por vencido su crédito hipotecario antes que el primer acreedor, tampoco le perjudicará esta situación ya que en el momento de la ejecución se le citará al primer acreedor para que haga valer sus derechos preferentes.

Con base a los párrafos que anteceden, concluyo que el número de hipotecas que se pueden constituir sobre un inmueble son indefinidas y el único límite que se tendrá será el de la capacidad económica de la propiedad y el de los intereses de los nuevos acreedores para constituir la hipoteca sobre bienes hipotecados

9. HIPOTECA DE LA HIPOTECA.

A continuación, se estudiará un tema de gran interés; hasta ahora se ha hablado de las hipotecas sobre inmuebles, la forma en que se extiende y las diferentes formas en que se puede constituir este derecho real; sin embargo, surge una interrogante ¿qué sucede con la hipoteca como tal?, ¿éste derecho real se podrá hipotecar? o es aquí donde se presenta un límite para la constitución de este derecho real.

En efecto la hipoteca de la hipoteca es una figura jurídica que se puede efectuar, con fundamento en el artículo 2903 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 2903. La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durara mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquella se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los

disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicio. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin”.

Si A presta a B cierta cantidad de dinero otorgando B hipoteca a favor de A sobre el inmueble Z, y a su vez A contrae una obligación con C por X cantidad de dinero, A para garantizar el pago oportuno puede otorgar a favor de C garantía hipotecaria sobre la hipoteca que tiene a su favor y que le concedió B. Esto es susceptible de realizarse, sin embargo, no es una hipoteca muy segura, como ya he explicado lo accesorio sigue la suerte de lo principal y esta última hipoteca se extinguirá cuando se extinga la primera, tal como lo establece el artículo antes transcrito al decir: *“La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durara mientras éstos subsistan.”*

Por ejemplo, si la garantía que ha sido otorgada por B a A tuviera como fecha de vencimiento el 10 de agosto de 2004, y B paga antes, se extinguirá también la hipoteca otorgada por A en favor de C ya que lo que A hipotecó fue su derecho accesorio y no así su crédito por lo que como he mencionado con anterioridad, la hipoteca constituida a favor de C no es muy segura ya que ésta se va a finalizar al extinguirse la hipoteca principal; sin embargo, para poder obtener una verdadera garantía, C debió haber exigido a A que diera en prenda el crédito que tenía a favor de B hasta por la cantidad que B adeudaba a A así mismo, aparte de aceptar la prenda sobre el crédito debió haber exigido prenda sobre su derecho accesorio y una vez inscrita esa prenda, entonces B no podía pagar validamente a A sin ningún problema.

Así una vez estudiadas las posibilidades sobre los bienes o derechos principales en que puede recaer la hipoteca, pasé al estudio del objeto cuando en el exista la pluralidad.

10. PLURALIDAD DE OBJETOS EN EL DERECHO REAL DE HIPOTECA.

Hasta ahora se ha hablado de los sujetos de la relación hipotecaria y de la garantía hipotecaria así como la pluralidad que puede existir de estos, sin embargo, con relación al objeto se puede observar que también puede existir la pluralidad de ellos dándose los casos que a continuación se exponen.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, es su artículo 2912, da la pauta por virtud de la cual pueden hipotecarse varias fincas para la garantía de un crédito hipotecario, al establecer:

“Artículo 2912. Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza.”

Así se obtiene que el derecho vigente contempla la posibilidad de que se hipotequen varias fincas (pluralidad de objetos) para la seguridad de un crédito exigiendo la distribución del gravamen, es decir, la fijación correspondiente a la parte de responsabilidad por virtud de la cual responderá cada uno de los bienes inmuebles gravados con el derecho real de hipoteca.

De esta forma se excluye la posibilidad de formar una hipoteca a la que algunos autores llaman hipoteca objetivamente solidaria (solo por dar algún nombre) por virtud de la cual todas y cada una de las fincas dadas en garantía hipotecaria responderían en forma total de crédito que garantizan.

La exigencia que pide el Código Civil vigente para el Distrito Federal, de la distribución de la responsabilidad hipotecaria será de gran utilidad para ayudar con el tráfico jurídico y la transmisión de los bienes ya que el adquirente de ellos no podrá o no tendrá que soportar más de las responsabilidades que la ley le ha dado y las cuales deben figurar en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Al respecto, el artículo 119 de la Ley Hipotecaria Española, establece también la posibilidad de otorgar varias fincas en garantía hipotecaria para la seguridad de un

crédito, así, *“el artículo 120 de la Ley Hipotecaria citada establece el principio de la inmunidad del tercero fuera de la cantidad asignada”*⁸

Este principio trata de la parte del crédito por virtud del cual deben responder los bienes gravados con la hipoteca fijados en la inscripción, ya que no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de terceros sino por la cantidad a la que respectivamente fueron afectados. Luis Diez Picazo, citando la Ley Hipotecaria Española establece que *“cuando la hipoteca no alcance a cubrir la totalidad del crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder”*.⁹

En el presente ejemplo no se tendrán ningún tipo de prioridades o de prelación respecto de los que, después de inscrita la hipoteca hayan podido adquirir algún derecho real sobre las mismas fincas ya hipotecadas.

El derecho que se le va a reconocer al acreedor es el de poder repetir contra las demás fincas exclusivamente por la diferencia de las que éstas no resulten responsables (al hablar de repetir, se plantea la cuestión de si la reclamación se hace en virtud de un auténtico derecho real de hipoteca o de un derecho que en puridad es común a todos los acreedores, personales o hipotecarios; el de agredir el patrimonio del deudor para obtener la satisfacción forzosa del crédito).

Para aclarar lo citado por el autor en relación con los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria Española se establecen las siguientes ideas:

a) Va a existir en primer lugar, una inmunidad de los terceros más allá de la suma fijada como responsabilidad hipotecaria de cada finca. El concepto de tercero debe entenderse en sentido amplio. Comprende al adquirente del dominio, que no tienen que soportar más gravamen que el registralmente fijado y que, por consiguiente, haciendo frente a él libera la finca. Son también terceros inmunes los adquirentes de derechos reales sobre las mismas fincas. El artículo 121 es claro en el sentido de que no hay prelación frente a éstos más allá de la suma inicialmente fijada.

⁸ DIEZ Picazo, Luis, Op, Cit, pág, 520.

⁹ Ídem.

b) En las relaciones estrictas entre acreedor y propietario de los bienes hipotecados, sin presencia de terceros, la distribución de responsabilidad no faculta al dueño para liberar cada finca pagada o consignando la responsabilidad de ésta en relación con los demás acreedores o terceros. Citando a Roca, establece que llegaba a esta conclusión partiendo de la regla de la inadmisibilidad de los pagos parciales, o lo que es lo mismo, de la integridad del pago (art. 1.69 C.C. Español.), el acreedor podrá proceder contra todas y cada una de las fincas por la totalidad del crédito.

c) El derecho que se reconoce al acreedor en los artículos 120 y 121 para perseguir otra finca hipotecada cuando el crédito no haya sido cubierto en su totalidad, se cree que no es más que un ejercicio del derecho real de hipoteca, si bien en tal caso se trata de un derecho real de ejercicio limitado, por cuanto no tiene prelación respecto a los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real sobre las otras fincas hipotecadas.

d) Si la ejecución hipotecaria es conjunta, la satisfacción del crédito será también conjunta y lo único que ocurra en el caso de que en la enajenación se produzca superávit es que habrá que distribuir éste proporcionalmente entre las diferentes fincas, si hay otros acreedores con derechos sobre él, pues si no los hubiera, tal superávit será siempre para el propietario. En la hipótesis de ejecución conjunta no se dan problemas de repetición por diferencias contra otras fincas hipotecadas, porque todas se han ejecutado.

La distribución de las fincas hipotecadas, se dará por convenio celebrado entre las partes o por un mandamiento judicial en su defecto.

El convenio puede constar en el mismo título constitutivo de la hipoteca o en otro documento público, o en solicitud dirigida al registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas, si no hubiere acuerdo, la distribución podrá ordenarse en mandamiento judicial, a consecuencia de haber seguido el procedimiento al efecto.

En cuanto a la cancelación, dice el artículo 124 de la Ley hipotecaria, que pagada la parte del crédito con que estuviese gravada alguna de las fincas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la

misma finca. Si la parte del crédito pagada se pudiera aplicar a la liberación de una u otra de las fincas gravadas, por no ser inferior al importe de la responsabilidad de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

Este precepto es aplicable en las relaciones entre acreedor hipotecario y deudor hipotecante, quien se ha subrogado en la deuda, en la hipótesis de que aquél hubiera admitido un pago parcial, aunque a ella no esté obligado, en cambio, si la finca ha pasado a un tercero poseedor que no se ha subrogado en la deuda, el pago de la responsabilidad que grava a ella con la consiguiente cancelación de la hipoteca, es una facultad del tercer poseedor y una obligación de aceptarlo para el acreedor.

Así el mismo artículo 2912 del Código Civil para el Distrito Federal en su párrafo último establece que cada una de las fincas puede ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza.

11. REGÍMENES JURÍDICOS DE CADA UNO DE LOS SUPUESTOS CITADOS.

A continuación, estableceré un análisis relativo a la reglamentación legal existente respecto del objeto de la hipoteca y la complicación que al mismo se presenta en la legislación mexicana vigente.

He explicado con anterioridad que el objeto de la obligación garantizada por virtud de la cual nacerá el derecho real de hipoteca es una obligación de dar, ya que se tendrá que pagar o regresar el dinero o la prestación que se ha obtenido en calidad de préstamo y que también puede contener obligaciones de hacer o abstención.

Por otra parte, se ha dicho que el objeto de la garantía hipotecaria será directamente el inmueble como tal y sobre el cual va a recaer la hipoteca, por lo general el objeto de la hipoteca es un bien inmueble, sin embargo esto no es una regla general ya que la ley en el artículo 2893 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer que: *“La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho..”*, otorgando la pauta para que dentro de esos bienes los mismos puedan ser muebles o inmuebles, una vez que los bienes

son gravados con el derecho real de hipoteca, los mismos quedarán sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de terceros, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2894 de la ley en cita.

Las hipotecas en la actualidad no son generales por lo que éstas deben recaer sobre bienes especialmente determinados y la misma va más allá de gravar solo los bienes del objeto principal ya que se extiende de forma objetiva y natural a:

I A las accesiones naturales del bien hipotecado;

II.- A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados:

III A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos:

IV A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados. “

Lo anterior, en relación con el artículo 2895 del Código Civil para el Distrito Federal. Éste tipo de extensiones de la hipoteca se encuentran expresamente reguladas por la ley a diferencia de la extensión pactada de la hipoteca, ésta no se encuentra expresamente regulada puesto que la regla es de no inclusión en la hipoteca, sin embargo, como su nombre la indica “extensión pactada”, o sea a través de pacto se da la posibilidad de que la extensión se produzca, estableciéndolo así el artículo 2897 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer “Salvo pacto en contrario”.

El objeto de la hipoteca se encuentra garantizado con el gravamen impuesto y éste garantiza al acreedor su deuda

Además de inmuebles como objetos de la hipoteca pueden ser gravados derechos reales, tal es el caso del usufructo, la nuda propiedad, e inclusive pueden ser gravados derechos reales, tal es caso de la misma hipoteca, los artículos 2900 y 2903, establecen la posibilidad de que estos derechos sean hipotecados, mismos que pueden ser gravados conjuntamente o en forma independiente.

Además como derecho real la hipoteca es también susceptible de ser hipotecada aunque como ya se dijo no es muy segura, pero finalmente es una opción más con la que se puede asegurar un crédito.

Como he referido en reiteradas ocasiones, el objeto de hipoteca generalmente es un inmueble el cual puede ser gravado un sin numero de veces, tantas como el mismo inmueble sea capaz de responder económicamente de todas y cada una de ellas, actualmente las Instituciones Bancarias (la mayoría), al otorgar créditos solicitan garantías hipotecarias estableciendo en los contratos respectivos el pacto de no volver a hipotecar los inmuebles gravados, pues bien, este pacto resulta nulo en virtud de lo establecido por el artículo 2901 del Código Civil en comento, lo que se trata de evitar con el pacto de no volver a hipotecar, es proteger al acreedor en primer lugar, sin embargo, en nada se afecta su derecho ya que si el acreedor en segundo lugar pretende rematar la cosa hipotecada tendrá forzosamente que llamar a juicio al acreedor en primer lugar para que haga valer sus derechos, en realidad muchas de las hipotecas establecidas en segundo lugar, son constituidas por los intereses personales de quines las contratan.

Así, por último se tiene que el objeto de la hipoteca se puede presentar en pluralidad, es decir, se pueden hipotecar varias fincas para la seguridad de un crédito, por lo tanto tenemos que cada una de ellas responderá solo por una fracción del mismo, la cual una vez cubierta esa parte podrá ser liberada independientemente de si el resto del crédito ha sido o no pagado de acuerdo con lo estipulado por el artículo 2912 del Código Civil para el Distrito Federal.

En relación al objeto de la hipoteca, me permito hacer aquí un paréntesis para hablar sobre un tema vigente, en la actualidad se han creado las Instituciones denominados Sociedades de Objeto Limitado (SOFOLLES), estas instituciones nacen o se crean en México, mediante las reformas a la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, las cuales son reguladas por el artículo 103 fracción IV de la ley de Instituciones de Crédito, el cual establece:

“Artículo 103. Ninguna persona física o moral, podrá captar directa o indirectamente recursos del público en el territorio nacional, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, obligándose a cubrir

el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior a:

I Las instituciones de crédito reguladas en la presente Ley, así como los demás intermediarios financieros debidamente autorizados conforme a los ordenamientos legales aplicables.

II Los emisores de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, respecto de los recursos provenientes de la colocación de dichos instrumentos, siempre y cuando estos recursos no se utilicen en el otorgamiento de créditos de cualquier naturaleza; y

III Derogado (Diario Oficial de la Federación de 23 de julio de 1993).

IV Las sociedades financieras de objeto limitado autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que capten recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorguen créditos para determinada actividad o sector.

Las personas morales a que se refiere la fracción IV de este artículo contarán en todo momento con participación mexicana mayoritaria en su capital social, debiendo sujetarse en cada caso a las Reglas que al efecto expida la propia Secretaría y a las disposiciones que respecto de sus operaciones emita el Banco de México, así como a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria.”

Las principales características de las Sociedades de Objeto Limitado son:

I. Necesitan autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

II. Deben ser Sociedades Anónimas.

III. Su objeto es:

a) Captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos para determinar actividad o sector.

El Maestro Miguel Acosta Romero opina que: *“El objeto es un tanto confuso, pero está limitado en cuanto a operaciones pasivas a captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. En consecuencia, estas sociedades no tienen acceso directo a la captación de pasivos del público mediante los instrumentos que para la Banca Múltiple señala y desarrolla la propia Ley.*

Es importante la regla octava, que de alguna manera regula el objeto y lo amplía, por que si se observa, las reglas Primera y Tercera fracción II no habrán de obtener créditos de entidades financieras del país y del extranjero, situación que sí prevé la regla octava en su fracción II, por lo que transcribo a continuación esta regla, al regular el objeto de estas sociedades”. ¹⁰

OCTAVA. Para la realización de su objeto, las sociedades sólo podrán efectuar las operaciones siguientes: I Captar recursos del público exclusivamente mediante la colocación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e intermediarios, sujetos a la condición a que se refiere la siguiente regla.

II. Obtener créditos de entidades financieras del país y del extranjero en los términos de las disposiciones legales aplicables.

III Otorgar créditos a la actividad o al sector que señale en la autorización correspondiente.

IV. Invertir sus recursos líquidos en instrumentos de captación de entidades financieras, así como en instrumentos de deuda de fácil realización.

V. Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto.

VI. Las análogas y conexas que autorice el Banco de México.

NOVENA.- La emisión y colocación de valores que se refiere la fracción I de la regla octava, requerirá del correspondiente dictamen emitido por una institución calificadoradora de valores.

¹⁰ ACOSTA Romero, Miguel, Op, Cit, pág, 767.

b) En cuanto a sus operaciones activas, sólo podrá otorgar créditos a una determinada actividad o sector, por ejemplo, créditos hipotecarios, créditos para adquisición de bienes de consumo duradero, etc., también por ese aspecto el objeto es limitado, ya que no pueden operar con todos los segmentos del público que puedan demandar créditos. De ahí la limitante del objeto en los dos aspectos de asunción de pasivos y otorgamientos de créditos.

Existen más características a cerca de estas instituciones, pero es aquí a donde quería llegar, el otorgamiento de créditos que las SOFOLES han hecho a crecido en dimensiones tan increíbles que se podría llegar a la quiebra como pasó con los bancos en 1995, también estas instituciones han distribuido muchos de los créditos del Fovissste y de las Instituciones Bancarias que no han podido distribuir o colocar en el mercado, así esta sofoles han ido creciendo y son ahora una de las instituciones más grandes que coloca casas en el mercado y de las cuales su estudio y análisis resulta de gran interés ya que la mayoría de los inmuebles que se comercializan se encuentran gravados con el derecho real de hipoteca.

Una vez entendido el tema del objeto de la hipoteca, sus características, consecuencias y modalidades, pasaré al tema motivo de la realización del presente trabajo, la hipoteca dentro de la sociedad conyugal.

CAPÍTULO IV. LA HIPOTECA
CONSTITUIDA POR LOS
CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD
CONYUGAL.

1. REGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES.

En México, como en muchos países del mundo, para que las personas contraigan matrimonio es requisito el establecer el régimen patrimonial que lo regirá; la finalidad es simplemente saber como se regulan los bienes dentro del matrimonio (ya sean con los que contaban los consortes antes de contraer matrimonio si es que los aportan o los que obtengan durante la vigencia de éste, ya en lo individual ya en forma común). En el estudio del presente tema se analizará la relación entre la hipoteca y la sociedad conyugal, así como las facultades que los cónyuges tienen para hipotecar los bienes del matrimonio; para ello, se tendrá que estudiar primero cada uno de los regímenes patrimoniales que se permite establecer a los cónyuges en la legislación Mexicana.

A los regímenes patrimoniales se les ha denominado de diversas maneras, *“durante el siglo pasado y al principio del nuestro, era común identificar la idea del régimen patrimonial con la del contrato matrimonial, denominación utilizada por los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884, por la Ley de relaciones Familiares de 1917, al igual que los códigos civiles de 1888 de España y 1865 de Italia.”*¹

*“No obstante que esta idea ha quedado relegada, en la actualidad la expresión “contrato matrimonial” es indebidamente utilizada para señalar a la institución misma del matrimonio, pues en realidad lo más que puede aludir es al concepto de capitulaciones.”*²

*“El Código Civil Italiano aprobado en 1942 al referirse a las relaciones económicas entre consortes, utiliza la expresión Régimen Patrimonial de la familia “misma que debe rechazarse por dos razones: primera; porque con ella denotamos dentro del marco de regulación a personas que no son exclusivamente la pareja, segunda, por que implica figuras jurídicas que no son propiamente regímenes matrimoniales, como por ejemplo el patrimonio de la familia”*³.

