



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGON**

**"VIOLACIÓN AL PROCESO DE
RECUPERACIÓN JUDICIAL BANCARIO EN
CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
JAVIER BLANCO ROBLES**

ASESOR:

LIC. MARIA ELENA DE LA CRUZ CHÁVEZ RAMÍREZ

**BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO,
28 DE MAYO DE 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.

DEDICATORIAS

A DIOS:

Por darme la vida y la oportunidad de servir a mis semejantes por medio de esta bendita profesión.

A MIS PADRES Y A MI HERMANO:

Por su ejemplo y apoyo durante mi etapa de estudiante que me impulsó a seguir adelante en este camino.

A MI ESPOSA E HIJOS:

Ya que ellos representan mi principal motivo y fuente de superación ante las adversidades profesionales y de vida que se me presentan a diario.

A LA UNAM:

Por hacer de mi un profesionista y hombre de bien, dignamente egresado de la Facultad de Estudios Superiores "Aragón".

A MI ASESORA:

La Lic. María Elena de la Cruz Chávez Ramírez, por su paciencia y comprensión ante la elaboración de la presente tesis.

A MIS AMIGOS:

Los Licenciados José Pacheco Ramos, y su esposa María Teresa Reyes Romero, por su apoyo siempre incondicional e invaluable aportación al tema desarrollado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO 1 ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA

1.1. En Roma	1
1.2. En Argentina	15
1.3. En Francia	30
1.4. En España	34

CAPÍTULO 2 CONCEPTOS DEL CONTRATO

2.1. Contrato	37
2.1.1. Definición de contrato	38
2.1.2. Elementos del contrato	40
2.1.3. Clasificación de los contratos	43
2.2. Hipoteca	53
2.2.1. Desde el punto de vista Civil	53
2.2.1.1. La Hipoteca Voluntaria	67
2.2.1.2. La Hipoteca Necesaria	70
2.2.1.3. La Extinción de la Hipoteca	72
2.2.2. La Mercantilidad de la Hipoteca	74

CAPÍTULO 3
EL PROCESO DE RECUPERACIÓN JUDICIAL EN CRÉDITOS CON
GARANTÍA HIPOTECARIA

3.1.	El Otorgamiento del Crédito Hipotecario	84
3.2.	La Recuperación del Crédito Hipotecario	93
3.3.	La Personalidad Jurídica de los Litigantes.	95
3.4.	Los Procesos de Recuperación Judicial	96
3.4.1.	El juicio ordinario mercantil	103
3.4.2.	El juicio ejecutivo mercantil.	108
3.4.3.	El juicio especial hipotecario.	120
3.5.	Las Violaciones al Proceso de Recuperación Judicial.	129
3.5.1.	Cesiones de Derechos Crediticios	133
3.5.1.1.	Cesión de Créditos entre Acreedores	135
3.5.1.2.	Cesión de Créditos entre Deudores	137
3.5.2.	Contratos de Compra Venta con Terceros.	142
	CONCLUSIONES	144
	BIBLIOGRAFÍA	146

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 27 que: “la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada”. Como consecuencia del ordenamiento a que se hace referencia en el punto anterior, es que en la actualidad la mayor parte del territorio se encuentra en propiedad particular, subiendo de valor según el lugar donde se encuentre, sobre todo por el crecimiento de la población que día con día necesita de habitación. Esto hace que la sociedad necesitada de habitación que no cuenta con el monto total del valor del inmueble, tenga la necesidad de solicitar un crédito para adquirir su inmueble.

Créditos que en un principio se otorgaban en forma indistinta por particulares o instituciones bancarias, con la necesidad de reglamentar dichos créditos, y como consecuencia los legisladores establecieron normas jurídicas propias para el contrato de hipoteca, solo que como en el pasado podían intervenir los particulares dicho contrato de hipoteca se reglamento en el Código Civil.

Como en la actualidad los créditos otorgados para la adquisición de bienes inmuebles a través del contrato de hipoteca, son propios de las Instituciones Bancarias y Organizaciones Auxiliares de Crédito, nació la inquietud de investigar la forma de otorgamiento, su pago, así como el porqué no se encuentran regulados en el Código de Comercio, encontrando que la Ley de Instituciones de Crédito preveía la posibilidad de que tales instituciones ejerzan sus derechos mediante la vía correspondiente, otorgándoles la facultad de poder decidir la vía para exigir el cumplimiento de pago, máxime si se parte de que el contrato de hipoteca no se encuentra regulado por las leyes mercantiles, sino que se rige por disposiciones del Derecho Civil.

Luego entonces, al realizar el presente trabajo de tesis primero se investiga cuales son los antecedentes en las culturas o países que fueron los pioneros en el establecimiento de normas propias para regular el contrato de hipoteca.

Pasando en el segundo capítulo a conocer todos y cada uno de los conceptos que se utilizan en los contratos de hipoteca; así como su forma de creación, cumplimiento y extinción, toda vez que en la actualidad el procedimiento que se tiene para hacer cumplir al deudor, sólo aparece establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como en de cada uno de los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados de la República Mexicana, teniendo como consecuencia la existente discrepancia de la forma de hacer cumplir al deudor.

Culminando el trabajo con un tercer capítulo, mediante el cual se hacen notar las formas que han venido realizando los deudores para evitar cumplimiento del contrato en forma personal, transmitiendo indebidamente y en contra de las normas establecidas, sus créditos a terceras personas que también evaden el cumplimiento del contrato, en perjuicio de la Institución Bancaria que haya otorgado el crédito.

Siendo que para la elaboración del presente trabajo se utilizará el método de investigación científica y normativa, con la necesidad de realizar en forma conjunta la investigación de campo, con visitas a los Juzgados Civiles del Distrito Federal y área metropolitana e Instituciones Bancarias y Organizaciones Auxiliares de Crédito, para cubrir los requisitos y estar en condiciones de obtener una información mas completa del objetivo de este trabajo y conocer con mayor realidad el comportamiento de las personas que obtienen los créditos hipotecarios y se colocan en un estado de insolvencia.

CAPÍTULO 1

Para poder investigar un tema es necesario conocer sus antecedentes, tomando en consideración las causas y motivos de su nacimiento, la evolución de la forma en la que se reglamenta y la conclusión de la regulación en las leyes vigentes.

ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA

1.1 EN ROMA

En este capítulo revisaremos los antecedentes históricos y actuales a cuatro de los principales países pioneros en el establecimiento de las primeras normas, que sirven y han servido para regular y garantizar este tipo de créditos.

La hipoteca es una institución jurídica que nos viene desde el Derecho griego, de donde toma su nombre aún cuando algunos autores opinan que es una institución de origen judío.

“En el Derecho griego, la hipoteca significaba la prenda de un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y tenía por consiguiente la desventaja de que desposeía al deudor de la finca, motivo por el cual los Romanos la perfeccionaron al darle el carácter de un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.”¹

¹ MARGADANT FLORES Guillermo, *“El Derecho Privado Romano”*, Editorial Esfinge S.A. México, 1998, Pág. 290

Esta evolución que se opera desde el Derecho griego al romano, para permitir en este último que el deudor conserve el bien hipotecado y no obstante ello constituya una garantía real, fue el paso fundamental para permitir que la hipoteca se convirtiera en el medio más eficaz e inteligente y auxiliar de crédito, a la vez que es el recurso económico más ventajoso para que un deudor pudiese seguir explotando el bien objeto de la garantía.

En el Derecho griego la Hipoteca tenía, por consiguiente, características semejantes a la anticresis. En esta, el deudor entrega a su acreedor una finca para la garantía de su deuda, facultando al mismo para disfrutarla por los intereses debidos y el capital.

La evolución que se operó en el Derecho romano consigno la desaparición de la anticresis, que se mantuvo operando para aquellos casos en que el acreedor de la finca de la misma a la agricultura, deseaba retener la garantía a su poder acreditar la cosa y amortizar réditos y capital en sus frutos.

Los principales medios de garantizar un crédito son: garantías personales (como fianza particular o fianza otorgada por compañías especializadas) y las reales (como prenda e Hipoteca), a diferencia de los créditos garantizados por la fianza, prenda o hipoteca, llamamos quirografarios a los créditos garantizados por la firma, cuya única garantía es la honradez y la solvencia del deudor.

Al comparar estas dos clases de garantías plus *cautionis in rem est quam in personam*, la garantía real es superior a la real, la Hipoteca protege mejor la posesión del acreedor, que la fianza personal.

Esta regla es correcta para el Derecho moderno, aunque la actual es tan segura como la garantía Real.

“En el Derecho Romano prejustiniano, no encontramos aun esta diferencia terminológica, ahí *pignus* (*prenda*) e hipoteca son los dos términos para lo mismo: *Inter. Pignus et hypothecam tatum nominis sonus differt* (entre *pignus* e hipoteca, la única diferencia consiste en el sonido de las palabras), y para designar las diferencias entre un derecho real de garantía con desposeimiento, o no, del deudor, se utilizan respectivamente los términos *pignus contractum pignus conventum*.”²

“Sin embargo, en los tiempos bizantinos se introduce ya la terminología moderna, y así, mediante una interpolación, los compiladores hacen decir a Ulpiano: *proprie pignus bisimus quot ad creditorem transit, hypothecam qum transit nec possessio ad creditorem* (si el objeto es entregado al acreedor, pero de Hipoteca el acreedor no recibe la posesión), olvidando que el otro lugar del digesto se confirma la terminología clásica.”³

Aunque el florecimiento económico necesita del crédito, y el crédito exige que los juristas elaboren un buen sistema de garantías Reales, especialmente, un buen sistema hipotecario, los Derechos Reales de garantía han tenido un desarrollo lento y difícil, originariamente, “el acreedor que quería tener una garantía real exigía retener como garantía, durante la existencia del crédito la propiedad de algún bien de el deudor (*fiducia cum creditote*) o compraba por un tercio un objeto valioso del deudor obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de que éste hubiera pagado su deuda.”⁴ Tal negocio paralelo al convenio sobre el préstamo mismo, podía también combinarse en forma más íntima con este último; entonces, el acreedor compraba algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía, como préstamo, y se obligaba a volver a vender el objeto al deudor dentro de cierto plazo, en caso de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese

² *Ibidem*. Pág. 291

³ *Ibidem*. Pág. 291

⁴ *Ibidem*. Pág. 292

al original precio de compra, o sea que, al importe del préstamo, más los intereses.

Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa, considerando esta acción, como una estricta dogmática, equiparándola algunos autores en forma errónea con la *fiducia cum creditore*, es decir a una venta con pacto de retroventa, lo cual no es correcto, toda vez que la primer figura es derecho de propiedad como garantía de un crédito y la segunda es un derecho de propiedad que se podrá revertir al mismo propietario en determinadas circunstancias.

“Muchas veces el acreedor fiduciario volvía a prestar el objeto de la fiducia al deudor, mediante un *precarium*, o sea, un préstamo de uso, revocable en cualquier momento, al arbitrio del acreedor.

Entonces, en vez de entregar, el primero, el objeto al acreedor para que este volviera a prestarlo al deudor se podía recurrir al ya mencionado *constitutum possessorium*.”⁵

Se trataba de una práctica, evidentemente peligrosa que podría reanudar en perjuicio de otros acreedores: éstos recibirían una impresión demasiado favorable de la solvencia del deudor, quien conserva la posesión de múltiples objetos valiosos, realmente prestados por el acreedor fiduciario. “También podría suceder que el deudor celebrara fraudulentamente la misma clase de negocio *fiducia y precarium* con respecto a un solo objeto, pero con diversos acreedores.”⁶ De conformidad a lo establecido en el artículo 2859 del Código Civil para el Distrito Federal, en aplicación del derecho moderno, se hace

⁵ *Ibidem*. Pág. 295

⁶ *Ibidem*. Pág. 297

intervenir al registro público de la propiedad y el comercio del Distrito Federal, para protección de los acreedores.

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

Los derechos del acreedor (que recibían su eficacia de un *interdictum salvianum*) consistían en pedir la posesión de dichos bienes, en caso del incumplimiento por parte del deudor. Además solía pactarse que, en tal caso, el acreedor tendría el derecho de venderlos y cobrar su crédito, devolviendo el excedente al deudor. También podía otorgarse al acreedor el derecho de convertirse en propietario de estos bienes, en caso de tal incumplimiento, convirtiéndose en un pacto comisorio, prohibido por Constantino y también por nuestro Derecho Positivo.

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

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

inquilino; así surgió, en diversas etapas, el *pignus conventum*, la hipoteca moderna.”⁷

En el Derecho Romano la Hipoteca por consiguiente se caracteriza por ser un Derecho Real constituido sobre bienes muebles o inmuebles para garantizar una obligación principal, sin desposeer al deudor de la cosa gravada, concediendo además un derecho de persecución, venta y preferencia en el pago, es característica de este derecho la naturaleza accesoria de la hipoteca, pues para los Romanos, en cuanto a su sistema jurídico en cuanto a las obligaciones, todo gira alrededor del deudor y de la obligación principal. Sin embargo, la hipoteca no se considero como el medio mas adecuado y seguro para garantizar una obligación pues este lugar lo ocupó la fianza, y en su caso la promesa formal de deuda, las garantías reales en rigor desempeñaban un papel secundario y mantenían su carácter accesorio rígidamente subordinado a la existencia y validez de la obligación principal, siguiendo todas las modalidades y vicisitudes del crédito sin que pudiese existir la separación entre una y otro.

Las características fundamentales del derecho real de garantía consistentes de la acción de venta y preferencia en el pago, y en su caso la acción persecutoria, si fueron reconocidas por el Derecho Romano. El acreedor tenía el derecho de venta privado tanto en la hipoteca como en la prenda realizando directamente la enajenación.

Sin embargo, cuando el bien hipotecado pasaba a un tercero, la falta de publicidad o el deficiente sistema que tuvo la hipoteca Romana, impidieron su oponibilidad sobre los terceros adquirentes de buena fe, haciendo ineficaces las acciones persecutoria y de preferencia en el pago.

⁷ Ibídem. Pág. 297

El principio moderno de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, para determinar su importe y en cuanto al importe objeto de la garantía con efecto de que ésta recaiga sobre cosas individualmente determinadas, no fue reconocido por los Romanos que aceptaron las hipotecas tacitas y generales. La hipoteca general abarcaba todo el patrimonio del deudor. Admitieron las hipotecas legales constituidas independientemente de la voluntad del dueño de la cosa, por un simple mandato legislativo.

EL OBJETO DE LA HIPOTECA

1. “Un bien corporal, siempre que se trate de una *res in commercio*. Si el objeto de la prenda o hipoteca es un *corpus ex distantibus* por ejemplo un rebaño, el derecho de garantía se extiende por todos sus incrementos. En cambio, si se trata de una hipoteca sobre la biblioteca, los libros que se hayan agregado, posteriormente a la constitución de la hipoteca, no quedan gravados. Acciones naturales como el Aluvión o incrementos del valor del objeto gravado, por la extinción de algún *ius in re aliena* por ejemplo, en caso de la muerte de un usufructuario, mejoran la garantía, lo cual es muy importante en caso de insolvencia del deudor, si el importe del crédito garantizado es superior al valor original de la prenda o del objeto hipotecado. Los frutos de la prenda o del bien hipotecado, entraran también automáticamente en la garantía, a no ser que hubiere un usufructo de constitución anterior a la hipoteca; en tal caso por existir una colisión de derechos, la regla de *prior tempore, potior iure*, obliga a favorecer al usufructuario. El propietario de la prenda o del bien hipotecado no debía disminuir su valor, por tanto, no podía conceder un usufructo respecto de el, ni renunciar a las servidumbres reales, que existieran en beneficio del mismo.
2. Un derecho de crédito (*pignus nominis*).

3. Un derecho de usufructo, garantía dudosa por depender de la vida del titular.
4. Una servidumbre real, siempre que el acreedor sea vecino del fundo sirviente, figura contraria del principio de que la servidumbre no puede traspasarse independientemente del fundo dominante.
5. Un derecho de prenda o de hipoteca (*subpignus*). Este *pignus* ha dado lugar a discusiones dogmáticas, la interpretación más simple de esta figura no la considera como un derecho de prenda sobre otro derecho de prenda, sino que alega lo siguiente: de la misma manera que puedo dar un crédito mío como prenda por una deuda mía, también puedo dar como prenda un crédito garantizado por una prenda. Según esta opinión, el *subpignus* sería simplemente una variación del *pignus nominis*.
6. Todo patrimonio presente e inclusive futuro. Quien entrega la prenda no es necesariamente el deudor pero, si no es propietario de la prenda ésta no vale como tal. Sin embargo, el no propietario puede dar en prenda un objeto del que espera tener la propiedad con la condición de que llegue a ser propietario del mismo”.⁸

LOS DERECHOS DE ACREEDOR HIPOTECARIO

Los derechos del acreedor hipotecario consistían en su origen, únicamente en un derecho real de retención que implicaba la facultad de reclamar la prenda a cualquier poseedor. En cambio, un tercero, poseedor de buena o de mala fe, tiene derecho de retención por las *impensae nesessariae* (y por las útiles solo en caso de buena fe), de manera que también aquí se presenta la posibilidad de una colisión de derechos. En tiempos de Justiniano, el poseedor puede exigir que el acreedor prendario agote primero las

⁸ Ibídem. Pág. 293

posibilidades ejecutivas que tiene respecto del deudor, antes de reclamar la entrega de la prenda.

A los derechos que el acreedor prendario deriva automáticamente del derecho de prenda, debemos añadir la facultad de recuperar los gastos hechos para la conservación del objeto, de reclamar los daños y perjuicios causados por la posesión de la prenda (un caballo enfermo contagie a toda la cuadra) y de exigir otra prenda, si las afirmaciones del propietario de la prenda original, respecto de sus calidades y condición jurídica resulten ser falsas.

Esta posición jurídica del acreedor puede mejorarse mediante pactos adicionales, como los siguientes:

1. El pacto anticrítico que autoriza al acreedor a utilizar un objeto dado en prenda, probablemente renunciando a los intereses; en este concepto, algunos romanistas encontraron argumentos para decir que los frutos se aplican primero a los réditos convenidos, luego al capital, siendo que tal concepto visto a los ojos de los romanistas era casi igual a la hipoteca moderna.
2. El pacto comisorio por el cual las partes convienen que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor se convierte automáticamente en dueño del bien hipotecado figura afín a la “cláusula penal”.

No sólo se trata de una figura que contradice al principio romano de que la propiedad no se transmite por mero pacto, si no que, además es una figura antisocial. En el momento de conceder el préstamo, el deudor se encuentra, generalmente, en la posición más débil, de manera que tiene que aceptar las condiciones que se le impongan, y como la prenda generalmente vale más que la cuantía del préstamo, este pacto suele causar grandes perjuicios al deudor. Por lo tanto Constantino lo declaró nulo.

3. “El pacto de *vendendo* que autoriza al acreedor a vender la prenda o el bien hipotecado, en caso de incumplimiento del deudor satisfaciendo con el producto de la venta, primero, los gastos y el importe del crédito y devolviendo luego la demasía al propietario de la prenda.”⁹ “Justiniano decidió, finalmente, que ese pacto iba implícito en todo contrato de prenda o hipoteca, y declara, inclusive, que un pacto por el cual el acreedor no pudiera exigir la venta de la prenda o del bien hipotecado no era eficaz y podía ser anulado al cabo de tres requerimientos de pago.”¹⁰ En este caso, el acreedor podía vender la prenda, aun cuando el mercado fuera momentáneamente desfavorable; pero no debía proceder dolosamente.

Hemos visto que el propietario de la prenda no es necesariamente el deudor, aunque éste no pueda pagar, quizás el propietario sea solvente, debería tener el derecho de salvar su propiedad mediante pago, sin embargo, nadie puede comprar sus mismas propiedades por tanto, el pecado dogmática de permitir que un no propietario transmita la propiedad, crea otro problema dogmático.

¿Cuál es la situación del verdadero propietario, si éste no es propietario se presenta ante el público en general dispuesto a transmitir la propiedad al mejor postor? ¿puede participar?

No, pero, en la práctica, logrará siempre un arreglo con el acreedor. Puede comprar por ejemplo, la renuncia de éste al derecho de prenda o mejor aún comprar su crédito. En tal caso, el nuevo acreedor podrá proceder contra el deudor, extinguiéndose el derecho de prenda, por reunirse en una sola persona las calidades de “dueño de la prenda” y “acreedor prendario”. Si

⁹ Pacto que actualmente se encuentra regulado en el Artículo 2886 Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁰ De igual manera este pacto se encuentra actualmente regulado por el Artículo 2887 Código Civil para el Distrito Federal.

resulta imposible vender la prenda, la autoridad puede adjudicarla al acreedor prendario, en un precio fijado por valuadores.

LOS DEBERES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

En cuanto a los deberes del acreedor hipotecario señalamos lo siguiente: si el objeto de su derecho de hipoteca esta destinado a producir frutos, una vaca por ejemplo, el acreedor prendario debe explotarla debidamente, aplicando los frutos, primero, a los intereses del crédito y luego, al capital. Debe rendir cuentas, por supuesto, aunque esta obligación falta en la anticresis, en caso de convenirse que el acreedor prendario recibirá todos los frutos a cambio de la renuncia a cualquier forma de interés.

Si la hipoteca no esta destinada a una explotación económica por ejemplo un anillo, el acreedor prendario no tiene derecho a usarla, si lo hace, comete un robo de uso, *furtum usus*, delito que consiste en el apoderamiento de una cosa ajena contra la voluntad del dueño y con afán de lucro. Contra el ladrón de los Romanos establecieron algunas acciones como: contra quien se encontraba la cosa en su poder, contra quien se le encontraba *in fraganti*, quien dejara la cosa robada en casa de un tercero de buena fe para que se encontrara en su poder y contra quien se negara a la revisión de su domicilio entorpeciendo las pesquisas correspondientes a esclarecer un delito de robo.

Sin embargo, la buena conservación de la prenda exige cierta utilización como en el caso de un caballo el acreedor prendario debe utilizarlo estrictamente hasta el grado objetivamente útil para la prenda misma.

Además, el acreedor tiene la obligación de hacer los gastos necesarios, tanto ordinarios como extraordinarios, para la conservación de la prenda, en caso de anticresis, tales gastos, a condición de ser ordinarios, son por cuenta de él, por ejemplo, alimento de un caballo, pero los extraordinarios, como serían

medicamentos, son por cuenta del dueño de la prenda, siempre y cuando no haya dolo o culpa del acreedor.

Excepto en el pacto anticrético todos los gastos ordinarios y extraordinarios, que origine la conservación de la prenda son por cuenta de su dueño, aunque el acreedor prendario tiene la obligación de anticiparlos. Además encontramos, a cargo del acreedor prendario, el deber de restituir la prenda después de exigirse la obligación principal. Si dicha obligación se convierte en una obligación natural, es decir, una obligación que no puede reclamarse judicialmente por ejemplo, en caso de prescripción de la deuda, el derecho romano no obliga al acreedor, a devolver la prenda mientras no haya cumplido el deudor natural.

Finalmente, en tal caso de que la prenda sea vendida, el acreedor debe organizar dicha venta de buena fe y entregar el exceso, al antiguo dueño de la prenda. Los deberes del propietario de la hipoteca que no es necesariamente el deudor son los siguientes:

Responde de sus afirmaciones en cuanto su derecho de propiedad en cuanto a la prenda y respecto de las calidades de ésta. Si tales afirmaciones son falsas, el acreedor puede exigir otra prenda del valor originalmente sugerido. Ya hemos visto que, en caso de evicción después de la venta de la prenda, quien entrego el objeto en cuestión por concepto de prenda, responde de las consecuencias y no el acreedor.

Además el propietario de la prenda responde del reembolso de los gastos en el sentido arriba descrito, y del daño que por su dolo o culpa haya causado la prenda en el patrimonio del acreedor.

LA PLURALIDAD DE ACREEDORES HIPOTECARIOS

En caso de pluralidad de acreedores hipotecarios, valía la regla *prior tempore, potior iure*, “Famoso principio jurídico romano que dice: el que es primero en tiempo es primero en derecho. Se aplica tratándose de hipoteca: el primer acreedor hipotecario tiene el derecho de vender la cosa hipotecada para cobrarse, sin importarle la situación de los demás acreedores hipotecarios”,¹¹ Sin embargo, hubo hipotecas legales que lograban, a menudo, por disposición imperial, un lugar preferente sobre las hipotecas convencionales de fecha anterior. Entre tales hipotecas legales y preferentes encontramos: la del fisco, de pupilos sobre los bienes de sus tutores, de esposas sobre los bienes de sus maridos, para garantizar la devolución de la dote, etc.

También hipotecas “solemnes” (constituidas por intervención de notarios y otras personas de fe pública, o con intervención de tres testigos), podían encontrar un lugar superior a otras hipotecas anteriores, menos solemnes.

“Cuanto un acreedor hipotecario posterior tenía un crédito de vencimiento anterior al que correspondía a algún acreedor hipotecario de mejor lugar, no podía realizar su derecho hipotecario, mientras o hubiera vencido el crédito del acreedor de rango superior. Sin embargo, gozaba del *ius offerendi et succedendi*, o sea, el derecho de ofrecer dinero y suceder en el mejor rango de otro acreedor hipotecario. Es el derecho de comprar la posesión del acreedor de rango superior, colocándose en su lugar y ejercitándose luego su acción hipotecaria.”¹²

Si un acreedor hipotecario de rango superior recibía directamente del deudor el pago de su crédito, los acreedores de rango inferior mejoraban su

¹¹ DE PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, *Diccionario de Derecho*, 14^a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

¹² MARGADANT FLORIS Guillermo, *“El Derecho Privado Romano”*, Editorial Esfinge S.A. México, 1998, Pág. 296

lugar. Esta solución, sin embargo, presentaba una evidente desventaja e injusticia.

Como los réditos de hipotecas de rangos posteriores eran más elevados, no era justo que algunos acreedores mejoraran su rango por el cumplimiento del deudor con otros acreedores. En el derecho moderno, por tanto, el deudor que liquida una hipoteca del primer rango, conserva este primer rango abierto, y puede posteriormente, conceder una nueva hipoteca de primer rango, aunque las hipotecas de segundo o de tercero no se hayan liquidado todavía.

Si obtengo varios créditos, garantizados con una hipoteca sobre un inmueble que espero comprar y, finalmente, consigo la propiedad de este terreno, ¿debemos considerar todas las hipotecas como concedidas en una sola fecha? o ¿conservarán el orden de antigüedad que corresponda a las promesas respectivas?

La cuestión se presta a controversia. Considerando que, en vez de una promesa de hipoteca, hubo una concesión de hipoteca bajo condición suspensiva, el principio de que la condición se cumple *ex tunc* con efectos retroactivos, impulso a los romanos a la segunda solución.

Cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar a título oneroso bienes que pertenezcan a un incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos presente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes, para que aquél reciba, en plena propiedad, su porción, o si, por el contrario, es conveniente la enajenación gravamen o hipoteca, fijando las condiciones y seguridades con que deben hacerse y pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que consientan en ello el tutor y el curador.

1.2 EN ARGENTINA

El contrato de hipoteca descrito por los tratadistas y maestros del Derecho Civil Mexicano 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. También la definen como “contrato que puede ser definido, como aquél por virtud del cual determinados bienes –muebles o inmuebles- quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación, para que, en el caso de que ésta no se realice, sean destinados a satisfacer con su importe el monto de la deuda cuyo pago se encuentran afectos por voluntad de su titular”.¹³

Notemos que tienen en común la esencia de lo que constituye la hipoteca, como lo es que sea un derecho real que el objeto de dicha obligación son los bienes muebles e inmuebles que garantizan el cumplimiento de dicha obligación, pero hay que tener en cuenta que solo en determinados bienes recae la hipoteca, tal y como lo establece el artículo 2895 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo que los elementos de Validez del contrato de hipoteca en México son:

- Capacidad: son los mismos de todo contrato (artículo 1795 CCDF) interpretado a *cu contrario sensu*.
- Forma: cuando sea mayor de treinta mil pesos será por escritura pública. El artículo 78 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal menciona las enajenaciones de los bienes inmuebles.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, T. VI, Volumen II, Antigua Librería de Robredo, México, 1961, pp. 525 a 643.

También existen diferentes tipos de hipotecas en México, tomaremos en cuenta estos tipos para comparar:

1. Hipoteca voluntaria.
2. Hipoteca necesaria, es para determinar un crédito.
3. Hipoteca ordinaria, es a favor de la persona determinada, por cantidad precisa, transmisible también por su instrumento, etc.
4. Hipoteca excepcional, es la destinada a garantizar una obligación de existencia dudosa o de cuantía no determinada.
5. Hipoteca inmobiliaria es aquella que se constituye sobre bienes inmuebles.
6. Hipoteca mobiliaria es la que recae sobre bienes muebles, es decir, que el objeto del contrato son precisamente bienes de naturaleza mueble.

Aquí no se entregan los bienes, no se desposee de los bienes al deudor (o tercero constituyente de hipoteca).

Dentro del Código Civil argentino la hipoteca se encuentra definida en el artículo 3.108 que a la letra dice: “la hipoteca es el Derecho Real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor”.¹⁴

La definición anterior refiere a cuatro elementos del contrato:

1. Derecho Real: este carácter se manifiesta en que sobre el bien inmueble que se grava, existe un derecho oponible a un tercero, de modo que si el inmueble, pasa a manos de un tercero, para evitar la ejecución sobre éste, el titular de la hipoteca dispone a su favor el derecho de persecución, de acuerdo acorde a lo dispuesto en los artículos 3.148 que a la letra dice: “La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede

¹⁴ Código Civil de la República Argentina, libro Tercero de los Derechos Reales, Título XIV de la Hipoteca, Artículo 3.108.

ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo” y el artículo 3.196 Código Civil de la República de Argentina. También posee un derecho de preferencia de acuerdo a la prioridad con que inscriba su derecho en el registro, observándose también el principio de la limitación de la propiedad, esto deduce que las facultades del propietario se ven restringidas de tal manera que no reduzcan el valor del bien hipotecado, ya que a la letra dice: “La hipoteca se extingue aunque no esté cancelada en el registro de hipotecas, respecto del que hubiese adquirido la finca hipotecada en remate público, ordenado por el juez con citación de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas en remate público, ordenado por el juez con citación de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas sobre el inmueble, desde que el comprado consignó el precio de la venta a la orden del juez.”

2. Crédito: el crédito que se observa es la obligación principal, pero además se recalca que el crédito es cuantificable es una suma de dinero, lo que tiene su razón de ser, en el Código Civil de Argentina, que a la letra dice “No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescrita en este Título. Reconoce tan solo la constitución de la hipoteca convencional, ignorando por su parte a la hipoteca legal, la que se deriva de un procedimiento judicial, según el artículo 3.115 del Código Civil de la República de Argentina.

3. Inmuebles: son objetos únicos que pueden ser hipotecados, desechando a los bienes muebles como objetos susceptibles de la hipoteca.

4. La no desposesión tiene un carácter del bien hipotecado es una importante característica que se observa en casi todas las legislaciones y dentro de esta forma una parte elemental de la definición.

CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA EN ARGENTINA

- Tiene un carácter esencialmente accesorio.
- Su carácter indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto a los bienes gravados.
- Su carácter inseparable del bien gravado.
- Su carácter especial y expreso.
- Su constitución pública.

El Código Civil de la República de Argentina establece ciertas características de la hipoteca, de las cuales nos hace referencia a:

1. Tiene un carácter accesorio ya que surge de una obligación principal que lo es en su momento la realización de un crédito, según lo establece el artículo 3.186 del Código Civil de la República de Argentina.

2. Una especialidad que no es otra que, la determinación del bien gravado, así como también la determinación del monto de dinero que garantiza dicho bien, a dichas características hacen referencia los artículos 3.109 y 3.132 del Código Civil de la República de Argentina, a lo antes dicho lo determina el artículo 3.109 de la misma ley que a la letra dice: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca.”

3. Tiene el carácter de obligación indivisible, esto es que; cada una de las cosas que están hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella. Sin embargo en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la

garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor.

También dentro de la ejecución de los bienes hipotecados se amplía ésta a que si comprende a varios inmuebles podrá a su elección perseguirlos (acreedor hipotecario) a todos simultáneamente o sólo a uno de ellos, aunque hubiese pertenecido o pasado al dominio de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Ello no obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados.

Antes del año 1933 en el Código Civil Argentino, se estipulaba que la divisibilidad de la hipoteca era absoluta, causando desde luego la mayoría de las veces perjuicio para el propietario, razón por la cual ocurrió la reforma de 1933 y hace de la ley una disposición supletoria a la voluntad de las partes y que permitió que en el contrato las partes pudieran rechazar a la indivisibilidad; con ello se acepta también la cancelación parcial de la hipoteca.

4. La publicidad: es este el principio, consistente en la inscripción de la hipoteca en el registro de hipotecas denominado oficio de hipotecas, una vez inscrito surte efectos contra terceros; según los artículos 3.134, 3.149-3.151.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE HIPOTECA ARGENTINO

- Consentimiento: es de manera consensual, al momento en que se estipula dentro del contrato pues como se ve dentro de la ley argentina es desde el carácter accesorio y al momento de acordar una obligación principal.

- Objeto:

Directo: el objeto (bien inmueble) que garantiza el cumplimiento de la obligación principal.

Indirecto: son las facultades y contraprestaciones que emanan del convenio realizado.

- Solemnidad: es que dicho contrato sea realizado solo ante la autoridad competente. (Artículo 3.128 del Código Civil de la República de Argentina).

Dentro del contrato de hipoteca de un inmueble, también se debe extender a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; y a todas las mejoras sobrevivientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o ratificales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a la ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.

Sobre la situación de los sujetos dentro de la hipoteca tenemos que son mencionados dentro del Código Civil de la República de Argentina en el Capítulo I de los que pueden constituir hipotecas, y sobre qué bienes pueden constituirse, los sujetos son:

1. El obligado principal: para que pueda constituir la hipoteca es necesario que sea propietario del inmueble y que tenga la capacidad para poder enajenar los bienes inmuebles. (Artículo 3.119 Código Civil de la República de Argentina)

2. Un tercero: puede contraer la hipoteca pero no reobliga de manera personal. (Artículo 3.121 Código Civil de la República de Argentina)

A esto establece dos excepciones para los anteriores elementos, al punto uno la excepción es que si la hipoteca es constituida por un incapaz, la acción puede ser ratificada o confirmada con efecto retroactivo, cesando la incapacidad. (Artículo 3.118 Código Civil de la República de Argentina)

Al segundo punto la excepción es que si la obligación por la que un tercero pretenda ser anulada por una excepción puramente personal, como la de un menor, la hipoteca dada por un tercero será válida, y tendrá su pleno y entero efecto. (Artículo 3.122 Código Civil de la República de Argentina)

Las formas de constitución de la hipoteca son cuatro:

- Por contrato.
- Por testamento.
- Por acto unilateral.
- Y por la Ley.

Las tres primeras dan cabida a la hipoteca voluntaria, a la necesaria o a la legal, en cuanto a esta nace de contrato o también de declaración de la voluntad, excluyendo al testamento, que habrá de hacerse siempre público o por escritura privada, la fuente directa de este contrato es el mismo deudor o del tercero dador al que se le debe acompañar con: la voluntad del acreedor, concediendo dicha hipoteca una sola ventaja de la garantía real y específica; dicha hipoteca puede operar sin que el acreedor acepte.

La constitución de la hipoteca a través de las distintas formas antes mencionadas suele ser análogo con la constitución del usufructo y de los derechos reales en general, ya que el primero puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral, ley y prescripción.

La diferencia con lo anterior es que la hipoteca, no admite la prescripción, en virtud de que no se pueden dar los supuestos jurídicos, para la constitución del gravamen real que existe, es decir que no se desposee al deudor por medio de un título o concepto, si no por medio del ejercicio de un derecho proveniente de un gravamen que se posee de forma continua, pacífica, pública y que te otorga el carácter de verdadero titular.

LA FORMA DE LAS HIPOTECAS Y SU REGISTRO EN ARGENTINA

En el título de la hipoteca dentro del Código Civil de la República de Argentina establece que la hipoteca solo puede ser constituida de dos formas: en escritura pública o por documentos, considerando que al referirse a documentos, alude principalmente a los contratos privados, que sirvan de títulos al dominio o de un derecho real; expedidos por una autoridad competente para darlos y deben dar fe por sí mismos.

También la hipoteca debe tomar “razón de oficio de hipotecas”, es decir estar registrada en el registro oficial de hipotecas, en término de seis días contados desde que el juez ordena la protocolización de la obligación hipotecaria, en el código (artículo 3.129 Código Civil de la República de Argentina) establece que pasado el término, no existe la perjudicación a terceros, también da origen a la hipoteca constituida en países extranjeros, la cual debe recaer precisamente sobre un bien inmueble y tener una causa lícita, es decir que esté acorde a las leyes nacionales.

Al momento que la hipoteca se constituye por una escritura pública, deberá ser aceptada por el acreedor; en el caso de que no figure dentro de ésta, podrá ser aceptada ulteriormente con efectos plenamente retroactivos al día de su constitución. (Artículo 3.130 Código Civil de la República de Argentina)

El acto por el que se constituya la hipoteca deberá contener los siguientes requisitos:

1. Nombre, apellido y domicilio del deudor y el acreedor y los de las personas jurídicas por denominación legal. (Artículo 3.131 Código Civil de la República de Argentina)

2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en el que se encuentra.

3. La situación de la finca, sus linderos, su carácter (rural o urbano), siendo rural al distrito al que pertenece y si fuere urbana; la ciudad o villa, la calle en la que se encuentra.

4. La cantidad cierta, total y real, en que se contrajo la deuda.

Al momento de realizarse la hipoteca se debe de realizar una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque, además que existen en un lugar o ciudad determinada, además que en la misma escritura se debe designar de manera separada e individual la naturaleza del inmueble. (Fundamento en el artículo 3.132 Código Civil de la República de Argentina)

Al hablar anteriormente del registro de hipotecas, la ley establece que debe existir en la ciudad capital de cada provincia, y en los otros pueblos en que lo establezca el gobierno provincial, ya que debe ser registrada y tomada razón de ella en un oficio público destinado a la constitución de hipotecas o registro de ellas.

La constitución de la hipoteca no afecta a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las

partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada. Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar. (Artículo 3.135 Código Civil de la República de Argentina)

Establece un principio esencial de derecho para la ejecución del reconocimiento del crédito ante la ley, es el de “primero en tiempo, primero en derecho” ya que cuando existe una pluralidad de acreedores respecto a una hipoteca y alguno de estos no registre debidamente la obligación ante el registro de hipotecas, y otro si; la acción a la que se da preferencia es a la del que si hizo su registro en el término de ley.

Al momento de realizar el registro se debe de presentar oficial público encargado del oficio de hipotecas, la primera copia de la escritura de la obligación, si es que ésta se nos extendió dentro del mismo registro de hipotecas y los gastos del registro o toma de razón son a cargo del deudor.

Dicho registro debe llevarse a cabo en el oficio de hipotecas del pueblo en cuyo distrito estén situados los inmuebles que se hipotecan.

El término de “toma de razón” se refiere a la fecha del instrumento hipotecario, el escribano ante quien se ha otorgado, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad de la obligación o contrato, y los bienes raíces gravados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, situación y linderos, en la misma forma que se exprese en el instrumento.

La toma de razón de las hipotecas debe hacerse en los registros sucesivamente, sin dejar blancos, en que se pudiese anotar otro registro. (Artículo 3.144 Código Civil de la República de Argentina)

Tomada la razón de la hipoteca, debe anotarse el acto en la escritura de la obligación, por el oficial encargado del oficio de hipotecas, bajo su firma, expresando el día en que lo ha hecho y el folio de su libro donde se ha tomado razón de la hipoteca.

El oficial encargado de las hipotecas no está calificado para expedir el certificado, solamente lo podrá expedir por orden del juez, expidiendo el certificado de las hipotecas registradas, o de que determinado inmueble está libre de gravamen.

El oficial encargado y el juez, este último principalmente es responsable de la omisión en sus libros de las tomas de razón, o de haberlas hecho fuera del término legal. Es responsable también del perjuicio que resulte al acreedor de la falta de mención en sus certificados, de las inscripciones o tomas de razón existentes, o por negar la toma de razón que se le pide por persona autorizada para ello.

Las personas que pueden solicitar el servicio de toma de razón son:

1. Por el que transmite el derecho.
2. Por el que lo adquiere.
3. Por el que tenga representación legítima de cualquiera de ellos.
4. Por el que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario.

Dentro del punto número tres, cabe mencionar el caso más común; cuando el escribano (término que utilizan para nombrar al notario, con esto se denota la antigüedad de su código por los términos que aun no han sido cambiados) que redacta la obligación principal, remite el instrumento que

contiene la hipoteca, para que se le tome razón, el oficial del registro toma razón de ella en un termino de veinticuatro horas, y además hay una ratificación de derecho antes mencionado; esto es que si se presenta otra toma de razón dentro del termino de la primera, a la segunda no tendrá ningún valor y se le hará caso omiso.

Pero hablemos también de la responsabilidad del deudor en el caso de un doble registro, la ley estipula, que si su bien inmueble ya ha sido dado en hipoteca y se vale de la falta de inscripción para hipotecarlos a otra persona, sin prevenirle de la existencia de esa hipoteca, será culpado de fraude, y como tal, sujeto a satisfacer los daños y perjuicios a la parte que los sufre por su dolo. (Artículo 3.142 Código Civil de la República de Argentina)

Por ultimo si se declara la nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo.

EFFECTOS DE LAS HIPOTECAS RESPECTO DE TERCEROS Y DEL CRÉDITO EN ARGENTINA

Una vez registrada la hipoteca tendrá efectos contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, si el ingreso para su registro se hubiese producido dentro del término previsto. El acreedor deja pasar el tiempo designado para el registro de la hipoteca sin hacer tomar razón ésta no tendrá efecto contra terceros, sino desde el día en que se hubiere registrado. Pero podrá hacerla registrar en todo tiempo sin necesidad de autorización judicial.

El término para los efectos posteriores al registro de la hipoteca se conserva por veinte años, si antes no ha sido renovada.

Si un deudor enajena, por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por si sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor. Pero, si la cosa enajenada fuere mueble, que sólo estaba inmovilizada y sujeta a la hipoteca, como accesoria del inmueble, el acreedor no podrá perseguirla en manos del tercer poseedor.

En el caso de la primera parte del párrafo anterior, ante de pedir el pago de la deuda al tercer poseedor, el acreedor debe hacer intimar al deudor el pago del capital y de los intereses exigibles en el término de tercero día, y si éste no lo verificare, cualquiera que fuese la excusa que alegare, podrá recurrir al tercer poseedor, exigiéndole el pago de la deuda, o el abandono del inmueble que la reconoce.

El tercer poseedor, propietario de un inmueble hipotecado, goza de los términos y plazos concedidos al deudor por el contrato o por un acto de gracia, y la deuda hipotecaria no puede serle demandada sino cuando fuese exigible a este último. Pero no aprovechan al tercer poseedor, los términos y plazos dados al deudor que hubiere quebrado, para facilitarle el pago de los créditos del concurso.

Rehusándose a pagar la deuda hipotecaria y a abandonar el inmueble, los tribunales no pueden por esto pronunciar contra él condenaciones personales a favor del acreedor, y éste no tiene otro derecho que perseguir la venta del inmueble. (Artículo 3.165 Código Civil de la República de Argentina)

El tercer poseedor puede ser admitido a excepcionar la ejecución del inmueble, alegando la no existencia, o la extinción del derecho hipotecario, como la nulidad de la toma de razón o inenajenabilidad de la deuda.

El tercer poseedor no puede exigir que se ejecuten antes otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, que se hallen en poder del deudor originario, ni oponer que el inmueble que posee reconoce hipotecas anteriores que no alcanzan a pagarse con su valor.

Tampoco puede exigir la retención del inmueble hipotecado para ser pagado de las expensas necesarias o útiles que hubiese hecho, y su derecho se limita, aun respecto a las expensas necesarias, al mayor valor que resulte del inmueble hipotecado, pagado que sea el acreedor y los gastos de la ejecución.

Puede abandonar el inmueble hipotecado, y librarse del juicio de los ejecutantes, si no estuviese personalmente obligado, como heredero, codeudor o fiador del deudor. El abandono del tercer poseedor no autoriza a los acreedores para apropiarse del inmueble o conservarlo en su poder, y su derecho respecto de él se reduce a hacerlo vender y pagarse con su precio.

El tercer poseedor que sea desposeído del inmueble o que lo abandone a solicitud de acreedores hipotecarios, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que hubiere hecho en el inmueble.

El tercer poseedor no goza de la facultad de abandonar los bienes hipotecados y exonerarse del juicio, cuando por su contrato de adquisición o por un acto posterior, se obligó a satisfacer el crédito.

El abandono del inmueble hipotecado no puede ser hecho sino por persona capaz de enajenar sus bienes. Los tutores o curadores de incapaces sólo podrán hacerlos autorizados debidamente por el juez, con audiencia del Ministerio de Menores.

Abandonados los inmuebles hipotecados, el juez debe nombrarles un curador contra el cual siga la ejecución. Y la propiedad del inmueble abandonado no cesa de pertenecer al tercer poseedor, hasta que se hubiese adjudicado por la sentencia judicial; y si se pierde por caso fortuito antes de la adjudicación, es por cuenta del tercer poseedor, el cual queda obligado a pagar su precio. (Artículo 3.175 Código Civil de la República de Argentina)

Sin embargo del abandono hecho por el tercer poseedor, puede conservar el inmueble, pagando los capitales y los intereses exigibles, aunque no posea sino una parte del inmueble hipotecado, o aunque la suma debida sea más considerable que el valor del inmueble.

El vendedor del inmueble hipotecado podrá oponerse al abandono que quiera hacer el tercer poseedor, cuando la ejecución pura y simple del contrato de venta, pueda dar la suma suficiente para el pago de los créditos. Además el vendedor del inmueble hipotecado puede obligar, antes de la adjudicación, al tercer que lo haya abandonado, a volverlo a tomar y ejecutar el contrato de venta, cuando él hubiese satisfecho a los acreedores hipotecarios.

Los acreedores hipotecarios, aun antes de realizar la exigibilidad de sus créditos, están autorizados a ejercer contra el tercer poseedor, todas las acciones que les corresponderían contra el deudor mismo, para impedir la ejecución de actos que disminuyan el valor del inmueble hipotecado.

Después del pago de los créditos hipotecarios, el excedente del precio de la expropiación pertenece al tercer poseedor, con exclusión del precedente propietario, y de los acreedores quirografarios.

El tercer poseedor que realiza el pago correspondiente del crédito hipotecario, queda subrogado en las hipotecas que el acreedor a quien le ha pagado, tenía por su crédito, no sólo sobre el inmueble librado, sino también

sobre otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, sin necesidad que el acreedor hipotecario le ceda sus acciones.

Cuando el deudor haya dado a otros la hipoteca en seguridad de un crédito, la acción de indemnización que le corresponde, es la que compete al fiador que hace el pago, y puede pedir al deudor después de la expropiación, el valor íntegro de su inmueble, cualquiera que sea el precio en que se le ha vendido en aquel momento.

1.3 EN FRANCIA

Como hemos visto la Hipoteca apareció en Roma posiblemente en los tiempos del Imperio, permitiendo que el deudor quedara en la posesión, uso y provecho de la propiedad; y la facultad de enajenarla, mientras que el acreedor quedaba libre de la administración de la cosa, pero sus intereses bancarios son reconocidos, protegidos por un derecho real que conlleva derecho de persecución y derecho de preferencia sobre el bien hipotecado. Esto faculta al acreedor a perseguir el bien en cualquier mano que se encuentre, téngalo quien lo tenga. Es decir, el acreedor aunque no adquiría la propiedad ni la posesión de la cosa, tenía un derecho especial, que le permitía tomar posesión de la cosa si el deudor incumplía sus obligaciones.

Esta capacidad de posesión por parte del acreedor surgió en los orígenes de la hipoteca cuando el deudor no pagaba. Luego por la ley comisoria, se acordó entre las tres partes que si el deudor no pagaba el acreedor podía hacerse dueño de la cosa, esto resultaba desventajoso y dañino para el deudor, pues apremiado por la deuda podía dar en garantía de dicha deuda un bien de mayor valor. Este convenio fue posteriormente dejado sin efecto en tiempo del Emperador Constantino.

También se daba el caso que las partes acuerdan en que el acreedor pueda vender la cosa por falta de pago y con su producto pagarse la deuda, pero devolviendo al deudor el excedente del precio de venta en relación con el valor adeudado. En esa época esa cláusula se consideraba sobreentendida y no se le podía quitar al acreedor sino sobre la base de otra cláusula expresamente consagrada. “Esas obligaciones hipotecarias estaban estipuladas en actos notariales, con una cláusula sobre hipotecas o sobre los bienes inmuebles del deudor.”¹⁵

“Ahora bien este sistema adolecía de dos defectos: 1ro. El deudor podía hipotecar todos los bienes presentes y futuros; es decir agotar todos sus créditos; 2do. Ausencia de publicidad hipotecaria y dificultad para las enajenaciones inmobiliarias en lo referente al adquirente. Es así, que en el antiguo Derecho Francés se comienza a aceptar la purga con el fin de eliminar cualquier tipo de hipoteca oculta”¹⁶.

La purga favorecía al adquirente pero el acreedor hipotecario carecía de miedo que evitara la existencia de algunas hipotecas ocultas.