¹ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México, Porrúa, Tercera edición, México, D, F, 1991, pág, 1.

² Ídem, págs, 1 y 2.

³ Ibidem.

Desde el siglo XIX y hasta principios del XX era común que se identificara al régimen patrimonial con el contrato del matrimonio, pero en realidad no es lo mismo ya que uno nace como consecuencia del otro, siempre va a nacer primero el matrimonio y como consecuencia de éste nacerá el régimen patrimonial a que se van a sujetar los bienes ya sea que se aporten o se adquieran con posterioridad y durante la vigencia del mismo.

a) CONCEPTO:

El régimen patrimonial del matrimonio es una consecuencia legal, forzosa e integrante de la institución jurídica del matrimonio, Relativa al aspecto patrimonial y conformado por normas estatutarias o direccionales.”⁴

En el derecho mexicano, los regímenes patrimoniales se establecen en las Capitulaciones matrimoniales, las cuales son definidas por el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 179 como:

“Artículo 179. Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario”.

b) ANTECEDENTES:

Las pesquisas respecto a los regímenes patrimoniales existentes antes de la conquista han sido poco fructíferas. De acuerdo al autor Martínez Arrieta Sergio, algunos autores afirman que el régimen era, al menos por lo que hace a los Aztecas, de comunidad; en tanto que otros alegan era el de separación. Estas opiniones contradictorias de los historiadores son igualmente observadas por Don Toribio Esquivel Obregón. Sin embargo, esta deficiencia no es trascendental en virtud de que el derecho propiamente mexicano tuvo poca influencia en el México independiente. Respecto a él Paulo Macedonio dijo que era sumamente escaso en su regulación, prácticamente desconocido y nunca practicado a partir de la conquista. De tal suerte tuvo mayor importancia el derecho español.

⁴ Ibidem, pág, 9.

Por otra parte, en relación a los regímenes matrimoniales, como se encuentran actualmente regulados fueron influenciados por el Código Civil de 1870, por el de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1915.

El primer código de corte contemporáneo, tomando como referencia el modelo napoleónico, fue el de 13 de diciembre de 1870 promulgado por Benito Juárez y que entrara en vigor el 1º de marzo de 1871, dicho código reguló como regímenes la sociedad legal, la conyugal y la separación de bienes, siendo el primero de los mencionados de carácter supletorio, de tal forma para constituir los restantes regímenes, era menester capitular.

La sociedad legal contenida en el código del 70 tuvo su origen en los preceptos del Fuero Juzgo, del Fuero Real, y de la Novísima Recopilación, “que no hicieron más que dar el prestigio y la autoridad a la Institución creada ya por la costumbre, que a su vez, tuvo por origen la consideración de que si el hombre por su actitud y su trabajo adquiere un patrimonio la mujer le ayuda con su economía, con su celo a formarlo y conservarlo.

Este ordenamiento jurídico fue dividido en cuatro libros, correspondiendo al libro III, los contratos. Dicho libro se dividió en veinte capítulos, siendo denominado el título décimo “Del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes”.

Tanto la ubicación de la materia como la denominación que le fue conferido, correspondía a la creencia general que el régimen patrimonial era un contrato expreso cuando se celebraban las capitulaciones o tácito, cuando se omitían. Posición esta que ha sido superada en la legislación moderna.

El título décimo constaba de trece capitulaciones teniendo como temas: La sociedad voluntaria, La sociedad legal, la separación de bienes, las donaciones antenuptiales y entre consortes y la dote.

La legislación civil de 1870 fue derogada por el artículo segundo transitorio del Código Civil de 1884. Este último fue promulgado por Manuel González el 31 de marzo de 1884, e inició su vigencia el día primero de junio del mismo año. El Código Civil de 1884 en lo que hace al contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes, se dedicó a formular una repetición de los textos legislativos de 1870.

Correspondió a Venustiano Carranza, en su Ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917, derogar al Código Civil de 1884 y con ello revolucionar la política legislativa sobre esta materia desdibujando la estructura de los regímenes patrimoniales del matrimonio contemplados originalmente en la codificación de 1879 y estableciendo como régimen legal taxativo la separación de bienes.

Estos tres cuerpos legislativos (Código Civil de 1870; de 1884 y Ley de Relaciones Familiares de 1917), constituyeron las plataforma de la cual el legislador del 28 partió para constituir la actual estructura de los regímenes económicos matrimoniales, pero este legislador no reparó en el hecho de que la codificación del siglo pasado estaba integrada por un articulado encaminado a la consagración de la comunidad como régimen legal, en tanto que la Ley de Relaciones Familiares fue integrada por dispositivos inspirados en un sistema totalmente contrario.

c) TIPOS:

A lo largo de la historia, se han establecido diversos tipos de regímenes patrimoniales; algunos constituyen un patrimonio común entre los cónyuges, otros separan totalmente los bienes de cada uno de los cónyuges, actualmente a estos regímenes se les conoce como sociedad conyugal y separación de bienes.

En México básicamente son dos los regímenes patrimoniales mencionados; la separación de bienes y la sociedad conyugal, de ambos puede surgir uno más que es un régimen mixto:

I “Separación de bienes: En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge conservara la propiedad de sus bienes y adquiere para sí, goza y administra sus bienes y responde exclusivamente por sus deudas”⁵.

Esta puede existir en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los cónyuges al celebrar el matrimonio, si no también los que adquieran después.

⁵ “*Enciclopedia Jurídica*”, Tomo XXIV, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1990, pág, 455.

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

II Sociedad conyugal: Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario (ambos cónyuges serán dueños de los bienes que adquieran durante el matrimonio así como de los que hayan sido aportados a la sociedad.

La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla.

III Régimen mixto: Como su nombre lo indica contiene ambos regímenes, una parte de los bienes se integrará en sociedad conyugal y la otra parte se constituirá con los bienes propios de cada uno de los cónyuges o de solo uno de ellos.

Martínez Arrieta afirma que *“mediante estos pactos se puede integrar tanto una figura contractual, para el caso de la sociedad conyugal, como un convenio en el caso de la separación de bienes”*.⁶

I. CAPITULACIONES MATRIMONIALES:

El Código Civil para el Distrito Federal, las define como:

“Artículo 179. Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges salvo pacto en contrario.”

En la anterior definición se encuentran dos objetos de las capitulaciones matrimoniales, el primero es el de crear el tipo de régimen matrimonial, bajo el cual se regirá el matrimonio, el segundo será el de determinar el tipo de funciones de la administración.

Las capitulaciones matrimoniales pueden ser celebradas de acuerdo a las reglas que da el artículo 180 del Código Civil para el Distrito Federal, en dos

⁶ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, págs, 64 y 65.

momentos antes de la celebración del matrimonio o durante éste, pudiendo otorgarse o modificarse durante el matrimonio ante el Juez de lo familiar.

De que las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse antes del matrimonio no cabe duda, pues al estudiar los requisitos para poder contraer matrimonio se encontró que uno de ellos consiste en exhibir anexo a la solicitud de matrimonio el convenio por el cual los solicitantes deberán celebrar su relación matrimonial en relación con sus bienes presentes así como los que adquieran durante el matrimonio, sin embargo, *“si no presentan ante dicho funcionario, no existe sanción para tal omisión, salvo la posible negativa de hecho del Juez del Registro Civil para celebrar las nupcias”⁷*.

Algunos autores consideran que las capitulaciones matrimoniales son contratos sujetos a condición suspensiva, ya que las mismas surtirán sus efectos hasta que suceda el acontecimiento del matrimonio, mientras que otros sostiene que están a plazo determinado para el caso de que exista ya la fecha para la boda, o como contrato de carácter accesorio al seguir la suerte del contrato principal.

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales celebradas durante el matrimonio, lo más lógico es que durante el matrimonio las mismas se modifiquen y no se hagan por primera vez, sin embargo, la ley permite que se hagan por primera vez hasta este momento (cuando el matrimonio ya está celebrado), Martínez Arrieta opina, que al celebrarse un matrimonio sin capitulaciones *“debe entenderse que cada cónyuge conserva el dominio y administración de sus bienes de manera exclusiva, o lo que es lo mismo, se rigen por la separación de bienes”⁸* En algunas legislaciones se considera que quedan sujetos a sociedad legal.

El hecho de no existir capitulaciones matrimoniales no significa que no exista la sociedad, al respecto la suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia de la Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 370, Página: 249, expone:

⁷ Ídem, pág, 73.

⁸ Ibidem.

“SOCIEDAD CONYUGAL. SU EXISTENCIA NO ESTA CONDICIONADA A LA CELEBRACION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Para que exista la sociedad conyugal no es necesario que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino basta con la expresión de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal. La falta de capitulaciones matrimoniales no puede ser motivo para que se deje de cumplir la voluntad de las partes, ni para que se considere que el matrimonio deba regirse por las disposiciones relativas a la separación de bienes, lo que sería contrario al consentimiento expresado por las partes, quienes quedan obligadas, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Sexta Epoca:

Amparo directo 1307/57. Lucrecia Albert de Orbe. 7 de mayo de 1958. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 4832/58. Eva Ortega Estrada. 23 de julio de 1959. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 7145/58. Enrique Landgrave Sánchez. 23 de octubre de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4689/59. Herminia Martínez Vda. de Coronado. 12 de abril de 1961. Mayoría de cuatro votos.

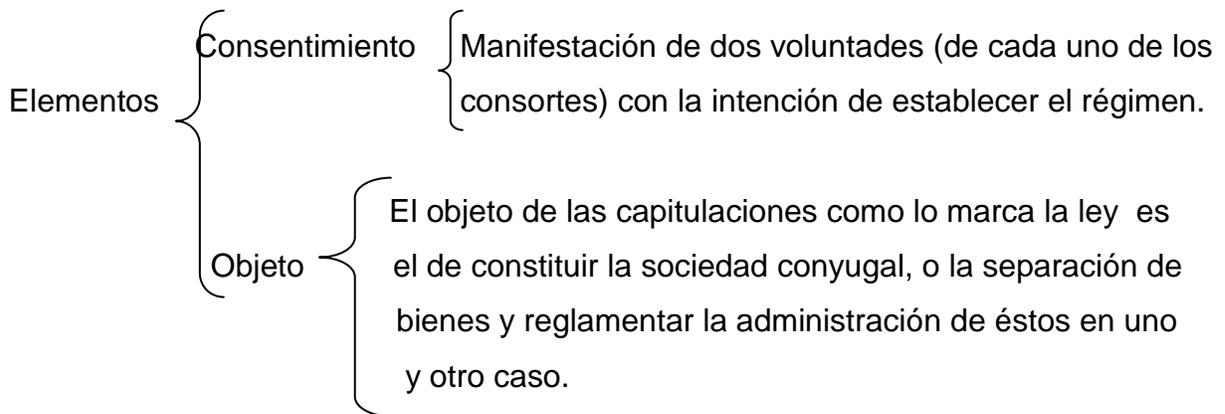
Amparo directo 3668/60. Modesta Montiel Jiménez de Tepepa. 26 de abril de 1962. Unanimidad de cuatro votos.”

Por lo anterior es claro que puede haber Sociedad Conyugal, sin capitulaciones matrimoniales.

II. REQUISITOS:

Al ser las capitulaciones consecuencia de las voluntades de los consortes, las mismas deben reunir los elementos que nuestra legislación exige para los convenios, es decir, las capitulaciones tienen en el consentimiento y el objeto sus

elementos esenciales, y en la capacidad, la ausencia de vicios y la licitud sus condiciones de validez.



La celebración de las multicitadas capitulaciones tienen como objeto, constituir el régimen patrimonial, es decir, constituir la sociedad conyugal, o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso; por lo tanto, se restringen a la constitución no de cualquier régimen, sino solo a uno de comunidad, de separación de bienes o en su caso al mixto, los cónyuges sólo se van a adherir a alguno de estos regímenes que la ley les ofrece, cada capitulación obtendrá un fin determinado o todas en conjunto van a generar obligaciones de dar hacer o no hacer.

Dentro de los requisitos de validez, en relación a la capacidad en principio se puede pensar que esta es la general, sin embargo, en el artículo 181 del Código Civil para el Distrito Federal se presenta una excepción al establecer que: *“El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio”*.

Por lo anterior se obtiene que deben ser consideradas las limitaciones más obvias o comunes si una persona es mayor de edad pero es incapaz para contraer matrimonio por una excusa que no le ha sido otorgada, y por la cual no podrá contraer matrimonio o el mismo caso del menor que obtiene consentimiento para casarse pero no para celebrar dichas capitulaciones.

En cuanto a la ausencia de vicios, como en cualquier acuerdo de voluntades, para poder celebrar las capitulaciones matrimoniales éstas deben estar libres de error, dolo, mala fe, etc.

En cuanto al error, lo más común es que los consortes se equivoquen en cuanto al tipo de régimen.

En cuanto a la existencia y validez de las capitulaciones matrimoniales, las mismas serán inexistentes cuando carezcan de consentimiento de los consortes, adolezcan de objeto o por haberse pactado un régimen no previsto por nuestra legislación, y por estar frente a una capitulación de objeto imposible, (incompatible con normas que necesariamente deben ser regidas por nuestro ordenamiento jurídico). En cuanto a la nulidad las mismas serán afectas de nulidad absoluta cuando el fin propuesto sea contrario a una norma de interés social y en cuanto a la nulidad relativa, ésta se dará por las reglas generales que se origina en cualquier otro negocio jurídico, la falta de forma, de capacidad, el error, el dolo o la mala fe.

La consecuencia de la declaración de la inexistencia, la nulidad relativa y la nulidad absoluta, si alguno de los consortes la hiciere valer, será la no producción del efecto o el grado de ineficacia de lo capitulado, según el grado de nulidad

III. FORMALIDADES.

Las capitulaciones matrimoniales en todo caso deben costar por escrito, si las mismas son formuladas con anterioridad a la celebración del matrimonio, deberá presentarse el documento que las contenga ante el Juez del Registro Civil, sin embargo, si no se cumpliera con tal determinación, no existe sanción para tal omisión salvo la posible negativa de hecho del Juez del Registro Civil para celebrar las nupcias.

Si las capitulaciones matrimoniales se otorgan durante el matrimonio, deberán formularse por escrito, el cual será presentado al Juez de lo Familiar por el efecto de que otorgue la autorización a los consortes para celebrarla.

Las capitulaciones matrimoniales deben ser inscritas en el registro Público de la Propiedad y del Comercio sólo cuando se transfieran bienes que deban constar en escritura pública, tal como lo dispone el artículo 185 del Código Civil para el Distrito Federal el cual establece:

“Artículo 185. Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los otorgantes pacten hacerse coparticipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida”

Las modificaciones hechas a las capitulaciones matrimoniales también deben ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, cuando se encuentren en el mismo supuesto de acuerdo a lo que establece el artículo 186 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

“Artículo 186. En este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero”.

Para la interpretación e integración de las capitulaciones matrimoniales, debemos sujetarnos a las reglas que da el Código Civil para el Distrito Federal para los actos jurídicos y contratos y en especial cuando el matrimonio se celebre bajo el régimen de sociedad conyugal, al respecto el artículo 189 establece:

“Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

I La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleva a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de sí la sociedad ha de responder de ella o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

IV La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos,

precisando en este último caso cuales son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en que proporción;

VII La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

VIII La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;

IX La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

X Las bases para liquidar la sociedad”.

En la práctica, la mayoría de los consortes omiten hacer dichas capitulaciones en forma tan detallada y normalmente se limitan a manifestar el régimen patrimonial al cual desean someterse pero ya se mencionó con anterioridad que si se puede contraer matrimonio a pesar de tener esta omisión.

1.1. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Se ha dicho en el tema anterior que los regímenes patrimoniales permitidos en la legislación Mexicana son dos, la sociedad conyugal y la separación de bienes, sin embargo de estos dos puede surgir uno más que es el mixto en el que parte de los bienes pueden ser en sociedad y los demás pueden constituirse en separación. Por

lo anterior, resulta importante el estudio particular de cada uno de estos regímenes patrimoniales comenzando con el régimen de separación de bienes que en el fondo es menos complicado para su estudio.

El diccionario jurídico define a la separación de bienes como:

*“Régimen patrimonial del matrimonio por virtud del cual los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, así como los frutos y accesorios de dichos bienes y los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias que cada uno reciba por servicios personales en su oficio, empleo, profesión, industria o comercio”.*⁹

Expone el autor Sergio Tomás Martínez Arrieta que cuando el presente régimen nace con la celebración del matrimonio, los consortes en igual calidad conservan el dominio y administración de sus bienes; pero si se pacta dicho régimen patrimonial cuando ya esta vigente el matrimonio los cónyuges ya no conservan sino que adquieren la administración de los bienes, adquieren la facultad de administrar y disponer con plena independencia jurídica de los bienes que les pertenezcan respectivamente, lo que pienso es correcto porque al celebrarse el matrimonio bajo la sociedad conyugal dejan de pertenecer los bienes al patrimonio personal del cónyuge (en el caso de que se haya pactado que todos los bienes individuales de los consortes entren a la sociedad conyugal) y efectivamente al cambiar el régimen patrimonial por el de separación de bienes recuperan los cónyuges esa administración y la titularidad.

Para el caso de que los cónyuges lleguen a adquirir en común por cualquier título gratuito o don de la fortuna, como una donación, una herencia o un legado, tales bienes serán administrados por ambos o por uno de ellos de acuerdo con el otro, hasta en tanto se haga la división. En el caso de que los bienes lleguen a ser administrados por solo uno de ellos éste será considerado como mandatario de acuerdo a lo establecido por el artículo 215 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2896.

En el régimen mixto puede comprender los bienes que los consortes tengan una vez celebrado el matrimonio y los que lleguen a adquirir en el futuro, puede ser parcial o también absoluta pero en el primero de los casos cuando se llegue a constituir en forma parcial los bienes se registrarán por las capitulaciones expresas, sin embargo, los puntos que no estén comprendidos dentro de ellas se registrarán por los preceptos que regulan la sociedad conyugal.

Ya se ha mencionado que en las capitulaciones en las cuales se establezca la separación de bienes, de acuerdo a lo establecido por el artículo 211 del Código Civil para el Distrito Federal *“Las capitulaciones que establezcan separación de bienes siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga cada esposo”*.

Si las capitulaciones se formulan antes de la celebración del matrimonio, no será necesario que las mismas consten en escritura pública, de acuerdo a lo establecido por el artículo 210 del Código Civil para el Distrito Federal el cual establece: *“No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observaran las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate”*, para este último caso por ejemplo, tratándose de menores deben intervenir prestando su consentimiento quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos el Juez de lo familiar.

En cuanto a la obligación de asistencia recíproca que se deben los cónyuges éstos no podrán en ningún momento ni en ninguno de los regímenes patrimoniales cobrarse entre sí retribuciones u honorarios por servicios profesionales que se hayan prestado entre sí o por los consejos y asistencia que se dieran, sin embargo, cuando uno de ellos se encarga de la administración de los bienes del otro por su ausencia o impedimento cuando la misma no sea por causa de enfermedad entonces el cónyuge que jugó el papel de administrador tendrá derecho a que se le retribuya por su servicio en proporción a la importancia y al resultado que obtuviera.