En la década de 1870 en Francia el ministro Colbert trató de introducir la publicidad pero sectores de la nobleza y el Notariado se opusieron rotundamente, motivados por intereses económicos, ya que temían perder el monopolio hipotecario. Es útil señalar que el antiguo derecho francés no solo impidió la publicidad y especialidad de la hipoteca sino que también ignora la hipoteca mobiliaria, la cual existió indistintamente con la inmobiliaria en el Derecho Romano.

“El advenimiento de la Revolución Francesa trajo grandes transformaciones en el orden político, económico y social proclamando los

¹⁵ <http://club.telepolis.com/manuelp1/derecho.htm>, 16 de mayo de 2008.

¹⁶ *Ibidem*.

derechos del hombre, desplazando a la monarquía feudal del poder por emergente o burguesía trayendo cambios en las normas Jurídicas y económicas enarboladas estas últimas por los representantes de las ideas fisiócratas, principalmente representada por economistas franceses mientras el liberalismo económico encabezado por Adam Smith y David Ricardo, se extendía con su concepción del libre comercio, libertad de mercado no solo en su centro Inglaterra, sino por todas partes.”¹⁷

Así, durante la Revolución Francesa se establecen las leyes del 9 de mesidor del año III y del II brumario del año VII que organiza la publicidad de la Hipoteca, mediante un Registro que es llenado por el Conservador de Hipotecas; En la 2a. Ley mencionada se estableció el principio de especialidad y se efectuó la publicidad de las transmisiones inmobiliarias. Debo recalcar que los redactores del Código Civil Francés sostuvieron la publicidad y la especialidad para las hipotecas convencionales pero con relación a ciertas hipotecas legales no dejaron de afirmar su clandestinidad y generalidad.

Hay que aclarar que el decreto del 4 de enero de 1955 suprimió todo tipo de clandestinidad de las hipotecas, aunque subsiste la generalidad de algunas hipotecas legales, pero está amortiguado por la especialidad de la inscripción, pues esta tiene que mencionar los inmuebles gravados y los créditos garantizados.

La securitización tuvo sus orígenes en la década del 70, como consecuencia de las altas tasas de interés en el otorgamiento de créditos y de la necesidad de las entidades financieras de reducir costos para la obtención de fondos. Por este motivo, muchos préstamos se transformaron en instrumentos negociables, a los que se denominó Securitización el crédito. Así nacieron los títulos de deudas respaldados, es decir garantizados por un activo real, como

¹⁷ Ibidem.

ser sobre prendas de automotores, con garantía de facturas conformadas, hipotecas, etc.

En Europa, el mercado más desarrollado en cuanto a securitización es Inglaterra, ya que en Francia se estableció el marco legal apropiado en 1988, con la creación de los Fonds Commens de Créances.

En Latinoamérica el país con más experiencia es México, donde se conoce este fenómeno con el nombre de titularización o titulización.

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE HIPOTECA EN FRANCIA

En 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, hacer pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Sujetos:

Acreedor: es la persona a favor de quien se constituye la hipoteca.

Deudor hipotecario: es quien constituye la hipoteca.

Obligaciones:

1. Todos los gastos, impuestos, derechos y honorarios que origine esta operación, serán parte y cuenta del deudor.

2. La hipoteca estará vigente por todo el tiempo que permanezca, total o parcialmente insoluto, el adeudo, garantizando tanto el pago de éste como de sus intereses ordinarios o moratorios, para más de 3 (tres) años, con tal que éstos no excedan (cinco) en parte de terceros, de lo que se tomará razón especial en el Registro Público de la Propiedad.

3. El pago del adeudo contrayente será estipulado obligatoriamente en la celebración del contrato por el importe total con gravámenes correspondientes.

Derechos:

1. Las partes acordaran en que la falta de pago de mensualidades consecutivas podrá elegir la liquidación de inmediato al momento del incumplimiento, así como el pago de daños y perjuicios, gastos y costas judiciales y demás erogaciones que la acreedora tuviere que efectuar con motivo de complemento, pactándose en este acto un interés moratoria del tanto por ciento anual que pacten ambas partes sobre saldos insolutos.

2. Las partes se someten expresamente a los tribunales correspondientes renunciando el deudor a cualquier fuero que, por razón de su domicilio, le pudiere corresponder.

3. En el momento en que se celebre el contrato hipotecario ambas partes tienen derecho de tener a la vista, los documentos de que se tomó razón, los cuales fueron devueltos a su representante, con excepción del Certificado de Libertad de Gravámenes.

1.4 EN ESPAÑA

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española se define la hipoteca como el derecho real que grava bienes inmuebles o buques, sujetándolos a responder del cumplimiento de una obligación o del pago de una deuda, es decir, según este diccionario la hipoteca es un derecho real que grava inmuebles y buques. En tal sentido según el mismo la hipoteca no solo recae sobre inmuebles.

Para Jossierand la hipoteca es la garantía real e indivisible que consiste en la afectación de un bien del deudor al pago de una obligación, sin que el

constituyente pueda ser en ese momento desposeído, y permitiendo al acreedor hipotecario embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento, quien quiera que lo tenga, para hacerse pago con su precio con preferencia a los demás acreedores. Es decir, este autor no precisa que la hipoteca recae solo sobre bienes inmuebles, por lo cual con dicha definición la hipoteca también es de aplicación para bienes muebles.

El Código Civil Español de 1889 define la hipoteca en su artículo 1876 precisando que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. En esta definición tampoco se precisa que la hipoteca recae sólo sobre bienes inmuebles, por lo cual con la misma hipoteca también es de aplicación para los bienes muebles.

Para Planiol: “La hipoteca es una garantía real que, sin desposeer al propietario del bien hipotecado, permite al acreedor ampararse de él a su vencimiento, para rematarlo, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre, y obtener el pago de su crédito con el precio, con preferencia a los demás acreedores.”¹⁸

CARACTERÍSTICAS LEGALES DE LA HIPOTECA EN ESPAÑA

Como Contrato

Es un contrato nominativo, ya que se encuentra reglamentado en la ley.

Es un contrato unilateral, debido a que sólo se obliga el deudor hipotecario a transferir al acreedor hipotecario el derecho real de hipoteca. El acreedor no contrae obligación alguna.

¹⁸ PLANIOL Marcel y RIBERT Georges, *Derecho Civil*, 3ª. Edición Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 8, Editorial, Mexicana, 1997.

Es un contrato accesorio, porque supone la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento asegura.

Es un contrato oneroso, por regla general.

Como Derecho Real

Es un derecho real, o sea, es un derecho que se ejerce sobre la cosa sin respecto a determinada persona, pero se ejerce de forma indirecta ya que este derecho consiste básicamente en pedir la venta de la cosa hipotecada en caso de que el deudor no cumpla con la obligación garantizada con hipoteca.

Es un derecho inmueble, es decir, se ejerce sobre bienes raíces.

Es un derecho accesorio, puesto que sigue la suerte del derecho principal al que garantiza, si la obligación principal es nula, la hipoteca constituida no es válida.

El deudor hipotecario no pierde la posesión de la cosa.

Constituye una limitación al derecho de dominio o propiedad, es decir, el deudor puede servirse del inmueble sin pasar a llevar los derechos del acreedor hipotecario.

Aproximadamente el 85% de las hipotecas españolas eran de tipo de interés variable en el 2001. En otros países como Francia y Alemania, menos del 20% de las hipotecas eran de tipo de interés variable en el mismo año (fuente: ***The Economist***, 16 oct 2003). Eso vuelve el mercado hipotecario español particularmente sensible a cambios en los tipos del Banco Central Europeo.

CAPÍTULO 2

En el presente trabajo de investigación, al terminar éste capítulo se debe dejar en claro para el lector, lo que es un contrato, así como sus características y lo que la doctrina y la legislación enuncian de él, los elementos que componen al contrato, así como su clasificación.

CONCEPTOS DEL CONTRATO

Para tener un concepto jurídico del contrato, es necesario empezar por conocer su definición.

2.1 CONTRATO

“Del Latín *contractus*). *m.* Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. || **2.** Documento que recoge las condiciones de este convenio. || ~ **aleatorio.** *m. Der. contrato* en el que una de las prestaciones consiste en un hecho fortuito o eventual; p. ej., el **contrato** de seguro. || ~ **bilateral.** *m. Der.* El que hace nacer obligaciones recíprocas entre las partes. || ~ **comutativo.** *m. Der. contrato* bilateral en que las prestaciones recíprocas son determinadas y en este sentido se contrapone al **contrato** aleatorio. || ~ **consensual.** *m. Der.* El que se perfecciona por el solo consentimiento. || ~ **de comodato.** *m. Der.* Préstamo de uso, con la obligación de devolver la cosa prestada en un determinado plazo. || ~ **de compraventa, o ~ de compra y venta.** *m. Der.* El que tiene por objeto la entrega de una cosa determinada a cambio de un precio cierto. || ~ **de cuenta corriente bancaria.** *m. Der.* El que impone a un banco la obligación de efectuar pagos y cobros por cuenta de su cliente. || ~ **de fianza.** *m. Der.* El que establece la obligación de pagar o de cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este. || ~ **innominado.** *m. Der.* El que sin adaptarse a los que tienen nombre en la ley, celebran las partes usando la libertad de pactar. || ~ **oneroso.** *m. Der.* El que implica alguna contraprestación. || ~ **perfecto.** *m.* Aquel que tiene todos los requisitos para su plena eficacia jurídica. || ~ **real.** *m. Der.* Aquel que para el nacimiento de las obligaciones requiere, además del consentimiento, la entrega de cosas, como el simple préstamo, el comodato, la prenda y el depósito. || ~ **sinalagmático.** *m. Der. contrato*

bilateral. || ~ **unilateral.** *m. Der.* Aquel de que nacen obligaciones para una de las partes, como el préstamo o el depósito.”¹⁹

2.1.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO

El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar, extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos. Preferimos decir derechos reales y personales, y no derechos patrimoniales, en virtud de que pueden existir derechos personales de contenido extrapatrimonial.

Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, al acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio, *lato sensu*, comprende ambas funciones. Artículo 1792 del Código Civil vigente en el Distrito Federal “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” y Artículo 1793: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

El contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos.

Hay derechos no patrimoniales, como son los políticos, los públicos, subjetivos, los de potestad y los del estado civil. El contrato no puede referirse

¹⁹ Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation.

ni a la creación ni a la transmisión de estos derechos no patrimoniales, y por esto se dice que el matrimonio no es contrato, o bien, es un contrato sui generis, o un acto del estado civil en su aspecto fundamental, y un contrato sólo en sus efectos patrimoniales. Los derechos y obligaciones que engendra el matrimonio pueden ser patrimoniales o no patrimoniales; las obligaciones de fidelidad entre los cónyuges, de vida en común, etc., no son patrimoniales y, sin embargo, son creadas por ese acto jurídico.

En los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no sólo hay derechos personales, sino también reales. Existen contratos que originan exclusivamente derechos personales, otros que crean derechos reales y personales, y puede haber contratos que exclusivamente tengan por objeto dar nacimiento a derechos reales. En todos los contratos translativos de dominio, se da nacimiento a derechos personales y reales. Desde luego, la compraventa, como cualquier otro contrato traslativo de dominio, por definición, transfiere la propiedad del enajenante al adquirente (se parte siempre del supuesto de que el enajenante es el dueño, a efecto de que el contrato sea válido), y al transferir la propiedad, da nacimiento a un derecho real: el derecho de dominio en favor del comprador, del permutante, del donatario, etc. Pero también la compraventa engendra derechos personales, porque tienen los contratantes obligaciones de dar, de hacer y de no hacer: obligaciones de entregar la cosa, de garantizar una posesión pacífica y útil de la misma; de responder de los vicios o defectos ocultos y de la evicción; y respecto al comprador, pagar el precio, entregarlo en el momento, tiempo y forma convenida, etc. Aquí se trata exclusivamente de obligaciones, es decir, de derechos personales.

Hay contratos, como el mandato, el depósito, el comodato y el arrendamiento, que crean exclusivamente derechos personalmente.

En los contratos de prestación de servicios se advierte, desde luego, que se trata de derechos personales consistentes en la ejecución de un trabajo, de un hecho, de un servicio, y en la remuneración de ese trabajo, trátase del mandato de la prestación de servicios profesionales o no profesionales.

En otros contratos, como el arrendamiento y el comodato, en que se trasmite temporalmente el uso de una cosa, también se originan exclusivamente derechos personales. La transmisión del uso en el arrendamiento o en el comodato, no engendra el derecho real de uso.

Por último, hay contratos que tienen por objeto exclusivamente dar nacimiento a derechos reales. El usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, pueden nacer de contrato; por consiguiente el contrato que se celebre para constituir estos derechos reales, o para transmitirlos, tendrá sólo esta función específica.

2.1.1 ELEMENTOS DEL CONTRATO

ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ

a) Elementos de existencia de acuerdo con el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Consentimiento: Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción, transmisión de obligaciones y derechos y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades constitutivos. Dos personas, por lo tanto dos voluntades por lo menos para que haya consentimiento y, por ende, contrato. Pero el contrato puede existir entre un número mayor de dos personas como lo demuestra el contrato de sociedad.

Consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común.

Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que se llama contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales y que constituyen una nueva entidad capaz de producir por si el efecto jurídico querido y sustraída la irrevocabilidad del contrato.

El Objeto: Desde el punto de vista doctrinal se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos y el objeto indirecto que es la cosa o el hecho que así mismo es el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o hechos relacionados con la misma conducta.

La Solemnidad: El contrato requiere siempre de dos elementos de existencia el consentimiento y el objeto, pero de manera eventual, la ley en algunos casos establece un elemento más, la solemnidad.

La solemnidad la podemos definir como, el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles que rodean a la voluntad de los que contratan y que la ley exige la intervención de la solemnidad.

El caso típico lo es el contrato de matrimonio, puesto que la ley exige que las partes comparezcan ante el oficial del Registro Civil, y previos los demás requisitos exigidos por la ley.

b) Elementos de Validez (art. 1795 Código Civil para el Distrito Federal).

La Forma: La manera en que debe exteriorizarse o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme a lo que disponga o permita la ley.

El Objeto Motivo o Fín Lícito: No es suficiente para que un contrato tenga validez el que cumpla con la forma; requiere además que el objeto motivo o fin que persiguen los contratantes sea lícito.

La voluntad de las partes no debe estar viciada: Es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno, entendiéndose como vicio: la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución.

En efecto cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de manera imperfecta esta viciado Ejemplo: Error, Dolo, Mala Fe, Violencia.

La Capacidad: La capacidad es un elemento de validez en los contratos; entendiéndose que tiene capacidad jurídica “toda aquella persona que tiene aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o lo que es lo mismo, sujeto activo o pasivo de derechos y obligaciones”,²⁰ es decir, es un elemento que se requiere para que el contrato sea valido, por consiguiente la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa al contrato.

2.1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Según Planiol: “Existen varias clasificaciones de los contratos, de las cuales se pueden distinguir, las siguientes:

- 1º. Contratos Bilaterales y Unilaterales;
- 2º. Onerosos y Gratuitos;
- 3º. Conmutativos y Aleatorios;

²⁰ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid 1998.

- 4º. Reales y Consensuales;
- 5º. Formales y Consensuales;
- 6º. Principales y Accesorios;
- 7º. Instantáneos y de tracto sucesivo”.²¹

Contratos Bilaterales y Unilaterales. El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes (artículos 1835 y 1836 del Código Civil para el Distrito Federal).

Antes de seguir clasificando los contratos, conviene señalar la importancia que tiene su división fundamental en unilaterales y bilaterales, porque se presentan ciertos problemas y características que son propios o del grupo de contratos bilaterales o de los unilaterales.

La primera cuestión que se presenta y que es exclusiva de los contratos bilaterales, se conoce en el derecho con el nombre de problema de los riesgos. Ya en su oportunidad, al tratar del incumplimiento de las obligaciones, estudiamos este aspecto. Esta cuestión la hemos planteado de la siguiente manera: cuando en un contrato existen obligaciones recíprocas que impliquen la transmisión de una cosa, si ésta se destruye por caso fortuito o de fuerza mayor ¿quién debe sufrir la pérdida? ¿El enajenante o el adquirente? En otras palabras, si la cosa perece por causas ajenas al enajenante ¿debe el adquirente pagar el precio de la misma o por el contrario, queda liberado de pagar su precio en virtud de que la cosa no le fue entregada?

La solución en este problema es la siguiente: la cosa siempre perece para el que la tiene en su poder; a excepción de los contratos translativos de

²¹ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, *Derecho Civil*, 3ª. Edición Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 8, Editorial, Mexicana, 1997. Pág. 817-820.

uso, en los cuales la pérdida de la cosa es para el dueño del bien, en todos los demás casos si el bien se encuentra en poder del acreedor, éste tendrá que restituir al deudor o adquirente las cantidades que por tal contrato hubiese recibido o en su caso hacer entrega de otro bien en la misma cantidad y calidad que el que se hubiese determinado en el contrato, pero cuando el bien se encuentre ya en poder del deudor, éste sufrirá la pérdida y estará obligado al pago total del bien objeto del contrato.

Si el contrato fuere unilateral, no habría posibilidad de plantear el problema, porque esta cuestión supone que siendo las obligaciones recíprocas, una parte no cumple entregando la cosa, por un caso de fuerza mayor y en atención a esto la otra parte debe cumplir, ya que no es imputable el incumplimiento al deudor.

En los contratos translativos de uso, decíamos que la cosa perece, cuando los contratos son bilaterales, para el acreedor a la restitución, que es el dueño. Si se destruye la finca dada en arrendamiento por una inundación que no sea imputable al arrendatario, la cosa perece para el acreedor, es decir, para el arrendador, que en el caso es el dueño de la finca.

Esta primera cuestión tiene consecuencias de gran importancia, sobre todo en los contratos translativos de dominio y en los de uso, y no puede plantearse, como ya dijimos, en los unilaterales.

Una segunda cuestión propia de los contratos bilaterales es la excepción de contrato no cumplido. En todas las obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana a cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento por una demanda el demandado le opondrá la excepción de contrato no cumplido.

“La *exceptio non adimpleti contractus*, no puede presentarse en los contratos unilaterales”²², por la sencilla razón de que en ellos sólo una de las partes está obligada, y si no cumple, la otra judicialmente exigirá ese cumplimiento, sin que pueda sufrir la excepción de contrato no cumplido, ya que el actor, no tiene por su parte ninguna obligación que realizar. Por ejemplo, en la donación se celebra el contrato, pero el donante no entrega la cosa al donatario en la fecha estipulada; el donatario exigirá la entrega de la cosa y el donante no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido, porque el donatario nada tiene que cumplir.

Pero en la compraventa, si no se fija un plazo para la entrega de la cosa y del precio, se entiende que es al contado, y el comprador no podrá exigir la entrega de la cosa, si no deposita el precio o si no lo consigna judicialmente; a su vez, el vendedor no podrá exigir el pago del precio, si no deposita la cosa.

Contratos Onerosos y Gratuitos. Es oneroso el contrato “cuando cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra”.²³ Luego entonces a contrario sensu, es un contrato gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra. “No es exacto, como afirman algunos autores, que todo contrato bilateral sea oneroso y todo contrato unilateral sea gratuito”.²⁴ Generalmente se piensa que como el contrato bilateral engendra derechos y obligaciones recíprocos, también da origen a provechos y gravámenes recíprocos, y no es exacto, como lo demuestra el comodato, en el que a pesar de que se engendran obligaciones para ambas partes, no se originan gravámenes recíprocos.

También hay contratos que pueden ser unilaterales y onerosos; así como hemos presentado el caso de un contrato bilateral gratuito.

²² Ibidem. Pág. 817

²³ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges Ob. Cit. Pág. 818

²⁴ Ibidem. Pág. 818

“En el mutuo con interés, bajo la legislación francesa de 1870 y 1884, siguiendo a la tradición romana, se trataba de un contrato unilateral oneroso.”²⁵

“Generalmente se afirma que los contratos a título gratuito se celebran en consideración a la persona (*intuitu personae*), en tanto que los contratos a título oneroso se llevan a cabo por razones exclusivamente patrimoniales o económicas y, por lo tanto, para nada toman en cuenta las condiciones personales.”²⁶ Desde luego se advierte que la disyuntiva así presentada está desmentida en múltiples contratos onerosos, toda vez que en los de prestación de servicios remunerados, evidentemente que es factor decisivo la prohibida competencia, eficiencia, etc., del que realiza el trabajo o cumple la obligación de hacer. Es decir, estos contratos se celebran en consideración a la persona, como ocurre generalmente con los actos a título gratuito, pues en ellos la intención de ejecutar una liberalidad, se funda principalmente en razones de afecto, parentesco, espíritu de ayuda, etc., hacia la persona del beneficiado.

Contratos Conmutativos y Aleatorios. “Esta distinción no es si no una subdivisión de los contratos a título oneroso.”²⁷

Son conmutativos, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato.

Son Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término.

Generalmente, al definirse los contratos conmutativos y aleatorios no se hace esta distinción, sino que se confunden sus características, diciendo que en

²⁵ *Ibidem*, Pág. 818

²⁶ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, *Ob. Cit.* Pág. 819

²⁷ *Ibidem*, Pág. 819

el conmutativo hay posibilidad de conocer las ganancias o pérdidas desde la celebración del contrato, y que en el aleatorio no existe esa posibilidad, sino que esto se sabrá cuando se realice la condición o el término.

Autores como “Planiol”²⁸ incurren en este error de confundir el carácter conmutativo o aleatorio en función de las ganancias o pérdidas; y el error es tan trascendente que hasta nuestro Código Civil de 1928, en su definición, no obstante la crítica que necesariamente debieron conocer sus autores, vuelve a definir en función de las ganancias o pérdidas del contrato conmutativo o aleatorio. El artículo 1838 dice: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cueste éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice”.

En su primera parte, la definición es correcta, pero se agrega a guisa de consecuencia una explicación que la hace falsa innecesariamente: “...de tal suerte que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste...” No es exacto que en el contrato conmutativo se sepa de antemano si habrá ganancia o pérdida; lo que se sabe es la cuantía de la prestación que cada parte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato. Por ejemplo, el tipo de contrato conmutativo es la compraventa, porque en el momento de celebrarse, cada parte sabe exactamente qué debe entregar; pero el problema económico de saber si hubo ganancia o pérdida en una compraventa, es muy complejo y depende de infinidad de circunstancias posteriores.

²⁸ *Ibidem*, Pág. 819-820

En el contrato aleatorio, la prestación no está determinada, y sólo por ello es aleatorio, y no porque se ignore si habrá ganancia o pérdida.

Contratos Reales y Consensuales. “Esta división de los contratos es importantísima; pero se refiere a su modo de formación y no a su naturaleza.”²⁹ Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, sólo hay un antecrtrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato.

Si las partes de un contrato real pactan que en el futuro se entregará la cosa, no han celebrado el contrato real; han celebrado una promesa de contrato, porque cuando se entregue la cosa, se constituirá propiamente el contrato real.

En el mutuo, en el comodato y en el depósito, según el Derecho romano y nuestra legislación anterior, era requisito indispensable hacer la entrega de la cosa para que se constituyera el contrato. Actualmente el Código Civil de 1928 cambia la naturaleza de esos contratos y los considera consensuales, es decir, que existe el mutuo, el depósito o el comodato antes de la entrega de la cosa, y es una obligación nacida del contrato, es decir, a posteriori, la de entregar la cosa, en el depositante, mutuamente o comodante. Por esto, dichos contratos, además de cambiarse de reales a consensuales, se cambian de unilaterales a bilaterales, porque ya habrá obligación en una parte de entregar y en otra de restituir.

En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales; pero es necesario precisar el alcance de este término, porque también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice

²⁹ *Ibidem*, Pág. 820

que un contrato es consensual, en oposición, a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto.

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

Tenemos en los translativos de dominio que la venta, permuta, donación y mutuo, existen antes de la entrega de la cosa, porque ésta es una obligación del enajenante derivada del negocio y formado. En los translativos de uso, que son el arrendamiento y el comodato, la entrega de la cosa tampoco es actualmente un elemento constitutivo del acto. El arrendamiento existe antes de la entrega de la cosa, que puede ser simultánea o posterior al acuerdo, lo mismo que en el comodato y en los contratos de custodia, como el depósito, que el Código actual ha convertido en consensual.

Sólo nos queda la prenda como contrato real, pero se admite ya en el Código Vigente que la entrega sea jurídica, cosa que no se aceptaba en el de 1884.

Contratos Formales y Consensuales. Otra clasificación muy importante, por las consecuencias que tiene en cuanto a la validez y nulidad de los contratos, es la que los distingue en solemnes, formales y consensuales. Esta materia relativa a la formalidad o solemnidad la estudiamos ya al tratar de los elementos de validez del contrato; pero ahora, para definir diremos que son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación

expresa o tácita; en la expresa se observa la forma omitida; en la tácita se cumple voluntariamente y queda purgado el vicio.

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

En los contratos consensuales no es menester que haya una manifestación verbal para su validez; puede expresarse por el lenguaje mímico, es decir, por señas, sin pronunciar palabras y puede el consentimiento desprenderse de hechos que necesariamente lo presupongan. La compraventa de bienes muebles es un contrato consensual, válido si se manifiesta verbalmente el consentimiento; o bien, si por medio de señas dos mudos celebran el contrato o si a través de hechos que lo presupongan, una parte toma la cosa y entrega el precio a la otra, que a su vez lo recibe.

Se distingue, además desde este punto de vista, los contratos solemnes, que son aquellos en que la forma se ha elevado, como dice Bonecase, por la técnica jurídica, a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la forma, el contrato no existe.

En el contrato formal la expresión escrita es un elemento de validez, y si no se observa, el acto existe, pero está afectado de nulidad relativa, que puede desaparecer por confirmación expresa o tácita o por prescripción. En los contratos solemnes, la forma es un elemento esencial del contrato, de manera que si no se observa, no llega a existir y, por tanto, no puede convalidarse ni por ratificación ni por prescripción. Puede otorgarse un nuevo negocio observando la forma omitida, pero esto no es ratificación, porque en el contrato solemne, el observar la forma omitida no convalida retroactivamente al acto,

sino que implica un nuevo otorgamiento, para que surta sus efectos hasta el momento en que se observe la solemnidad.

Contratos Principales y Accesorios (De Garantía). Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio.

Estos contratos accesorios son llamados también “de garantía”, porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o real, como la hipoteca, la prenda o la anticresis, en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, de tal manera que si el deudor no cumple, el acreedor puede rematar el bien dado en garantía y pagarse perfectamente con su producto.

En estos contratos accesorios, la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sufre en ciertos casos excepciones, porque no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente no se constituyese el principal. Sin embargo, el derecho nos presenta casos en que puede haber fianza, como ocurre cuando se garantizan obligaciones futuras o condicionales; el tutor da una fianza, prenda o hipoteca para garantizar su manejo, y aún no ha incurrido al entrar a desempeñar la tutela, en ninguna responsabilidad, ni tiene, por tanto, ninguna obligación. Aquí tenemos una excepción a ese principio; existe legalmente el contrato accesorio, antes de que haya la obligación principal.

Fuera de este caso de excepción, cuando la obligación principal es inexistente o nula, la accesorio también lo es; pero cuando la obligación accesorio es inexistente o nula, tal cosa no afecta a la obligación principal. La

fianza o la prenda pueden ser nulas o inexistentes y tener vida jurídica en forma independiente la obligación principal, pues sólo para su garantía se estipula una obligación accesoria.

Contratos Instantáneos y de Tracto Sucesivo. Los instantáneos son los contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un período determinado. Por ejemplo, es un contrato instantáneo la compraventa al contado, la permuta. En cambio, el arrendamiento es de tracto sucesivo, porque durante un tiempo determinado la cosa estará en poder del arrendatario y a su vez éste pagará periódicamente una renta.

Tiene importancia esta clasificación en cuanto a la nulidad, porque en los contratos instantáneos sí es posible la restitución de las prestaciones. En cambio, en los de tracto sucesivo, no siempre lo es, porque habrá algunas que ya definitivamente quedaron consumadas y existirá una imposibilidad de hecho para restituirlas. En el arrendamiento hay un obstáculo insuperable para restituir el uso que ya disfrutó el arrendatario, y su nulidad no trae consigo la devolución de la renta, porque el arrendatario no puede a su vez devolver el uso. En cambio, en la compraventa, la nulidad trae como consecuencia la restitución de la cosa y del precio aun cuando sea de tracto sucesivo porque se haya pagado este último en abonos.

2.2 HIPOTECA

“Del latín, *hypotheca*, y éste del griego, *hypotékes* prenda; suposición, en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar, sostener o asegurar una obligación.”³⁰

2.2.1 DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL

³⁰ QUILLET, *Diccionario Enciclopédico*, Tomo Sexto, Editorial Cumbre, S.A. 1998.

La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, a favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin despojar al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

Con el termino “hipoteca” se designan tanto al contrato como al derecho real de garantía que es aquel que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien y que le da derecho a su titular de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de preferencia que señala la ley, de tal manera que: “La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento en la obligación”.³¹

La hipoteca como derecho real, es oponible *erga homnes* y por lo tanto, los bienes hipotecados conservan el gravamen aun cuando se transmita su propiedad a un tercero.

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

³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Sexto, Vol. III, Editorial Antigua Librería de Robredo, México 1961. Pág. 25.

deudor de la obligación garantizada, de conformidad a lo establecido en el artículo 2904 del Código Civil para el Distrito Federal.

LAS CARACTERÍSTICAS

1.- Es un contrato accesorio de garantía y por lo tanto su existencia y validez dependen de la existencia y validez de la obligación garantizada, por lo que en términos generales, la nulidad, transmisión, duración o extinción de la obligación, influyen sobre la hipoteca. La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la hipoteca.

2.- La hipoteca es una garantía real para el cumplimiento de la obligación de la cual depende, lo que significa que el valor del bien hipotecado esta garantizado en forma preferente al cumplimiento de esa obligación, independientemente de la garantía tácita que representa todo el patrimonio del deudor, cuando éste es el que ha constituido el gravamen. Si la hipoteca la constituyo un tercero, el acreedor tiene como garantía específica el valor del bien hipotecado pero no el patrimonio del deudor hipotecario, por no ser éste el deudo de la obligación garantizada.

3.- La celebración del contrato origina la creación del derecho real de hipoteca con los efectos anotados anteriormente.

4.- La hipoteca, para que produzca sus efectos de derecho real, oponible solo puede recaer sobre bienes determinados e indubitavelmente identificables, que son los únicos que pueden inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y además, debe inscribirse precisamente en tal registro. Si un bien no puede identificarse e individualizarse, sin lugar a dudas, no puede inscribirse el contrato, lo que origina que no producirá efectos de derecho real, por no ser oponible a terceros.

5.- Los bienes sobre los que se constituye el derecho hipotecario, deben de ser bienes enajenables, ya que aun cuando el contrato de hipoteca no es traslativo de dominio, su finalidad es la de servir de garantía al cumplimiento de la obligación principal, que consiste precisamente en la facultad de pedir la enajenación del bien, para que con el producto de ella se cubra el crédito, en el grado de preferencia que señala la ley.

6.- Es un contrato que no desposee del bien al deudor hipotecario y que no tendrá obligación de entregarlo mientras no se haga efectiva la garantía que implica.

LA CLASIFICACIÓN

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

LOS ELEMENTOS

El consentimiento. El consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación

garantizada y el acreedor hipotecario, y debe de referirse en forma expresa tanto a determinar en forma precisa la obligación garantizada y su monto, como a determinar en forma indubitable del bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pero el derecho real, solo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, no debe de confundirse el derecho que origina para el acreedor la celebración del contrato de hipoteca, con el derecho real hipotecario, toda vez que no puede existir un derecho real como consecuencia de la falta de inscripción del título en el Registro Público de la Propiedad y por ende no ser oponible a terceros, pero si existe el derecho personal a favor del acreedor, que puede hacerlo valer procesalmente, de conformidad a lo establecido en el artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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

Los bienes sobre los que se puede constituir el derecho real hipotecario, deben de ser:

a) Determinados. Esta exigencia impide la constitución de hipotecas tacitas o generales que perjudican el crédito del deudor e impiden la constitución de segundas o ulteriores hipotecas sobre los bienes, por la inseguridad que representa para los acreedores, la falta de precisión del bien que constituye la garantía para el cumplimiento de la obligación. Dispone el artículo 2895 del Código Civil para el Distrito Federal que, “La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados” No obstante lo anterior, existe una

excepción a esta regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien, no es determinada y solo puede determinarse al concluir la copropiedad por la división del bien. En este caso, la hipoteca solo gravará la parte que le corresponda en la división al deudor hipotecario y el acreedor tiene el derecho de intervenir en la división para impedir que pueda aplicarse a su deudor, en su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda (artículo 2902 del Código Civil). El hecho de que la ley permita la hipoteca de parte alícuota en la copropiedad, obedece a que esta falta de determinación del bien hipotecado no tiene los inconvenientes de la hipoteca tácita o general, por que ni perjudica al crédito del deudor, ni impide la constitución de ulteriores gravámenes y además esta determinado el bien respecto del cual tiene el deudor su derecho indiviso.

b) Enajenables. La razón de ser de que los bienes susceptibles de hipotecarse sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor con el que pagar ese crédito garantizado. Así, cuando el contrato de hipoteca no sea translativo de dominio su función es precisamente dar la posibilidad de enajenar el bien, para con el producto de esa enajenación hacer el pago al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Solo los bienes que pueden ser enajenados pueden ser hipotecados. (Artículo 2906 del Código Civil.).

c) Inscribibles. Los bienes deben de ser susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, por la razones ya expuestas con anterioridad y por así disponerlo el Artículo 2919 del Código Civil para el Distrito Federal “La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero, necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre

bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria”

Conforme al Código Civil vigente para el Distrito Federal, ya no es un requisito del objeto de este contrato, el que recaiga sobre bienes inmuebles. El Código Civil de 1884, establecía en su artículo 1823 que: “La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales...” y el actual código suprimió ese requisito y por lo tanto existe la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles, aún cuando en la práctica no se acostumbra, con la sola excepción de las hipotecas sobre embarcaciones, puesto que en los demás bienes muebles, sería una garantía prendaria.

Conforme al artículo 2896 del Código Civil para el Distrito Federal “la hipoteca se extiende aunque no se exprese:

- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;
- II. A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;
- III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de esta 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”

Asimismo, conforme al art. 2897 del Código Civil para el Distrito Federal “la hipoteca no comprenderá, salvo pacto en contrario:

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

“No son susceptibles de hipotecarse, (como lo señala el art. 2898 del mismo Código Civil) los siguientes:

- I. Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca;
- II. Los objetos muebles colocados permanentemente 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;
- III. Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante;
- IV. El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;
- V. El uso y la habitación
- VI. Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado previamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito”.

Estos son algunos aspectos de interés relacionados con algunos contratos de hipoteca:

- a) La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.
- b) La hipoteca de la nuda propiedad no se extenderá al usufructo cuando éste se consolide con aquélla, salvo pacto en contrario.
- c) Los bienes pueden hipotecarse dos o más veces.
- d) La hipoteca respecto de derechos reales solo durará mientras estos subsistan.
- e) Si el bien se destruyera por caso fortuito o fuerza mayor, la hipoteca subsistirá sobre los restos y si estuviere asegurado, el importe del seguro quedará afectado al pago de la obligación garantizada.

f) Si se hipotecaren varias fincas para la seguridad de un solo crédito, es necesario determinar por que porción del crédito responde cada bien, y el deudor podrá liberar del gravamen cada finca, pagando la parte del crédito que garantiza, y si un inmueble hipotecado se divide, deberá repartirse equitativamente el gravamen entre las diversas fracciones.

La forma. El contrato de hipoteca siempre debe de constar por escrito y por lo tanto es un contrato formal.

La regla general es que el contrato debe de constar en escritura pública según lo establece el art. 2917 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los arts. 2317 y 2320 del mismo ordenamiento, y como excepciones a esta regla general se señalan las siguientes:

A. La hipoteca que garantiza un crédito que no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en el momento de la operación, puede otorgarse por escrito privado ante dos testigos y ratificadas las firmas de los otorgantes y de los testigos ante Notario, Juez de Paz o Registrador del Registro Público de la Propiedad.

B. La hipoteca otorgada con motivo de la enajenación de terrenos o casas por el Gobierno del Distrito Federal para la constitución del patrimonio familiar, o a personas de escasos recursos, cuando el valor del inmueble no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por tres mil seiscientos cincuenta el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, el día de la celebración del contrato, puede celebrarse en documento privado sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas. Si se constituye la hipoteca respecto de bienes muebles, se siguen las mismas reglas anotadas; si se garantiza un crédito hasta por el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el

momento de la operación, podrá otorgarse en documento privado con tal de que ese documento sea autentico, pues en caso contrario no podrá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

C. Por último, conforme a la reforma al artículo 2926 del Código Civil publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 1996, se establece una excepción más:

Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de él o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.

LOS PRESUPUESTOS

1.- La capacidad. El principio que rige en la hipoteca respecto a la capacidad del deudor hipotecario es el siguiente: “Sólo puede hipotecar el que puede enajenar” (art. 2906 del Código Civil para el Distrito Federal); por lo tanto, la hipoteca de cosa ajena, aplicando por analogía el art. 2270 del mismo Código, es nula.

Por lo anterior, deberá aplicarse a esta materia las limitaciones ya señaladas para enajenar bienes a los que ejercen la patria potestad (art. 436 del Código Civil para el Distrito Federal.), a los tutores (art. 561 Código Civil para el Distrito Federal), a los representantes de los ausentes (art. 660 del Código Civil para el Distrito Federal) y a los albaceas (art. 1719 del Código Civil para el Distrito Federal).

“El predio común no puede ser hipotecado sino con el consentimiento de todos los copropietarios” (art. 2902 del Código Civil para el Distrito Federal)

En relación al acreedor hipotecario, en términos generales, sólo requiere la capacidad de ejercicio para la celebración válida del contrato.

2.- La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tiene una aplicación especial en este contrato y por lo tanto se aplicarán las reglas generales en materia de obligaciones.

LAS CONSECUENCIAS

El efecto principal que produce la celebración de este contrato, es la creación del derecho real de hipoteca y como consecuencia de crearse este derecho, se producen para las partes y obligaciones para el deudor hipotecario.

1.- Los derechos del acreedor.

A. Derecho de persecución. Este derecho en la hipoteca consiste en que el gravamen continúa sobre el bien aun cuando se transmita su propiedad o se constituya sobre él nuevos derechos o gravámenes, o se entregue la posesión a otra persona (art. 2894 del Código Civil para el Distrito Federal).

B. Derecho de enajenación. El acreedor tiene derecho, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a que se enajene el bien hipotecado, para que una vez enajenado, se aplique el valor obtenido al pago del crédito.

La enajenación puede ser hecha mediante la intervención judicial o extrajudicialmente. Si la enajenación se realiza en forma judicial se seguirá el procedimiento que establece el Código de Procedimientos Civiles, y si se hace extrajudicialmente, significa que se pusieron de acuerdo para tal efecto acreedor y deudor hipotecario y deberá realizarse una compraventa en los términos que hubieren pactado.

El acreedor puede adquirir la cosa hipotecada en el remate judicial y también puede adquirirla por adjudicación en el caso de que no se presenten otros postores en la audiencia del remate judicial, en los términos que se establecen en el Código de Procedimientos Civiles (art. 2916 del Código Civil para el Distrito Federal).

También puede convenir con el deudor en que se le transmita la propiedad del bien como dación en pago de la obligación garantizada, en el precio que fijen al hacerse exigible la deuda, pero no pueden pactar ese precio al momento de la celebración del contrato bajo sanción de nulidad. El pacto que celebran las partes en el momento de la celebración del contrato, consistente en señalar el valor o precio del bien en el que se le adjudicará al acreedor para el caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada, se llama “pacto comisorio” y el mismo está prohibido, por lo que, en caso de que se estipule, la cláusula será nula (art. 2916 del Código Civil para el Distrito Federal).

C. Derecho de preferencia. El acreedor tendrá derecho a ser pagado por el monto de su crédito con el producto de la enajenación del bien hipotecado, en

el grado de preferencia que señala la ley, esto es, inmediatamente después de haberse pagado primero, los gastos del juicio respectivo y los que origine la enajenación, los gastos de conservación y administración de los bienes y el importe de los seguros que se hubieren contratado (arts. 2893 y 2895 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si hubieren varios acreedores hipotecarios respecto del mismo bien, serán pagados por el orden en que se otorgaron sus hipotecas si se registraron en los términos de ley, o según el orden en que se hubieren registrado en caso contrario (art. 2982 del Código Civil para el Distrito Federal).

La hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación en favor del acreedor, y cuando ésta consista en un crédito que devengue intereses, no garantizará en perjuicio, sino los intereses por tres años, a no ser que se hayan pactado expresamente que los garantizará por un lapso mayor con tal que no exceda del tiempo para su prescripción (cinco años) (art. 1762 del Código Civil para el Distrito Federal) y que esa estipulación se haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad (art. 2915 del Código Civil para el Distrito Federal).

D. Derecho de ampliación. Si el valor del bien hipotecado disminuyere, con o sin culpa del deudor, haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a pedir que se mejore la hipoteca, hasta que, a juicio de peritos, garantice la obligación principal (art. 2907 del Código Civil para el Distrito Federal) y si probada la insuficiencia de la garantía a juicio de peritos, el deudor no mejora la hipoteca, el acreedor puede dar por vencido anticipadamente el plazo de la obligación principal y exigir su cumplimiento en forma anticipada (art. 2909 del Código Civil para el Distrito Federal).

E. El acreedor tendrá además los derechos específicos que lleguen a pactarse en la celebración del contrato, aquellos que determine la ley en casos singulares, según las circunstancias que se presenten en casos concretos,

como son: Derecho a intervenir en la división de la cosa común cuando se hipotecó la parte alícuota de un copropietario (art. 2902 del Código Civil para el Distrito Federal); derecho a pedir la retención del importe del seguro en caso de destrucción del bien hipotecado o a que se imponga a su satisfacción para que garantice el pago al vencimiento del plazo fijado para el cumplimiento de la obligación, (art. 2910 del Código Civil para el Distrito Federal) derecho a pedir la nulidad del contrato de arrendamiento o del anticipo de rentas que sé haga en su perjuicio (art. 2914 del Código Civil para el Distrito Federal), entre muchos otros derechos.

2.- Las obligaciones del deudor

A. Como en virtud de este contrato no se despose al deudor del bien hipotecado, éste tiene la obligación de conservar el bien en tal estado que efectivamente sirva de garantía al acreedor y en tal virtud si el bien se demerita haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda, el acreedor tendrá derecho a que mejore la hipoteca en los términos ya asentados (art. 2909 del Código Civil para el Distrito Federal); y

B.- El deudor tiene la obligación de no realizar actos respecto del bien hipotecado que puedan perjudicar al acreedor en la garantía de su crédito, y así no puede celebrar contratos de arrendamiento o recibir anticipos de rentas por un término que exceda a la duración de la hipoteca si ésta tiene un plazo fijo, o por más de un año si se trata de fincas rústicas o por más de dos meses si se trata de finca urbanas en caso de que la hipoteca no tenga un plazo cierto, bajo sanción de nulidad de tales actos en caso de contravención (art. 2914 del Código Civil para el Distrito Federal).

3.- Los derechos del deudor

A.- El deudor tiene derecho a la posesión del bien hipotecado (art. 2893 del Código Civil para el Distrito Federal).

B.- El deudor tiene derecho a disponer del bien hipotecado, ya sea para enajenarlo o para imponerle otros derechos reales, pero todos los actos que realice no pueden perjudicar al acreedor si éste ha inscrito su derecho en el Registro Público de la propiedad, por la oponibilidad "*erga monees*" de su derecho real.

C.- El deudor tiene derecho a administrar el bien hipotecado, con las limitaciones antes señaladas.

D.- El deudor tiene derecho a percibir los frutos del bien hipotecado hasta antes de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, salvo estipulación expresa en contrario (art. 2897 del Código Civil para el Distrito Federal).

Las clasificaciones de las hipotecas que se han formulado han sido tan numerosas que pueden ser clasificadas de excesivas.

Entre las principales, a las que nos limitaremos para su estudio se encuentran las fundadas en el origen, en el contenido y en la naturaleza mueble o inmueble del bien que constituye su objeto.

Por su origen las hipotecas se distinguen en voluntarias y necesarias; por su contenido, en ordinarias (normales) y excepcionales (de seguridad), y por la naturaleza del objeto en mobiliarias e inmobiliarias; es decir, sobre bienes muebles o sobre inmuebles.

Algunos códigos civiles hacen mención de las hipotecas judiciales, pero en nuestro sistema positivo la llamada hipoteca judicial ha sido substituida por la anotación preventiva en el Registro Público de la Propiedad.

2.2.1.1 LA HIPOTECA VOLUNTARIA

Esta hipoteca se presenta bajo dos formas: una, la convenida por las partes; la otra, impuesta por la voluntad unilateral del dueño de los bienes sobre los cuales (art. 2930 del Código Civil para el Distrito Federal).

La hipoteca voluntaria puede ser definida –según los casos- como el contrato o acto jurídico unilateral, mediante los cuales se está en la posibilidad legal de constituir una garantía real sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, frente al incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de dichos bienes en el grado de preferencia legalmente establecido.

El Código Civil para el Distrito Federal dicta las siguientes disposiciones, en particular, sobre esta modalidad de la hipoteca:

La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse (art. 2921 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria, inscrita, la hipoteca no dejará de surtir efecto respecto a tercero, sino desde que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición (art. 2922 del Código Civil para el Distrito Federal)

Cuando se contraiga la obligación futura o se cumplan las condiciones de que tratan los dos artículos anteriores, deberán los interesados pedir que se haga constar así, por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria,

sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida (art. 2923 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para hacer constar en el Registro el cumplimiento de las condiciones a que se refieren los artículos que preceden, o la existencia de las obligaciones futuras, presentará cualquiera de los interesados al registrador la copia del documento público que así lo acredite y, en su defecto, una solicitud formulada por ambas partes, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deben dar lugar a ella. Si alguno de los interesados se niega a firmar dicha solicitud, acudirá el otro a la autoridad judicial para que previo el procedimiento correspondiente, dicte la resolución que proceda (art. 2924 del Código Civil para el Distrito Federal).

Todo hecho o convenio entre las partes, que pueden modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero si no se hace constar en el Registro, por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos (art. 2925 del Código Civil para el Distrito Federal).

El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma preventiva para la constitución de la hipoteca, se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro Público de la Propiedad de conformidad a lo establecido en el art. 2926 del Código Civil para el Distrito Federal. El segundo párrafo de este artículo, que se refiere a los casos en que la hipoteca se haya constituido para garantizar obligaciones a la orden o al portador, se tiene por derogado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por virtud de la derogación de los arts. 1873 al 881 del Código Civil para el Distrito Federal. **Borja Soriano** entiende al respecto que “cualquier título que en la actualidad se emita a la orden o al portador, no podrá tener el carácter de civil, sino que será cosa mercantil y que en su emisión será acto de comercio”. Por lo que los “derechos y obligaciones derivados de los actos que

hayan dado lugar a la emisión o transmisión de dichos títulos de crédito o se hayan practicado con éstos, se rigen, en primer lugar, por lo dispuesto en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y después por las demás leyes que se citan en el art. segundo de la misma ley³²

La hipoteca generalmente dura por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento, no podrá durar más de diez años.

Los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación (art. 2928 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo término; a no ser que expresamente se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca (art. 2928 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la relación que le corresponda desde su origen (art. 2929 del Código Civil para el Distrito Federal).

La hipoteca prorrogada segunda o más veces sólo conservará la preferencia del registro de su constitución por el tiempo a que se refiere el artículo anterior; por el demás tiempo, o sea el de la segunda o la ulterior prórroga, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del último registro.

³² BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 12ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1991, Pag. 63

Lo mismo se observará en el caso de que el acreedor conceda un nuevo plazo para que se le pague el crédito (art. 2930 del Código Civil para el Distrito Federal).

2.2.1.2 LA HIPOTECA NECESARIA

El Código Civil para el Distrito Federal llama hipoteca 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” (art. 2931 del Código Civil para el Distrito Federal).

Necesidad de la hipoteca quiere decir que frente a la situación prevista por la ley el obligado a otorgarla nada puede hacer para impedirlo, pues su voluntad resulta ineficaz para ello, en atención a la naturaleza de los intereses que con esta modalidad de la garantía real se trata de tutelar.

Las disposiciones directas y expresas sobre esta modalidad de la hipoteca son las siguientes:

La constitución de la hipoteca necesaria podría 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 (art. 2932 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si para la constitución de una hipoteca de esta naturaleza se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, decidirá la autoridad judicial previo dictamen de perito. Del mismo modo decidirá el juez las cuestiones que se susciten entre los interesados, sobre la calificación de suficiencia de los

bienes ofrecidos para la constitución de cualquier hipoteca necesaria (art. 2933 del Código Civil para el Distrito Federal).

La hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que la obligación que con ella, se garantice (art. 2934 del Código Civil para el Distrito Federal).

Tiene derecho a pedir esta hipoteca para la seguridad de sus créditos:

- a) El coheredero a partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido.
- b) Los descendientes de cuyos bienes fueron meros administradores los ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquéllos; teniendo en cuenta lo que dispone la fracción III del artículo 520.
- c) Los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por lo que éstos administren.
- d) Los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador.
- e) El estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos (Artículo 2935 del Código Civil para el Distrito Federal).