Como en cualquier otro acto jurídico en éste régimen el marido responderá a la esposa y a su vez ésta al marido de los daños y perjuicios que llegaren a ocasionar por dolo, culpa o negligencia.

En opinión del autor Sergio Tomás Martínez Arrieta *“en todo matrimonio, incluso aquellos en los que se haya estipulado una sociedad conyugal absoluta, por disposición de la ley existirá un régimen de separación de bienes, si se quiere altamente reducido, el cual se integra por el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 203 del Código Civil par el Distrito Federal”*.¹⁰

Como consecuencia, de la propiedad exclusiva con la que cuenta cada consorte en la separación de bienes, precisamente sobre los bienes, los frutos y accesiones de dichos bienes serán también exclusivos del dueño de los bienes respectivos. Igualmente serán propios de cada uno de los consortes, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria.

Así mismo los bienes que reciban los consortes en lo personal ya sea por cualquier título, serán propios de cada uno de ellos.

Frente al tercero con el que el cónyuge contrate, será este el único obligado salvo que la deuda haya sido asumida expresamente por ambos cónyuges.

Finalmente, la separación de bienes llega a su fin por la voluntad de los consortes o por la disolución del vínculo matrimonial y en la practica, cada cónyuge asimila las erogaciones que durante el matrimonio realizó para soportar las cargas matrimoniales y sólo en cuanto a los créditos que directamente tenga un cónyuge con el otro es el que ordinariamente se hace exigible, cuando en realidad y como fase previa se debería exigir el cálculo, de una parte, de los gastos domésticos de cada año, y de otra, de los ingresos anuales de cada cónyuge, de los cuales se calcularía la porción por la cual cada uno debió haber contribuido a las necesidades del hogar común resultando acreedor el cónyuge que haya contribuido con exceso en contra del que lo haya hecho con defecto.

¹⁰ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, Pág, 292.

Además de lo anterior se deberían restituir los bienes del cónyuge que el otro tuviera en administración o que tuviera por cualquier otra forma, se deberían satisfacer las deudas surgidas entre ambos durante la vigencia del matrimonio y así mismo se dividirían los bienes cuya propiedad no pudiera demostrarse.

1.2. RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.

Una vez entendido el tema de Régimen de separación de bienes, resulta importante el estudio del Régimen de la Sociedad Conyugal, ya que éste en oposición del primero nos da las bases para entrar al fondo del estudio en el presente trabajo de investigación.

A diferencia de la separación de bienes, en la sociedad conyugal, los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.

a) ANTECEDENTES

Este régimen patrimonial tuvo su origen en el derecho germánico antiguo, en el que se consideraba al marido un sucesor del padre de la novia y como tal ejercía sobre ella y sus bienes la patria potestad. Los bienes pertenecían a cada cónyuge pero formaban una masa patrimonial que iba a ser administrada por el marido y cuando se disolvía el matrimonio los bienes conyugales se separaban en bienes del marido y bienes de la esposa.

El sistema evoluciona, hacia una forma de comunidad de bienes en la que el patrimonio de ambos cónyuges se unificaba, los bienes comunes pertenecían a ambos cónyuges y al disolverse el vínculo matrimonial, los bienes se distribuían entre ellos conforme a las estipulaciones, prescindiendo del origen de los mismos.

La comunidad podía ser general o solamente de gananciales, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, citando a Kipp y Wolf establece que: *“se denomina sociedad conyugal a esta comunidad de bienes para indicar que los consortes debían ser considerados como socios iguales y que cualquiera de ellos podía ejercer la administración de los bienes”*.¹¹

¹¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2945.

Los Códigos de 1870 y 1884, denominaron sociedad conyugal a la comunidad de bienes y la regularon. La sociedad conyugal voluntaria se constituía de acuerdo a las capitulaciones matrimoniales y para el caso de que éstas no se hubiesen celebrado, se aplicaba el sistema supletorio llamado sociedad legal, que era una comunidad de gananciales reglamentada por los mismos códigos. La Ley de Relaciones Familiares abrogó a la sociedad conyugal e impuso como régimen obligatorio el de separación de bienes, sin embargo, el Código Civil de 1928 la reestableció.

b) CONCEPTO:

Actualmente el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, define a la sociedad conyugal como:

*“El régimen patrimonial del matrimonio formado por una comunidad de bienes aportados por los consortes y por los frutos y productos de estos bienes”.*¹²

Al respecto, Sara Montero Duhalt define a la sociedad conyugal como:

*“El régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal”.*¹³

Como se puede observar, en ambas definiciones los cónyuges participan tanto en la conformación del patrimonio así como en su administración.

Al igual que en la separación de bienes, la sociedad conyugal se registrará por las capitulaciones matrimoniales que constituyan los consortes y en lo que no estuviere estipulado, por las disposiciones del Código Civil establecidas para la sociedad conyugal, tal como lo dispone el artículo 183 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a la letra establece:

“Artículo 183. La sociedad conyugal se registrará por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere

¹² Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2945

¹³ MONTERO Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Porrúa, Segunda edición, México, D, F, 1985, pág, 151.

expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal”.

Antes de las reformas del 25 de mayo del 2000, el citado artículo disponía que, la sociedad conyugal se regiría por las capitulaciones matrimoniales que constituyan los consortes y por lo que no estuviere estipulado, por las disposiciones de la sociedad, de manera que de forma supletoria se aplicaba a la sociedad conyugal la regulación de la sociedad civil, esto fue tema de controversia muchos autores reconocieron diferencias importantes, entre las cuales se encuentran:

Sociedad Civil

- En las sociedades civiles se requiere de dos o más socios.
- Todo socio debe hacer una aportación inicial.
- No termina necesariamente por la muerte de uno de los socios.
- Su fin es preponderantemente económico.
- Cuenta con personalidad jurídica.
- Los socios pueden ceder con el consentimiento de los demás socios sus derechos.
- En las decisiones, cada miembro representa la cantidad aportada

Sociedad Conyugal.

- Se permite solo la presencia de los consortes.
- No necesariamente
- Termina con la muerte de uno de los cónyuges.
- Es la combinación de esfuerzos para la satisfacción de las diversas necesidades del matrimonio.
- Solo se trata de un patrimonio común.
- Ningún cónyuge puede transmitir sus derechos en la sociedad a otra persona ni aún con el consentimiento del otro.
- La participación de cada consorte es igual con independencia del monto de su aportación.

En virtud de toda esta problemática fue que se reformó tal precepto y actualmente como he mencionado dentro de la sociedad conyugal, lo que no se encuentre estipulado por las capitulaciones se rige por las normas de la misma sociedad conyugal, que establece la legislación civil.

Dentro de la sociedad conyugal, se contemplan diversas posibilidades en virtud de las cuales las partes o los cónyuges pueden disponer de sus bienes para la integración del acervo de la sociedad.

En el primero de los casos se forma la sociedad con un acervo que contienen la totalidad de los bienes (estos son todos aquellos bienes con los que cuentan los cónyuges antes de contraer matrimonio), los frutos de éstos y los productos del trabajo de cada esposo para formar así una sociedad conyugal universal, los esposos pueden también optar por una sociedad conyugal que se formara sólo con parte de sus bienes (es decir sólo aquellos bienes que desean aportar a la sociedad de los que poseen antes del matrimonio), reservándose la otra parte para sí, constituyendo así una sociedad de régimen mixto, al hablar de los bienes de los esposos o de los cónyuges, se debe entender tanto los bienes presentes (es decir con los que contaban antes de contraer matrimonio) así como los futuros (los que adquirirán dentro de la vigencia del matrimonio) y dentro de las capitulaciones matrimoniales no sólo se deben manifestar los bienes y derechos que se posean sino que también se deben manifestar las deudas que se tengan hasta el momento de celebrarse el matrimonio; sin embargo, esto sólo es para el caso de que la sociedad vaya a responder de ellas o sólo de las que se contraigan dentro del matrimonio.

Como ya he mencionado, la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o dentro de él y las capitulaciones que lo constituyan deben contener un inventario detallado del activo y del pasivo de cada consorte y la parte de ese pasivo que integrará la sociedad; el nombramiento del administrador, expresando con claridad las facultades que se le concedan y las bases para liquidarla.

En la sociedad conyugal como en cualquier otra asociación se requiere de la existencia de un órgano, por decirlo así de administración, pudiendo realizar esta función el marido, la mujer o ambos y esta designación debe hacerse desde que se realicen las capitulaciones matrimoniales, dicho nombramiento puede ser modificado con posterioridad sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente de acuerdo con lo estipulado por el artículo 194 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra establece:

“Artículo 194. El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal. La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada, sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.”

Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada consorte, será considerado como una donación según lo dispone el artículo 192 del Código Civil citado.

Para el otorgamiento de las facultades de administrador no se observarán formalidades como para el contrato de mandato, sino que sólo basta con el escrito privado en donde conste la capitulación correspondiente en la que se otorgan dichas facultades para poder evaluar el comportamiento del cónyuge administrador.

El cónyuge administrador será responsable de sus acciones y en principio se hará efectiva dicha responsabilidad en los derechos que le correspondan en los gananciales, al respecto el artículo 194 Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 194-Bis. El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes a favor del otro cónyuge. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este artículo, deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen”.

De la lectura del artículo transcrito en el párrafo que antecede, claramente se observa la responsabilidad del cónyuge administrador; sin embargo, aunado a lo anterior podría existir la posibilidad de demandar la nulidad del acto realizado en

virtud de existir contravención a las capitulaciones y en especial si éstas hubieran sido conocidas por el tercero contratante.

En relación con la administración de los bienes propios (para el caso de que en las capitulaciones matrimoniales se hubiere pactado que los cónyuges tendrían algunos bienes propios), cabe advertir que en la antigüedad fue tema de gran importancia ya que el marido era quien administraba y era el representante de su esposa, pero actualmente ya no tiene gran relevancia toda vez que si los cónyuges son mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios así mismo poder ejercitar las acciones y oponer excepciones y defensas que les correspondan, sin necesidad de necesitar del consentimiento del otro cónyuge. Solo en el caso de que fueran menores de edad se requiere de la autorización judicial para poder enajenar, gravar o hipotecar sus bienes así como un tutor para sus negocios judiciales, artículo 172 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 172. Los cónyuges mayores de edad tiene capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.”

Ya se ha mencionado, que la sociedad conyugal puede ser modificada en cuanto a su contenido y alcance por el mutuo consentimiento de los consortes siempre y cuando dicha modificación no se haga en perjuicio de terceros. Para poder llevarse a cabo dicha modificación se necesita de la autorización judicial correspondiente, requiriéndose además de la presencia de las personas cuyo consentimiento sea necesario, si se trata de cónyuges menores de edad, según lo dispone el artículo 187 del Código Civil para el Distrito Federal.

c) SUSPENSIÓN:

Antes de pasar al tema de la disolución de la sociedad conyugal, se estudiará la suspensión de la misma ya que este supuesto lo prevé el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 195 y 196 al disponer que:

“Artículo 195. La sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos señalados en este Código”

“Artículo 196. El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; estos no podrán comenzar de nuevo si no por convenio expreso”.

De la lectura del párrafo anterior, se obtiene que la suspensión de la sociedad conyugal se da por la declaración de ausencia de alguno de los cónyuges o por el abandono del domicilio conyugal por más de seis meses, sin haberse justificado, esta suspensión podrá no surtir efectos en el caso de que en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que continúe.

Para el caso de declaración de ausencia, el Código Civil para el Distrito Federal establece lo que sucederá con los frutos de la sociedad en los artículos 698, 699, 700, 701, 702, 703 y 704 los cuales establecen:

“Artículo 699. Declarada la ausencia, se procederá, con citación de los herederos presuntivos, al inventario de los bienes y a la separación de los que deben corresponder al cónyuge ausente”.

“Artículo 700. El Cónyuge presente recibirá desde luego los bienes que le correspondan hasta el día en que la declaración de ausencia haya causado ejecutoria. De esos bienes podrá disponer libremente”.

“Artículo 701. Los bienes del ausente se entregarán a sus herederos, en los términos prevenidos en el capítulo anterior”.

“Artículo 702. En el caso previsto en el artículo 697, si el cónyuge presente entrare como heredero en la posesión provisional, se observará lo que ese artículo dispone”.

“Artículo 703. Si el cónyuge presente no fuere heredero ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos”.

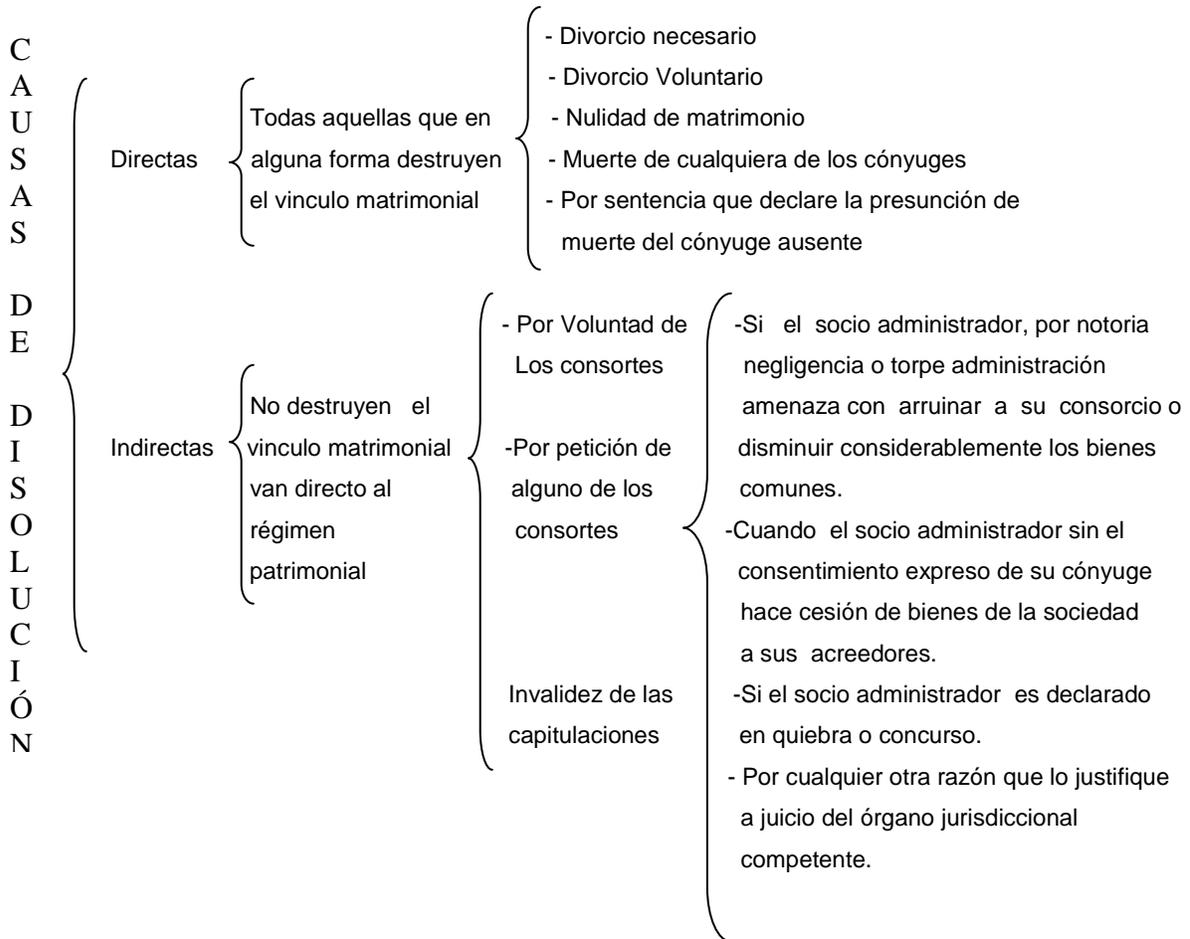
“Artículo 704. Si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restaurada la sociedad conyugal”.

d) DISOLUCIÓN:

Una vez estudiado el tema de la suspensión de la sociedad conyugal pasará al tema de la disolución o conclusión de dicha sociedad. Por disolución se entiende: *“El rompimiento de los lazos jurídicos estructurales de la sociedad conyugal”*.¹⁴

I Tipos de disolución.

La sociedad conyugal puede concluir por diversas causas, tanto directas como indirectas; las primeras son todas aquellas que en alguna forma destruyen y lesionan el vínculo matrimonial, acarreado como consecuencia la disolución de la sociedad, en las segundas no existe daño al vínculo matrimonial el mismo subsiste pero se daña la sociedad.



¹⁴ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, pág, 223.

a) Divorcio necesario: El divorcio, va a disolver el vínculo matrimonial y dejará a los cónyuges en aptitud de contraer otro, el divorcio será necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 267. Son causales de divorcio:

“El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II El Hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.

IV La incitación la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

VII Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo:

VIII La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses,

IX La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

- X La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;*
- XI La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos;*
- XII La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su incumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;*
- XIII La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;*
- XIV Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;*
- XV El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;*
- XVI Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condena por sentencia ejecutoriada;*
- XVII La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra otro, o hacia los hijos de ambos, de alguno o de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;*
- XVIII El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;*
- XIX El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley General de Salud y las licitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;*

XX El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge, y

XXI Impedir uno de los cónyuges al otro desempeñar una actividad en los términos de los dispuesto por el artículo 169 de este Código,

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tato cada causal es de naturaleza autónoma.”

b) Divorcio voluntario; el divorcio es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se substanciará administrativa o judicialmente.

El artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo este régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citara a estos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarara divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.*

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en la ley.”

El divorcio voluntario, por vía judicial procederá cuando:

“Artículo 273. Los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que lo ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaría, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de participación; y

VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudios de los hijos.”

Mientras se decreta el divorcio voluntario el Juez de lo familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge.

“Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a

solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año de su reconciliación” artículo 276 del Código Civil para el Distrito Federal.

c) Nulidad del matrimonio. Es otra causa importante de la disolución del matrimonio, reviste gran trascendencia el determinar si uno o los dos consortes procedieron de buena o de mala fe.

El artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federa, señala como causas de nulidad de un matrimonio las siguientes:

“Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y

III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.”

La acción de nulidad que nace del error solo la puede deducir el cónyuge engañado, la nulidad por falta de consentimiento de quienes deberían otorgarla solo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, en ambos casos deberá ser invocada dicha causal dentro de los treinta días posteriores a que se tenga conocimiento del matrimonio.

En relación a los acreedores del fondo social, sus derechos no son afectados por la nulidad.

d) Muerte de cualquiera de los cónyuges. La muerte de cualquiera de los cónyuges, traerá como consecuencia la extinción de la sociedad de manera automática, debiéndose proceder de inmediato a la liquidación y partición en los términos en que se hubiere pactado, y si no hubiere pacto al respecto, se procederá conforme a las reglas generales.

e) Por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente: El artículo 197 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

“Artículo 197. La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188.”