La constitución de la hipoteca, en los casos a que se refieren los incisos b) y c) anteriores pueden ser pedida:

- a') En el caso de bienes de que fueron meros administradores los padres, por los herederos legítimos del menor.
- b') 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.
- c') Por el Ministerio Público, si no la pidieren las personas enumeradas en las fracciones anteriores (art. 2936 del Código Civil para el Distrito Federal).

La constitución de la hipoteca por los bienes de hijos de familia, de los menores y de los demás incapacitados, se regirá por las disposiciones contenidas en el título VIII; título IX, capítulo IX y título XI, capítulos I y II del libro primero del Código Civil (Artículo 2937 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los que tienen derecho de exigir la constitución de hipoteca necesaria, tienen 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 (Artículo 2938 del Código Civil para el Distrito Federal).

2.2.1.3 LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

En términos generales se puede decir que, dado el carácter accesorio de la hipoteca, su extinción se produce por las mismas causas en virtud de las cuales se extingue la obligación garantizada.

Los autores distinguen entre causas de extinción relativas a todos los derechos especialmente, a los de naturaleza real, y causas procedentes del carácter registral de la hipoteca (la pérdida de la finca, v. gr.).

También se distingue entre la extinción por vía de consecuencia (por extinción de la obligación garantizada) y por vía directa (por prescripción, anulación del acto constitutivo, etc.).

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no hace distinción alguna entre ellas.

Este Código contiene una enumeración bastante amplia de las causas en virtud de las cuales se extingue la hipoteca.

La extinción de la hipoteca supone la desaparición del gravamen de manera total.

De acuerdo con la disposición expresa del Código Civil en su art. 2940, la hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra terceros mientras no sea cancelada su inscripción.

La extinción de la hipoteca puede pedirse y deberá ordenarse en su caso:

- a) Cuando se extinga el bien hipotecado.
- b) Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía.
- c) Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado.
- d) Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado observándose lo dispuesto en el art. 2910 del Código Civil para el Distrito Federal; quedando, en consecuencia, la indemnización correspondiente afecta al pago del crédito garantizado con la hipoteca.
- e) Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación en este caso lo prevenido en el artículo 2325 del Código de referencia, relativo a las llamadas ventas judiciales.
- f) Por remisión expresa del acreedor.
- g) Por declaración prescrita la acción hipotecaria (art. 2491 del Código Civil para el Distrito Federal).

La hipoteca extinguida por dación en pago revivirá (art. 2942 del Código Civil para el Distrito Federal) si éste queda sin efecto, ya sea porque la cosa dada en pago se pierda por culpa del deudor y estando todavía en su poder, ya sea porque el acreedor la pierda en virtud de la evicción.

Ahora bien, en estos casos, si el registro hubiese sido ya cancelado revivirá solamente desde la fecha de la nueva inscripción, quedando siempre a salvo al acreedor el derecho para ser indemnizado por el deudor de los daños y perjuicios que se le hayan seguido (art. 2943 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para la eficacia de la extinción de la hipoteca se requiere la cancelación que, como escribe ESPIN CANOVAS, viene a guardar un paralelismo con la necesidad de la inscripción de la misma para su constitución.

La cancelación, que debe ajustarse a los preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, según el contenido de sus arts. 3029 al 3040, es un acto registral extintivo de la inscripción –en este caso de la del gravamen hipotecario- por medio del cual se le da idéntica publicidad que la que tuvo su constitución.

2.2.2 LA MERCANTILIDAD DE LA HIPOTECA

En la actualidad la hipoteca se considera siempre como un acto civil; sin embargo cuando se realiza con ocasión de actos de comercio, se introducen ciertas modalidades no previstas, sino contrarias a las disposiciones civiles como hipoteca.

A esta finalidad responden, la declaración de la posibilidad de hipotecar bienes muebles; la hipoteca de buques y de empresas; y la hipoteca en garantía de títulos-valores, ya sean unitarios (letra de cambio, pagaré), ya seriales (obligaciones de sociedades anónimas y obligaciones bancarias).

Se rompen así, los principios clásicos de la hipoteca como exclusiva de los inmuebles y de la indivisibilidad de la hipoteca.

Para considerar que la hipoteca es un acto mercantil, partiremos de la definición y sus características, toda vez que es un contrato en la actualidad principal, porque de acuerdo a la doctrina tiene sus propios elementos esenciales y de validez y se reputa como un contrato principal, no obstante que tiene como objeto garantizar una obligación constituida en otro acto jurídico, ya

sea contrato, convenio, e incluso un acto unilateral de voluntad mediante el cual se otorga un crédito que es totalmente mercantil.

La condición que establece su naturaleza jurídica, es en general el garantizar un crédito o el cumplimiento de una obligación pecuniaria, al igual que el contrato de prenda, fianza, etc.

La vía para resolver el contrato de hipoteca es según la materia para la que fue constituida, si fue para constituir una obligación civil, entonces se ventilará en esa materia, (que en la actualidad no existe) y si lo fue una hipoteca mercantil, se ventilara en materia mercantil.

Para determinar si el contrato de hipoteca debe ser incoado en una u otra vía debe atenderse, a la naturaleza del contrato principal que garantiza, a los sujetos que en dichos contratos intervienen, para lo cual, debe recordar la teoría plasmada en la Ley, de los actos jurídicos intrínsecamente civiles, intrínsecamente mercantiles, o de mercantilidad condicionada.

Luego entonces la civilidad o mercantilidad de la hipoteca, se determina por la naturaleza jurídica del acto principal que garantiza dicha hipoteca.

Para tal efecto debemos de considerar que las leyes federales que regulan bienes muebles e inmuebles lo hacen dentro e la esfera de facultades reservadas al Congreso de la Unión; si se aplicara de forma absoluta el aparente principio del *artículo 121 fracción II de nuestra Constitución Política*, resultaría el absurdo que las leyes federales no pudieran regular en ningún caso y bajo ninguna circunstancia a los bienes muebles e inmuebles que caen dentro del ámbito de materias de jurisdicción federal.

Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de

probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.

II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.

Al respecto por lo previsto en este ordenamiento jurídico se deduce que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien inmobiliario, De ahí que respecto de los bienes inmuebles que se ubiquen dentro de un territorio, las Legislaturas Locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que no concierna a ninguno de los ramos o materias

que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal

En suma, la norma contenida en la fracción II del art. 121 constitucional recoge un principio de derecho internacional privado que regula exclusivamente normas de conflicto que se mueven en el estrato local estatal, este precepto constitucional no pretende regular el ámbito espacial de validez de la ley federal que, como ya vimos, abarca todo el territorio del Estado Mexicano. Ilustra lo anterior la siguiente *tesis jurisprudencial emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* que en lo conducente dice:

Registro No. 232016

Localización: Séptima Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación 217-228 Primera Parte, Página: 13, Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

ARTICULO 121 CONSTITUCIONAL. NO ESTABLECE BASES PARA LA DIVISION DE PODERES TRIBUTARIOS ENTRE LA FEDERACION Y LOS ESTADOS.

El artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el cimiento establecido por el federalismo para que pueda aplicarse de manera ordenada y armónica el derecho de un Estado de la Federación en otro y constituye también el ligamento de los diversos ordenamientos jurídicos estatales. Sin los principios que sienta, los Estados

no tendrían la obligación de reconocer como válidas las leyes de los otros miembros de la Federación. Específicamente, la fracción II de dicho precepto, al asentar que **"los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación"**, establece la base de que en todos los Estados miembros se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales que referidos a dichos bienes provengan del Estado donde se hallan, teniendo plenos efectos si están conformes con el ordenamiento jurídico de dicho estado. **Consecuentemente, el artículo 121, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es ajeno a la formulación de reglas de división de poderes en materia tributaria, y sólo establece bases o principios para prevenir posibles diferencias entre los Estados, mas no entre la Federación y uno de sus miembros.**

Amparo en revisión 1559/83. Ana María Mantilla Caballero. 23 de junio de 1987. Mayoría de dieciocho votos. Disidente: Ulises Schmill Ordóñez. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rodríguez Santillán.

Obsérvese que el precepto constitucional no solo se refiere a inmuebles, sino también a muebles, en ambos casos, el Congreso de la Unión tiene la facultad de regular su régimen y sus modalidades cuando incida alguna materia que sea de competencia federal, sea agraria, administrativa, minera, **mercantil**, marítima, etc.

Complemento del art. 121 constitucional son los art. 12 y 13 del Código Civil Federal, en cuanto también son disposiciones normativas de conflicto de leyes en el espacio, referentes a la aplicación del derecho mexicano y el

derecho extranjero, esto es, entre dos países soberanos, al igual que ocurre entre dos o más Entidades Federativas.

De donde deviene que en materia mercantil sustantiva, no tienen aplicación los ordenamientos estatales, atendiendo a lo establecido con toda precisión en los artículos 1 y 2 del Código de Comercio, que establecen que los actos comerciales sólo se regirán por las leyes mercantiles y que, a falta de disposiciones en la legislación mercantil, serán aplicables a los actos de comercio las normas del Código Civil Federal.

En conclusión, claramente encontramos que el principio establecido en la fracción II del art. 121 constitucional no aplica a la relación entre dos estratos de normas distintos que constitucionalmente coexisten en el sistema jurídico mexicano, como son el federal y el local, sino que atañe tan sólo a los conflictos de normas pertenecientes al estrato local, conflictos entre estados y conflictos del Derecho de aplicación Federal, siendo la materia mercantil de carácter federal, ya que se caracteriza por tener un ámbito espacial que comprende todo territorio nacional, resultando que no puede haber un conflicto de leyes en el espacio entre normas federales y normas locales.

Corresponde al Congreso de la Unión fijar el alcance de la materia mercantil, entendida como un concepto dinámico que evoluciona constantemente a la par que evoluciona nuestra sociedad y las necesidades del tráfico mercantil.

Diversas leyes mercantiles han sido actualizadas durante los últimos años, creando nuevas figuras jurídicas que respondan a las necesidades del tráfico mercantil en nuestro país, así como ajustando disposiciones ya existentes para reflejar con mayor precisión su alcance. Es así como, entre otras, se han reformado la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades

Mercantiles, y el mismo Código de Comercio como cuerpo de normas aplicables a toda la materia mercantil.

Como se sabe, la materia mercantil abarca las distintas relaciones jurídicas que se derivan de los actos de comercio, de los actos realizados por comerciantes y de los actos que se refieren a actividades mercantiles; esto es, la mercantilidad de un acto depende (i) del sujeto que lo realiza (comerciante individual o social), (ii) de su motivo o finalidad (realización de una actividad comercial), o (iii) del objeto material sobre el que recae (una cosa mercantil).

Por otra parte, reconocidos tratadistas mexicanos han coincidido en considerar que son actos esencialmente civiles solamente los relativos al derecho de familia y al derecho sucesorio, y siempre que no incidan en un ámbito que sea de competencia federal.

Tradicionalmente se ha establecido que no es necesario repetir en la legislación mercantil diversos conceptos y normas que ya existen en el derecho civil o común, entendido éste como el derecho de aplicación general en relación con otras ramas no sólo del derecho privado sino también del derecho público, teniendo normas que incluso definen la personalidad del Estado.

Cuando la operación de que se trate constituya un acto de comercio o una actividad mercantil, esto es, de competencia federal, corresponde al Congreso de la Unión establecer las normas relativas a las formalidades con que deban cumplir dichos actos mercantiles, sin perjuicio de hacer una remisión expresa al derecho común.

Dados diversos problemas de interpretación que se han presentado recientemente, es que resulta esencial fijar el concepto de los poderes mercantiles. Contrariamente a opiniones sin sustento que se han vertido en los últimos años, relativas a que los poderes no son mercantiles por no estar

regulados en la legislación mercantil, la doctrina mexicana ha considerado consistentemente la existencia real de los poderes mercantiles: el jurista Mantilla Molina es de la opinión que es necesario reconocer que el mandato y representación mercantiles requieren de algunas disposiciones específicas, reconociendo abiertamente que el mandato puede ser civil o mercantil; en tanto el tratadista Barrera Graf ha establecido que los poderes y delegaciones son actos jurídicos de carácter mercantil, por el sujeto que los otorga, incluso los poderes para pleitos y cobranzas ya que estos pueden y suelen ser de carácter mercantil; y en el mismo sentido el maestro Tena al establecer que el carácter mercantil del negocio encomendado es lo que constituye el mandato comercial y que el contrato que celebran los factores **“es un contrato genuinamente de mandato regido en todo por el derecho mercantil”**. Asimismo, es unánime la doctrina al considerar que el endoso en procuración, regido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es un verdadero mandato mercantil para pleitos y cobranzas.

La hipoteca es una garantía real, por lo que, como acto accesorio, cuando sea otorgada por comerciantes o en garantía de obligaciones mercantiles, no debe haber duda de que se rige por el derecho mercantil. No olvidemos que, en el ámbito federal, los buques y las aeronaves, que son bienes muebles, se deben de considerar como bienes inmuebles ya que también pueden ser hipotecados.

Por su parte, la hipoteca industrial no ha sido ampliamente reconocida en la legislación mercantil; su existencia la prevén aisladamente diversos ordenamientos federales, como son la Ley de Instituciones de Crédito para el caso de créditos refaccionarios y de avío, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para el caso de créditos refaccionarios, y la Ley de Vías Generales de Comunicación para el caso de empresas concesionarias. De tal suerte que solamente las empresas que se ubiquen en los supuestos particulares y específicos de dichos ordenamientos pueden otorgar una

hipoteca industrial en garantía de sus obligaciones. Con la adición del nuevo artículo 10 se cubre un vacío en la legislación mercantil general, dejando el desarrollo del tema a las disposiciones existentes en materia de hipoteca en el derecho común, esto es, el Código Civil Federal, siguiendo la congruencia establecida líneas arriba en cuando a que no es necesario ser repetitivos en la legislación mercantil de todos los preceptos ya existentes en el derecho común.

EL CARÁCTER DE LA HIPOTECA COMO MATERIA MERCANTIL.- Se deriva de los siguientes preceptos jurídicos:

Del art. 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que: “El Congreso tiene facultad...

X.- Para legislar en toda la República con hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, **comercio**, juegos con apuestas y sorteos, **instituciones de crédito**, energía eléctrica y nuclear y para establecer el banco de emisión único en los términos del art. 28 y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del art. 123.”

Del art. 4º del Código de Comercio el cual preceptúa que las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aun cuando no sean en derecho comerciantes, están sujetos en las leyes mercantiles.

Del art. 75 fracción XIV del Código de Comercio que especifica que: se reputan actos mercantiles.

Del art. 1050 del Código de Comercio, cuando se trata de actos mixtos, toda vez que dicho precepto a la letra dice: “Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la

controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”

Del art. 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece que la apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal (v.gr., fianza) o real (hipoteca o prenda). La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.

Es decir, si los actos realizados para el otorgamiento de un crédito, se refutan como actos mercantiles y las actividades realizadas por las personas morales como son las instituciones de crédito de igual manera se refutan como actos mercantiles, y que la doctrina establece que los contratos accesorios o derivados sufren la suerte del contrato principal, no queda duda que el contrato de hipoteca por su naturaleza de ser una garantía del cumplimiento de la obligación de pago, es mercantil.

Por lo que los derechos y obligaciones derivados de los actos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de créditos o se hayan practicado por Instituciones Bancarias se rigen, en primer lugar, por lo dispuesto en la Legislación mercantil, principalmente por el Código de Comercio y después por las demás leyes que tengan el carácter de supletorias.

CAPÍTULO 3

EL PROCESO DE RECUPERACIÓN JUDICIAL EN CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

En los procesos de recuperación judicial en créditos con garantía hipotecaria se han dado en estos tiempos muchos hechos tendientes a evadir el pago de la hipoteca, utilizando generalmente medios que no se ajustan a la realidad jurídica, por eso es importante que antes de abordar por completo este tema se haga mención a los puntos siguientes:

3.1 EL OTORGAMIENTO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

Crédito Hipotecario: Es el préstamo en el cual el pago de los intereses y del principal está garantizado por la hipoteca de un bien inmueble, el cual queda inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, y tiene preferencia de cobro en caso de quiebra o insolvencia del deudor.

El crédito hipotecario puede apreciarse desde dos puntos de vista:

- 1.- Genérico: Es de explorado derecho, que cualquier crédito, o cualquier obligación puede ser garantizado con hipoteca, es el que señala que la hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho sobre éstos, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes.
- 2.- Por su destino y garantía: El típico crédito hipotecario, es aquel que se invierte en la adquisición, construcción, mejora o reparación de bienes inmuebles.

El crédito hipotecario bancario es aquel que podían otorgar las instituciones de crédito hipotecario, de ahorro o los departamentos respectivos de bancos múltiples, así como las instituciones de capitalización.

La doctrina tradicional respecto del crédito aludía a que el gravamen se debía constituir en garantía de una suma de dinero cierta y determinada, exigencia impuesta tanto a favor del deudor como de los terceros a quienes les interesa conocer el monto de lo adeudado a otros acreedores para informarse de la solvencia del deudor y que está fundado en razones de “seguridad”.

“Esta doctrina coincide en señalar que la especialidad en cuanto al crédito exige la concreta determinación de la suma de dinero adeudada, porque ello tiene como finalidad tutelar al deudor y a los terceros.”³³

REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO HIPOTECARIO

“Los autores españoles, franceses, italianos, alemanes y brasileños, destacan lo siguiente:

- El crédito hipotecario requiere la determinación de la obligación asegurada (Puig Bratau).
- Que se garantice un crédito determinado (Planiol).
- Permitir a los terceros conocer la causa y el monto del crédito garantizado (Messineo).
- Habrá de indicar en números y en moneda nacional la cuantía del gravamen que se impone sobre el inmueble (Nussbaum).

³³ VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Las Garantías del Crédito*, 2ª. Edición, Santa fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, México 1998, Pág. 285-286

- Declarar hasta qué valor el inmueble se halla gravado y se torne en un elemento precioso no sólo en relación a los demás acreedores, sino también al propio deudor, ya que le permitirá contraer nuevas deudas (Dos Santos).
- Julio César Rivera expresa que el principio de especialidad en cuanto al crédito requiere en primer lugar la expresa mención en el acto constitutivo de la causa fuente de la obligación garantizada. Y en segundo término la especialidad exige que la obligación garantizada esté expresada en una suma cierta y determinada de dinero.”³⁴

Y con relación a este segundo aspecto, Rivera precisa que en el caso que la obligación principal sea de dar suma de dinero no existirá problema alguno, pues ella misma da la idea de la entidad y extensión de la garantía. Pero en el caso que la obligación sea indeterminada en su valor eventual de hacer o de no hacer, que tenga por objeto prestaciones en especie, no será suficiente con declarar el valor estimativo. En este caso será necesario, además precisar la causa fuente de la obligación garantizada.

El carácter de especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarlo en una suma cierta y determinada, o en su caso manifestar el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca, sino que requiere la constancia de la causa (origen y fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto de la obligación garantizada).

CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

Toda vez que la hipoteca es un derecho accesorio, cuando se cede el crédito también se cede la hipoteca. La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente.

³⁴ Cfr. *Ibidem*. Pág. 283

Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal. El crédito puede cederse, en todo o en parte siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro.

Es decir, que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca, de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el D.F., en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, si no los intereses de tres años, a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo con tal de que no exceda del término para la prescripción de los intereses y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público.

La hipoteca comprende el capital adecuado, en su caso de haberse pactado bajo el régimen de los intereses de la deuda; las indemnizaciones especialmente pactadas por mora (cláusulas penales) y los costos y gastos de la ejecución, que incluyen los honorarios de los profesionales intervinientes en la misma.

Cuando es posible fraccionar o subdividir el bien que se hipoteca, el deudor tiene derecho a que a su vez el crédito se divida e ir liberando parcialmente conforme se vayan pagando cada una de las fracciones:

Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. “Al efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario, y si no se consiguiera ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos.”³⁵

CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO HIPOTECARIO

La posibilidad de constituir este tipo de hipotecas en el caso de realizar un contrato de apertura de crédito, se buscará que sean simples y sean de cuenta corriente.

En tales casos el contrato procede a la garantía o es contemporáneo con ella, de modo que no habría objeciones respecto del cumplimiento de los principios de accesoriedad y especialidad, tanto respecto del bien como respecto del crédito. Al respecto se recuerda la posición favorable expuesta por Argañarás en sus ediciones a la obra de Salvat que expresamente lo autorizaba en aquel país.

A fin de cumplimentar los requisitos de accesoriedad y especialidad requiere que se describan en el acto constitutivo de la hipoteca el contrato de apertura de crédito al cual accede el derecho de garantía, cumplimentando los requisitos.

De todos modos, se advierte, que en tal caso la escritura de constitución de la hipoteca no es por sí sola título ejecutivo, porque ella no acreditará de un modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, aspectos que deberá probar el ejecutante.

³⁵ PEREZ FERNANDO, Bernardo, *Contratos Civiles*, Editorial. Porrúa, Primera Edición, México, 1993, pág. 363-365

Estas conclusiones se extienden aun en el caso de la apertura de crédito en cuenta corriente y a pesar de que en este contrato no debe dejar de señalarse el aspecto del “regeneramiento del crédito”, dada la posibilidad de que el deudor a lo largo del tiempo pueda hacer uso muchas veces del crédito.

“A pesar de la circunstancia de la posible regeneración del crédito una vez extinguido, en virtud de la misma causa fuente, no existe agravio a los principios de la hipoteca que permita sostener su nulidad. Y recuerda en apoyo de tal tesis que conforme al régimen vigente, una obligación nacida de otra anterior novada puede seguir garantizada con la hipoteca que cubría la anterior, si media reserva del acreedor.”³⁶

El artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que la apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal (v.gr., fianza) o real (hipoteca o prenda). La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.

FORMAS PARA PAGAR UN CRÉDITO HIPOTECARIO

El Código Civil autoriza la posibilidad de emitir pagarés o letras hipotecarias en el caso que la deuda que se garantiza deba pagarse a plazos.

Dicha norma determina que si la deuda por la cual ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados en cuenta del crédito hipotecario. Es decir, que se deberá tomar razón de ello junto con la toma de razón de la hipoteca, por el Registro de la Propiedad Inmueble. Asimismo, al dorso de los documentos se deberá dejar constancia por el Notario Publico

³⁶ VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Las Garantías del Crédito*, Ed. Rubinzal-Culzoni, México, pág. 285-286.

interviniente, que corresponden a la hipoteca pasada en su registro con constancia de fecha, tomo y folio.

Esta constancia debe completarse con el sello del Registro, con expresión de la fecha y toma de razón, suscripta por el anotador de hipotecas. En este sentido se ha resuelto que no es suficiente la sola constancia del Notario Publico que interviene.

Se ha resuelto que la facultad para solicitar la anotación, al dorso de los pagarés, corresponde al acreedor hipotecario y a cualquiera que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario, sin que exista ningún plazo o disposición legal para su ejercicio, pudiendo en consecuencia, requerirlo el adquiriente por endoso de tales pagarés. Estimamos que para ello deberá constar al dorso de los pagarés la constancia de su emisión en el acto de suscribirse la escritura hipotecaria, suscripta por el Escribano que interviene, pues de otro modo su tenedor no podrá aducir que el pagaré lleva anexo el derecho hipotecario para solicitar su anotación al dorso. Máxime en títulos que confieren a su tenedor legitimado un derecho que es literal y autónomo.

Se ha resuelto que también se transmiten las modalidades que acompañan a la obligación y entre ellas la cláusula de caducidad de los plazos pactados en la escritura de hipoteca, por lo que llegado el vencimiento y con la falta de pago de algún pagaré, el tenedor de los mismos puede prevalecerse de aquello y reclamar la totalidad del saldo no cubierto como si fuese de plazo vencido.

Esto nos parece una exageración y la completa desnaturalización del pagaré. Este es un título valor cambiario, completo y abstracto que confiere a su tenedor legitimado un derecho que es literal y autónomo. Y estas cualidades no se modifican por que el pagaré o la letra de cambio, lleven anexos el derecho de la hipoteca.

Luego, no puede su tenedor invocar en su exilio las cláusulas del contrato hipotecario, por que ellas no constan anexas al dorso de pagarés. Una cosa es el derecho hipotecario que el pagaré conlleva y que surge de la anotación en el Registro Hipotecario y otra muy distinta pretender “atar” el pagaré al contrato hipotecario.

Acción Ejecutiva: En el caso de promoverse la acción ejecutiva hipotecaria pertinente, corresponde distinguir si el promovente es el titular original del crédito hipotecario, según la escritura pública respectiva, o si demanda un tenedor que recibió uno o más pagarés por endoso.

En el primer caso, el promovente debe demandar con la escritura hipotecaria y acompañar los pagarés que obran en su poder, demandando por el saldo que no ha sido cubierto.

En el caso de un tenedor por endoso de uno o más pagarés, demanda directamente presentando los pagarés que obran en su poder y reclamando el cobro del importe resultante de los mismos.