Así mismo, el artículo 713 del mismo ordenamiento, establece esta hipótesis como causa de disolución de la sociedad conyugal al disponer:

“Artículo 713. La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal.”

Causas directas:

1.- Por *voluntad* de las partes, o mutuo consentimiento (en este caso, los esposos deben celebrar un convenio mismo que será homologado por el juez).

2.- Por petición de alguno de los consortes en los casos siguientes:

1° Si el cónyuge administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar al otro cónyuge o disminuir considerablemente los bienes comunes.

2° Cuando el cónyuge administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores.

3° Si el cónyuge administrador es declarado en quiebra, o concurso.

4° Por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

En todos estos casos, es claro que el patrimonio familiar es afectado y lo que se busca es su protección.

III. Invalidez de las capitulaciones: La invalidez de las capitulaciones cualquiera que sea el motivo para ello, trae consigo el resquebrajamiento del régimen edificado. En consecuencia, tratándose de la sociedad conyugal, provoca la invalidez de los pactos capitulares acarreado la disolución de la misma.

Al disolverse la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges el otro continuara en posesión y administración del fondo social con intervención de

representante de la sucesión, disponiéndolo así el artículo 205 del Código Civil para el Distrito Federal.

Una vez ejecutoriado el divorcio, se procederá a la división de los bienes comunes tal como lo dispone el artículo 287 del ordenamiento citado, el cual a la letra establece:

“Artículo 287. En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo familiar fijará lo relativo la división de los bienes, y se tomaran las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.”

Por liquidación de la sociedad conyugal se entiende:

“Al conjunto de operaciones encaminadas a determinar los gananciales y reglamentar el pasivo social, previo reintegro a los cónyuges de sus bienes propios y pago de lo que por concepto de recompensa se les debe”.¹⁵

La realización del inventario es una operación preliminar de orden y seguridad que establecerán o determinarán los bienes que han de partirse (no se incluirán el lecho, los vestidos, ordinario y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que de acuerdo con el artículo 203 del Código Civil para el Distrito Federal, serán de éstos o de sus herederos), y su valor, precave su distracción u ocultación lesiva por los cónyuges, sus herederos y acreedores.

La formación de la masa u acervo líquido comprenderá:

1º La formación del acervo bruto.

2º La deducción de los bienes propios y pago de las recompensas adeudadas a los cónyuges.

¹⁵ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, pág, 236.

3º La deducción del pasivo común.

Finalmente, disuelta la sociedad, después de formarse inventario, se pagarán los créditos y se devolverá a cada cónyuge lo aportado; el sobrante si lo hubiere, se dividirá entre los consortes en la forma convenida en las capitulaciones. Si en la liquidación se reportaran pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge, en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno solo llevo el capital, de éste se deducirá la pérdida total de acuerdo con lo estipulado por el artículo 204 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para el caso de nulidad del matrimonio, si los cónyuges actuaron de buena fe la sociedad subsistirá hasta que la sentencia de nulidad cause ejecutoria y en todo tiempo a favor de sus hijos, o se considerará nula desde la celebración del matrimonio si los cónyuges actuaron de mala fe y solo producirá efectos civiles respecto de los hijos, cuando solo uno de los cónyuges haya actuado de buena fe el matrimonio producirá solo efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

1.3. RÉGIMEN DE SOCIEDAD LEGAL.

El presente régimen patrimonial, aunque no es aceptado por la legislación mexicana actual, si constituye antecedente histórico, por lo que se le ha dedicado este apartado para su estudio.

El primer Código Civil en México (1870) reguló como regímenes la sociedad legal, la conyugal y la separación de bienes, siendo el primero de ellos o sea la sociedad legal de carácter supletorio, de tal forma que para constituir los restantes regímenes, era menester capitular.

Los regímenes patrimoniales, pueden tener origen legal, judicial y consensual, y pueden nacer en diversos momentos respecto a las nupcias. (Antes de continuar con el presente tema es necesario recordar, que el régimen patrimonial va a surgir siempre como una consecuencia de la celebración del matrimonio, es decir, con solo el establecimiento del matrimonio, surgirá una serie de relaciones patrimoniales en las que se estatuirán reglas básicas que la regulen).

Cualquiera de las tres forma anteriormente señaladas van a instituir una forma legal de creación ya que las mismas fueron consagradas por el legislador por lo que al hablar del régimen legal se pretende encuadrar aquellos patrones económico-matrimoniales que el legislador elaboró para los particulares de manera taxativa, alternativa, o supletoria.

El régimen legal, no es un extraño en nuestra tradición jurídica y actualmente impera en todas las entidades federativas al igual que en el Distrito Federal, en este último en su forma alternativa.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 el legislador estableció primeramente la separación de bienes o la sociedad conyugal, la cual ofreció diversas variantes; en segundo lugar, como régimen supletorio fijó la sociedad legal, (no obstante creemos que este tipo también puede instituirse por medio de convenio), se aclara, los Códigos de 1870 y 1884 ofrecieron primeramente a los contrayentes la elección entre los tipos dados de sociedad conyugal o separación de bienes y a deficiencia de dicha elección aplica el régimen legal supletorio, que para dichos cuerpos normativos lo era la llamada "Sociedad Legal".

Este régimen legal nacía en los siguientes casos:

- I. Cuando los cónyuges al celebrar el matrimonio no capitulaban la sociedad conyugal o la separación de bienes.
- II. Cuando habiendo aceptado uno de dichos regímenes, el acto volitivo en que se apoyaban resultaba nulo.
- III. Cuando el pacto en que se establecía alguno de tales regímenes era ininteligible y resultaba imposible determinar el sentido de la voluntad de los contrayentes.
- IV. Cuando de manera directa y expresa es acogido por los esposos.

La reglamentación de la sociedad legal contenía una enumeración de los bienes considerados propios de los consortes, así como de los que integraban el fondo de la sociedad. De igual forma, se detallaba la gestión de la misma, declarándose al marido como administrador, en tanto la mujer sólo lo podía hacer si

para ello prestaba el consentimiento su esposo, o por la ausencia o impedimento de éste. Concluía dicha regulación dando las bases para la liquidación.

La manera en que los legisladores de 1870 y de 1884 estatuyeron los regímenes patrimoniales del matrimonio parece acertada. Sin embargo, Don Venustiano Carranza en su Ley de Relaciones Familiares, consideró lo contrario y estableció como sistema legal taxativo el de separación de bienes. No obstante, en los artículos 272, 273 y 274 se contemplaba la posibilidad que el hombre y la mujer, antes o después de celebrar “el contrato de matrimonio”, podían convenir el hacerse copartícipes de los productos de sus bienes o de su trabajo.

*“Art. 272.- El hombre y la mujer, antes o después de contraer matrimonio, pueden convenir en que los productos de todos los bienes que poseen o de alguno o algunos de ellos, especificándolos en todo caso, serán comunes; pero entonces fijarán de una manera clara y precisa la fecha en que se ha de hacer la liquidación y presentar las cuentas correspondientes”.*¹⁶

*“Art. 273.- El hombre y la mujer antes y después de celebrar el contrato de matrimonio, pueden convenir en que los productos de su trabajo, profesión, industria, o comercio se dividirán entre ellos en determinada proporción, siempre que la mujer tenga en los productos del marido la misma representación que ella concede a éste en los suyos. Esto mismos se observara en el caso del artículo anterior. La infracción de este precepto, será causa de nulidad del contrato”.*¹⁷

“Art. 274.- El marido puede conceder a la mujer en los productos que obtuviere por su trabajo o con sus bienes, una representación mayor que la que la mujer le conceda en los suyos.

El marido puede también conceder a la mujer una parte de los productos de su trabajo, profesión, comercio o industria o de sus

¹⁶ CARRANZA, Venustiano, *Ley Sobre Relaciones Familiares*, Secretaría de Gobernación, Negocios Interiores, Oficial, Talleres gráficos de la Nación, México, D, F, 1936, pág, 66.

¹⁷ Ídem, pág, 67.

bienes, aunque la mujer no preste ningún trabajo, ni ejerza alguna profesión, comercio o industria, o no tenga bienes propios”.¹⁸

Finalmente, el legislador de 1928 establece un sistema legal alternativo, pues en su artículo 178 ordena: *“El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes”*, y en el artículo siguiente preceptúa que: *las capitulaciones son los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario*”, por lo tanto, con este último precepto los cónyuges establecen la constitución de uno de estos tipos, así como la administración de los bienes en cualquiera de los casos.

Muchos autores nacionales afirman que actualmente no existe un régimen legal, sino que es convencional por requerirse de manera forzosa la elaboración de capitulaciones.

Es muy fuerte la tendencia a sostener a la sociedad conyugal como régimen legal supletorio. Se han esbozado diferentes argumentos, algunos meramente técnicos, si se toma en cuenta lo dispuesto por el artículo 184 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla”.

Y si se relaciona, por otra parte, con el artículo 207 que dice:

“Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, si no que también los que adquieran después.”

De la lectura de estos numerales y en una interpretación exegética, se puede desprender que el uso del vocablo “puede haber” señala solo una posibilidad por lo que no es indefectible la existencia de la separación de bienes, en cambio al

¹⁸ Ibidem.

referirse a la “sociedad conyugal”, “nace con la celebración del matrimonio” con lo que en base a esta diferenciación terminológica se podría alegar que por ser la sociedad conyugal el régimen patrimonial más acorde con los fines del matrimonio (idea con la cual se comulga), ésta es una consecuencia natural de él, motivo por el cual nace con la celebración de las nupcias, salvo que en virtud de capitulaciones se hubiese constituido la separación de bienes.

Sergio Tomás Martínez Arrieta, citando a Sánchez Medal afirma que hoy en día el legislador no quiso establecer de manera directa o deliberada ningún régimen legal de bienes entre los cónyuges y para fundamentar su opinión, invoca los artículos 98, fracción V, 99, 103, fracción VII y 178 del Código Civil para el Distrito Federal, pero luego agrega: Sin embargo, también en el vigente puede decirse que existe un régimen legal de bienes en materia de matrimonio, ya que si a pesar de lo ordenado en los artículos 98, fracción V, 99, 103, fracción VII del Código Civil, los contrayentes no celebran capitulaciones matrimoniales expresas o éstas fueran incompletas, había que regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges con arreglo al régimen de separación de bienes, toda vez que establece el legislador como una norma general *“que el marido y la mujer, mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesiten el esposo el consentimiento de la esposa, ni ésta la autorización de aquel, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de bienes”*.¹⁹

A mayor abundamiento, el autor considera que si se toma en cuenta que la legislación civil en su artículo 179 establece:

“Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes...”, resulta fatal concluir que efectivamente es necesario capitular para dar nacimiento al régimen de separación de bienes.

¹⁹ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio, Op, Cit, pág, 60.

Cuando el legislador del 28 elimina el régimen legal supletorio y a la vez conserva un artículo que fue elaborado en base a la existencia de la sociedad legal (artículo 172 del Código Civil para el Distrito Federal), crea una situación jurídica; pues así como no se puede ordenar lo que se prohíbe, tampoco se puede prohibir lo que se manda. De la misma manera no se puede exigir, sin caer absurdo, que se capitule para dar nacimiento a lo que ya estaba constituido.

La necesidad de pactar la separación en los códigos anteriores, obedeció a la existencia de la sociedad legal como régimen supletorio, pero al desaparecer ésta, tal exigencia se veía injustificada, pues los consortes conservan la administración y dominio de sus bienes al igual que antes de la boda.

Tan no es cierto que se requiera la celebración de capitulaciones para constituir la separación de bienes, que basta sólo atender a la naturaleza de éste régimen, para concluirlo así.

La mayoría de los jurista, convienen en afirmar que la sociedad conyugal es un contrato; en tanto la separación de bienes es un convenio en sentido estricto.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1792 del Código Civil, convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y en la especie según nos dice el numeral 212 de dicho cuerpo normativo. *“En el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen...”*, resulta que de adoptarse este modelo económico-matrimonial antes de la celebración del matrimonio, o coetáneo a la misma, no se persigue ni modificar o extinguir ni siquiera crear o transferir, de tal suerte que no persiguiéndose ninguna de estas consecuencias jurídicas, resulta inocuo manifestar expresamente la voluntad, pues si lo que se pretende es conservar el estado de cosas, mismas que no son amenazadas por sociedad legal alguna en virtud de que en nuestros días no opera este régimen legal supletorio, resultan ociosas las capitulaciones para conservar la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen respectivamente.

En conclusión, el espíritu que reina en el matrimonio y para el cual fue creado, es totalmente contrario al principio que inspira la separación de bienes.

En relación con la opinión del autor Ramón Sánchez Medal, con la cual no estoy de acuerdo, en el sentido de que no es necesario capitular para conservar la propiedad y administración de los bienes que respectivamente le pertenecen a cada cónyuge, el autor señala que para el caso de que no se pactara régimen patrimonial al celebrarse el matrimonio, el régimen supletorio sería el de separación de bienes por lo que no es necesario capitular, sin embargo, nuestra legislación es clara al estipular en el artículo 184 del Código Civil para el Distrito Federal que:

*“Artículo 184. La Sociedad Conyugal **nace** al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla.”*

Por otra parte, el artículo 207 del mismo ordenamiento jurídico señala que:

“Artículo 207. Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.”

En el primero de los supuestos, la sociedad conyugal, nace automáticamente, en el segundo de ellos la separación de bienes la cual el propio artículo señala puede haber es decir, es una posibilidad de existencia, es decir, la misma al contrario de la sociedad conyugal, nacerá o existirá por capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio o en su caso por convenio de los consortes o sentencia judicial.

Al nacer la sociedad conyugal al celebrarse el matrimonio indica con claridad que el régimen patrimonial supletorio o legal es el de sociedad conyugal, por lo tanto la separación de bienes para que pueda existir necesita de capitulaciones, de pacto entre los consortes o sentencia judicial, lo que significa en los tres supuestos que se necesita del voluntad de los cónyuges, es decir, necesariamente debe haber un acuerdo de voluntades para poder determinar u optar por la separación de bienes, entonces si, establecida está no será necesario que se llegue a ningún otro pacto o convenio para saber como cada uno de los cónyuges administrara sus bienes.

Por otra parte, hay quienes definen a los pactos como sinónimo de convenio, utilizando el primero de los términos para establecer las capitulaciones matrimoniales, aunque los términos empleados en realidad pudieran tener casi el mismo significado, pienso que en el término correcto que se debe emplear es el de convenio porque para establecer tanto la sociedad conyugal como la separación de bienes debe existir forzosamente acuerdo de voluntades entre los cónyuges, y posteriormente las determinaciones en concreto que se tomen sobre ese acuerdo de voluntades serán entonces los pactos.

Por lo anterior se concluye que el régimen legal supletorio en nuestra legislación es el de la sociedad conyugal.

2. BIENES INDIVIDUALES DE CADA CÓNYUGE Y BIENES COMUNES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL.

He mencionado, que dentro de la sociedad conyugal los cónyuges pueden tener un patrimonio propio que será independiente al del patrimonio de la sociedad conyugal, siempre y cuando se haya estipulado así en las capitulaciones matrimoniales correspondientes, en el presente apartado se explica como se integra la masa de bienes pertenecientes única y exclusivamente a cada uno de los consortes así como la masa de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal.

a) ANTECEDENTES

En los Códigos Civiles pasados (1884 y 1870), además de señalar los bienes que integraban el fondo social, señalaban como bienes propios o exclusivos de cada consorte:

- a) Los bienes de que era dueño cada consorte, al tiempo de celebrarse el matrimonio.
- b) Los bienes que adquirirían por usucapión aún durante la sociedad si los poseía antes de la existencia de ésta.
- c) Los adquiridos por don de la fortuna, por donación de cualquier especie, por herencia o por legado, constituidos a favor de uno solo de los consortes.

- d) Los bienes adquiridos por retroventa u otro título propio, que sea anterior al matrimonio, aunque la prestación se haya hecho después de la celebración de él.
- e) Los bienes adquiridos por compra o permuta de las raíces que pertenezcan a los cónyuges, para adquirir otros también raíces que se constituyan en el lugar de los vendidos o permutados.
- f) El precio adquirido por la venta de los bienes inmuebles propios o de uno los cónyuges, en la inteligencia que si dicho inmueble fue aportado a la sociedad de manera estimada el exceso de precio respecto a la estimación será ganancial.
- g) Los bienes que adquieran por la consolidación de la propiedad y el usufructo.
- h) Cualquier prestación exigible a palazos vencidos durante el matrimonio.

Lo anterior de conformidad con lo estipulado por los artículos 1999 a 2007 del Código Civil de 1884, los cuales a la letra dicen:

“Artículo 1999.- Son propios de cada cónyuge los bienes de que era dueño al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que poseía antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante la sociedad.

Artículo 2000.- Los son también los que durante la sociedad adquiere cada cónyuge por don de la fortuna, por donación de cualquiera especie, por herencia ó legado, constituidos á favor de uno solo de ellos.

Artículo 2001.- Si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote ó del capital del marido, en su respectivo caso, el importe de las cargas de aquellas, siempre que haya sido soportada por la sociedad.

Artículo 2002.- Son propios de cada consorte los bienes adquiridos por retroventa ú otro título propio, que sea anterior al matrimonio, aunque la prestación se haya hecho después de la celebración de él.

Artículo 2003.- Los gastos que se hubieren causado para hacer efectivo el título, serán de cargo del dueño de éste.

Artículo 2004.- Son propios los bienes adquiridos por compra o permuta de los raíces que pertenezcan a los cónyuges, para Adquirir otros también raíces que se sustituyan en el lugar de los vendidos o permutados.

Artículo 2005.- Cuando se vendan los bienes inmuebles propios de uno de los cónyuges y su precio no se invierta en comprar otros inmuebles, el precio adquirido se considerará como propio del cónyuge dueño de los bienes vendidos, si éstos entraron a la sociedad conyugal sin ser estimados; pero si se estimaron al celebrarse el matrimonio o al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, será de propiedad del dueño el precio en que fueron estimados, reputándose como ganancias o pérdidas de la sociedad el aumento o disminución que hayan tenido al ser enajenados.

Artículo 2006.- Es propio de cada cónyuge lo que adquiere por la consolidación de la propiedad y el usufructo, así como son de su cargo los gastos que ase hubieren hecho.

Artículo 2007.- Si alguno de los cónyuges tuviere derecho a una prestación exigible en palazos, que no tenga el carácter de usufructo, las cantidades cobradas por los plazos vencidos durante el matrimonio no serán gananciales, si no propios de cada cónyuge.”

Así mismo en relación con lo estipulado por los artículos 2133 a 2140 del Código Civil de 1870, los cuales a la letra establecen:

“2133

Son propios de cada cónyuge los bienes de que era dueño al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que poseía antes, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante la sociedad.

2134

Lo son también los que durante la sociedad adquiriera cada cónyuge por don de la fortuna, por donación de cualquier especie, por herencia o por legado, constituidos a favor de uno solo de ellos.

2135

Si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote o del capital del marido, en su respectivo caso, el importe de las cargas de aquellas, siempre que hayan sido soportadas por la prestación.

2136

Son propios de cada consorte los bienes adquiridos por retroventa u otro título propio, que sea anterior al matrimonio, aunque la prestación se haya hecho después de la celebración de él.

2137

Los gastos que se hubieren causado para hacer efectivo el título, serán de cargo del dueño de éste.

2138

Son propios los bienes adquiridos por compra o permuta de los raíces que pertenezcan a los cónyuges, para adquirir otros también raíces que se sustituyan en lugar de los vendidos ó permutados.

2139

Es propio de cada cónyuge lo que adquiere por la consolidación de la propiedad y el usufructo; así como son de su cargo los gastos que se hubieren hecho.

2140

Si alguno de los cónyuges tuviere derecho a una prestación exigible en plazos, que no tenga el carácter de usufructo, las cantidades cobradas por los plazos vencidos durante el

matrimonio, no serán gananciales, sino propios de cada cónyuge.”

De la transcripción de los artículos anteriores se obtienen que la ley es quien determina que bienes pertenecen a cada cónyuge y la forma en que se integran los mismos a la sociedad conyugal, dichos artículo sufrieron reformas con el transcurso del tiempo y actualmente para la determinación de los bienes individuales y de los bienes pertenecientes a la sociedad intervienen la voluntad e los cónyuges.

b) BIENES INDIVIDUALES DE CADA CÓNYPUGE.

Actualmente, la determinación de los bienes propios de cada consorte deberá resultar de una manera expresa de las capitulaciones que se celebren los cónyuges al momento de celebrarse el matrimonio y así la extensión de los bienes propios de los consortes será determinada por el tipo de comunidad adoptada, al respecto, el artículo 182 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal enumera los bienes propios de cada cónyuge en la sociedad conyugal:

“Artículo 185- Quintus. En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

I Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio;

II Los bienes que adquiriera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

III Los bienes adquiridos por cualquier título propio que se anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;

IV Los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios;

V Objetos de uso personal;

VI Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la porción que corresponda; y

VII Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge. Se exceptúan la vivienda, enseres y maneje familiares.”

El artículo 203 del Código Civil para el Distrito Federal al respecto dispone:

“Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos, ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos.”

Los bienes de los cuales era propietario un consorte antes de celebrar el matrimonio no ingresan a la sociedad cuando ésta es de gananciales, y esto, resulta por que no va a entrar a la sociedad en cuanto a su dominio ya que este va a continuar en la esfera exclusiva del cónyuge dueño, de ahí es de donde surge el calificativo de bien propio, la sociedad de gananciales se integra de bienes de la comunidad que serán adquiridos con el esfuerzo mutuo de los cónyuges, sin embargo, los frutos que produzcan los bienes antes señalados sí pertenecerán al fondo social.

En relación a las donaciones ante nupciales, cuando estas se hagan a favor de alguno de los cónyuges, las mismas no entraran tampoco a la sociedad de gananciales ya que el dominio de las mismas pasaran al patrimonio del cónyuge antes de la celebración de las nupcias, por lo que va a adquirir la calidad de cualquier otro bien prematrimonial, sin embargo, si la donación se hiciera a favor de los dos cónyuges existen dos alternativas, que el bien sea propio y pertenezca a los dos cónyuges o que sea social y aunque parece un poco ilógico, no lo es, los

derechos adquiridos en un situación y otra son diferentes, Martínez Arrieta citando a Bello en nota a al proyecto de 1853, manifiesta que: “no es lo mismo pertenecer una cosa a la sociedad, o pertenecer a los dos cónyuges en común:

1.- Si el bien pertenece a los cónyuges pro-indiviso la mujer tendrá un indudable derecho de dominio al par que no le tendría si el bien fuera social.

2.- La hacienda podría dividirse durante la sociedad si pertenece pro indiviso a los cónyuges, en tanto que si fuera social no podría.

3.- El marido no podría enajenar la finca sin cumplir con las formalidades necesarias para enajenar bienes raíces de la mujer, mientras tales formalidades son divisa para los bienes sociales.

Puede agregarse todavía, que si el bien fuera social, la renuncia de los gananciales haría perder a la mujer todo derecho en él; si es propio, conservaría la cuota que le pertenece.²⁰”

Al respecto el artículo 215 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: “Artículo 215. Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquiera otro título gratuito o por don de la fortuna, entre tanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario”.

De lo anterior, se infiere que los bienes obtenidos en forma gratuita no ingresan a la sociedad conyugal pues se establece con claridad “mientras se haga la división”.

En relación con el pasivo de cada consorte, éste es integrado, salvo pacto en contrario, con los siguientes elementos:

I. Las deudas que graven su patrimonio antes del matrimonio.

II. Los gastos extraordinarios originados por los bienes aportados a la sociedad serán sufragados por quien los aporto.

²⁰ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, pág, 194.

III. En relación a las donaciones y demás bienes obtenidos a título gratuito, todo tipo de gastos derivados de ellas, inclusive los de mera conservación, serán a cargo del cónyuge beneficiado.

IV. Las deudas derivadas por concepto de reparación de daños causados por hechos ilícitos intencionados.

En relación con los productos de los bienes propios serán éstos igualmente propios, en consideración a que la creación de dicho producto va en detrimento de la sustancia del bien que lo ha producido, lo que no sucede en el caso de los frutos, en este último ejemplo los frutos serán propios si son obtenidos antes del matrimonio, aún cuando le sean entregados durante él mismo ya que el derecho a percibirlos nació antes de la existencia del régimen conyugal.

Las mejoras naturales que se obtengan del bien como son aluvión, avulsión o cualquier otra forma de accesión pertenecerán al cónyuge que sea dueño.

Contrario al activo propio se obtiene un pasivo propio también, pasivo este que se integrará por las deudas contraídas por el consorte antes de celebrar el matrimonio y también será integrado por la administración de los bienes propios, en conclusión el pasivo propio se integrara por todas las deudas contraídas por uno de los cónyuges en asuntos exclusivos de su propiedad.

c) BIENES COMÚNES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

Vistos los bienes comunes de cada cónyuge pasará al estudio de los bienes comunes en la sociedad conyugal y al igual que en los bienes propios de los cónyuges se encontrara un activo y un pasivo social.

I. ACTIVO

Una vez que se encuentran delimitados los bienes de cada cónyuge, pasare al estudio de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, los que en principio serán todos aquellos que se aporten inicialmente al celebrarse el matrimonio y que queden debidamente estipulados en las capitulaciones matrimoniales, pudiéndose también incluir de los bienes que se obtengan durante el mismo matrimonio, cuales de ellos entraran a la sociedad conyugal (a estos bienes se le conoce también como gananciales siempre y cuando éstos sean habidos durante el matrimonio y además sean obtenidos con el esfuerzo común de los cónyuges), y cuales no, sin embargo,

no es necesario que al celebrarse el matrimonio forzosamente se aporten bienes, entonces en este caso solo bastara con que al celebrarse el matrimonio se exprese que los bienes que se adquirieran serán administrados bajo el régimen de sociedad conyugal.

Dentro de los bienes que los cónyuges pueden aportar al matrimonio o a la sociedad pueden ser la fuerza de trabajo o bien bienes que generen ganancias.

Con respecto a los gananciales, arriba mencionados éstos conforman la masa que se incrementa durante el matrimonio y persigue como fin el sostenimiento de las cargas y en última instancia su división entre los consortes, llegado el momento de la disolución y liquidación de la sociedad, por lo tanto, pertenecerán a los bienes gananciales todos los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, inclusive el producto del trabajo, así como las rentas y frutos de los bienes muebles e inmuebles propiedad de los consortes antes de la celebración del matrimonio, claro está que se habla de una sociedad universal en la que los cónyuges aportaron todos los bienes de los que eran propietarios sin hacer reserva alguna en especial.

En cuanto al producto del trabajo, el artículo 189 fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal establece o impone la necesidad de que los consortes declaren si éste corresponde exclusivamente al que lo ejecutó o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en que proporción, en la práctica casi nunca se hace esta manifestación y por lo general siempre es compartido el producto del trabajo, sin embargo, a falta de esta manifestación por parte de los cónyuges y partiendo de la consideración de que la sociedad deseada por los cónyuges es la de gananciales como consecuencia entra a la sociedad el producto del trabajo de los cónyuges.

Al hablar del concepto de trabajo no se habla específicamente de la prestación de servicios personales y subordinados a cambio de un salario, pues en realidad incluye cualquier actividad que genere ingresos pudiendo ser una prestación de servicios profesionales.

En relación con las indemnizaciones laborales por muerte o en accidentes de trabajo no se incorporan a la sociedad, sino que pertenecen a los dependientes económicos o herederos legítimos, según sea el caso, en cuanto a la indemnización

laboral por incapacidad temporal o permanente tampoco pertenecerá a la sociedad conyugal ya que dada la naturaleza del bien se puede afirmar será propia del accidentado.

Por otra parte al hablar del intelectual o del artista por ejemplo el autor de libros que recibe regalías éstas entran a la sociedad conyugal o no, se considera que si deben entrar en virtud de que de alguna u otra forma se comparten cargas, el cónyuge que no es el artista o el escritor muchas veces hace la función de inspiración o confidente en relación con la obra escrita por eso se considera que si deben entrar estos productos a la sociedad y se califica como ganancial al producto económico del fruto del derecho intelectual que se da durante el matrimonio más no así al derecho como tal.

En cuanto a los bienes adquiridos por herencia o legado, se ha dicho renglones arriba que no ingresan a la sociedad de gananciales si no que serán propios de cada consorte, sin embargo, si se demuestra que fue voluntad del testador beneficiar al matrimonio y no a uno de los consortes entonces formaran parte de la sociedad conyugal al igual que las donaciones.

En el caso de los seguros, cuando el bien asegurad sea ganancial, la cantidad que se llegue a cobrar en caso de siniestro deberá ser también ganancial.

En cuanto a los frutos de los bienes ya se ha dicho que si éstos no pertenecen al patrimonio común no entraran a la sociedad, pero, si éstos pertenecen a la sociedad conyugal los frutos también serán de la sociedad, no debemos olvidar las reglas establecida para este supuesto, los frutos deberán devengarse durante el matrimonio.

II PASIVO.

Una vez entendido el activo social de la sociedad conyugal, es importante estudiar el pasivo social ya que un patrimonio como se sabe se integra tanto de las ganancias, como de las deudas.

Al igual que en los demás temas, las deudas deben ser expresadas con claridad en las capitulaciones matrimoniales tal como lo requiere el artículo 189 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener;

I La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

IV La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos; en uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro y en qué porción;

VII La declaración acerca de que sí ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

VIII La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;

IX La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

X Las bases para liquidar la sociedad.

De la lectura del artículo anterior, se obtiene tres tipos de deudas:

- a) Las que tenga cada esposo antes de celebrarse el matrimonio;
- b) Las deudas que adquiriera uno solo de los cónyuges durante el matrimonio; y
- c) Las que contraigan ambos consortes durante el matrimonio.

La fracción del artículo transcrito señala que los consortes deben señalar si se pagan las deudas anteriores o solamente las posteriores que sean contraídas por uno o ambos cónyuges, de lo cual se deduce que el mínimo que la sociedad conyugal esta obligada a responder es a cubrir las deudas contraídas con posterioridad a la celebración del matrimonio, resultando meramente facultativo el pago de las deudas anteriores, por lo tanto sea lo que fuere que se integre a las capitulaciones matrimoniales necesariamente correrá a cargo del fondo social las deudas que sean adquiridas con posterioridad, aclarando que se debe manifestar de forma clara que si las deudas que se deban cubrir de manera forzosa son aquellas concertadas por uno solo de los cónyuges o por ambos, aunque si las deudas se contraen por ambos cónyuges lo lógico es que sea el fondo social el que responda por ellas, sin necesidad de que se haga pacto expreso.

Dentro de las deudas sociales se encuentran las siguientes:

Obligaciones alimentarias, la cual comprende: *“Los gastos originados en la satisfacción de la comida, el vestido, la habitación, la asistencia médica en caso de enfermedad, etc.”*²¹

Algunos autores, al referirse a este tipo de erogaciones manifiestan que las obligaciones alimentarias no solo comprenden las ordinarias necesidades del hogar y la del sostenimiento y educación de los hijos, sino también las cargas extraordinarias, como son el pago de los gastos de clínica en razón de accidentes

²¹ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, pág, 186.

sufridos por alguno de los cónyuges, los gastos de enfermedad del marido o la mujer o cualquiera de los hijos, etc.

Otro de los casos que se encuentra dentro de las obligaciones de la sociedad conyugal son los gastos de conservación de los bienes, en donde se debe distinguir si estos bienes son gananciales o si son propios de los consortes y aportados a la sociedad, en el caso de los primeros, la comunidad responderá por cualquier tipo de gastos, es decir, no solo los de conservación, o sea las mejoras necesarias, sino aún las útiles o de mera decoración.

En el caso de las segundas, tratándose de los bienes propios de los consortes que hayan sido aportados a la sociedad, esta última solo responderá de los gastos de conservación, de igual manera, la sociedad responderá por el pago de las cargas propias de los bienes aportados, tales como impuestos prediales, tenencias, contribuciones especiales, etc.

Por lo que hace a los gravámenes que reporten los bienes propios (hipoteca o embargo), los mismos deben ser cubiertos por su propietario, si el gravamen en cuestión se fija a consecuencia de un crédito exclusivo del consorte propietario.

3. FACULTAD DE LOS CÓNYUGES PARA CONSTITUIR HIPOTECA RESPECTO DE LOS BIENES PROPIOS Y LOS COMUNES.

En el tema anterior, se ha visto como no todas las ganancias obtenidas dentro del matrimonio pertenecen a la sociedad conyugal, de igual forma, no todas las deudas deben ser cubiertas por ésta, al igual que en el activo y el pasivo en el presente tema se explicara la facultad que tienen los cónyuges para poder constituir gravámenes sobre los bienes ya sean propios o comunes, en relación con los gravámenes se hablara específicamente de la hipoteca.

En cuanto a los bienes pertenecientes a cada uno de los cónyuges, no se tiene mayor problema para poder constituir sobre él el gravamen de hipoteca, pues al ser solo uno de los cónyuges propietario del mismo basta con que otorgue su consentimiento, sin embargo, y como se mencionó en el capítulo anterior, aunque

este bien entre a la sociedad conyugal en cuanto al gravamen esta última no será responsable sino solo el cónyuge que haya gravado el bien.

En cuanto a la comunidad de gananciales, establece el artículo 206 Bis, del Código Civil para el Distrito Federal que:

“Artículo 206- Bis. Ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo ni en parte los bienes comunes, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial”.

De lo anterior, se obtiene, que para que se pueda enajenar un bien común en la sociedad conyugal, se requiere de la actuación conjunta de ambos cónyuges o de uno solo pero con el consentimiento del otro o en su caso de la autorización judicial.

Al haberse establecido que la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de dicha sociedad conyugal, da la pauta para afirmar que para poder realizar actos de disposición a título gratuito sobre bienes gananciales, los cónyuges requieren del consentimiento de ambos por ser ambos dueños de los mismos.

Así mismo, se reconoce a ambos cónyuges capacidad para obligar a la sociedad, fijar deudas que deben pesar sobre ella, exigiéndose para los actos de disposición la voluntad de ambos interesados.

Así las cosas, si es la voluntad de ambos cónyuges la que ha de manifestarse en los actos de disposición, en este supuesto entra la hipoteca, nada impide que los cónyuges establezcan este gravamen en forma separada ni que el acto sea otorgado por uno con el consentimiento del otro ya que en ambos casos, se produce la confluencia de la manifestación de la voluntad de ambos interesados.

El Doctor Andrés Cruz Mejía en este planteamiento hace un estudio interesante, en cuanto a las deudas correspondientes al fondo común, ¿pueden éstas hacerse efectivas sobre el patrimonio individual de cada cónyuge?, ¡Sí!, *“cuando menos sobre el patrimonio del cónyuge que haya contraído la deuda, toda*

*vez que como ya se ha mencionado el patrimonio común, no cuenta con personalidad jurídica, no puede obligarse por sí y solo puede ser responsabilizado por alguno de los cónyuges titulares de esa masa común; titular que al obligarse, responsabilizará frente al acreedor, los bienes de la masa común cuando menos, en el porcentaje que le corresponda y por supuesto, todo su patrimonio individual*²²

Sin consentimiento de ambos cónyuges, no sería posible llevar a cabo este acto, sin embargo si alguno de ellos negara su consentimiento o estuviera impedido para poder hacerlo (en caso de enfermedad), podrá el Juez de lo familiar previa información autorizar uno o varios actos dispositivo cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente podrá acordar las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Para poder realizar actos de disposición a título oneroso, como es el caso de la hipoteca, sobre los bienes gananciales se requiere forzosamente como ya se ha mencionado del consentimiento de ambos cónyuges, el cual no requiere de forma determinada simplemente debe ser expreso o tácito, el mismo puede ser anterior, simultáneo o posterior al acto u otorgamiento de la hipoteca.

La ley en absoluto, exige formalidades especiales, solo que se preste en forma indubitable. Si hay duda o apariencia de disposición sin el consentimiento, el acto es convalidable por el cónyuge de quien se supone falta ese consentimiento.

La ausencia de requisitos concretos la confirma el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a la letra establece:

“Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio de la voluntad deba manifestarse expresamente”.

De la lectura del numeral que antecede, no se tiene prescrita una forma determinada de consentimiento, reiterando, éste puede ser expreso o tácito y

²² CRUZ Mejía Andrés, Las deudas de los cónyuges en la sociedad de gananciales, Estudios Jurídicos, Revista Semestral, Escuela de Derecho, Universidad Continental, Números 16 y 17, Enero-Junio, México, D, F, 2000, pág, 281.

presentarse antes de celebrado el negocio, simultáneamente a su otorgamiento o con posterioridad al mismo, como también puede ser inferido de las circunstancias concurrentes, tal como acontece cuando la actividad habitual del marido es la construcción y venta de pisos o si la mujer es concedora de la realidad de la construcción y de las ventas.

Por lo anterior se concluye en que el consentimiento se otorgará por ambos cónyuges o de uno solo con el consentimiento del otro o con autorización judicial.

En cuanto a la ratificación, si la hipoteca se constituye sin la concurrencia de ambos cónyuges y su falta no implica nulidad, resulta posible la posterior ratificación.

Si alguno de los cónyuges fuera menor de edad, se debe estar a la regla que nos da el artículo 182-Bis del Código Civil para el Distrito Federal y para que él mismo pueda celebrar contrato de hipoteca, necesita que concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

4. LA PLURALIDAD DE LA INTEGRACIÓN DE LOS PATRIMONIOS INDIVIDUALES Y COMUNES, SU PUBLICIDAD Y EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS.

Una vez, explicados los regímenes patrimoniales en que los cónyuges pueden administrar su patrimonio al contraer nupcias, he decidido pasar al estudio de la integración de los patrimonios individuales de los cónyuges y el de la comunidad además de estudiar su publicidad y los efectos que produce con relación a terceros.