CON RELACIÓN A LA CONSERVACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

La ley confiere al acreedor hipotecario una serie de facultades tendientes a la conservación de su crédito, consistentes en medidas precautorias otorgadas para asegurarlo, y en el derecho para accionar judicialmente si el inmueble se deteriora.

Aunque el crédito no esté vencido, el acreedor puede pedir medidas preventivas en caso de que el deudor realizara actos que tengan por directa consecuencia disminuir el valor del bien hipotecado. Se hallan en tal situación la locación del inmueble gravado, en caso de demolición de la edificación existente en el mueble, etc. En tales casos el acreedor puede pedir el embargo

y secuestro del bien y de las cosas extraídas impedir que el deudor continúe en su actitud perjudicial.

Si los deterioros se hubieren consumado y el valor del inmueble ha disminuido, el acreedor puede pedir la estimación de los deterioros causados y su depósito, o bien demandar un suplemento a la hipoteca.

Asimismo, en estos casos, el acreedor tiene derecho a demandar judicialmente el cobro de la hipoteca, pidiendo que el deudor sea privado del beneficio del plazo que le daba el contrato hipotecario.

Para la eficacia de la extinción de la hipoteca se requiere la cancelación que, como escribe ESPIN CANOVAS, viene a guardar un paralelismo con la necesidad de la inscripción de la misma para su constitución.

La cancelación, que debe ajustarse a los preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, según el contenido de sus artículos 3029 al 3040, es un acto registral extintivo de la inscripción –en este caso de la del gravamen hipotecario- por medio del cual se le da idéntica publicidad que la que tuvo su constitución.

3.2 LA RECUPERACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

La acción hipotecaria es el instrumento legal mediante el cual el acreedor –en caso necesario- puede obtener por la vía del proceso la satisfacción efectiva de los derechos que en su calidad de tal le son reconocidos *erga homnes*. Cuando se promueve un juicio hipotecario, en realidad –según lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal-, “se acumulan dos acciones: la de crédito, por virtud de la cual se exige el pago de

una deuda, y la real, que está fundada no en el derecho de dominio, como en la reivindicación, sino en un derecho de crédito y en una garantía hipotecaria, lo que quiere decir, que la finca hipotecada debe responder de la deuda. En este último supuesto, el objeto de una demanda no es la recuperación del inmueble o, en su defecto, su importe total; se reclama el pago de una cantidad, de manera que si se cubre la deuda, la finca sujeta a hipoteca queda liberada, y en el caso contrario, el inmueble se vende para tomar de su precio el importe de la demanda. La acción hipotecaria, fundada en un derecho de crédito y en una garantía real, tiene por objeto el pago de una deuda y es el importe de ésta el que determina la cuantía del negocio”.³⁷

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 12 dice: “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 fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio”.

La acción pignoraticia *in rem*, hipotecaria o *quasi serviana*, estaba destinada en Roma a ser dirigida contra el poseedor actual de la cosa, cualquiera que fuese y sin atención a la causa en virtud de la cual la tuviese en su poder, siendo su finalidad el cobro del crédito.

En nuestro derecho, la finalidad del ejercicio de la acción hipotecaria es mucho más amplia.

Diferentes textos legales inducen a Pallares a afirmar que no existe una sola acción hipotecaria, sino varias. Estas son, en su concepto, las de

³⁷ Anales de Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, T. LXXX, pág. 116.

constitución, registro y ampliación, prelación, pago división y cancelación, deduciendo las cinco primeras del artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la de cancelación del 468 del mismo código y la de división del 2913 del código Civil para el Distrito Federal.

En realidad, a nuestro parecer, los preceptos de referencia contienen no sólo varias acciones, sino varias pretensiones. La confusión entre acción y pretensión lleva en este caso a una interpretación a todas luces errónea, toda vez que se tratará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o que deba anticiparse conforme a lo prevenido en los artículos 1959 y 2907 del Código Civil para el Distrito Federal, en concordancia con el Artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipoteca procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro, siendo siempre condición indispensable para inscribir la cédula, que esté registrado el bien a nombre del demandado y que no haya inscripción de embargo o gravamen a favor de tercero Artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles antes citado.

El Código Civil para el Distrito Federal hace mención de que la acción hipotecaria prescribe a los diez años, contados desde que puede ejercitarse con arreglo al título inscrito (art. 2918 del Código Civil para el Distrito Federal).

3.3 LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS LITIGANTES

Jurídicamente, personalidad es todo ente a quien el derecho considera como tal, y otorga la posibilidad y aptitud para entrar en las relaciones jurídicas o, en otras palabras, para ser titulares de derechos y obligaciones. Por persona jurídica se entiende el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes; el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones.

La aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas se designa con la palabra personalidad. Esta equivale a la capacidad de derecho o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y capacidad de hecho o para obrar, es decir, capacidad para dar vida a los actos jurídicos.

En el derecho moderno, las sociedades, asociaciones y fundaciones gozan de personalidad, aunque no sean personas. Biológicamente hablando, son conjuntos organizados de seres humanos o de bienes destinados a un fin lícito; y, en razón de dicha finalidad, el derecho objetivo les ha atribuido personalidad mediante una construcción estrictamente jurídica o, mejor mediante la creación normativa de la personalidad.

La personalidad jurídica es un concepto de derecho o construcción normativa que se ha elaborado para unificar los derechos y obligaciones que se atribuyen al sujeto a toda relación jurídica, ya se trate de los seres humanos, del conjunto de personas físicas o de bienes debidamente organizados para la realización de una finalidad lícita; es decir, permitida por la ley.

La personalidad se manifiesta por medio de ciertas características peculiares que son los atributos de la misma; entre ellas, capacidad, nombre, domicilio, estado civil, nacionalidad y patrimonio.

En conclusión la personalidad es la aptitud que tiene una persona física o moral para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce).

Para poder comparecer a juicio se debe tener capacidad de ejercicio entendida ésta como la aptitud de ejercitar derechos y cumplir las obligaciones por sí mismos o por conducto de un representante legal; aquellos que no estén en pleno ejercicio de sus derechos, comparecerán a juicio por medio de sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho art. 1056 del Código de Comercio.

Según el art. 1057 del Código de Comercio, El juez examinará de oficio la personalidad de las partes, pero los litigantes podrán impugnar la de su contraria cuando tengan razones para ello.

Cuando la persona interesada esté ausente o no presente; podrá comparecer su representante legítimo, en caso de no tenerlo podrá comparecer un gestor judicial que es la persona que asume la representación procesal de la parte demandada, por no encontrarse ésta representada legítimamente, ni en el lugar de la demanda.

3.4 LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN JUDICIAL

El art. 1055 del Código de Comercio establece que: “los juicios mercantiles, son ordinarios, ejecutivos o los especiales que se encuentren regulados por cualquier ley de índole comercial...”

La regulación jurídica de los juicios mercantiles conlleva grandes diferencias con el procedimiento civil, entre otros, en el carácter federal de la materia mercantil, la convencionalidad de su procedimiento, su jurisdicción, etc.

“La falta de una diferencia clara entre el derecho civil y el mercantil impide en un momento dado en precisar la vía adecuada para demandar, y en su caso, si se pueden ejercitar conjuntamente acciones civiles y mercantiles”.³⁸

Para concluir si se está frente a una controversia de carácter mercantil, deben analizarse diversos ordenamientos legales, fundamentalmente en el Código de Comercio, el cual en su artículo 1049 establece que los juicios mercantiles tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4, 75 y 76 se deriven de los actos comerciales.

Para lo cual me permito remarcar de dichos ordenamientos las hipótesis que nos conducen a demostrar la mercantilidad del Juicio Hipotecario.

“ARTÍCULO 4. Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.”

“ARTÍCULO 75. La ley reputa actos de comercio:

I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

³⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús, *Derecho Procesal Mercantil*, Ed. Cárdenas, México, 1983, pág. 56

IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;

VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;

VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;

IX. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;

X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda;

XI. Las empresas de espectáculos públicos;

XII. Las operaciones de comisión mercantil;

XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;

XIV. Las operaciones de bancos;

XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;

XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;

XVII. Los depósitos por causa de comercio;

XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;

XX. Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”

“ARTÍCULO 76. No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes: ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.”

Se considera que se trata de actos mixtos, aquellos en los que intervienen en la celebración de un acto jurídico dos partes, una de las cuales celebra un acto mercantil y la otra un acto civil, que para el caso de que exista una controversia jurídica, la misma debe dirimirse según las leyes mercantiles, de conformidad con el art. 1050 del Código de Comercio, que a la letra dice:.

“ARTÍCULO 1050.- Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”

LA JURISDICCIÓN CONCURRENTES

La materia mercantil es de carácter federal, por lo que los tribunales federales deben conocer de sus controversias; no obstante, en la práctica se observa que la gran mayoría de “los asuntos mercantiles son presentados para

su tramitación ante jueces del fuero común, esto es debido a la jurisdicción concurrente, definida como aquella que permite conocer de una misma materia a órganos jurisdiccionales de esferas jurídicas distintas”.³⁹ Cuya fundamentación legas se deriva del artículo 104 de nuestra Constitución Política que a la letra dice:

“Artículo 104. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

I-B. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

II. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

III. De aquéllas en que la Federación fuese parte;

IV. De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, mismas que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

V. De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro, y

VI. De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.”

³⁹ BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Ed. Porrúa, México 1982, pág. 12

De este precepto constitucional se concluye que cuando un particular tenga una controversia mercantil, podrá elegir entre demandar ante un juez federal o ante uno local.

PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL

El art. 1051 del Código de Comercio establece que el procedimiento mercantil es preferentemente convencional, las partes tienen la facultad de establecer la forma como ha de tramitarse un procedimiento mercantil y, a falta de convenio expreso entre las partes, deberán observarse las disposiciones del mismo Código.

También los artículos. 1052 y 1053 del Código de Comercio se refieren al proceso mercantil.

LA SUPLETORIEDAD

La materia mercantil está regulada por el Código de Comercio y por las leyes especiales de carácter mercantil, pero en la práctica puede haber ocasiones en que alguna situación no esté prevista o se halle regulada deficientemente, a tal efecto el artículo. 2º del Código de Comercio preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal. “

El artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO. 2º los actos y las operaciones se rigen:

- I Por lo dispuesto en esta ley y en las demás leyes especiales relativas.
- II Por la legislación mercantil.
- III Por los usos bancarios y mercantiles.
- IV Por el derecho común.”

A mayor abundamiento, la Suprema Corte de Justicia a dictado tesis, estando dentro de una de ellas la que enseguida se transcribe:

“Registro No. 241955

Localización: Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 49 Cuarta Parte, Página: 51

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

SUPLETORIEDAD EN MATERIA MERCANTIL.

Siendo de naturaleza federal el Código de Comercio, debe aplicarse, supletoriamente, en el aspecto sustantivo, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales como derecho común.

Amparo directo 1109/71. Miguel Peña Fonseca. 29 de enero de 1973.

Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis relacionada con la jurisprudencia 179, página 539.”

Cuando existen diferencias en el Código de Comercio, deberá aplicarse supletoriamente el derecho común (Derecho Civil); y si la deficiencia es en relación con el procedimiento deberá aplicarse supletoriamente el Código de Procedimientos de la localidad respectiva.

Si bien los Códigos de Procedimientos Civiles de cada Estado son supletorios del de comercio, esto no debe entenderse de modo absoluto, sino cuando falten disposiciones expresas sobre determinado punto en el Código Mercantil y a condición de que no pugnen con otras que indiquen la intención del legislador para suprimir reglas de procedimiento o pruebas.

3.4.1 EL JUICIO ORDINARIO MERCANTIL

Procedencia y demanda

El juicio ordinario mercantil procede en todos aquellos casos en que las contiendas no tengan señalada una tramitación especial. Así la establece el art. 1377 del Código de Comercio.

La demanda que se formula deberá reunir los requisitos señalados en el art. 255 del Código de Procedimientos Civiles el cual se aplica supletoriamente, ya que el Código Mercantil es omiso en ese sentido.

Si la demanda se hizo correctamente, el juzgador dictará la resolución correspondiente y le dará entrada, ordenando se elabore la cédula de notificación y se emplace al demandado.

Término para contestar la demanda y para oponer excepciones en el juicio ordinario mercantil.

Emplazado el demandado, se le concede un término de nueve días.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal señala la forma de contestar la demanda, en su artículo 260 establece que la contestación se formulará en los términos prevenidos para la demanda. En la contestación es necesario referirse a todos los hechos afirmados por el actor y se puede

recusar, reconvenir, oponer excepciones, etc. Las excepciones derivan dos hipótesis:

- a) Excepciones dilatorias. Las cuales se debían oponer en el término preciso de tres días, improrrogables a partir de la fecha en que se haya hecho en emplazamiento, y no al momento de contestar la demanda.
- b) Excepciones perentorias. Los que, en términos del Artículo 1381, se podían oponer al momento de contestar la demanda.

Actualmente, las excepciones cualquiera que sea su naturaleza se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes, en términos del Artículo 1379 del Código de Comercio.

Sin embargo, el Código de Comercio carece de las excepciones que pudieran oponerse, lo cual aplicando la supletoriedad de la Ley, y de conformidad al Artículo 35 Código de Procedimientos Civiles son excepciones dilatorias las siguientes:

I.- Incompetencia del Juez.

II.- La litispendencia.

III.- La conexidad de la causa.

IV.- La falta de personalidad o capacidad del actor.

V.- La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeta la acción intentada.

VI.- La división.

VII.- La excusión.

VIII.- Las demás a que dieron carácter las leyes.”

Término de pruebas.

El art. 290 del Código de Procedimientos civiles señala que el término para ofrecer pruebas en materia civil es de 10 días fatales. El Código de Comercio establece dos clases de términos de pruebas: el ordinario y el extraordinario.

El término ordinario es aquel que se otorga para producir probanzas dentro de la entidad federativa donde el litigio se promueve, según lo dispuesto en el art. 1206 del Código de Comercio.

El término extraordinario de prueba es aquel que se otorga para recibir pruebas fuera de la entidad federativa donde se lleva a cabo el juicio.

Diferencia entre el término ordinario y el extraordinario: el primero de los mencionados es susceptible de prorrogarse cuando se cumplen los requisitos establecidos en el art. 1384 del Código de Comercio, no así el término extraordinario, el cual no admite prórroga.

Alegatos

Mandada hacer la publicación de las probanzas, se pasa al periodo de alegatos, entregando los originales primero el actor y luego el reo por 10 días a cada uno para que alegue lo que a su derecho corresponda dentro de la prueba art. 1388 Código de Comercio. “La utilidad de los alegatos se aprecia al considerar que en ellos los hechos en que las partes funden sus pretensiones, la prueba que a cada una de ellos se refiere las razones que se aducen para

demostrar su derecho”.⁴⁰ El Término que se concede a las partes para alegar es de 10 días a cada una y la falta de la presentación de los alegatos no genera ninguna sanción, salvo que se pierde el derecho que se tuvo y no se ejerció en tiempo.

Desde mi muy particular punto de vista existen diferencias específicas entre el procedimiento ordinario civil y el procedimiento mercantil.

ETAPA O ACTO PROCESAL	JUICIO ORDINARIO CIVIL	JUICIO ORDINARIO MERCANTIL
Término para contestar la demanda.	Nueve días.	Nueve días.
Término para ofrecer pruebas.	Diez días.	Hasta 40 días para rendir pruebas.
Audiencia de conciliación	Contestada la demanda se señala la fecha.	La ley no prevee ninguna audiencia de conciliación.
Prueba confesional.	Hasta antes de la audiencia de recepción de pruebas.	Desde el inicio del juicio hasta la citación de sentencia.
Declaración de confeso.	Si el absolvente es citado y no comparece sin justa causa.	Se le declara confeso al absolvente que no comparece a la segunda cita.
Ofrecimiento de la prueba testimonial	No requiere el ofrecimiento de interrogatorios.	Se requiere presentar el interrogatorio con copia para la otra parte, sin el cual no se señalara fecha para la audiencia.
Desahogo de la prueba	Las preguntas se	Se les interroga de

⁴⁰ RAMIREZ BAÑOS, Federico, *Tratado de Juicios Mercantiles*, Ed. Robredo, México 1963, pág. 145

testimonial	formulan de la forma verbal y directamente el día de la audiencia.	conformidad con los interrogatorios presentados por escrito.
Repreguntas en la prueba testimonial.	Se formulan verbal y directamente el día del desahogo de la probanza.	Se presenta interrogatorio de preguntas antes del examen de los testigos.
Publicación de probanzas.	No existe.	Se hace concluido el término probatorio.
Alegatos.	Se formulan verbalmente.	Se conceden 3 días a cada parte para alegar.
Término para pronunciar la sentencia.	15 días contados a partir de que se cita para sentencia.	Dentro de los 15 días siguientes a la citación para sentencia.
Código aplicable al fondo del asunto.	Código Civil.	Código de Comercio.
Ley adjetiva aplicable.	Código de Procedimientos Civiles.	Código de Comercio.

3.4.2 EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL

Procedencia y demanda

El juicio Ejecutivo Mercantil procede cuando la demanda se basa en un documento que trae aparejada ejecución de conformidad a lo establecido en el artículo 1391 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1391. El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

- I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;
- II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos;
- III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288;
- IV. Los títulos de crédito;
- V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;
- VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose prescrito en la ley de la materia;
- VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y
- VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.”

Del artículo antes mencionado se desprende que para que el documento traiga aparejada ejecución, se requiere que la obligación sea líquida, cierta y exigible.

La obligación es cierta cuando no se tiene una simple expectativa de derecho. El crédito es líquido cuando su cuantía es determinada y/o determinable en un plazo de nueve días, de conformidad en el art. 2189 de Código de Comercio y la deuda es exigible cuando su pago no se puede rehusar conforme derecho, según lo dispuesto en el art. 2191.

El juicio ejecutivo es de excepción, que se basa en el establecimiento, por un título, de un derecho perfectamente reconocido por las partes; el documento mismo prolija la existencia del derecho, define al acreedor y al deudor y determina la prestación cierta, líquida, exigible, de plazo y condiciones cumplidas como prueba, todas ellas consignadas en el título.

Requerimiento de pago, embargo y emplazamiento

Por cuanto hace la diligencia de requerimiento de pago, embargo y emplazamiento, cabe el supuesto de que el actor presente en la vía ejecutiva mercantil, una demanda, la cual satisface todos los requisitos legales y, por ende, el juez de conocimiento obsequio el auto de exequendo. Acto seguido el actuario adscrito el juzgado respectivo, o en su defecto al ejecutor a quien se haya turnado el expediente, se acompaña del actor a efecto de llevar a cabo la etapa procesal siguiente que consiste en el requerimiento de pago, embargo y emplazamiento, tal y como se encuentra establecido en el artículo 1392 del Código de Comercio.

“ARTÍCULO 1392. Presentada por el actor su demanda acompañada del título ejecutivo, se proveerá auto, con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste.”

El embargo es el acto procesal por virtud del cual se aseguran determinados bienes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, según la naturaleza de éstos, para que estén a resultas del juicio, considerándose como un embargo precautorio.

Designación de bienes sobre los que se tomó el embargo.

“ARTÍCULO 1394. La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda, de las indicadas en el artículo anterior; de no hacerse el pago, se requerirá al demandado, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas,

apercibiéndolo que de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor. A continuación se emplazará al demandado.”

Bienes objeto del embargo

El Código de Comercio en artículos 1395 nos señala expresamente que bienes pueden ser objeto de embargo

“ARTÍCULO 1395. En el embargo de bienes se seguirá este orden:

- I. Las mercancías;
- II. Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor;
- III. Los demás muebles del deudor;
- IV. Los inmuebles;
- V. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.

Cualquiera dificultad suscitada en el orden que deba seguirse, no impedirá el embargo. El ejecutor la allanará, prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable, a reserva de lo que determine el juez. Tratándose de embargo de inmuebles, a petición de la parte actora, el juez requerirá que la demandada exhiba el o los contratos celebrados con anterioridad que impliquen la transmisión del uso o de la posesión de los mismos a terceros. Sólo se aceptarán contratos que cumplan con todos los requisitos legales y administrativos aplicables.

Una vez trabado el embargo, el ejecutado no puede alterar en forma alguna el bien embargado, ni celebrar contratos que impliquen el uso del mismo, sin previa autorización del juez, quien al decidir deberá recabar la opinión del ejecutante. Registrado que sea el embargo, toda transmisión de derechos respecto de los bienes sobre los que se haya trabado no altera de manera alguna la situación jurídica de los mismos en relación con el derecho que, en su caso, corresponda al embargante de obtener el pago de su crédito con el

producto del remate de esos bienes, derecho que se surtirá en contra de tercero con la misma amplitud y en los mismos términos que se surtiría en contra del embargado, si no hubiese operado la transmisión.

Cometerá el delito de desobediencia el ejecutado que transmita el uso del bien embargado sin previa autorización judicial.”

Como en el Código de Comercio no se hace mención de los bienes que están exceptuados de embargo, se aplica en forma supletoria el artículo 544 del Código adjetivo en materia civil.

“Artículo 544.- Quedan exceptuados de embargo:

- I. Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil.
- II. El hecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinarios del deudor, que su cónyuge o de sus hijos, no siendo de lujo, a juicio del juez.
- III. Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor este dedicado;
- IV. La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuando fueran necesarios para el servicio de la finca cuyo efecto oirá el informe de un perito nombrado por él.
- V. Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que se dediquen al estudio de profesiones liberales;
- VI. Las armas y caballos que los militares en servicio usen, indispensables para éste, conforme a las leyes relativas;
- VII. Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones necesarias para su servicio y movimiento, a juicio del juez, a cuyo efecto oirá el dictamen de un perito nombrado por él, pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén determinados;

- VIII. Las mieses de ser cosechadas pero no los derechos sobre las siembras;
- IX. El derecho del usufructo, pero no los frutos de éste;
- X. Los derechos de uso y habitación;
- XI. Las servidumbres, a no ser que se embargue el fondo a cuyo favor están constituidas, excepto las de aguas, que es embargable independientemente.
- XII. La renta vitalicia, en los términos establecidos en los arts. 2785 y 2787 del Código Civil.
- XIII. Los sueldos y el salario de los trabajadores en los términos que establece la Ley Federal del Trabajo siempre que no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad proveniente del delito;
- XIV. Las asignaciones de los pensionistas del erario;
- XV. Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejidatario.”

Cabe aclarar que en los escritos de demanda y constelación a la demanda, en el juicio ejecutivo mercantil, se deben de ofrecer las pruebas.

Los Recursos

“Los recursos son medios de impugnación que otorga la ley a las partes y a los terceros, para que obtengan, mediante ellos la revocación o modificación de una resolución judicial sea este auto o decreto. El recurso tiene por objeto modificar la resolución o la instancia misma”.⁴¹

Recursos en Materia Mercantil, sólo procede interponer aquellos previstos expresamente en el Código de Comercio; por tanto no es aplicable en este caso la supletoriedad de la legislación civil adjetiva. Al respecto, existe jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: “Tratándose de recursos, la ley procesal común no es supletoria del Código de Comercio, en

⁴¹ PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México 1984.

virtud de que éste contiene un sistema completo de recursos a los cuales deben concretarse las contiendas de carácter mercantil”.⁴²

En el proceso mercantil sólo pueden interponerse válidamente los recursos siguientes:

- Aclaración de sentencia.
- Revocación.
- Apelación.
- Responsabilidad.

Aclaración de la Sentencia. Estriba prácticamente en el que la solicitud procede cuando la sentencia definitiva, es confusa o en su caso carece de alguna fecha o que exista contradicción a la misma, se encuentra este recurso regulados por los siguientes artículos del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1331. El recurso de aclaración de sentencia solo procede respecto de las definitivas.”

“ARTÍCULO 1332. El juez, al aclarar las cláusulas o palabras contradictorias, ambiguas u oscuras de la sentencia, no puede variar la sustancia de ésta.”

“ARTÍCULO 1333. La interposición del recurso de aclaración de sentencia, interrumpe el término señalado para la apelación.”

Revocación. Este recurso, se encuentra regulado deficientemente en el Código de Comercio, pues aún cuando le dedica todo el Capítulo XXIV, éste se compone únicamente de dos artículos, 1334 y el 1335.

⁴² Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, 4ª Parte, Tercera Sala, pág. 892

Ovalle Favela define al recurso de revocación como “aquel que tiene por objeto la modificación total o parcial de una resolución judicial por el mismo juzgador que la ha pronunciado”.⁴³

“CAPÍTULO XXIV DE LA REVOCACIÓN Y REPOSICIÓN

ARTÍCULO 1334. Los autos que no fueren apelables y los decretos pueden ser revocados por el juez que los dicto o por el que lo substituya en el conocimiento del negocio.

De los decretos y autos de los tribunales superiores, aun de aquellos que dictados en primera instancia serian apelables, puede pedirse la reposición.

ARTÍCULO 1335. Tanto la revocación en primera instancia como la reposición deberán pedirse por escrito dentro de los tres días siguientes a que haya surtido efectos la notificación del proveído a impugnar, dando vista a la contraria por un término igual y el tribunal debe resolver y mandar notificar su determinación dentro de los tres días siguientes. De la resolución en que se decida si se concede o no la revocación o la reposición no habrá ningún recurso.”