El patrimonio, proviene de la palabra *patrimonium*, Indica los bienes que el hijo tiene heredados de su padre y de sus abuelos, por patrimonio jurídicamente hablando se entiende:

*“El conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona”.*²³

El patrimonio va a tener dos elementos importantes que más adelante se verá como responderán ante cada situación, un activo y un pasivo, el activo se constituirá por el conjunto de bienes y derechos y el pasivo por las cargas y obligaciones

²³ Diccionario Jurídico Mexicano, Op, Cit, pág, 2353.

susceptibles de una apreciación pecuniaria. Los bienes y derechos que van a integrar el activo se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos y el pasivo por deberes personales o cargas u obligaciones reales. El haber patrimonial, resultará de la diferencia entre el activo y el pasivo, cuando aquel sea superior a éste, mientras que el déficit patrimonial surge cuando el pasivo es superior al activo; en el primer caso se habla de solvencia y en el segundo, de insolvencia.

El patrimonio de familia es:

“Un bien o conjunto de bienes que la ley señala como temporalmente inalienables o inembargables para que respondan a la seguridad de los acreedores alimentarios familiares”²⁴

El Código Civil para el Distrito Federal lo define como:

“Artículo 723. El patrimonio familiar es la Institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casahabitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento”.

El núcleo familiar normalmente está compuesto, por uno o más sujetos capaces económicamente y otro u otros dependientes económicos de los primeros. Entendiéndose que quien tiene la obligación alimentaria a su cargo y dispone de un bien de los que la ley considera afectables al patrimonio de familia, podrá constituir el mismo y los bienes quedarán con la calidad de inalienables o inembargables mientras permanezcan afectados al fin de patrimonio de familia.

a) INTEGRACIÓN DE LOS PATRIMONIOS.

Ese patrimonio puede ser constituido de diferentes formas, los cónyuges al contraer nupcias pueden aportar uno de ellos parte de sus bienes y el otro puede

²⁴ Ídem, pág, 2360

reservarse la totalidad de ellos para su patrimonio individual, otra forma puede ser cuando cada uno de ellos aporte parte de sus bienes y se reserve la otra parte para su patrimonio individual y la forma más común es en la que ambos cónyuges aportan la totalidad de sus bienes al patrimonio común.

Se han revisado las probabilidades o formas en que los cónyuges pueden contraer matrimonio, tanto en sociedad conyugal como en separación de bienes, formándose así la integración de los patrimonios tanto individuales como el patrimonio común, al integrarse los patrimonios comunes en uno solo, este responderá de diferentes maneras ante sus acreedores y tendrá efectos jurídicos diferentes, los cuales traerán consigo obligaciones que también pueden ser diferentes. Hablando en términos de la sociedad conyugal, por ser el tema principal del presente trabajo de investigación, los cónyuges al contraer una obligación dentro de la sociedad de gananciales pueden manifestarse en una forma simple (un solo acreedor frente a un solo deudor, en este supuesto aunque el dinero pertenezca a la sociedad de gananciales se pactó que sólo uno de los cónyuges respondería por tal deuda), o en su caso, se puede manifestar en una forma compleja (existirá uno o varios acreedores frente a varios deudores que serán los cónyuges), a este tipo de obligaciones complejas se le llama mancomunidad, ya en el capítulo segundo se ha estudiado la mancomunidad y se dijo que en el primer caso, cuando existe un solo deudor frente a un solo acreedor, la obligación se tendrá por cumplida cuando el primero haga pago total de la deuda al segundo, presentándose diversas alternativas en el caso de que existan diversos acreedores frente a diversos deudores:

a) La deuda puede ser dividida entre todos los deudores y el crédito entre todos los acreedores (simple mancomunidad).

b) La deuda no puede dividirse, por lo que cualquiera de los deudores debe pagar la totalidad del crédito y cualquiera de los acreedores podrá exigir la totalidad del pago, lo cual puede surgir de:

I. La voluntad de las partes o de la ley, y

II. De la naturaleza infragmentable del objeto de la obligación, indivisibilidad.

El Maestro Joaquín Martínez Alfaro hace una distinción en lo que se refiere a la mancomunidad, dice que la mancomunidad será simple activa cuando existan

varios acreedores, mancomunidad simple pasiva, cuando haya varios deudores en una sola obligación y mancomunidad simple mixta cuando exista pluralidad de acreedores y deudores simultáneamente.

De lo anterior, resulta que las modalidades en la que puede manifestarse la obligación en cuanto a los sujetos son la simple mancomunidad, la solidaridad y la indivisibilidad.

La existencia de varios acreedores o de varios deudores en una obligación, impone o supone en principio que la deuda será dividida entre todos aquellos deudores en que se haya dividido, siendo ésta la solución más común y general que se encuentra mientras que alguna de las modalidades arriba señaladas no impongan la necesidad del pago único e integral de cualquier deudor a cualquier acreedor, en este caso cada uno de aquellos deberá solventar a cada uno de éstos una parte alícuota del objeto de la deuda.

Ya he hecho mención que al contraerse una obligación en forma mancomunada cada una de sus fracciones o partes son independientes una de otra y cada acreedor deberá exigir solo su parte así como que cada deudor está obligado a pagar solo la parte que le corresponde.

A contrario de la mancomunidad existe la solidaridad (también expuesta en el capítulo segundo), en la mancomunidad se dijo que la deuda se divide entre los acreedores o los deudores que existan, sin embargo, en la solidaridad no es así ya que aquí las partes convienen en la unidad del pago o por que la ley lo impone.

Por solidaridad el Maestro Manuel Bejarano Sánchez dice:

“La solidaridad es una modalidad de las obligaciones, caracterizada por la existencia de sujetos múltiples que pueden exigir o deben cumplir la prestación en su integridad, sea por haberlo convenido así o porque la ley lo imponga”. ²⁵

Al igual que en la mancomunidad la solidaridad va a ser activa cuando existan varios acreedores y cualquiera de ellos podrá cobrar la totalidad de la deuda, y también podrá ser pasiva cuando existan varios deudores a los cuales se les podrá

²⁵ BEJARANO Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Quinta edición, Oxford University Press, México, D. F., 2002, pág, 425.

exigir el pago de la totalidad del crédito, pudiendo ser también mixta cuando existan varios acreedores frente a varios deudores con respecto a la misma obligación.

La solidaridad puede nacer en primera por la voluntad de las partes y en segunda por la ley, de ahí que se habla de la solidaridad convencional y de la solidaridad legal. El primero de los casos se da en una forma simple se separan simplemente las obligaciones existentes, aunque en realidad van entrelazadas, cuando existen diversidad de deudores y diversidad de acreedores se tendrán dos obligaciones, la primera es la obligación de pago que hay por parte de los deudores hacia los acreedores y la segunda la que existe entre los deudores de saber como le harán para pagar esa deuda y la de los acreedores para saber como se repartirán el dinero recuperado.

En la solidaridad legal, es la que la ley impondrá y hará responsables a dos o más sujetos de una deuda en su integridad frente al acreedor común.

Siguiendo al Maestro Manuel Bejarano Sánchez, se encontrara en la solidaridad diversos efectos entre los cuales están:

1. Los coparticipes constituyen un consorcio (del latín consortium: participación con otro u otros en la misma suerte). El consorcio de acreedores y el consorcio de deudores. Pero hay otras dos ideas que permiten comprender los demás efectos de la institución, y éstas son:

- 1. La unidad del objeto. Los codeudores han convenido entregar una sola prestación al acreedor común. O bien los coacreedores han convenido en recibir una sola prestación del deudor común. Esto significa que la obligación tiene un solo y único objeto: hay unidad de objeto.*
- 2. La pluralidad de vínculo. Pero además y pese a la unidad de objeto, cada uno de los codeudores está enlazado con el acreedor común mediante un vínculo particular, por lo cual hay una pluralidad de vínculos. Esto significa que la liga que enlaza a cada uno de los codeudores con el acreedor puede estar sujeta a diversas modalidades y sometida a distintas circunstancias de*

*origen. Por tanto, la obligación de uno de los codeudores solidarios puede estar sujeta a plazo; la de otro, ser pura y simple y la de un tercero, estar sometida a condición suspensiva. Por otra parte, alguna de ellas pudo haber sido concretada con vicios de origen (por un incapaz o por alguien que se encontraba bajo el influjo del error o la violencia), mientras los demás vínculos, las obligaciones de los otros codeudores, fueren perfectas.*²⁶

Los efectos que producirá la solidaridad son los ya mencionados, la deuda principal de acreedores con deudores y la distribución de la deuda o del crédito entre los deudores y acreedores respectivamente. Sus efectos serán diferentes en cada caso.

En la relación principal, el primer efecto será: que cualquiera de los acreedores puede exigir el pago total del crédito, y paralelamente, cualquiera de los codeudores debe cumplir con el total de la deuda. El deudor y el acreedor lo son por el todo. La unión es de dos calidades coextensas. El deudor debe todo y el acreedor es acreedor del todo. La solidaridad, es una vinculación en la que no existen partes.

El segundo de los efectos será que el pago hecho a cualquiera de los acreedores extinguirá el crédito. El pago que haga cualquier deudor hará lo mismo, y así, el deudor que pague podrá exigir el coacreedor que desee para hacer el pago, si ya hubiese sido demandado de pago, deberá entonces pagar al demandante.

El tercero de los efectos será el que los actos que cualquiera de los coacreedores realice beneficiará a todos los demás, y los actos defensivos que realice cualquiera de los codeudores también beneficiará a los demás codeudores.

El cuarto de los efectos será que los actos liberatorios efectuados por cualquier coacreedor perjudicaran y son oponibles a los demás coacreedores, lo que significa que si alguno de ellos remite la deuda, o la nova, compensa o confunde, el crédito se extingue para todos. Paralelamente, los actos perjudiciales de uno de los codeudores dañan y repercuten en los demás del consorcio: cuando uno de los codeudores destruye culpablemente el objeto de la obligación, surgirá la obligación a cargo de todos de indemnizar los daños y perjuicios.

²⁶ BEJARANO Sánchez, Manuel, Op, Cit, pág, 427.

El quinto y último de los efectos será que en el vínculo de cada uno de los coacreedores puede estar sujeto a modalidades diversas o presentar características con problemas distintos. A su vez, el vínculo que ata a cada uno de los codeudores puede estar afectado por distintas complicaciones o padecer vicios o imperfecciones. Así se obtiene que el codeudor solidario podrá oponer a cada coacreedor las excepciones que le sean personales.

Dentro de los efectos que se producirán en las relaciones internas (en la distribución de la deuda), se encuentran las siguientes:

Además del vínculo jurídico establecido entre las partes acreedor y deudor, existen efectos entre los acreedores y los codeudores entre sí.

En el caso de los acreedores, cuando alguno de ellos haya obtenido el pago del todo o parte de la deuda o que hubiere hecho quita o remisión de ella, quedará como responsable ante los otros acreedores de la parte que a éstos les corresponda, dividiendo el crédito entre ellos (la división se hará en proporción a su interés en el crédito), igualmente responderá si perdonó la deuda, la novo, compensó o efectuó confusión.

Para el caso de los codeudores, cuando uno de ellos cubra o pague la totalidad del adeudo, tendrá el derecho de exigir de los demás la parte que en ella les corresponda; Sin embargo, si el negocio, por el cual la deuda se contrajo solidariamente no interesa más que a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores.

Así mismo, si la cosa debida se llegare a perder por culpa de uno de los codeudores, éste deberá responder de ella frente a los demás coobligados, respondiendo también para el caso de que en la defensa (en caso de juicio) haya omitido la defensa común.

Para el caso de que alguno de los coacreedores o codeudores solidarios llegaren a fallecer, el derecho o en su caso la deuda se transmitirán a los coherederos del fallecido y estos tendrán el derecho a cobrar de todo el crédito, en el caso de que sean del acreedor, pero para el caso de que sean herederos del deudor deberán pagar toda la deuda. El importe del total, sea del crédito o de la deuda, se dividirá entre todos los herederos en proporción a su haber hereditario.

Hasta aquí las cosas no son tan difíciles si existe simple mancomunidad o solidaridad, sin embargo, la obligación se va a complicar si además de varios titulares del crédito o deudores, el objeto que debe prestarse es indivisible, de acuerdo con el Maestro Manuel Bejarano Sánchez esto se da cuando: *“la mayor utilidad que puede proporcionar para el acreedor sólo es posible si se presta por entero y no fraccionado. Desde un punto de vista material, e incluso desde uno jurídico, todo objeto es divisible y toda prestación podría ser fragmentada, pero hay cosas que al ser fraccionadas pierden o disminuyen su valor económico y su utilidad, así como hay otras que no sufren demérito o depreciación al dividirlos”*.²⁷

Las obligaciones de prestación indivisible deben ser cumplidas forzosamente en totalidad, ya que si se hicieran en parcialidades perderían el valor que representan para el acreedor, y por ello, cualquiera de los codeudores está obligado a entregar la cosa en su integridad a cualquiera de los coacreedores, los efectos que la indivisibilidad presenta son dos:

I. La obligación debe ser entregada entera y debe también obtenerse por entero (cualquier deudor deberá entregar el todo a cualquier acreedor).

Si el objeto de la obligación es indivisible y pasa a ser divisible también la obligación dejará de ser indivisible y así, si el bien adeudado por los codeudores pereciera por culpa de todos ellos, la indemnización compensatoria que deberán abonar al acreedor en dinero habrá de fraccionarse entre todos los codeudores y todos los coacreedores como una obligación simplemente mancomunada. Esto significa que si el objeto pierde su carácter indivisible al convertirse en una prestación por equivalente (en dinero), también la obligación dejará de ser indivisible.

Cuando la obligación pierde la calidad de indivisible y se resuelve en el pago de daños y perjuicios, observará las siguientes reglas:

a) Si al producirse la conversión hubo culpa de todos los deudores, todos responden de los daños y perjuicios.

a) Si solo fueron culpables algunos de ellos, solo ellos responderán de los daños y perjuicios.

²⁷ Ídem, pág, 436.

II. Ya se ha dicho que la obligación indivisible proviene de la naturaleza del objeto, ésta conservará su calidad de indivisible aún en el caso de que fallezca alguno de los codeudores de la prestación y cualquiera de sus herederos tendrá la facultad para exigir el pago total de la cosa indivisible que es su objeto.

De lo anterior, se obtienen que cuando los cónyuges contraigan deudas se deberá observar si estas se hicieron en mancomunidad o solidaridad (al hablarse de sociedad conyugal, se entiende que se está frente a la solidaridad ya que los bienes son de ambos y ambos deben responder de las deudas, sin embargo se puede dar el caso de que los cónyuges hayan hipotecado la parte que les corresponda en forma independiente).

Lo anterior se presentará en el caso de los deudores, sin embargo, para el caso de acreedores puede ser que existan varios y entonces si es importante determinar si éstos son acreedores mancomunados o solidarios para saber como se liberarán del pago los cónyuges.

Así, una vez integrados los patrimonios y vistas las formas en como responderán en cada caso pasare al tema de la publicidad.

B) PUBLICIDAD Y EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS.

La necesidad de la publicidad de los regímenes patrimoniales se ve justificada por el interés que los terceros tienen en conocer su contenido. Se considera a los parientes que pretenden donar a uno de los consortes uno o varios bienes; ellos desearían o podrían necesitar enterarse por algún medio que les brinde seguridad, a quien en realidad va a beneficiar de manera directa o indirecta la entrega de estos.

Los acreedores de los consortes les resulta imprescindible conocer el monto de su garantía quirografaria o precisar la seguridad jurídica que les brinda determinada garantía pignoratícia, todo lo cual, se ve alterado al menos afectado en forma directa o indirecta por el régimen patrimonial del matrimonio que vincula al consorte que con él contrata.

De igual modo la publicidad aclara dudas dentro del juicio sucesorio de alguno de los consortes, especialmente en la etapa de liquidación.

La función de la publicidad tiene relevancia, no sólo para la constitución o disolución del régimen, sino para cualquier modificación que sufra. Cualquier

modificación, será oponible a terceros de buena fe desde el momento de su inscripción. Si la modificación no es publicada, la misma es válida y eficaz para los consortes y para los terceros que tienen conocimiento de dicha modificación; sin embargo, y pese a la validez de los cambios, la misma no será oponible a los demás terceros a quienes incluso ya publicada la modificación no se le podrá dar efectos retroactivos en perjuicio de los derechos ya adquiridos por ellos.

Es importante precisar que el objeto de la publicidad es el régimen patrimonial y no las capitulaciones. Generalmente al abordar el tema se habla de la publicación de las capitulaciones porque éste es comúnmente el vehículo por el cual se exterioriza la existencia de un régimen patrimonial.

El régimen legal, también requiere de publicación, lo cual se logra mediante su mención en el acta del Registro Civil, en la inteligencia que su mención puede resultar de la sola omisión del señalamiento de cualquier régimen convencional por así disponerlo la ley.

Ahora bien, sino existe régimen legal, como lo es el caso del Distrito Federal, no basta que el tercero tenga conocimiento que su contratante es casado para que le sean oponibles las posibles capitulaciones existentes, en este caso debe cerciorarse del régimen matrimonial y sus capitulaciones.

Son tres, los institutos registrales vigentes mediante los cuales se difunde públicamente la existencia, modificación o liquidación de determinado régimen patrimonial.

Sin embargo, el estudio de la publicidad de los capítulos deberá hacerse en cuatro apartados, correspondiendo cada uno de ellos a los principales Institutos registrales a los que la doctrina generalmente hace referencia.

a) Registro Civil. Ante el Juez del Registro Civil los consortes deberán acompañar a su solicitud el convenio de las capitulaciones que hubieren celebrado. Este hecho significará un medio de información a terceros.

Sin embargo, dicho registro no ofrece las seguridades debidas, en virtud que no se encuentra previsto ningún dispositivo en el cual se obligue a los consortes a presentar ante dicho Juez las modificaciones a sus capitulaciones, o en el supuesto caso, la presentación de las mismas durante el matrimonio.

Por otro lado, la copia del acta de matrimonio en sí, no contienen las estipulaciones matrimoniales, sino sólo las referencias del tipo de Régimen que los consortes tienen celebrado. En tal razón quien pretenda enterarse del contenido de dichas estipulaciones, requerirá buscar los anexos que la contienen, es decir, la solicitud de matrimonio, y en este supuesto se enfrentará al problema de la falta de un índice.

b) El Registro Público de la Propiedad. Otro medio de publicidad de las capitulaciones matrimoniales lo constituye el Registro Público de la Propiedad, siendo éste el que más comentarios ha provocado.

Siguiendo al autor Sergio Tomás Martínez Arrieta, se tiene que el Registro Público de la Propiedad no es el Instituto correcto de inscripción de las capitulaciones. Ya que estas por su propia esencia no constituyen derechos reales inscribibles, postura que no es nueva y encuentra su apoyo en la doctrina nacional y extranjera. Así por ejemplo Díez Picazo Sostiene: “Las capitulaciones, en cuanto negocio en que se contienen las reglas genéticas determinantes del régimen económico-matrimonial no son un acto inscribible en el Registro de la Propiedad. El registro se refiere a derechos concretos sobre inmuebles, pero no las normas hipotéticas que rigen la economía de unos cónyuges. Sólo serán inscribibles los capítulos en cuanto constituyan transmisiones o atribuciones de derechos sobre los inmuebles de un cónyuge a otro o de terceros a favor de cualquiera de ellos o como complemento de otro negocio dispositivo inscribible para determinar la naturaleza de los bienes transmitidos y las facultades de los cónyuges para realizar la enajenación.

Así mismos el autor, citando a José Aguilera Ávila, dice: *“En el aspecto inmobiliario registral puede afirmarse que las capitulaciones matrimoniales, inclusive las del Código Civil Español, Francés e Italiano, globalmente consideradas, no constituyen acto propiamente inscribible en el Registro de la Propiedad, más si puede interesar a éstos los efectos registrales de alguno de los actos, como son los negocios jurídicos, pactos, estipulaciones o capitulaciones singulares que integran normalmente su contenido global”*.²⁸

²⁸ MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, Op, Cit, pág, 88.

El problema realmente se da cuando el otro cónyuge pidiera la rectificación del asiento respectivo, aún cuando se logre la rectificación, éste solo hecho no beneficiara al consorte solicitante, pues la referencia de que el inmueble adquirido por un solo consorte pertenece a la sociedad conyugal no arroja derecho real alguno a favor del otro. Es decir que aún con esa rectificación el cónyuge que no ha participado nominalmente en el título adquisitivo no posee acción alguna contra terceros.

Pero si la rectificación mencionada tuviera como efecto no el que se inscribiera el inmueble a favor de la sociedad conyugal, sino dar titularidad registral al cónyuge no adquirente, implicaría una medida inacabada, pues lo importante es la modificación en el título mismo de adquisición y o en su inscripción publicitaria.

Si se logra llevar a cabo esto último, ya no tiene importancia (para los efectos que se comentan) la existencia de la sociedad conyugal, pues los derechos que así aparezcan, pertenecen a los cónyuges a causa de una copropiedad.

C) Registro Público del Comercio. El Código de Comercio de 1889 ha previsto un medio más de publicidad para las capitulaciones, originalmente el artículo 21, fracción X decía que los comerciantes tenían obligación de inscribir “Las escrituras dótiles, capitulaciones matrimoniales y los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de la mujer del comerciante, así como las escrituras sobre separación de intereses entre los cónyuges y, en general, los documentos que contengan con relación a los objetos expresados, algún cambio o modificación”.

Con la publicación de la Ley de Relaciones Familiares y posteriormente con la del Código Civil del 28, la redacción de la fracción antes transcrita quedo fuera de la realidad, pues el régimen dotal previsto en los artículos 2119 y 2218 del Código del 84 ha quedado derogado por disposición del artículo 9° transitorio de la Ley sobre Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917. La misma suerte corrió el concepto de bienes parafernales.

Respecto a este medio de publicación de las capitulaciones cabe comentar el artículo 19 del Código de Comercio: Establece que la inscripción será potestativa para los individuos y obligatoria para las sociedades mercantiles y para los buques:

“Artículo 19. La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen a comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.”

Siendo importante señalar la importancia revestida por el Registro Mercantil, ésta se ve incrementada respecto a la de las capitulaciones, pues persigue como finalidad que los consortes puedan hacer valer los derechos derivados del párrafo segundo del artículo 9º del código de la materia.

Pero en caso de omitir tal registro, las consecuencias derivadas son diversas según el régimen de que se trata.

“Artículo 9. Tanto el hombre como la mujer casados comerciantes, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad de licencia del otro cónyuge, cuando el matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes.

En él régimen social conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciantes, podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad, ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad, sin licencia del otro cónyuge.”

Si el comerciante está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, se consideraran como bienes propios de él todos los inmuebles que aparezcan inscritos a su nombre, así como los bienes muebles que posea y sobre éstos, sus acreedores podrán trabar embargo. Pero si a los acreedores les conviniera alegar la existencia de la sociedad conyugal, podrán hacerlo de tal suerte que podrán incluir en el patrimonio del comerciante sus derechos sobre los bienes de la sociedad y sobre éstos trabar embargo.

Si se tratase en cambio de un régimen de separación de bienes, los efectos se reducen a considerar como propios del comerciante los bienes muebles que en un momento dado posea, así como los inmuebles inscritos a su nombre.

Sin embargo, conviene advertir que estas consecuencias, al menos por lo que hace a los bienes inmuebles, deberán ajustarse a los efectos que deriven de la inscripción en el registro público de la propiedad, es decir, se verán diluidas por la inscripción que de los mismos hiciese el registrador de la propiedad.

D) Registro Especial. Pocos Países han establecido un régimen especial para dar difusión a las capitulaciones, sin embargo, su necesidad va haciéndose cada vez mayor.

Hay quienes se han opuesto a la creación de este Instituto, alegando se haría pública la situación financiera de los cónyuges y en su momento dado se podría desacreditarlos socialmente. Tal observación puede desvirtuarse si se establecen dos principios:

Sólo se registrarán los pactos que expresamente señale el solicitante.

Las consecuencias de la no anotación sería considerar al matrimonio sujeto al régimen legal.

Pero tratándose de un régimen parcial, las omisiones se entenderían sin perjuicio para los terceros, quienes estarían a la directriz antes señalada, salvo que de la lectura de las capitulaciones registradas parcialmente se concluyan consecuencias forzosas para las omitidas, pues en tal supuesto éstas deberán ser entendidas acordes a las publicadas.

En opinión del autor Sergio Tomás Martínez Arrieta, el sistema de publicidad derivada de la legislación vigente no es del todo seguro, ya que de las observaciones hechas con antelación, los tres institutos registrales el civil, el de la propiedad y el del comercio, no están coordinados entre sí, por lo cual resulta posible la existencia de conflictos registrales, no sólo por la omisión en uno de ellos, sino por asientos contradictorios

Por lo tanto, la publicidad de los regímenes patrimoniales es de gran importancia principalmente para los terceros ya que contra estos surtirán sus efectos a partir de la fecha de su inscripción, considero que el registro apropiado debe ser el Registro Civil, por ser quien rige la materia, sin embargo, en opinión del autor citado cuando el cónyuge es comerciante habrá de estarse, además a lo dispuesto por el registro de comercio y si es un tercero que alega derechos reales deberá ser el de la

propiedad, concluyendo el autor en que en cada caso específico y según la finalidad que persiga cada instituto registral deberá ser el que se considere o para efectos de la oponibilidad.

5. LA NECESIDAD DE INCLUIR EN EL CODIGO CIVIL, LA POSIBILIDAD DE QUE LA HIPOTECA PUEDA SER REDUCIDA, EN EL SUPUESTO DE QUE GRANTICE CRÉDITOS QUE INTERESEN AL PATRIMONIO INDIVIDUAL DE UNO DE LOS CÒNYUGES Y SE HAYA GRAVADO UN BIEN DE PROPIEDAD COMUN.

He explicado con anterioridad que los cónyuges pueden o tienen la facultad de otorgar hipoteca, tanto en los bienes comunes como en los propios, sin embargo, para poder otorgar hipoteca en los bienes comunes es necesario que el otro cónyuge dé su consentimiento, pues de lo contrario no se podrá gravar un bien de propiedad común o solo se gravará en la parte alícuota que le corresponda al cónyuge interesado en gravar dicho inmueble, cuando los inmuebles de propiedad común son gravados, de los créditos garantizados deben responder ambos cónyuges siguiendo la regla de que la hipoteca es indivisible y cuando el crédito por virtud del cual nace la hipoteca se reduzca el gravamen deberá seguir intacto hasta que dicho crédito sea cubierto en su totalidad, sin embargo, pienso que existe la necesidad de que la hipoteca se pueda reducir cuando gravado un bien de propiedad común beneficie al patrimonio individual de uno de los cónyuges, pudiéndose dar diversos supuestos para que esto suceda.

Cuando una pareja contrae matrimonio y estos lo celebran bajo el régimen de sociedad conyugal, todos los bienes adquiridos después de las nupcias pertenecerán a la sociedad de gananciales, al respecto la ponencia presentada en el congreso nacional de Tribunales Superiores de justicia celebrado en la Ciudad de Querétaro, bajo el rubro “DESAPARICIÓN DE LA SEPARACIÓN DE BIENES COMO RÉGIMEN CONYUGAL” expone:

“De acuerdo con la definición que establece el Código Civil del estado de Querétaro, el matrimonio es "la institución idónea para constituir una familia y se forma por la

unión de un hombre y una mujer que conviven para realizar los fines esenciales de aquélla".

El mismo Código establece los derechos y obligaciones que nacen en el momento de contraer matrimonio y que se reconocen jurídicamente, tales como el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, el número y espaciamiento de los hijos que se procreen, la obligación de vivir juntos en el domicilio conyugal, la obligación de contribuir en la manutención, alimentación y educación de los hijos, el derecho a percibir alimentos y la obligación recíproca de proporcionarlos.

El matrimonio es la base de la familia, siendo ésta la piedra angular de nuestra sociedad. Es bien sabido que la solidez moral y ética de una nación se sustenta en la estabilidad de las familias que la integran.

Tan es así, que la propia ley sustantiva civil de Querétaro lo reconoce al señalar que las leyes civiles son protectoras de la familia y del estado civil de las personas; que la familia es la base y el sustento de la sociedad, y que son fines de la familia: procurar la unidad del grupo, la convivencia armónica, la ayuda mutua y la preservación de los valores de la comunidad.

Para poder establecer normas jurídicas que tutelen apropiadamente la institución del matrimonio, es necesario atender, en el momento de crear o modificar cualquier norma relacionada con ésta, diferentes aspectos que van más allá de lo meramente jurídico o legal; en ningún momento debemos perder de vista que la legislación sobre derecho familiar tutela intereses que van más allá de intereses económicos o patrimoniales. El bien jurídico tutelado es lo más precioso para el ser humano: la familia, los seres más cercanos a cada uno de nosotros, aquellos valores que dan sentido a nuestra existencia, y por los que vale la pena luchar cada día.

Ahora bien, partiendo de esta óptica es necesario señalar que quienes acuden a la institución matrimonial, lo hacen por razones mucho más trascendentales que meramente firmar un contrato. Quien contrae matrimonio lo hace porque desea compartir su vida con una pareja por el resto de su vida; este compartir no implica sólo vivir en la misma casa, sino establecer una comunidad de intereses, de afectos, formar una familia procreando hijos que sean de los dos, y unir esfuerzos para conseguir una vida mejor, tanto para la pareja como para los hijos.

Las parejas unidas en matrimonio por lo general luchan juntos, trabajando para un fin común: sobrellevar juntos las cargas de la vida, ayudarse mutuamente, educar a sus hijos de la mejor manera.

En muchos casos, el esfuerzo común de los cónyuges va fructificando, y la pareja mejora en su situación económica, adquiriendo bienes materiales, que van desde el menaje de casa (a veces modesto, a veces no tan modesto), adquisición de un inmueble que va a ser el hogar conyugal, y en menos casos, llegan a obtener mayores bienes de fortuna. Todo esto se logra a través de la labor de los cónyuges, sea que ambos aporten bienes valorables en dinero, porque trabajen fuera del hogar, o que solamente el marido lo haga fuera del hogar, encargándose la esposa de todo lo referente al cuidado de la familia y del hogar, actividad ésta que de ninguna manera debe desdeñarse, puesto que a pesar de que no rinda frutos aparentes desde el punto de vista económico o pecuniario, no es sin embargo menos importante, puesto que es esta función la que da definitivamente estabilidad a la familia, y es lo que hace factible que el esposo pueda dedicarse a su trabajo con la seguridad de que los hijos están bien cuidados y atendidos, y que al regresar al hogar, después de una jornada de trabajo, serán atendidas todas sus necesidades de afecto, alimentación, cuidado personal, etc; contando además con el hecho de que el dinero que aporte para la manutención de la familia será administrado por la esposa, quien en la mayoría de los casos asumirá la tarea de cuidar del gasto familiar, para que alcancen los recursos para todas las necesidades. No hay que olvidar el hecho de que el hombre pone casa, pero normalmente es la mujer la que forma hogar.

Todo lo narrado es una realidad que todos conocemos, y es la forma en que de hecho funciona la mayoría de las familias en nuestro país. En una pareja bien avenida, todos los bienes que se adquieren son de ambos: nuestra casa, nuestros muebles, nuestro coche, etc.; todo el esfuerzo de ambos se encamina hacia un fondo común, hacia el fin común de mejoramiento familiar, independientemente de a quién pertenezcan los bienes desde el punto de vista legal; existe por lo general absoluta confianza en que el cónyuge no abusará de la confianza del otro, que no tomará ventaja del hecho de que la casa, o el coche se ponga a nombre de uno de ellos,

porque ambos saben que es de los dos, y el hecho de que legalmente uno solo de ellos sea el propietario, es algo meramente formal; es más, existen casos que también se dan en la vida cotidiana, en los que, estando casados los cónyuges por separación de bienes, todos los que se adquieren durante el matrimonio se ponen a nombre del cónyuge menos vulnerable a tener problemas de deudas, y de esta manera se protege el patrimonio adquirido por ambos, pues los dos saben que aun cuando los bienes están a nombre de uno, en realidad son propiedad de la pareja, por haberse adquirido con esfuerzo de los dos, que son de su comunidad, formada en común, en una unión, que es la esencia misma de esta institución. Ahora bien, lo antes descrito sucede porque las parejas contraen matrimonio pensando que éste va a durar toda la vida, que se van a compartir intereses, afectos, venturas y desventuras "hasta que la muerte los separe".

Pero ¿qué sucede cuando sobreviene un divorcio? ¿A qué se enfrentan actualmente las parejas que contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, y que pusieron uno, o varios, o todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, a nombre de uno solo de ellos?

Lo que sucede, es algo muy injusto, pero real; aquel que tiene los bienes a su nombre es legalmente el propietario, y el otro cónyuge queda en completo estado de indefensión, pues jurídicamente nada le corresponde en la mayoría de los casos. Esta situación atenta contra la esencia misma del matrimonio, y contra la verdadera voluntad de los cónyuges, que en el momento en que adquirieron los bienes lo hicieron con el ánimo de que pertenecieran a ambos; mucho más que eso: los bienes se adquirieron con el esfuerzo, dedicación y esmero de ambos consortes, quienes lucharon a la par, no habiendo imaginado nunca que algún día tendrían que enfrentar un problema de divorcio.

Si el matrimonio es la célula generadora de la familia y, como ya dijimos al principio, uno de los fines de la familia es la ayuda mutua, dentro de la cual se comprende el deber de contribuir con el trabajo de ambos para mejorar la situación familiar desde el punto de vista material, el régimen de separación de bienes va en contra de este fin, e inclusive en contra de la verdadera voluntad de los contrayentes, quienes no piensan, en el momento de adquirir bienes, en lo mío y lo tuyo, sino en lo nuestro. En

ese momento no pasa por su mente la contienda legal de una posible disolución del vínculo matrimonial, ni en las controversias que se suscitan dentro de un juicio de divorcio, las cuales en muchos casos atentan incluso contra la misma dignidad de la persona.

Concluyendo, lo que se propone, por lo tanto, es la eliminación de la separación de bienes como régimen conyugal, y establecer como tales, dos modalidades diferentes de sociedad conyugal:

a) La sociedad conyugal, como siempre se ha entendido, sujeta a las capitulaciones matrimoniales que los mismos cónyuges acuerden.

b) La comunidad de bienes, que sería una sociedad conyugal cuyas reglas se establecieran en la ley, y que sería el régimen que rigiera en los casos en que no se hiciera ninguna manifestación del régimen bajo el que se contrajera matrimonio, y en los casos en que no se celebraran capitulaciones matrimoniales. Esta reglamentación sería también aplicable como supletoria de todas aquellas condiciones que no se señalaran dentro de las capitulaciones, y tendría la bondad de constatar "in jure" lo que ya se da "de facto": o sea, se va a reconocer legalmente la existencia de ese núcleo económico familiar, en donde participan sus integrantes con bienes materiales, pero también con esfuerzo, ahorro, diligencia, con una sana administración, y que por equidad, la participación en los beneficios económicos que de la existencia de ese núcleo económico se deriven debe corresponder a los dos; no es justo que uno solo obtenga todos los beneficios, amparado en meros formulismos legales, por imprevisión fuera de todo alcance: nadie se casa previendo que va a enfrentar un juicio de divorcio.

La reglamentación que se propone para la comunidad de bienes se tomó de la institución de la sociedad legal, que es un régimen conyugal que existe, según algunas investigaciones realizadas en estados como Sonora, Jalisco, Aguascalientes, Tamaulipas y Oaxaca. De acuerdo con esta reglamentación, no entrarían a formar parte de la comunidad de bienes los siguientes:

1. Los que cada cónyuge era dueño al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que poseía antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por usucapio o prescripción adquisitiva durante la sociedad.

2. Los bienes que cada cónyuge adquiere durante el matrimonio, por donación de cualquier especie, por herencia o por legado, constituido a favor de uno solo de ellos.
3. Los bienes adquiridos por cada consorte por título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la prestación se haya hecho después de la celebración de él.
4. Los bienes adquiridos por compra o permuta de los raíces que pertenezcan a cada cónyuge, para adquirir otros en lugar de los vendidos o permutados.

El fondo de la comunidad de bienes estará formado por los que se señalan a continuación:

1. Todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, oficio o actividad.
2. Los bienes que provengan de herencia, legado o donación hechos a ambos cónyuges.
3. El precio de cualquier mejora y reparación hechas en fincas o créditos propios de uno de los cónyuges.
4. El exceso o diferencia de precio dado por uno de los cónyuges en venta o permuta de bienes propios para adquirir otro en lugar de los vendidos o permutados.
5. Los bienes adquiridos por título oneroso durante la sociedad a costa del caudal común.
6. Los frutos, acciones, rentas o intereses percibidos o devengados durante la sociedad, procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los consortes.

Las reglas sobre administración de los bienes pertenecientes a la comunidad de bienes deberán partir del supuesto de que ambos cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones, misma regla que deberá observarse en el momento en que, por cualquier causa, deba disolverse la comunidad de bienes.