Apelación. La apelación se puede definir como el recurso cuyo objeto es que el tribunal de segunda instancia confirme, modifique o revoque una resolución dictada por el inferior.

Cabe señalar que el art. 1336 de la Ley de la Materia define la apelación, aunque con algunas deficiencias, pues indica que su objeto es confirmar, modificar o revocar la sentencia del inferior, pero se modifican, confirman o revocan no sólo las sentencias, sino también otras resoluciones, tal y como se desprende del mismo Código de Comercio en los artículos que en seguida se transcriben:

⁴³ OVALLE FABELA, José, *Derecho Procesal, Civil*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México 1980, pág. 211.

“CAPÍTULO XXV DE LA APELACIÓN

ARTÍCULO 1336. Se llama apelación el recurso que se interpone para que el tribunal superior confirme, reforme o revoque las resoluciones del inferior que puedan ser impugnadas por la apelación.

ARTÍCULO 1337. Pueden apelar de una sentencia:

- I. El litigante condenado en el fallo, si creyere haber recibido algún agravio;
- II. El vencedor que, aunque haya obtenido en el litigio, no ha conseguido la restitución de frutos, la indemnización de daños y perjuicios, o el pago de las costas; y
- III. La parte que venció puede adherirse a la apelación interpuesta al notificársele la admisión de ésta, o dentro de los tres días siguientes a esa notificación. En este caso la adhesión al recurso sigue la suerte de éste.

ARTÍCULO 1338. La apelación puede admitirse en el efecto devolutivo y en el suspensivo, o sólo en el primero.

ARTÍCULO 1339. En los juicios mercantiles, tanto ordinarios como ejecutivos, procederá la apelación en ambos efectos:

- I. Respecto de sentencias definitivas;
- II. Respecto de sentencias interlocutorias o autos definitivos que pongan término al juicio, cualquiera que sea la naturaleza de éste.

En cualquier otra resolución que sea apelable, la alzada sólo se admitirá en el efecto devolutivo.

ARTÍCULO 1340. La apelación sólo procede en juicios mercantiles cuando su interés exceda de ciento ochenta y dos veces el salario mínimo general vigente, en la fecha de interposición en el lugar en que se ventile el procedimiento.

ARTÍCULO 1341. Las sentencias interlocutorias son apelables, si lo fueren las definitivas conforme al artículo anterior. Con la misma condición, son apelables los autos si causan un gravamen que no pueda repararse en la definitiva, ó si la ley expresamente lo dispone.

ARTÍCULO 1342. Las apelaciones se admitirán o denegarán de plano, y se sustanciarán con un solo escrito de cada parte y el informe en estrados, si las partes quisieren hacerlo.

ARTÍCULO 1343. La sentencia de segunda instancia causará ejecutoria cuando la misma no pueda ser recurrida por ningún otro medio ordinario o extraordinario de impugnación, cualquiera que sea el interés que en el litigio se verse.”

“CAPÍTULO XXVI DEL TRAMITE DE APELACIÓN

ARTÍCULO 1344. La apelación debe interponerse por escrito, dentro de nueve días improrrogables, si la sentencia fuere definitiva o dentro de seis si fuere auto o interlocutoria, y en el mismo escrito se expresarán por el recurrente los motivos de inconformidad o agravios que formule.

El juez, en el auto que pronuncie al escrito de interposición del recurso, expresará si lo admite en un solo efecto o en ambos efectos, dando vista a la contraria para que en el término de tres días conteste lo que a su derecho convenga y ordenará se asiente constancia en autos de la interposición del recurso y de la remisión del cuaderno de apelación correspondiente a la Superioridad dentro de un plazo de tres días, si fueren autos originales y de cinco si se tratare de testimonio.

Será causa de responsabilidad la falta de envió oportuno al Superior de los autos o testimonio respectivo para la substanciación del recurso.

ARTÍCULO 1345. Cuando la apelación proceda en un solo efecto no se suspenderá la ejecución de la resolución impugnada, pero en este caso el

recurrente al interponerla deberá señalar las constancias para integrar el testimonio de apelación, que podrán ser adicionadas por la contraria y las que el juez estime necesarias, remitiéndose desde luego el testimonio que se forme al tribunal de alzada. De no señalarse las constancias por el recurrente, se tendrá por no interpuesta la apelación. Si el que no señale constancias es la parte apelada, se le tendrá por conforme con las que hubiere señalado el apelante.

Respecto del señalamiento de constancias, las partes y el juez deben de cumplir con lo que se ordena en el párrafo final de este artículo.

Si se tratare de sentencia definitiva en que la apelación se admita en efecto devolutivo se remitirán las originales al Superior, pero se dejará en el juzgado para ejecutarla copia certificada de ella y de las demás constancias.

Si la apelación se admite en ambos efectos suspende desde luego la ejecución de la resolución, hasta que cause ejecutoria.

Al recibirse las constancias por el Superior, no se notificará personalmente a las partes para que comparezcan ante dicho tribunal, a menos que se haya dejado de actuar por más de seis meses.

Llegados los autos o el testimonio, en su caso, al Superior, éste dentro de los tres días siguientes dictará providencia en la que decidirá sobre la admisión del recurso, la calificación del grado y la oportuna expresión de agravios y su contestación hechas por y ante el juez a quo, citando en su caso a las partes para oír sentencia, misma que se pronunciará dentro del plazo de quince días contados a partir de la citación para sentencia. Sólo cuando hubiere necesidad de que el Superior examine documentos voluminosos, podrá disfrutar de ocho días más para pronunciar resolución.

Declarada inadmisibile la apelación, se devolverán los autos al inferior, revocada la calificación, se procederá en consecuencia.

El tribunal de apelación formará un solo expediente, iniciándose con la primera apelación que se integre con las constancias que se remitan por el inferior, y se continúe agregándose las subsecuentes que se remitan para el trámite de apelaciones posteriores.”

Responsabilidad.- No obstante que existe tesis jurisprudencial en el Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, 4ª Parte, Tercera Sala, pág. 892, antes mencionada, en la cual se establece que no es aplicable la supletoriedad de la legislación civil adjetiva. “Tratándose de recursos, la ley procesal común no es supletoria del Código de Comercio, en virtud de que éste contiene un sistema completo de recursos a los cuales deben concretarse las contiendas de carácter mercantil”. Se desprende de la misma que se refiere a la litis entre las partes, mas no así a las actuaciones de los jueces o magistrados.

Este recurso de responsabilidad es procedente en contra de los actos realizados por las autoridades judiciales, principalmente por los jueces y magistrados, en la forma que lo dispone el Capítulo IV, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en carácter supletorio al Código de Comercio. Y que es de la siguiente manera:

“CAPITULO IV

Recurso de Responsabilidad

Artículo 728.- La responsabilidad civil en que puedan incurrir jueces y magistrados, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudica o de sus causahabientes, en el juicio ordinario, y ante el inmediato superior del que hubiere incurrido en ella.

Artículo 729.- No podrá promoverse demanda de responsabilidad civil, sino hasta que queda determinado por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se suponga causado el agravio.

Artículo 730.- Cuando la demanda se dirija contra un Juez de Paz, cualquiera que sea su cuantía, conocerá de ella el juez de primera instancia a que aquél corresponda. Contra la sentencia que éste pronuncie, procederá la apelación en ambos efectos para ante el Tribunal Superior, si el juicio por su cuantía fuere apelable.

Artículo 731.- Las salas del Tribunal Superior conocerán, en única instancia, de las demandas de responsabilidad civil presentadas contra los jueces de lo Civil, de lo Familiar, del Arrendamiento Inmobiliario y de lo Concursal. Contra las sentencias que aquéllas dicten no se dará recurso alguno.

Artículo 732.- El Tribunal Pleno conocerá de dichas demandas, en primera y única instancia, cuando se entablen contra los magistrados.

Artículo 733.- La demanda de responsabilidad debe entablarse dentro del año siguiente al día en que se hubiere dictado la sentencia o auto firme que puso término al pleito. Transcurrido este plazo quedará prescrita la acción.

Artículo 734.- No podrá entablar el juicio de responsabilidad civil contra un funcionario judicial el que no haya utilizado a su tiempo los recursos legales ordinarios contra la sentencia, auto o resolución en que se suponga causado el agravio.

Artículo 735.- Toda demanda de responsabilidad civil deberá acompañarse con certificación o testimonio que contenga:

- I. La sentencia, auto o resolución en que se suponga causado el agravio;
- II. Las actuaciones que, en concepto de la parte conduzcan a demostrar la infracción de ley, o del trámite o solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad, y que a su tiempo se entablaron los recursos o reclamaciones procedentes;

III. La sentencia o auto firme que haya puesto término el pleito o causa.

Artículo 736.- La sentencia que absuelva de la demanda de responsabilidad civil condenará en costas al demandante, y las impondrá a los demandados cuando en todo o en parte, se acceda a la demanda.

Artículo 737.- En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la sentencia firme que haya recaído en el pleito en que se hubiera ocasionado el agravio.”

No obstante que de acuerdo a los ordenamientos antes mencionados, existe un beneficio para el litigante, en la practica no tiene aplicación toda vez que existe temor del litigante, que pueda haber represalias con tendencia a entorpecer el juicio.

3.4.3 EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO

Es el proceso de carácter especial que tiene por objeto constituir, ampliar, dividir, registrar, cancelar, saldar o determinar la prelación de pago de un crédito garantizado con hipoteca.

Es interesante destacar que la acción hipotecaria (pignoraticia o persecutoria), es una acción ejecutiva con privilegio especial, ya que el acreedor tiene preferencia sobre el bien hipotecado respecto de cualquier otro ejecutante sin importar quien es su titular, ya que puede dirigirse contra el obligado y contra quien es propietario de la cosa, por lo que se asegura ampliamente la satisfacción de crédito con el producto de la venta del fundo sujeto a esta garantía real.

Lineamientos Generales.- Es importante destacar, respecto de este proceso especial, que de conformidad a los artículos 12, 462, 468, 476 y 594 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

- El acreedor hipotecario puede intentar la vía hipotecaria, ejecutiva y/u ordinaria. Pudiendo ejercitar la primera si desea que se cubra el crédito con el producto del bien hipotecado; la segunda, si prefiere que la ejecución recaiga sobre la totalidad de los bienes del deudor, debiendo seguirse las reglas de prelación de bienes para los embargos; y la tercera, cuando así lo desea, pudiendo darse el caso de que no pueda ejercitar ninguna de las anteriores por circunstancia irregular (por ejemplo si carece del primer testimonio de la escritura de constitución de hipoteca).
- La acción hipotecaria procede contra el dueño del bien hipotecado, y si anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada la misma éste cambia, la acción se ejercitara con él nuevo poseedor del bien y continuará el juicio.
- Se puede intentar no sólo para obtener el pago de un crédito garantizado con hipoteca, sino que también para constituir la, ampliarla, dividirla, registrarla, extinguirla, anularla, cancelarla o realizar la prelación del crédito que la hipoteca garantice;
- Si existen varios acreedores hipotecarios respecto de un mismo bien, el juez debe notificarles la existencia de la anotación de la demanda en el Registro público de a Propiedad para que ejerciten los derechos que les correspondan y el valor líquido de la venta se prorrata entre todos.

Procedencia.- De conformidad a los artículos 468 y 469 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que pueda ejercitarse la

acción de pago o prelación de un crédito con garantía hipotecaria es requisito indispensable, que:

a) El crédito conste en escritura pública o escrito privado (según corresponda conforme a la legislación común).

b) Se encuentre debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad; no obstante, procede el juicio sin necesidad de que el contrato esté inscrito en el registro cuando:

- El documento base de la acción tenga carácter de título ejecutivo.
- El bien se encuentre instituido a favor del demandado.
- O exista embargo o gravamen a favor de terceros que haya sido inscrito, cuando menos, noventa días antes de la presentación de la demanda hipotecaria.

c) Que sea de plazo cumplido o exigible conforme a los términos pactados o a las disposiciones legales aplicables, conforme a los arts. 1959 y 2907 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que pierde el deudor todo el derecho de utilizar el plazo y en consecuencia, el pago tiene que anticiparse, cuando dicho deudor haya incurrido en alguna de las siguientes hipótesis.

- Resulte insolvente después de contraída la obligación, a menos de que garantice el adeudo.
- No otorgue la garantía a que se comprometió.
- Disminuya la garantía voluntariamente.
- No mejore la garantía hipotecaria dentro de los cinco días siguientes a la declaración judicial correspondiente, a pesar de haber quedado probada la insuficiencia de la finca.

Tramitación.- Se deben observar las reglas siguientes:

A. Demanda y ofrecimiento de pruebas. Al escrito de demanda que hay que acompañar el instrumento que contenga la garantía hipotecaria, teniendo la obligación de ser precisos, indicando en los hechos si sucedieron ante testigos (citando sus nombres y apellidos) y presentando todos los documentos pertinentes. En el mismo escrito se deben ofrecer todas las pruebas, relacionándolas con los hechos y en caso de que las mismas sean contrarias a la moral, al derecho y sobre hechos no controvertidos, imposibles, notoriamente inverosímiles o que no hubieren relacionado con los hechos, el juez las desechará inmediatamente (de plano).

B. Allanamiento total a la demanda. En este caso el juez, sin más trámite, citará para sentencia definitiva. Y en caso de que el demandado solicite un término de gracia para el pago o cumplimiento de lo reclamado, el Juez dará vista al actor por el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga y resolverá lo conducente conforme a tales proposiciones. Si reúne los requisitos indicados se le dará entrada y se ordenará la anotación de la demanda en el Registro Público de la Propiedad, mandando además correr traslado al deudor, y en su caso, al titular registral del embargo o gravamen con un plazo inferior de inscripción en el Registro Público de la Propiedad de noventa días anteriores a la presentación de la demanda hipotecaria.

Si en el título base de la acción se advierte que hay otros acreedores hipotecarios anteriores, el juez debe notificarles la existencia del juicio para que manifieste lo que a su derecho corresponda, y que puedan hacer uso de su derecho a contestarla dentro del término de nueve días y, en su caso, oponer las excepciones pertinentes.

C. Contestación y ofrecimiento de pruebas. La contestación debe ser precisa, indicando si los hechos sucedieron ante testigos (citando sus nombres y apellidos) y presentando todos los documentos pertinentes. En el mismo escrito se deben ofrecer todas las pruebas, relacionándolas con los hechos y en

caso de que las mismas sean contrarias a la moral, al derecho, sobre hechos no controvertidos, imposibles, notoriamente inverosímiles o que no se hubieren relacionado con los hechos, el juez las desechará de plano. Con este escrito se da por vista al actor por tres días para que manifieste lo que crea conveniente con las excepciones opuestas.

D. Excepciones permitidas. Sólo se pueden oponer las siguientes excepciones: Las procesales previstas por el código analizado; la de falta de firma del documento base de la acción, alteración o falsedad del mismo, falta de representación, poder bastante o facultades legales de quien haya suscrito a nombre del demandado el contrato base de la acción y nulidad del contrato. Se admiten únicamente cuando se fundan en prueba documental: el pago o compensación; la remisión o quita; la oferta de no cobrar o espera; la novación del contrato y las demás que autoricen las leyes. Respecto de las excepciones de litispendencia y conexidad sólo son admisibles cuando con la contestación se exhiben las copias selladas de la demanda y contestación de ésta o las células del emplazamiento del juicio pendiente o conexo, o bien la documentación que acredite que se encuentra en trámite un procedimiento arbitral. El juez debe revisar escrupulosamente la contestación a la demanda y desechar de plano las excepciones diferentes a las que la ley autoriza, o a las que no se acompañó prueba documental, cuando es exigida, a menos que manifieste que no las tiene a su disposición y acredite haberlas solicitado del lugar donde se encuentran las originales.

E. Reconvención, ofrecimiento de pruebas y su contestación. Sólo es procedente cuando se funda en el mismo documento base de la acción o se refiere a su nulidad, ya que en cualquier otro caso se desechará de plano. Asimismo en la misma y en su contestación, las partes deben ser precisas, indicando si los hechos sucedieron ante testigos (citando los nombres y apellidos) y presentando todos los documentos relacionados. Al igual que en la demanda y contestación. Se deben ofrecer las pruebas respectivas, cumpliendo

con los requisitos señalados para ellos. Con la reconvención se corre traslado a la actora en lo principal para que la conteste en el término de seis días y en el mismo proveído se le debe dar vista por tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga en relación con las excepciones opuestas.

F. Preparación de pruebas. Se lleva a cabo observando lo siguiente:

- Debe ser realizado por las partes y, por lo tanto, en la audiencia tienen que presentar a sus testigos y en cuanto a la prueba pericial se deben acatar lo ordenado para el juicio ordinario.
- Sólo cuando al ofrecer sus pruebas la parte correspondiente manifieste, bajo protesta de decir verdad, no puede presentar a sus testigos, el tribunal los mandará citar con el apercibimiento de que en caso de no comparecer a declarar, sin justa causa, se les impondrá una multa de cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal o arresto hasta por treinta y seis horas y dejará de recibir dichos testimonios.
- Únicamente cuando la parte correspondiente al momento de ofrecer la prueba manifieste, bajo protesta de decir verdad, que no puede obtener los documentos que no tenga a su disposición, el juez girará oficios a las autoridades y terceros que los tengan en su poder, apercibiendo a las primeras con una sanción pecuniaria a favor del perjudicado por el equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y a los segundos con la imposición de un arresto hasta por treinta y seis horas (pudiendo manifestar al juez, bajo protesta de decir verdad, que no tienen en su poder los documentos requeridos).
- En todo lo no previsto para el ofrecimiento, admisión y preparación de pruebas se seguirán los lineamientos del juicio ordinario.

G. Audiencia de desahogo de pruebas y alegatos. Contestada la demanda (o transcurrido el plazo para ello) o, en su caso, contestada la reconvenición (o transcurrido su plazo) el juez señalará día y hora para dicha audiencia, la cual deberá fijarse dentro de los veinticinco días siguientes y cumplir con los siguientes lineamientos:

- El juez debe presidir la audiencia;
- Se inicia resolviendo todas las excepciones procesales y los incidentes que hubiere;
- Posteriormente, se desahogarán las pruebas admitidas y preparadas. Si las pruebas no se pueden desahogar por falta de preparación se deberá diferir la audiencia y el oferente, bajo su más estricta responsabilidad, atenderá que se preparen dichas pruebas para desahogarse en la nueva fecha, cuyo señalamiento deberá fijarse dentro de los diez días siguientes.
- Las cuestiones relativas a la personalidad de las partes no suspenden el procedimiento y deben resolverse en la audiencia.
- En todo lo no previsto para el desahogo de pruebas y al desarrollo de la audiencia se seguirán las reglas del juicio ordinario; y
- Desahogadas las pruebas se pasará al periodo de alegatos, en donde las partes alegarán lo que a su derecho convenga.

H. Sentencia. El juez debe procurar dictarla en la misma fecha de la audiencia a menos de que se trate de pruebas documentales voluminosas, ya que en este caso el juez contará con un plazo de ocho días para dictarla y mandarla notificar por Boletín Judicial.

I. Depósito de la finca hipotecada. Desde el día del emplazamiento el deudor se convierte en depositario judicial del inmueble sujeto a hipoteca, así como de

todos los frutos y de aquellos objetos que conforme al contrato y al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal deban considerarse inmovilizados, y si lo pide el acreedor, se puede formar un inventario para agregarlo a los autos, quedando obligado el deudor a dar todas las facilidades para su formación y en caso de desobediencia el juez podrá compelerlo por los medios de apremio que autoriza la ley.

J. En ejecución de sentencia, si el deudor hipotecario demandado no realiza el pago de las prestaciones a las que haya sido condenado en sentencia definitiva, mediante incidente de ejecución de sentencia deberá llevarse a cabo el remate del bien inmueble hipotecado, previo avalúo que del mismo se haga.

K. Avalúo del bien hipotecado. Para realizarlo hay que observar las reglas siguientes:

- Cada parte tendrá derecho a exhibir (dentro de los diez días siguientes a que sea ejecutable la sentencia) un avalúo de la finca hipotecada, practicado por un corredor público, institución de crédito o perito valuador autorizado por el Consejo de la Judicatura, los cuales nunca podrán tener el carácter de parte o de persona interesada en el juicio.
- Si alguna parte deja de exhibir el avalúo se entenderá como una conformidad con el avalúo exhibido por su contraria.
- Si ninguna parte exhibe el avalúo dentro del plazo indicado, cualquiera de ellos podrá hacerlo posteriormente y el primero en tiempo será considerado como base para el remate.
- Si las dos partes exhiben su avalúo dentro del plazo y los valores fijados no coinciden, se tomará como base para el remate el promedio de los mismos, siempre y cuando no exista una diferencia entre ellos superior al treinta por

ciento, ya que en caso contrario el juez ordenará la práctica de un nuevo avalúo por el corredor público, perito valuador como tercero en discordia o la institución bancaria que señale.

- La vigencia del valor que se obtenga en los avalúos será de seis meses y si la primera almoneda de remate se realiza después de dicho término, deberá actualizarse el avalúo.

L. Adjudicación por convenio. El acreedor puede convenir con el deudor que se le adjudique el bien, siempre que no se perjudiquen los derechos del tercero y en este caso, se deberá valorar el mismo para fijar su precio, en los términos señalados en el inciso (K) de este apartado, y por lo previsto en los artículos 470 y 486 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

M. El día de la verificación de la audiencia de remate del bien hipotecado, el acreedor demandado tendrá el derecho de preferencia para adjudicarse su propio bien con el uno requisito de depositar ante el Juzgado que conoce del juicio, la cantidad a que fue demandado, es decir no entra a la puja con los postores en el caso que hubiera.

3.5 LAS VIOLACIONES AL PROCESO DE RECUPERACIÓN JUDICIAL

Una vez conocida la Hipoteca y el procedimiento para la recuperación del crédito otorgado es importante dar a conocer al lector, cuales son las principales violaciones al proceso de recuperación judicial, llevada a cabo por los deudores, en algunos casos por falta de conocimiento del derecho y en otros casos por la asesoría de personas que conocen en amplitud el derecho y utilizando medios legales realizan actos jurídicos para que el deudor principal se libere de su obligación sin llegar al cumplimiento de la misma.

Para tal efecto es necesario conocer primero los actos jurídicos de los cuales se derivan dichas violaciones procesales, como son las cesiones de derechos crediticios, sea por los acreedores, sea por los deudores y en su caso la venta del bien hipotecado a un tercero.

Para llevar a cabo la recuperación de un crédito garantizado mediante hipoteca, el acreedor tiene la facultad de elegir la acción que vaya a ejercitar, de conformidad a lo previsto en el artículo 1055 Bis. Del Código de Comercio que a la letra dice: “Artículo 1055 Bis. Cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, especial, sumario hipotecario o el que corresponda, de acuerdo a esta Ley, a la legislación mercantil o a la legislación civil aplicable, conservando la garantía real y su preferencia en el pago, aun cuando los bienes gravados se señalen para la práctica de la ejecución.”

Esta misma facultad se encontraba en el artículo 72 de la Ley de Instituciones de Crédito, actualmente derogado y que a la letra decía: “Artículo 72.- Cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, o el que en su caso corresponda, conservando la garantía real y su preferencia aún cuando los bienes gravados se señalen para la práctica de la ejecución”.

De acuerdo al monto del adeudo que se encuentre a cargo del deudor, en el momento que se dé alguna de las causas previstas para exigir el pago total con vencimiento anticipado, el acreedor realiza la elección de la acción. En este trabajo sólo nos referiremos a lo acontecido en el juicio especial hipotecario.

Como ya hemos visto, para recuperar el crédito otorgados junto con sus accesorios, el acreedor hipotecario puede intentar la vía hipotecaria, ejecutiva y

u ordinaria. **Pudiendo ejercitar la primera si desea que se cubra el crédito con el producto del bien hipotecado.**

Ahora bien, si la acción hipotecaria procede contra el dueño del bien hipotecado, y si anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada la misma éste cambia, con él se continuará el juicio.

Sin embargo en la práctica encontramos que el deudor, quizás con conocimiento o sin el, evita el emplazamiento, puesto que en todos los juicios al ser radicado el mismo se ordena se lleve a cabo el emplazamiento y de conformidad a lo establecido en la Ley, esta primera notificación debe de ser personal, por lo que al presentarse el C. Actuario Notificador, adscrito al Juzgado correspondiente, en el domicilio que designo el deudor en el Contrato firmado con quien le otorgo el crédito y que generalmente es el bien hipotecado, sucede que: o bien no abren y después vacían el domicilio para mostrarlo como desocupado; o bien simple y sencillamente quien se encuentra en posesión del mismo, manifiesta desconocer al deudor como persona buscada para emplazarlo a juicio. Esta acción tomada con el deudor obliga al acreedor, que ya en este caso es la parte actora en el juicio, a solicitar a las Instituciones de Gobierno, tales como el Instituto Federal Electoral, Secretaría de Protección y Validad, Secretaría de la Administración Tributaria, entre otras, a que informen al Juzgado si en sus padrones se encuentra la información de algún domicilio en el cual se pueda encontrar deudor, ya en este momento demandado.