Ahora bien, cuando la comunidad de bienes termina, la regla general debe ser en el sentido de que los gananciales deben repartirse por partes iguales entre ambos cónyuges o sus herederos. Sin embargo, debe preverse la excepción; en efecto, no podemos ignorar que existen algunos casos en los que uno de los cónyuges ha incumplido con sus obligaciones durante el matrimonio, de tal manera que no solamente no ha contribuido a la formación de los bienes que forman parte de ese

núcleo económico familiar, sino que inclusive su conducta ha lesionado a la familia en su patrimonio. Esta situación debe también preverla la ley, para no caer en graves injusticias, premiando la conducta de quien no cumplió con sus deberes. En este caso, debe darse un amplio arbitrio a la autoridad judicial para ponderar las circunstancias de cada caso, y establezca una división de los gananciales acorde a lo aportado por cada cónyuge. El artículo relativo a la división de los gananciales podría quedar en la forma siguiente:

Art. X. La división de los gananciales por mitad entre los consortes o sus herederos tendrá lugar, sea cual fuere el importe de los bienes que cada uno de aquéllos haya aportado al matrimonio, o adquirido durante él, y aunque alguno o los dos hayan carecido de bienes al tiempo de celebrarlo, a menos que se demuestre que alguno incumplió de tal manera en la formación, consolidación o crecimiento del núcleo económico familiar durante el matrimonio, que su participación no haya sido equitativa en relación con el otro cónyuge; en este caso, quien tendrá la carga de la prueba será el opositor, siendo la autoridad jurisdiccional la que resuelva sobre el reparto de los gananciales.

Y para finalizar, diremos que las mismas reglas deben aplicarse respecto a los bienes que adquieran las parejas que vivan en concubinato, puesto que de esta manera se evitarán las ficciones que podrían surgir para evadir obligaciones legales, mediante la existencia de una relación conyugal de hecho, pero no de derecho. Esta propuesta tiene como finalidad acabar con las situaciones injustas que se presentan en la mayoría de los divorcios, cuando el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, y toma en cuenta la verdadera voluntad de los cónyuges en el momento de adquirir los bienes, lo cual hace que el reparto de los mismos sea más equitativo, y de esa forma se consigue la finalidad última a que debe tender toda ley: a la justicia.²⁹

De lo anterior se infiere por un lado, que los elementos que definen a la sociedad conyugal se identifican con los de una sociedad de gananciales, que se

²⁹ Ponencia titulada "Desaparición de la Separación de Bienes como Régimen Conyugal", presentada en el Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, celebrado en la Ciudad de Querétaro, por los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro: María Luisa Rentería de González y J. Jesús Castellanos Malo, Fuente: Revista Vínculo Jurídico, Número 23, Julio Septiembre 1995, Página de Internet: [tp://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webvrij/rev32-4.htm](http://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webvrij/rev32-4.htm)

caracteriza por estar formada con los bienes adquiridos individualmente o a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, mediante sus esfuerzos; por los frutos y productos recibidos por los bienes que sean de propiedad común; y los adquiridos por fondos del caudal común o adquiridos a título gratuito por ambos cónyuges y, por otro, que el fundamento y finalidad de este tipo de comunidad consiste en sobrellevar las cargas matrimoniales, es decir, los gastos de manutención y auxilio de los consortes y los hijos, si los hubiere, la finalidad de la parejas que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal buscan un objetivo común y hacia esa finalidad va encaminado su esfuerzo ayudarse mutuamente.

Dicho esfuerzo en la mayoría de los casos va dando frutos de tal manera que los cónyuges van adquiriendo bienes materiales desde los más modestos hasta los menos modestos como la adquisición de una casa, lo que se logra a través de la labor de ambos, siendo así el funcionamiento de la mayoría de la familias en nuestro país, todo los bienes adquiridos pertenecen a ambos cónyuges, todo el esfuerzo de ellos es encaminado hacia un único e importante fondo común que es el mejoramiento familiar, con independencia de quién sea la persona que haya económicamente aportado la mayoría o su totalidad, existe por lo general absoluta confianza en que el cónyuge no abusará de la confianza del otro, por que los bienes adquiridos son propiedad de la pareja, por haberse obtenido con esfuerzo de los dos, son de su comunidad, formada en común, en una unión, que es la esencia misma de esta institución.

Lo antes descrito sucede porque las parejas contraen matrimonio pensando que éste va a durar toda la vida, que se van a compartir intereses, afectos, venturas y desventuras "hasta que la muerte los separe".

Pero ¿qué sucede cuando sobreviene un divorcio? ¿A qué se enfrentan Actualmente las parejas que contrajeron matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, y que a su vez adquirieron gravámenes sobre los bienes inmuebles, los cuales tendrán que ser repartidos estos una vez que se liquide la sociedad?

La mayoría de las veces, lo que sucede es algo muy injusto, pero también real; la mujer pelea por la guarda y custodia de su hijos cuando lo material la

mayoría de las veces lo que pelea el cónyuge son los bienes adquiridos (sin embargo esto no es regla general, pues la situación se puede presentar a la inversa), ambos cónyuges son propietarios de los inmuebles y aunque uno de ellos no disfrute del inmueble gravado, legalmente por ser propietarios del inmueble ambos deberán responder por los gravámenes que tenga dicho bien, quedando el cónyuge que no tiene el uso y goce de su bien en completo estado de indefensión, lo que atenta contra la esencia misma del matrimonio, así como contra la verdadera voluntad de los cónyuges, que en el momento en que adquirieron los bienes lo hicieron con el ánimo de que pertenecieran a ambos y a su vez ambos fueran beneficiados con dicho bien.

Por ser el matrimonio la célula generadora de la familia y por ser uno de los fines de la familia la ayuda mutua, al existir beneficio exclusivos para uno solo de los cónyuges por bienes adquiridos con el patrimonio común de ambos cónyuges, va en contra del fin, inclusive en contra de la verdadera voluntad de los contrayentes, quienes nunca pensaron al momento de adquirir los bienes, en lo mío y lo tuyo, sino en lo nuestro.

Partiendo de la regla sobre la administración de los bienes en la sociedad conyugal, ambos cónyuges tienen los mismos derechos y las misma obligaciones regla que deberá observarse en el momento en que, por cualquier causa, deba disolverse la comunidad de bienes.

El artículo 203, del Código Civil para el Distrito Federal señala que:

“Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual No se incluirán el lecho, los vestidos, ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos “

De lo anterior se infiere entonces que los inmuebles que adquiridos si deben ser parte integrante del inventario, luego entonces, de acuerdo con lo establecido por el artículo 204 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que:

“Artículo. 204. Terminado el inventario se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las

capitulaciones matrimoniales y a falta u omisión de éstas, a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de estas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno solo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total’.

Partiendo de lo anterior, se infiere que en la sociedad conyugal no hubo ganancias que repartir, pues como se ha manifestado con anterioridad, el fondo común no fue suficiente por lo que fue necesario solicitar un préstamo (generalmente a una Institución Bancaria) para poder adquirir el inmueble o inmuebles que forman la masa de la sociedad, así lo único que existe por repartir es el bien inmueble gravado y lo lógico es que el cónyuge que se quedé con dicho inmueble deberá cargar con el gravamen hipotecario pero por haber sido otorgado por ambos cónyuges ambos son responsables del mismo, y en el supuesto de que se entablé juicio para la recuperación del crédito se mandará llamar a juicio a ambos consortes, aquí, cuando los cónyuges decidan por voluntad la separación, los mismos deciden quien será el que se quede con el inmueble, uno solo será dueño del inmueble y pasará a beneficiar al patrimonio individual de uno solo de los cónyuges y ya no a la sociedad en común.

El beneficio de que solo uno de los consortes pueda percibir todas las utilidades o ganancias se encuentra prohibido por la ley, tal como lo establece el artículo 190 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo 190. Es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas la utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades.”

Por otra parte, el artículo 194-Bis, del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 194-Bis. El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con

dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes a favor del otro cónyuge. En el caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este artículo, deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen. “

En innegable la idea de que en la actualidad existan personas que contraigan nupcias bajo el régimen de sociedad conyugal con el objeto o fin de enriquecerse con los bienes del otro cónyuge, en el acto mismo de la disolución del vínculo matrimonial y de la disolución de la sociedad.

Ante esta situación pienso que existe la necesidad de que cuando en un matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal se haya adquirido un bien de propiedad común y ya sea que por divorcio o por cualquier otra causa se esté beneficiando solo al patrimonio individual de uno de los cónyuges, y si aunado a esto se haya otorgado garantía hipotecaria sobre dicho bien, la hipoteca o el gravamen hipotecario que pesa sobre dicho inmueble sea reducida solo al patrimonio individual del cónyuge que se está beneficiando con dicho bien.

Lo anterior, en virtud de que si beneficia solo al patrimonio individual de uno de los cónyuges ya no sigue el fin preponderante del matrimonio de compartir, nuestra casa, nuestros muebles, nuestro coche, etc.

El artículo 204 del Código Civil para el Distrito Federal es claro al manifestar que si hubieren pérdidas, el importe de estas se deducirán del haber de cada cónyuge, en proporción a las utilidades que debían corresponderles y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total, sin embargo, aquí como tal pérdida no existe pero sí una deuda que debe ser cubierta, si bien la ley establece que se debe cubrir por ambos cónyuges en proporción a las utilidades que deben corresponderles, la realidad es que en la práctica al separarse los cónyuges las ganancias que presenta el bien no serán repartidas entre ambos esposos, sino que ambos pelearán el inmueble para que las ganancias ingresen al patrimonio individual propio, si las ganancias siguieran ingresando ya no al patrimonio común que ya no existirá sino que ingresarán a ambos patrimonios individuales es claro que ambos

debería seguir pagando la deuda, pero como sólo será beneficiado un patrimonio individual ese patrimonio individual pienso es el que debe cubrir o responder del adeudo y por lo tanto se debe reducir la hipoteca solo al otorgante que adquiera el inmueble para sí. Ya he mencionado en repetidas ocasiones que en relación con terceros o acreedores preferentes, al momento de hacerse la repartición de los bienes, lo que con mayor seguridad se hará en la vía judicial por falta de acuerdo entre los cónyuges (pues a ninguno de ellos les convendrá quedarse con la carga de la hipoteca, por los riesgos naturales ya expuestos a lo largo del presente estudio), será necesario llamar a juicio a quienes considero que la reducción no les para perjuicio si el inmueble inicialmente era suficiente para responder de la hipoteca, el artículo 204 del Código, Civil para el Distrito Federal, ya transcrito en líneas anteriores, establece, si uno solo llevó el capital, de éste se deducirá la perdida total, aquí, no sólo uno llevo el capital, pero sí uno solo se va a beneficiar en su patrimonio individual con los ingresos que el inmueble le aporte, por eso pienso que éste debe responder por la totalidad de la deuda.

Aunado a lo anterior, si se demuestra el dolo con el que el cónyuge beneficiado actúo para enriquecerse con el patrimonio de su cónyuge en el momento mismo del divorcio, al haber contraído nupcias bajo el régimen de sociedad conyugal, es una razón más para afirmar que el gravamen hipotecario debe ser reducido, toda vez que la misma ley prohíbe el enriquecimiento de solo uno de los cónyuges al percibir todas las utilidades, (que en este caso será o serán el o los inmuebles adquiridos dentro de la sociedad conyugal, los cuales cuentan con un gravamen hipotecario).

De lo anteriormente analizado se concluye que cuando, por muchas y diversas situaciones o razones (en todas ellas por estar dentro de la sociedad conyugal) los créditos que son garantizados con bienes que pertenecen a la propiedad común y que terminan beneficiando al patrimonio individual de alguno de los cónyuges (indistinto si es el esposo o la esposa), existe la necesidad de que el Código Civil regule o permita la reducción de la hipoteca, siempre que ello no afecte el derecho de terceros, ya que actualmente esta laguna no se encuentra regulada en nuestra legislación y en la práctica se dan muchos de estos supuestos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No obstante que el artículo 178 del Código Civil para el Distrito Federal dice que el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes, es posible que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, los consortes pacten un régimen mixto conforme al cual, ciertos bienes constituyan un patrimonio común sujeto al régimen de sociedad conyugal, y otros se conserven en propiedad individual o privativa de cada uno de ellos y sujetos por lo mismo al régimen de separación.

SEGUNDA.- De la interpretación armónica de los Capítulos IV, V y VI del Título Quinto del Libro Primero del Código Civil en cita, en los que se regula al matrimonio en relación con los bienes, podemos concluir que el régimen mixto prevalece sobre los regímenes puros de sociedad conyugal o de separación de bienes, en tanto que en el artículo 182 Quintus, el legislador precisa que, salvo pacto en contrario, en la sociedad conyugal se consideran como propios de cada cónyuge, los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio y los o que posea con anterioridad aún cuando los prescriba ya en vigencia del matrimonio, también los hubiese adquirido con anterioridad aunque la adjudicación se produzca después de celebrado el matrimonio o los que llegase a adquirir con el producto de la venta de bienes que le pertenecieron en lo individual, los bienes que se adquieran por herencia, donación o don de la fortuna, los objetos de uso personal, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio y los bienes que hubiese comprado a plazos, antes de contraer el matrimonio, si el precio terminó de pagarse estando ya vigente el matrimonio, pero con dinero privativo del cónyuge adquirente. Por otra parte el artículo 208 del mismo ordenamiento prevé que en el caso de separación, los bienes que no estuviese comprendidos en las capitulaciones de separación, se consideraran como objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos, por lo que en el régimen de sociedad conyugal, siempre habrá bienes de propiedad privativa de cada uno de los cónyuges y en la separación de bienes, habrá bienes sujetos al régimen de sociedad conyugal.

TERCERA.- Precisamente, en relación con la existencia de regímenes mixtos y en el establecimiento de relaciones patrimoniales de los cónyuges con terceros, en la práctica se plantean múltiples problemas que requieren de una delimitación de los efectos que pueden producirse en el patrimonio común, por actos que beneficien o que solo importen al patrimonio privativo de alguno de los cónyuges.

CUARTA.- Tal es el caso en que se grava un bien que perteneciente a la sociedad conyugal, con hipoteca que sirve para garantizar un crédito que no se destina a los fines de la comunidad y que solo importa o beneficia al patrimonio privativo de uno de los consortes. Esta problemática se presenta con mucha frecuencia en los créditos hipotecarios concedidos a los particulares por Instituciones del Servicio Financiero, dificultando la ejecución de la garantía cuando el inmueble que formando parte del patrimonio de la sociedad conyugal es gravado por uno solo de los cónyuges, o cuando en la disolución de la sociedad conyugal por nulidad o divorcio, uno de los cónyuges pretende la liberación del gravamen en el porcentaje que le corresponda al que no recibió los beneficios del crédito.

QUINTA.- En el caso de que se hubiese hipotecado un bien perteneciente a la sociedad conyugal, pero que se encontrara escriturado e inscrito en el Registro Público de la Propiedad exclusivamente a nombre de uno de los cónyuges y éste sea quien constituyó el gravamen, habrá dos posibles soluciones:

- a) Si la aportación del inmueble al patrimonio social se realizó en la celebración de las capitulaciones matrimoniales, pero éstas no se otorgaron en escritura pública, ni se inscribieron en el Registro Público de la Propiedad, se debe considerar que el inmueble no se aportó a la sociedad conyugal y que por tanto sigue siendo de la propiedad privativa del cónyuge a cuyo nombre se encuentre escriturada y registrada, toda vez que el artículo 185 del Código civil exige para la validez de dicha transmisión la observancia de la formalidad de escritura pública y el artículo 186 del mismo ordenamiento obliga a la inscripción registral para que el efecto traslativo se produzca frente a terceros.

- b) Si la aportación del inmueble al patrimonio de la sociedad conyugal resultase porque (existiendo capitulaciones de sociedad conyugal en las que se hubiese pactado que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal formarían para de este y pertenecerían en un 50 % para ambos cónyuges) la adquisición del inmueble por uno sólo de los cónyuges así como la formalización en escritura y su registro aparezca también a nombre exclusivo del adquirente, no es impedimento para considerar que la aportación al fondo social ocurrió en términos de lo pactado en las capitulaciones, y por tanto, si el acreedor hipotecario pretende ejecutar la garantía en juicio instaurado exclusivamente en contra del titular registral, procederá conceder el amparo y protección de la justicia federal al otro cónyuge, toda vez que se le estaría privando de un derecho sin haber sido oído y vencido previamente en juicio, como lo ordena el artículo 14 constitucional.

SEXTA.- En el supuesto de que la hipoteca se hubiese constituido sobre un bien perteneciente a la sociedad conyugal, pero titulado y registrado a nombre exclusivo de uno de los cónyuges, quien además resulta ser, conforme a las capitulaciones matrimoniales, el administrador de la sociedad, por lo que, para la constitución del gravamen no se requeriría del consentimiento del otro cónyuge, considero que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2902 del código civil, el otro cónyuge podría demandar la nulidad del acto constitutivo del gravamen y la reducción de la hipoteca a sólo el porcentaje que corresponda al deudor.

SEPTIMA.- En el caso en que el cónyuge no interesado o no beneficiado con el crédito garantizado con la hipoteca, hubiese comparecido y consentido en la constitución del gravamen hipotecario, pero el crédito sólo beneficie al otro cónyuge o a su porcentaje privativo (por ejemplo: se grava un bien perteneciente a la sociedad conyugal pero el crédito se destina a la reparación de un inmueble de propiedad privativa) el socio conyugal no beneficiado directamente con el crédito, deberá considerarse como garante hipotecario en términos del artículo 2904 del código civil

y por tanto, con derecho a repetir sobre el patrimonio individual del otro cónyuge, en caso de incumplimiento y de ejecución de la garantía en términos de lo dispuesto por los artículos 2828, 2829 y 2830 del Código Civil, aplicados por analogía al contrato de hipoteca.

BIBLIOGRAFÍA.

- ACOSTA Romero, Miguel, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, 8ª edición, México, 2000.
- AGUILAR Carvajal, Leopoldo, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, 1ª edición, México.
- BONNECASE, Julián, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Distribuidor Harla, México, 1997.
- BEJARANO Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 5ª edición, Editorial Oxford University Press, México, 2002.
- DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, vol, IV, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- DIEZ Picazo, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, tomos dos y tres, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid España, 1998.
- MARCEL Planiol y Georges Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, tomo cuatro, 1ª edición, Editorial Cárdenas, México, 1983.
- MARTÍNEZ Arrieta, Sergio Tomás, *El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- MONTERO Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

- ROJINA Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomo sexto, contratos, volumen II, 1ª y 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
- ROJINA Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

CODIGOS Y LEYES.

- CODIGO CIVIL, para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, D. F., 2001.
- CÓDIGO CIVIL, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, reimpresión, Imprenta dirigida por José Batiza. México, 1870.
- CÓDIGO CIVIL, del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884.
- CODIGO CIVIL Español, Editorial Tecnos, 18ª edición, Madrid España, 1999.
- CÓDIGO DE COMERCIO, Editorial Sista, México, D. F., 2001.
- LEY Sobre Relaciones Familiares, Negocios Interiores, Edición Oficial, Talleres gráficos de la Nación. México, 1936.
- LEY Enjuiciamiento Civil, Editorial Aranzadi, Madrid, España 2000.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

- Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, 12ª edición, México, D. F., 1998.

- Enciclopedia Jurídica, Tomo XXIV, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina 1990

REVISTAS

- Estudios Jurídicos, Escuela de Derecho, Integrante de Anfade, Universidad Intercontinental, Revista semestral, México 2000.

PAGINAS DE INTERNET

- <http://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webruj/rev32-4.htm>

LEGISLACION.

- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación, Ius 2003, México, D. F., 2003.