Generalmente las Instituciones de Gobierno al rendir su informe, coinciden en ser el mismo de la garantía, con la consecuente obstrucción para que se lleve a cabo el emplazamiento en forma personal, debiendo de publicarse la llamada a juicio por medio de boletín judicial y edictos publicados en el periódico local que indique el juez, de conformidad a lo establecido en el artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y que a la letra dice:

“Artículo 122.- Procede de la notificación por edictos:

- I. Cuando se trate de personas inciertas;
- II. Cuando se trate de personas cuyo domicilio se ignora, previo informe de una institución que cuente con registro oficial de personas; en este caso el juicio deberá seguirse con los trámites y solemnidades a que se refiere el Título Noveno de este Código. En los casos de las dos fracciones que preceden, los edictos se publicarán por tres veces, de tres en tres días, en el Boletín Judicial y en el periódico local que indique el juez, haciéndose saber que debe presentarse el citado dentro de un término que no será inferior a quince días ni excederá de sesenta días y....”

Para luego en actitud de violación a todo el procedimiento el deudor, presenta la nulidad de actuaciones demostrando que en todo momento estuvo en el domicilio del inmueble en garantía, colocando incluso en falsedad de declaración al C. Actuario Notificador Adscrito al juzgado en el que se llevo a cabo el procedimiento judicial, y esto es porque el C. Actuario Notificador, en el momento de realizar su diligencia en el domicilio, desconoce físicamente al deudor demandado, e incluso se dan casos en los cuales el mismo deudor buscado atiende al fedatario judicial.

Otra de las formas mas consistentes que utiliza el deudor para evitar el pago en tiempo y forma del crédito que le fue otorgado para la adquisición del bien inmueble hipotecado, es la cesión de deuda a través de la figura del improcedente traspaso, mediante el cual se deja en estado de indefensión a la persona que adquiere el bien inmueble hipotecado, principalmente porque al no existir autorización por el acreedor, el bien inmueble sigue con la inscripción de hipoteca en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, e incluso la propiedad de dicho inmueble sigue a nombre del deudor. Luego entonces en este caso, al buscar al deudor en el domicilio donde se ubica el bien inmueble

en garantía, éste ya no se encuentra viviendo en ese lugar, y la persona que recibe en traspaso generalmente desconoce su paradero, teniendo como consecuencia que por no haber conocido y autorizado el acreedor dicha cesión, se encuentra impedido para recibir los pagos del adeudo en forma simple por parte del nuevo propietario del bien inmueble.

Luego entonces, al existir un traspaso de un bien inmueble que se encuentra hipotecado, del cual se exige el cumplimiento de pago por el adeudo que pudiera estar pendiente, al no poder notificar al deudor como parte demandada, y realizar el emplazamiento por medio de edictos, independientemente de que se impide el llamamiento a juicio en forma personal al deudor principal, en violación al proceso de recuperación del crédito, se tiene la necesidad de llamar a un tercero a juicio, toda vez que el resultado de dicho juicio le puede causar perjuicio, principalmente porque tiene la posesión mas no la propiedad.

En la actualidad colocándose en una supuestamente legalidad el deudor principal cede los derechos crediticios o sea la deuda, a través de un poder notarial para pleitos y cobranzas y administración del bien inmueble otorgado en garantía del crédito otorgado. En este caso generalmente la violación al procedimiento de recuperación de la deuda, consiste en la presentación de excepciones que no son personales como lo es la excepción de falta de legitimación del acreedor, argumentando que el deudor en ningún momento firmo contrato alguno con la Institución que lo demanda,

Otro de los argumentos que se han vertido para evitar el pago del adeudo hipotecario, ha sido el presentar la excepción de falta de legitimación en el acreedor como parte actora en el juicio, argumentando que no fue con la persona moral que ahora exige el pago, con quien se firmo el contrato mediante el cual se otorgo el crédito e hipoteca, pretendiendo el deudor demandado

desconocer los cambios de denominación y fusiones que han sufrido las Instituciones que otorgaron los créditos.

Mas aún, a sabiendas que el Código Civil de todos los Estados da protección a los bienes obtenidos en matrimonio, el deudor en el momento de la adquisición del bien inmueble hipotecado con la obtención del crédito, deja de manifestar su estado civil, dando como resultado que en el momento que se lleva a cabo el procedimiento de recuperación del adeudo y principalmente al llegar al remate del bien inmueble, en violación al procedimiento se argumenta el derecho del cincuenta por ciento a que tiene derecho el o la cónyuge, que originalmente no fue llamada a juicio.

3.5.1 CESIONES DE DERECHOS CREDITICIOS

De acuerdo con la antigua concepción de la obligación, los sujetos de la misma, acreedor y deudor, no podrían ser modificados sin que al mismo tiempo se considerase modificado el vínculo jurídico; únicamente en el caso de la sucesión hereditaria se admitía el cambio del sujeto activo o pasivo con el objeto de que el heredero continuase con la personalidad del difunto, o asimismo había la admisión de ese cambio a consecuencia de la figura de la novación pero ésta requiere la terminación de la obligación antigua y el nacimiento de una nueva.

El derecho romano clásico no admitía en consecuencia cesión de créditos porque veía en el un ligamento entre acreedor y deudor un vínculo o encadenamiento necesario. Cuando esta antigua concepción cedió su paso a la actual que ve en el derecho personal o de crédito una relación que tiene su valoración económica, que es posible transmitir por tratarse de créditos.

Con mayor claridad podría decirse que así como para la transmisión de las cosas corporales existen los contratos de compraventa, permuta, donación y mutuo, para la transmisión de los derechos incorporales (derechos de crédito, títulos de crédito, acciones, entre otros), existe el endoso, así como el contrato de cesión o transmisión de derechos.

Como se ha manifestado, la hipoteca puede ser considerada en tres aspectos:

- 1) como derecho real de garantía en este sentido se distingue de las garantías personales, como la fianza;
- 2) por extensión, se denomina hipoteca a la propia garantía constituida, y
- 3) se suele designar como hipoteca al bien sobre el cual recae el derecho real

Luego entonces de conformidad a lo previsto en el artículo 2926 del Código Civil para el Distrito Federal, el crédito garantizado a través de la Hipoteca, puede cederse, e incluso se puede decir que en los casos en los que se encuentre documentado en obligaciones a la orden o al portador, será transmisible por endoso o por la simple entrega del título y la hipoteca se transmitirá en la misma forma, siguiendo a la obligación principal.

Es decir, el Código Civil para el Distrito Federal, reglamenta la cesión de los derechos crediticios en una forma similar a la cesión de los Título de Crédito regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,

En consecuencia, legalmente se puede hacer la cesión de un Crédito Hipotecario, única y exclusivamente por el acreedor, como lo es el tenedor de un Título de Crédito.

3.5.1.1 CESIÓN DE CRÉDITOS ENTRE ACREEDORES

Los sujetos son dos: el cedente o sea la persona que hace la cesión y el cesionario o sea aquella a cuyo favor se hace; en el caso de la cesión de créditos entre acreedores no se requiere el consentimiento del deudor salvo que así se hubiere convenido con éste en el contrato principal; y pueden ser objeto de la cesión todos los derechos de crédito, excepto aquellos que sean personalísimos. Dicho supuesto se encuentra planteado en los arts. 2029 al 2050 del Código Civil para el Distrito Federal, que en específico nos habla acerca de la cesión de créditos en general.

Como se desprende de las normas jurídicas contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, la cesión de créditos en general no requiere formalidad alguna, salvo que recayese sobre derechos inmobiliarios, en cuyo caso, la transmisión debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos en contra de terceros según lo estipulado en el Código Civil para el Distrito Federal en sus arts. 2031, 2316 y 2317, pero principalmente los efectos se van a producir en contra del deudor, puesto que una vez realizada la cesión del crédito hipotecario, el cumplimiento de la obligación de pago a cargo del deudor se modifica solo en cuanto a la persona que aparezca como cesionario, ya que éste a partir de ese momento será el acreedor

El acreedor que transmite un crédito responde de la existencia y legitimidad de dicho crédito al tiempo de la transmisión a no ser que se hubiere transmitido como dudoso; **pero no responde de la solvencia del deudor** salvo que así se hubiese expresamente convenido.

La cesión puede realizarse sobre los derechos hereditarios, de créditos o **derechos litigiosos**, de créditos o **derechos hipotecarios** y de créditos mercantiles en títulos de crédito a través del endoso, entre otros.

En la cesión de derechos litigiosos no importa cual sea la procedencia del crédito, sino mas bien el tipo de garantía que tenga el mismo, ya que puede ser una garantía personal o una garantía real y al hablar en este trabajo de los créditos hipotecarios, estamos hablando de la cesión de derechos litigiosos con garantía real hipotecaria.

La cesión de los derechos litigiosos procede incluso hasta después de dictar sentencia, pero antes de la adjudicación del bien que se hubiese sacado a remate, por eso es importante distinguir la transmisión de derechos litigiosos con la transmisión de derechos hipotecarios.

Cuando se lleva a cabo la transmisión de derechos hipotecarios, entre los acreedores, es en el momento que el deudor ha estado cumpliendo con su obligación de pago y solo bastara que el acreedor actual (comparándolo con el tenedor último de un título de crédito sin que se haya vencido el termino de pago) le haga del conocimiento al deudor a partir de que fecha y en que lugar realizara el deudor el pago de su obligación, respetando en todo momento el término de vencimiento y las condiciones del contrato original, es decir el deudor seguirá pagando en la misma forma y bajo las mismas condiciones que lo venía haciendo, solo que a un nuevo acreedor y en el lugar que se le indique.

Esta forma de cesión de créditos hipotecarios ha venido sucediendo en los últimos años, no solo en el Distrito Federal, sino que en toda la República Mexicana.

Pues si bien es cierto que la Institución Bancaria que otorgo el crédito hipotecario, desaparece por la fusión a otra Institución, también es cierto que la Institución que subsiste adquiere todo el cúmulo de obligaciones y derechos de la que desaparece de conformidad a lo establecido en el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dice:

“Artículo 224.- La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior. Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan, podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, **y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomara a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.**”

3.5.1.2 CESIÓN DE CRÉDITO ENTRE DEUDORES

El deudor es el sujeto pasivo de una relación de crédito hipotecario que tiene a su cargo un deber jurídico denominado deuda.

Cualquier persona puede ser deudor hipotecario, sin importar que otra calidad tenga, solo que para que pueda colocarse en la calidad de deudor hipotecario deberá de cubrir ciertos requisitos dentro de los cuales los más importantes son:

- * Presentar una solicitud de crédito, acompañando los documentos necesarios para demostrar fehacientemente cuales son sus ingresos mensuales y las personas que dependan del solicitante.

- * Autorizar, a la persona física o moral de quien esta solicitando el otorgamiento del crédito, para que se realice una investigación y se tenga una veracidad de los datos que proporciono.

Llamando a este conjunto de elementos Estudio Socioeconómico, estudio que cuando se trata de un empleado, sea de la iniciativa privada o de la burocracia, deja de realizarse.

Para efecto de aclarar el motivo por el cual a las personas físicas que dependan de un patrón no se les realiza el estudio socioeconómico, para el otorgamiento de un crédito hipotecario, es necesario recordar que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su art. 123 apartado A, fracción XII, establece que: **“toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas hagan a un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones.**

Se considera de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del gobierno federal, de los trabajadores y de los patrones, que administre los recursos del fondo nacional de la vivienda. Dicha ley regulará las formas y procedimientos **conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones antes mencionadas. . . .** “. Los mismos beneficios otorga este artículo en comento en su apartado B, para todos los empleados de la burocracia. Tal es el caso específico de los préstamos que el Instituto Nacional del Fondo para la Vivienda de los Trabajadores (**INFONAVIT**) y el Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicio Social de los Trabajadores del Estado (**FOVISSSTE**), mediante los cuales los trabajadores adquieren una habitación contrayendo una deuda que les es deducida a través de su salario, es decir la Secretaría o el Patrón donde el trabajador presta sus servicios, tiene la facultad para realizar los descuentos al salario del trabajador, en la cantidad que dicho trabajador haya convenido con la Institución que le otorgo el crédito.

En resumen, los trabajadores pueden contraer deudas, ya sea con una Institución crediticia, cualquiera que sea en forma directa o con una Institución

de Servicio Social creada por el Estado para proporcionar este tipo de créditos hipotecarios. En el primer caso se conserva el derecho personal de cumplir con los requisitos exigidos para el otorgamiento del crédito y comprometerse en su calidad de deudor a cubrir el pago, en la cantidad y plazo que se hubiese fijado en el contrato correspondiente. En el segundo caso el compromiso del trabajador o empleado, queda debidamente fijado con la Institución pero además faculta a su patrón para que le haga los descuentos en su salario, que será a partir de que dicho patrón reciba las constancias del adeudo y que tenga conocimiento de las condiciones en que fue aceptado por el trabajador.

Se dan casos en los cuales el trabajador, solicita crédito a una Institución crediticia de la iniciativa privada y al mismo tiempo solicita crédito a la Institución Social creada por el Gobierno, siendo en todos los casos que el bien inmueble adquirido y otorgado en garantía (hipotecado), queda como garantía en primer término a favor de la institución privada y en segundo término a favor de la institución social.

En todos los casos el acreedor asegura el cumplimiento del pago que debe de realizar el deudor, estableciendo en el clausulado del contrato la prohibición de la cesión de deuda, fundamentando su determinación en lo establecido en el Código Civil Federal, el cual me permito transcribir resaltando en negrillas aquellos artículos que prohíben la cesión de deuda o que favorecen en ese aspecto al acreedor:

“Artículo 2051.- Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.

Artículo 2052.- Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo.

Artículo 2053.- El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario.

Artículo 2054.- Cuando el deudor y el que pretenda sustituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la sustitución, **pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa.**

Artículo 2055.- El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo; pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la sustitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen.

Artículo 2056.- El deudor sustituto puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda y las que le sean personales; pero no puede oponer las que sean personales del deudor primitivo.

Artículo 2057.- Cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios; pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe.”

En resumen: la cesión de deuda esta permitida, siempre y cuando exista autorización del acreedor de lo contrario esa cesión es nula, dando derecho al acreedor para rescindir el contrato o darlo por vencido anticipadamente y exigir su pago en forma inmediata.

Es importante aclarar que en los casos de que el acreditado, llámese deudor principal, es un trabajador y que el crédito fue otorgado por una Institución Social, independientemente de que dicho crédito queda inscrito en el

Registro Público de la Propiedad y del Comercio, se da aviso al patrón para que realice las retenciones necesarias y todo el sistema jurídico a su alrededor es movido y acomodado para que al término del pago de dicho crédito la propiedad del inmueble y todos los derechos sobre este pertenezcan al deudor o acreditado original; por lo que el cambio de este último implica:

1.- Por un lado que la institución de crédito **analice y verifique que el deudor sustituto cuenta con solvencia económica para realizar el pago en las mismas condiciones que el deudor** principal, lo cual en práctica es algo que no ocurre, ya que por lo general antes de pedir la autorización de la institución bancaria o de crédito se otorga la posesión del bien hipotecado lo que lleva a la posterior rescisión del contrato.

2.- Por otra parte la investigación que tendría que realizar la institución para conocer la solvencia económica del deudor sustituto, le haría perder recursos y tiempo, lo cual la hace **que la petición de cambio de deudor sea tardía en perjuicio de los deudores.**

3.- Al aceptar un cambio de deudor la institución no cambia el nombre del deudor principal en el contrato, si no que **realiza un nuevo contrato** y termina con el anterior, ya que las circunstancias del crédito en ese momento evidentemente no son las mismas que se tenían al momento de ser otorgado, pues el deudor es otra persona y el adeudo ha disminuido o aumentado en el caso de que no se hubieran cubierto los pagos pactados. Así que habiendo cambio de deudor implica el nacimiento de dos contratos como sustitución de uno, pero que tiene en común el bien inmueble otorgado en garantía hipotecaria. Es decir, si el acreedor acepta la sustitución de deudor, tendrá que realizar un nuevo contrato con el nuevo deudor y que en la práctica se conoce como “Contrato de Reconocimiento de Adeudo con Garantía Hipotecaria” y por otra parte los deudores tendrán que realizar el “Contrato de Cesión de Deuda”, ambos deberán de llevarse ante Notario Público e inscribirse en el Registro

Público de la Propiedad, para una seguridad jurídica del deudor vigente que obtiene por ese medio el beneficio de la habitación.

3.5.2 CONTRATOS DE COMPRA VENTA CON TERCEROS.

Concluiremos que la compra venta de un bien inmueble que se encuentra como garantía en un crédito hipotecario y que dicho gravamen se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, **es nulo** no obstante que el crédito haya sido cubierto en mas de un cincuenta por ciento, toda vez que en este caso el Contrato de Crédito con Garantía Hipotecaria se perfecciona o termina hasta el momento en el que se cubre la deuda en su totalidad, por el hecho de las características especiales de la hipoteca que se encuentran establecidas en el Código Civil Federal, como son:

1) Realidad.- Es un derecho real, o sea que siempre se tiene un derecho sobre el bien inmueble, aunque este pase a poder de otro poseedor o cambie de propietario, considerando que de este concepto se derivan los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago; el acreedor puede hacer valer su derecho según el grado de preferencia que indique la ley, según el artículo 2894 del Código Civil Federal.

2) La Accesoriedad.- Considerando que el derecho real derivado de la garantía es siempre accesorio de una obligación personal. Es decir, para que se pueda dar la garantía hipotecaria, necesariamente debe de existir un contrato mediante el cual el deudor este obligado al pago en dinero.

3) Inseparabilidad.- Este carácter resulta del motivo de que no se puede separar el bien inmueble de la hipoteca, dada su naturaleza jurídica, al tener una acción real persecutoria, es decir, la hipoteca seguirá al bien a pesar de las transmisiones del dominio que indebidamente pueda sufrir el inmueble y será

oponible a terceros de buena o de mala fe, según lo previsto en el art. 2894 del Código Civil Federal.

4) Indivisibilidad.- Este concepto implica que aunque la deuda garantizada sea reducida por pagos parciales, el gravamen hipotecario permanece integro, de conformidad a lo establecido en el art. 2911 del Código Civil Federal.

5) Especialidad.- Este principio esta contenido en el artículo 2919 del Código Civil Federal, que afirma que la hipoteca nunca es tácita ni general, es decir, el bien hipotecado debe de estar bien definido y delimitado.

6) Publicidad.- La hipoteca debe ser publicada inscribiéndola en el Registro Público según los arts. 2999 y 3002 del Código Civil Federal.

7) Formalidad.- La hipoteca requiere determinados requisitos formales para darle validez al acto jurídico, puesto que en la actualidad no existe ningún bien inmueble que pudiera tener un costo inferior a los trescientos sesenta y cinco salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal, por lo que necesariamente todo contrato que se realice en el cual tenga como consecuencia la hipoteca de un bien inmueble, deberá de llevarse a cabo por un Notario Público.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si por hecho y por derecho, las actividades que realizan las Instituciones Bancarias se consideran o refutan mercantiles, todo contrato que contenga una garantía hipotecaria debe ser regulado por el Código de Comercio.

SEGUNDA.- No obstante el resultado del presente trabajo, hace falta ser más precisos y específicos en cuanto al alcance del derecho mercantil. Resulta pues imperativo establecer uniformidad y precisión diáfana en la materia mercantil respecto a la forma que deben revestir los actos mercantiles en general, entendiéndose por forma no sólo la manera en que se exterioriza el consentimiento sino también las formalidades o solemnidades que deben revestir para su validez.

TERCERA.- En virtud del alcance jurídico de la fracción II del art. 121 constitucional para salvaguardar el federalismo establecido en nuestra Constitución, resulta necesario que el Congreso de la Unión, con base en la facultad que le conceden las fracciones X y XXX del artículo 73 constitucional, modifique el Código de Comercio, estableciendo las normas necesarias para reglamentar los créditos y su recuperación, cuando para el cumplimiento de pago se garanticen dichos créditos por medio de hipoteca.

CUARTA.- Deduciendo de estas investigaciones que las instituciones de crédito deben estar en posibilidad de ejercer la vía especial hipotecaria para hacerla efectiva ante el incumplimiento de la obligación principal que garantiza, pues de lo contrario se harían nugatorios los derechos de ejecución relativos al no encontrarse estatuido el procedimiento hipotecario en la legislación mercantil como un juicio que permita válidamente la ejecución de la garantía hipotecaria, motivo por el que se realiza el presente trabajo.

QUINTA.- Que se reglamente en la ley del notariado, que cuando el notario protocolice un contrato, cualquiera que sea, anexe al testimonio fotocopia de una identificación oficial de cada una de las partes que intervengan en dicho contrato, previa su certificación.

SEXTA.- Que se reglamente en el Código de Comercio y en la ley del notariado, que cuando le soliciten la protocolización una compra venta de un inmueble que tenga crédito hipotecario, de aviso y solicite la presencia del acreedor hipotecario, para efectos de su consentimiento.

SEPTIMA.- De igual manera, que se reglamente en la ley del notariado, que cuando se otorgue un poder para administración, venta y pleitos y cobranzas de un bien inmueble, por parte de un supuesto propietario, primero se verifique ante el Registro Publico de la Propiedad, si la persona que pretende otorgar el poder es realmente propietario del inmueble y si dicho inmueble cuenta con algún gravamen y si existiera gravamen se de vista al acreedor para su aceptación y en caso de negativa del acreedor se abstenga dicho notario de otorgar el poder.

OCTAVA.- De realizarse las reformas indicadas en las conclusión anteriores se lograría una seguridad jurídica tanto para el deudor sustituto, comprador de buena o mala fe y el acreedor hipotecario, pero sobre todo dejarían de existir las violaciones al proceso de recuperación judicial bancario en créditos con garantía hipotecaria.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCIA, Carlos, *Práctica Forense Civil y Familiar*. 6ª Editorial Porrúa, México 1986

AZUA REYES, Sergio T., *La Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Editorial Porrúa, México 1999.

BAEZA PINTO, Sergio, *El Seguro*, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994

BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, México 1982.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 12º Edición, México, Editorial Porrúa, México 1991.

CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Hispanoamericana, Buenos Aires 1944.

DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, *Elementos de Derecho Mexicano*, Vol. IV, Antigua Librería de Robredo, México 1992.

DE PINA Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1979.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo III, Editorial ABC, Bogotá, 1972.

DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

ESCAMILLA G., Gloria, *Manual de Metodología y Técnicas Bibliográficas*, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, U.N.A.M. 1998.

GARCIA AVILES, Alfredo, *Introducción a la Metodología de la Investigación Científica*, Editorial Plaza Valdez, México 1997.

GUASTENI, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Editorial Porrúa, México U.N.A.M. 2003.

MARGADANT S. Guillermo F., *Derecho Romano*, Ed. Esfinge, S.A. Colima 220503, México 7 D.F. 1991.

MARTINEZ PICHARDO, José, *Lineamientos para la Investigación Jurídica*, Editorial Porrúa, 2003.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México 1980.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1984.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, 3ª. Edición, Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 8, Editorial, Mexicana, 1997.

PÉREZ FERNANDO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

RAMIREZ BAÑOS, Federico, *Tratado de Juicio Mercantiles*, Editorial Antigua Librería Robredo, México 1963

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo VI, Editorial Antigua Librería de Robredo, México 1961.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1994.

TREVIÑO GARCIA, Ricardo, *Los Contratos Civiles y sus Generalidades*, Quinta Edición, Serie Jurídica Editorial Mc-Graw-Hill, 1995.

VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Las Garantías del Crédito*, 2ª. Edición, Santa fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, México 1998.

ZAMORA PIERCE, Jesús, *Derecho Procesal Mercantil*, Editorial. Cárdenas, México 1983

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa México 1992.

OBRAS GENERALES

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 14ª. Ed. México 1986

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid 1998.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1984

QUILLET, *Diccionario Enciclopédico*, Tomo Sexto, Editorial Cumbre, s.a. 1998.

LEGISLACIÓN

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
2. CÓDIGO CIVIL FEDERAL
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES FEDERALES
4. CÓDIGO DE COMERCIO
5. LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO
6. LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES
7. LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO
8. LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DE CRÉDITO
9. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
10. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL
11. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES ARGENTINO
12. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES ESPAÑOL

OTRAS FUENTES

Consultas en las páginas de Internet siguientes:

www.camaradediputados.gob.mx

www.tsjdf.gob.mx

www.bibliotecaunam.com.mx

www.club.telepolis.com./manuel1/derecho.htm

www.hipoteca-francia.com.mx

www.finance-france.com.mx

www.lebreriaisef.com.mx

Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation