UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

ESTUDIO DEL CONTRATO DE HIPOTECA

T E S I S

que para optar al título de
Licenciado en Derecho,
presenta el alumno

ALEJANDRO RENTERIA DE LASSÉ

MEXICO, D. F.
1 9 5 5

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis Padres

A mis Hermanos

A mis Maestros

A mis Amigos

ESTUDIO DEL CONTRATO DE HIPOTECA

INDICE

PAGS.

Prólogo 13

CAPITULO I.—Antecedentes históricos.—Roma.—Fiducia.—Pignus.—Actio Serviana.—Hipoteca; Caracteres.—Clases de Hipotecas.—Cosas susceptibles de hipotecarse.—Constitución del Contrato de hipoteca y acciones derivadas del derecho de Hipoteca.—Efectos del contrato de Hipoteca entre las partes.—Prelación de créditos hipotecarios y concurso de varios acreedores hipotecarios.—Extinción del derecho de Hipoteca.—Defectos del sistema Hipotecario Romano.—Influencia del sistema Hipotecario Romano.—Derecho Germánico; orígenes del sistema hipotecario.—Desarrollo Histórico.—Satzung.—Recepción del Derecho Romano en Alemania, en relación con esta materia.—Características actuales de la Hipoteca en el Derecho Germánico.—Objeciones a su sistema.—Influencia del sistema Germánico.—La hipoteca en España; desarrollo histórico.—Características actuales de la Hipoteca en España.—La Hipoteca en el derecho Francés; Evolución histórica, Código de Napoleón.—La Hipoteca en México 15

CAPITULO II.—Nociones generales del contrato de Hipoteca.—Definición.—Naturaleza jurídica. Carácteres.—Derecho real del mismo nombre.—Accesoriedad.—Indivisibilidad.—Especialidad.—Diversas clases de Hipotecas.—Diferencias entre la Hipoteca y la Prenda 45

CAPITULO III.—Bienes susceptibles de ser gravados con Hipoteca; bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos.—Clases de bienes que para los efectos de la Hipoteca son considerados como inmuebles y por tanto pueden ser gravados con ella.—Accesiones.—Mejoras.—Construcciones.—Frutos industriales y rentas vencidas.—Frutos y rentas pendientes.—Servidumbres.—Nuda propiedad y usufructo.—Uso y habitación.—Bienes litigiosos.—Hipoteca sobre Hipoteca.—Hipoteca de bienes ya hipotecados.—Hipoteca sobre la Copropiedad.—Hipoteca sobre la posesión.—Hipoteca de la herencia.—Hipoteca sobre concesiones.—Hipoteca de los derechos de autor.—Otras modalidades en cuanto a los bienes que pueden ser hipotecados.—Hipoteca sobre bienes muebles y su reglamentación 73

CAPITULO IV.—Constitución de las Hipotecas; facultad de hipotecar.— Formalidades.— El acto unilateral como fuente de constitución de las Hipotecas.— Cédulas hipotecarias.— El testamento como causa eficiente de la hipoteca.— La Ley como forma constitutiva de la Hipoteca.— Hipoteca constituída por el propietario aparente.— Hipoteca constituída por quien es propietario bajo condición.— Hipotecas constituídas por el donatario cuando es revocada la donación.—Hipoteca constituída por el propietario cuyo título es declarado nulo.—Hipoteca constituída por la mujer casada.—Representación.—Publicidad de las Hipotecas.—Sistemas de Publicidad inmobiliaria.—Sistema Romano.—Sistema Francés.—Sistema Alemán.—Sistema Suizo.—Sistema Australiano o del Acta Torrens.— La publicidad y el registro de las Hipotecas en el Derecho Mexicano; antecedentes históricos.—La legislación vigente.—Formalidades del Registro.—Enunciaciones que debe contener la inscripción.—Efectos de la falta de inscripción y de la nulidad de la practicada.—Registro de Hipotecas constituídas fuera del Distrito Federal y en el extranjero 109

CAPITULO V.—La Hipoteca en relación con las partes contratantes.— Efectos respecto del propietario del inmueble hipotecado hasta antes del ejercicio de la acción hipotecaria; derechos, deberes.— Efectos de la Hipoteca respecto al acreedor hipotecario; derechos deberes.—Efectos de la Hipoteca con relación a terceros.— Efectos de la Hipoteca en relación con el crédito que garantiza.— Ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario 157

CAPITULO VI.—La Hipoteca del propietario; antecedentes históricos, Derecho Romano. — Derecho Alemán. — Naturaleza jurídica.— Nuestra Legislacin y la Hipoteca del propietario 177

CAPITULO VII.—Transmisión y extinción de las Hipotecas; su duración y prórroga.—Diversas formas de transmisión de las Hipotecas y sus efectos.—Formas de extinción de las hipotecas y sus efectos. Cancelación de la inscripción de las Hipotecas 185

Conclusiones 203

PROLOGO

A manera de introducción del presente estudio sobre el "Contrato de Hipoteca", deseo expresar el motivo por el cual quise abordar este tema para desarrollar mi tesis profesional; ello fué la inquietud y extrañeza que me causaron las tentativas, tanto en el Derecho Alemán como en el Derecho Español de crear un derecho hipotecario autónomo, independiente de la materia del Derecho Civil, con Instituciones propias; sin embargo, posteriormente, con el estudio que realicé sobre dicha materia, me dí cuenta de la importancia de ella, de la amplitud de su campo, de los interesantes y complejos problemas que nos presenta y creo ahora estar convencido, al iniciar el presente estudio, que el Derecho Hipotecario actual puede con propiedad denominársele como tal; pero ello no quiere decir que nosotros pretendamos crear un nuevo Derecho como lo es el Derecho Civil o el Derecho Mercantil, ya que creo que ello no podría llegar a constituirse nunca, nuestra materia hipotecaria deriva de aquellas dos fundamentalmente, pero sin embargo, sí debemos investirla de cierta autonomía jurídica, en un plano secundario, podríamos decir; y en cambio, dentro de un punto de vista didáctico, podemos afirmar que la materia hipotecaria sí llena los requisitos esenciales de un estudio distinto al del Derecho Civil o al del Derecho Mercantil; es decir, desde este punto de vista le señalamos una autonomía de carácter primario.

El presente trabajo, desgraciadamente, no agota los diferentes y sugestivos temas que nuestra materia nos presenta, en él únicamente he querido abordar los fundamentales que a mi juicio son necesarios para la comprensión del estudio desarrollado; y solamente, porque en mi concepto lo he creído de bastante interés y cierta importancia, me ocupo en forma especial del tema relativo a la Hipoteca del Propietario.

Inicio mi estudio con unas notas históricas acerca de la Institución de la Hipoteca en el Derecho Romano, que es y será siempre fuente inagotable y perenne de toda clase de derechos e Instituciones Jurídicas; asimismo, apunto, aunque brevemente, algunas notas históricas de la hipoteca dentro de las legislaciones que son antecedentes de la nuestra en esta materia, fundamentalmente la Alemana, la Española y en menor grado la legislación Francesa. En seguida, y tomando como base el estudio de la hipoteca dentro de nuestra actual legislación, desarrollo los distintos temas que sobre está materia nos presenta el actual Código Civil de 1928, *haciendo*

relación en algunos casos, a nuestras antiguas legislaciones de 1870 *y de* 1884, *y en otros, por creerlo necesario, nos referimos al Derecho Comparado, fundamentalmente al Derecho Alemán, al Español y al Derecho Australiano; en algunos temas, como se podrá dar cuenta el lector, he puesto mayor atención por la propia importancia de ellos; en otros, por lo sugestivo que los hemos encontrado; así, entre otros, dedicamos especial consideración a la modificación de nuestro actual Código en relación con los anteriores por lo que se refiere a la divisibilidad de la hipoteca en relación con los bienes gravados; a las posibilidades actuales conforme a nuestra legislación de constituír hipotecas sobre toda clase de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales; los problemas relativos al Registro de las Hipotecas; etc., en estos temas, como en otros más, he procurado apegarme al criterio del legislador de* 1928 *y demás Leyes vigentes aplicables a nuestra materia, sin embargo, en algunos casos, he creído necesario hacer algunas consideraciones personales que únicamente tienen por objeto expresar mi criterio sobre tales temas sin pretender imponer mi pensamiento pasando por alto la justificada crítica que sobre él pueda hacerse.*

Creo necesario por último repetir que mi estudio no ha podido agotar los diferentes temas de mi materia; fundamentalmente he de confesar que no desarrollo con la amplitud debida el tema relativo a las instituciones de crédito hipotecario y a los títulos denominados Cédulas Hipotecarias y en general todo lo relativo a la Hipoteca en materia Mercantil; pero por si ello pudiera servirme de justificación a esta omisión, he de manifestar que mi estudio está encaminado al aspecto de la hipoteca dentro del campo del Derecho Civil, y dentro de éste estudio sí me sentiré inmensamente satisfecho si consigo, por lo menos, dirigir mi exposición en tal forma que me pueda permitir llegar al correcto planteamiento de los problemas que le son relativos.

Alejandro Rentería de Lassé.

CAPITULO I

Antecedentes históricos.— Roma.— Fiducia.— Pignus.— Actio Serviana.— Hipoteca, caracteres.— Clases de Hipoteca.— Cosas susceptibles de hipotecarse.— Constitución del contrato de hipoteca y acciones derivadas del derecho de Hipoteca.— Efectos del contrato de hipoteca entre las partes.— Prelación de créditos hipotecarios y concurso de varios acreedores hipotecarios.— Extinción del derecho de hipoteca.— Defectos del sistema hipotecario romano.— Influencia del sistema hipotecario romano. —Derecho Germánico, orígenes del sistema hipotecario.— Desarrollo histórico.— Satzung.— Recepción del derecho romano en Alemania, en relación con esta materia.— Características actuales de la hipoteca en el derecho germánico.— Objeciones a su sistema.— Influencia del sistema germánico.— La hipoteca en España; desarrollo histórico.— Características actuales de la hipoteca en España.— La hipoteca en el derecho Francés, evolución histórica, código de Napoleón.— La hipoteca en México.—

Antecedentes históricos.— Roma.— En Roma existían dos clases de garantías en favor de los acreedores. la primera de ellas era la garantía personal que consistía en el compromiso de una o varias personas *(adpromissores)* que se obligaban junto con el deudor principal para con el acreedor, de tal manera que éste podía dirigirse a cualquiera de ellos —en este caso el más solvente—, para hacerse pagar su crédito. La otra clase de garantía era de carácter real, y consistía en la afectación de una cosa al pago de una deuda. Cada una de estas garantías tenía sus ventajas: la de la caución personal, estribaba en la rapidez con que se podía hacer pagar el acreedor al vencimiento de la deuda; en cambio, con la garantía real, el procedimiento era un poco lento, tenía que promover el acreedor la venta de la cosa dada en garantía, pero, sin embargo, esta clase de garantía reportaba al acreedor mayor seguridad para cobrar su crédito porque le daba un derecho exclusivo sobre la cosa comprometida.

En los primeros tiempos, la garantía personal, constituída por "*satisdatio*", tenía preferencia entre los romanos, sobre todo porque había un pequeño número de familias ricas, y la generalidad de la gente era pobre y al recibir préstamos, no podían garantizar su pago con bienes para ofrecer al acreedor una garantía real que garantizara su crédito, por lo cual se recurría a la garantía personal mediante la intervención de los amigos o los parientes del prestatario que se comprometían como *Adpromissores.*

Más adelante, hacia fines de la República, se produce un cambio; se recurre entonces a la garantía real, constituída por figuras un tanto imperfectas como eran la *fiducia* y el *pignus*, figuras que son reemplazadas en los comienzos del Imperio por otra más perfeccionada, la *Hipoteca*, y que constituyen por tanto los diversos derechos reales de garantía en Roma.

Siendo antecedentes de la Hipoteca, la Fiducia y fundamentalmente el Pignus, es necesario hacer una breve exposición de ellos.

Fiducia.—En primer lugar, la *fiducia* es el procedimiento más antiguo para otorgar una seguridad real; consistía en la transmisión del dominio de una cosa mediante la solemnidad de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*—, dicha cosa era una *res mancipi* mueble o inmueble—, que hace el deudor en favor del acreedor, por lo cual éste último pasaba a ser propietario de la cosa dada en garantía, si bien con el pacto adjunto de *fiducia*, por cuya virtud, el acreedor se hallaba comprometido a retransmitir la propiedad de la cosa al deudor, una vez que se le hubiere satisfecho su crédito; pero mientras esto no sucediera, el acreedor tenía el derecho de usar y disponer de la cosa como legítimo propietario y en caso de que no le fuera satisfecho su crédito oportunamente, podía venderla, debiendo entregar el remanente del precio al deudor una vez que se hubiere pagado su crédito, y en caso de que el deudor pagase al acreedor su deuda, éste debía transmitirle nuevamente la propiedad de la cosa por la *usureceptio*, poseyéndola durante un año. Este sistema tenía para el acreedor una gran ventaja: la propiedad de la cosa dada en garantía y el derecho de venderla; en cambio, para el deudor, tenía grandes inconvenientes: en primer lugar no tenía la acción real contra terceros para recuperar su bien en caso de que el acreedor lo hubiese vendido antes de que se cumpliese el plazo para que le fuera pagado su crédito, el deudor sólo tenía la acción *fiducia* que era personal, y la de *usureceptio* contra el acreedor, tampoco podía servirse de la cosa para dar garantía a otro acreedor aun cuando aquélla tuviera un valor muy superior a la primera deuda, de este modo su crédito estaba comprometido.

Pignus.—Más adelante, fué la *prenda* (pignus), el contrato para garantizar de una manera real el crédito de los acreedores; este contrato era más sencillo y menos desfavorable al deudor, ya que por efecto del cual el deudor entregaba al acreedor una cosa mueble o inmueble para garantía de su crédito, y éste estaba facultado para conservar la posesión de la cosa que se le entregaba en garantía hasta que su crédito le fuera satisfecho; por virtud de esta posesión que detentaba el acreedor, éste gozaba de la protección *interdictal*, es decir, podía usar del *interdicto possessorio* que le concedía el Pretor para recuperar la posesión de la cosa de manos de los

terceros o del propio constituyente. Pagada la deuda, el deudor podía reclamar la prenda ejercitando la *actio pignoraticia directa*. Organizada de esta forma la institución, tuvo dos errores fundamentales: en primer lugar, el acreedor desposeído de los bienes no gozaba de acción real que hiciese efectivo su derecho contra terceros; por otra parte, los efectos del contrato se limitaban al secuestro de la cosa, sin que se facultara al acreedor a venderla en caso de que al vencimiento del crédito, éste no fuere satisfecho, sin embargo, se podía estipular expresamente el pacto de *distrahendo pignore* que otorgaba al acreedor dicha facultad; asimismo, algunas veces se llegó a pactar el *pactum comissorio* por virtud del cual el acreedor se apropiaba el dominio de la cosa en pago de su crédito. El *pacto de vendendo*, llegó a generalizarse, e inclusive Justiniano, declaró nulo el pacto excluyente de ese derecho. Promovida la venta de la cosa por el acreedor, éste cubría su crédito con el producto de dicha venta, y en caso de que llegare a haber un remanente, éste debería entregarse al pignorante; por otra parte, el acreedor ejercitando la *actio pignoraticia contraria*, podía cobrarse algunos derechos que él aducía, como por ejemplo, gastos hechos sobre la cosa pignorada, etc.

Actio Serviana.—Pronto sobreviene una época en que el derecho del acreedor pignoraticio se configura en un verdadero derecho real; fué por virtud de una acción, la *actio Serviana* que concedió el Pretor: el arrendatario al entrar en posesión del fundo arrendado, pignoraba en favor del arrendador los instrumentos de cultivo y demás cosas que introducía al fundo dado en arriendo *(invecta et illata)*, dichos bienes garantizaban al arrendador el pago de las rentas, y el arrendatario, no podía sustraerlos del inmueble en tanto no hubiera pagado las rentas. Mediante la *actio Serviana*, el arrendador podía exigir la entrega de los *invecta et illata* de cualquier tercero que los tuviera en su poder, constituyéndose dicha acción en una verdadera acción Real ejercitable contra cualquiera.

Ahora bien, como esta misma acción fué concedida al que obtenía en un contrato el derecho de hacer efectivas las obligaciones sobre cosas determinadas propiedad del deudor, aunque no fueran *invecta et illata* y aunque el contrato no fuera de arrendamiento, y además añadió el Pretor a dicha acción la facultad de vender las cosas una vez en posesión de las mismas para hacerse pago el acreedor con el producto de la venta; vino de este modo a legitimarse y generalizarse una especie de prenda contractual, sin tradición, que los compiladores del Corpus Juris designaron con la palabra griega *hypotheca* y a la acción derivada de ella, *actio quasi Serviana, Serviana in rem utilis, pignoraticia in rem actio* o *actio hypothecaria*, la cual viene a llenar la necesidad de un progreso más completo, de un procedimiento en que al

mismo tiempo que procurase al acreedor una garantía real, dejase la cosa en posesión del deudor, al menos hasta el vencimiento del crédito por ella garantizado; de este modo quedaban conciliados los intereses del acreedor y del deudor; el acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, sino un derecho especial que le permite en momento oportuno, es decir si no se le ha pagado oportunamente su crédito, hacerse poner en posesión de la cosa y tener una situación igual a la que le hubiese dado la prenda. El deudor por otra parte, mientras que su deuda no está extinguida, conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada, puede pues, utilizarla y afectarla a la seguridad de otros acreedores.

Por efecto de la generalización del principio que le sirve de base, para designar ese derecho nuevo sobre la cosa dada en garantía y para designar el contrato del cual deriva dicho derecho, se usaron indistintamente las palabras *pignus* e *hipoteca;* pero en un sentido más restringido, la palabra *pignus* no se empleó sino cuando el acreedor tiene la posesión de la cosa dada en garantía, mientras que la hipoteca propiamente dicha no supone de ningún modo esta posesión. Pero esta diferencia no influye en nada sobre la naturaleza real de los conceptos que es la misma en los dos casos, por lo que nos apegamos a la idea de que la palabra hipoteca debió ser el nombre griego que designaba al pignus; y aunque Ulpiano apunta la diferencia de estas dos palabras diciendo: "*proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possesio ad creditorem*", pero en realidad la diferencia a que nos venimos refiriendo, fué por efecto del momento de transición en que el *pignus* se fué transformando en la *hipoteca* y dió origen a que en esos momentos de indiferenciación, los autores se confundan y llamen pignus a lo que en realidad ya era una hipoteca o bien llamen con éste nombre al pignus que aún no tenía las características de la garantía real de hipoteca. Esta confusión se suscitó en virtud de que en un principio, la hipoteca no facultaba al acreedor a vender la cosa hipotecada y a aplicar el precio obtenido por la venta a la extinción del propio crédito; tal facultad sólo se concedía al acreedor en virtud de un pacto expreso llamado *pactum de vendendo;* tampoco podía apropiarse de la cosa y sólo mediante otro pacto especial, *pacto commissorio* se reconocía al acreedor ésta facultad, pero ya posteriormente, el contrato de hipoteca se fué perfeccionando y la facultad de vender la cosa y pagarse el acreedor su crédito con el precio obtenido, pasó a ser considerada como inherente al contrato; en cambio, el *pacto commissorio,* fué prohibido por el emperador Constantino, y solamente mediante la autorización *Imperatio Domini,* el príncipe concedió al acreedor insatisfecho la facultad de apropiarse la cosa hipotecada pasado un cierto tiempo desde el del vencimiento del crédito, luego de haberse promovido inútilmente la venta de la cosa

y de haber transcurrido un bienio sin que el deudor haya ejercitado la facultad de rescatarla. Todos estos cambios, innovaciones, etc. dieron lugar a la confusión meramente conceptual de las dos palabras *pignus e hipoteca,* ya que como dijimos anteriormente, la naturaleza del derecho real en las dos instituciones en ese momento era la misma.

Hipoteca.—Caracteres.—Estudiados ya los antecedentes principales del contrato de hipoteca, ahora nos ocuparemos del estudio del mismo tal como era considerado en el Derecho Romano.

La hipoteca era considerada como un derecho real, accesorio por naturaleza, y no podía existir más que con la condición de garantizar el cumplimiento de una obligación en favor de la persona por quien se constituía y no importaba que dicha obligación hubiese recibido o nó la sanción civil; una obligación natural podía servir de base a una hipoteca mientras que la ley no la repudiara expresamente. Además no era necesario que la obligación fuera presente ya que podía ser futura o condicional, sin embargo en este último caso, la hipoteca no existía si la condición no viene a nacer; pero en cambio si la condición llegase a nacer, la hipoteca tenía efectos retroactivos al tiempo de su constitución, a menos que no dependiera de la voluntad del futuro acreedor hacer nacer o nó hacer nacer el crédito que la hipoteca está destinada a garantizar. Por otra parte, no era necesario que la deuda a garantizar fuera del constituyente, nada se oponía a que se gravara una cosa propiedad del constituyente por la deuda de otro.

Otra característica de la hipoteca era la indivisibilidad de la misma; fundada en la voluntad presunta de las partes y nó en la naturaleza de la institución, y significaba que la hipoteca subsistía toda entera sobre la totalidad del bien gravado aun cuando una parte de la deuda hubiese sido pagada; mientras se siga debiendo algo, subsiste la hipoteca; la razón es que muchas veces ofrecía gran dificultad hacer sufrir a la cosa hipotecada una división proporcional a la división del crédito, pero como se dijo anteriormente, nada se oponía a que las partes derogasen esta disposición legal y declarasen la hipoteca divisible si en un caso dado la imposibilidad señalada no se presentaba.

La cosa dada en hipoteca, debería ser una cosa propia y estar desde luego en el comercio, es decir que pudiera ser enajenada, ya que el contrato de hipoteca puede dar eventualmente derecho a una enajenación; por otra parte, para hipotecar una cosa era preciso ser propietario de ella; la hipoteca de la cosa de otro es nula, pero puede ser válida por el consentimiento posterior o por la ratificación del propietario; asimismo, puede hipotecarse la cosa de otro, en el caso de que el constituyente de-

venga a ser propietario de la misma. Si fuera de las dos hipótesis mencionadas, alguien hipotecaba una cosa que no le perteneciera, no existía hipoteca, sin embargo se estatuyó de buena fe una *acción hipotecaria útil* si el constituyente llegase a adquirir la propiedad para lo sucesivo de la cosa, o si la propiedad de la misma le fuera transmitida por herencia; esta ventaja estaba asegurada por la constitución de buena fe de la hipoteca, ya que existiendo esa condición, la posición del acreedor era más favorable puesto que gozaba inmediatamente de una acción hipotecaria útil regida por los principios de la *acción Publiciana.*

Era bien sabido asimismo, que la hipoteca de la cosa del acreedor (ajena) era contraria a la esencia del derecho de hipoteca, radicalmente nula y no podía jamás ser válida.

Clases de Hipotecas.—La hipoteca que gravaba un patrimonio entero se llamaba *hipoteca GENERAL,* en oposición de toda otra llamada *hipoteca ESPECIAL* que comprende una cosa en particular, o varias cosas o una universalidad pero distintas a un patrimonio entero.

La *hipoteca general,* gravaba todos los bienes del deudor, los bienes presentes y futuros, excepto aquéllos que no podían verosímilmente hipotecarse, como los objetos necesarios para la vida diaria, los vestidos del deudor y de su familia, etc. Las cosas cuyo propietario era el deudor al momento de la constitución de la hipoteca eran también gravadas aun cuando estuvieran poseídas por otras manos, ya que la hipoteca era un derecho inherente a la cosa estuviera donde estuviese y en posesión de quien estuviera. Por virtud de esta clase de hipotecas, las cosas que entraran en lo sucesivo en el patrimonio del deudor e inclusive los valores que pudiera producir su venta o el cambio de los bienes presentes, estaban también gravados por la hipoteca al momento de su entrada al patrimonio del deudor. Las mismas reglas eran aplicadas a otras universalidades de cosas, pero que no constituían todo un patrimonio; así por ejemplo, si se constituía una hipoteca sobre un rebaño, era evidente que toda las cabezas que lo componían, estaban gravadas con la hipoteca, y que ellas la soportaban en cualquier mano donde estuvieran, además, la ley declaró expresamente que las cabezas nuevas que reemplazaran a los animales muertos, estaban igualmente sometidas a la hipoteca. En otros términos, en estas clases de hipotecas el objeto de las mismas es la universalidad tal como se encuentra en el momento en que el acreedor quiere perseguir su derecho.

En ciertos casos, y en favor de ciertos acreedores, la ley constituía una hipoteca sin que fuera necesario el consentimiento de las partes. Los romanos decían entonces que se establecía tácitamente y los tratadistas modernos designan estas cla-

ses de *hipotecas* con el nombre de *legales;* las cuales, eran consagradas por el uso, otras fundadas en la voluntad presunta de las partes o bien creadas directamente por la ley. En esta clase de hipotecas el derecho nace cuando las condiciones y las relaciones que la ley señale se encuentran reunidas. La *hipoteca legal* podía gravar una cosa determinada o bien todo el patrimonio del deudor; tratándose de las primeras se hablaba de una *hipoteca LEGAL ESPECIAL;* tratándose de las segundas se denominaban con el nombre de *hipotecas LEGALES GENERALES,* y ambas se establecían sin convención.

Entre las *hipotecas legales especiales* se contaban: 1º—la de los arrendatarios de predios rústicos y urbanos; en los rústicos se constituían sobre los frutos del inmueble, en los urbanos sobre las cosas que el arrendatario introducía al inmueble, estas hipotecas se establecían para seguridad de las obligaciones que resultasen del arrendamiento y que deberían ser cumplidas por el arrendatario; estas hipotecas se constituían, la que gravaba los frutos, en el momento en que el arrendatario los hubiera percibido y si era sobre las cosas en el momento en que éstas fueran introducidas al inmueble; 2º.—La del fisco sobre los inmuebles sometidos al impuesto territorial para garantizar el pago de las contribuciones atrasadas; 3º.—La de aquel que ha prestado dinero para la construcción de una casa, era constituída sobre la misma casa; 4º.—La de los legatarios y fideicomisarios sobre la sucesión de la persona encargada de pagar el legado o el fideicomiso.

Entre las *hipotecas legales generales* se contaban: 1:.—La del Fisco por todas las deudas contraídas a su favor, excepto las que resultaban de un delito. 2º.—Las de los pupilos y los menores de edad sobre la totalidad de los bienes de sus tutores y curadores para garantizar las obligaciones que resultasen, derivadas de su gestión; estas hipotecas comenzaban a surtir efectos desde que la administración de los bienes comenzaba o iba a comenzar; 3º.—La de la mujer casada y sus herederos sobre todos los bienes del marido para garantizar la restitución de la dote, dicha hipoteca comprende inclusive las cosas dotales mismas. 4º.—La del marido para garantía de la dote que le debe ser suministrada; esta hipoteca se constituía sobre todos los bienes de la persona que estaba obligada a suministrar la dote. 5º.—La de los niños sobre todos los bienes de sus padres para garantía y seguridad de la administración de los bienes que ellos hayan obtenido de su madre o de sus ascendientes maternos. 6º.—La de la Iglesia sobre todos los bienes del enfiteuta para garantizar los deterioros del fundo objeto de la enfiteusis.

Cosas Susceptibles de Hipotecarse.—La hipoteca engendraba un *Ius In Re,* por lo tanto no podía en rigor ser establecida más que sobre una cosa corporal; sin

embargo, podía aplicarse este modo de garantía también a las cosas incorporales, en una palabra, a todas las cosas y a todos los derechos susceptibles de ser enajenados por un precio en dinero.

En cuanto a las cosas corporales, la hipoteca podía recaer tanto en bienes muebles como inmuebles. En cuanto a las cosas incorporales, el copropietario, podía hipotecar su derecho indiviso, el enfiteuta y el superficiario, podían hipotecar sus derechos reales, el usufructuario podía hipotecar el ejercicio de su derecho de usufructo, asimismo un acreedor hipotecario podía hipotecar su derecho de hipoteca que le compete (*pignus pignoris datum*). Las servidumbres, rural, de paso o de acueducto, se pueden dar en hipoteca a un acreedor que posea un fundo vecino. Por último, se llevó más lejos aún la extensión de la aplicación de la hipoteca atendiendo a los objetos que podía gravar; así, sobre una clase de derechos que excluyen toda idea de derechos reales, se aplicó la hipoteca, esto es, sobre una obligación (*pignus nominis*), esta clase de hipotecas, daba el poder de vender la garantía y de pagarse sobre el precio de venta o bien exigir la exclusión de la obligación del lugar de la garantía originaria y de guardar como hipoteca la cosa que era objeto de la obligación, por tanto esto era más bien una cesión a título de prenda. En fin, no hay que olvidar también, que en el Bajo Imperio las Oficinas Públicas Militares, podían ser vendidas o hipotecadas.

De lo anterior resulta, como hemos visto, que puesto que todos los bienes y derechos que formaban parte del patrimonio de las personas podían ser objeto de gravarse con una hipoteca, nada se oponía a que fuera un conjunto de esas cosas o de derechos, o bien un patrimonio entero el objeto de una hipoteca, y tanto sobre los bienes presentes como futuros.

Constitución del Contrato de Hipoteca y Acciones derivadas del derecho de Hipoteca.—El contrato de Hipoteca, podía establecerse por *convención, por disposición de última voluntad o bien tácitamente.* Podía asegurarse a un acreedor el pago de su crédito, legándole un derecho de hipoteca sobre una cosa cualquiera o sobre toda la sucesión. Del mismo modo, por convención, podía constituirse una hipoteca sobre una cosa para asegurar el pago de una deuda ya fuera propia o de otra persona; a este efecto, ninguna formalidad era necesaria, era suficiente por tanto el consentimiento de las partes que no era necesario darlo o formularlo de una manera expresa. Esto era una grave derogación a los principios que en el derecho romano imperaban, ya que se trata de un derecho real que se establece por simple convención, sin que haya habido ninguna tradición.

La Autoridad Judicial podía constituír una hipoteca; esto sucedía cuando el

Pretor para vencer la mala voluntad de un deudor pertinaz o para garantizar un derecho actual o futuro usaba de un medio extremo: dar al acreedor la posesión de una cosa, o bien sea de todos los bienes de la parte adversa (*Pignus Praetorium*). Existía además como una clase de hipoteca constituída por la autoridad Judicial, *el Pignus in causa indicati captum*, especie de embargo establecido por las Doce Tablas, en que para ciertos casos se introdujo una *legis actio* llamada *pignoris Capio* cuyo objeto era obtener el pago de una deuda por el embargo de bienes del deudor, se hacía extrajudicialmente y pronto cayó en desuso; pero después, en tiempo del emperador Antonino el Piadoso, se permitió de una manera general ejecutar los juicios por medio del embargo de bienes muebles o inmuebles del deudor demandado; la hipoteca que resultaba del parecido embargo, *pignus in causa indicata captum*, comenzaba a partir del momento en que el embargo se había efectuado.

Cualquiera que fuera el objeto de una hipoteca, es decir ya sea que estuviera constituída sobre una cosa corporal, sobre un derecho, una garantía, o en fin todo un patrimonio, siempre y en todas las hipótesis, ella tenía por efecto invariablemente, el de dar al acreedor una garantía real que se traducía en último análisis, en la venta de las cosas o de los derechos hipotecados. Sin embargo, no son las mismas acciones las que el acreedor podía ejercitar, y varían en razón precisamente de la diversa naturaleza de los objetos gravados; sin embargo como la idea de la garantía real era aplicada en primer lugar a las cosas corporales, esta manifestación de la hipoteca queda como prototipo de la institución, sobre la cual se construyen las otras aplicaciones en tanto que el derecho que constituye el objeto se presta a ellas.

El *derecho de hipoteca* era igualmente inherente a la garantía, para seguridad de aquélla es creado y se transmite con ella en tanto que la garantía sea susceptible de transmisión; cubre la garantía entera con sus accesorios y asimismo los gastos que el acreedor haya hecho para la conservación de la garantía. Los accesorios comprenden los intereses que un crédito produce sin que sea necesario convenir en ello: *Usuræ quæ officio iudicis continentur.*

En cuanto a los intereses convencionales, no tienen propiamente dicho el carácter de accesorios; así, no son cubiertos por la garantía hipotecaria sino en tanto las partes tengan la intención de incluírlos, lo que se presume cuando al momento de constituir la hipoteca, las partes sabían que la obligación de pagarlos existía. Otro tanto puede decirse de la *pena convencional* estipulada en caso de inejecución de la obligación principal.

La garantía hipotecaria se realizaba por la venta de la cosa hipotecada; para

operar la venta, el acreedor debería obtener la posesión de la cosa, (a menos de que ya la hubiese obtenido por vía legal), y podía servirse para este efecto de una *in rem actio* llamada *Serviana* o *hipotecaria* o derecho de *persecución*, de la cual derivaban dos derechos más en favor del acreedor hipotecario: el derecho de hacer vender la cosa hipotecada, y el de *preferencia* que sobre la misma cosa pudiera tener.

Efectos del Contrato de Hipoteca entre las partes.—En cuanto al propietario de la cosa hipotecada, éste permanecía en el dominio de ella, en tanto el acreedor no procediera a promover su venta; en consecuencia, aquél conservaba el derecho de poseer la cosa, de usarla y de percibir sus frutos, de reivindicarla contra todos, de disponer de ella según su buen parecer, particularmente de enajenarla y de gravarla con otras hipotecas, de constituir sobre ella servidumbres; todo ello en tanto que no lesionara los derechos adquiridos del acreedor hipotecario. Sin embargo, todas estas manifestaciones del derecho de propiedad que puede ejercitar el deudor hipotecario, podían ser limitadas o bien enteramente suspendidas: 1º: El constituyente podía obligarse a no enajenar la cosa, siendo esta obligación de derecho, cuando la hipoteca gravaba un objeto mueble individualmente determinado; por tanto, el propietario no podía enajenar la cosa mueble especialmente hipotecada so pena de ser tratado como estafador. 2º: El acreedor podía ser investido de la posesión afecta a la garantía, en este caso se podría decir que él tiene una prenda propiamente dicha; la prenda como ya lo hemos expuesto, no daba ningún derecho superior al de hipoteca, el acreedor no obtiene con ella más que una gran seguridad de hecho que se manifestaba por la guarda de la cosa y por el empleo de los interdictos *retinendæ et recuperandæ possessionis*. 3º: El constituyente podía también consentir en que el acreedor a cambio del uso de su capital que aquel hacía, (especie de compensación de intereses), tuviera la facultad de usar la cosa gravada y percibir sus frutos, a este respecto, las partes podían convenir en que el acreedor guardaría los frutos de la cosa, hasta la concurrencia con la tasa legal de los intereses, y el excedente, si existiera, sería entregado al constituyente o aplicado para pagar el capital.

Los derechos del constituyente subsistían en tanto que la venta de la cosa hipotecada no se hubiere llegado a efectuar, en virtud del ejercicio del derecho de hipoteca ejercitado por el acreedor. La venta válidamente hecha, tenía naturalmente por efecto, extinguir la propiedad en el señorío del constituyente, salvo el derecho que éste tenía de hacerse entregar el excedente del precio de la venta.

En cuanto al acreedor hipotecario, éste gozaba por efecto del contrato de hipoteca del derecho esencial de hacer vender la cosa gravada y de hacerse pagar, con el precio obtenido, el crédito a su favor; hasta que el acreedor pudiera ejercitar este

derecho, la hipoteca no autorizaba a ejecutar ningún poder de disposición sobre la cosa, particularmente no tenía autorización el acreedor de usar o de disponer de alguna manera de la cosa, y si lo hacía, su usurpación podía tomar el carácter de un delito *furtum usus*. Sin embargo como la concesión del derecho de ejercitar la *acción hipotecaria* se autorizaba eventualmente al acreedor a disponer de la cosa como dueño, le pareció prudente acordar a la legislación Romana, atendiendo a este derecho del acreedor, el derecho de velar por la conservación de su *Ius in re* empleando los medios análogos a aquellos que la ley ha creado para protección del derecho del propietario de la cosa; así, podía intentar las acciones *negatoria y confesoria finium regundorum et communni dividundo*, estaba autorizado a hacer la denuncia de obra nueva, a demandar la *cautio damni infecti*, a usar el *interdicto quod vitant clam* y la facultad de obrar de *damnum iniuria datum*, todo ello naturalmente dentro de la medida de su interés.

Como ya dijimos, el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacer vender la cosa hipotecada, y cuando no se encontraba ésta en su poder tenía el ejercicio de la *actio Serviana* o *hipotecaria* para obtener la posesión mediante una reivindicación útil.

Fuera del derecho del acreedor hipotecario de hacer vender la cosa hipotecada a fin de obtener el pago de la deuda garantizada por la hipoteca, se publicó un edicto llamado *pignus Gordianum* por el cual se facultaba al acreedor hipotecario a quien ya se le había satisfecho su crédito, a retener la cosa hipotecada que se encontraba en su poder, a fin de asegurar con ella otros créditos anteriores y distintos del asegurado especialmente con la hipoteca. Es necesario decir que este derecho de retención no podía ejercitarse en perjuicio de otras hipotecas que gravaban la misma cosa. Este derecho se consideraba inherente a la constitución de toda hipoteca.

El derecho de hacer vender la cosa hipotecada, es, en el derecho Romano, la esencia de la hipoteca, y si las partes convenían en sentido opuesto, ello no surtía ningún efecto. La venta de la cosa hipotecada no podía tener lugar antes del vencimiento de la deuda asegurada; y antes de proceder a la venta, el acreedor debía requerir al deudor a obtener un juramento contra él y denunciar al constituyente la intención de hacer vender la cosa; después de esta notificación el acreedor debería entonces, salvo pacto en contrario, esperar dos años, pasados los cuales el acreedor podía vender la cosa como él quisiera, ya fuera particularmente o con intervención de la autoridad pública.

El acreedor hipotecario que ha vendido la cosa hipotecada, transfiere su propiedad al comprador, aunque él por sí mismo no sea el propietario, sino porque

obra como mandatario del deudor, bien fuera por convención expresa o bien como en la época Clásica en virtud de una cláusula tácita.

Como hemos dicho anteriormente, el acreedor hipotecario tenía un derecho de preferencia que lo ejercitaba pagándose su crédito con el precio de la venta con preferencia a todos los demás acreedores este derecho era una consecuencia natural de la hipoteca, en virtud de la cual la cosa vendida estaba especialmente afecta a la seguridad del crédito del acreedor; si el precio obtenido era inferior a lo que se le debía, el acreedor conservaba por la diferencia su acción personal contra el deudor; si por el contrario existe un excedente, como ya se dijo, debía restituirlo.

El ejercicio de la *acción hipotecaria* en sentido estricto, se traduce en el derecho de persecución que tiene el acreedor de ejercitar su acción contra cualquier detentador de la cosa y perseguir la cosa en cualquier parte en que se encuentre. El demandado en la acción hipotecaria debía abandonar la cosa al acreedor a menos que prefiera pagar la deuda y en este caso debía quitarla por completo, es decir, debía pagar el capital y los intereses.

El tercero que no fuera personalmente deudor y que no fuera demandado más que por detentar la cosa hipotecada, podía oponer al acreedor ciertas excepciones, principalmente: 1a.—Si el demandado tuviera sobre la cosa una hipoteca preferente a la del demandante podía oponer una excepción derivada de su acción hipotecaria. 2.—El tercero detentador gozaba del beneficio *Cœdarum actionum* que le permita forzar al acreedor a cederle sus acciones mediante el pago de la deuda, y 3a.—Por último Justiniano le concede el beneficio de discusión, conforme al cual podía exigir que el acreedor ejercitara desde luego su acción personal contra el deudor principal y contra los fiadores.

Por último, debemos decir que la acción hipotecaria que se concedía al acreedor, era creada *In factum*, porque el Pretor al concederla, se colocaba completamente fuera del derecho civil; la *acción hipotecaria* podía ejercitarse aún contra aquel que ha cesado de poseer la cosa por dolo, haciéndola pasar a otra persona; siendo la hipoteca un derecho real accesorio, el demandante debería probar, en primer lugar, que tenía un crédito exigible, y después, que la hipoteca le había sido consentida válidamente por el propietario de la cosa hipotecada como garantía de su crédito; probando lo anterior, triunfaba desde luego a menos que el demandado le opusiera alguna de las excepciones ya señaladas. La entrega de la cosa hipotecada al acreedor para que éste la pudiera vender, comprendía la cosa misma y los accesorios que se le pudieran haber unido, como el aluvión, las construcciones hechas sobre el fundo, etc., y en cuanto a los frutos, éstos no debían entregarse, a menos que el valor de la cosa no fuera suficiente para cubrir la deuda.

Prelación de créditos hipotecarios y concurso de varios acreedores hipotecarios. La existencia de los dos elementos (deuda y cosa) junto con el acto de constitución de la hipoteca, determinaban la época en que el derecho derivado de ella comenzaba a existir; la Hipoteca constituída para garantizar una deuda a término, hacía nacer el derecho derivado de la obligación, ya que dicho término no suspendía el nacimiento del derecho. En cambio si la deuda era futura y condicionada, el derecho de Hipoteca no venía a nacer hasta que la deuda llegara a existir, y en este caso, se podían retrotraer sus efectos al momento de la constitución. Si las partes hacían depender de la realización de una condición la existencia de una hipoteca, era evidente, en este caso, que el acreedor no tendría acción en virtud de esta eventualidad del derecho, pero podía exigir una seguridad para garantizar su derecho eventual, y en este caso, realizada la condición, retrotraía en favor del acreedor los efectos de la Hipoteca como si hubiese sido constituída para seguridad de su crédito condicional.

Una cosa hipotecada, era susceptible de ulteriores hipotecas, pero el acreedor primero en tiempo, era mejor en derecho, respecto de los ulteriores, no obstante, el acreedor hipotecario posterior, podía ejercitar la *actio hypothecaria* contra los terceros, pero en cambio si la ejercitaba contra el acreedor preferente, éste podía oponerle la excepción basada en su mejor crédito hipotecario. El derecho de promover la venta de la cosa hipotecada, correspondía al primer acreedor hipotecario, el acreedor hipotecario posterior, tenía derecho únicamente a la entrega del sobrante del precio una vez satisfecho el crédito del primer acreedor hipotecario; sin embargo, el acreedor hipotecario posterior, podía ocupar el puesto hipotecario del precedente, pagando a éste el importe de su crédito.

El orden de las hipotecas sobre una misma cosa, es el orden cronológico de su constitución, las constituídas al mismo tiempo, tienen idéntico rango; sin embargo, este principio resultaba alterado por el carácter privilegiado de algunas hipotecas; así, la hipoteca general en favor del Fisco, en garantía de sus créditos contributivos o contractuales, las dotales de la mujer casada, etc., aún siendo posteriores a otras, son preferentes a ellas. Asimismo, el emperador León, creó otra preferencia en favor de las hipotecas constituídas en documento público, sobre las otras, cuya constitución no hubiese tenido esta formalidad, aunque éstas fueran anteriores en tiempo.

Si la misma cosa estaba gravada por varias hipotecas que hubieran nacido en la misma época, ninguna era preferente a la otra; en consecuencia, los acreedores cuyas hipotecas aparentemente son iguales, ejercitaban sus derechos conjuntamente a prorrata de sus créditos. Sin embargo, si uno de ellos se encontraba teniendo la posesión exclusiva de la cosa hipotecada, él debía ser preferido, tal fué la decisión

de un fragmento del Digesto atribuído a Ulpiano. Como hemos dicho, si las hipotecas habían tenido nacimiento en época diferente, es la más antigua la que interesa, y la que se consideraba como preferente sobre todas las demás, *prior tempore, potior iure.*

Sin embargo, como hemos visto, estas reglas estaban sometidas a algunas excepciones, una de ellas consistía en que cuando el acreedor hubiese obtenido la posesión de le cosa por *remisión rei servandæ causa*, no era preferente a los otros acreedores, que podían obtener para lo sucesivo el mismo envío posesorio por la misma causa, también existía otra excepción que fué creada como hemos visto por una preferencia que atribuyó el emperador León a ciertas hipotecas; en fin, en ciertos casos excepcionales, la naturaleza de la garantía o la calidad del acreedor daban a una hipoteca la preferencia sobre las otras aunque anteriores a aquellas en tiempo, entre ellas se pueden citar: 1a.—La del acreedor que daba el dinero que había de servir para adquirir una cosa, conservarla o mejorarla, tenía un derecho de preferencia sobre esa cosa.; sin embargo, para que ese derecho pudiese ser reclamado, era necesario: a).—que el acreedor se hiciera constituir a su favor una hipoteca al momento del préstamo, a menos que su garantía no acarrease de pleno derecho una hipoteca legal, b).—que el dinero prestado fuese empleado en interés de la cosa y que su objeto fuese atendido *In rem versum*. 2a.—La del Fisco, como hemos visto, que tenía una hipoteca preferente por los impuestos atrasados o por las deudas de los intendentes militares llamados *primipili*. 3a.—La hipoteca de la mujer casada, y de sus descendientes para garantizar la restitución de la dote, era igualmente privilegiada; los herederos de la mujer que no eran descendientes, tenían una hipoteca legal pero menos privilegiada.

Las personas cuyas hipotecas se encontraban en una de las situaciones privilegiadas que hemos venido indicando, podían hacer valer su hipoteca no obstante la existencia de otros acreedores hipotecarios anteriores a ellos; sin embargo, podía presentarse el caso que entre los acreedores privilegiados mismos, hubiese conflictos de preferencia de derechos; a fin de solucionar estos conflictos, las Constituciones Imperiales, establecieron una graduación de las hipotecas privilegiadas: 1o.—La del Fisco por el cobro de los impuestos atrasados, 2o.—La del que ha prestado dinero para adquirir una cosa, 3o.—La de la mujer casada y sus descendientes, 4o.—En general, los diversos casos In rem versio, 5o.—Por último otra del Fisco, pero por el cobro de sus créditos ordinarios. Hecha esta graduación, si aún concurriesen a la vez varios acreedores hipotecarios, era preciso examinar si aún así, había lugar a acordar la preferencia de alguno de ellos a causa de la prioridad o publicidad de su

título, en el caso contrario todos los acreedores hipotecarios en igualdad de preferencia, concurrían a prorrata de sus créditos.

Hemos visto que toda Hipoteca confería al acreedor el derecho de intentar las acciones hipotecarias contra todo detentador de la cosa y de hacerla vender con el fin de obtener el pago de su crédito garantizado. Este derecho es un derecho real, compete al acreedor hacia y en contra de todos, sin embargo, cuando existía conflicto entre varios acreedores hipotecarios, dicho derecho no podía ser ejercitado en toda su extensión más que por el acreedor que se encontraba en primer lugar en el orden; aunque los acreedores posteriores, tenían enfrente de los terceros el derecho de reivindicar la garantía y hacerla vender, dichas disposiciones se consideraban como no escritas a la vista del acreedor hipotecario preferente.

El acreedor preferente solo, tenía el derecho de intentar eficazmente las acciones hipotecarias contra todos los otros acreedores, él solo podía hacer vender cómo y cuando lo juzgase conveniente la cosa hipotecada, y la venta regularmente hecha por él, tenía por efecto el poner fin a todas las otras hipotecas que también estuviesen gravando la cosa; en cuanto al precio de la venta, servía en primer lugar, para cubrir la garantía preferente con sus accesorios, siempre y cuando éstos hubiesen sido comprendidos en la garantía hipotecaria; cuando el precio era absorbido íntegramente por el acreedor principal, éste tenía la obligación de rendir satisfactoriamente un informe sobre el empleo del dinero, y si existiera algún excedente, debía abandonarlo a los acreedores posteriores que deberían ser pagados en el orden legal.

Los acreedores posteriores, podían sin embargo mejorar su posición, subrogándose en los derechos de un acreedor anterior, con lo cual obtenían mejor privilegio; dicho recurso se llamaba *Jus offerendœ pecuniæ* y nada se oponía a que la subrogación fuera hecha con consentimiento del acreedor anterior quien cedía al posterior su garantía y su hipoteca; en este sentido, algunos tratadistas afirman que de ninguna manera era la hipoteca del acreedor anterior la que adquiría el acreedor posterior, ya que aquella se extinguía al haberse pagado; que en realidad, era la propia hipoteca del acreedor posterior la que pasaba a ocupar un mejor lugar.

En ciertos casos la misma transmisión hipotecaria tenía lugar sin la intervención del acreedor anterior, era el caso en que el deudor pedía una suma a efecto de pagar una deuda hipotecaria, y podía subrogar al nuevo acreedor en los derechos del anterior al que le era pagado su crédito, sin que interviniera en el acto y sin que los otros acreedores pudieran oponerse.

El *pignus pignori datum*, era un caso particular, por el cual el acreedor estando en primer rango, no podía proceder a la venta de la cosa hipotecada, no po-

día gravar una cosa sobre la cual tenía un derecho de hipoteca, pero podía ceder la facultad a otro de ejercitar en su nombre los poderes contenidos en su derecho; si esta cesión se hacía con la intención de asegurar al cesionario el pago de un crédito, entonces se decía que había un *pignus pignori datum.*

Extinción del derecho de Hipoteca.—Los modos generales de extinción comunes a todos los derechos, se aplicaban naturalmente también al derecho de hipoteca, el cual se podía extinguir:

1o.—Por la *pérdida* de la cosa hipotecada. Un simple cambio de la cosa, no operaba la extinción del derecho; así, cuando una casa se derrumbaba, la hipoteca continuaba gravando el suelo, lo que quedaba de la casa y la casa misma si ésta era después reconstruída.

2o.—Por la *extinción* de la deuda para seguridad de la cual el derecho de Hipoteca se hubiese constituído. Algunos pasajes del Digesto particularmente un pasaje del jurisconsulto Marciano, se refieren a esta regla que es una consecuencia natural del carácter accesorio de la hipoteca; por otra parte, en el mismo pasaje se habla de algunas restricciones importantes a la misma regla, como la de que no se admitía la extinción de la hipoteca más que *si soluta est pecunia, aut creditori, satisfactum est;* se establecía por tanto como excepción, que el derecho de hipoteca continuaba subsistiendo cuando la extinción de la deuda se hubiese producido sin el concurso de la voluntad del acreedor y sin que él hubiese encontrado satisfacción.

3o.—Por la *confusión* en la misma persona de las cualidades de acreedor hipotecario y de propietario de la cosa, ya sea porque el primero haya adquirido la cosa, o porque aquél haya comprado el crédito; ambos casos, acarreaban naturalmente la extinción del derecho de Hipoteca, nadie podía tener un *Ius in re* sobre su propia cosa; sin embargo, si existían varios derechos reales de garantía sobre una misma cosa, la extinción de uno de ellos por esta causa, no determinaba el avance automático en rango de los posteriores para ocupar el lugar vacante por esta extinción, más bien, podía el propietario en tal caso, cuando era demandado en ejercicio de la acción hipotecaria, para que entregase la cosa, negarse a ello en tanto no se le abonase el importe del crédito garantizado con la hipoteca extinguida; se hablaba en estos casos de hipoteca en cosa propia.

4o.—Por *renuncia* del acreedor a su derecho de hipoteca. La renuncia podía ser expresa o tácita; se presumía que el acreedor renunciaba a su derecho de hipoteca, a) si restituía al deudor sus títulos de hipoteca; b). si permitía al deudor vender la cosa hipotecada y c). si le permitía hipotecarla en favor de otro.

5o.—Por la *extinción* del derecho del constituyente sobre el objeto hipotecado, el derecho de hipoteca se extinguía igualmente.

6o.—En la legislación de Justiniano, la *prescripción* podía poner fin al derecho de hipoteca; es decir, el poseedor de buena fe de un bien gravado con hipoteca, mediante el transcurso de determinado tiempo (era variable, diez, veinte, treinta, cuarenta años) adquiría dicho bien libre de todo gravamen.

7o.—Por la *venta de la garantía* válidamente hecha en virtud de un derecho de hipoteca, se extinguía no solamente el derecho del acreedor, que realizaba la venta, sino también se extinguían las hipotecas posteriores.

8o.—Por último, una disposición particular del emperador Justiniano, decía; *la venta* de una cosa hipotecada, *hecha por un heredero* que ha aceptado la sucesión bajo el beneficio de inventario, tiene por efecto extinguir los derechos de hipoteca derivados de las hipotecas que gravaban a la cosa.

Defectos del sistema hipotecario Romano.—Hemos tratado de reunir brevemente en las páginas anteriores, los caracteres y la evolución histórica de la hipoteca en Roma, se presenta ahora el tema de señalar los defectos de que la legislación Romana adolece al reglamentar esta materia de la hipoteca. En primer lugar, está el defecto derivado del establecimiento de la hipoteca, la cual se establecía "sólo consensu" es decir por un simple pacto o convenio, acto esencialmente privado, destituído de publicidad, lo cual fué una notable excepción al principio antiguo según el cual los derechos reales tenían sus formas especiales de constitución y no se establecían "solo consensu"; lo cual traía por grave consecuencia, la clandestinidad, es decir la existencia de hipotecas ocultas, que sólo eran conocidas por las partes que las habían constituído, desconocidas para los terceros aun cuando fuesen generales, lo que traía por consecuencia la concurrencia de múltiples acreedores que ignoraban los respectivos derechos tanto por la falta de determinación de la cosa gravada, como del derecho constituído sobre la misma; por otra parte la admisión de las hipotecas tácitas (el consentimiento expreso se equiparaba al tácito) y de las generales sobre todos los bienes del deudor, (ya que el acreedor no se consideraba muchas veces garantizado con la hipoteca sobre una finca que pudiera estar gravada con otras anteriores) asimismo, hipotecas sobre bienes futuros; y por último, la introducción de las hipotecas legales que tenían carácter preferente; con ello, se aumentó la inseguridad de los acreedores a los que de nada les servía el constituír una hipoteca si en el momento de quererla hacer efectiva, se encontraban

con que se interponía una hipoteca legal de carácter preferente. Finalmente, se constituían hipotecas tanto sobre muebles como sobre inmuebles, y en ambos casos se otorgó el derecho de persecución; por todo lo anterior este sistema fué casi unánimemente rechazado ya que no satisfacía las verdaderas necesidades del crédito; ya que no daba seguridad alguna a los acreedores por los capitales que prestaban y ni a los deudores, ya que les disminuía el crédito por la desconfianza que inspiraba a aquellos.

Influencia del sistema hipotecario Romano.—A pesar de los defectos señalados en el párrafo anterior, el Sistema Hipotecario Romano, siguió siendo una concepción admirable por su precisión, aunque quizás, sin organización práctica, en algunos países perduró su sistema hasta principios del siglo XVII, habiendo países en los que perduró todavía más, en Francia, donde alcanzó hasta la publicación del Código de Napoleón, y en España, donde con ligeras modificaciones se sostuvo hasta la publicación de la ley Hipotecaria de 1861.

No dejó por tanto de tener influencia el Sistema Hipotecario Romano en los países, pues aunque carente de organización práctica, no deja de ser base y punto de partida de la hipoteca como institución jurídica, de las reglas fundamentales de dicho contrato como lo veremos más adelante comparando los caracteres que dicho contrato tenía en Roma con los caracteres que las legislaciones de las diversas naciones le han atribuído al mencionado contrato de hipoteca; asimismo, y ya refiriéndonos a nuestro derecho patrio en esta materia, también indirecta pero efectivamente ha recibido la influencia de la hipoteca en Roma, por influencia sucesiva de éste derecho al Derecho Español y de éste al Mexicano; es por ello que el derecho Romano en esta materia como en cualquier otra de Derecho Civil, es la base de toda educación jurídica en esa rama, y su influencia es incuestionable y cierta.

Derecho Germánico.—Orígenes del sistema Hipotecario.—El origen y la evolución de esta materia en el sistema Germánico, es distinta en relación con el Derecho Romano, a pesar de algunas similitudes que podrían establecerse.

En la época de los francos, se conocía ya una garantía real, mediante transmisión de una cosa; dicha transmisión se hacía bajo la condición resolutoria de la extinción de la deuda, de tal manera que al cumplirse la condición, la propiedad regresaba sin más al enajenante, a diferencia de la fiducia romana en la cual la transmisión era incondicional y existía sólo un deber de retransmisión condicionado a la extinción de la deuda. La garantía real mediante transmisión de cosas muebles, se ha conservado en Alemania, por el contrario en el Derecho Inmobiliario dicha forma de garantía ha desaparecido.

Desarrollo histórico.—La evolución de los derechos de garantía en Alemania, se halla íntimamente unida a la distinción que los modernos tratadistas germánicos han puesto de relieve entre *Schuld* (débito) y *Haftung* (responsabilidad).

Schuld, equivale a deber jurídico; en su sentido más amplio se encuentra en toda relación jurídica (real, de crédito o personal). En su sentido estricto, y técnico, es una relación jurídica sustantiva cuyo contenido obliga recíprocamente a acreedor y a deudor; vista desde el lado del deudor, la relación se caracteriza por su fuerza determinadora, que no sólo le constriñe positivamente al cumplimiento de una prestación, sino que le prohibe conducirse en forma que la contradiga o perjudique; pero aquí se acaba su potencialidad coactiva, el débito como tal no provoca la explosión de energías ejecutivas, no facultaba al acreedor para forzar la prestación ni para exigir daños y perjuicios por su incumplimiento, ni le confiere un señorío sobre la persona o el patrimonio del deudor. Estas son las funciones propias de la garantía o responsabilidad (Haftung).

Haftung en el Derecho Germánico, indica sometimiento a la potestad de aquél a quien no se le ha prestado lo debido, por tanto, le otorga la facultad de hacer efectiva la prestación en la garantía constituída o de obtener con ella satisfacción por el no cumplimiento.

Objeto de la responsabilidad podía ser una persona, su patrimonio o una cosa determinada; en el último caso, que es para nosotros el más interesante, se somete a la acción ejecutiva del acreedor una cosa mueble en los primeros tiempos, inmueble cuando esa categoría de bienes entraron a figurar en el patrimonio enajenable, bajo la forma de una investidura (Gewere) presente o expectante que deja libre la persona del deudor y el resto de su patrimonio.

En el estadio llamado de Economía Natural, alcanzó gran desenvolvimiento la pignoración de goce (engagement del Derecho Francés), sin alterar las relaciones propiamente dominicales; el acreedor disfrutaba la finca, mientras no se le devolviera su crédito y éste permanecía inalterable e irrebajable. Más frecuente era en Alemania amortizar la deuda con los frutos obtenidos.

Aprovechando después las ventajas del procedimiento ejecutivo que permitía la confiscación y la venta judicial de los bienes con plenos efectos tras año y día, entonces apareció la garantía ejecutiva contractual, por cuya virtud, el deudor seguía poseyendo la finca y el acreedor adquiría la facultad de instar el procedimiento de apremio, como si estuviera trabado el embargo en el caso de que aquel no cumpliera la obligación; las partes contratantes debían estipular ante el juez o autoridades, y el convenio, se inscribía en los libros públicos originando lo que llamamos un derecho real.

Satzung.—Después se desarrolló una garantía Real consistente en la concesión de un derecho limitado sobre cosa ajena, que era una forma de empeño y que en la literatura actual se denomina "*Satzung antigua*". Esta figura es —correlativamente al pignus romano—, un derecho de garantía con posesión; el concedente continúa siendo propietario, el acreedor obtiene la posesión, y si se trata de inmuebles, obtiene en todos los casos el goce de la cosa y en casi todos si se trata de muebles. Los provechos del fundo sujeto a garantía, corresponden al acreedor en lugar de los intereses o sirven para la amortización gradual de la deuda. Originariamente la *Satzung*, no aparejaba un derecho a satisfacerse con la cosa; pero era frecuente atribuir por contrato, carácter comisorio al derecho de garantía, de suerte que en caso de falta de pago al vencimiento, la prenda se convertía en propiedad del acreedor, lo que dió origen a que más adelante se hiciera la prenda susceptible de venta, el acreedor podía hacer vender la cosa al vencer la deuda, se pagaba su crédito con el producto de la venta y devolvía el sobrante si existía.

Por otra parte, en el Derecho inmobiliario, surgió desde el siglo XIII, y especialmente en las ciudades, una nueva forma de garantía real; la así llamada "*Nueva Satzung*", paralela a la hipoteca Romana y raíz de la hipoteca moderna, por cuyo efecto, el pignorante, conservaba la propiedad, la posesión y el goce del inmueble, y en cambio el acreedor, adquiría sin señorío material sobre la cosa, el derecho a satisfacerse con ella. (Al mismo tiempo, se estableció una nueva *Satzung*, es decir prenda sin posesión, sobre muebles, especialmente sobre los buques, y de la cual derivan precisamente el moderno derecho de prenda o hipoteca sobre buques).

La Nueva Satzung, contiene un derecho de ejecución pues se establece mediante negocio jurídico un derecho pignorativo de igual especie que el que se crea en el procedimiento ejecutivo en virtud de un secuestro. Si la deuda vencía, el acreedor podía conseguir en los orígenes, con la intervención judicial, que le fuese transferido el inmueble a título de pago (derecho pignoraticio comisorio); más tarde, que fuese enajenado pagándosele con el producto (derecho pignoraticio venditorio).

La Nueva Satzung, a diferencia con la hipoteca romana, se establecía con solemnidades públicas, especialmente ante el Tribunal y el Consejo; al crearse los Registros de las ciudades, se requirió la inscripción en dichos Registros, que de esta suerte se convirtieron en medios de publicidad de los derechos inmobiliarios de garantía.

Ha sido desconocido hasta ahora en el Derecho Germánico, el gravámen de todo el patrimonio; los derechos reales de garantía, sólo pueden constituírse sobre

cosas singulares. Algunos autores llaman a esto principio de Especialidad del Derecho Germánico relativo a los derechos de garantía.

En cuanto a las cosas muebles, la hipoteca ha sido plenamente eliminada o bien inutilizada al posponerla en rango a la prenda manual más reciente y porque no atribuye ningún derecho a satisfacerse por separado en caso de concurso del pignorante.

En el derecho inmobiliario, se conservó todavía hasta 1900 en algunos territorios importantes como Prusia, el derecho de garantía con posesión, correlativo a la Antigua Satzung; sin embargo, el Código Civil lo ha eliminado para toda Alemania. La forma principial de garantía derivada de la Nueva Satzung es la hipoteca del derecho Moderno, y especialmente del Prusiano; la cual se halla absolutamente infiltrada por el principio de publicidad y ha permanecido con su carácter de garantía que contiene un derecho de ejecución, es decir, el acreedor puede pagarse con el inmueble por vía de ejecución judicial. La hipoteca sirve como la Satzung para garantizar un crédito. Se conoció sin embargo, una hipoteca independiente de la existencia de un crédito, que Prusia aceptó bajo el nombre de *deuda inmobiliaria*, por cuya virtud, el titular tiene la facultad de que se realice el valor de un inmueble con el fin de obtener una cantidad en metálico (que no es debida).

Recepción del Derecho Romano en Alemania, en relación con esta materia.— Con la recepción del Derecho Romano, todo el sistema Germano fué amenazado gravemente en virtud de que aquel no exigía en el ordenamiento hipotecario forma determinada ni intervención oficial, ya que se entabló un combate entre los principios germánicos y romanos pues la admisión de las hipotecas clandestinas, generales, legales y accesorias, así como la posibilidad de ejecutar extrajudicialmente, produjo una gran confusión en los ordenamientos, ya que se destruyeron para el derecho común los principios de *publicidad* (posesión e inscripción), de *especialidad* y de *diversificación* de los derechos de garantía sobre muebles y sobre inmuebles. Sin embargo, en las legislaciones locales, se conservó la orientación germánica pura, ó bien amalgamándose con las ideas romanas creando legislaciones de tipo ecléctico; de esta manera, se eliminaron casi totalmente las hipotecas generales, se reconstituyó el principio de publicidad, y se diferenciaron los derechos mobiliarios de garantía de los inmobiliarios.

De dicha recepción del Derecho Romano en Alemania, como hemos dicho, se crearon tipos diferentes de legislaciones ya con características absolutamente romanas, bien romano-germánicas o por último puramente germánicas; dichas legislaciones tuvieron vigencia en distintas partes de Alemania.

Características actuales de la Hipoteca en el derecho Germánico.—En la edad moderna, se ha iniciado un enérgico retorno a los cánones germánicos puros, sin influencias romanas, primordialmente varias ciudades importantes, Sajonia, Prusia, Baviera, Gütemberg, Meklemburgo, sientan los talones del moderno Derecho Hipotecario Alemán sobre los principios de publicidad de los gravámenes y transferencias, Especialidad en la determinación de fincas y créditos, legalidad del acto y del documento, sustantividad de la garantía (no accesoriedad del derecho real como en la hipoteca romana). venta judicial en un procedimiento ejecutivo y en fin, movilización del suelo, es decir transformación de la finca en mueble por medio de la cédula hipotecaria.

El derecho germánico moderno, por otra parte, considera de carácter eminentemente público lo referente a la propiedad sobre inmuebles, asi como la constitución y modificación de dicha propiedad, por virtud de lo cual considera que los gravámenes sobre ésta deben constar en Registros Públicos llevados por la autoridad bajo cuyo amparo se constituye y modifica la propiedad inmueble.

De todo lo anteriormente expuesto, se deduce que el sistema Hipotecario germánico actual, descansa sobre éstas dos bases: 1ª.—Publicidad de la Hipoteca, a fin de evitar el fraude y que los acreedores puedan conocer en todo momento las responsabilidades a que está sujeta la cosa que se les ofrezca en garantía y saber si es susceptible de garantizar otros créditos, y 2ª.—Especialidad o determinación concreta de la finca sobre la que existe o se impone el gravámen, lo cual evita la existencia de las Hipotecas Generales, y favorece el crédito territorial.

Objeciones a su sistema.—Se ha tratado de hacer al sistema Hipotecario Alemán algunas objeciones, las cuales en general carecen de una base jurídica suficiente para poderlas tomar en cuenta; en primer lugar se hace consistir una objeción en el sentido de que con el principio de publicidad de los gravámenes que pesan sobre las fincas, se disminuye el crédito de los deudores y se agrava su situación; los autores que ésto afirman, olvidan los derechos de los acreedores; con el sistema de las hipotecas ocultas, todavía era peor la situación de los deudores, ya que los acreedores buscaban una compensación de los peligros que pudiesen acarrear el desconocimiento de los gravámenes sobre las fincas, en el aumento de los intereses, estableciendo condiciones onerosísimas en perjuicio de los deudores y aún recurriendo a la venta de las fincas con carta de gracia. En segundo lugar se objeta éste sistema diciendo que al hacer públicas las hipotecas legales, se substituían los lazos de familia por lazos legales al constituír hipotecas en favor de los hijos sobre los bienes de los padres; sin embargo, esta objeción carece de todo

fundamento, ya que no por existir lazos de familia dejan de presentarse peligros en la administración de los bienes de los hijos por los padres, por lo que es necesario no dejar a aquellos al desamparo y es por esa virtud por lo que se han constituído esta clase de hipotecas. Por último, se considera que con la publicidad y especialidad, se disminuye el crédito territorial, (ya que cuando es público que una finca está gravada, es más difícil encontrar dinero por ella, al propio tiempo que se substrae de la circulación una gran masa de riquezas). En cuanto a ésta objeción, no es verdad que porque no exista publicidad de las Hipotecas, dejarán de tener las propiedades su valor o bien que no podrán tener alguno mayor, y por otra parte derogando el principio de Publicidad de los gravámenes, se tendrían créditos figurados o ficticios y nó reales y verdaderos. Otra objeción que se formula además de las anteriores es que el sistema cohibe la libertad de contratación, desconociendo el principio de que lo convenido es ley para los contratantes, no está exento éste sistema de peligros para los terceros, cuando por deficiencia, error o mala fe del funcionario encargado de hacer la inscripción, ésta se realice deficientemente. En cuanto a esta objeción la libertad de contratación que se dice cohibe este sistema, no por implantarla, se podría decir que había imposibilidad de engaño; por otro lado, las faltas del registrador pueden ser corregidas por la ley, sin perjuicio de que el Estado tome todo género de precauciones para evitarlas, exigiendo ciertas condiciones morales e intelectuales a los registradores.

Influencia del Sistema Germánico.—Expuesto brevemente el desarrollo de la hipoteca en Alemania, sin perjuicio de que en los capítulos subsiguientes nos ocupemos con más detenimiento a su estudio, nos adelantaremos a manifestar que este sistema aventajó al sistema Romano, y su influencia no sólo se ha reducido a los países de origen germánico, sino aún ha entrado en los países latinos en los cuales ha logrado suplantar al Romano. En cuanto a nuestro derecho patrio, por conducto del Derecho Español que ha seguido el sistema Germánico, ha tenido influencia decisiva que fundamentalmente lo aplica.

La Hipoteca en España. Desarrollo histórico.—Las líneas generales de la evolución de la hipoteca en el derecho Romano son aplicables a la legislación Hispanoromana.

En el *Forum Judicum*, los derechos de garantía real sobre muebles o inmuebles se distinguen con el nombre de *pignus*, quizás porque la denominación de hipoteca procedente del Derecho Bizantino e interpolado por el *Corpus Juris*, no era corriente en el romano. Las leyes del *Fuero Juzgo* propiamente dicho, no se ajustan

al tipo regulado por las cinco primeras del título VI del libro V de la Ley Visigoda, con intervención judicial en la venta de la cosa pignorada, en cambio, la primera de las citadas leyes, precisamente prohibe un procedimiento que entre los visigodos y los demás pueblos era muy corriente para hacer efectiva una obligación: la prenda que el acreedor tomaba por su propia mano entre los bienes del deudor.

Los fueros municipales, reflejan con persistencia esta antigua costumbre, llegando como el de San Miguel de Escalada, a permitir la pignoración de las casas e inmuebles. Entonces no eran conocidas las hipotecas u obligaciones de bienes constituídas tácita u ocultamente.

En el *Fuero Viejo de Castilla*, sigue la garantía Real sobre inmuebles figurando, y la reglamentación relativa a los casos en que "un ome empeña a otro huertas o casas o viñas", se asemeja a la prenda con goce de frutos.

La hipoteca Romana aparece ya, si bien bajo el concepto y nombre de "obligaciones de bienes", en algunas leyes del *Fuero Real*, una de las cuales declara que la buena de los Obispos o de los que alguna cosa tienen del Rey, es empeñada a la Iglesia o al Rey; disponiendo otra ley que el que obligare sus bienes presentes y futuros, pignora lo que después ganare "mas si alguna cosa nombradamente empeñare, aquella solamente sea empeñada e no mas".

Con el triunfo del derecho Romano en los siglos XIII y XIV pasa la técnica del Corpus Juris a los fueros regionales y especialmente al *Código de la Siete Partidas*, bajo las denominaciones de pinyora, penyo, penyora, peño, y con modalidades variadísimas, que hoy se clasifican teniendo en cuenta su origen, en hipotecas voluntarias, legales y judiciales; por su extensión en generales, especiales y especialísimas por su forma, en expresas y tácitas, y por su prelación en privilegiadas y no privilegiadas.

En algunos Fueros Municipales, (en los que es patente la influencia del elemento germano), se ve el sistema de la publicidad de las enajenaciones, enunciándose éstas después de la misa del domingo, pero no se ve régimen hipotecario alguno. En el Fuero Juzgo, en el Viejo y en el Real, el único sistema de garantía Real, consiste en poner la cosa sea mueble o inmueble en posesión del acreedor, hasta que la obligación se cumpla, otorgándole la facultad para enajenarla cuando vencida la obligación no se cumpliera. Las Partidas, aceptaron el sistema Romano, distinguiendo la prenda de la hipoteca, en que la primera recaía sobre muebles y la segunda sobre inmuebles. Los malos resultados del sistema, produjeron quejas de las Cortes, dictándose una pragmática por Felipe el Hermoso por la que en todos los pueblos cabezas de jurisdicción, se establecieron registros en los que se inscribieron todos los actos de hipoteca y censo; esto fué sancionado por Carlos I, orde-

nando que si dichos actos no se inscribiesen dentro de seis días, no hiciesen fe, no se juzgase por ellos, ni fuese obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor aunque tuviese causa del vendedor".

Características Actuales de la Hipoteca en España.—Existiendo un gran desorden en materia Hipotecaria, era necesaria una reforma radical; ante ello, el Gobierno confió a la Comisión de Codificación la redacción de un proyecto de Ley Hipotecaria que se publicó el 8 de febrero de 1861, aunque su vigencia se estableció por Real Decreto de 11 de julio de 1869, al cual siguió una ley promulgada el 21 de octubre de 1870 y para aplicación de dicha ley se dictó un reglamento el 12 de junio de 1871, el cual se reformó por Real Decreto del 29 de octubre de 1871 para regir así reformado desde esa fecha. Por esta nueva legislación se cambió de un modo radical el régimen Hipotecario, aceptándose los principios de la especialidad y la publicidad, tanto para las hipotecas voluntarias como para las legales, aunque no para todas estas, ya que quedaron como tácitas y generales las en favor del Estado, las Provincias, los Municipios y las de los aseguradores; así como también se mantuvieron en vigor las hipotecas ocultas anteriores al nuevo régimen. La ley solo exigía la inscripción para que las hipotecas surtiesen efectos contra terceros, declarando, en cuanto a éstos, que el gravámen inscrito subsistía mientras no se cancelase; para la inscripción se exigían determinadas condiciones en el Título. Finalmente, aunque la ley se llamó Hipotecaria, en realidad abarcó casi todo lo relativo al derecho de propiedad inmueble, organizando el Registro General de éste y de todos los derechos Reales, así como conteniendo disposiciones que afectan a la capacidad civil de las personas en orden a la libre disposición de sus bienes, todo lo cual fué tanto más importante cuanto que la ley y su reglamento fueron de aplicación general en todo el territorio peninsular, incluso por tanto en las provincias del derecho Civil Foral.

Después, esta ley tuvo varias reformas, las cuales principalmente procedieron de leyes de diversa índole, que con sus preceptos vinieron a modificar los de dicha ley Hipotecaria, tales fueron la ley del Matrimonio Civil de 1870, la del Enjuiciamiento Civil de 1881, el Código Civil de 1889 y la ley de 29 de julio de 1892, por consecuencia de todo ello se intentó una reforma general de la ley de 1861 que después de varios intentos fracasados, se realizó por la ley de 21 de abril de 1909 la cual mandó que se publicase una nueva edición de la Ley Hipotecaria que se publicó el 16 de diciembre siguiente siendo dicha ley la que esta actualmente vigente, y su nuevo reglamento de 6 de agosto de 1915.

Es de hacerse mención, que la nueva ley, al igual que la anterior, no se limita

a tratar de las hipotecas sino que en realidad es la ley del Registro de la propiedad Inmueble y de sus modificaciones y gravámenes, como se vé por las materias que abarca; consta de 15 Títulos, de los cuales el primero trata del Registro de la Propiedad y de los títulos sujetos a inscripción, los tres siguientes de la forma, efectos, y extensión de las inscripciones y anotaciones preventivas, el Quinto de las Hipotecas con tres secciones: hipotecas en general, voluntarias y legales, del sexto al noveno de la organización del Registro, del décimo al doce de los registradores, el décimotercero de la liberación de los gravámenes existentes, el décimocuarto de los documentos no inscritos y de la inscripción de las posesiones y el décimoquinto, de los libros de las antiguas contadurías de Hipotecas.

Aparte, fundamentalmente integran al Derecho Hipotecario vigente en España, el Código Civil de 1889 que trata de la Hipoteca en los Capítulos I y III, el cual la considera como contrato de Garantía atendiendo a la forma más que al fondo, sin contar que hay hipotecas, las legales, que no se constituyen mediante contrato. El código introdujo grandes innovaciones en la materia, siendo las principales, exigir, crear una hipoteca legal, general y tácita en favor del cónyuge viudo sobre los bienes de la herencia mientras los herederos no le satisfagan su parte en usufructo, por último, estableció un nuevo caso de necesidad de liberación de hipoteca para los bienes que se donen por razón de matrimonio, salvo pacto en contrario.

La Hipoteca en el Derecho Francés. Evolución Histórica,—Código de Napoleón.—La hipoteca en Francia, fué recibida poco más o menos tal como ella existía en Roma; salvo que ella no se establecía más que sobre los muebles, salvo en ciertas provincias en que era aplicada de pleno derecho a toda convención pasada ante notario y por tanto los actos sobre constitución privada no la podían conferir en tanto que ellas no habían sido convenientemente reconocidas por acta auténtica o en justicia; de esta forma, ella permanecía oculta como en Roma. A fin de solucionar éste problema, y con objeto de prever una multitud de fraudes sea sobre los acreedores sea para con los adquirentes algo imprudentes que pagaban el precio de las cosas que adquirían sin antes tener la purga de las hipotecas que gravaban dichos bienes, y como en las leyes no se había establecido sistema alguno para esas purgas; para obviar ese inconveniente, se introdujo el uso de Decretos Voluntarios, que a la manera de la adjudicación por venta forzada, libertaban el inmueble de toda hipoteca que no estaba al descubierto por una oposición formal entre las manos del adquirente.

Los Decretos Voluntarios y el Edicto de 1771 sobre las Hipotecas, son substituídos por las Cartas de Ratificación, modo de purgar mucho más simple y mucho más económico.

Un edicto del mes de junio de 1581 redactado por Enrique III creó el control de los actos y estableció como pena por la falta de ese control, que dichos actos no conferían la hipoteca contenida en los mismos; sin embargo, había una gran distancia entre quien hacía buena observancia de esta disposición, a un verdadero sistema de publicidad pues el control no podía hacer conocer de una manera segura la existencia de las actas a aquellos que tenían interés en conocerlas.

Otro edicto, de 1673, publicado durante la administración de Colbert, trajo el establecimiento de escribanos y Registradores de oposiciones para conservar la preferencia de las hipotecas. Después de éste edicto, las Hipotecas registradas sobre los bienes presentes dentro del plazo de cuatro meses a contar de la fecha de los títulos y dentro de un semejante plazo a contar desde el día en que los nuevos bienes supervinientes al deudor estaban preferidos a las hipotecas anteriores del mismo privilegio, pero que no habían sido registradas.

Sin embargo, las hipotecas legales de la mujer sobre los bienes de su marido, la de los menores sobre los bienes de sus tutores y las del estado sobre bienes de deudores de créditos públicos, no estaban sometidas a la formalidad del registro; las hipotecas no registradas se graduaban en el orden de sus fechas sobre los bienes restantes.

Este edicto excitó el disgusto de los poderosos con el cual se destruía el crédito, por lo que fué revocado al año siguiente.

La Clandestinidad de la hipoteca retrasó de ésta manera el derecho común en Francia ya que la publicidad no existía más que en aquellas localidades conocidas con el nombre de países de ocupación o de seguridad. Este estado de cosas fué cambiado por la ley de 9 Messidor año III (27 de junio de 1795) la cual hizo triunfar el sistema de la Publicidad. Estableció en cada departamento un conservador encargado de inscribir los títulos hipotecarios y hacía depender la existencia de la Hipoteca del cumplimiento de ésta formalidad. Ella movilizó desde todo punto de vista el suelo de Francia, y permitía la Hipoteca sobre el mismo; a este efecto, el propietario que quería usar la facultad de crear una hipoteca, hacía la declaración forzosa de sus bienes. El valor de los bienes estaba fijado contradictoriamente por el conservador de las hipotecas, quién era responsable frente de los terceros.

Después de la ley de Messidor, vino aquella de II Brumario año VII que se puede llamar con justo título la ley tipo del Código sobre esta materia. Sus principios fundamentales eran el de especialidad y el de publicidad; ella conserva por consiguiente, la formalidad de la inscripción introducida por la ley de Messidor, y sujeta a todo acreedor hipotecario e indistintamente a las mujeres por la hipo-

teca sobre los bienes de su marido, a los menores e incapacitados por la hipoteca sobre los bienes de sus tutores.

En esta ley no se reconocía la transmisión de la propiedad a la vista de los terceros, tanto en materia de venta como en materia de donación.

En resumen, el Sistema Hipotecario Francés, se puede considerar como mixto, ya que en las provincias del Mediodía, (países de derecho escrito), regía el Derecho Romano con sus características de clandestinidad y generalidad; en cambio, en las provincias del Norte, (países de Derecho consuetudinario), se aplicaban las costumbres germánicas con sus características de publicidad y especialidad.

Al formularse el Código de Napoleón se pensó en acabar con la dualidad del régimen Hipotecario, Portalis y otros autores, propusieron aceptar el germánico, pero no faltó quién defendiese el de las cartas de Ratificación.

El sistema Francés ha sido criticado por admitir las hipotecas legales, tácitas y generales, se ha contestado a esta objeción alegando que esas hipotecas son casi imposibles de ocultar claro está que reducida la clandestinidad y generalidad de las hipotecas, los peligros se disminuyen, pero éstos no pueden dejar de existir, ya que no interesa solamente conocer la existencia de una hipoteca, sino su cuantía tanto más cuanto que no todas las hipotecas legales y generales tienen igual alcance sino que imponen distinta responsabilidad.

De lo anterior se desprende que el Código Francés es obra de transacción entre el derecho de las Provincias del norte y el de las del Mediodía, es decir entre las tendencias romanas y germánicas, y de aquí el principio ecléctico de muchas de sus instituciones, ya que como lo hemos visto, se estableció el régimen de publicidad y especialidad para las hipotecas voluntarias, y el de la clandestinidad para las legales; por lo que si bien en muchos aspectos es preferible al Romano no satisface sin embargo las necesidades del crédito territorial pues deja en pie un elemento perturbador que es la Clandestinidad de las hipotecas.

La Hipoteca en México.—El sistema Hipotecario Mexicano, es una copia del sistema Hipotecario Alemán, el cual fue copiado por el sistema Hipotecario Español y de ahí directamente adoptado por nuestros Códigos Civiles de 1870, 1884, lo mismo que por el vigente; nuestro sistema hipotecario desde que existe codificación, está basado en estas dos ideas; la publicidad y la especialidad de las hipotecas; esto quiere decir que la hipoteca no puede gravar la generalidad de los bienes del deudor, sino que ella debe recaer siempre sobre bienes ciertos y determinados; además, se proscriben las hipotecas ocultas, para ello se organiza la publicidad mediante el Registro Público. Desde las leyes de Partidas y antes aún,

desde el tiempo de los Reyes Católicos de España, se crearon en las cabeceras de los partidos judiciales funcionarios encargados de inscribir los censos consignativos y se estableció que frente a terceros, la hipoteca no puede perjudicarlos si no había sido inscrita en ese registro; sin embargo esa cédula cayó en desuso y a pesar de que otros reyes, por ejemplo Felipe V insistieron no es sino hasta por los años de 1760 a 1780 cuando empieza a funcionar verdaderamente éste registro. Todavía en la época del México Independiente, existían hipotecas generales y ocultas y no es sino hasta el Código de 1870 en que quedan definitivamente desterradas.

CAPITULO II.

Nociones generales del contrato de hipoteca.—Definición.—Naturaleza jurídica; caracteres.—Derecho real del mismo nombre.—Accesoriedad.—Indivisibilidad.—Diversas clases de hipotecas.—Diferencia entre la hipoteca y la prenda.

UTILIDAD PRACTICA DE LA HIPOTECA

Nociones generales del contrato de hipoteca.—Antes de analizar el contrato de hipoteca, creemos necesario recordar aunque sea brevemente lo que es un contrato como institución jurídica, y asimismo, hacer una clasificación de los contratos en general, para después, al entrar al estudio del contrato de hipoteca ya tengamos las nociones indispensables para iniciarlo y saber dentro de qué clases de contratos podemos clasificarlo.

El contrato es una de las instituciones más típicas y fundamentales en el derecho privado, y la de más frecuente aplicación en la vida; ya dentro de un plano jurídico, todos los tratadistas y legislaciones están de acuerdo en que el contrato es un negocio jurídico de carácter bilateral, esto es, que en su constitución importa, como es sabido, la concurrencia de dos declaraciones de voluntad, es más, dichas declaraciones, de las que el resultante es el contrato, se presuponen mutuamente, por lo que una de ellas no puede tomarse aisladamente, por lo cual no puede considerarse como negocio jurídico unilateral. En el caso del contrato, cada declaración de voluntad es el fragmento de un negocio bilateral (el contrato). Nosotros lo definimos como "el convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos".

Las clasificaciones principales de los contratos en general, son las siguientes:

I.—Por la substantividad e independencia de sus fines, pueden ser Principales, cuya existencia jurídica no depende de ningún otro contrato, produciendo por sí mismos derechos y obligaciones; Accesorios, cuya existencia está subordinada a otra obligación principal, y a su vez éstos se subdividen en Preparatorios, que tienden a crear un estado jurídico que sirva de base a otro contrato; de Garantía, aseguran el cumplimiento de las obligaciones derivadas de otro contrato; Resolutorios, se dirijen a extinguir las consecuencias de otro contrato anterior.

II.—Por el modo como se perfeccionan, pueden ser: Consensuales, que se perfeccionan con el consentimiento expresamente declarado; Reales requieren además la entrega de la cosa.

III.—Por su forma pueden ser de forma especial y sin forma especial; aquéllos pueden ser Solemnes, deben de hacerse constar en documentos públicos; no Solemnes, sólo requieren la forma escrita.

IV.—Por su causa, pueden ser Onerosos, es decir, producen prestaciones recíprocas entre las partes; los cuales a su vez pueden ser conmutativos que desde su constitución se sabe el monto de las prestaciones; y Aleatorios, no se puede determinar desde un principio el monto de las prestaciones; Gratuitos, sólo producen prestaciones para una sola de las partes, reconociendo como causa la liberalidad.

V.—Por su objeto los contratos pueden ser sobre cosas, que se subdividen en translativos y de conservación; los translativos a su vez se subdividen en el dominio de uso y aquéllos pueden ser por cambio o por transmisión gratuita; en segundo lugar pueden ser sobre servicio.

VI.—Por el número o clase de obligaciones que producen los contratos pueden ser Unilaterales, Bilaterales o Sinalagmático y Plurilaterales; los unilaterales sólo producen obligaciones para una de las partes; los bilaterales o sinalagmáticos producen obligaciones recíprocas para las partes que intervienen en el contrato y se subdividen en Perfectos o Bilaterales desde su origen e Imperfectos que siendo Unilaterales en su origen se convierten en bilaterales a causa de un accidente que sobreviene con posterioridad a su celebración, aunque la actual doctrina moderna, ya no los admite; los Plurilaterales por último, son aquellos en que intervienen más de dos partes produciéndose obligaciones recíprocas para todas ellas.

VII.—Por su denominación los contratos pueden ser Nominados que tienen nombre especial y propio, e Innominados no tienen nombre especial y no están expresamente reglamentados en la ley y son de Do ut des, Do ut facias, Facio ut Facias, Facio ut des.

Habiendo expuesto las clasificaciones de los contratos, podemos ahora hacer una clasificación del contrato de Hipoteca en especial, lo cual nos servirá para tener por el momento aunque sea un conocimiento somero del mismo. En primer lugar tenemos que es un contrato accesorio de garantía, pues se constituye para garantizar una obligación derivada de un contrato principal; este carácter los distingue de los demás contratos ya que únicamente la prenda en este sentido es igual a la

hipoteca. Es real el contrato, así como el derecho derivado del mismo, ya que queda afecto a un bien generalmente inmueble con el cual se garantiza la obligación principal, y por éste carácter derivan los derechos de persecución y preferencia que el acreedor hipotecario tiene de perseguir el bien en manos de quien se encuentre y en su caso promover su venta haciéndose pagar su crédito con el producto de la misma.

Por el modo como se perfecciona es consensual y no real, ya que por definición que nos da la ley, el deudor no hace entrega al acreedor al momento de constituirse la hipoteca del bien dado en garantía. Por su forma es Especial y bien puede ser solemne como no solemne, según la cuantía de la obligación garantizada.

Es generalmente oneroso y conmutativo, es decir, acarrea prestaciones recíprocas para ambas partes contratantes y dichas prestaciones pueden ser determinadas desde la constitución del contrato; sin embargo, en el caso de que la hipoteca sea constituída por un tercero para garantizar una deuda ajena y aquél constituya la hipoteca por un acto gracioso, se puede considerar como gratuito desde ese punto de vista, por otra parte se puede considerar como aleatorio el contrato en el caso de que llegado el término en que se tenga que cumplir con la obligación garantizada, el valor del bien hipotecado no alcance a cubrir el crédito del acreedor, asimismo en el caso de garantizar obligaciones futuras puede tener la hipoteca el carácter de aleatoriedad.

Es sinalagmático perfecto ya que desde su origen se crean prestaciones recíprocas para ambas partes.

Por último es contrato de carácter nominado ya que tiene nombre propio y está expresamente reglamentado en los códigos y leyes.

A reserva de estudiar más adelante con más detenimiento las principales características del contrato de hipoteca objeto de nuestro estudio, por el momento las dejamos apuntadas someramente.

DEFINICION.—El Código Civil Vigente en el Distrito y Territorios Federales en su artículo 2893, nos dice que "la hipoteca es una garantía real constituída sobre bienes *que no se entregan* al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

El anterior concepto de la hipoteca, a semejanza de lo que ocurre con la prenda, se define en nuestra legislación positiva como un derecho real y no como un

contrato aunque se halla contenida en el capítulo referente a los contratos; esto ocurre en virtud de que en realidad hay un contrato de hipoteca y un derecho real del mismo nombre, siendo aquél la forma más usual en que se da nacimiento al derecho real de referencia; por tanto, para entender el contrato hay que definir el derecho real de hipoteca y decimos que "es un derecho real que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Haciendo el análisis de la anterior definición de hipoteca que nos da nuestro Código Civil Vigente, encontramos que sigue fundamentalmente la que nos proporciona Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil que nos dice: "La hipoteca es una seguridad real que, sin desposeer actualmente al propietario de un bien hipotecado, permite al acreedor, apoderarse de él al vencimiento de la obligación para venderlo, no importa en poder de quien se encuentre, y mediante el precio, hacerse pagar con preferencia a otros acreedores".

De la anterior definición se desprende que para Planiol, lo mismo que para nuestra legislación vigente, la hipoteca es une derecho real, aunque para expresarla usen diferentes términos; asimismo en ambas definiciones se establece que la hipoteca no da derecho al acreedor a poseer los bienes gravados, sino hasta que llegado el término del cumplimiento de la obligación garantizada, ésta no se satisfaga pudiendo entonces el acreedor obtener la posesión de los bienes, promover su venta y con el producto hacerse pagar; por último, hablan las dos definiciones del derecho de preferencia que tiene el acreedor hipotecario de hacerse pagar antes que otros acreedores; en este sentido, la definición de nuestro código es más técnica ya que habla que ese grado de preferencia debe estar establecido por la ley y en cambio Planiol en una forma vaga nos habla de una preferencia en relación con otros acreedores. Sin embargo, sin quitar méritos y ventajas a una y otra definición, es necesario hacer notar que en todo ordenamiento jurídico como lo es un Código Civil, no se puede hablar en estricto sentido, de que tal artículo nos da la definición de determinada institución sino que por el contrario, siendo un ordenamiento, todo el articulado que se refiere a esa institución nos la va definiendo a medida que va tratando de ella; en cambio, doctrinariamente si se puede hablar de definiciones, y es más, es necesario formularlas con cuidadosa técnica ya que su fin es poder expresar en pocas palabras cualquier concepto por amplio que sea; por tanto no creemos pueda hacerse una justa comparación entre la idea que nos da el Código Civil de la hipoteca y la definición de Planiol, ni tampoco establecer cuál aventaja a la

otra. Por tanto únicamente nos concretamos a transcribirla para tener el conocimiento de la Hipoteca en otras culturas jurídicas.

El artículo 105 de la Ley Hipotecaria Española, dice: "las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor". Como lo hemos dicho, si tomamos lo anteriormente expresado como una definición que da la ley española acerca de la hipoteca, necesariamente la encontramos bastante deficiente ya que únicamente nos da algunas características como son la constitución de una garantía real a la cual quedan sujetos los bienes para seguridad y cumplimiento de una obligación con el derecho de perseguir la cosa contra cualquier poseedor.

El artículo 2114 del Código Civil francés, dice que "la hipoteca es un derecho real sobre inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación. Es por naturaleza indivisible, y subsiste íntegramente sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada parte de los mismos. Persigue a dichos inmuebles aun cuando pasen a manos de cualquier persona". La anterior definición, aunque un poco desordenada, trata de reunir todos los caracteres de la hipoteca, aun cuando no menciona el derecho de preferencia que pertenece al acreedor hipotecario.

El Código Civil alemán, define la hipoteca como "el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor".

La definición transcrita como las anteriores, nos da características de la hipoteca, pero no todas; además, ésta del Código Civil alemán, hace mención de la palabra gravamen que es un término un tanto técnico y que se refiere a un derecho real sobre una cosa viéndolo desde el lado pasivo, asimismo se habla en esta definición del derecho que tiene el acreedor de hacer vender la cosa y con su producto hacerse pago de su crédito; pero sin embargo, no podemos sacar de esta definición un concepto general de la hipoteca en el derecho alemán, si no como dijimos, es necesario estudiar toda la reglamentación que sobre determinada institución hace una legislación para poder tener conocimiento de la misma.

A efecto de podernos dar cuenta de la evolución que ha sufrido la hipoteca en nuestra legislación, nos referiremos ahora a la definición que de ella daban los códigos de 1870 y 1884. En ellos encontramos un concepto deficiente de la hipoteca, omitiendo como carácter esencial establecer que el constituyente de la misma no pierde la posesión del bien objeto de la garantía, tampoco se establece en la definición que debe recaer sobre bienes determinados, enajenables y que concede las

acciones de persecución y venta. El artículo 1823 del Código Civil de 1884, nos dice que "la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". Según este sistema legal, la hipoteca tiene el carácter de derecho real, que puede ser ejercitado sobre la garantía en contra de toda persona en cuyo poder se encuentra la cosa; ya tenga aquélla el carácter de propietario o de simple poseedor pues el artículo 1824 del citado ordenamiento establecía: los bienes hipotecarios quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a manos de un tercer poseedor.

Por otra parte, la hipoteca se constituía sobre bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios (artículos 1823 y 1825). El concepto es preciso, excluye cualquier clase de bienes que no sean inmuebles o derechos reales constituídos sobre ellos. Es de hacerse notar sin embargo, que no considera sólo como inmuebles aquellos que lo son por naturaleza (artículos 1834-II) ya que hace extensiva la hipoteca, en ciertas condiciones, a cosas que siendo originariamente muebles, han sido incorporadas de manera permanente a un inmueble (inmueble por destino). En general el sistema legislativo del código de 1884, se sale del lineamiento de la tradición romana y siguió la corriente dominante inspirada en el código napoleónico del Derecho francés.

Es necesario hacer notar que como característica fundamental de la nueva legislación que arranca a partir del Código Civil de 1870, la hipoteca se constituye sobre bienes determinados y enajenables, hasta antes de dicho código, las hipotecas podían gravar todo el patrimonio inmueble de una persona, eran verdaderas hipotecas generales; dichas hipotecas se presentaban en los casos de hipotecas legales o necesarias que deberían otorgar los tutores y personas que ejercían la patria potestad para caucionar la administración de los bienes que se les confiaban pertenecientes a sus pupilos e incapacitados, pero como dijimos, ya en el Código Civil de 1870 aparece la hipoteca con las características de la legislación moderna, como se puede deducir de la definición que nos da dicho ordenamiento en su artículo 1940 que expresa: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

De las definiciones anteriores que nos dan nuestros Códigos Civiles de 1870, 1884 y el que actualmente está en vigor, se desprende que dichos ordenamientos definen la hipoteca como un derecho de carácter real; ello podría causar confusiones si no aclaramos que en derecho se entiende por hipoteca: 1o. el contrato en que se estipula o constituye, 2o. el derecho o acción que nace de dicho contrato, y 3o. la cosa hipotecada que es dada en garantía; como lo hemos expuesto, nuestros códigos dan

un concepto de la hipoteca usando la segunda de las anteriores acepciones aunque para ello, como ya hemos dicho, se use el término "seguridad real" como se expresa en nuestro Código Civil en vigor.

NATURALEZA JURIDICA; CARACTERES.—

De la definición que nos da nuestro Código Civil respecto de la hipoteca, podemos deducir que ella es un Derecho real, que se constituye sobre bienes, los cuales pueden ser muebles o inmuebles, y asimismo corpóreos e incorpóreos; esto lo deducimos en virtud de que el Código no habla específicamente en la definición de qué clase de bienes se trata, por lo que se ha interpretado en el sentido de que toda clase de bienes que puedan ser enajenados y que estén en el comercio, son susceptibles de hipotecarse con las excepciones que ello tiene. En un capítulo posterior nos referiremos particularmente a todos los bienes que pueden ser dados en garantía para constituir una hipoteca, por el momento únicamente dejamos asentado el anterior precedente. Asimismo, generalmente el derecho que se crea por efecto de este contrato es ordinariamente inmueble aunque nada se opone a que pueda ser considerado en algunos casos como mueble. Otra característica derivada de la naturaleza jurídica de este contrato, es que por regla general es accesorio; además, es generalmente indivisible, tanto por lo que se refiere al aspecto positivo, es decir, en relación a los bienes que grava, como por lo que se refiere al aspecto activo del crédito garantizado. Por último, como un aspecto moderno de este contrato, está la característica de la especialidad, en relación con los bienes que grava, los cuales deben especialmente ser determinados, por lo que actualmente no se pueden constituir hipotecas generales como más adelante indicaremos.

DERECHO REAL DEL MISMO NOMBRE.—La hipoteca es un contrato por el cual se constituye el derecho real del mismo nombre, por tanto, para entender este contrato, hay que saber qué es el derecho real de hipoteca, y se dice: "es un derecho real que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor y que sirven para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". El anterior concepto del derecho real de hipoteca se nos presenta como un derecho del acreedor sobre bienes, pero los cuales no le son entregados, es decir, se encuentra uno ante ciertas modalidades que es necesario hacer notar; en primer lugar, el derecho real de hipoteca es accesorio, es decir, no tiene una vida independiente, siempre depende de un derecho personal, su función jurídica es garantizar el cumplimiento del derecho de crédito del cual depende y lo determina y condiciona. De lo anterior se deduce que a diferencia de los derechos reales principales en los cuales su titular tiene un aprovechamiento directo e inmediato sobre la cosa pu-

diendo aprovecharse totalmente de ella como en la propiedad o bien parcialmente como en el uso o habitación, etc., en cambio en los derechos reales secundarios o de garantía como lo es la hipoteca, el titular del mismo no obtiene ese aprovechamiento económico sobre la cosa, en virtud de esa dependencia, sino que más bien se puede decir que obtiene un aprovechamiento jurídico, es decir el acreedor no ejerce un poder inmediato sobre la cosa que le pueda permitir el uso o disfruto de la misma, y es más, en el derecho real accesorio de hipoteca ni siquiera el titular se encuentra en posesión de la cosa ya que está expresamente prohibido darle posesión al acreedor hipotecario de la cosa gravada al constituírse la hipoteca. Entonces podríamos preguntarnos ¿en qué consiste pues esa característica del derecho real que se atribuye a la hipoteca? Pues bien, a esa pregunta podemos responder haciendo la distinción entre el derecho real como derecho absoluto y el derecho personal como un derecho relativo; el derecho real es absoluto en virtud de que es oponible a todo mundo, el personal sólo es oponible al deudor. De ésta característica del derecho real deducimos que existen en él un derecho de persecución y un derecho de preferencia que se conceden al titular.

Siendo estos dos derechos precisamente los que revisten de la naturaleza del derecho real al de la hipoteca, la acción de persecución consiste en la facultad que tiene el acreedor de seguir la cosa hipotecada independientemente de quién sea su dueño; subsiste la garantía independientemente de que quien constituyó la garantía no sea ya el dueño de la cosa. El derecho de preferencia el cual solamente es posible tratándose de derechos reales accesorios, consiste en que el derecho real constituído sobre la cosa para garantizar el cumplimiento de una obligación, es preferente con relación a los derechos personales; y ya particularmente refiriéndonos a la hipoteca, dicho derecho consiste en que una vez vendido el bien hipotecado con su producto debe pagarse preferentemente al acreedor hipotecario sobre los otros acreedores que tienen sólo un derecho personal e inclusive sobre mismos acreedores con derechos reales pero que ya sea por el tiempo en que fué creado su derecho o por el grado de preferencia del mismo que la ley señala, se deben esperar a que el acreedor hipotecario preferente haya cubierto su crédito con el producto de la venta del bien hipotecado. Más adelante haremos un estudio más detenido de éste carácter del derecho real de hipoteca, adelantándonos a decir únicamente que hay en la Suprema Corte varias ejecutorias en que se ha considerado que hay algunos créditos que a pesar de no constituír ningún gravamen real, son preferentes a los créditos hipotecarios.

Derivados de los dos derechos anteriores, principalmente del derecho de persecusión, debemos añadir que aún como lo hemos indicado que el derecho real de

hipoteca al constituirse ésta no otorga al acreedor la posesión inmediata del bien o los bienes dados en garantía, sin embargo, precisamente por efecto de ése derecho de persecución, el acreedor hipotecario trata de obtener la posesión de la cosa gravada, y en caso de que llegado el término no le sea oportunamente satisfecho su crédito, para así poder vender dicha cosa y así poderse pagar ejercitando en este momento su otro derecho o sea el de preferencia en relación con otra clase de acreedores como ya lo hemos visto. Por tanto aunque inmediatamente al constituírse la hipoteca y por tanto el derecho real del mismo nombre, el titular de dicho derecho no obtiene un dominio total o parcial sobre la cosa dada en hipoteca, sin embargo, obtiene una garantía para que le sea cubierto su crédito con la cosa hipotecada y asimismo se le confieren los derechos de persecución y preferencia a que nos hemos referido y que en última instancia, sus efectos son otorgar al titular del derecho la posesión de la cosa para que después, previo el trámite legal respectivo, pueda disponer de ella vendiéndola y haciéndose pagar su crédito con el producto de dicha venta. Así pues, con estas características es como se llega a afirmar que el derecho de hipoteca es de naturaleza real.

De lo anterior se desprende que en virtud del carácter real del derecho de hipoteca, éste derecho se ejercita en contra de la cosa exigiéndola de cualquier persona que la posea haciendo abstracción de si dicha persona haya o nó consentido la obligación principal e inclusive ni siquiera la haya conocido, sin embargo, puede suceder que la acción hipotecaria se ejercite contra el deudor primitivo, contra el que contrajo y consintió la obligación garantizada con la hipoteca, entonces en este caso dicha acción participa de las dos naturalezas de las acciones, reales y personales, por lo que bien podrá considerarse como una acción de categoría mixta; no obstante lo anterior, la naturaleza de la acción hipotecaria pura y simple, conserva en todos los casos su calidad de derecho real.

El derecho de hipoteca, como lo hemos dicho, derecho esencialmente real, no tiene como característica una desmembración del dominio, el cual se conserva todo entero y en todos sus efectos por el dueño de la cosa hipotecada, por lo cual, la hipoteca no impide al deudor enajenar la cosa hipotecada, no le impide gravarla con otras hipotecas, no limita el uso y el aprovechamiento de ella, en fin, no le impide al deudor hacer uso de su libertad con respecto a la disposición y aprovechamiento de la cosa hipotecada, salvo como veremos más adelante las excepciones que a dicha libertad del deudor impone la ley; en cambio se podía decir que ese carácter real del derecho de hipoteca, otorgada en garantía de una obligación principal, afectación que subsiste en cualquier momento y en manos de quien posea la cosa mientras ella no se halla destruído o no se halla extinguido el derecho real,

el cual al ejercitarlo, hace efectiva esa afectación poniendo en manos del acreedor la cosa gravada a fin de que éste disponga de ella promoviendo su venta para hacerse pagar su crédito garantizado, en esto consiste precisamente el carácter real del derecho de hipoteca.

ACCESORIEDAD.—Otra característica del derecho real de hipoteca es la accesoriedad del mismo en relación con el cumplimiento de la obligación principal que garantiza; este carácter aparece como ya lo hemos visto, desde la época del derecho romano, pasando a través del derecho francés y del español, llegó a nuestra legislación en donde siempre se ha presentado la hipoteca con éste carácter. La accesoriedad de la hipoteca consiste en el plano de dependencia o sujeción en que se encuentra este derecho en relación con la obligación principal en función de la cual existe; esta obligación principal que condiciona la existencia del contrato de hipoteca, puede bien derivar de una fuente contractual como sucede en el mayor número de las hipotecas las cuales se constituyen para garantizar las obligaciones de los mutuatarios o bien las de los compradores. En otros casos es una fuente extracontractual de donde deriva la obligación que la hipoteca tiende a garantizar.

Esta nota de accesoriedad que caracteriza al contrato de hipoteca, junto con el carácter real del mismo, lo distingue de los demás contratos, ya que solamente la prenda como hemos dicho comparte con la hipoteca en nuestra legislación vigente esos caracteres. Del artículo 2893 ya transcrito, que dá un concepto de la hipoteca, se deriva esta característica de accesorio que tiene este contrato en relación con la obligación principal que generalmente, como ya se dijo, tiene también origen contractual; de ello se deriva por tanto, que es indispensable la existencia de una obligación principal, para que la hipoteca pueda nacer a la vida jurídica, es decir, necesita por regla general la existencia de una obligación principal qué garantizar para que pueda surgir. Su suerte, se encuentra estrechamente unida a la obligación principal derivada generalmente de un contrato, y aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podemos decir que si la obligación principal es inexistente o nula, la hipoteca también debe ser inexistente o nula, puesto que no se puede garantizar el cumplimiento de una obligación inexistente o nula; asimismo, cumplida la obligación principal el contrato de hipoteca que garantizaba su cumplimiento deja de existir, podríamos decir que se extingue por haber dejado de tener razón su existencia.

Habiéndonos ocupado en qué consiste el carácter accesorio del contrato de hipoteca, es necesario estudiar dentro de éste mismo carácter las excepciones que sufre éste principio dentro del derecho positivo; y es así que dentro de nuestra legislación existe la posibilidad de separación de la hipoteca y el crédito que garan-

tiza, pudiéndose presentar dicha separación en tres momentos distintos: I.—En primer lugar con fundamento en el artículo 2921 de nuestro código civil vigente, existe la posibilidad de garantizar con una hipoteca una obligación futura o sujeta a una condición suspensiva; es decir, de conformidad con este precepto, puede haber una hipoteca sin que haya la obligación principal que garantice, ya que siendo ella futura o sujeta a una condición suspensiva, su nacimiento queda pendiente, sujeto a que la condición se realice, y sin embargo la hipoteca contrato accesorio llega a tener nacimiento, aunque para que surta sus efectos, es necesario que la obligación llegue a nacer o bien que la condición suspensiva llegue a realizarse. Esta excepción en estos casos, ya sea que se trate de una obligación futura o una obligación sujeta a una condición suspensiva, obedece a razones de orden práctico: es decir, existe por parte de la ley un interés en que para garantizar obligaciones futuras, que puedan llegar a contraer los administradores de bienes ajenos, como por ejemplo un tutor, exije que éste constituya una hipoteca sobre sus bienes, para caucionar su manejo como administrador de los bienes del menor; en este caso, un hecho posterior, es decir, el mal manejo que haga el tutor sobre los bienes del menor, da nacimiento a la obligación por parte de aquel, la cual anticipadamente se garantizó con una hipoteca; asimismo puede darse la situación contraria en el sentido de que nunca llegue a existir la obligación futura, en el caso de que el tutor cumpla fielmente con su deber, y sin embargo, no por ello ha dejado de existir la hipoteca constituída con anticipación.

La Hipoteca constituída para garantizar el cumplimiento de una obligación sujeta a una condición suspensiva, dado el carácter de dicha modalidad como acontecimiento futuro e incierto que suspende el nacimiento de la obligación, lógicamente no se podría hablar de ella, sin embargo la ley reconoce tal posibilidad. Esto se deduce, como lo hemos indicado, del contenido del artículo 2921 del Código Civil, que para mejor entendimiento lo transcribimos a continuación literalmente: "la hipoteca constituída para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efectos contra terceros desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse". De lo anterior se deduce en nuestro concepto, que la ley al establecer lo anterior toma en cuenta que si bien es cierto que la obligación futura no se puede exigir desde luego ya que aún no ha nacido, sin embargo, cuando llega a realizarse lo mismo que cuando se verifica la condición suspensiva, se retrotraen sus efectos en relación con terceros, desde la fecha en que se haya registrado; y, asimismo, la ley establece la manera cómo ha de hacerse constar ese cumplimiento ya sea de la obligación o de la condición, al estipular en su artículo 2923 que "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 constituída". Por tanto en realidad, en estos casos, solo se deroga en parte la característica de accesoriedad que se atribuye a la hipoteca, ya que ella en estos casos no llega a surtir efectos si la obligación futura no se realiza o la condición suspensiva no llega a verificarse, y asimismo se puede hablar de caducidad de la hipoteca tomando en cuenta que su existencia misma está subordinada a la realización de estos acontecimientos futuros e inciertos.

Por último creemos que es necesario indicar, que los interesados a que se refiere el artículo 2923 son el acreedor y el deudor los que deberán pedir que se haga constar la realización de la obligación futura o el cumplimiento de la condición suspensiva; pero como si fuera así, resultaba que el acreedor queda a merced del deudor, ya que si éste obrara de mala fé, se rehusaría a cooperar con el acreedor para que se asiente en el Registro Público la nota del nacimiento de la obligación futura o el cumplimiento de la condición suspensiva, y el acreedor no podría entonces hacer valer su hipoteca contra tercero, nuestro Código Civil ha subsanado este problema estableciendo la forma en que se debe hacer esa anotación y asimismo dando derecho al interesado ya sea el acreedor o el deudor para que en caso de que el otro se niegue a firmar la solicitud se acuda a la autoridad judicial para que ella dicte la resolución que preceda; el artículo respectivo que es el 2924 dice textualmente lo siguiente: "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".

Ya que nos estamos ocupando de la excepción que sufre el principio de accesoriedad de la hipoteca cuando ésta garantiza el cumplimiento de una obligación sujeta a condición suspensiva, es necesario hacer notar en cambio, que las obligaciones sujetas a condición resolutoria, surten los efectos de las puras y simples, mientras no llega a cumplirse la condición; y por tanto, tales obligaciones pueden garantizarse con hipoteca, la cual inscrita en el Registro Público, no dejará de sur-

tir sus efectos en cuanto a tercero sino hasta que se haga constar en el mismo Registro el cumplimiento de la condición, así lo establece expresamente el artículo 2922 del Código Civil vigente; esto no constituye de manera alguna una excepción al principio de accesoriedad de la hipoteca, sino que únicamente se reglamenta la hipoteca que garantiza una obligación sujeta a una condición resolutoria, la cual trae por efecto de que realizada la condición se extinga la obligación y por ende la hipoteca que la garantizaba.

II.—Hay una segunda excepción al principio de accesoriedad de la hipoteca en relación con la obligación principal que garantiza; ella se presenta cuando ya existiendo la hipoteca, el deudor propietario del bien hipotecado, lo enajena, lo cual trae por efecto que el deudor original sigue siendo sujeto pasivo de la obligación principal, contra él, conserva el acreedor un derecho personal; en cambio el tercer adquirente del bien hipotecado viene a constituírse sujeto pasivo de la obligación real hipotecaria.

En este caso, como puede deducirse fácilmente, existe una separación entre la hipoteca y el crédito que garantiza, desde el punto de vista de los sujetos pasivos de ambos.

Asimismo, se puede presentar esta separación entre el sujeto pasivo de la obligación principal y el sujeto pasivo de la obligación real hipotecaria; esto sucede cuando un tercero hipoteca un bien de su propiedad para garantizar la obligación del deudor principal; este caso lo establece expresamente el artículo 2940 del Código Civil que estatuye: "la hipoteca puede ser constituída tanto por el deudor como por otro a su favor".

III.—Queda por último una tercera excepción al principio de la accesoriedad, se presenta bajo la forma de supervivencia de la hipoteca y extinción del crédito por efecto de la novación; ya que no obstante que el artículo 2220 del Código Civil al hablar de la novación establece que ésta extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias, sin embargo el mismo artículo reglamenta que el acreedor puede por una reserva expresa impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva obligación principal; y solamente, estatuye el artículo 2221 del mismo ordenamiento, el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida por efecto de la novación, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Es decir conforme al artículo citado, existiendo consentimiento de la novación por parte de los terceros propietarios de los bienes hipotecados, el acreedor sí puede en ese caso reservarse el derecho de hipoteca, el cual subsiste independientemente de la obligación principal extinguida hasta que sea substituída por una

nueva, y es falso lo que algunos autores afirman de que por efecto de la novación igualmente se extingue la hipoteca y que por tanto cuando se crea la nueva obligación se constituye una hipoteca nueva, esto es falso, hemos afirmado ya que no hubiera tenido objeto entonces que el legislador hubiese permitido que mediante una reserva expresa el acreedor pudiese impedir la extinción de las obligaciones accesorias, y que asimismo dando su consentimiento de la novación los terceros propietarios de los bienes hipotecados; igualmente el acreedor puede hacer valer la reserva a fin de conservar el derecho de hipoteca sobre esos bienes y garantizar con ella la obligación nueva que se constituya por efecto de la novación:

INDIVISIBILIDAD.—Otra característica de la hipoteca es la que se refiere al principio de indivisibilidad de la misma; lo cual significa que el bien afecto a la hipoteca en su totalidad y en cada una de sus partes está afectado el pago de toda la deuda y de cada fracción de ella. Este principio es reconocido como ya lo hemos visto, desde la legislación romana según se desprende del principio "tota est in toto, et tota in qualibet parte"; asimismo desde nuestras leyes de Partidas se consagró el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, el cual fué acogido por el Código Civil de 1870 en su artículo 1954 que establecía: "la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantida; y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos artículos siguientes"; de este precepto se deduce que el principio de indivisibilidad de la hipoteca se refería en el Código de 1870 tanto por lo que respecta a los bienes gravados como en tanto al crédito garantizado; y la indivisibilidad no era de la esencia de la hipoteca sino de la naturaleza de la misma; es decir, podía modificarse a voluntad de las partes y según los términos de sus particulares convenciones, lo cual se deduce de los artículos 1955 "si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor" 1957; "dividida entre varias fincas la hipoteca constituída para la seguridad de un crédito, y pagada la parte de éste con que estuviera gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquél a quién interese, la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca". Se establece en el Código de 1870 que la indivisibilidad es solo de la naturaleza de la hipoteca, porque mientras que los interesados no pacten que el gravamen se reparta o divida entre las varias fincas hipotecadas o entre las varias partes de una sola finca, la hipoteca subsiste íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes.

Igualmente, en el Código Civil de 1884, se estableció la indivisibilidad de la

hipoteca tanto por lo que se refería al crédito garantizado, es decir, significaba que cuando se hipotecaban varias fincas, todas ellas respondían de la totalidad del gravamen, de modo que el acreedor lo podía hacer efectivo en cualquiera de ellas o en todas sin importar que el crédito se hubiese reducido por pagos parciales; de la misma manera, la indivisibilidad en el Código de 1884 se refería a los bienes hipotecados, esto es, cuando se fraccionaba una finca, la totalidad de la hipoteca continuaba sobre cada una de las fracciones y al mismo tiempo sobre todas ellas. Por otra parte, la indivisibilidad se consideraba como una característica de la naturaleza de la hipoteca, admitía pacto en contrario y por tanto se podía estipular la divisibilidad en cuanto al crédito o en cuanto a los bienes gravados.

Finalmente, ya dentro de nuestro Código Civil vigente, se presenta una modificación de importancia al principio de indivisibilidad en relación a los que sobre este principio reglamentaban los códigos anteriores de 1870 y de 1884. Actualmente, en nuestro código vigente, la hipoteca por lo que se refiere a los bienes hipotecados no es indivisible y es más, la ley expresamente establece la necesaria divisibilidad de la hipoteca en este sentido, según lo estatuye el artículo 2912 indicando que: "cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen pagándose la parte de crédito que garantiza", es decir conforme a éste artículo es necesario que al momento de constituir la hipoteca se establezca la división de la misma en cuanto a los bienes gravados.

Por otra parte, el artículo 2913 del código civil vigente establece: "Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá conveniente y equitativamente el gravamen hipotecado entre las fracciones. Al efecto se pondrán de acuerdo con el dueño de la finca y el acreedor hipotecario; y si no se consiguiere ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos "es decir, conforme al artículo anterior, se establece la división de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, en un momento posterior a la constitución de la misma, y se prevée la forma de subsanar el desacuerdo del deudor y del acreedor para establecer dicha división, mediante el procedimiento judicial en la vía sumaria a que se refiere el artículo 468 del Código de procedimientos civiles.

El contenido de los preceptos anteriores, han elevado a la categoría de interés público el principio de la divisibilidad de la hipoteca por lo que se refiere a los bienes gravados, restringiéndose en esta forma el principio de la autonomía de la voluntad en esta materia, ya que como se dijo anteriormente nuestra legislación esta-

blece la necesaria división la hipoteca en este sentido sobreponiéndose a la voluntad de las partes.

En cambio, la hipoteca sigue siendo indivisible por lo que se refiere al crédito garantizado, es decir, aun cuando éste se reduzca por pagos parciales, la hipoteca continúa íntegramente sobre el bien gravado, ya que no sería posible que si el crédito se hubiere reducido se redujera también el bien que lo garantizara, sobre todo si éste fuera un edificio o una casa, etc., en que materialmente no se podría ir fraccionando el gravamen para referirlo a una cierta porción del inmueble, con el propósito de dejar libre el resto. El anterior carácter se desprende del contenido del artículo 2911 del Código Civil que establece: "la hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido, pero sin perjuicio de lo que disponen los artículos siguientes". Los artículos siguientes a que se refiere el artículo transcrito, son el 2912 y 2913, de los cuales nos hemos ocupado ya con anterioridad.

ESPECIALIDAD.—Esta característica de la hipoteca junto con la publicidad de la misma, son los dos grandes principios sobre los que descansan las legislaciones modernas en esta materia, como lo expusimos en el capítulo anterior, la hipoteca en Roma estaba basada sobre los principios de la clandestinidad y la generalidad, es decir, no existía un sistema publicitario que tuviera por efecto dar a conocer los gravámenes que pesaban sobre los bienes dados en garantía, asimismo dentro de esa legislación, estaban permitidas las hipotecas que gravaban todos los bienes de un patrimonio y aún se extendían a los bienes futuros; estas mismas características pasaron a otras legislaciones como la española y la francesa; pero como se dijo, posteriormente, desde el siglo XVIII y en algunos países aún antes, la hipoteca fué investida con las características de la publicidad y la especialidad. Dejando para más adelante el principio de la publicidad de las hipotecas, nos ocuparemos por ahora de la especialidad de la misma, lo cual fué un gran adelanto dentro de los sistemas hipotecarios modernos, que vino a sustituir el pernicioso sistema de la generalidad de las hipotecas, especialmente las legales, lo cual acarreaba que la propiedad raíz se mantuviera inactiva y asimismo sembraba la desconfianza y hacía que sobre las transacciones de bienes se presentaran litigios interminables y ruinosos; y a fin de evitar estos graves problemas, se fué admitiendo el principio de la especialidad de las hipotecas en las legislaciones, sobre el cual actualmente descansa gran parte de la legislación sobre esta materia dentro de todos los países.

Ya dentro de nuestras legislaciones que sucesivamente han reglamentado el contrato de hipoteca, encontramos que desde el código de 1870 se consagra el principio

de la especialidad en las hipotecas tanto por lo que se refiere a los bienes cuanto al crédito garantizado, así se deduce del contenido del artículo 1942 que establecía: "la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituídos".

El código de 1884 reprodujo lo mismo que se había establecido en el anterior código, pero fué un poco más explícito que éste al establecer en uno de sus artículos: "la hipoteca nunca es tácita ni general". Finalmente, en nuestro actual Código Civil en vigor se consagró definitivamente este principio de la especialidad reglamentándose ampliamente; dentro de nuestro código esta característica de la especialidad de la hipoteca debe entenderse en dos sentidos: 1o. Que la hipoteca debe recaer sobre bienes específicamente determinados, y 2o. La hipoteca debe constituirse expresamente. Esto se deduce de lo establecido en los artículos 2895 y 2919 que respectivamente establecen: "la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados" y "la hipoteca nunca es tácita ni general..." asimismo, el artículo 2931 al reglamentar la hipoteca necesaria establece: "llámase 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". Sin embargo, los artículos anteriores no prohiben que una persona pueda hipotecar todos sus bienes hipotecables, pero es necesario que en este caso se especifiquen y determinen individualmente, esto se desprende del artículo 2912 de nuestro Código Civil que exige que cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un mismo crédito, es necesario que de manera forzosa se determine por qué porción del crédito responderá cada finca, a fin de que pueda cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza. Este artículo que como dijimos en el inciso anterior modifica el carácter de indivisibilidad de la hipoteca respecto de los bienes gravados, confirma por otra parte el aspecto especial y expreso de la misma. Asimismo, el artículo 2913 establece que al dividirse una finca hipotecada, se repartirá equitativamente el gravamen entre las fracciones en que se halla dividida la finca, o sea se hará necesaria la determinación respecto al monto del crédito que cada parte debe garantizar.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el régimen de publicidad de la hipoteca que rige en todas las legislaciones modernas, tiene como base el principio de especialidad de la misma ya que el registro e inscripción de las hipotecas, así como los efectos que debe producir en relación con terceros, no podría llevarse a cabo si no existiera la determinación y especialidad de las hipotecas; ello se deduce claramente del artículo 3015 del Código Civil que establece la necesidad de que en

toda inscripción que se haga en el Registro se debe expresar la naturaleza, situación y linderos del inmueble hipotecado, su superficie, agregando un plano del mismo al legajo, el valor de los bienes sujetos a la inscripción, así como los antecedentes del Registro. Como se ve, se requiere se haga una especificación y determinación minuciosa del inmueble sujeto a la hipoteca que se registra.

Como se dijo anteriormente, la especialidad de la hipoteca afecta, aunque nuestro código no lo exprese, a la cantidad garantizada y a sus intereses si se pactaron, y en consecuencia se deberá indicar el monto de esa cantidad y el interés anual pactado o en su defecto si ese interés es el legal, ello se deduce aunque indirectamente, del contenido de los artículos 2915 y 2917 de nuestro Código Civil.

Por último, es necesario indicar que no se debe confundir la hipoteca tácita que expresamente prohibe nuestra legislación, con las diversas hipotecas que se constituyen por mandato de una autoridad judicial o las que obligatoriamente impone la ley que constituyan determinadas personas.

DIVERSAS CLASES DE HIPOTECAS.—La clasificación más generalizada actualmente por lo que se refiere a las hipotecas, es la que distingue entre hipotecas voluntarias e hipotecas necesarias; esta clasificación tiene su origen desde el tiempo de la legislación romana, pero como hemos apuntado en el capítulo anterior, en Roma podían constituirse además hipotecas por disposición de última voluntad y también tácitamente; y asimismo, dentro de las hipotecas legales especiales que gravaban una cosa determinada, y las hipotecas legales generales que gravaban el patrimonio entero del deudor, aún los bienes futuros; sin embargo, ya desde la época en que se desarrolló la legislación germánica, se abolieron las hipotecas tácitas, así como las generales, habiendo pasado este sistema al derecho español en que solamente en algunos casos, cuando se trataba de hipotecae en favor del estado, éstas podían ser tácitas y generales. Pero como se dijo, salvo casos excepcionales, siempre han regido estas dos clases de hipotecas, y entrando al estudio de las mismas dentro de nuestra legislación, podemos decir que desde el código de 1870 hasta el actual, se han reconocido estas dos clases de hipotecas. El código de 1870, establecía en el artículo 1981: "son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen". En la misma forma se caracterizan estas clases de hipotecas en nuestros códigos civiles de 1884 y en el vigente, las cuales son copia exacta de lo que establece la ley hipotecaria española; por tanto, se debe entender por hipoteca voluntaria, aquella que se constituye por la voluntad de las personas expresada en la forma que la ley prescribe, es decir por convenio entre ambas partes o sea celebrando el contrato respectivo, pero también puede constituirse la hipoteca voluntaria por acto unilateral o bien por disposición de última

voluntad en un testamento; se presenta la hipoteca constituída por acto unilateral, en el caso de que un tercero hipoteque un bien de su propiedad, para garantizar la deuda de otro, en este caso no es necesaria la concurrencia de voluntad ni del deudor principal ni la del acreedor, para que la hipoteca pueda constituirse. Asimismo la hipoteca constituída por testamento, siendo éste un acto jurídico unilateral, la hipoteca que constituya el testador para garantizar un crédito propio o ajeno, tendrá como fuente una declaración unilateral de voluntad. En nuestro código en virtud de lo que establece el artículo 1448, por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor haciendo hipotecario el crédito simple; también puede por un legado constituir una hipoteca sobre un bien de su propiedad, para garantizar una deuda ajena, por último es posible que el testador dé nacimiento tanto al crédito como a la hipoteca, cuando obliga a determinado heredero a dar una prestación en favor del legatario, garantizando ésta con hipoteca a cargo de un determinado bien de la herencia.

Siguiendo el orden que nuestro código establece, nos encontramos con otras clases de hipotecas: en primer lugar, las hipotecas que se constituyen para garantizar obligaciones futuras y condicionales, de las cuales ya nos hemos ocupado con anterioridad al tratar el tema relativo a la separación de la hipoteca y el crédito, unicamente diremos aquí, que aunque nuestro código trata de estas clases de hipotecas en el capítulo que se refiere a las hipotecas voluntarias, sin embargo no es imposible que estas modalidades se impongan a las hipotecas necesarias en cuanto no modifiquen el fin que el legislador se propuso al crearlas.

En cuanto a la otra clase de hipotecas, es decir, las hipotecas necesarias legales, son aquellas que se constituyen por disposición expresa del legislador para beneficio de determinadas personas con el objeto de asegurar sus créditos o la administración de sus bienes. Esta clase de hipotecas fueron reconocidas desde los códigos romanos, pero sin embargo, han sufrido variaciones de consideración, ya que las hipotecas legales antiguas eran tácitas y la mayoría generales en la legislación romana; en la Ley Hipotecaria española, son consideradas como una ficción de la ley que las supone establecidas sin acto expreso de la voluntad, asimismo en el código francés con el sistema de la publicidad restringida se permiten que esta clase de hipotecas sean tácitas y algunas veces generales. Sin embargo, en el derecho alemán se exige que estas hipotecas sean públicas y no generales, pasando estos caracteres a nuestra legislación en que desde nuestro antiguo Código Civil de 1870 se establecían dos géneros de hipotecas necesarias con características de especiales y expresas: uno que comprendía las hipotecas que por disposición de la ley estaban obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administraban;

otro que comprendía aquellas hipotecas cuya constitución tienen derecho de exigir ciertas personas para que sus créditos o la administración de sus bienes quedasen garantizados; la diferencia entre estas hipotecas estribaba en que las primeras debían constituirse aunque el interesado en su constitución no las exija; las segundas sólo se constituían a petición del interesado a quien la ley le daba derecho de exigirlas; en realidad, se reconocían dos clases de hipotecas necesarias como se puede deducir de los siguientes artículos; el 1993 que establecía: "llámase necesaria la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran" y el artículo 1994 que textualmente decía: "llámase también necesaria la hipoteca especial y expresa, cuya constitución tienen derecho de exigir por disposición de la ley ciertas personas para garantizar sus créditos o la administración de sus bienes". En igual forma estaban redactados los artículos 1869 y 1870 del Código Civil de 1884 que igualmente establecían las dos clases de hipotecas necesarias. En cambio, en el Código Civil actual, las dos clases de hipotecas necesarias a que se referían los códigos anteriores, se funden en una sola, imponiendo en todo caso a determinadas personas la obligación de constituir hipotecas sobre sus bienes para garantizar bien sea el manejo de bienes que administran o bien los créditos de los cuales son deudores; en esta forma está consignado el artículo 2931 que dice: "llámase necesaria a la hipoteca legal 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".

Como se puede ver, también en nuestro actual código se establece que la hipoteca necesaria debe ser especial y expresa, a diferencia de las que antiguamente se constituían en forma tácita y general las cuales eran indeterminadas tanto por lo que se refería a los bienes como por lo que se refería al crédito, ya que no se indicaba el monto.

En cuanto a la constitución de estas hipotecas desde el código de 1870 que copia en este sentido a la ley hipotecaria española, se establece que dichas hipotecas pueden exigirse en cualquier tiempo, aunque la causa que le hubiese dado fundamento haya cesado como la tutela, la patria potestad, la administración, siempre que esté pendiente la obligación que se debiera haber asegurado; así lo establece actualmente nuestro código en el artículo 2932.

Sin embargo, no obstante que nuestro actual código fundió en una sola las dos clases de hipotecas necesarias que reglamentaban los códigos de 1870 y 1884, tomando únicamente en cuenta las personas que están obligadas a otorgarlas ya sea

para asegurar los bienes que administran o para asegurar los créditos de determinados acreedores, sin embargo repetimos, al establecer nuestro código los casos en que se origina esta hipoteca, hace la enumeración de ellos tomando en cuenta las personas que tienen derecho a pedir la constitución a su favor de una hipoteca legal, haciendo de esta forma la misma división a que se referían nuestros anteriores códigos, y al efecto, el artículo respectivo que es el 2935 establece: "tienen derecho de pedir la hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos: I.—El coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido. II.—Los que ejercen la patria potestad para garantizar los bienes de sus descendientes. III.—La hipoteca constituída por los tutores para la garantía de la administración de los bienes de sus pupilos. IV.—La hipoteca otorgada para garantizar los legados sobre los bienes de la herencia. V.—La hipoteca que deben otorgar los administradores de bienes del estado y de los municipios para responder de su manejo.

Además de las dos clases de hipotecas de que nos hemos ocupado en los párrafos anteriores, podemos distinguir en primer lugar todas las hipotecas que se pueden constituir tomando en cuenta la clase de bienes que gravan, sin embargo por el sistema que habremos de seguir en este estudio, nos ocuparemos de ellas en el capítulo referente a los bienes susceptibles de hipotecarse.

En seguida se nos presenta otra clase de hipotecas, es la llamada hipoteca del Propietario la cual por considerarla de máximo interés le dedicaremos un capítulo aparte, para su estudio, conformándonos por el momento únicamente con enunciarla.

Aparte podemos distinguir la llamada Hipoteca Amortizable, que se caracteriza por la autorización que se otorga el deudor de ejecutar pagos parciales para ir disminuyendo el importe del capital y asimismo el de los intereses. Estas clases de hipotecas son de gran utilidad para los deudores ya que de esta forma pueden ir solventando, a través de determinado tiempo, préstamos de importancia. Este sistema es igualmente favorable para los acreedores, que generalmente son instituciones de crédito legalmente autorizadas para la expedición de cédulas de hipotecarias, ya que este sistema mantiene intacta la garantía aunque la obligación vaya decreciendo y las instituciones de crédito pueden seguir operando en nuevas operaciones, ya que en virtud del gran número de las practicadas reciben entregas periódicas de cantidades de importancia.

Podemos señalar como otra clase de hipotecas, aquellas que se constituyen para garantizar Créditos Públicos, en este sentido hay que hacer una distinción a fin de evitar confusiones; el artículo 2935 fracción V del código civil que ya hemos estudiado con anterioridad, establece: "tienen derecho a pedir la hipoteca necesaria

para seguridad de sus créditos. V.—El Estado, los pueblos y los establecimientos públicos sobre bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos". En este caso, no se trata de garantizar un crédito fiscal ni tampoco de una obligación en favor del Estado, sino que únicamente se exige a los administradores o recaudadores de fondos públicos otorguen garantía hipotecaria para caucionar su manejo, lo mismo como si se tratara de los tutores; en cambio, cuando el Estado tiene que garantizar un crédito a su favor, para ello no es necesario que el deudor constituya hipoteca sobre alguno de sus bienes para garantizar dicho crédito, sino que en este caso el crédito fiscal se considera preferente al hipotecario según lo establece el artículo 2980 del código civil: "preferentemente se pagarán los adeudos fiscales provenientes de impuestos con el valor de los bienes que los hayan causado", es decir en estos casos hay una afectación directa y en primer lugar del crédito del Estado sobre los bienes de los deudores fiscales.

Existe otra clase de hipoteca que aunque se constituye de acuerdo con las leyes comunes, sin embargo, por establecerse en un ordenamiento legal distinto, hemos preferido estudiarla aparte; nos referimos para llamarla de algún modo a la hipoteca Notarial que establece el artículo 130 de la Ley del Notariado en vigor que debe constituír el notario en garantía de la función que va a ejercer; el monto de esta garantía debe ser por un valor de $20,000.00 y se constituirá según dicho artículo "sobre un bien raíz ubicado en la entidad en que el notario va a ejercer sus funciones, siempre que dicha propiedad esté libre de gravámenes..." y el artículo siguiente establece que "el monto de la garantía notarial se aplicará de preferencia al pago de la responsabilidad civil contraída por el notario y en segundo lugar al pago de las multas que se hubiese impuesto al mismo..." Aunque la ley no lo establece, esta hipoteca se debe constituír en favor del gobierno de la ciudad de México, por lo cual bien podía considerarse a estas hipotecas dentro de las necesarias en favor del Estado.

HIPOTECAS NECESARIAS (continúa).—La enumeración que hace nuestro actual código de las hipotecas necesarias, varía en relación con los códigos anteriores; en el código civil de 1870, se establecía en el artículo 2000 las siguientes hipotecas necesarias: 1o. la del coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen sus respectivos saneos o el exceso de los bienes que hayan recibido, 2o. el vendedor o el que permuta sobre el inmueble vendido o permutado, por el precio o por la diferencia de los valores, 3o. el donante sobre los inmuebles donados, por las cargas pecuniarias impuestas al donatario, 4o. el que presta dinero para comprar una finca, sobre la misma finca, con tal que conste en escritura pública que el préstamo se hizo con ese objeto, 5o. los descendientes de cuyos bienes

fueren meros administradores los padres o ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquéllos, 6o. los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que estos administren, 7o. la mujer casada sobre los bienes de su marido, por la dote y bienes parafernales siempre que la entrega de una y otra conste por escritura pública, 8o. la mujer casada por las donaciones antenupciales que le hayan sido hechas por el marido conforme a la ley, 9o. los acreedores que hayan tenido a su favor sentencia que haya causado ejecutoria sobre los bienes que tuviere el deudor y que ellos mismos designen, 10o. los legatarios sobre los inmuebles de la herencia, por el importe de su legado, si no hubiere hipoteca designada por el mismo testador, 11o. los aseguradores sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años, y si el seguro fuere mutuo por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho, 12o. el Estado, los pueblos y los establecimientos públicos sobre los bienes de sus administradores o recaudadores para asegurar las rentas de sus respectivos cargos. Conforme a este Código, todas las personas señaladas en el artículo anterior tenían la facultad de pedir la constitución de la hipoteca, y las personas obligadas estaban en el deber de constituírlos, pero sin embargo este derecho podía renunciarse y si así se hacía, nada obligaba a los deudores a constituir la hipoteca, siendo ésta la regla general, había excepciones en el sentido de que las hipotecas a que se referían las fracciones 5a., 6a., y 7a., y 8a., sí eran obligatorias para aquéllos que tenían obligación de constituírlas, así se desprende en virtud de lo establecido por el artículo 1999: "están obligados a constituír hipoteca aunque no se les exija: 1o. los ascendientes por los bienes comprendidos en la fracción 5a. del artículo siguiente, 2o. los tutores conforme a la fracción 6a., del citado artículo, 3o. el marido por los bienes comprendidos en las fracciones 7a. y 8a. del artículo referido y conforme a los artículos 2001 y 2003. En este sentido aunque la ley hipotecaria española es anterior a nuestro código de 1870, éste es más amplio y establece casi el doble de hipotecas necesarias que las establecidas por la ley española. El Código Civil de 1884 como hemos dicho también reconocía el doble género de hipotecas necesarias, y dentro de las que se constituían como derechos de los acreedores se encontraban: 1o.la hipoteca que debía otorgar el comprador para garantizar el precio al vendedor; 2o.—la que debía otorgar el permutante para garantizar la diferencia de valores en los bienes permutados, y 3o.—la que debía otorgar el condenado por sentencia definitiva para garantizar la ejecución de la misma. De ello se desprende que nuestro actual Código ha reducido al mínimo los casos en que se deben constituír hipotecas de carácter necesario.

Ahora nos ocuparemos de una clase de hipotecas que en nuestra legislación vigente expresamente no existe pero que como más adelante veremos no se prohiben

y por tanto son susceptibles de crearse; nos referimos a las hipotecas denominadas solidarias o (Hipoteca correal) como se denomina en el derecho alemán; las cuales se presentan cuando a un mismo crédito están afectadas varias fincas de modo que cada predio esté sujeto a la totalidad de crédito, pero no estando facultado el acreedor sino a percibir una sola vez el importe de la deuda. El titular de estas hipotecas, puede a su libre arbitrio intentar la satisfacción de su crédito, simultáneamente sobre las fincas o sobre una o varias de ellas en particular. En nuestra legislación, en el artículo 1836 del Código de 1884, se establecía la solidaridad en la hipoteca de varias fincas para la garantía de un sólo crédito la cual operaba por ministerio de la ley, es decir sin necesidad de acuerdo de los interesados, pero se reconocía el pacto en contrario en el sentido de que en la escritura se podía determinar la cantidad o parte del gravamen de que cada una de las fincas debía responder. Pero en cambio hemos visto ya al tratar de la indivisibilidad que en nuestro actual código en el artículo 2912 se establece: "cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de su crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte de crédito que garantiza". Por tanto, en virtud del contenido de este artículo, que de manera forzosa obliga a la división, no pueden existir en nuestro derecho hipotecas solidarias, sin embargo, si se toma como base de que las hipotecas solidarias son las que constituyen dos o más personas para garantizar un determinado crédito existente a cargo de un tercero de cualquiera de los constituyentes o de todos ellos por virtud de una obligación también solidaria entre los mismos y facultando al acreedor para exigir la garantía por la totalidad de la obligación en cualquiera de los bienes gravados, o sobre todos ellos sucesiva o simultáneamente, solamente en este sentido se podría hablar en nuestro derecho de hipotecas solidarias ya que el artículo 2912 no impide que dos o más personas constituyan sobre sus respectivos bienes diversas hipotecas para garantía de una misma obligación, que puede ser a cargo de un tercero, de cualquiera de los constituyentes o de todos ellos en forma solidaria, sin embargo, aún así es discutible la validez de estas hipotecas ya que la finalidad del precepto multicitado, es la de dividir, por lo que toca a la garantía real, la responsabilidad sobre cada finca o bien afectado, independientemente de que sea una sola o varias personas las que establezcan esa garantía; por lo cual debemos pensar, que más que solidaridad de la hipoteca existe mancomunidad de la misma.

Ahora nos ocuparemos de una hipoteca que pertenece exclusivamente al derecho mercantil pero que sin embargo resulta de gran interés estudiarla; nos referimos a la Hipoteca Naval o de embarcaciones. El principio de que la hipoteca sólo

podía recaer sobre inmuebles y de que únicamente los bienes muebles podían ser objeto de comercio, tuvo por consecuencia que por gran tiempo no se hablase de constitución de hipotecas en materia mercantil, admitiéndose únicamente la prenda y el préstamo a la gruesa como instituciones similares, pero pronto se vió la utilidad y ventajas que la hipoteca tenía sobre estas instituciones lo que hizo por tanto factible la introducción de la hipoteca en materia mercantil diferenciándose de la prenda no por el carácter mueble o inmueble de los bienes afectos a esos contratos, sino que la diferencia estribaba en que por efecto de la prenda el deudor hacía la transmisión de la cosa gravada al acreedor, en cambio en la hipoteca dicha transmisión no puede efectuarse. Dicha hipoteca se aplicó primordialmente a los buques, tomando en cuenta el gran valor que generalmente tienen, y demás caracteres que les daba semejanza con los inmuebles inclusive en varias legislaciones como la española y la inglesa que les reconoció dicho carácter de inmuebles; por otra parte, aunque primordialmente como se dijo la hipoteca mercantil se aplicó a las embarcaciones, en algunos códigos de diversas países se extendió la hipoteca o otros casos; así en Francia el Warrant Agrícola tiene carácter hipotecario lo mismo que en España, aunque en este país se le llama prenda, pero sin embargo los productos quedan en poder del deudor, fisonomía esencial de la hipoteca; asimismo en Francia se ha creado el Warrant Hotelier, que supone una hipoteca del mobiliario comercial, material y utensilios de explotación del hotel, se ha admitido también la hipoteca de los establecimientos comerciales mediante la organización de un registro especial de éstos; en los Estados Unidos, se admite la hipoteca sobre géneros comerciales, sin embargo en otras legislaciones únicamente se reconoce en materia mercantil la hipoteca sobre naves como por ejemplo en España en que aparte se reconoce esa prenda especial denominada Warrant Agrícola, reglamentando la hipoteca naval la ley vigente de hipoteca naval de 21 de agosto de 1893 la cual adopta como base la excepción de que para el solo efecto de la hipoteca, se consideran los buques como inmuebles entendiéndose modificado en este sentido el código de comercio que les asigna el carácter de muebles el que continúan teniendo para todos los otros efectos; igualmente, en el derecho alemán el registro de buques es especial para las hipotecas, no tiene carácter general sino simplemente hipotecario puesto que la inscripción sólo es eficaz para la creación y transmisión de hipotecas pero no para las demás relaciones jurídicas que afecten al buque; los cambios de propiedad principalmente, son ajenos al registro y no tienen valor alguno que se hagan constar en él, una vez realizados.

En nuestra legislación la hipoteca naval sobre embarcaciones mercantes está reglamentada por el Código de Comercio y constituye una operación exclusiva y

esencialmente mencantil ya que por disposición del artículo 75 del ordenamiento citado, se declara en su fracción XV, que son actos de comercio "todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior"; asimismo en el artículo 646 del mismo código se establece: "cuando las embarcaciones sean ejecutadas y vendidas judicialmente para pago de acreedores, tendrán privilegio de prelación las obligaciones siguientes por el orden en que se designan: VIII.—Las hipotecas y cantidades tomadas a la gruesa sobre el casco, quilla, aparejos, pertrechos, armamento, apresto y máquina de vapor, antes de la última salida de la nave". Esta hipoteca naval, bajo la legislación anterior tenía la particularidad de que se constituía sobre cosa mueble, como es la embarcación y aún actualmente así lo establece el artículo 756 del Código Civil que es supletorio del de Comercio; pero ha sido posible esta excepción en virtud de que las embarcaciones conforme al Código de Comercio, están sujetas a inscripción del registro y en tal virtud la embarcación queda absolutamente identificada, por lo cual también la hipoteca es susceptible de inscripción la cual por otra parte es necesaria para que surta efectos contra terceros, favoreciendo esta inscripción al acreedor hipotecario que de esta manera puede ejercer los derechos de persecución y preferencia derivadas de este derecho real. Más adelante señalaremos que para el Código Civil no es una prohibición la hipoteca de cosa mueble, la cual sí es factible principalmente cuando la cosa sea susceptible de registro.

La hipoteca naval se ha creado como una excepción a la hipoteca que generalmente recae sobre cosa inmueble, evitando con ello los inconvenientes que acarrea la prenda con entrega real de la embarcación económicamente perjudicial para el deudor al no permitirle que siga disfrutando de la nave, por esta razón bien sea bajo el nombre de hipoteca como se reglamenta en nuestro Código de Comercio o con el de prenda naval como se designa en el artículo 1259 del Código alemán, se ha considerado que la garantía constituída sobre embarcaciones debe sujetarse al mismo régimen que el de las hipotecas, en cuanto a que no exista una desposesión de la cosa y pueda el constituyente de la garantía seguir disfrutándola, así como por lo que se refiere al sistema de publicidad a través de la inscripción del gravamen en el Registro Público, que puede ser especial como sucede en Alemania, o bien como en nuestro país el mismo registro de comercio. Sin embargo en nuestro actual derecho vigente se puede decir que ya no es un régimen de excepción el de las hipotecas navales, ya que se admiten varios casos de hipotecas sobre mueble y asimismo se ha reglamentado la prenda con entrega real o jurídica de la cosa.

Por último es necesario hacer la observación de que el Código de Comercio al hablar del carácter de acto de comercio se refiere a los contratos y operaciones

del comercio marítimo y a la navegación interior y exterior, por lo cual si la nave está destinada a actividades que no sean mercantiles como por ejemplo de recreo, la hipoteca que se constituya sobre la misma será de carácter civil y se regirá por lo dispuesto en el Código Civil en vigor y asimismo no deberá inscribirse en el registro público de comercio sino en el de la propiedad cumpliéndose para dicha inscripción los requisitos de designar las características del bien para que pueda identificarlo de manera indubitable.

DIFERENCIA ENTRE LA HIPOTECA Y LA PRENDA.—Siendo la prenda junto con la hipoteca los dos únicos contratos de garantía que reglamenta nuestro Código, como derechos reales y teniendo por tanto cierta afinidad creemos necesario señalar las diferencias de uno y otro para evitar confusiones. En principio, antiguamente se presentaban dos puntos de vista para diferenciar la hipoteca de la prenda y se decía: 1o.—La prenda recae sobre bienes muebles enajenables mientras que la hipoteca recaía sobre los bienes inmuebles enajenables también y 2o.—En la prenda se desposée al deudor de la cosa dada en garantía mediante la entrega material o jurídica de la misma, en la hipoteca se prohibe por definición hacer entrega de los bienes gravados al acreedor siendo de la esencia del contrato esta prohibición. Actualmente, estas diferencias ya no son las mismas no sólo en nuestra legislación actual sino en casi todas las legislaciones, ya que ahora la hipoteca puede recaer sobre bienes inmuebles y sobre muebles; por tanto la clase de bienes sobre los que recae una y otra ya no son base para diferenciar estos dos contratos, subsistiendo únicamente la diferencia en el sentido de que la prenda acarrea la desposesión del bien gravado por parte del deudor o de quien la constituya y en la hipoteca por definición no se desposeé al deudor del bien hipotecado, siendo ésta la diferencia fundamental ya que tanto la prenda como la hipoteca son como hemos dicho derechos reales de garantía, de naturaleza accesoria y otorgan el acreedor las acciones de persecución, venta y preferencia en el pago; tanto una como otra se refiere a bienes determinados y enajenables las reglas generales para la hipoteca como derecho accesorio, se aplican igualmente a la prenda, las limitaciones para hipotecar en cuanto a la capacidad son iguales que las limitaciones para dar prenda.

UTILIDAD DE LA HIPOTECA.—Habiendo dado brevemente una noción de la hipoteca en los párrafos anteriores, saltan a la vista las ventajas tanto jurídicas como económicas que se obtienen por este contrato; en primer lugar desde un punto de vista jurídico, la hipoteca representa la forma contractual que da la máxima seguridad a los acreedores para garantía de sus créditos lo mismo que para aquellas personas a cuyo favor la ley establece esta clase de garantía amparándolos contra una mala administración de sus bienes o bien garantizándoles créditos a su

favor; asimismo, representa en favor de los deudores que garantizan sus obligaciones por este medio la ventaja de no ser desposeídos del bien que otorgan en garantía, sobre el cual siguen siendo dueños y pudiendo disponer de ellos como tales. Desde un punto de vista económico, la hipoteca representa la forma más segura de movilización de capitales y bienes raíces y con la creación de instituciones de crédito autorizadas para la creación de títulos de crédito denomidados cédulas hipotecarias, la hipoteca ha tomado un auge inusitado como medio de movilización de capitales/

CAPITULO III

Bienes susceptibles de ser gravados con hipotecas; bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos.—Clases de bienes que para los efectos de la hipoteca son considerados como inmuebles y por tanto pueden ser gravados con ella.—Accesiones.—Mejoras.—Construcciones.—Frutos Industriales y Rentas Vencidas.—Frutos y Rentas Pendientes.—Nuda Propiedad y Usufructo.—Uso y habitación.—Bienes Litigiosos.—Hipoteca sobre Hipoteca.—Hipoteca de bienes ya Hipotecados.—Hipoteca sobre la Co-propiedad.—Hipoteca sobre la posesión.—Hipoteca de la Herencia.—Hipoteca sobre Concesiones.—Hipoteca de los Derechos de Autor.—Otras modalidades en cuanto a los bienes que pueden ser Hipotecados.— Hipoteca sobre bienes muebles y su reglamentación.

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER GRAVADOS CON HIPOTECA; BIENES INMUEBLES Y DERECHOS REALES SOBRE LOS MISMOS.—La hipoteca está constituída por elementos personales, reales y formales, los elementos reales son: la obligación garantizada que ya la hemos estudiado en el capítulo precedente, y, la cosa hipotecada, cuyo estudio será materia del presente capítulo; como hemos dicho con anterioridad, en Roma la hipoteca podía recaer tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles y derechos reales sobre los mismos, pero también eran susceptibles de hipotecarse derechos personales como era el derecho derivado de una obligación; esto se debió fundamentalmente a la indiferenciación que por largo tiempo existió entre la hipoteca y la prenda, además, la facultad de hipotecar todo un patrimonio entero sin hacer distinción entre la clase de bienes que lo formaban y así como la autorización para hipotecar bienes futuros, fueron otras tantas causas de que la hipoteca recayera indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles. Sin embargo, en las legislaciones posteriores al derecho romano, se consolidó el principio de que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles o derechos reales constituídos sobre los mismos, para diferenciarla de la prenda que generalmente gravaba bienes muebles; este fué el criterio general de las legislaciones germánica, española y francesa que principalmente han influído en nuestra legislación sobre esta institución; sin embargo la mayor parte de los tratadistas en sus obras dejan ver la posibilidad de que excepcionalmente la hipoteca pudiese recaer sobre los bienes muebles e inclusive en la escuela francesa se formó una corriente

de autores que propugnan por volver a la escuela romanista. el artículo 3256 del Código de Napoleón, (2118 del código civil francés), establece que son susceptibles de hipoteca..." 3o. los esclavos y 4o. en fin las embarcaciones y edificios.

Colín y Capitant, apegándose al concepto legal, consideran el contrato de hipoteca como un derecho real inmobiliario, es decir referible a bienes inmuebles solamente, afirman categóricamente y en forma general, que los bienes muebles por su propia naturaleza, no son hipotecables, ya que no podría hacerse valer respecto de ellos la acción persecutoria que corresponde al acreedor hipotecario, con la misma facilidad que cuando se trata de inmuebles, dado que es muy fácil transmitir su propiedad. Sin embargo los mismos autores admiten que la imposibilidad no es absoluta, que existen ciertos muebles susceptibles de hipotecarse pero no con la generalidad con que existía en el derecho romano en que eran susceptibles de gravarse toda clase de bienes.

Por otra parte, en otras legislaciones como la española, igualmente existe prohibición absoluta de gravar con hipoteca bienes muebles; así se deduce del artículo 106 de la ley hipotecaria española y 1874 del código civil que establecen: "solo podrán ser hipotecados: 1o. los bienes inmuebles, 2o. los derechos reales enajenables legalmente, impuestos sobre los bienes inmuebles. Esta legislación no admite excepciones al principio, es más, en el artículo 334 del Código Civil se enumeran los bienes que son considerados como inmuebles, no incluyendo ya dentro de éstos los oficios públicos, ni las acciones de banco y de compañías mercantiles, las cuales anteriormente se consideraban como bienes raíces y susceptibles de ser gravados con hipoteca; por lo tanto se puede decir que la regla absoluta y general dentro de la legislación española es que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles exclusivamente; la denominación hipotecaria se reserva para el gravamen que recae sobre inmuebles, la palabra prenda sólo se usa en el código español para el gravamen mobiliario; se excluye en absoluto la hipoteca sobre muebles.

En el derecho hipotecario alemán, la regla general respecto de los bienes susceptibles de hipotecarse se refiere a que solo las fincas y los derechos equiparados con ellas, pueden gravarse con hipoteca. El artículo 6 de la Ley del Registro Inmobiliario Alemán, establece que no debe gravarse una parte real de una finca en cuanto tal, sino que es necesario proceder antes de segregarla de la finca e inscribirla como finca independiente, aunque sin embargo se puede considerar como válido el gravamen que se constituya con infracción a este precepto, por otra parte solamente puede imponerse hipoteca sobre una parte ideal de un fundo si consiste en la parte de un copropietario, de lo contrario no se constituye un gravamen válido. Sin embargo aun cuando el principio general se contiene en términos de que única-

mente pueden ser gravados con hipoteca los fundos y fincas y los derechos independientes, como por ejemplo las cosas que hayan sido partes integrantes de la finca, las pertenencias, los créditos derivados del arrendamiento ya sea éste de uso o de uso y disfrute así como ciertos créditos subrogados como los procedentes de seguros y expropiaciones; por lo cual el principio acerca de la clase de bienes sujetos a hipoteca dentro de la legislación alemana no es general en el sentido de que debe tratarse de bienes muebles exclusivamente o derechos derivados de los mismos, existen excepciones de las cuales nos ocuparemos con más detenimiento más adelante.

El Código Civil argentino, igualmente acepta como principio fundamental el que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles únicamente; así se establece en el artículo 3108 que dispone: "La hipoteca es el derecho real constituído en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor"; por otra parte, dentro del sistema argentino los derechos reales respecto de cosa ajena como son el usufructo, el uso y la habitación, así como las servidumbres prediales no pueden ser materia de hipoteca, solamente pueden hipotecarse las servidumbres en caso de que se haya hipotecado el fundo al que benefician; asimismo no es permitido dentro de este sistema la hipoteca sobre el derecho de hipoteca; ello se deduce del artículo 3120 que reglamenta: "Los derechos reales de usufructo, servidumbres, de uso y de habitación y los derechos hipotecarios, no pueden hipotecarse".

Dentro del sistema hipotecario francés, es necesario hacer notar la idea que respecto de éste tema nos da Planiol al decir que en la hipoteca propiamente no se gravan los bienes ya que ella no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa como lo haría en virtud de los derechos reales de propiedad, servidumbre, usufructo, etc.; lo que se hipoteca, lo que podrá vender es el derecho que el deudor tiene sobre la cosa. "La hipoteca es un derecho real establecido, por decirlo así, en segundo grado y que recae sobre otro derecho real". Es criticable esta idea de Planiol, ya que si en principio, al momento de constituirse la hipoteca, ésta no representa para el acreedor un dominio material e inmediato sobre la cosa gravada, ello puede sobrevenir después, en caso de que oportunamente no le sea pagado su crédito al acreedor, éste tiene derecho de apropiarse la cosa y hacerla vender y con su producto cubrir su crédito; por otra parte es absolutamente falso que lo que se grava es el derecho que el deudor tiene sobre la cosa, ya que muchas veces éste al vender la cosa o transmitir su dominio por cualquier otro título legal, pierde su derecho sobre la misma, y sin embargo no por ello la hipoteca deja de existir, sino que por el contrario sigue gravando a la cosa en manos de quien

se encuentre, lo cual quiere decir que la hipoteca persigue a la cosa en cualquier momento y en cualquier parte ya que precisamente es a ella a quien grava. En cambio, en cuanto la hipoteca recae sobre derechos reales como el usufructo, el uso, las servidumbres, etc., en este caso si es posible hablar que la hipoteca grava derechos reales sobre una cosa y no la cosa misma como sucede con el usufructo o el uso y no asi sin embargo con las servidumbres, en que es necesario que se grave junto con ellas el fundo dominante. Una vez hechas estas reflexiones, podemos decir que en el derecho francés como en casi todos los demás derechos, la doctrina general es en el sentido de que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles y sobre los derechos reales derivados de ellos, preferentemente los desmembramientos de la propiedad; sin embargo, como más adelante analizaremos, se ha reglamentado más o menos ampliamente la hipoteca sobre muebles lo que como en todas las legislaciones viene a convertirse en una excepción en cuanto al principio relativo a la clase de bienes susceptibles de hipotecarse.

Pasando a estudiar este tema en nuestra legislación, hemos de aceptar en primer lugar, que en ella como en las otras legislaciones el principio general se contenía en la idea de que la hipoteca solo pudiese recaer sobre bienes inmuebles o derechos reales; este principio dentro del código de 1870 fué absoluto, es decir, que los bienes sobre los que se podía constituír una hipoteca, deberían pertenecer forzosamente a la categoría indicada y si existía una excepción, era en el sentido de que no todo inmueble ni todo derecho real era susceptible de ser hipotecado. En este sentido, el artículo 1951 prescribía: "No se podrán hipotecar: 1o.—Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produce, 2o.—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, 3o.—Las servidumbres a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante y exceptuándose en todo caso la de aguas la cual podrá ser hipotecada, 4o.—El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este código a los ascendentes sobre los bienes de sus descendientes, 5o.—El uso y la habitación, 6o.—Los bienes vendidos con pacto de retroventa mientras la venta no quede irrevocablemente consumada o resuelta, 7o.—Las minas mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva; aunque estén situadas en terreno propio, 8o.—Los bienes litigiosos.

En cuanto a los derechos reales susceptibles de ser hipotecados, también regía el principio de que deberían ser bienes inmuebles por lo cual deberían estar constituidos sobre bienes inmuebles y la hipoteca constituida sobre tales derechos solo duraba mientras éstos subsistieran, a no ser que se extinguieran por culpa del que

los disfrutaba, en cuyo caso estaba obligado éste a constituír una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor.

En el código de 1884 eran igualmente susceptibles de hipotecarse en general los predios y los derechos reales constituídos sobre los mismos, así se establece en el artículo 1825: "La hipoteca solo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos. El concepto en este sentido era preciso. Excluye cualquiera clase de bienes que no sean inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos. Es de advertirse sin embargo, que el código de 1880 no consideraba solo como inmuebles aquellos que lo son por naturaleza (artículo 1834 fracción II) ya que hace extensiva la hipoteca en ciertas condiciones a cosas que siendo originariamente muebles, han sido incorporadas de manera permamente a un inmueble (inmuebles por destino) y que eran las comprendidas en las fracciones III a VII del artículo 684 del citado ordenamiento.

Ocupándonos ahora de nuestro código civil vigente, hemos de decir en primer lugar que modificó sustancialmente lo establecido por los códigos anteriores en lo referente a este tema y es así como nuestro código en vigor no exige que la hipoteca recaiga necesariamente sobre bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre bienes raíces o inmuebles, en general ello se desprende tanto del artículo 2893 que nos da un concepto de la hipoteca afirmando únicamente que esta recae sobre bienes que no se entregan al acreedor, pero no se precisa qué clase de bienes son ellos; así mismo el artículo 2825 establece: "La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados" y el artículo 2903 estatuye: "La hipoteca constituida sobre derechos reales solo durará mientras estos subsistan..."

Visto lo anterior, podemos decir que el legislador de 1928 al definir la hipoteca revolucionó de manera absoluta el concepto tradicional de la institución hipotecaria en nuestra legislación al no establecer que la hipoteca deba recaer necesariamente sobre bienes inmuebles. En cambio, en cuanto a la reglamentación de la hipoteca, sigue generalmente los lineamientos del código de 1884, como más adelante veremos, ya que la circunscribe a los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios, ya que ignora o al menos parece ignorar, al no considerar los muebles y los derechos reales mobiliarios como posibles objetos de hipoteca salvo determinados casos de excepción cuando la ley expresamente lo permite como por ejemplo los bienes muebles por anticipación como los frutos pendientes sobre los cuales puede constituirse hipoteca siempre y cuando dichos frutos no deban recolectarse en época determinada.

/ CLASES DE BIENES QUE PARA LOS EFECTOS DE LA HIPOTECA SON CONSIDERADOS COMO INMUEBLES Y POR TANTO PUEDEN SER GRAVADOS CON ELLA.—De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que generalmente, y salvo disposición legal en contrario, la hipoteca recae sobre bienes inmuebles y sobre los derechos reales derivados de ellos y es precisamente de esas excepciones de las que ahora vamos a ocuparnos, es decir, de cierta categoría de bienes que por lo regular son considerados como muebles, pero que por su relación con un inmueble se han considerado de la misma categoría, o bien que la ley le reconozca expresamente dicha calidad.

Teniendo en cuenta que tradicionalmente se han llamado indistintamente los bienes inmuebles o raíces, por lo general al tratar de los bienes sujetos a hipoteca, se habla preferentemente de dichos bienes es decir de predios hipotecados y en general en todas las legislaciones la idea es la misma, sin embargo hay otras clases de bienes que originariamente son muebles pero que por estar adheridos o incorporados a la finca son susceptibles de hipotecarse pero siempre y cuando subsista esa incorporación.

En este sentido, las legislaciones varían un tanto ya que unas restringen el principio de incorporación de muebles a la finca hipotecada, y otras por el contrario sustentan un criterio más amplio en este sentido.

En la legislación alemana, el acreedor hipotecario puede intentar su satisfacción sobre el fundo gravado y las partes que lo integran, además le están sujetos algunos objetos muebles independientes, como por ejemplo las cosas que hayan sido partes integrantes de la finca, las pertenencias los créditos derivados del arrendamiento y ciertos créditos subrogados como el de seguro y el de expropiación.

Dentro de este sistema al afirmarse que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes de la finca, se refiere a partes tanto esenciales como no esenciales, asimismo corporales e incorporales y no importa que dichas partes sean integrantes desde antes de la concesión de la hipoteca o solo con posterioridad; es decir quedan gravados los edificios con excepción de las construcciones transitorias, las plantaciones, las tierras de aluvión, las servidumbres prediales. Además se reconoce que las partes integrantes de la finca quedan sujetas al crédito hipotecario incluso después de su separación, aunque adquieran el carácter de muebles. Este principio es sin limitación en cuanto a los derechos subjetivamente reales sobre todo los regulados, por el derecho territorial. En cambio a otras partes integrantes y en particular los frutos recogidos o los materiales de demolición del edificio sólo responde al acreedor hipotecario cuando con la separación han quedado de propiedad del dueño de la finca o del poseedor en nombre propio; sin embargo, estos bienes no

quedan permanentemente dentro de la afectación, ya que la hipoteca puede extinguirse en relación con ellos si no son secuestrados oportunamente por el acreedor hipotecario, o bien cuando son enajenados.

Por otra parte, las partes integrantes del suelo que han sido separadas se liberan de la hipoteca sin necesidad de enajenación, cuando son alejados de la finca de una manera duradera, antes del secuestro en tanto que la separación (no el alejamiento) haya tenido lugar dentro de los límites de una administración normal, asimismo, se extiende además la hipoteca a las pertenencias de la finca, que hayan entrado en la propiedad del dueño del inmueble. La pertenencia que sea propiedad del poseedor de la finca en nombre propio no está sujeta a la hipoteca; igualmente que las partes integrantes separadas, las pertenencias dejan de estar afectas a la garantía cuando se las enajena y aleja de la finca de una manera duradera antes del secuestro del inmueble, e incluso sin enajenación cuando la condición de pertenencia es suprimida antes del secuestro dentro de los límites de una administración normal, como cuando se desecha un instrumento agrícola de fabricación anticuada.

De lo anteriormente expuesto se deduce que dentro del código civil alemán se reglamenta ampliamente lo relativo a la hipotca sobre las partes integrantes y las pertenencias de la finca hipotecada e igualmente se confirma el desenvolvimiento avanzado que sobre esta materia presenta el ordenamiento legal citado.

En la ley hipotecaria española, como lo hemos visto ya, la regla general respecto a la clase de bienes que pueden sujetarse a hipoteca nos dice que solo los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables impuestos sobre los bienes inmuebles se pueden hipotecar. Sin embargo la ley en su artículo 107 reglamenta que no todas las cosas hipotecables pueden gravarse libremente y en dicha disposición establece con toda amplitud varias restricciones que más adelante veremos. Enseguida en el artículo 108 la ley hipotecaria establece que hay algunas cosas que no obstante siguiendo la regla general pueden ser hipotecadas, sin embargo la ley lo prohibe expresamente y son:

1.—Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, sin embargo la de aguas pueden hipotecarse libremente. 2.—Las minas aún en terreno propio mientras no se obtenga el título de su concesión definitiva. 3.—El derecho legal del usufructo que corresponde a los padres sobre los bienes de los hijos, o al cónyuge supérstite sobre los bienes del difunto. 4.—El uso y la habitación.

Por último, de conformidad con el artículo 110 de la mencionada ley hipotecaria española, se entienden hipotecados los siguientes bienes cuando se parte expresamente la extensión de ellos a la hipoteca: 1.—Los objetos muebles que se hallen

BIBLIOTECA CENTRAL

colocados permanentemente en la finca para su adorno, comodidad, explotación o servicio de alguna industria que puedan separarse sin quebranto de la materia y deterioro del objeto. 2.—Los frutos cualquiera que sea su situación. 3.—Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Claro esta, que según lo establecido por el artículo 112 del mismo ordenamiento, la extensión de la hipoteca a las cosas mencionadas, solo es posible cuando correspondan o pertenezcan al propietario de la finca, pero nó cuando las mejoras y los bienes muebles se hayan costeado por el tercer adquirente o los frutos y rentas pertenezcan a éste.

Igualmente, como se puede apreciar del análisis de los artículos transcritos, en el sistema hipotecario español existe la hipoteca sobre bienes muebles los cuales incorporados a un inmueble adquieren tal calidad y por tanto pueden ser hipotecados; lo mismo, existen ciertas restricciones o negativas absolutas en cuanto a los bienes inmuebles o derechos reales hipotecables.

Creemos interesante transcribir el artículo 3110 del código civil argentino el cual se inspira principalmente en la legislación española y la doctrina francesa y reglamenta la materia de que estamos tratando, el artículo citado determina: "La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios mientras estén unidos al principal, a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales accidentales o artificiales, aunque sea el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío a las ventajas que resulten de la extensión de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres y 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".

Por último, en nuestra legislación ya desde el Código Civil de 1870 se hablaba de la hipoteca de predios estableciéndose que ésta comprendía: 1o.—El área o superficie nuda que sirve de base a los edificios. 2o.—Los edificios o cualesquiera otras construcciones ejecutadas sobre el área, y se extienden a las mejoras y accesiones naturales, y a los objetos muebles que el propietario agregue a perpetuidad a la finca hipotecada. En cuanto a estos últimos, se estipuló que si dichos bienes fueran enajenados antes de la constitución de la hipoteca, no tendría acción el acreedor hipotecario ni contra el dueño de la cosa ni contra el tercero poseedor. El criterio en que el legislador se basó para ampliar la hipoteca a los objetos muebles que el propietario agregue a perpetuidad a la finca hipotecada consistió en que dichos bienes se adhieren por comodidad y ornato y llegan a identificarse con la finca

misma, y por lo cual tomando en cuenta el principio de indivisibilidad de la hipoteca en el sentido de que ella pesa sobre todas las cosas hipotecadas sobre cada una de ellas y sobre cada una de sus partes, y formando estos bienes parte de la finca misma, por tanto a ellos también se hace extensiva la hipoteca.

En cuanto al Código Civil de 1884, como hemos visto, la hipoteca recaía sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales constituídos sobre los mismos y por lo general los bienes susceptibles de hipotecarse eran los predios y los derechos reales constituídos sobre ellos. Sin embargo, también se reglamentaba la hipoteca de bienes muebles incorporados o inmovilizados por su destino; de este modo se establecía en el artículo 1827 fracción IV lo siguiente: "La hipoteca de predios sólo comprende:... IV.—Los objetos comprendidos en las fracciones tercera a séptima del artículo 684 que el propietario haya agregado a la finca hipotecada". En las fracciones III a VII del artículo 684 se comprendían principalmente los bienes muebles incorporados a una finca y los inmuebles por destino.

En nuestro Código Civil vigente igualmente se estatuye en el artículo 2896 que: "La hipoteca se extiende aunque no se exprese : 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". Y en el artículo 2898 se establece: "No se podrán hipotecar:... 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". De ello resulta que los muebles incorporados quedan incluídos dentro de la hipoteca sin necesidad de pacto expreso; en cambio para los inmuebles por destino se necesita pacto expreso.

Resumiendo lo afirmado en este párrafo, resulta que aunque generalmente la hipoteca recae sobre bienes inmuebles y derechos reales constituídos sobre los mismos, sin embargo, siempre existe excepción a este principio en el sentido de que bien puede recaer la hipoteca sobre objetos muebles, los cuales por efecto de ser gravados con ella adquieren la calidad de inmuebles.

ACCESIONES.—Habremos de analizar por separado este tema que se refiere a la extensión de la hipoteca a las accesiones del bien hipotecado en virtud de que lo consideramos de cierta importancia y no deja de presentar problemas su reglamentación. Empezamos por afirmar que la accesión es un medio de adquirir la propiedad mediante una extensión del dominio, mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una cosa principal; es decir, se fundamenta en el principio de que lo accesorio sigue a lo principal. Se distinguen la accesión natural

que supone la unión o incorporación de cosas sin la intervención del hombre, y la accesión artificial que supone que la unión o incorporación se lleva a cabo por el hombre. La accesión natural tiene cuatro formas distintas: el Aluvión, la Avulsión. El Nacimiento de una Isla y la Mutación del cauce de un río; esta clase de accesiones se presenta en materia de inmuebles, en cambio la accesión artificial puede presentarse en materia de inmuebles y entonces hablamos de edificación, plantación y siembra; o bien, puede referirse a muebles y se presenta en cuatro formas: Incorporación, confusión, mezcla y especificación.

Pasando a analizar nuestro tema, tenemos que desde el Código Civil de 1870 el artículo 1944 establecía: "la hipoteca de predios comprende: 2o.—La edificios o cualesquiera otras construcciones ejecutadas sobre el área, y se extiende a las mejoras y accesiones naturales y a los objetos muebles que el propietario agregue a perpetuidad a la finca hipotecada". Por otra parte el Código Civil de 1884 reglamentaba en su artículo 1827: "La hipoteca de predios sólo comprende: II.—Las accesiones y mejoras permanentes que tuviere el predio y que aumenten el área y sus edificios y construcciones". Nuestro código en vigor en el artículo 2896 estatuye: La hipoteca se extiende aunque no se exprese: I.—A las accesiones naturales del bien hipotecado. De lo anterior se deduce que en el Código Civil de 1870 en relación con la extensión de las hipotecas a las accesiones del bien hipotecado, sólo se refería a las naturales, es decir, a los aumentos que el bien tuviera por aluvión, por la avulsión, por el nacimiento de una isla o por mutación del cauce de un río; en igual sentido se contiene lo establecido por nuestro artículo 2896-I de nuestro actual Código Civil; en cambio, el código anterior hablaba simplemente de accesiones sin especificar que fueren naturales, limitándose expresamente a las accesiones del inmueble o predio hipotecado. Nosotros estimamos que aunque expresamente no lo establezca nuestro código, la hipoteca no solo se extiende a las accesiones naturales que se realizan sobre el bien hipotecado, sino que también debe extenderse a los casos de accesión artificial sobre inmuebles, es decir en los casos de edificación, plantación y siembra, siempre y cuando esté hipotecado el bien en beneficio del cual se constituyan esas clases de accesiones; esta conclusión a que llegamos, está justificada por las siguientes fracciones del artículo que venimos estudiando al establecer igualmente que la hipoteca se extiende, aunque no se exprese, a las mejoras hechas por el propietario sobre el bien gravado, y los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

En este mismo sentido se expresa el artículo 110 de la ley hipotecaria española que establece que: "La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejo-

ras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados", al hacerse el comentario de este artículo se dice que se ha establecido esta extensión de la hipoteca en atención de que así como el acreedor corre el riesgo del deterioro y la pérdida de la cosa así es natural también que le aprovechen sus aumentos y accesiones.

Por último, creemos interesante indicar que en la legislación argentina, es permitido que la hipoteca de un inmueble se extienda a todos los accesorios mientras estén unidos al principal, a todas las mejoras sobrevinientes, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales y aunque sean el hecho de un tercero.

MEJORAS.—El artículo 2896 dice: que la hipoteca se extiende aunque no se exprese: II.—A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados. Este artículo no ofrece problema alguno, ya que es fácil determinar lo que debe entenderse por mejoras las cuales pueden ser como los gastos, necesarias, útiles y voluntarias; entendiéndose por las primeras, aquellas que están prescritas por la ley y sin las cuales la cosa se pierde o se deteriora; las útiles son aquellas que aunque no se consideran necesarias realizándose aumentan el precio o producto de la cosa; y por último las voluntarias se realizan por obtener un ornato en la cosa o bien por placer o comodidad del poseedor. Sin embargo, es necesario hacer notar que en el caso de que se realicen algunas de estas mejoras sobre el bien hipotecado empleando objetos muebles, éstos no quedan sujetos al gravamen hipotecario en caso de que no hayan sido incorporados de manera permanente a la cosa o bien que puedan separarse de ella sin detrimento de la misma. Para concluir creemos que se debe interpretar este artículo en el sentido de que no sólo las mejoras hechas por el propietario se entienden gravadas con la hipoteca, sino que también a todas aquellas que aunque no fueren realizadas por el propietario sino por un tercero, sin embargo queden afectas al bien hipotecado y en beneficio de éste.

Las mejoras son consideradas como accesorios del inmueble con la diferencia de que ellas se presentan como cosas nuevas, es decir, se constituyen más tarde en relación con otros accesorios ya existentes en el momento en que se constituye la hipoteca.

Nuestro código anterior de 1870 y 1884 igualmente establecían que la hipoteca se extendía a las mejoras que tuviera el predio, en sus artículos 1944-II y 1827-III respectivamente. Sin embargo el código de 1884, se refiere a las mejoras permanentes; esto se debe interpretar en el sentido de que la hipoteca se entiende extendida a las mejoras de la finca en el momento en que la hipoteca se quiera hacer efectiva

y asimismo se debe interpretar nuestro código al hablar de las mejoras, es decir, que se refiere a aquellas mejoras que actualmente permanezcan en el bien hipotecado en el momento en que el gravamen se vaya a hacer efectivo.

En igual forma el código de Napoleón en su artículo 2133 y la Ley Hipotecaria española como hemos visto en su artículo 110 ya transcrito, formulan el principio de que la hipoteca se extiende a todas las mejoras del inmueble hipotecado, en virtud de que forman parte integrante de la finca adhiriéndose a ella y adquiriendo por tanto el carácter de bienes inmuebles.

CONSTRUCCIONES.—Aunque en realidad las construcciones se pueden catalogar dentro de la categoría de las mejoras, sin embargo, en virtud de que nuestro código las reglamenta en forma separada, igualmente nosotros las estudiaremos con independencia de las mejoras. El artículo 2896 tantas veces citado establece: La hipoteca se extiende aunque no se exprese: IV.—A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados". El precepto transcrito, se refiere a uno de los casos de extensión de la hipoteca y se debe entender en el sentido de que no sólo a los edificios construídos se extiende el gravamen del terreno hipotecado, sino a cualquier clase de construcción que de manera permanente se construya o aunque no permanente, exista en el momento en que la hipoteca se tenga que hacer efectiva. Asimismo puede no ser el propietario original (aquel que constituyó la hipoteca), el que levante las construcciones sino el posterior que haya adquirido la propiedad del inmueble, por lo que en este caso, igualmente, la hipoteca gravará las construcciones.

Como hemos dicho, esta fracción del citado artículo que hemos mencionado fué innovación de nuestro actual código ya que la ley hipotecaria española de donde fué tomado a través de nuestros anteriores códigos de 1870 y 1884 sólo se referían a las mejoras, involucrando dentro de éstas a los nuevos edificios construídos sobre el predio hipotecado y a los nuevos pisos levantados sobre los edificios hipotecados.

Por último, es necesario hacer constar que aunque nuestro código en vigor no lo establece expresamente, sin embargo interpretando a contrario sensu el artículo 2899 de nuestro ordenamiento citado, se debe afirmar que la hipoteca de un predio comprende necesariamente los edificios construídos sobre el mismo; y asimismo la hipoteca de un edificio comprende el área o superficie que le sirve de base. En este sentido se contenía el artículo 1944 de nuestro antiguo Código Civil de 1870 que estatuía: la hipoteca de predios comprende: 1o.—El área o superficie nuda que sirve de base a los edificios. 2o.—Los edificios o cualesquiera otra construcciones ejecutadas sobre el área...."

Ya que estamos tratando de las construcciones como bienes susceptibles de ser hipotecados, analizaremos en este párrafo el artículo 2899 de nuestro código civil, que se contiene en los siguientes términos: "La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área". Este principio es absolutamente legal ya que está en perfecta armonía con la ley natural y principios de justicia y equidad ya que establecer lo contrario sería violar estos principios que igualmente están contenidos en lo dispuesto por el artículo 2906 que determina que sólo puede hipotecar el que puede enajenar; únicamente creemos que el artículo que nos ocupa se debe también interpretar en el sentido de que la hipoteca de un predio no comprende las construcciones ajenas que sobre él se levante o estén levantadas; sin embargo, creemos que en caso de que el propietario de las construcciones adquiera con posterioridad la propiedad del área sobre la cual se levantasen y siempre y cuando sea antes de que el acreedor ejercite su derecho de hipoteca, entonces y en virtud del principio que ya hemos analizado de las mejoras de los bienes hipotecados se entenderá extendida la hipoteca al área; en igual sentido, si lo que se ha hipotecado es el área y nó las construcciones por no ser propiedad del constituyente, pero si posteriormente devienen a ser propiedad de éste, la hipoteca se extenderá también constituída sobre las construcciones.

En igual sentido se contenían los artículos 1828 del código de 1884 y 1945 del código civil de 1870 que establecía: "La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área"; y éstos a su vez estaban inspirados en la Ley Hipotecaria española.

FRUTOS INDUSTRIALES Y RENTAS VENCIDAS. — El artículo 2897 de nuestro actual Código Civil establece: "salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá: I.—Los frutos industriales de antes de que el acreedor exija el pago de su crédito. II.—Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento que la obligación garantiza.

Conforme a este artículo se establecen dos prohibiciones de no hipotecar referentes a los frutos industriales y a las rentas vencidas y no satisfechas; sin embargo esta prohibición admite el pacto en contrario de las partes en el sentido de que si así lo convienen expresamente, dichos bienes sí pueden ser hipotecados pero tomando en cuenta siempre, que se hipoteque el predio o el bien que los produzca, por otra parte este artículo se refiere a la situación de que esos frutos y esas rentas se hayan producido y vencido respectivamente hasta antes de que el acreedor exija el pago de su crédito, pues exigiéndolo el acreedor a través del juicio sumario hipotecario éste tiene por efecto inicial la expedición y fijación de la cédula hipotecaria

sobre el bien hipotecado acarreando la inmovilización de los frutos y rentas los cuales quedan desde ese momento por disposición legal afectos al pago del crédito garantizado. (Artículo 481 del Código de Procedimientos Civiles). Como antecedente del artículo analizado tenemos el artículo 110 de la Ley Hipotecaria Española que establece que los frutos cualquiera que sea su situación y las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, se entienden hipotecadas junto con la finca, siempre y cuando la extensión a ellas de la hipoteca se pacte expresamente.

FRUTOS Y RENTAS PENDIENTES.—El artículo 2898 de nuestro actual Código, establece qué clase de bienes no se podrán hipotecar, y en su fracción I, establece: "Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca". Esta prohibición tiene su causa o razón de ser ya que esos bienes si se separan pierden el carácter de inmuebles que les da la ley (artículo 750 del Código Civil), convirtiéndose en muebles, por lo cual únicamente se permitirá la hipoteca de ellos hipotecándose el predio que los produce y con el cual forman un todo único, siendo éste el contrario sensu de la fracción que nos ocupa: sin embargo nuestro Código Civil al establecer en el artículo 750 cuáles son los bienes inmuebles, se refiere únicamente a los frutos pendientes y no separados de los predios que los producen, mas no habla de las rentas pendientes, por lo cual creemos que en este sentido se debe pactar expresamente por las partes al momento de constituirse una hipoteca sobre un predio, que ésta se extienda a las rentas que produzca, en cambio para los frutos no es necesario que se produzca tal convención ya que por disposición legal si se hipotecan junto con el predio que los produzca tienen la categoría de inmuebles si no se les separa del mismo y por tanto son susceptibles de hipotecarse.

En igual sentido se contenía nuestro código de 1870 que en el artículo 1950, establecía: No se podrán hipotecar: I.—Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produzca".

SERVIDUMBRES.—Ya desde el antiguo derecho romano hemos visto que eran susceptibles de hipotecarse las servidumbres rural, de paso, o de acueducto, etc., este principio pasó después a todas las legislaciones, en virtud de que las servidumbres siempre se han considerado como derechos reales sobre predios y por tanto susceptibles de ser hipotecadas, pero generalmente se establece que junto con ellas debe hipotecarse el predio dominante, violándose de esta forma en cierto modo el principio de que todo derecho real constituído sobre un inmueble puede hipotecarse y sin embargo tratándose de las servidumbres como hemos dicho no pueden hipotecarse sino con el predio que las goza. En este sentido se reglamentaba esta situación por nuestro antiguo código de 1870 cuyo artículo 1951 determinaba: "no

se podrán hipotecar: ....1.—Las servidumbres; a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas; la cual podrá ser hipotecada; "era fundamentada esta restricción en virtud de que desde nuestro antiguo derecho de las Partidas se consideraban que las cosas que no podían enajenarse tampoco podían hipotecarse, y de igual forma los inmuebles que sólo podían enajenarse con ciertas restricciones solamente podían hipotecarse con las mismas; y supuestos estos principios, las servidumbres rústicas o urbanas no podan enajenarse con separación del predio que las goza, en virtud de que esta servidumbre de agua consistía en el derecho de aprovechar las aguas que teniendo su origen en un fundo vecino vienen al otro y una vez en éste, pertenece al propietario del fundo, puede servirse de ella para usos propios, puede cederla a otro fundo vecino y por la misma naturaleza de las cosas podía ser enajenada y por tanto hipotecada. En igual forma se reglamentaba esta situación por la Ley Hipotecaria española de donde fué copiada por nuestra legislación, basándose en el principio de que no puede existir servidumbre sino existe un predio en cuya utilidad esté constituída y que no se puede enajenar separada de dicho predio y por tanto tampoco se podrá dar en hipoteca.

Igualmente el Código Civil anterior de 1884 permitió las hipotecas de servidumbres de aguas independientemente del predio dominante de conformidad con la fracción III del artículo 1834 que establecía: "No se podrán hipotecar: III.—Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada".

Finalmente nuestro actual Código Civil en vigor modificó a los anteriores en el sentido de que ya no permite la excepción de hipotecar las servidumbres de aguas independientemente del predio que la goza; el artículo respectivo que es el 2898 está concebido en los siguientes términos: "No se podrán hipotecar: III.—Las servidumbres a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante". Como hemos dicho, la razón de ser del carácter de las servidumbres en el sentido de que no pueden ser hipotecadas separadas del predio al que pertenecen, se debe a que no tiene ningún valor separadas de dicho predio y jurídicamente no es posible su separación. En este sentido el Maestro Rojina Villegas afirma: "De esta suerte al ser la servidumbre inseparable del predio, no puede hipotecarse independientemente de él, pues su titular no puede enajenarla, ni gravarla sin transferir el fundo al cual activamente pertenezca. Sólo el dueño del predio puede ejercitar los derechos inherente a la servidumbre, y en tanto que continúe siendo propietario. Aun en el supuesto de que jurídicamente se pudiera separar la servidumbre del predio, carecería aquella de todo valor económico y por tanto de interés para constituir una hipoteca".

NUDA PROPIEDAD Y USUFRUCTO.—Ya desde nuestro antiguo código de 1870 se establecía en el artículo 1947: "Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidarse con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo". En igual forma estaba reglamentado en la ley hipotecaria española que en su artículo 107 fracción tercera, determinaba: "Podrán hipotecarse pero con las restricciones que a continuación se expresan: 3o.—La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario".

Indudablemente que la nuda propiedad es un derecho real constituído sobre inmuebles y por tanto como tal puede ser susceptible de ser hipotecada; además, los artículos anteriores establecen de que en caso de que se llegare a consolidar con ella el usufructo, la hipoteca, al contrario de extinguirse, subsistirá y más aún se entiende extendida al usufructo.

Nuestro actual Código de 1928 igualmente establece en el artículo 2900: "Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado" y en igual forma se establecía en el Código de 1884 en su artículo 1830 aun cuando en dicho ordenamiento no se exigía pacto especial. Creemos que es una redundancia lo establecido por nuestro artículo 2900 del Código Civil al establecer que si se hipotecan la nuda propidad y posteriormente el usufructo se consolida en ella en la persona del propietario la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si asi se pacta; es una redundancia en virtud de que por el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y asimismo en virtud del criterio general del legislador en lo que se refiere a la hipoteca tendiente a que siempre haya unidad en lo que respecta al bien hipotecado; por tanto no se podría establecer que al consolidarse el usufructo en la nuda propiedad y si esta estuviese gravada, aquel no se extendiera el gravámen que reporta la nuda propiedad. En cambio no sucede lo mismo en el caso de que lo que se hubiese hipotecado fuera el usufructo y posteriormente el titular de dicho derecho adquiriera la nuda propiedad, en este caso es absurdo pensar de que a la nuda propiedad se le hiciera extensivo el gravamen de la hipoteca, en todo caso solamente por convenio expreso entre las partes se podría pactar tal situación ya que generalmente se entiende que el acreedor se conformó con la garantía de los frutos y sería absurdo que lo principal siguiera a lo accesorio.

Ya que estamos tratando acerca de la hipoteca del usufructo, creemos necesario

analizar en este párrafo lo establecido por la fracción IV del artículo 2898 del Código Civil que establece: "No se podrá hipotecar: IV.—El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por éste código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes. Como hemos dicho el usufructo es un derecho real y por lo mismo susceptible de ser hipotecado, sin embargo esta prohibición a que se refiere la fracción que analizamos tiene su base en virtud de que el usufructo a que en ella se hace referencia es un usufructo de tipo especial, que se otorga o concede a determinadas personas precisamente por la situación que guardan; es decir a los padres en ejercicio de la patria potestad o los otros ascendientes de que la ejerzan y que tengan obligación alimentaria frente al que está sujeto a la patria potestad y que es dueño de los bienes sobre los cuales se constituye el usufructo, siendo éste una compensación por las obligaciones que tienen los que disfrutan frente a las personas sujetas a la patria potestad y asimismo es una garantía que se constituye para proteger a los menores o incapacitados contra la posible desobligación de quienes deban suministrarles alimentos, educación y demás prestaciones legales; Por tanto si se permitiera gravar con hipoteca este usufructo, acarrearía como posibilidad factible de realizarse que pasase a otras manos de personas que no tendrían el mismo lazo de parentesco y por tanto la misma obligación que los que ejercieran la patria potestad lo que redundaría en perjuicio de las personas en atención a las cuales el legislador estableció dicho usufructo para garantizar las obligaciones de quienes estén obligados a proveer a su subsistencia.

La existencia del gravámen dependerá de la existencia del usufructo; por consiguiente si el usufructo es vitalicio la hipoteca durará hasta la muerte del usufructuario y si está sujeto a modalidad, seguirá esta misma suerte la hipoteca. Por último nuestro código civil siguiendo a la ley hipotecaria española (artículo 107), se refiere al caso de cuando el usufructo concluye por voluntad del usufructuario y en su artículo 2903 establece "...Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyera por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiera concluído, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin".

De lo anteriormente concluimos que si bien es cierto que el usufructuario puede hipotecar su derecho real de usufructo, no asi puede hacer con los frutos que él produce, ya que estos como hemos visto no pueden ser materia de hipoteca con separación del predio que los produzca. Baudry'-Lacantinerie manifiesta que los frutos se distinguen del usufructo de la misma forma como los intereses se distinguen del capital. Por tanto, si un usufructuario ha hipotecado su usufructo el acreedor hipotecario no podrá demandar que los frutos producidos por la cosa gravada

en virtud del usufructo le sean atribuídos a medida de percepciones con preferencia a los otros acreedores del usufructuario. Por lo cual el derecho del acreedor que tiene una hipoteca sobre un usufructo, podrá a falta de pago al vencimiento, hacerlo vender en subasta pública y pagarse con preferencia sobre el precio. Por tanto volvemos a afirmar que en nuestro derecho no pueden hipotecarse los frutos, sino solo cuando haya pacto expreso al respecto y nunca separadamente del predio que los produce. En este sentido nos parece importante señalar la diferencia entre nuestra legislación y el derecho alemán; en éste último, se hace extensiva la hipoteca a los créditos de alquileres, no así nuestro código el cual requiere como ya hemos visto pacto expreso y siempre que se trate de alquileres no satisfechos al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Enneccerus explica la extensión que hace el código alemán de la hipoteca a los alquileres derivados del arrendamiento, con estas palabras: "Si el inmueble gravado, (arrendamiento de uso o de uso y disfrute), la hipoteca se extiende a los créditos de alquileres, como frutos civiles del fundo. Esto se justifica jurídicamente por el principio de la subrogación.

Los créditos relativos al precio del arrendamiento están afectos a la hipoteca en lugar de los frutos naturales de la finca, que corresponden, libres de aquel gravámen, el arrendatario de uso y disfrute; y toda vez que el secuestro de la finca no aminora el uso de la misma al arrendatario de uso, se compensa con la afectación de las pretensiones relativas a los alquileres. "Esta afectación de la hipoteca a los créditos de alquileres, tiene una duración definida, así lo manifiesta el mismo autor al expresar: "Tampoco dura sin limitación la afectación de los créditos de alquileres o mercedes de arrendamiento, sino que se extingue al año del vencimiento del crédito, si el acreedor hipotecario no ha llevado a efecto con anterioridad el secuestro, empezando de esta suerte a realizar su derecho a ser satisfecho".

USO Y HABITACION.—De conformidad con el artículo 1049 del código civil; "El uso da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia aunque ésta aumente". El artículo siguiente o sea el 1050 al hablar de la habitación expresa: "La habitación da, a quien tiene este derecho, la facultad de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para si y para las personas de su familia". Por último el artículo 1051 determina: "El usuario y el que tiene derecho de habitación en un edificio, no puede enajenar, gravar ni arrendar en todo o en parte su derecho a otro, ni estos derechos pueden ser embargados por sus acreedores". De lo anteriormente expuesto por las disposiciones legales transcritas podemos inferir que los derechos de uso y habitación tienen carácter personalísimo, es decir son constituídos en atención de la persona que los goza, por lo cual no pueden ser ni enajenados ni gravados; en esa vir-

tud nos parece absolutamente fundamentada la fracción V del artículo 2898 que establece: "No se podran hipotecar: V.— El uso y la habitación.: hasta es más nos parece en cierto modo innecesaria en virtud del contenido de los artículos transcritos y de lo que dispone el artículo 2906: "Sólo puede hipotecar el que puede enajenar y solo puede ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados".

Como antecedentes de esta prohibición a que se refiere la fracción quinta del artículo 2898, tenemos que en igual forma se contenía la fracción cuarta del artículo 108 de la ley hipotecaria española, de la cual indudablemente pasó a nuestra legislación en donde igualmente ya desde el antiguo código de 1870 el artículo 1951 estipulaba: "No se podran hipotecar: 5º.— El uso y la habitación" Fundamentábase a su vez esta prohibición en las leyes de partidas en las cuales el uso y la habitación no podía enajenarse y por lo mismo tampoco podían hipotecarse, no obstante su naturaleza de derechos reales.

BIENES LITIGIOSOS.—La fracción VI y última del artículo 2898 se contiene en los siguientes términos: "No se podrán hipotecar: VI.—Los bienes litigiosos a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca, que el acreedor tiene conocimiento de litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito". Esta situación es una innovación de nuestro código en relación con los anteriores en los que simple y llanamente se establecía la prohibición de que no se podían hipotecar los bienes litigiosos, sin dar lugar a que si era registrada la demanda o bien si el acreedor tuviese conocimiento de la situación de los bienes hipotecados, entonces sí era posible constituír la hipoteca sobre tales bienes como lo permite nuestro código, y que por otra parte en el mismo sentido está redactada la fracción 10a. del artículo 107 de la Ley Hipotecaria española: "Podrán hipotecarse pero con las restricciones que a continuación se expresan:... 10a.— Los bienes litigiosos a condición de que la demanda origen del pleito se haya anotado preventivamente en el registro de la propiedad, o se haga constar en la inscripción de la hipoteca que el acreedor tenía conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca queda pendiente de la resolución que recaiga en el pleito, sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en éste, fuera del hipotecante".

Creemos más justa y jurídica la posición que respecto a la hipoteca de esta clase de bienes adopta nuestro código civil en vigor; conforme a ella se suponen dos situaciones conforme a las cuales pueden ser hipotecados los bienes litigiosos: 1a.—que la demanda que motivó el litigio haya sido objeto de una inscripción en el registro; 2a.—que los bienes siendo litigiosos esté advertido el acreedor hipoteca-

rio de dicha situación y por tanto no se exige el registro de la demanda. En este sentido se concilian los intereses ya que no se niega en forma absoluta la hipoteca sobre bienes litigiosos, y por otra se concede dicha hipoteca asi constituída a resultas de la resolución del pleito, sin perjudicar los intereses de las partes fuera cual fuere el sentido de dicha resolución.

Por último creemos necesario señalar la situación que se presenta en el caso de que la demanda no fuere inscrita y tampoco fuere conocida por el acreedor la situación de los bienes como litigiosos; en este caso que es lo que sucedería. Si la demanda fué inscrita no habría problema ya que el registro tiene por efecto dar a conocer a todas las personas los actos en él inscritos, en igual forma no habría problema si el acreedor conociera la sitúción litigiosa de los bienes; pero no aconteciendo ninguna de estas dos situaciones debemos entonces resolver el problema tomando en cuenta la buena o mala fe con que actúe el dueño de los bienes que se hipotecan, ya que si sabiendo la situación de que existe un litigio no lo hace constar y posteriormente pierde la propiedad de dichos bienes, la hipoteca es nula pero sin embargo el acreedor hipotecario en cuyo perjuicio el deudor no manifestó la situación real de los bienes, puede exigir de éste los daños y perjuicios que le hubiese causado tal omisión; en la otra situación de buena fe del deudor, no sabiendo la situación litigiosa de los bienes y asimismo no estando inscrita demanda alguna en relación con ellos ni teniendo tampoco conocimiento de esta situación el acreedor hipotecario, entonces creemos justo interpretar esta situación en el sentido de que la hipoteca se constituye y queda sujeta a los resultados del litigio.

HIPOTECA SOBRE HIPOTECA.—Ya hemos visto en el primer capítulo de éste estudio, que en el derecho romano el titular de crédito garantizado con hipoteca, podía hipotecar la hipoteca sin el crédito (pignus pignoris); esto era posible en virtud de que como hemos visto, la hipoteca podía recaer tanto en bienes muebles como inmuebles. Sin embargo, este criterio no fué sustentado por las demás legislaciones, en que no era admitida la hipoteca sobre bienes muebles, por tanto en la legislación española antecedente de la nuestra, el artículo 107 establecía en relación con este punto lo siguiente; "Podrán hipotecarse pero con las restricciones que a continuación se expresan: 8.—El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituye sobre él, de la resolución del mismo derecho". Es decir conforme a este artículo el derecho se Sub-Hipoteca como así se designa por la legislación española, ya que la hipoteca es un derecho real, enajenable sobre bienes inmuebles, pero quedando la segunda hipoteca sometida a las condiciones de la primera, por lo que se extingue aquélla al extinguirse ésta. Por otra parte como se puede ver esta hipoteca en el derecho español no se hace extensiva a las hipotecas legales en virtud de que como afirma el señor Doctor Benito Gutiérrez

Fernández, "Las hipotecas se tratan de la protección de personas jurídicas o desvalidas, o de intereses a que el derecho dispensa una protección más directa para que no sean perjudicados. Dar facultad para que las personas asi protegidas y que por regla general no tienen capacidad para contratar, pudieran subhipotecar, equivaldría según la comisión a destruír la hipoteca legal a favor de ellas constituída".

Pasando a analizar esta hipoteca dentro de nuestra legislación, tenemos que en los Códigos anteriores de 1870 y 1884 se objetaba la posibilidad de constituir una hipoteca sobre el derecho real de hipoteca, en virtud de que no obstante que era considerado como un derecho real constituído sobre inmuebles, sin embargo, como derecho accesorio de un crédito que es un derecho mueble, participa también de esta naturaleza la hipoteca instituída para garantizarlo, y en virtud de que en dichos ordenamientos la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes inmuebles, no era posible constituír la hipoteca sobre hipoteca. El maestro Borja Soriano, comentando esta situación expresa refiriéndose al código de 1884: "nuestro derecho positivo, siendo en él la hipoteca un derecho real sobre inmueble, puede inferirse que puede ser hipotecada, atento lo establecido por el artículo 1825 del código civil. Pero la hipoteca es asimismo un derecho accesorio de la obligación principal que garantiza y esta obligación es mueble; por consiguiente no puede hipotecarse. Además, como lo principal no depende de lo accesorio, gravándose la hipoteca no se afecta la obligación principal".

Sin embargo dentro de nuestro actual código civil en vigor el criterio conforme al cual no era permitida la hipoteca sobre hipoteca en nuestras anteriores legislaciones ya no tiene fundamento, ya que permitiendo nuestro código aunque de manera excepcional la hipoteca mobiliaria, es posible constituir por tanto una hipoteca sobre un derecho real hipotecario independientemente del crédito que garantiza, sin embargo ésta clase de hipoteca tiene inconvenientes en sentido de que constituyéndose sobre un derecho real accesorio como lo es la hipoteca, ésta segunda hipoteca queda sujeta al crédito garantizado por la primera hipoteca, por tanto si el crédito se extingue por pago o por cualquier otra causa, la hipoteca de hipoteca también se extinguirá, ya que habrá desaparecido el bien sobre el cual estaba constituída; en este sentido se contiene la primera parte del artículo 2903 del Código Civil que establece: "La hipoteca constituida sobre derechos reales solo durará mientras estos subsistan..." por tanto a efecto de contrarrestar este inconveniente es recomendable que el acreedor de la hipoteca sobre hipoteca al momento de constituír ésta, pudiese constituír una prenda sobre el crédito que como es bien mueble es susceptible de tal garantía y con ello el acreedor hipotecario de hipoteca tendrá salvaguardados sus derechos, pues sobre el crédito tiene los derechos de venta, persecución y preferencia.

HIPOTECA DE BIENES YA HIPOTECADOS.— Los bienes hipotecados pueden ser vueltos a hipotecar: este es el principio general que sobre este aspecto de la hipoteca se ha venido sustentando desde nuestros antiguos códigos de 1870 y 1884 y asimismo en la legislación hipotecaria española, fuente principal de nuestra legislación sobre hipotecas. El artículo 1894 del Código Civil de 1870 se contenía en estos términos: "Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este código"; en igual forma estaba redactado el artículo 1831 del código civil de 1884. Por otra parte el artículo 107 de la ley hipotecaría española, establece: "Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan:.....4º.— Los bienes ya hipotecados, aunque lo estén con pacto de no volverlos a hipotecar, pero quedando siempre a salvo la prelación en favor de la primera hipoteca". Por último, nuestro actual Código Civil sustenta igual criterio que los anteriores en esta materia, sin embargo, añade la nulidad del pacto de no hipotecar; el artículo respectivo que es el 2901, determina: "Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este código. El pacto de no volver a hipotecar es nulo". En virtud de que la hipoteca no importa una enajenación ni una desmembración del dominio en favor del acreedor hipotecario, por tanto hay que reconocer que el deudor puede constituir otras nuevas hipotecas, sólo que éstas no se harán efectivas sino dejando salvos los derechos anteriormente adquiridos en virtud de la aplicación del principio *"Qui prior est tempore potior est jure"* o bien en virtud de las prelaciones que impone el código. Por lo que respecta a los acreedores posteriores, se supone que al adquirir sus hipotecas lo hicieron con conocimiento de la anterior y las anteriores, y al haberse conformado con la garantía que les reporta una finca ya hipotecada, es porque suponen que ésta tiene valor suficiente para garantizar varias hipotecas, o bien se han conformado en virtud de no encontrar en bienes de su deudor mejor garantía que la que constituyen sobre un bien ya hipotecado.

Por lo que respecta al pacto de no volver a hipotecar, nuestra ley lo considera nulo, por un principio de conveniencia pública, que se relaciona inmediata y directamente con el interés del propietario. Si éste posee una finca bastante a cubrir un primer crédito y otro nuevamente contraído, la ley favorece su posibilidad de sacar de su propiedad un nuevo elemento de crédito, sea para atender a las dificultades de una mala situación, sea para poner en movimiento y explotación un nuevo capital, nueva fuente también de su riqueza particular, y de la riqueza pública que se alimenta y desarrolla con el crecimiento progresivo de la riqueza de los particulares.

HIPOTECA SOBRE LA COPROPIEDAD.—Dentro de esta clase de hipotecas

es necesario distinguir dos situaciones: la primera se refiere a la hipoteca del predio común, la cual puede constituirse siempre y cuando medie el consentimiento de todos los copropietarios, con lo cual la hipoteca que se constituye es perfectamente válida como cualquier otra hipoteca y ademas en el sentido en que está redactada esta clase de hipotecas se reconoce que recae sobre bienes inmuebles. Y atribuyéndose sobre un bien sujeto a copropiedad y otorgando cada uno de los copropietarios su autorización para constituirlos, se tiene que en la realidad lo que se hipoteca no es un derecho de copropiedad sino la propiedad íntegra. La segunda posición a que nos referimos que se puede presentar dentro de esta clase de hipotecas es cuando recae sobre la parte alícuota o indivisa de algún copropietario; esta segunda clase de hipoteca sobre la copropiedad, ha sido duramente atacada en el sentido de que viola el principio de la determinación de la hipoteca en relación con los bienes gravados; sin embargo, a pesar de ello ha sido admitida en las legislaciones y en la nuestra en particular se presenta ya desde el código de 1870, el cual en su artículo 1978 determinaba: "El predio común no puede ser hipotecado en su totalidad, sino con consentimiento de todos los copropietarios: pero éstos pueden hipotecar sus respectivas porciones", "Es decir, de conformidad con la segunda parte del artículo transcrito era susceptible de hipotecarse el derecho de copropiedad sobre la parte alícuota de un bien; esta situación como se dijo fué duramente atacada por considerarse que la hipoteca sobre una parte alícuota viene a ser en realidad una hipoteca sobre bienes indeterminados, lo cual viola el principio de la hipoteca moderna en el sentido de que ésta debe recaer en bienes determinados. Comentando este problema el señor licenciado Manuel Borja Soriano, y refiriéndose al código de 1884, expone lo siguiente: "El Código Civil de 1884, en su artículo 1855, reprodujo la primera parte del precepto anterior, es decir, el artículo 1978 del Código de 1870 y suprimió las palabras "pero éstos pueden hipotecar sus respectivas porciones", porque poseyéndose la cosa pro-indiviso, no puede determinarse la porción que corresponde a cada propietario y por lo mismo es imposible la hipoteca especial sobre parte indeterminada. Faltando esta base, claro es que no puede haber hipoteca conforme al nuevo código (se refiere al de 1884), Mientras el predio no haya sido dividido, no puede ser hipotecado sino en su totalidad. De acuerdo con estas ideas fué suprimida la segunda parte del artículo".

Sin embargo, nuestro Código Civil en vigor, volvió a estipular la hipoteca sobre la parte alícuota del copropietario aunque en cierto modo trata de justificar la situación de violación de esta clase de hipoteca al principio de la determinación de la misma en relación con los bienes y al efecto en su artículo 2902 estatuye: "El predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios. El copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la

hipoteca gravará la parte que le corresponda en la división. El acreedor tiene derecho de intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda". Sin desconocer la validez de los razonamiento con los cuales se ha atacado la hipoteca de la copropiedad sobre la parte indivisa, no podemos dejar de reconocer que por el contenido del artículo de nuestro Código Civil, transcrito en parte, trata de que posteriormente se llegue a una determinación en cuanto a los bienes que constituyen la parte alícuota que se hipoteca; ya que si al momento en que se constituye la hipoteca, ésta recae en forma indeterminada sobre la parte alícuota que se hipoteca, nuestro código establece que posteriormente, al dividirse la cosa común, la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división. Además, el mismo precepto establece que para no perjudicar los derechos de las acreedores hipotecarios, éstos pueden intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte menor de la finca de la que justamente le corresponda. Por otra parte, a pesar de que se hipoteque la parte indivisa de un bien, la hipoteca respectiva puede ser registrada haciéndose al margen de la inscripción de propiedad relativa a la finca común para hacerse constar la hipoteca sobre parte alícuota de la misma, sin perjuicio de que además se inscriba la hipoteca en el libro correspondiente, y posteriormente, una vez hecha la partición y registrada la escritura correspondiente, puede inscribirse la hipoteca sobre la parte determinada del inmueble que se haya adjudicado al constituyente del gravamen.

Por otra parte, no existe inconveniente jurídico para que la parte alícuota hipotecada sea secuestrada, sacada a remate y hacerse el pago preferente con su producto, ya que por efecto de dicha venta judicial el adquirente se sustituye en todos los derechos del copropietario, para los efectos de la división en su caso de la cosa común, pasando ya la parte alícuata, libre de todo gravamen.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la hipoteca sobre la copropiedad, aún admitiéndose que recae sobre bienes indeterminados, no presenta los inconvenientes de las hipotecas tácitas y generales ya que no perjudica el crédito del deudor y no impide la constitución de ulteriores hipotecas, ya que se determina el valor del crédito garantizado y existe sólo en cuanto al bien gravado una indeterminación relativa, pues ya se sabe que es una determinada parte, mitad tercera o cuarta parte la que se encuentra sujeta al gravamen.

HIPOTECA SOBRE LA POSESION.—Conforme a nuestra legislación, la posesión es considerada como una situación de hecho, ello se deduce del contenido del artículo 790 de nuestro Código Civil que establece: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho..."; por tanto, conforme a lo dispuesto, es imposible que la posesión pueda ser objeto de gravamen hipotecario. Ahora bien, algunos autores, entre ellos el maestro Rojina Villegas, razonan que cuando alguien

sea poseedor de un bien en virtud de un justo título subjetivamente válido, (en la doctrina moderna ya no decimos justo título sino un título legal traslativo de dominio) entonces, decimos, que esos autores admiten que la hipoteca que constituye el poseedor con título traslativo de dominio es válida. Sin embargo, creemos que este razonamiento es infundado ya que si el poseedor de un bien lo es con título legítimamente válido, lo que tiene en realidad, además de la posesión, es la propiedad del bien y en este caso si lo quiere hipotecar lo hará válidamente y se le aplicarán las reglas generales de la hipoteca sobre la propiedad de bienes, por tanto en este caso no se trata de que la posesión fuese la que gravara con hipoteca. Por otra parte el mismo maestro Rojina Villegas afirma que en el caso de que un poseedor de un bien lo fuese con un título no válido, pero que él no conocía tal invalidez e hipotecara su posesión, dicha hipoteca sería válida y sólo reportaría la sanción del vicio que tuviera el justo título de la posesión; en este caso, igualmente que en el anterior, si el poseedor de un bien lo es por un justo título, es propietario de dicho bien, y si dicho título tuviera algún vicio se invalidaría aplicando la regla general de la hipoteca cuando el título del propietario del bien que se quiere gravar es declarado nulo o bien las reglas de la hipoteca sobre cosa ajena.

HIPOTECA DE LA HERENCIA.—El artículo 1281 de nuestro Código Civil vigente, al hablar de la herencia expone: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". Del análisis del anterior concepto se desprende que la herencia es una universalidad jurídica constituída por una parte activa integrada por derechos y bienes corporales de distinta naturaleza; y por un pasivo constituído por diferentes clases de obligaciones del *de cujus*, en esa virtud no puede ser considerado en su integridad ni como un derecho real o como un derecho personal, en todo caso, como muchos autores afirman, se trata de un patrimonio de afectación; por tanto no creemos que en ningún caso se pueda hipotecar la herencia de determinada persona. En primer lugar violaría el principio de determinación de los bienes que es inherente a la hipoteca ya que la herencia, como dijimos, está integrada por un sinnúmero de bienes de distinta naturaleza los cuales, mientras no se haga la división y partición de la herencia no pueden ser determinados; en igual forma, al no poderse especialmente determinar los bienes de una herencia, éstos no pueden ser inscritos y por tanto sobre ellos en su totalidad no puede ser constituída una hipoteca. Las hipotecas necesarias a que se refieren las fracciones I y IV del artículo 2935 del Código Civil en vigor, una en favor del coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido; y la segunda, en favor de los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador; ello no quiere decir en ninguno

de los dos casos que se trata de una hipoteca sobre la herencia, pues en el primer caso el gravamen se establece justamente ya sobre los inmuebles repartidos y en el segundo se debe interpretar en el sentido de que el legado debe garantizar sobre determinados bienes de la herencia o del heredero que haya sido gravado con el legado.

Por lo expuesto afirmo, que en virtud del principio de que la hipoteca debe recaer sobre bienes especialmente determinados y por efecto de ello pueda ser inscrita, no es posible constituir ella sobre una herencia ya que ésta se refiere a un patrimonio en estado de indivisión, y sólo hasta que se termine dicho estado por virtud de la partición que fijará la porción de bienes hereditarios, que corresponde a cada uno de los herederos, podrán determinar específicamente esos bienes, y hasta entonces podrán ser hipotecados una vez individualizados, lo que equivale a decir que en tanto dure el régimen de indivisión que caracteriza a la herencia, ésta no podrá ser hipotecada como universalidad.

HIPOTECA SOBRE CONCESIONES.—En relación con esta clase de bienes sobre los que puede recaer la hipoteca, nos concretaremos a transcribir lo que sobre Hipotecas de Minas y concesiones de agua, expone el licenciado don Manuel Borja Soriano: "Hipoteca sobre Minas o concesiones Mineras".—Las ordenanzas de minas del Código Minero Mexicano de 1884, la Ley Minera de 4 de junio de 1892 y la de 25 de noviembre de 1909, establecieron o reconocieron el dominio radical, primero del rey y después de la nación sobre los minerales que en esos cuerpos de leyes se expresan y que la nación podía conceder a los particulares la propiedad de las minas o fundos mineros. Por eso la ley que se acaba de citar, en su artículo 3º, declaró que "son aplicables al régimen de la propiedad minera en todo lo que no esté previsto en la presente ley, las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal relativas a la propiedad común y a sus desmembramientos". Bajo el imperio de esta legislación se han podido, pues hipotecar y se han hipotecado las minas. Pero la Constitución de 1917 ha cambiado el régimen de la legislación anterior, cuando en su artículo 27 dispone que corresponde a la nación el dominio directo de todos los minerales o substancias que constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria, etc., y agrega que en este caso "el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y sólo podrán hacerse concesiones por el gobierno federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituídas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes. No cabe duda, pues, que en el nuevo régimen minero las concesiones no transmiten la propiedad de las minas a los concesionarios,

sino que éstos adquieren solamente un derecho personal para explotarlas y que no siendo las minas enajenables tampoco son hipotecables". "Hipotecas sobre concesiones de aguas".—La Ley sobre aprovechamientos de aguas de jurisdicción federal de 13 de diciembre de 1910 reconoce en su artículo 2º, que las aguas de jurisdicción federal o sean las de los mares territoriales, esteros, lagos, lagunas y ríos a que se refiere el artículo 1º de la misma ley, y sus cauces, son de dominio público y de uso común y en consecuencia inalienables e imprescriptibles. Y en el 3º agrega que pueden otorgarse concesiones para el uso y aprovechamiento de aguas de jurisdicción federal sean flotables o navegables. En igual forma que tratándose de las minas y concesiones mineras, el artículo 27 de la Constitución vigente, declara que son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales, lagunas, esteros, lagos, ríos y otras corrientes a que se refiere el mismo artículo y que ese dominio de la Nación es inalienable o imprescriptible, por lo cual, bajo el imperio de la nueva Constitución se considera muy dudoso que se puedan hipotecar concesiones sobre aguas".

HIPOTECA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.—Antes de estudiar este tema, es necesario determinar el fundamento de los derechos de autor o propiedad intelectual como algunos autores le llaman; a este respecto, se han elaborado varias doctrinas, siendo tres las principales en nuestro concepto. La primera niega la existencia del derecho de propiedad del autor sobre la cosa que ha creado, pues se dice que si bien esta persona goza del derecho de dominio sobre el manuscrito u obra original producida, sin embargo, esta facultad dominical no es exclusiva, de tal manera que entrañe prohibición para todo tercero de reproducir la obra por su cuenta, lo cual puede hacer según la citada teoría, una vez que ella se haya dado a conocer bien por medio de la primera edición de la obra o por el original del cuadro o la estatua; el derecho de los terceros nace y se justifica, porque admitir que el autor tiene él solo el derecho de reproducir sus obras significaría concederle un privilegio o monopolio nocivo al comercio de la cultura, la cual es necesaria para elevar en todo momento el nivel social, de donde surge la necesidad de que todo lo que la integre no pertenezca a nadie en especial. La segunda teoría estima que el autor tiene derecho sobre la obra que produce y como todo derecho de dominio, esta persona goza de la exclusividad para reproducirla sin que nadie se interfiera en el uso de esa facultad; el fundamento de la opinión es: negándosele al autor la exclusividad del dominio sobre la obra, sería tanto como negarle a un obrero su salario después de tener a él por haber realizado su labor y no obstante que las obras que cree el autor sean consideradas como provenientes del patrimonio general e ideal que pertenece a la humanidad, sin embargo, ellas son presentadas con un sello propio del que les

dió vida y las cuales forman el contenido total de la obra (Art. 28 Constitucional), de aquí que sólo al autor se le confiere la facultad de gozarlas por medio de la reproducción; son obras pues, de su propiedad. La tercera teoría, tratando de armonizar una y otra, admite que la obra debe ser propiedad del autor mientras viva y algunos años después de acaecida su muerte será de sus herederos, pasados los cuales ella pasará al dominio común de todos los hombres.

Aun cuando que de conformidad con los artículos 1º y 8º de la Ley Federal sobre Derechos de Autor se establece que nuestra legislación sigue al respecto la última doctrina expuesta para fundamentar la propiedad de este derecho; sin embargo, creemos que la fundamentación legal sobre la naturaleza de la propiedad de los derechos de autor nos la da el artículo 28 de nuestra Constitución Federal en cuyo primer párrafo se establecen las excepciones a la prohibición que el mismo precepto ordena en cuanto a que en los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, entre dichas excepciones se establece la de los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la reproducción de sus obras. En esa virtud estimamos que nuestra legislación fundamenta la propiedad de los derechos de autor en un acto de autoridad del Estado que como tal delega la propiedad de las obras a su autor como una excepción a la prohibición de no establecer monopolios de ninguna clase dentro de la República Mexicana.

Por otra parte, este derecho es de naturaleza real, ya que se trata de un poder jurídico que se ejerce sobre un bien y que es oponible a todo el mundo, dicho poder consiste en obtener un provecho total o parcial del bien en que recae, con la obligación para toda persona de no hacer las explotaciones, o reproducciones de la obra. Por otra parte, es un derecho real que recae sobre bienes muebles, ya que dentro de esa categoría, por disposición expresa de la ley se incluyen, pues el artículo 758 del Código Civil en vigor, determina expresamente: "Los derechos de autor se consideran bienes muebles"; por último, de conformidad con el artículo primero de la Ley Federal sobre Derechos de Autor, estos derechos son enajenables ya que el mencionado artículo dispone: "El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene derecho exclusivo de usarla y autorizar el uso de ella, en todo o en parte; de disponer de ese derecho a cualquier título, total o parcialmente y de transmitirlo por causa de muerte..." Sin embargo, esto no quiere decir que puedan ser hipotecados. Antes de emitir nuestra opinión al respecto, queremos hacer notar que si analizamos el contenido del artículo anteriormente citado, se puede decir que el propietario de un derecho de autor, al poder disponer de ese derecho a cualquier título, total o parcialmente, no hay motivo para no creer que esa autorización le da derecho de constituir una hipoteca sobre su derecho; por otra parte, la misma ley esta-

blece que habrá un registro de derechos de autor que forma parte del departamento de derecho de autor dependiente de la Secretaría de Educación Pública, y en ese registro se inscribirán las obras objeto del derecho de autor, teniendo dicha inscripción el efecto de reconocer como propietario de los derechos de la obra a la persona que por medio del procedimiento respectivo haya acreditado ser el autor de la misma, pero el artículo respectivo no establece dentro de lo que se deba inscribir en el Registro, actos de disposición o contratos que se celebren sobre los derechos de autor, aun cuando en artículos siguientes se hable de inscripción de contratos y actos de disposición sobre los derechos de autor, estableciendo el artículo 101: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el registro aparezcan con derecho a ello no se invalidarán, en cuanto a un tercero de buena fe una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante..." y el artículo 104 establece: "Cuando se trate del registro de cualquier acto de disposición del derecho de autor, el Departamento hará de oficio la inscripción de la obra en caso de que no esté hecha". Sin embargo, repetimos, nosotros creemos que a pesar que los derechos de autor puedan enajenarse y que dicha enajenación debe constar en el registro creado para ellos, en cambio, no es eficaz para inscribir en él la garantía hipotecaria que se pudiera constituír sobre tales derechos y no nos referimos al Registro Público de la Propiedad, ya que nada tiene que ver con el caso y en él no pueden inscribirse los derechos que provienen de la citada propiedad intelectual; y por otra parte, el registro de los derechos de de autor no es capaz de dar la protección debida al acreedor hipotecario puesto que su único fin es el señalar quién es el titular de los derechos de autor, pero no que sirva hasta el punto de proteger a los titulares del gravamen haciéndolo oponible a toda persona que adquiera tales derechos. El punto fundamental de este problema está por tanto, en que el citado registro que lleva a cabo la Secretaría de Educación Pública no puede hacerse extensivo para que en él se haga constar una carga hipotecaria, teniendo por efecto que no podría ser oponible a todo el mundo, y por tanto no concediendo los derechos inherentes a esta garantía. Por los motivos expuestos, creemos que la hipoteca como garantía plena no puede constituirse sobre los derechos de autor.

OTRAS MODALIDADES EN CUANTO A LOS BIENES QUE PUEDEN SER HIPOTECADOS.—Por último, queremos referirnos dentro de este inciso a dos situaciones que establece el artículo 2908 de nuestro Código Civil que se refieren al tema de que hemos tratado en este capítulo; el artículo citado determina que: "Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además el valor del seguro quedará

afectado al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviera en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial". Como se ve, el artículo transcrito prevé dos situaciones; la primera en el sentido de que si una finca hipotecada estuviera asegurada y por cualquier motivo se destruye o incendia y por virtud de lo cual se tuviese que hacer efectivo el seguro, el monto de éste quedará afecto al pago del crédito asegurado por el bien hipotecado, pero que se ha destruído; esta situación nos parece desde todo punto de vista absolutamente justa, y no entraremos a la discusión de que si el dinero con que se ha pagado el seguro y queda afecto al pago garantizado con el bien que se destruyó, está sujeto también, al gravamen hipotecado, únicamente creemos que esta situación es similar a la que se presenta cuando el acreedor tiene que promover la venta judicial del bien afecto a la hipoteca y con el producto de la mencionada venta hacerse pago de su crédito; como se ve en este caso como en el pago del seguro lo que se trata de obtener, es el pago del crédito garantizado, presentándose en el caso del seguro que si en el momento en que pague éste, aún no se ha cumplido el término para el cumplimiento de la obligación podrá pedir en ese caso el acreedor la retención del seguro hasta en tanto no se llegue el término del cumplimiento de la obligación, garantizándose mientras tanto la cantidad de pago del seguro, bien sea con hipoteca, en fideicomiso o cualquier otra forma de garantía o bien que se imponga a su satisfacción cuando el plazo de la obligación ya se hubiese cumplido. Por otra parte, creemos que no solamente como lo establece la ley en caso de que estuviese ya constituído el seguro al momento de constituirse la hipoteca, aquél quedará afecto a ésta en caso de que el bien gravado desapareciera o se destruyese, sino que también, aun cuando el seguro se constituyese después que la hipoteca, igualmente deberá quedar afecto a aquélla, ya que es una situación justa de que si el acreedor algunas veces por no estar asegurado el bien objeto de la hipoteca y éste se destruyese queda desamparado y no podrá cobrar la mayoría de las veces su crédito, en cambio no hay motivo por qué negarle el que si la finca objeto de la hipoteca se destruye, está asegurada, el producto del seguro pueda aplicarse al pago de su crédito.

La otra situación que establece el artículo que venimos analizando, en el fondo es la misma que la anterior, nada más que en este caso el precio que se afecta en caso de que sobre la finca no pueda seguir existiendo el gravámen hipotecario, cuando el plazo de la obligación ya se hubiese cumplido, por haber desaparecido aquella o haberse inutilizado, es el obtenido por el dueño en los casos de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial.

En este mismo sentido estaban contenidos los artículos 1960 y 1961 del código civil de 1870, que respectivamente establecían: "Si la finca estuviese asegurada, y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, no sólo subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, sino que el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro; y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo". Y el siguiente establecía: "Lo dispuesto en el artículo que precede, se observará con el precio que se obtuviere en caso de ocupación por causa de utilidad pública". El artículo 1845 del código civil de 1884 disponía lo mismo que su antecesor. A su vez estas disposiciones están en armonía con el artículo III fracción quinta de la ley Hipotecaria española que establece: "conforme a lo dispuesto en el artículo anterior se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 5o.—Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguración de estos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituída la hipoteca o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública.

Con igual criterio regula estas situaciones la legislación alemana al afirmar que "la hipoteca se extiende también a los créditos procedentes del seguro, en tanto los objetos sujetos a la hipoteca estén asegurados a favor del propietario de la finca o del que la posea en nombre propio"; por otra parte dentro de esta legislación también está sujeto al acreedor hipotecario el crédito de seguro que ha establecido el usufructuario por cuenta del propietario; sin embargo los comentaristas de esta legislación hacen la observación que el acreedor hipotecario en estos casos no tiene la condición de asegurado. Por último, en esta legislación y en relación con este tema, existe el principio de que "el crédito procedente del seguro deja de estar sujeto a la garantía si se reconstruye el objeto asegurado: el acreedor hipotecario no puede exigir en estos casos sino que se renueve la garanía con su anterior alcance. (Artículo 1127).

HIPOTECA SOBRE BIENES MUEBLES Y SU REGLAMENTACION.—Hemos expuesto en páginas anteriores, que la hipoteca dentro de la legislación romana podía recaer tanto sobre bienes inmuebles como sobre muebles; ésto se debió principalmente a que la hipoteca se presentó como una evolución de la prenda y la distinción entre estas dos instituciones estriba en que en la prenda pasaba al acreedor lo cosa gravada y en la hipoteca cuando no pasaba. Sin embargo, este criterio no fué adoptado por las posteriores legislaciones en las que fundamentalmente se decretaba que la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes inmuebles o derechos reales

constituídos sobre los mismos; pero por otra parte, siempre existió en las legislaciones la posibilidad de constituír hipoteca sobre bienes muebles aun que con ciertas modalidades restrictivas; así por ejemplo, como hemos dicho anteriormente, en el derecho antiguo francés se crearon dos corrientes en relación con este punto, una que se inclinaba por el principio de que la hipoteca solamente podía gravar bienes inmuebles exclusivamente; la otra que se llamó romana; por otra parte, en algunas otras legislaciones se admitieron aunque siempre por excepción las hipotecas que pudieran gravar determinados bienes muebles; así, por ejemplo, en Suecia existe la posibilidad de establecer hipoteca mobiliaria industrial y que los industriales pueden constituirla sobre los instrumentos, productos, maquinaria y materias primas, también en la Suiza alemana sobre muebles y asimismo en nuestro derecho (Ley de Instituciones de Crédito). En el derecho francés encontramos el caso de los Warrents o resguardos tanto agrícolas como el de los hoteleros, que en nuestra legislación mercantil equivalen al contrato de crédito de habilitación y avío, en los cuales, según el caso, se afectan en garantía del pago de una obligación, los aperos de labranza, las simientes y las cosechas mismas o los muebles y enseres de los hoteles; aun cuando el legislador francés atribuyó a dichos contratos la índole y los caracteres del contrato prendario, no les impuso el requisito material de la desposesión necesaria de la garantía a cargo del deudor, lo que venía a constituir una prenda sin desposesión y que no le llamaban lo que en realidad era, es decir una hipoteca. Asimismo el legislador francés estableció también la hipoteca mercantil, por la cual podía constituirse hipoteca sobre los fundos mercantiles y afectar en garantía todas las existencias que haya en ellos.

Por otra parte en el artículo 2118 del código civil francés se establece que son susceptibles de hipoteca: "...3º—Los esclavos, y 4º—En fin las embarcaciones y edificios.

Asimismo dentro del Código Civil Alemán hemos visto que la hipoteca puede recaer sobre las partes integrantes de la finca y que incluso el gravamen hipotecario recaerá sobre dichas partes después de su separación, siempre y cuando queden en propiedad del dueño de la finca o del poseedor en nombre propio, de ellos se deduce que la mayoría de las veces dichas partes son bienes muebles y sin embargo siguen gravados con la garantía hipotecaria.

En conclusión se puede afirmar que si bien es cierto que el principio general en todas las legislaciones se basa en que la hipoteca debe recaer sobre bienes inmuebles o derechos reales constituídos sobre los mismos, ello no quiere decir que no exista la posibilidad doctrinaria y práctica de hablar acerca de una hipoteca mobiliaria, que en algunas ocasiones se hace bastante necesaria, como lo hemos visto en los antecedentes que hemos tratado.

Pasando ya a analizar el problema que nos ocupa dentro de nuestra legislación positiva, tenemos que tanto en nuestro código civil de 1870 con el del año de 1884 la hipoteca se consideró como un derecho real inmueble no obstante su naturaleza accesoria para garantizar un crédito que es un bien mueble, y dicha hipoteca debería recaer única y exclusivamente sobre bienes inmuebles y derechos reales constituídos sobre los mismos.

Sin embargo, el código civil actual, al parecer con un criterio más exacto y de acuerdo con el comercio jurídico, no ha fijado dentro del concepto general de hipoteca que él nos da en el artículo 2893, sólo su carácter inmobiliario, sino que por el contrario el legislador de 1928 ha dejado abierta la posibilidad de una hipoteca mobiliaria que actualmente brinda una gran ayuda para el desarrollo del sistema hipotecario ya que cada vez más se van creando nuevos bienes muebles de gran valor y que en algunos casos han llegado a desplazar a la riqueza inmobiliaria.

El fundamento jurídico de la posibilidad de la hipoteca mobiliaria dentro de nuestra legislación, como hemos dicho, se encuentra en el contenido del artículo 2893 del código civil, el cual nos dice que "la hipoteca es una garantía real constituída sobre bienes que no se entregan al acreedor..." esto nos hace pensar que el legislador, de acuerdo con un criterio y terminología propias ha adoptado tanto a los muebles como a los inmuebles para formar la esfera objetiva de la hipoteca, ya que al hablar en el concepto de la hipoteca únicamente de "bienes" sin determinar si sobre bienes inmuebles o muebles, ello nos hace pensar doctrinaria y legalmente que dicha expresión se refiere a toda clase de bienes tanto muebles como inmuebles, corporales como incorporales, etc., por otra parte aplicando el principio "ubi lex non distinguit, non distinguere debemus", nos induce a afirmal finalmente que la hipoteca, recae, es decir puede tener por objeto a las cosas muebles como inmuebles.

Por otra parte, del contenido de los artículos 2895 y 2896 del mismo código civil en vigor, se desprenden argumentos para afirmar la idea del legislador en el sentido de comprender a los bienes muebles en el objeto de la hipoteca; el primero de los artículos mencionados nos dice: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados", y el segundo, al señalar los bienes que pueden ser objeto de la hipoteca, no comprende como lo hacía nuestro código anterior los predios y bienes muebles inmovilizados, sino que simplemente determina: "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 pueden separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos. IV.—A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecario y a los

nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados". En la primera fracción del artículo que estudiamos se comprende la hipoteca de bienes en general y sus accesorios naturales; en la segunda las mejoras en general de los bienes muebles e inmuebles, mientras que en el código de 1884 y el anterior de 1870 sólo se incluían las mejoras de predios; en cuanto a las siguientes fracciones coinciden con las de los códigos anteriores.

Otro argumento en favor de la constitución de la hipoteca mobiliaria en nuestro código nos la da el artículo 2897 del mismo al permitir la hipoteca de bienes muebles como son los frutos y rentas, siempre que se pacte expresamente; ya que dicho precepto legal estatuye: "salvo pacto en contrario la hipoteca no comprenderá; I.—Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito; II.—Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada".

Expuesto lo anterior y no obstante que claramente se presenta dentro de nuestra legislación la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles, sin embargo la constitución de la hipoteca mobiliaria en toda su extensión presenta varios problemas que en algunas ocasiones son casi insuperables, el más importante de ellos es el relativo al registro sin el cual no surte efectos la hipoteca con relación a terceros y por otra parte es la forma más esencial de salvaguardar los intereses de los acreedores. Es por ello que dada la naturaleza propia de los bienes muebles, es imposible que ellos sean sujetos a un registro y sin ello casi no tendría razón de ser el gravamen constituído sobre ellos y en vista de esa desventaja los acreedores no aceptarían como garantía hipotecaria esta clase de objetos ya que por su propia naturaleza son fácilmente desplazables y los derechos de persecución, preferencia y venta que caracterizan al derecho real hipotecario trocaríase en un contenido nulo en esta clase de bienes. Sin embargo, tal dificultad no es absoluta ya que para algunas clases de bienes muebles sí es posible constituir una garantía hipotecaria siempre y cuando se reúnan determinadas condiciones y en cuanto al contenido de nuestro derecho positivo, sería menester hacerle algunas modificaciones a efecto de reglamentar en forma precisa esta clase de hipotecas que como hemos dicho en nuestra legislación existe la posibilidad de crearlas, siendo cuestión únicamente de ampliar, aclarar y precisar el texto vigente además de dar reglas generales para su aplicación y en algunos casos para restringirla, ya que sin duda no todos los bienes muebles son susceptibles de hipoteca y a tal efecto nosotros creemos que para constituir un gravamen hipotecario sobre tales bienes sería menester, como hemos dicho, determinadas condiciones que a continuación expresamos:

En primer lugar, sólo se podrá constituir hipoteca sobre bienes muebles cuando éstos sean propios, por tanto si se constituye un gravamen hipotecario sobre la propiedad de un objeto determinado, sólo debe ser constituída por aquel bajo cuya disposición plena se encuentre.

En segundo lugar el bien hipotecado debe ser susceptible de fácil, segura e indubitable identificación, puesto que la hipoteca debe recaer sobre bienes ciertos y determinados. Por lo mismo sólo serán hipotecables los objetos que por tener marca de fábrica, número de serie y orden u otros requisitos conforme a los cuales puedan ser identificados y susceptibles por tanto de ser registrables. Por otra parte los bienes con las características antes indicadas son los que generalmente tienen mayor valor.

En tercer lugar es indispensable que el objeto hipotecable no se consuma por el uso. De otro modo sobrevendría la pérdida de la garantía y la innovación resultaría perjudicial en vez de útil. Sin embargo esta restricción no debe tomarse a tal grado de caer en el extremo de excluir del contrato de hipoteca todo cuanto pudiera llegar a destruirse... inclusive los inmuebles.

Finalmente y expuesto lo anterior creemos nosotros, como lo hemos afirmado, que existe en nuestra legislación, tanto doctrinaria como legalmente, la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles siempre y cuando se tome en cuenta las condiciones expuestas, y, por otra parte, siendo necesaria la reglamentación clara y expresa, dentro de nuestro código, de la constitución y funcionamiento de dichas hipotecas recomendar por tanto, que para dicho objeto es modifique en algunos casos y en otros sean creados nuevos preceptos para llegar a dicho fin.

vencimiento devolución

ocación N6553
+68

or Toussaint, Manuel

o Arte colonial en
México

r [illegible] Reyes J.

cilio [illegible] 260

Fac. Filosofía

Usese una boleta para cada libro

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE
MEXICO

CAPITULO IV

Constitución de las hipotecas; facultad de hipotecar.—Formalidades.—El acto Unilateral como Fuente de Constitución de las Hipotecas.—Cédulas Hipotecarias.—El Testamento como causa eficiente de la Hipoteca.—La Ley como forma constitutiva de la Hipoteca.—Hipoteca Constituída por el Propietario aparente.—Hipoteca constituída por quien es propietario bajo condición.—Hipoteca Constituída por el Donatario cuando es revocada la donación.—Hipoteca Constituída por el propietario cuyo título es declarado nulo.—Hipoteca Constituída por la mujer casada.—Representación.—Publicidad de las Hipotecas.—Sistemas de Publicidad Inmobiliaria.—Sistema Romano.—Sistema Francés.—Sistema Alemán.—Sistema Suizo.—Sistema Australiano.—La publicidad y el Registro de las Hipotecas en el Derecho Mexicano; antecedentes históricos.—Legislación Vigente.—Formalidades del Registro.—Enunciaciones que debe contener la inscripción.—Efectos de la falta de Inscripción y de la nulidad de la practicada.—Registro de Hipotecas constituídas fuera del Distrito Federal y en el extranjero.

Constitución de las hipotecas; facultad de hipotecar.—La generalidad de los tratadistas, (principalmente los españoles) han considerado que la hipoteca es una especie de enajenación parcial, y de ahí derivan que los que carecen de capacidad legal para enajenar tampoco pueden hipotecar y viceversa, los que pueden enajenar pueden también hipotecar y además, se hace extensivo este principio a aquellas personas que sin tener la libre disposición o la facultad de enajenar los bienes, sin embargo, tienen poder bastante para ejercer actos de dominio, y por tal virtud tienen igualmente facultad de hipotecar. Sin embargo, nosotros no creemos que la hipoteca sea una enajenación parcial al constituirse, sino que únicamente existe la posibilidad de que posteriormente, en caso de que la obligación no sea satisfecha, la cosa pueda enajenarse; en este sentido es que se reputa a la hipoteca como acto de dominio y es por ello que la ley dá una misma importancia a la enajenación de un bien y su gravamen por medio de la hipoteca y en su vigilancia previsora niega el derecho de hipotecar a las personas a quienes no concede el derecho de enajenar. Este principio es el que ha seguido nuestra legislación tomando como fuente de ella a la española, en la cual en el artículo 139 de la Ley Hipotecaria se establece: "Sólo podrán constituir hipoteca voluntaria, los que tengan la libre disposición de sus

bienes, o en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello, con arreglo a las leyes". El código civil Francés se expresa en iguales términos al determinar su artículo 2124 lo siguiente: "Las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas sino por aquellos que tienen la capacidad de enajenar los inmuebles sobre que se constituyen". El artículo 2906 de nuestro código civil vigente, está redactado en igual forma que los artículos respectivos de los códigos anteriores de 1870 y 1884, contenido en los siguientes términos: "Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados". Visto el contenido del artículo transcrito, se deduce que al exigir la ley que el constituyente de la hipoteca pueda enajenar, y siendo la facultad de enajenar atributo del derecho de propiedad, que para consentir una hipoteca es necesario tener el poder de enajenar el objeto gravado, y por ello mismo, necesidad de ser propietario. En vista de lo cual, y dado que nuestra legislación ha omitido reglamentar el caso de la "hipoteca de la cosa de otro o hipoteca sobre cosa ajena", creemos necesario ocuparnos de dicha situación en este párrafo; y al efecto, a fin de resolver dicho problema, nos remitiremos a lo que sobre lo mismo determina nuestra legislación refiriéndose al contrato de compraventa. Es un principio válido, generalmente admitido por todos los derechos, que quien transmite lo que no le pertenece ejecuta un acto contrario a los principios de seguridad y de legalidad que involucra el derecho de propiedad y viciado desde su origen con inexistencia, ya que como se sabe es elemento esencial del contrato de compraventa la transferencia del dominio de la cosa vendida, lo cual no puede hacer quien carezca de la facultad necesaria para ello y que sólo tiene el propietario verdadero del bien; al faltar ese elemento esencial en el contrato, de acuerdo con la doctrina y con la ley, tal acto sería inexistente. Sin embargo, en nuestra legislación, de conformidad con el artículo 2271 del código civil vigente, dicha venta de cosa ajena está sancionada con una nulidad relativa, ya que el contrato podrá quedar convalidado, si antes de que tenga lugar la evicción el vendedor, por cualquier título legítimo adquiere la propiedad de la cosa vendida; y es aquí donde surge el problema y nos preguntamos: ¿Sería aplicable tal argumentación para el caso de la hipoteca sobre cosa ajena?

En principio creemos que doctrinariamente la solución no sería distinta, por tanto ella es inexistente por falta de sus elementos esenciales, o sea la constitución del gravamen que no puede hacer el que no es propietario, es decir, aquél que carece de toda facultad dispositiva con relación a la cosa que pretende hipotecar; sin embargo, en nuestro derecho vigente la violación de que sólo puede hipotecar el que puede enajenar, nos da, al igual que en la venta de cosa ajena, una nulidad relativa de la hipoteca en el mismo supuesto concertada, es decir, como sólo puede

hipotecar el que puede enajenar, a aquél que no puede hipotecar, se le ha de aplicar la regla del que no puede enajenar, y como el no propietario del bien no puede en principio enajenarlo, y si lo hiciera la ley imputa al acto una nulidad relativa, igual consideración y apreciación se le ha de dar al no propietario que no puede también en principio hipotecar; en tal virtud creemos que la hipoteca sobre cosa ajena es nula, pero susceptible de ser convalidada en el caso de que posteriormente el deudor adquiera la propiedad de la cosa gravada, pero, sin embargo, dicha confirmación no perjudicará los derechos de terceros, los cuales quedarán a salvo aunque los efectos de la hipoteca convalidada se retrotraigan al día en que se verificó al contrato, es decir, si entre el tiempo en que se constituyó la hipoteca por el que no es propietario y antes de que se convalidara por adquisición posterior de la propiedad se hubiera constituído legalmente otra hipoteca e inscrito en el registro, quedarán a salvo los derechos de este segundo acreedor, principalmente el de preferencia en relación con los del acreedor de la hipoteca convalidada; sin embargo si la primera hipoteca aún viciada con nulidad relativa fué inscrita en el registro, las hipotecas posteriores aun antes de que aquella se convalidase no serán mejores, pues creemos que en este caso, los acreedores posteriores contrataron voluntariamente manifestando su conformidad de quedar en segundo rango en relación con la hipoteca inscrita aunque ésta estuviese sancionada con nulidad relativa.

Para afirmar mejor nuestro criterio creemos necesario anotar que nuestro actual legislador al haber suprimido el artículo 1847 del código anterior de 1884 que determinaba que "la hipoteca constituída por el que no tenga derecho de hipotecar, no convalecerá aunque el constituyente adquiera después el derecho de que carecía" quiso cambiar su criterio del que sustentaba el legislador anterior y al suprimir dicho artículo creemos que tácitamente quiso admitir la convalidación de la hipoteca constituída sobre cosa ajena, o por aquel que no tiene derecho para constituirla por adquisición posterior de la propiedad o del derecho de hipotecar, sobre todo por una necesidad de orden práctico que por otra cosa admitió nuestro actual legislador tal criterio.

Dentro del mismo tema de que nos estamos ocupando, es decir, lo referente a la facultad de hipotecar, es necesario ocuparnos asimismo, de la capacidad necesaria para hipotecar. De acuerdo con el principio general establecido de que sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar, se deduce que sólo pueden hipotecar los que gozan de facultades de enajenar; es decir los que tengan la capacidad para disponer de sus bienes o para llevar a cabo esos actos de dominio y si se trata de hipotecas de un derecho real distinto del de la propiedad se requiere la capacidad de disponer de ese derecho. El fundamento de tal disposición reside en que la hipo-

teca, por ser un derecho real distinto del de la propiedad se requiere la capacidad de disponer de ese derecho. El fundamento de tal disposición reside en que la hipoteca, por ser un derecho real, crea una limitación que el acreedor tiende a hacer valer en el patrimonio del constituyente, y que en última instancia consiste en la realización del valor de la cosa dada en garantía para satisfacer su crédito, y en virtud de que tal venta se impone como una eventualidad, sin embargo en muchos casos se realiza para dar satisfacción a esa pretensión crediticia del acreedor; por tanto, la capacidad para enajenar, la aptitud suficiente para conferir un derecho de tal naturaleza debe surgir desde el instante en que se constituye la garantía hipotecaria.

Para hipotecar no es pues suficiente la capacidad para obligarse, es necesario contar con la capacidad para enajenar, tal y como formalmente lo exige la ley; de lo dicho anteriormente se concluye que carecen de capacidad para hipotecar, en términos generales, quienes no la tienen para contratar, enajenar o bien administrar libremente sus bienes; por tanto la incapacidad que conforme a la ley tienen los menores de edad, dementes, sordomudos, ebrios, y toxicómanos para enajenar y disponer de sus bienes, deben tener igual incapacidad para constituír una hipoteca, y en caso de que por cualquier causa una de estas personas constituyera una hipoteca, ésta estaría en igual forma sancionada que en los casos de enajenación y disposición de sus bienes cuando la ley no les otorga dicha facultad por la incapacidad a que se hallan sometidos.

Por último, habiéndonos ocupado en los párrafos anteriores de uno de los elementos de validez del contrato de hipoteca, es decir del consentimiento y de sus diversas formas que reviste, asi como de las sanciones que la ley impone cuando éste se encuentra viciado, ahora nos ocuparemos del otro elemento esencial de todo contrato es decir del objeto que pueda ser materia de él, y que aplicaremos en forma especial al contrato de hipoteca. En virtud de que en capítulos anteriores ya nos hemos ocupado con toda amplitud de éste elemento del contrato, nos concretamos por tanto ahora solamente a hablar en forma general acerca de éste elemento; en principio por regla general el objeto materia de un contrato debe ser un objeto posible; es decir, debe existir en la naturaleza, ser determinado a determinable en cuanto a su especie y debe estar en el comercio, refiriéndonos al contrato de hipoteca, estos mismos requisitos son necesarios que existan en el objeto materia de él; por tanto podemos decir que la hipoteca será inexistente por imposibilidad física cuando la garantía recaíga sobre una cosa que no exista y será inexistente por imposibilidad jurídica cuando la cosa no esté en el comercio o no sea determinada

individualmente. El artículo 2224 del código civil confirma lo anterior al establecer que el acto jurídico es inexistente por falta de objeto que pueda ser materia de él.

FORMALIDADES.—El aspecto formal del contrato de hipoteca, se refiere en primer lugar, a los documentos necesarios para la validez de la misma, y por otro lado se refiere a los requisitos de inscripción de la misma. En cuanto al tema relativo a la inscripción de las hipotecas, lo estudiaremos por separado concretándonos por ahora a lo que se refiere al documento necesario para su validez.

La hipoteca no requiere de forma para su existencia ya que con el mero consentimiento de las partes puede el contrato surtir efectos en relación con ellas; pero en cambio lo consideramos formal en el sentido de que dicho consentimiento debe ser dado en forma especial ya sea mediante documento público o en escrito privado. En este sentido se contiene el artículo 2917 del código civil vigente que determina ya con la modificación que de él hizo el artículo 14 transitorio de la ley del notariado lo siguiente: "Cuando el crédito hipotecario exceda de quinientos pesos, la hipoteca debe otorgarse en escritura pública. Cuando no exceda de esa cantidad, podrá otorgarse en escritura privada, ante dos testigos, de la cual se harán tantos ejemplares como sean las partes contratantes". Del contenido del artículo transcrito se deduce que nuestra legislación, hace depender la necesidad de la escritura pública de acuerdo con el monto del crédito, si éste es mayor de quinientos pesos surge la escritura pública, y si no, la forma privada es solo necesaria para la manifestación del consentimiento; creemos que el criterio del legislador para reglamentar la forma extrínseca del contrato de hipoteca, se basó en que mientras más grande sea el valor de las prestaciones, de la misma manera necesitan de mayor protección y seguridad, ya que cuando alguien se favorece o se desprende de cantidades que encierran un valor económico, al hacerlo quiere a la vez que esa seguridad y esa protección imperen en su acto, lo cual se logra mediante la escritura pública; y en cambio ahí donde no se requiere el mismo grado de seguridad y firmeza en las relaciones jurídicas donde se juegan intereses de menor cuantía, la escritura privada es formalidad que a todos satisface; creemos por tanto que la cuantía del crédito que señala nuestra ley para que una hipoteca pueda constituirse en escritura pública o bien mediante escrito privado, es absolutamente justa y equitativa y no redunda en perjuicio de alguna de las partes y sí en beneficio de ambas; en cambio, el mínimo de cinco mil pesos que con anterioridad a la ley del Notariado de 31 de diciembre de 1945 establecía nuestro legislador para determinar la necesidad de escritura pública o escrito privado conforme a las cuales se debía constituír una hipoteca era excesivo en sentido de que hasta la cantidad de cinco

mil pesos garantizada por una hipoteca, ésta podía constituírse en escrito privado, lo que traía menor garantía y seguridad para ambas partes pero fundamentalmente para los acreedores para los cuales muchas veces si no todo por lo menos dicha cantidad representaba buena parte de su patrimonio que para no tenerlo inactivo lo ponían a producir mediante préstamo garantizado con hipoteca la cual constituída en escrito privado tenía graves riesgos; tomando seguramente en cuenta estos inconvenientes el legislador, redujo dicha cantidad a la de quinientos pesos lo que repetimos, nos parece más justa y equitativa y con menos inconvenientes.

En relación con nuestras legislaciones anteriores, nuestro actual código modificó a aquéllos; el artículo 1979 del código civil de 1870 establecía: "La hipoteca sólo puede ser constituída en escritura pública. Los notarios deberán declarar la hora del día en que se otorgó la escritura, bajo pena de pérdida de oficio". En igual forma estaba consignado el artículo 1856 del código civil de 1884.

Creemos necesario enunciar someramente los requisitos que debe contener la escritura de constitución de hipoteca tanto pública como privada; ellos son:

Mención de las partes: 1º.—Nombre y apellido, edad, estado civil, lugar de origen, nacionalidad, profesión y domicilio de los contratantes; siendo esenciales estas menciones ya que en todo contrato es necesario saber quién se obliga y para quién se obliga.

Fecha y naturaleza del contrato: 2º.—La fecha y naturaleza del contrato a que la hipoteca se refiere, no menos importantes son estos requisitos, ya que la fecha de la constitución hipotecaria juega papel primordial en la exigencia y extinción del crédito hipotecario en los casos en que esté sujeto a alguna modalidad o bien sea puro y simple y también en el caso previsto por el artículo 2982 del código civil vigente que establece: "si hubiere varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos, y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas, si éstas se registraron dentro del término legal..." La mención de la clase de contrato a que se refiere la hipoteca, se explica por ser ella un contrato accesorio constituído para garantizar el cumplimiento de una obligación expresada en una suma de dinero; por tanto es necesario saber qué obligación garantiza o cual es la causa de donde ella surge ya que si es ilícita acarreará una invalidez en la escritura.

Determinación individual del bien que se hipoteca: 3º.—Tratándose de un inmueble como por ejemplo un predio es necesario hacer constar su situación y lin-

deros y de la misma forma tratándose de cualquier otro bien que se hipoteca es necesario hacer constar sus características que lo individualizan y lo distinguen, ya que ello tiene una relación directa con el principio de la especialidad de la hipoteca, además en todo contrato es necesario saber qué es lo que se obliga y en el caso especial de la hipoteca es necesario saber con toda determinación que bien es el que se dá para garantizar la obligación contraída.

Determinación de la deuda: 4º.—La cantidad cierta del crédito hipotecario; este es un elemento correlativo del principio de la especialidad en cuanto al bien hipotecado y que a la vez se exige en nuestro derecho; si causare réditos, su monto y la fecha desde que deban correr.

En virtud de que el contrato de hipoteca no es de naturaleza solemne en el sentido en que lo reglamenta la ley, la carencia de alguno de los requisitos en la escritura pública o privada o bien la falta absoluta de una u otra acarrea la nulidad relativa de la misma de acuerdo con lo establecido por el artículo 2228 del código civil que dice: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes... produce la nulidad relativa del mismo".

En cuanto a las clausulas accesorias que se pueden pactar en el contrato de hipoteca unas pueden referirse al derecho sustantivo y otras a la fase adjetiva o procesal, sin embargo debemos consignar que todo pacto accesorio para que tenga validez en el contrato de la hipoteca debe marchar acorde con los principios esenciales de ella, asi como también con las normas que tienen un contenido de orden e interés público.

En cuanto al derecho sustantivo las más generalizadas son las siguientes:

1º.—Que la hipoteca comprenda los frutos industriales de los bienes hipotecados siempre que ellos se hayan producido antes de que el acreedor exija él pago de su crédito (artículo 2897-I del Código civil en vigor).

2º.—Que la hipoteca comprenda las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada (artículo 2897-II del código civil en vigor).

3º.—Que los mencionados frutos se comprendan a título de intereses del crédito hipotecario.

4º.—Que en el caso de la hipoteca constituída sobre la nuda propiedad, al consolidarse el usufructo con ella en la persona del propietario, se extienda al mismo usufructo la hipoteca (artículo 2900 del código civil en vigor).

5º.—Que el propietario del bien pueda arrendarlo sin necesidad de notifi-

car al acreedor hipotecario, asi como también pactar pago anticipado de rentas por término menor al de la duración de la hipoteca (artículo 2914 del código civil vigente.)

6ª.—Que la hipoteca constituída a favor de un crédito que devengue intereses, no garantice en perjuicio de terceros, además del capital, intereses mayores a tres años, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses (artículo 2915 del código civil en vigor).

7ª.—Que se señale a la hipoteca un término menor de duración que el de la obligación principal (artículo 2927 del código civil).

8ª.—Que se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca que a la de la obligación principal garantizada. (artículo 2928 del código civil).

Entre las cláusulas accesorias referentes a la fase del derecho adjetivo hipotecario, podemos citar entre otras las siguientes:

1ª.—Que en el caso de ejecución, el deudor no pueda oponer sino ciertas excepciones, generalmente la de pago.

2ª.—Que en caso de cancelación anticipada del crédito por voluntad del deudor, se pague una determinada suma por concepto de indemnización al acreedor.

3ª.—Que se adjudique al acreedor la cosa hipotecada en el precio que se fije al exigirse la deuda (artículo 2915 del código civil segundo párrafo).

En virtud de que las cláusulas accesorias son beneficios que se otorgan ya al acreedor por el deudor o bien a éste por aquél, pueden renunciarse pero siempre dejando a salvo los derechos de terceros.

EL ACTO UNILATERAL COMO FUENTE DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA.—En el actual derecho civil moderno ha tomado gran auge la declaración unilateral de voluntad como causa eficiente de obligaciones; y nuestra legislación no ha sido ajena a tal desenvolvimiento ya que existen formas tanto nominadas como la oferta al público, la promesa de recompensa, la estipulación en favor de tercero, expedición de documentos civiles tanto a la orden como al portador, etc., así como formas innominadas para crear obligaciones por declaración unilateral de voluntad, como las ofertas públicas a personas indeterminadas, el acto dispositivo unilateral, y la promesa abstracta de deuda. Más no tan sólo en materia de obligaciones el acto unilateral ha dado origen a una diversidad tan numerosa de instituciones, sino que también en la esfera de los derechos reales ha echado raíces para que de ésta manera sea fuente originaria tanto de ellos como de diversas consecuencias jurídicas que le son anexas.

Por efecto de esta corriente, en la hipoteca, como en casi todo derecho real, se ha permitido su creación, por medio del acto unilateral de voluntad, sin importar

para ello como una posible o nó aceptación de la persona a cuyo favor se constituya, pues se ha pensado que en los casos en que se crea la hipoteca por esta forma, en realidad la causa originaria de ella, es el contrato y no el acto jurídico unilateral, puesto que nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad, de ahí que la persona en cuyo favor se constituye la hipoteca en el momento de ejercitar su derecho implícitamente acepta la garantía formándose con ello un acuerdo de voluntades, un contrato, de donde se concluye que el acto jurídico unilateral no ha sido ni es el origen de la hipoteca; tal opinión sin embargo comete un error fundamental, ya que confunde la existencia del derecho con su ejercicio, pues la frase "nadie puede ser acreedor contra su voluntad", no significa que para la existencia del derecho haya necesidad de la voluntad del acreedor, sino sólo supone que para su ejercicio si es menester la positividad del acto volitivo. lo cual es una cosa distinta; existe pues el derecho, más su efectividad práctica queda supeditada a la actitud que emane de la voluntad del sujeto favorecido.

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

En nuestro derecho actual, de acuerdo con el artículo 2920 del código civil en vigor, que establece: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen", se involucran las dos clases de hipotecas voluntarias: las contractuales y las constituidas por acto unilateral de voluntad; por lo tanto, como podemos ver, se ha admitido en la forma que anteriormente hemos dejado expuesta que el acto jurídico unilateral sea causa eficiente de la hipoteca. En igual sentido se ha contenido nuestra antigua legislación en lo referente a esta fuente de constitución de las hipotecas ya que desde el antiguo código civil de 1870 se determinaba en su artículo 1981 lo siguiente: "Son hipotecas

voluntarias las convenidas entre partes, impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen" por tanto, quedó bien establecido desde aquel entonces que la hipoteca voluntaria reconocía siempre por origen la voluntad del que la constituye bien sea en un contrato por convenio de las partes contratantes, o por un acto espontáneo, sin convención, por la simple voluntad de quién la constituye, como se verifica en la constituída por el testador en su testamenteo, bien sea en favor de un acreedor o bien en favor de un legatario o de cualquier otra persona y por cualquier causa. En igual forma estaba contenido el artículo 1858 del código civil del año de 1884; y el artículo 138 de la ley hipotecaria Española se explica en los mismos términos al establecer: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan".

Como casos especiales en nuestro derecho de hipotecas originadas por declaración unilateral de voluntad, son las constituídas para garantizar títulos transmisibles a la orden y al portador y dentro de ellos las cédulas hipotecarias, de las cuales nos ocuparemos con más detenimiento posteriormente, concretándonos por ahora al estudio de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador. De conformidad con el artículo 2936 del Código Civil en vigor que en su segundo párrafo establece: "Si la hipoteca se ha constituído para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificar al deudor, ni de registro. La hipoteca constituída para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito". la indeterminación del titular que hace que en esta clase de hipotecas varíe constantemente, sin plasmarse la transferencia en el registro, hace que las clasifiquemos entre las hipotecas de seguridad correspondientes al derecho alemán; la indeterminación vuélvese absoluta en los casos que la hipoteca garantice títulos al portador y es relativa en los casos que asegura títulos a la orden. El endoso o la entrega según los títulos de que se trate son suficientes para la transferencia de la hipoteca que los garantiza, sin necesidad de notificación al deudor ni de registro.

Dada la posibilidad de que esta clase de hipotecas se constituyan para garantizar letras de cambio, al respecto, y salvando por decirlo asi toda polémica, don Jerónimo González y Martínez nos expone los inconvenientes que obstaculizan el acto y al efecto expone: "A pesar de que la misma es el tipo por excelencia del papel a la orden, se resiste la técnica hipotecaria a protegerla con sus principios. Las dudas que suscita la aplicación de la hipoteca ordinaria a un tipo tan retractario a la garantía real, como reconoció la exposición de motivos de la primitiva ley, (la española) la posibilidad de que el título protegido se pierda, la emisión de duplicados, el valor de las copias, la falta de autenticidad de los endosos, el juego de las pro-

testas, la renovación de giros, la caducidad, la responsabilidad solidaria, las excepciones oponibles, etc., provocan dificultades insolubles para un régimen que no admita y regule la hipoteca de seguridad".

Las anteriores palabras son lo suficientemente convincentes para no buscar la garantía hipotecaria en una letra de cambio u otro título que presente los inconvenientes antes expuestos.

En el derecho alemán que es de donde ha venido toda la corriente innovadora tanto en materia hipotecaria como en otras instituciones, el tipo de hipotecas en garantía de títulos de crédito a la orden o al portador presenta notas y rasgos de los cuales deberemos ocuparnos; el artículo 1187 del Código Civil alemán reconoce la validez de un tipo de hipoteca que se desvía del tipo normal de la misma, es decir, trata de un tipo de hipotecas de seguridad constituídas para asegurar los créditos nacidos de títulos al portador, letras de cambio y demás efectos endosables incluyendo por tanto los de la deuda pública; siempre que adopten una de las dos formas indicadas, estas hipotecas considéranse como de seguridad aun cuando no se haga constar expresamente tal carácter en el registro.

Expuestas las anteriores generalidades creemos que para su mejor entendimiento es necesario exponer lo que es una hipoteca de seguridad en el derecho alemán y asimismo exponer las clases de hipotecas de seguridad que dentro de dicho ordenamiento existen y a cuál de ellos pertenecen las hipotecas de que nos estamos ocupando. Del análisis de diversos artículos del ordenamiento indicado se desprende que: la existencia de una hipoteca supone, además de un gravamen real válido, un crédito válido. La hipoteca existe únicamente si existe el crédito. En la hipoteca de tráfico (tipo normal para nosotros) se presume y finge a favor de terceros de buena fe que existe el crédito, si éste está inscrito: los efectos de la inscripción "valen" como dice la ley en cuanto a la hipoteca incluso con referencia al crédito, no así en la hipoteca de seguridad, en la cual la inscripción en el registro carece de todo efecto en cuanto al crédito, lo cual significa dos cosas: 1º—El derecho que el acreedor tiene en base a la hipoteca se determina a tenor del crédito tal cual éste es en realidad y no como parece ser conforme al registro. La fe pública del registro no se extiende al crédito; si se ha inscrito una hipoteca de seguridad, la inscripción se considera válida a favor del tercero de buena fe si existe el crédito hipotecario, pero éste no se considera a su favor como existente. 2º—El acreedor no puede invocar la inscripción para el crédito. Inscrita una hipoteca de tráfico se presume no sólo un acuerdo válido sino también que existe un crédito válido y que corresponde al inscrito. Inscrita una hipoteca de seguridad se presume que ésta existe si el crédito existe, pero no se presume la existencia del crédito.

Dada esta exclusión de los efectos del registro en cuanto al crédito, la hipoteca de seguridad se parece más que la de tráfico, a la hipoteca del derecho común y a la de los derechos particulares imitadores de éste. Pero de todos modos, la diferencia es aún considerable, y, en particular, se aplican también a la hipoteca de seguridad las disposiciones sobre los derechos de garantía de propietario. Por ejemplo, si el crédito es nulo o se ha extinguido, no es nulo el propio gravamen de la finca sino que constituyen deuda inmobiliaria del propietario. La hipoteca de seguridad es necesariamente hipoteca de registro. No puede emitirse una cédula hipotecaria y si se emite es nula.

La hipoteca de seguridad nace de tres maneras: 1.—Por inscripción fundada en una petición unilateral de ciertas personas facultadas para ello; se incluyen dentro de este extremo: a).—La inscripción por vía de ejecución forzosa o embargo, el derecho a exigir esta inscripción corresponde al acreedor que haya obtenido contra el propietario de la finca un título ejecutivo o un mandamiento de embargo. b).—La inscripción a instancias del tribunal de tutela.

2.—Puede constituirse en segundo lugar la hipoteca de seguridad, en virtud de subrogación; si un derecho de prenda recae sobre un crédito a la transmisión de una finca y el pignorante adquiere la propiedad de ésta, mediante consentimiento formal de transmisión e inscripción, el derecho de prenda sobre el crédito se transforma en una hipoteca de seguridad sobre la finca.

3.—Por último, la hipoteca de seguridad puede constituirse en virtud de negocio jurídico, debiéndose distinguir entre: a).—Las hipotecas que necesariamente son hipotecas de seguridad por no poderse establecer con otro carácter, y son dos: la hipoteca en garantía de títulos de crédito al portador o a la orden y la hipoteca de máximo. b).—Las hipotecas que se establecen voluntariamente como seguridad.

Ocupándonos ya en particular de la hipoteca en garantía de títulos de crédito al portador o a la orden, en el derecho alemán, la necesidad práctica de semejantes hipotecas la crean los empréstitos que realizan las compañías de ferrocarriles, las sociedades industriales y los institutos financieros, ya emitiendo obligaciones al portador, o bien —pudiendo entonces prescindirse de la autorización del estado— creando obligaciones mercantiles a la orden endosadas en blanco.

La concesión de la hipoteca tiene lugar en virtud de acuerdo e inscripción. Si la hipoteca es en garantía de títulos al portador, es suficiente en lugar del acuerdo, la declaración unilateral del propietario a la oficina del registro. Si se trata de una hipoteca concedida por razón de títulos parciales de obligaciones, sólo es menester inscribir el importe global de la hipoteca, indicando el número, el importe y la designación de los títulos parciales.

La transmisión de la hipoteca sigue a la del crédito, y tiene lugar según las normas de los títulos representativos de un valor, no según el derecho inmobiliario, por tanto, no requiere el acuerdo y la inscripción, sino tratándose de títulos al portador (o a la orden endosados en blanco), el acuerdo y la entrega del título y, tratándose de títulos a la orden (no endosados en blanco) el acuerdo y la entrega del título endosado. La inscripción del adquirente constituye rectificación.

En cuanto a la extinción y transformación de la hipoteca en un derecho de garantía de propietario, rigen los principios generales. La hipoteca se convierte en deuda inmobiliaria de propietario cuando se extingue el crédito. El crédito no se extingue con sólo que el deudor obtenga la propiedad del título.

Al que en el momento dado sea acreedor puede nombrársele un representante, que está facultado para realizar determinados actos de disposición con efectos a favor y en contra de todo acreedor hipotecario posterior pudiendo asimismo hacer valer la hipoteca en lugar del acreedor. En la mayoría de los casos se nombra representante a una casa de banca, siendo por lo regular la casa que ha emitido las obligaciones, y, si se trata de títulos a la orden aquella con cuyo endoso en blanco circulan los títulos... Se trata de un representante en sentido técnico pues, tanto cuando dispone como cuando insta procedimientos judiciales, obra no en nombre propio, sino en nombre del que en el momento dado sea acreedor. Es un representante en virtud de negocio jurídico (apoderado). Su poder de representación tiene siempre por contenido el derecho a hacer valer la hipoteca en nombre del acreedor. En lo demás el alcance de poder de representación se regula por el negocio en que se otorga.

En la Ley Hipotecaria española, el artículo 154, autoriza la constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador; este género de hipotecas responde a las finalidades que expone el texto, y la Ley Hipotecaria prevé especialmente las constituídas sobre obras públicas y ferrocarriles y por Compañías de crédito territorial. La concesión de la hipoteca deberá hacerse por medio de escritura pública, que se inscribirá en el registro o registros de la propiedad a que correspondan los bienes que se hipotequen. Al exigirse la escritura pública, no se exige con ello un acuerdo entre el hipotecante y los acreedores; basta la voluntad del propietario de las fincas gravadas.

Si la hipoteca se ha constituído para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro. La hipoteca para garantía de títulos al portador es una hipoteca de seguridad, que sólo puede existir si existe

efectivamente el crédito. Pero la existencia de éste se demuestra con la sola posesión del título.

En nuestro derecho, como lo hemos ya expresado, de conformidad con los dispuesto por el artículo 2926 de nuestro Código Civil en vigor, pueden constituirse hipotecas para garantizar obligaciones a la orden o al portador originadas por un título de crédito; en cuanto a la constitución de esta clase de hipotecas, su procedencia y posibilidad son indiscutibles, así como que en esos casos, la hipoteca se constituye por declaración unilateral del obligado, contenida en el mismo título de crédito.

Las condiciones de fondo y de forma para estas clases de hipotecas, son en general, las que hemos dicho para los contratos hipotecarios, mas en lo que concierne a las presentes, como la ley permite la constitución de las hipotecas por medio de títulos civiles a la orden o al portador, la forma es pues relativa, ya que en estos casos no se exige la escritura pública.

Por último, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Instituciones de Crédito, la Ley del Crédito Agrícola, la Ley del Crédito Popular y especialmente la Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, reconocen expresamente la validez y posibilidad para constituir hipotecas en garantía de obligaciones nacidas de títulos de crédito.

CEDULAS HIPOTECARIAS.—En virtud de que es en el sistema hipotecario alemán, en donde primeramente se viene a reglamentar en forma sistemática y tecnica lo relativo a la expedición de cédulas hipotecarias, nos referimos primeramente a dicho sistema para hacer el estudio de dichos títulos, y luego nos referiremos a las cédulas hipotecarias reconocidas en nuestro derecho y poder deducir las diferencias entre ambos sistemas. En el derecho Alemán se establece que sobre toda hipoteca se emita una cédula hipotecaria, a menos que su emisión haya sido excluída contractualmente mediante acuerdo e inscripción. La Cédula Hipotecaria es un documento público que expide la oficina del registro, siendo nula la emitida por otra autoridad, y no es sólo un medio de prueba, sino una medida con la que se tiende a facilitar el tráfico hipotecario e imprimir mayor circulabilidad a la hipoteca desvinculándola del Registro; de este modo puede cederse mediante endoso y entrega del título resultando con ello suficientemente salvaguardada la buena fé del cesionario, si no se demostrase libre de máculas el derecho de su antecesor. Y, como no es menester, para la adquisición de tales hipotecas, que estas se transcriban en el registro, la ley autoriza al propietario para oponerse para que se hagan efectivos los derechos hipotecarios si el pretendido hipotecarista no exhibe la cédula correspondiente.

La cédula hipotecaria es un documento Público, y con sus requisitos esenciales, es decir aquellos cuya falta determina su nulidad, los siguientes: la mención "cédula hipotecaria" la indicación de la cantidad y de la finca, firma y sello. No obstante ser la cédula un documento público, admite anotaciones privadas que tengan importancia jurídica, por ejemplo, en caso de satisfacerse en parte al acreedor el capital hipotecario, el propietario puede exigir que aquél ponga el recibí en la cédula, aunque no conste en el Registro el pago al propietario de la parte de hipoteca correspondiente.

La cédula hipotecaria no es documento constitutivo en tanto no sea necesaria para la constitución del derecho de garantía inmobiliaria a ella incorporada; verdad es que antes de la emisión de la cédula y de su correspondientes entrega al acreedor, no se produce una hpoteca de cédula para aquél, sino deudo inmobiliaria de propietario; pero este principio tiene una excepción, en primer lugar porque la entrega de la cédula al acreedor puede reemplazarse por el convenio que faculta al acreedor para recibirla directamente de la oficina del registro; en este caso, adquiere la hipoteca de cédula con el acuerdo y la inscripción, antes de la emisión de la cédula.

La cédula hipotecaria es un valor, es decir un papel, cuya posesión es condición para disponer del derecho a él incorporado. La transmisión y el gravamen del derecho incorporado está ligada con la posesión del título; la cesión aparte del convenio sobre la transferencia del crédito hipotecario y de la forma escrita de la declaración de cesión, exige también la entrega de la cédula hipotecaria.

La posesión de la cédula es también importante para el ejercicio del derecho a ella incorporado, encarnando en la cédula el derecho material; aun cuando el acreedor hipotecario no teniendo la posesión de la cédula pueda denunciar y demandar la hipoteca y requerir de pago al propietario; según ello no es requisito para el ejercicio de sus derechos, pero el propietario puede convertirla en tal requisito oponiéndose al ejercicio del derecho si el acreedor no presenta cédula. Sin embargo, hay que distinguir que si se deduce la Acción hipotecaria, el derecho del propietario a oponerse a que se haga valer aquélla en tanto no se produzca la cédula, se presenta como excepción dilatoria; en cambio si el acreedor requiere al propietario para que le pague el importe de la deuda o si denuncia la hipoteca, sin presentar la cédula, el propietario, basándose en esta falta de presentación, tiene derecho a rechazar sin demora el requerimiento o la denuncia. Entonces se hacen ineficaces y el acreedor no puede darles eficacia mediante la presentación posterior de la cédula, por tanto tendría que denunciar o requerir de nuevo pero sin efecto retroactivo.

La cédula hipotecaria es un título de derecho real, no un título de crédito. En ella se autentica la hipoteca, no el crédito hipotecario; pero toda vez que la hipoteca es un derecho accesorio, la cualidad de título o valor de la cédula influye también sobre el crédito: en primer lugar para la cesión o gravamen del crédito hipotecario se requiere la transmisión de la posesión de la cédula, pues no puede transferirse la hipoteca sin el crédito; por otra parte, para el ejercicio del crédito hipotecario y para los negocios preparatorios (denuncia y requerimiento) si bien no es requisito la posesión de la cédula, el deudor puede oponerse fundándose en la falta de presentación cuando sea a la vez propietario de la finca.

La cédula hipotecaria es un título de reembolso. El propietario puede exigir al satisfacer al acreedor, que éste ponga la cédula en sus manos; igual derecho tiene todo aquel que corra un riesgo ante una ejecución forzosa inminente. Asimismo la cédula hipotecaria es un título nominativo de la categoría de los no endosables; no puede emitirse al portador ni a la orden y solamente puede transferirse mediante cesión del crédito hipotecario.

La cédula hipotecaria no es un título investido de fe pública; únicamente goza de fe pública el registro, no la cédula. Pero ésta puede destruir la fe de aquel, pues no se protege al que confía en el registro si la inexactitud del mismo se deduce de la cédula de una nota privada escrita en ella por ejemplo, un recibo de una parte de la cantidad asegurada. Además si de la cédula se desprende una contradicción de la exactitud del registro, tal contradicción surte igual efecto que si se hubiera asentado en el registro, y, por tanto, destruye la fe pública del registro, si bien no destruye la presunción de la exactitud de aquél.

Puesto que la transmisión de la hipoteca de cédula no requiere la inscripción en el registro, ocurrirá con frecuencia que éste no evidencia quién es el actual acreedor hipotecario, conteniendo en consecuencia una inexactitud. Según las normas generales sobre la fe pública del registro, en este caso, a pesar de la cesión y a favor del tercero de buena fe, valdría como acreedor hipotecario el que aún está inscrito como tal en el registro; así pues, todo cesionario de una hipoteca de cédula, que sea prudente, tendría que solicitar ser inscrito en el registro como acreedor hipotecario, y desaparecería la ventaja principal de la hipoteca de cédula o sea la aptitud de la cédula para la circulación; sin embargo a este respecto se dispone que el poseedor de la cédula no inscrito en el registro se le considera como inscrito cuando: a).—Su derecho de crédito deriva de una serie no interrumpida de declaraciones de cesión, que arrancan de un acreedor inscrito, y b).—Cuando estas declaraciones de cesión están todas ellas públicamente legalizadas. La pública legalización si bien no es requisito para la validez de la cesión, sí lo es para el

cesionario, incluso en el caso de cesión nula, quede legitimado como si estuviere inscrito.

Por otra parte surte igual efecto que una declaración de cesión públicamente legalizada: a).—Una resolución judicial de adjudicación y b).—Cuando la hipoteca se transmite a otro en virtud de la ley: el reconocimiento públicamente legalizado de semejante transmisión.

Si la cédula hipotecaria, se deteriora, extravía o destruye, puede ser declarada ineficaz en el procedimiento intimatorio, mediante tal declaración pierde toda significación y a petición del acreedor hipotecario se le ha de expedir una nueva cédula. No debe expedirse ninguna nueva cédula sin previa declaración de caducidad de la antigua. Si se expide, a pesar de ello, no puede destruir ni disminuir la eficacia de la antigua, careciendo de efecto, aun en el caso de transferirse a un cesionario de buena fe en una forma externa antes válida.

La cancelación de la hipoteca debe hacerse constar en su cédula inutilizándose ésta para evitar posibles abusos.

Expuesto en grandes rasgos las características que en el Derecho Alemán tiene la cédula hipotecaria, ahora nos ocuparemos de dichos títulos dentro de nuestra legislación. Desde luego principiaremos por exponer que en nuestro derecho no existe la figura de hipoteca de cédula; sin embargo, en caso de que pudiese haber alguna comparación con instituciones dentro de nuestro derecho cabría compararla en ciertos aspectos con la hipoteca en garantía de títulos al portador o endosables, pero sólo con coincidencias en algunos detalles pero divergentes en lo fundamental; las cédulas hipotecarias autorizadas por nuestras distintas leyes de las cuales ya hemos hecho mención, desde luego se caracterizan como títulos de crédito que se expiden con la intervención de una institución de crédito particular legalmente autorizada para tal efecto; en cambio, como lo hemos visto, en el derecho alemán, la cédula hipotecaria es un documento público expedido necesariamente por la oficina del Registro. En nuestro derecho, no obstante el contenido del artículo 2926 al cual ya nos hemos referido con anterioridad, hasta la fecha los particulares no han expedido cédulas hipotecarias sin la intervención de una institución de crédito legalmente autorizada para ello, o documentos civiles a la orden y al portador que contuvieren además una garantía hipotecaria respecto de las obligaciones consignadas en los mismos. En la práctica no ha tenido aplicación el artículo 2926 del código civil en el sentido de que los particulares puedan expedir cédulas hipotecarias o bien emitir documentos civiles a la orden o al portador con garantía hipotecaria, fundamentalmente porque esos documentos civiles a la orden y al portador no pueden ser considerados como títulos de crédito, en virtud de que conforme al

código civil son válidos sin contener las menciones o requisitos que la ley exige para los títulos de crédito. Por tanto, volvemos a repetir, las cédulas hipotecarias en nuestro derecho sólo pueden expedirse con la intervención de instituciones de crédito, y dichos títulos consagran una garantía real por una cantidad determinada que representa una parte o fracción de una obligación principal, generalmente un préstamo concertado entre el emitente de las cédulas como deudor y la institución como acreedora. No obstante de que de conformidad con la ley de instituciones de crédito, se considere como emisor de las cédulas hipotecarias a la persona que recibe el crédito, sin embargo, ésto no se ajusta a la realidad jurídica, ya que la emisión se hace en todo caso por conducto de una institución de crédito hipotecario, de esta aseveración se deduce que las referidas sociedades no tiene el simple papel de garantizadoras sino que por el contrario, son obligadas solidarias con el acreditado del pago de todos los títulos que emita; a este respecto el señor Lic. Jesús Rodríguez y Rodríguez nos dice: "No es menos evidente que las cédulas hipotecarias valen en el mercado no por razones del supuesto emisor particular sino en función de la institución de crédito que las lanza a aquél, lo que es evidente también en el hecho de que el documento es presentado materialmente al público como propio de la institución de crédito y el nombre del supuesto emisor particular apenas si figura en algún perdido rincón del texto". De los términos de la ley resulta claramente que el acreditado constituye en primer lugar, sobre sus bienes y generalmente sobre los cuales se va a invertir la suma prestada, una hipoteca que responde directamente como garantía de la cédula respectiva.

Como hemos dicho con anterioridad la constitución de las cédulas hipotecarias, se realiza fundamentalmente en la misma forma que la hipoteca ordinaria en general; es decir, podemos decir que el elemento constitutivo de tales hipotecas lo forman la escritura pública y la inscripción, esta última para los efectos de que la hipoteca surta sus consecuencia en relación con terceros. Los títulos al portador o a la orden, aunque estén asegurados con hipoteca, son valores indudablemente; la posesión del documento es absolutamente necesaria para hacer valer el derecho incorporado; la transmisión o el gravamen del derecho incorporado, se hace con la obligación o con el título, sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor, ni de hacerse constar en el registro la transferencia. La posesión de los títulos es indispensable para el ejercicio de la acción hipotecaria. En nuestro derecho las cédulas hipotecarias son títulos de crédito y no títulos de derecho real como en el derecho alemán; el título hipotecario es la escritura pública, indispensable para la constitución de la hipoteca y de inexcusable presentación para el ejercicio de la acción hipotecaria; por otra parte las cédulas hipotecarias en nuestro derecho son títulos de reembolso en el mismo

sentido a que se refieren estas clases de títulos en el derecho alemán. La cédula hipotecaria alemana es siempre nominativa no endosable, las cédulas hipotecarias en nuestro derecho pueden ser tanto al portador como a la orden. Por último, los artículos 3039 al 3042 establecen las formas de cancelación de las hipotecas constituídas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador.

EL TESTAMENTO COMO CAUSA EFICIENTE DE LA HIPOTECA. — De conformidad con el artículo 1295 de nuestro código civil vigente, el testamento es un acto unilateral de voluntad de carácter personalísimo, por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte; en esa virtud, dado que se trata de un acto unilateral de voluntad y que asimismo por medio de él puede constituirse una hipoteca, es por ello que haremos su estudio como forma de constitución hipotecaria; al efecto, de conformidad con el artículo 1448 del código civil vigente, un deudor por medio de un legado puede mejorar la condición de su acreedor haciendo hipotecario el crédito simple. Aunque expresamente la disposición legal citada no se refiere a la constitución de la hipoteca por medio del testamento, sin embargo, dado el contenido de los términos en que está expresado, se deduce que el testador siendo deudor de una persona puede mejorar la situación de ésta constituyendo en el testamento una hipoteca para mejor garantía de su crédito. En el derecho Francés por ejemplo, el artículo 44 del Código Civil, si se refiere expresamente a la hipoteca testamentaria al determinar dicho precepto lo siguiente: "La hipoteca testamentaria es aquella que es establecida por el testador sobre uno o muchos inmuebles especialmente designados por el testador para la garantía de los legados por él hechos".

Por otra parte, dado el principio de la autonomía de la voluntad y en virtud de que como lo dispone la ley, el testador en el testamento dispone libremente de sus bienes y derechos siempre y cuando no se perjudique con ello el cumplimiento de los deberes que el testador tiene obligación de cumplir, puede el testador no sólo constituir una hipoteca por medio de un legado para garantizar el crédito que en su contra tenga alguna persona, sino que también el testador puede constituir en su testamento una hipoteca para garantizar la deuda de otro y asimismo, puede constituir una hipoteca sobre bienes de la herencia que corresponderán a determinado heredero a fin de que dicha hipoteca tenga por efecto garantizar un crédito en favor de otra persona o de un legatario, en virtud de ello por medio del testamento se da nacimiento tanto al crédito como a la hipoteca. Es necesario hacer notar que aunque nuestra ley dispone que por medio de un legado se puede constituir una hipoteca mejorando con ello la situación de un acreedor, creándose

por tanto una preferencia entre legados, sin embargo tal preferencia no perjudicará en manera alguna los privilegios de los demás acreedores.

Por último, en cuanto a las condiciones de fondo para la constitución de hipotecas por medio de una disposición testamentaria son iguales a las que rigen para las hipotecas constituídas por contrato, y en cuanto a las condiciones de forma se presentan algunos problemas que es necesario analizar; por lo general los testamentos se otorgan en escrito privado o bien por medio de escritura pública; en cuanto a estos últimos no existe problema ya que dicha forma de constitución es la legalmente establecida por la ley para constituir una hipoteca; por otra parte, en caso de que el testamento se constituya sólo mediante escrito privado no habrá problema igualmente si la hipoteca en él constituída también deba constituirse en forma privada, pero si por el contrario se trata de un testamento consignado en un escrito privado y la hipoteca en él constituída deba hacerse constar por medio de escritura pública, creemos que en principio la constitución de la hipoteca es válida ya que aun en escrito privado, está consignada la voluntad del testador de la cual muchas veces da fe un notario, pero sin embargo para que dicha hipoteca pueda surtir efectos es necesario que el testamento sea elevado a escritura pública a petición del interesado o bien por la protocolización del testamento que sea ordenada por el juez en donde se radique el juicio sucesorio.

LA LEY COMO FORMA CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA.—El código civil vigente en su artículo 2931 dispone: "Llámase necesaria la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligados a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administren o para garantizar los créditos de determinados deudores". De conformidad con el artículo transcrito, la ley obliga a ciertas personas a constituir hipotecas para asegurar los bienes que administren o para garantizar los créditos de determinados acreedores"; a dichas hipotecas la ley las denomina necesarias; en virtud de que en un capítulo anterior de este estudio nos hemos referido a ellas, nos remitimos a lo expuesto, nombrándolas ahora únicamente en virtud de que su constitución se perfecciona por mandato de la ley y no como las que hemos citado con anterioridad cuya constitución se origina por efecto de un contrato o por declaración unilateral de voluntad.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL PROPIETARIO APARENTE.—El caso de constitución de una hipoteca al que ahora nos referiremos, se presenta cuando una persona no es realmente dueña de un bien y sin embargo en virtud de que aparece como tal en el Registro Público de la Propiedad hipoteca dicho bien, y

entonces la ley en estos casos declara que es válida la hipoteca constituída en esa forma por el propietario aparente que en realidad ya no lo es, pero como decimos, la ley en beneficio y protección de terceros de buena fe declara que tal hipoteca es absolutamente válida si se inscribe esa hipoteca antes de la inscripción de la venta, aun cuando la hipoteca sea nula para otros efectos, y sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurre el constituyente por el delito de fraude. Actualmente, en cierta forma se han evitado esto inconvenientes al haberse establecido de conformidad con el artículo 3018 del código civil vigente la inscripción preventiva por los que se ha constituído, transmitido, modificado o extinguido un derecho real sobre determinado bien.

Con fundamento de los efectos indicados en los casos de la hipoteca constituída por el propietario aparente, se establece en los artículos 3002-I, 3003 y 3007 del Código Civil vigente, respectivamente, lo siguiente: "Se inscribrán en el regstro: ...I.—Los títulos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles; ...; "Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efecto entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharse en cuanto le fueren favorable"; ..."los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el registro aparezcan con derecho para ellos, no se invalidarán, en cuanto a tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo registro..."

Los mismos efectos que la hipoteca constituída por el propietario aparente surte la hipoteca constituída por el heredero aparente o bien por el que presta nombre; en relación con la primera, el artículo 1343 del Código Civil vigente, establece: "Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiere enajenado a gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discute su incapacidad, y aquel con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá; más el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios".

HIPOTECA CONSTITUIDA POR QUIEN ES PROPIETARIO BAJO CONDICION.—Aun cuando en nuestro actual Código Civil no se reprodujo el artículo 1853 del Código Civil de 1884 que determinaba: "Nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones a que esté sujeto su derecho de propiedad", sin embargo, el principio consignado en dicho precepto se debe seguir aplicando y por

tanto, cuando un propietario adquiera la propiedad de un bien sujeto a una condición suspensiva o resolutiva, y dicho bien lo dé en hipoteca, los efectos de la venta y la hipoteca estarán condicionados; si en cambio se trata de una condición resolutoria tanto la venta como la hipoteca surtirán desde luego sus efectos, pero la hipoteca desaparecerá en caso de que el título del propietario llegue a resolverse.

En virtud de que con más amplitud nos hemos referido en capítulos anteriores a esta clase de hipotecas constituídas por el propietario bajo condición, nos remitimos para ampliar este estudio a lo que hemos expuesto en dichos capítulos.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL DONATARIO, CUANDO ES REVOCADA LA DONACION.—En relación con el presente caso nuestra legislación sigue el principio de proteger a los terceros de buena fe, y por tanto se reglamenta en el sentido de que si la donación se revocare, bien sea por superveniencia de hijos, por ingratitud del donatario o por cualquier otra causa que conforme a la ley acarree la revocación de la donación, la hipoteca constituída sobre los bienes donados subsistirá, siempre que el gravamen se haya registrado antes de que se inició el juicio de revocación; sin embargo, el donante tendrá derecho de exigir del donatario que éste redima la hipoteca; en caso de que la demanda de revocación se inscriba preventivamente antes que la hipoteca, entonces esa hipoteca estará supeditada a resultas del juicio de revocación.

En relación con lo expuesto, los artículos 2363 y 2371 del Código Civil vigente, determinan respectivamente lo siguiente: "Si el donatario hubiere hipotecado los bienes donados, subsistirá la hipoteca, pero tendrá derecho el donante de exigir que aquél la redima. Esto mismo tendrá lugar tratándose de usufructo o servidumbres impuestos por el donatario"; "es aplicable a la revocación de las donaciones hechas por ingratitud lo dispuesto en los artículos del 2361 al 2364".

HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL PROPIETARIO CUYO TITULO ES DECLARADO NULO.—Como en los anteriores casos, prevalece en éste la regla de protección para los terceros de buena fe; por tanto, la hipoteca constituída por el propietario cuyo título es declarado nulo con posterioridad al otorgamiento de aquélla, tiene la validez plena que consagra el artículo 3001 del Código Civil en vigor, en relación con los artículos 3006 y 2242 del propio ordenamiento; el último de los preceptos indicados establece que: "todos los derechos reales o personales transmitidos a tercero sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe"; ahora bien, como

el artículo 3007 nos dice: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (el 3006 que establece: "La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes"), los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el registro aparezcan con derecho para ellos no se invalidarán, en cuanto a terceros de buena fé, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a los actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohibitiva o de interés público", claramente se desprende del anterior precepto en relación con los demás transcritos, la validez de la hipoteca constituída por el dueño cuyo título es declarado nulo, ya que el acreedor hipotecario en estos casos se considera como tercero de buena fe, y en virtud de tal carácter no le perjudican los efectos de la anulación del acto hecha con posterioridad a la inscripción de su hipoteca.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR LA MUJER CASADA.— De conformidad con el artículo 2º de nuestro código civil vigente. "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos"; sin embargo, no obstante lo anterior, en el caso de que la mujer se encuentre casada, se presentan ciertas modificaciones al principio que hemos expuesto. En primer lugar, si la mujer ha contraído matrimonio bajo el regímen de separación de bienes, en este caso es aplicable la disposición contenida en el artículo transcrito, y por tanto podrá libremente hipotecar sus bienes que posea al momento de contraer matrimonio o bien los que adquiera posteriormente; asimismo puede contratar con su marido una hipoteca. En cambio, en el caso de que el regímen bajo el cual se halle casada sea el de Sociedad Conyugal, los bienes no podrán ser hipotecados sino con el consentimiento de ambos cónyuges ya que el dominio de los bienes les es propio a los dos.

Por último en caso de que la mujer casada no haya cumplido aún 21 años de edad, pese a que adquiere la emancipación por efecto del matrimonio, sin embargo necesita en este caso autorización judicial para gravar sus bienes presentes o los que en el futuro adquiera por cualquier título.

REPRESENTACION. — Hemos visto que en nuestro código se consigna el principio de que sólo puede hipotecar el que puede enajenar; sin embargo, es absolutamente válido que una persona delegue en otra su facultad de enajenar e implícitamente su facultad de hipotecar; esta delegación se hace generalmente me-

diante la constitución de un mandato en virtud del cual una persona se hace representar por otra delegándole determinadas facultades para que pueda realizar determinados actos; por tanto si esa delegación se hace en virtud de que el mandatario pueda hipotecar los bienes del mandante, es requisito indispensable que éste le haya otorgado el mandato para ejercer actos de dominio o con la facultad expresa de hipotecar determinados bienes; en relación con este caso se presenta el problema de determinar la sanción que se impone al acto por el cual se constituye una hipoteca por el mandatario sin tener éste facultades expresas para constituir hipoteca a nombre del mandante; es decir se presenta el caso en que el mandatario realiza actos extralimitándose de los poderes que se le confirieron en el mandato; en virtud de que de acuerdo con el artículo 2565 del Código civil vigente las operaciones hechas por el mandatario en exceso del encargo recibido, quedarán a opción del mandante ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario, en esa virtud creemos que el vicio con que se han realizado tales operaciones esta sancionado con una nulidad relativa.

Por último, queremos hacer notar que los que ejercen la patria potestad, pueden hipotecar los bienes inmuebles que corresponden a su descendiente y los tutores los de los menores y demás incapacitados siempre y cuando sea absolutamente necesario y previa autorización judicial; asimismo el albacea puede hipotecar los bienes de la herencia con consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso. Como se ve estos son algunos casos de representación que la ley reconoce a determinadas personas para que estas puedan hipotecar bienes de distintas personas con los requisitos que la misma ley señala.

PUBLICIDAD DE LAS HIPOTECAS.—Hemos expuesto en capítulos anteriores que una de las características fundamentales que se atribuye a la hipoteca en los sistemas modernos, es la Publicidad de ella; e inclusive hemos tratado ya de esta característica en forma amplia; sin embargo, ahora volveremos a ocuparnos de ella como base sobre la cual descansa el Registro de las hipotecas que es como en la práctica se aplica el principio de la Publicidad a que nos estamos refiriendo. La Publicidad como característica de la hipoteca fué fruto de la evolución de ésta; ya que en los primeros tiempos, como hemos anotado al referirnos al sistema Romano, prevalecía la clandestinidad de las hipotecas en virtud de lo cual permanecían ocultas las hipotecas o cualquier otro gravamen constituído sobre los bienes, lo cual se debía fundamentalmente a dos causas; una, porque no existía sistema de Registro alguno para inscribir y dar a conocer en forma alguna la constitución de gravámenes sobre bienes; y por otra parte, la autorización para constituir sin ninguna condición hipotecas generales que podían gravar todo el patrimonio del

deudor sin hacer determinación de los bienes. Como hemos dicho, los sistemas hipotecarios fueron evolucionando y a más de factores históricos, políticos o sociales, por causa de factores económicos que consideraban necesaria una protección al crédito inmobiliario, así como una efectiva circulación de la riqueza, se vino a crear el sistema de Publicidad de las hipotecas y como consecuencia fundamental del mismo se creó también el principio de Especialidad de aquellas, constituyéndose con ellos el tipo más cabal y perfecto de hipoteca en el sistema moderno.

La característica fundamental de este principio de Publicidad consiste en que por virtud de él se protege de una manera directa a todos los terceros que no hayan intervenido en el acto pero que posteriormente tengan algún interés en conocerlo, y por tanto en virtud de la publicidad que se dá a dicho acto por efecto del Registro del mismo, se dá a conocer para que toda persona interesada se imponga del mismo; y aplicando en forma directa este principio de la hipoteca, diremos que en primer lugar tuvo por causa abolir los nefastos perjuicios que acarreaban las hipotecas ocultas, y por tanto que no pueda perjudicar al contratante de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el registro, y que, quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no perjudique con una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido ni podido conocer, adquiere la finca gravada.

Fundamentalmente, la publicidad de las hipotecas se hace efectiva en la práctica mediante la organización de oficinas públicas en las cuales se puede conocer en un momento dado la verdadera situación de un inmueble y todos los cambios que sufra en su propiedad, posesión o constitución de derechos reales sobre el mismo. La publicidad de inmuebles que se realiza a través de estas oficinas públicas, se puede hacer de diversas formas, pero fundamentalmente existen tres sistemas al respecto; el primero que se hace por medio de una *transcripción*, consiste en la reproducción íntegra del documento que contiene el acto o derecho sujeto a registro; en segundo lugar existe el sistema de la *inscripción* por virtud del cual el registro se hace con un extracto del documento que contiene el acto que se registra; y por último se presenta el sistema denominado de la *inscripción tabular* el cual se realiza llenando los requisitos exigidos por las llamadas hojas de registro.

De todo lo anterior se deduce, ya ocupándonos en especial de la publicidad de los derechos reales, que está vinculada a dos aspectos; primero al de la potestad otorgada a los terceros para informarse de las condiciones jurídicas en que se encuentra el objeto y derecho sujeto a registro, y segundo, el de la legitimidad de las inscripciones vistas como un medio normal de publicidad; por tanto gracias a estos dos aspectos se determina con certeza la existencia de todo derecho, sus efec-

tos entre las partes y entre los terceros que están obligados a respetarlos en la medida en que lo conocen. Con ello, los intereses a que se refiere la publicidad son los del titular del derecho y los de terceros; por lo que se refiere a la persona que es titular del derecho real, tiene la imperiosa necesidad de saber si su derecho no estará expuesto a la ineficacia por alguna invalidez de su título, y para ello debe tomar toda clase de precauciones que le brinden la posibilidad de hacerlo efectivo contra toda persona; estas precauciones se las determina la misma publicidad, la cual en principio hace patente la válida eficacia de todo acto que bajo sus auspicios se ha llevado a cabo. En cuanto al interés de terceros, la publicidad quizá encuentre en ellos su mejor justificación; el dar a conocer a persona extraña de las partes que contrataron el acto que se registra, su naturaleza, y alcance, es el principal motivo y fin de la materia publicitaria; de lo que en ella se haga saber dependerá la medida y alcance del respeto para todo derecho que cualquiera persona debe tener, o el que debe exigir aquel a quién en un supuesto caso se le llegue a transferir.

En la actualidad, la forma y publicidad de las relaciones jurídicas reales que dan lugar a la constitución de los derechos del mismo nombre se refleja en el derecho moderno a través de oficinas públicas como hemos dicho, denominadas Registros Públicos de la Propiedad; por tanto dichos Registros que han sido creados para dar publicidad a todos los actos que determina la ley, son de origen moderno, ya que no es posible encontrarles antecedentes históricos remotos en otras instituciones que tuvieran semejanza con las características que hoy tienen. La idea fundamental en que se basa actualmente es la de hacer una publicidad con fácil conocimiento de todos los negocios que se refieren a los bienes inmuebles, a fin de que toda persona tenga conocimiento de dichos actos y sepa a qué atenerse como parte de esos negocios.

Como lo hemos expuesto con anterioridad, sabído es que durante varios siglos, reinó la mayor clandestinidad a este respecto; lo cual traía aparejada la peor fraudulencia de todos los actos concernientes a la materia inmobiliaria, por ello se vió imprescindible traer a la vida jurídica una materia o institución que salvara a todos esos inconvenientes. Esta lo fué la Publicidad acompañada del Registro.

SISTEMAS DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA.—Algunos autores, entre ellos el señor don Jerónimo González Martínez, al hablar de la Publicidad inmobiliaria no consideran que dentro de ésta se pueda hablar de Sistemas sino que en virtud de los diversos significados que cada país le dé a la palabra Publicidad, de ello surgen las diversas formas de su aplicación e interpretación; sin embargo, en realidad se trata únicamente de los diversos puntos de vista con que se vea y trate el

problema, pues ya sea que se llamen sistemas o significados de la palabra Publicidad, generalmente podemos distinguir tres sistemas o significados distintos en el derecho Privado de la Publicidad Inmobiliaria, pero todas responden como hemos expuesto con anterioridad, a un concepto fundamental que consiste en llevar a conocimiento de los interesados actos o hechos jurídicos, reconocidos y apoyados por la ley con sanciones más o menos enérgicas. El primer sistema o significado que se le dá a la publicidad Inmobiliaria consiste en que unas veces la inscripción, como la forma más efectiva y avanzada de la Publicidad Inmobiliaria, tiene por efecto un mero anuncio o aviso a la colectividad acerca de la verdadera situación de un inmueble y que asegura las relaciones jurídicas y protege a las personas ausentes. Los actos o derechos relacionados con la inscripción en el registro, existen independientemente de éste, el cual no es un elemento esencial para que dichos actos o derechos tengan vida jurídica, por lo regular la violación de las disposiciones legales que regulan este primer sistema de publicidad, no está especialmente sancionada o bien en algunos casos provoca una indemnización de daños y perjuicios. Este primer sistema de Publicidad Inmobiliaria se reconoce como el de la *Adjetividad de la Inscripción.*

En segundo lugar encontramos el sistema de la *Sustantividad de la Inscripción,* el cual considera al Registro como forma esencial para la existencia del acto jurídico o derecho, así como para la transmisión o modificación en el dominio de los inmuebles; por tanto, siendo dentro de este sistema la Publicidad lo que da el ser al acto jurídico o derecho, su falta de registro impedirá que surtan efectos respecto de las partes mismas que los otorgaron y con mucha más razón respecto de terceros. Aplicando este sistema a la Hipoteca podemos decir que el propietario o titular de la misma no podrá ser considerado como tal si no se hace la inscripción de sus derechos.

Por último existe un tercer sistema que es denominado de la *sustantividad Relativa o Funcional* en virtud del cual se requiere el registro de los actos jurídicos y derechos a fin de que surtan efectos respecto de terceros ya que en relación con las partes no es necesario que se registre el acto jurídico o derecho para su existencia respecto de ellas; asimismo este sistema tiene como finalidad amparar la buena fe, favorecer la circulación de la riqueza y asegurar el tráfico; la falta de inscripción dentro de este sistema produce la ineficacia de los actos no publicados respecto de ciertas personas y la eficacia de los mismos para con las partes que los constituyeron.

Expuesto lo anterior acerca de los diversos sistemas de Publicidad inmobiliaria, no queda más que volver a repetir que dicho sistema ha venido a consagrarse

dentro de la legislación moderna y ha cristalizado en nuestro siglo bajo la forma de principio de legitimidad. En los párrafos siguientes nos ocuparemos de los que a nuestro juicio se deben considerar los más importantes sistemas de publicidad pero tomando en cuenta el país en que se desarrollaron, aplicando fundamental y especialmente el sistema de publicidad al de la Hipoteca.

SISTEMA ROMANO.—Aun cuando he expresado en diversas partes de este estudio que el derecho Romano por lo que se refiere a la característica de la Publicidad no se desarrolló casi en lo absoluto, sin embargo siendo este sistema legal la fuente perenne de todos los demás sistemas jurídicos, nos ocuparemos de él por lo que se refiere a este punto dentro de la brevedad obligada en virtud del desprecio que encontramos dentro de este sistema a la publicidad la cual refiriéndonos en particular a la hipoteca, no satisfacía a las verdaderas necesidades del crédito por lo cual el régimen hipotecario romano fué una concepción admirable por su precisión como ya lo hemos visto, pero sin organización práctica.

Respecto a la publicidad inmobiliaria en general, encontramos que respecto de la propiedad se distinguían las adquisiciones Civiles de las Naturales; las primeras tenían como nota la Publicidad que se traducía en la participación en el acto de la comunidad por mediación de las autoridades o de los testigos y la solemnidad que cristaliza en las palabras prescritas y en los actos formales, tales adquisiciones civiles eran la *mancipatio,* compra solemne ante cinco testigos y el libripens o portador de la balanza; la *in jure cessio,* especie de juicio convenido, vindicación aparente ante el magistrado; la *adjudicatio,* atribución hecha en el procedimiento particional por el *judex en el judicium legitimum* y por disposición de la autoridad pública; sin embargo, las formalidades con que se revestían estos actos, más que una forma publicitaria, venían a ser el acto mismo, por lo cual en estos actos la publicidad resulta algo discutible, por ejemplo en la mancipatio el legislador romano se refiere esencialmente a la propiedad y no a una forma de publicidad, es decir mira más a la esencia del acto que a su manifestación publicitaria. Es más, con la creación de una nueva forma de adquisición, la *Traditio,* aunque en un principio se traducía en actos materiales y sensibles es decir era necesario que el transmitente hiciese la transmisión efectiva de la posesión de la cosa al adquirente; sin embargo esta forma de transmisión llegó a simplificarse a tal grado de poder ser sobreentendida y resultar del simple consentimiento; en esta hipótesis a la transferencia de la propiedad independiente de todo acto material y de todo hecho ejecutivo, se realizaba clandestinamente, y por consiguiente abría las puertas al fraude.

Sin embargo hubo en algún momento una forma rudimentaria de publicidad

que se presentó en la Insinuación de las donaciones o copias de las mismas sobre los Gesta o Acta Pública, que tenía por objeto asegurar mediante la intervención del magistrado la espontaneidad y certidumbre del acto, evitando los fraudes. Esta formalidad fué potestativa en un principio, posteriormente fué declarada obligatoria, y en tiempo del emperador Constantino se organizó prescribiéndose que debería hacerse mediante la redacción de un escrito con el nombre del donante y la naturaleza de la cosa, la tradición real ante testigos y la consignación en los registros judiciales. Más tarde se extendió la Insinuación, a los testamentos, emancipaciones, manumisiones y tutelas, y aún a las ventas, pero en todos los casos con carácter potestativo.

Pasando a analizar en particular la publicidad de la hipoteca, como hemos expuesto en el capítulo primero de este estudio, en el primitivo derecho romano no se conocía la hipoteca, para asegurar un crédito con una garantía real, se empleó en primer término la transferencia solemne de la propiedad de una cosa por el deudor al acreedor bajo el pacto de devolución una vez pagada la deuda, esta forma de garantía era la llamada Fiducia que revestía la solemnidad de la mancipatio o de la in Jure Cessio, y como en tales instituciones, la formalidad del acto venía a constituir parte de la constitución del acto mismo y no una forma de publicidad de él.

Posteriormente se vino a crear la prenda o pignus como forma de garantía real, la cual fué evolucionando, llegando a legitimarse y vulgarizarse la constitución de la prenda contractual sin tradición, a la que los compiladores del Corpus Juris designaron con la palabra griega hypotheca, cuya organización principalmente el desprecio a la publicidad, contemplada desde el punto de vista moderno resulta sumamente defectuosa, ya que acarrea la posible concurrencia de múltiples acreedores que ignoran los respectivos derechos, por la falta de determinación de la cosa gravada y del derecho constituído sobre la misma, por borrar la diferencia entre fincas y muebles, por permitir hipotecas, generales, tácitas y sobre bienes futuros. Con esto queda expuesto que como hemos dicho en un principio la legislación romana fué admirable, pero no tuvo sentido práctico; particularmente en cuanto a la publicidad, ésta no se presenta en ninguna forma con los caracteres y fines que ella debe llenar conforme al pensamiento del derecho moderno.

SISTEMA FRANCES.—El régimen de publicidad inmobiliaria en Francia, se conoce con el nombre de *Régimen de Transcripción;* pero antes de analizar las características y forma de este sistema, creemos necesario señalar aunque sea a grandes rasgos el desarrollo que en Francia tuvo el régimen de publicidad inmobiliaria en general.

En una principio la legislación romana continuó aplicándose en las Galias, y es así como la Lex Romana Burgundionum que se aplicaba en aquel entonces, prescribía la Insinuación para las donaciones, asimismo el breviario de Aniano reprodujo las disposiciones correspondientes del Código de Teodosio. Posteriormente, en el régimen feudal las formas de transmisión públicas y privadas reciben la denominación de Investiduras dadas por el señor o por los oficiales de justicia al nuevo vasallo, la cual era precedida de la renuncia del antiguo propietario a todos sus derechos; estas formalidades introducidas en beneficio del señor, se orientan definitivamente para proteger a los terceros, y desde el siglo XII se arraigó costumbre de hacer la investidura en los Registros feudales. Al transcurrir el tiempo fueron creándose formas más perfeccionadas de la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, como por ejemplo, la formalidad denominada Nantissement, que se descomponía en dos actos distintos: el despojo por el cual el transferente delega en el juez la potestad dominical, y la investidura, conferida al adquirente; a continuación aparece la figura bretona denominada Apropiance, de mayor publicidad y de efectos más irrevocables; comenzaba con la insinuación o registro del contrato, de transferencia de la finca, continuaba con la toma de posesión real del adquirente, y después de las publicaciones hechas durante tres domingos a la salida de la misa mayor, se perfeccionaba con la declaración judicial de que el inmueble había pasado a formar parte del patrimonio del poseedor.

Posteriormente, durante la Revolución Francesa se hicieron estudios e investigaciones sobre el problema de la publicidad en la transferencia de inmuebles, siendo a este respecto las leyes más importantes que se promulgaron, las que forman el Código Hipotecario de 9 de Messidor del año III y la Ley de II Brumario del año VII en las cuales se desenvolvieron las formas de las declaraciones inmobiliarias y la organización hipotecaria con el triple objeto de fijar la situación y el valor de las fincas como base esencial del registro, proteger a los terceros titulares de hipotecas contra posibles reivindicaciones, y movilizar los valores hipotecarios mediante la creación de cédulas territoriales, que representaban créditos sin deudor, es decir, exclusivamente reales. Aún antes, en el año de 1673, Colbert formuló el primer programa para la publicidad de las hipotecas mediante Registros Oficiales, y en 1795 se estableció el principio general de que: "No hay más hipoteca que la resultante de documentos auténticos inscritos en Registros Públicos abiertos a todos los ciudadanos", y el Directorio, siguiendo el criterio de esta corriente, dijo en 1798: "Los actos traslativos de los bienes y derechos susceptibles de hipoteca deben ser inscritos en los registros de conservación de hipotecas en los distritos en los cuales se encuentran situados los bienes. Hasta entonces no pueden ser opues-

tos a los terceros que hubiesen contratado con el vendedor y que estuviesen conformados a las disposiciones de la presente Ley".

Después, en virtud del advenimiento del Código de Napoleón y dada la posición adoptada por el mismo, surgió forzosamente el principio de la clandestinidad en toda relación traslativa de dominio, ya que dicho ordenamiento sustentó el principio de que la propiedad se transmite por el simple efecto de las convenciones, independientemente de la tradición y aún de cualquiera cláusula notarial que la supliese; ello se desprende del artículo 1138 de dicho ordenamiento que reglamentaba: "La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario desde el instante en que ha debido ser entregada". Se consumó así la evolución jurídica que, sustituyendo a la tradición romana por la fingida, y convirtiendo esta formalidad en la cláusula de estilo, debía terminar por sobreentenderla en los actos transmisivos, como elemento natural. La obligación de entregar queda no sólo perfecta, sino consumada, desde el instante en que la tradición del derecho debiera tener lugar. El problema que se suscitó con el anterior criterio fué más grave aún, ya que dicho sistema fué oponible a terceros independientemente de la tradición y de la transcripción, es decir: de todo hecho y de todo acto propio a asegurar la publicidad. En cierta forma los inconvenientes de la clandestinidad plasmados en el Código Civil fueron salvados en una pequeña parte por la ley de 23 de marzo de 1855, la cual se inspira en las antiguas costumbres del Nantissement, sin embargo, esta ley no establece la obligatoriedad de la publicidad a todos los títulos de adquisición inmobiliaria, pues sólo son consolidadas con la transcripción, aquellas transmisiones que tienen su causa titular en un documento público inter-vivos; existe en dicha ley una lista taxativa de todos los derechos reales distintos a la propiedad que deben y pueden ser transcritos, dedicándole una atención especial a la hipoteca; sin embargo los principios de publicidad plasmados en esta ley, no tienen el mérito que en principio sus redactores quisieron darles, ya que la regla no era absoluta, pues la inscripción de las hipotecas legales y los privilegios generales no eran necesarios para que produjeran la plenitud de sus efectos, por lo cual con esa situación todo adquirente se veía notoriamente perjudicado en sus derechos así como el acreedor hipotecario, ya que por dicha excepción existían a cargo de los bienes gravados otros gravámenes no manifiestos, ignorados en lo absoluto; sin embargo el adquirente podía salvar todos estos inconvenientes por medio de la "purga" en virtud de la cual se obligaba a que todas las hipotecas tácitas y legales se manifiesten públicamente por medio de su inscripción, bajo la pena de que si no se hace, viene la decadencia de la misma; y en caso contrario, la inscripción toma efectos retro-

activos de acuerdo con el momento en que se constituyó el gravamen y desde entonces su rango tiene plena validez.

Con la ley de 23 de marzo de 1855 a que hemos aludido, fué instaurado el régimen de transcripción todavía vigente; dicho sistema consiste en la copia de un documento relativo a bienes inmuebles en los registros especiales del distrito llevados por el conservador de hipotecas; estando sujeto a tal formalidad: a).—Los actos intervivos que operan el traspaso de la propiedad o de un derecho real hipotecable. b).—Los títulos en cuya virtud se constituyan derechos de servidumbre, uso y habitación; c).—Las renuncias de los derechos reales; d).—Los arrendamientos por más de dieciocho años o en que se hubiesen anticipado las rentas de tres. El principal efecto de la transcripción de los actos transmisivos de propiedad se evidencía en la fuerza que les concede en contra de terceros, no siendo indispensable para que los actos sean válidos y produzcan todos sus efectos entre las partes.

Por regla general los actos traslativos tendrán forma contractual, pero también son transcribibles los juicios que acreditan la existencia de una convención verbal de transferencia y las adjudicaciones judiciales que no proceden de operaciones de adjudcación; por otra parte constituye una de las características del sistema la dispensa de transcripción concedida a las transmisiones mortis causa, asimismo, por su propia naturaleza, están exentos de la formalidad examinada, los actos declarativos como las particiones y transacciones; los confirmativos, como la ratificación de actos nulos y los abdicativos, como la renuncia de la herencia. La convención, conforme lo hemos indicado, transfiere la propiedad; pero el vendedor sigue siendo propietario para quien adquiere derechos sobre el inmueble sujetos al régimen de publicidad y los conserva con arreglo a las leyes, queda por tanto protegido el adquirente usufructuario o usuario, el enfiteuta, el titular de una servidumbre inmobiliaria, el acreedor hipotecario o privilegiado, que han transcrito o inscrito sus títulos. Cuando hay una enajenación el simple hecho de la transcripción tiene por efecto liberar a la propiedad de todos los derechos reales constituídos con anterioridad al título de adquisición y de los cuales el Registro no revela existencia alguna; esto se debe a que el acto de inscripción salvaguarda los derechos del adquirente desde un doble punto de vista: por un lado se presenta la ineficacia de todas las enajenaciones hechas por el vendedor y las cuales no han sido transcritas, y por el otro cierra la inscripción en el registro de todo derecho real hipotecario a los privilegios que hayan concertado los anteriores propietarios del inmueble. Según la misma ley la transcripción no tiene por efecto legitimar el derecho transcrito, tal efecto se realiza sólo por la prescripción ya que ésta tiene como

fin legitimar y fundamentar cualquier derecho como puede serlo el inscrito. Estas ideas acerca de la publicidad han sufrido algunas reformas tendientes todas ellas a llegar a un perfeccionamiento para poder satisfacer las necesidades prácticas del tráfico inmobiliario; y es así que posteriormente a esa ley, se promulgó otra en el año de 1885; después se celebró un Congreso Internacional de la Propiedad Inmobiliaria en el año de 1890; y luego sucesivamente se dictaron nuevas leyes en los años de 1898, el 1º de abril de 1918, otra en 1924 a la cual sigue la reforma de 1935 se obliga la transcripción de los actos que anteriormente eran dispensados de esta formalidad, como los testamentos, las donaciones, así como los juicios declarativos de propiedad inmobiliaria. Sin embargo, en cuanto al régimen hipotecario, éste casi permanece intacto y sigue los lineamientos de la primitiva ley de 1855; toda la materia de la publicidad hipotecaria se halla subordinada a los privilegios o derechos de prelación que la cualidad de algunos derechos otorga a los acreedores respectivos, aun frente a los hipotecarios con título debidamente inscrito; tanto la transcripción como la inscripción de las hipotecas son voluntarias, y pueden ser realizadas en cualquier tiempo. El acreedor hipotecario del vendedor puede inscribir su título aun después de la venta del inmueble y mientras ésta no sea transcrita; ya que una vez cumplida tal formalidad se detiene el curso de las inscripciones de privilegios e hipotecas que arranquen del vendedor. Las inscripciones hechas en el período a que alcance la retroactividad de la quiebra y después de la apertura de una sucesión que se acepta a beneficio de inventario, no producirá efecto. Por último se cancelan las inscripciones en virtud de consentimiento de las partes interesadas o providencia judicial firme; se extinguen los privilegios e hipotecas, por el pago por la renuncia, por la purga o liberación formal y por la prescripción y caducan las inscripciones si no han sido renovadas antes de transcurrir los diez años contados desde su fecha.

La identidad física de los predios, base de un buen sistema inmobiliario, se obtiene en Francia mediante la documentación catastral: el plano que lo fija topográficamente; el estado de secciones, simple relación de las parcelas por el orden numérico del plano, y la matriz registro llevado por los nombres de los propietarios con descripción de las parcelas que les pertenecen y la fecha de las mutaciones. La identidad jurídica se acredita por medio de Registros llevados en las circunscripciones por los Conservadores de Hipotecas, mediante dos clases de libros, que pudiéramos llamar principales y de orden interior o auxiliares.

Como dato necesario y para finalizar la exposición de éste sistema debemos exponer que sus ideas tuvieron repercusión principalmente en España, Italia, Bélgica, y Holanda.

SISTEMA ALEMAN.—El Código Civil Alemán promulgado el 18 de agosto de 1896 y la Ordenanza de 24 de marzo de 1897, son los que contienen los lineamientos del sistema hipotecario y del Registro Inmobiliario Alemán; dichos ordenamientos están inspirados en el derecho tradicional germánico, especialmente en las leyes prusianas de 5 de mayo de 1872 que organizaban el Registro de la Propiedad inmueble, y extiende el principio de inscripción que estas últimas imponían para constituír hipotecas o deudas territoriales y para adquirir por negocio jurídico, a casi todos los actos modificativos de la situación real de las fincas, al mismo tiempo que concede a los asientos plenos efectos no sólo respecto de tercero, sino entre las mismas partes que los provocan; por tanto al registro se hallan sujetas la inscripción de fincas de todo género, asi como también todos los derechos reales que gravan a los inmuebles. El registro se propone documentar y patentizar el estado de la propiedad inmobiliaria dentro del país. De conformidad con el artículo 925 del Código Civil Alemán, la propiedad de un inmueble no se transmite directamente por efecto del contrato de venta, sino mediante la "investidura" o acuerdo formal de transmisión "Auflassung", seguido de su inscripción en el Registro; y además en él deben figurar no sólo la propiedad, sino todos los demás derechos reales, que, para distinguirlos del dominio, se llaman limitativos o limitados que son, además de la hipoteca y sus variantes, las servidumbres prediales, el derecho de usufructo, las servidumbres personales, los derechos reales de tanteo y de retracto y las cargas reales.

Uno de los aspectos más interesantes del Régimen Germánico es el referente al valor propio de los asientos, con independencia de su origen. Nussbam, en relación con este punto al que se ha llamado como teoría del "acto abstracto", nos dice: "En resumen, el código civil desliga los efectos reales del acto causal del que se originan y de los contratos preliminares que los preparan; es decir, que la virtualidad de la inscripción depende exclusivamente del acuerdo "abstracto" sin conexión con el acto o contrato que lo determine. En esto los asientos del Registro vienen a semejar a los instrumentos cambiarios, y como ellos, quedan a cubierto de posibles impugnaciones, sin necesidad de incurrir en los riesgos y excesos del principio de la fuerza formal; de este modo, además, el registrador no queda sujeto a indagar o aquilatar antes de extender la inscripción, toda la serie de actos jurídicos que anteceden al acuerdo, como ocurría bajo el derecho antiguo; este deber indagatorio originaba incesantes reclamaciones contra el Registro y era una rémora constante para el tráfico inmobiliario, por eso su abolición constituía una de las principales aspiraciones del movimiento de reforma, ahora lograda bajo el principio material del consentimiento".

Otro principio de la publicidad en el régimen germánico era la "fe pública" atribuída a las declaraciones de los libros hipotecarios; en virtud de éste principio el registro se presume exacto, y a esta presunción pueden acogerse los adquirentes de derechos reales, los favorecidos por la inscripción obtenida mediante acto intervivos, los legatarios y hasta las personas que, sin adquirir un derecho real ni una prioridad realizan una prestación confiadas en el registro. Esta presunción da como existente y válido el derecho real con los límites fijados en la inscripción. No debe sin embargo suponerse que el detalle de la inscripción es positivamente cierto; quedan fuera del alcance del principio de publicidad las cuestiones de identificación, representación, capacidad y facultad absoluta de enajenar de los titulares; e igualmente pueden vivir fuera del folio hipotecario servidumbres legales, derechos fiscales, gravamenes de tipo anticuado. Por ello, para facilitar la publicidad, se entiende por registro de una finca la hoja especial afecta a la misma, dejando sin valor los datos o declaraciones que no se hallen directamente relacionados con ella.

Expuesto lo anterior queda por analizar el aspecto formal de la publicidad inmobiliaria, esto es, el mecanismo como ésta se realiza en los registros. La inscripción se materializa en la llamada "hoja de registro" u hoja inmobiliaria; que se refiere a cada inmueble en particular, por tanto dicha hoja inmobiliaria debe reputarse respecto de cada inmueble como su libro inmobiliario en el sentido del Código Civil; por excepción, sin embargo, a los bienes raíces del mismo dueño, situados en igual jurisdicción, se les forman folios colectivos o unificados. Las secciones principales de que consta cada hoja son las que corresponden a la naturaleza y finalidad del registro; en él tienen que aparecer: 1º la calidad de la finca, 2º su propietario y 3º los gravámenes a que se halle sujeta. Esta triple función determina una división tripartita del registro; por otra parte la ley del Registro limítase a ordenar que las fincas se describan y especifiquen con sujeción a un catálogo oficial que es el catastro.

No sólo se inscriben dentro de esa hoja el dominio y sus gravamenes, sino también los actos que constituyen, transmiten, modifican o extinguen los derechos reales, así como las cancelaciones, asientos de oposición y finalmente aquellos actos destinados a rectificar cualquiera de los anteriores.

La inscripción se hace por solicitud previa, en los términos de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el cual tuvo en algún tiempo como base fundamental de dicha inscripción, el principio de legalidad, ya que el registrador calificaba no solo la autenticidad y fuerza probante de la solicitud, y de los documentos auténticos en que se apoya, sino que a veces reclama la justificación que

estima necesaria; sin embaro, este derecho y deber de comprobar, han encontrado una limitación importante en el nuevo derecho con la cristalización independiente del negocio real en el acuerdo traslaticio y el carácter abstracto del consentimiento, que generalmente dejan fuera del alcance de la censura hipotecaria la licitud y supuestos del contrato obligatorio y aun la tradición misma. Por tanto, el principio de legalidad en el actual sistema de publicidad inmobiliaria germánica ya no existe. En cambio el principio de Especialidad sí lo ha extendido el código civil alemán, para evitar las hipotecas clandestinas y generales, por tanto, como hemos ya visto, los libros del Registro descansan sobre la unidad finca, a la cual se le abre un folio determinado numéricamente en donde constan los datos descriptivos y las referencias catastrales necesarias para individualizarla.

Tocante a la publicidad en sí misma, el conocimiento de los asientos queda reducido a las personas interesadas, dando este punto margen a discusión en el sentido de que no se establece quienes son las personas interesadas a que se refiere la afirmación.

Por último, cuando el registrador, por su dolo o culpa grave, incurra en alguna falta en la inscripción, el interesado y perjudicado, puede ir en contra del Estado para demandarle el pago de los daños erogados; la responsabilidad del Estado en estos casos no es dudosa, ya que si él ordena la obligación de registro, es claro que correlativamente esté obligado a indemnizar lo que por su dolo o descuido genere perjuicios en el acto obligatorio.

SISTEMA SUIZO.—Aun cuando el sistema Suizo haya imitado al régimen Alemán, ello no quiere decir que la imitación haya sido completa, ya que encontramos en algunos casos que se aparta de su modelo tanto en cuestiones de forma como de fondo.

El fundamento del régimen de propiedad de los derechos reales inmobiliarios es el Registro, es decir, conforme a este derecho, la inscripción de la propiedad es un requisito que debe existir forzosamente, para que el acto surta efectos y hagan prueba plena contra terceros; no se admite excepción alguna al principio. En cuanto a los derechos reales que se constituyen sobre los inmuebles es necesario asimismo, además del acuerdo entre las partes, la inscripción de dichos actos para que surtan sus efectos, ya que ella en todo caso es esencialmente indispensable. Sin embargo el artículo 937 del Código Civil Suizo establece que cuando se trata de inmuebles inmatriculados en el Registro, la presunción del derecho y las acciones posesorias tan solo pertenecen a la persona inscrita, mas el que tenga el señorío efectivo del inmueble, puede sin embargo accionar por causa de usurpación o perturbación. En consecuencia, interpretando éste artículo se puede admitir que

por regla general el titular de la inscripción lo es también del derecho real, y viceversa, la posesión en materia de inmuebles no es un indicio del derecho del poseedor, porque la transferencia de la propiedad no necesita el traspaso de la posesión. Así, la inscripción tiene, para la reclamación de los derechos inmobiliarios, la misma importancia que la posesión para la reclamación de los derechos sobre los bienes muebles.

El artículo 942 del Código Civil Suizo expone en forma precisa el llamado principio de inscripción y al efecto establece: "El Registro inmobiliario *dá el estado* de los derechos sobre los inmuebles". Por derechos sobre inmuebles debe entenderse a).—la propiedad, b).—las servidumbres y cargas reales, c).—las distintas clases de hipotecas, por tanto la inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble y de todos los demás derechos derivados de la misma; más en los casos de ocupación, sucesión, expropiación, ejecución, juicio, accesión, régimen matrimonial o concesión adquiere antes de inscribir aunque para disponer deba llenarse éste requisito.

El Código Civil Suizo, por otra parte, separándose del alemán, no acepta en los negocios inscribibles la separación radical que éste último acepta entre el acto causal y el contrato real de tradición, y, por lo tanto, tampoco concede un valor decisivo a la declaración de voluntad (o consentimiento abstracto dirigido a modificar el estado real de una finca). Al contrario, la transferencia de la propiedad, la constitución de derechos reales y hasta la extinción si bien con modalidad diferente, depende del acto jurídico causal y son el natural resultado del cumplimiento de una obligación asumida por el titular según el Registro. Por ello la íntima unión establecida entre el título de adquisición y el consentimiento inscribible, extiende desmesuradamente la función calificadora del encargado del Registro que retrocede a la relación causal como en las antiguas legislaciones basadas en el principio de legitimidad. Antes de realizar la operación solicitada, el Registrador ha de examinar, a la luz de los documentos presentados, si el título reviste la forma prescrita, la identidad del requirente, la solicitud de la inscripción, la legalización de las firmas, la facultad de disponer, si concurren todos los interesados, la capacidad para ejercer derechos, la condición de representante legal, curador o gerente, los poderes conferidos, el otorgamiento de la aprobación por la autoridad competente. Caso de que falte la legitimación o justificación del derecho de disponer o del título en que se funde la operación, debe rechazarse la solicitud de inscripción. No obstante, si el título existe y se trata sólo de completar la legitimación, el requirente puede, con el consentimiento del propietario o por mandamiento judicial, solicitar una inscripción provisional. Cuando esto no sea posible, el requirente tiene

el derecho de recurrir a la autoridad cantonal encargada de la inspección dentro de los diez días siguientes, a fin de que se decida en el más breve plazo posible si el Registrador debe proceder a la inscripción.

El registro inmobiliario en Suiza comprende: El Gran Libro, los documentos Complementarios y el libro Diario. El gran Libro es un Registro ordenado de acuerdo con los bienes inmuebles que especifica; cada uno de estos bienes tienen en él una hoja especial y una nomenclatura propia; de donde siempre hay necesidad de que el bien en cuestión esté inscrito en una hoja doble que designe el número y a la vez el inmueble sobre un plano determinado. En la hoja se dan a conocer todas las cargas que tiene el inmueble; los derechos reales sólo pueden tener nacimiento si en ella se han inscrito. El plano tiene por objeto determinar específicamente cuál es el bien que ha sido inscrito, pues en él se hace una descripción detallada del mismo con todas las medidas y colindancias. El Libro diario tiene por objeto determinar el orden cronológico de cada una de las inscripciones. Como en el derecho alemán, en el Código Civil suizo existe un precepto que establece la excepción concerniente al caso de varios inmuebles, siempre que pertenezcan al mismo dueño.

Cada distrito tiene su propio registro, y en él se inscriben los bienes que quedan comprendidos dentro de la demarcación respectiva; a los cantones les corresponde determinar la organización del Registro Fundiario y los distritos en que esa organización rija, no sin pasar por alto el nombramiento de las personas encargadas de llevarlo. En el artículo 999 del Código civil se establece la responsabilidad para los Cantones de todo perjuicio que resulte de los asientos del registro. El artículo 970 del mismo ordenamiento determina que la publicidad se refiere únicamente a los interesados. La organización de las oficinas, su control, los distritos a formarse, el nombramiento y sueldo de los funcionarios son materias propias del derecho cantonal.

En cuanto a la protección a terceros, se establece que contra el favorecido por una inscripción que carece de base, puede el perjudicado ejercitar las acciones de impugnación o nulidad que le correspondan; pero si una tercera persona sobre la fé del Registro, ha tratado con el titular inscrito, adquiere la propiedad o el derecho real y goza de la protección del principio de publicidad en términos análogos a los que hemos estudiado en el derecho alemán. Este principio se contiene en el artículo 973 que establece: "El que adquiere la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fé sobre una inscripción del registro, será mantenido en su adquisición" conforme a ello las inscripciones del Registro se reputan exactas y completas respecto de los terceros de buena fé, todos los terceros pueden considerar el Registro como expresión de la verdad; cualquiera que entre

en negocios con un titular inscrito, puede dar por cierto que el estado jurídico acreditado por los libros corresponde a la realidad, que el derecho inscrito existe y que las cancelaciones o modificaciones son válidas. En cuanto a la mala fé, se delimita en el artículo 974: "Cuando un derecho real ha sido inscrito indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por el tercero que ha conocido o debido conocer sus vicios. La inscripción se entiende hecha indebidamente cuando ha sido extendida sin derecho o en virtud de un acto jurídico no obligatorio. Aquel cuyos derechos reales hayan sido perjudicados puede invocar directamente contra el tercero de mala fe la irregularidad de la inscripción".

SISTEMA AUSTRALIANO, del Acta Torrens.—El nombre de Acta Torrens con que es conocido el sistema de publicidad inmobiliaria que estudiaremos ahora, debe su origen al nombre de su autor, Sir Robert Richard Torrens, Irlandés que en 1840 se trasladó a Australia del Sur, en donde fué nombrado, en el año de 1852, Registrador General. Antes de entrar al estudio en particular del sistema, es necesario, aunque sea a grandes rasgos, conocer los orígenes de la propiedad en Australia; en un principio ésta se obtuvo por la simple ocupación de la tierra por los *squatters* (ocupadores), que establecían su station agrícola apropiándose temporalmente del espacio que cultivaban; más adelante, a medida que se desenvolvió la industria agrícola y aumentaron los capitales, con el objeto de forzarles a adquirir los terrenos ocupados, el Tesoro de la colonia autorizó a todos los residentes para escoger y comprar los que juzgarán más cultivables, Torrens, que como hemos dicho ocupaba el cargo de Registrador General se hizo cargo de los inconvenientes que presentaba el régimen de tipo inglés de transferencias inmobiliarias por medio de instrumentos firmados por las partes y registrados desde 1841 en una oficina sin ninguna relación jurídica formal. La práctica que Torrens había adquirido como director de aduanas, lo llevó a idear la aplicación a los inmuebles del sistema de transferencia de buques y sobre tal base redactó un boceto de ordenamiento inmobiliario con el triple fin de inscribir la propiedad completamente liberada de las cargas ocultas, dar a conocer los derechos reales que la afectaran y movilizar, tanto la tierra como el crédito hipotecario. Con tales ideas Torrens fué elegido diputado, y presentó su radical proyecto que, aprobado por ambas cámaras y sancionado después por el Gobernador General, en 27 de enero de 1858, principió a regir el 1º de julio siguiente bajo el nombre de Real Property Act.

Sin negarle la originalidad que legalmente le corresponde a éste sistema, no por ello podemos dejar de aceptar que en cierto modo está inspirado en el sistema Germánico y oriéntase en su construcción en las costumbres de las ciudades Hanseáticas.

Dentro de éste sistema, el Registro es llevado por una sola oficina central en cada colonia, habiéndole concedido Torrens gran importancia a esta particularidad ya que ella permite la concentración de todas las operciones en manos expertas; al frente de cada una de estas oficinas se encuentra el Registrador General, asistido por dos clases de funcionarios: los peritos en derecho, encargados como asesores de la calificación hipotecaria, y los topógrafos, verificadores y geómetras encargados de las operaciones planimétricas. Los libros del Registro van formándose cronológicamente por orden de matrícula, en los que se fija el derecho, se describe la finca y se traza el plano. Existen también libros auxiliares, entre ellos el Diario, que contiene las indicaciones relativas a los títulos presentados, hora en que lo han sido y fecha de su despacho y devolución.

En Australia el Registro tiene efectos constitutivos; sin embargo existe la libertad para el propietario de inscribir o no su finca, es decir el registro de los títulos es como regla facultativo, y los propietarios pueden solicitar el beneficio de la inscripción cuando lo juzguen conveniente; únicamente es obligatoria la matriculación cuando las fincas hubiesen sido enajenadas o concedidas por la corona con posterioridad a la vigencia del Acta Torrens. El principio de la instancia, es decir del requerimiento por parte del interesado para la inscripción del título, forma también parte de este sistema. Dicho procedimiento de inmatriculación lo ejecuta el propietario haciendo uso de las fórmulas impresas y a la cual acompaña los títulos justificativos de sus derechos, el plano a escala determinada por la ley, detalles sobre las circunstancias del inmueble (área, ubicación, número de catastro, gravamenes, etc.), certificado de un agrimensor y una libranza por el importe de los gastos y honorarios de inscripción. Una vez hecha la inmatriculación, toda la vida jurídica de la cosa se rige forzosamente por las normas referentes al registro, a las que no es posible sustraerse. Siendo los puntos esenciales de que parte el sistema Torrens la realidad física de la cosa que debe ser comprobada concienzudamente y su fuerza legitimadora de titularidad; por ello, antes de ordenarse la inscripción pasa el título y la cosa a que se refiere por un minucioso examen, en principio se pasa la documentación completa a informe del topógrafo jefe que examina la descripción de la finca, se asegura de que los linderos están clara y precisamente determinados, comprueba el plano con los que puedan obrar en el Registro, pasa luego el expediente a los auxiliares del antiguo Registro, que se lleva en la misma oficina, para que comprueben los títulos presentados con los documentos registrados y más tarde pasa a los asesores que en vista de los datos e informes, dictaminan sobre la admisión o denegación de la solicitud de matricula. Corresponde la decisión definitiva a un grupo colegiado formado por el Registrador

General y dos comisarios, y si es favorable el acuerdo, se ordena la inscripción del título, fijando dicho cuerpo colegiado un plazo de un mes a un año para que quien la tuviere pudiese hacer valer alguna oposición, pero si pasado dicho plazo no se formula oposición alguna, o bien la formulada haya sido rechazada, entonces los asesores redactan la minuta del título de propiedad con las menciones y reservas oportunas, y el Registrador General lo expide por duplicado, incorporando al libro corriente del registro uno de los ejemplares, y entregando el otro con las notas de referencia y plano marginal de la finca inmatriculada al peticionario. Una vez inscrito algún bien, solamente en casos limitadísimos se puede cancelar la inscripción.

En cuanto a la constitución de derechos reales sobre las fincas inscritas, el propietario que quiere hipotecarlas, compra las hojas impresas correspondientes y llena los espacios de las mismas que se refieren a las partes, cantidades, intereses y plazos; firma y hace legitimar su firma después de la aceptación del acreedor hipotecario; une a este documento su título y la libranza para gastos y lo presenta al Registrador General que extiende la mención del acto en los dos duplicados; folio y título, así como en el dorso del acta de constitución de la hipoteca, devolviendo uno de aquéllos al propietario y ésta al acreedor.

En este sistema no es el contrato o el acto relativo, sino la Inscripción sobre el certificado del título la que produce efectivamente el nacimiento del derecho real. Importancia tiene también el hecho de que todos los fenómenos de la vida dominical de los bienes inmuebles se simplifican extraordinariamente ya que para la transmisión de cualquier derecho real representado en el título, no hay necesidad más que del simple endoso del mismo acompañado de una comunicación al Registro.

Otro punto fundamental del sistema es el hecho de que el estado está obligado a indemnizar a toda persona que fuere lesionada en sus derechos por haberse extendido el certificado a nombre de otra que careciese de la facultad respectiva; como en estos casos el propietario verdadero es desposeído, surge esa obligación para el estado.

LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO EN EL DERECHO HIPOTECARIO MEXICANO; ANTECEDENTES HISTORICOS.—En la Nueva España, durante la época de la colonia hasta antes se puede decir de la promulgación del Código Civil de 1870, la transmisión de la propiedad de los inmuebles, así como los derechos reales que sobre ellos se constituían, eran actos ocultos para los terceros en virtud de que no había un sistema de publicidad para tales actos a fin de hacer saber su existencia a todo mundo. Sin embargo, hubo aunque no en forma sistemática, leyes, ordenanzas y reales cédulas que trataron de remediar los inconvenientes de la falta de publicidad inmobiliaria y es así como, por Real Cédula de 9 de mayo de 1778, se man-

dó anotar en los oficios de anotaciones de hipotecas, cuantas escrituras se otorgasen con hipotecas expresas y especiales. Asimismo se dictaron dos cédulas más, la de 16 de abril de 1783 y la de 17 de septiembre de 1784, que igualmente trataron de remediar los efectos de la clandestinidad de las hipotecas. Sin embargo, todas estas leyes y algunas más que se dictaron en aquel tiempo, fueron insuficientes para llenar las necesidades de un buen sistema de publicidad inmobiliaria. No fué sino hasta la vigencia de nuestro Código Civil de 1870, inspirado fundamentalmente en la ley hipotecaria española de 1861, cuando se vino a legislar en forma sistemática y completa acerca de las hipotecas y del registro de las mismas, y asimismo dichos artículos del Código Civil de 1870, relativos a la hipoteca y a su publicidad, fueron reproducidos por el Código Civil de 1884.

Como dato importante, es necesario hacer constar que el Registro de hipotecas de la ciudad de México era un oficio vendible y renunciable, y aunque el Código Civil de 1870 lo incorporó como Sección Segunda a la oficina del Registro Público, conservó su carácter de propiedad particular hasta que lo perdió por virtud del artículo 109 de la ley del Notariado de 19 de diciembre de 1901.

Por decreto de 3 de abril de 1917 se introdujeron algunas reformas a los artículos del Código Civil de 1884 relativos al registro de hipotecas. En cuanto a reglamentos del Registro Público de la Propiedad se han expedido: el primero, de 28 de febrero de 1871, que fué reformado en 21 de junio de 1902 y en 12 de octubre de 1918; posteriormente se expidió otro reglamento en 8 de agosto de 1921, y por último, el que actualmente está en vigor de 21 de junio de 1940, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de julio de 1940.

Expuesto en las líneas anteriores el orden cronológico de las disposiciones legales que han regido en nuestro país referentes a la publicidad hipotecaria en seguida expondremos el sistema que ha seguido nuestra legislación a tal respecto desde el Código Civil de 1870.

De conformidad con el artículo 2016 del Código Civil de 1870, el cual fué copiado por el artículo 1889 del Código Civil de 1884, se determinaba: "La hipoteca no producirá efecto alguno legal sino desde la fecha en que fuere debidamente registrada"; y los artículos 1980 y 1857 de ambos códigos respectivamente, establecían: "... La hipoteca para subsistir necesita siempre de registro..." De lo expuesto por los artículos transcritos de los ordenamientos legales indicados, se deduce que la hipoteca en dichos ordenamientos, no surtía efecto legal alguno mientras no fuera registrada; por tanto, el registro viene a ser una solemnidad esencial para la constitución de la hipoteca; sin él, ésta no produce ningún efecto no sólo en contra de tercero, sino que tampoco en relación con las partes que la han otorgado. De

esta forma el sistema de publicidad hipotecaria en nuestra antigua legislación es el que se refiere a que los efectos del registro son constitutivos y no meramente declarativos, por otra parte y relacionado con la inscripción de las hipotecas, los artículos 1979 y 1856 de los códigos citados de 1870 y 1884, estatuían "que la hipoteca solamente podía constituirse en escritura pública" y sólo revistiendo esta formalidad podía inscribirse en el Registro Público, es decir, la inscripción en el Registro Público de una hipoteca no podría hacerse mientras ésta no constase en escritura pública, viniendo a ser esta otra formalidad esencial para la existencia de las hipotecas.

Sin embargo, no obstante el contenido de los artículos transcritos en el sentido de que la hipoteca necesita de la publicidad por medio del Registro para poder tener vida, supuesto que ella, según dichos artículos, no produce efecto alguno legal sino desde la fecha en que es debidamente registrada, el criterio que en aquel entonces prevalecía era el de que el Registro de la hipoteca sólo debe ser necesario cuando se trata del deudor mismo, por lo cual los autores, tratadistas y comentaristas estaban en contra de la regla absoluta que dichos preceptos legales imponían; y fué así que prevaleciendo dichos criterios, se promulgó un decreto del primer jefe del Ejército Constitucionalista de fecha 3 de abril de 1917, que reformó el artículo 1889 del Código Civil de 1884, el cual quedó contenido en los términos siguientes: "la hipoteca no producirá efecto legal alguno contra tercero, sino desde la fecha y hora en que fuere debidamente registrada". Con lo cual el Registro desde entonces, dentro de nuestra legislación, ya no tuvo el carácter de solemnidad esencial para la existencia de las hipotecas, las cuales desde luego surtirían efectos en relación con las partes, y solamente para que ella fuese oponible a los terceros necesitaba de registro. Por otra parte fué igualmente reformado el artículo 1856 del Código Civil de 1884 por el referido decreto, en el sentido de que solamente cuando el crédito hipotecario excediera de determinada cantidad debería constituirse en escritura pública, y si no pasaba de dicho límite, otorgarse ante dos testigos en escrito privado; con lo cual el contrato de Hipoteca que anteriormente era de tipo solemne, vino a pertenecer con dichas reformas a un tipo de contrato formal en el que la omisión de la forma prescrita por la ley produce simplemente una multitud relativa del contrato.

LEGISLACION VIGENTE.—Teniendo como antecedente directo e inmediato el decreto de reforma de fecha 3 de abril de 1917, nuestro actual Código Civil de 1928, en su artículo 2919 estatuye: "La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra terceros necesita siempre de registro..." De lo anterior se deduce que el criterio de nuestra legislación vigente relativo al alcance de la publicidad de las hipotecas mediante su inscripción, es que los efectos de ésta son mera-

mente declarativos y no necesarios para la existencia y constitución de las hipotecas; sino que, expresamente se establece, sólo para cuando ella deba surtir sus efectos en contra de terceros, es necesaria su inscripción, siguiéndose el mismo criterio para cuando se trate únicamente de un hecho o convenio que modifique una obligación hipotecaria anterior ya que así lo establece el artículo 2925: "Todo hecho o convenio entre las partes, que puede 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".

Otra innovación que nos presenta nuestra actual legislación referente al registro de las hipotecas en relación con los ordenamientos legales anteriores, consistió en que en los códigos anteriores de 1870 y 1884 contenían un capítulo especial denominado "Del Registro de las Hipotecas", el cual fué suprimido por el actual código, en vitrud a que se remite en todo lo relativo a la publicidad e inscripción de las hipotecas, al Título relativo al Registro Público que reglamenta en forma general todos los actos, títulos, escrituras o documentos que conforme a la ley puedan o deban registrarse, formando parte de ellos los títulos relativos a la constitución, modificación y extinción de las hipotecas; y es así que conforme a dicho título también encontramos el criterio que establece el artículo 2919, ya que el artículo 3003 contenido en dicho título, establece: "Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir perjuicios a terceros, el cual sí podrá aprovecharse en cuanto le fueren favorables"; y el artículo 3002 en su fracción I determina: "Se inscribirán en Registro: I.—Los títulos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles..." quedando comprendidos como claramente se infiere dentro de esta fracción los títulos relativos a la hipoteca.

Asimismo, el actual Código Civil de 1928 suprimió la formalidad que establecían los artículos 2021 y 1894 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 respectivamente, a efecto de que en toda escritura de hipoteca se insertara un certificado de gravámenes comprendiendo una busca de 20 años anteriores a la constitución de la hipoteca, en que se hiciese constar las cargas y las limitaciones de dominio del bien objeto de la hipoteca, no siendo renunciable este requisito por los interesados. El artículo 1894 del Código Civil de 1884, fué también reformado por el decreto de 3 de abril de 1917 en el sentido de que dicha formalidad podía ser renunciada por las partes; como decimos, el actual Código suprimió definitivamente tal formalidad con un buen criterio, pues basta con que el Registro sea público para que el

nuevo acreedor no sea engañado y conozca y esté al tanto de los gravámenes que tiene la finca o el bien hipotecado, haciendo fácil dicho conocimiento por el carácter de Público que tiene el registro y asimismo con la obligación que tiene el Registro de expedir a cualquier persona las certificaciones que se le pidan de la libertad y gravámenes de las fincas.

FORMALIDADES DEL REGISTRO.—Como hemos dicho en el párrafo anterior, las formalidades que requiere el Registro de las hipotecas, son las mismas que para cualquier otro documento o título inscribible conforme a la ley, en virtud de que nuestra legislación reglamenta en forma general el registro de los títulos que conforme a ella deban registrarse.

En principio, la inscripción no se presenta como obligatoria, no siendo constitutiva del derecho real, pero si no se verifica, los actos jurídicos carecen de eficacia con relación a terceros.

Conforme al artículo 3010 de nuestro Código Civil vigente, la inscripción de los títulos puede ser solicitada por todo el que tuviere interés legítimo o por el notario autorizante del documento. En cuanto a los títulos que sólo pueden registrarse, nos lo señala el artículo 3011 del mismo ordenamiento, el cual aplicado a los títulos en que se contenga la hipoteca, deberá ser inscrito el testimonio de la escritura pública en que aquella se haya constituído, si se otorga en escrito privado, es decir, en los casos en que el crédito no exceda de $500.00 al momento de inscribir dicho documento, de conformidad con lo que expresa la fracción III del mencionado artículo es necesario que el registrador se cerciore de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, lo que trae por consecuencia, aun cuando dicho artículo no lo reglamenta, que las partes asistan ante el registrador y ante su presencia hagan la ratificación de las firmas y del contenido del documento que se inscribe.

Para que la inscripción se realice, es necesario que el registrador haga un examen previo del título; en primer lugar debe encontrar en éste las características de los que conforme a la ley deban ser registrados, asimismo que tenga las formas intrínsecas exigibles por la ley y que en cuanto al fondo debe cerciorarse de que el título contiene los datos a que se refiere no sólo el artículo 3015 de Código Civil, sino también que en el título se hayan observado las reglas del artículo 34 de la ley del notariado, así como las reglas del artículo 28 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad en el Distrito Federal, aplicables en lo conducente.

Dentro de un plazo de 5 días el registrador deberá examinar el título que se le presenta para su registro y deberá dictaminar si reúne los requisitos necesarios para ser inscrito de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, del Reglamento

del Registro Público y de las demás leyes aplicables, en caso contrario, devolverá el título sin registrar, siendo necesaria resolución judicial para que se haga el registro.

Muy importante sobre todo para los títulos en que se contengan hipotecas, es saber desde qué momentos aquéllos producen efectos, sobre todo por lo que se refiere a los derechos de preferencia de los acreedores. A este respecto el artículo 3017 del Código Civil establece como regla general que el registro producirá sus efectos desde el día y hora en que el documento se hubiese presentado a la oficina registradora; presentándose dos excepciones a este punto, ambas referidas a los casos en que la ley permite inscripciones preventivas. La primera de ellas se refiere a que cuando el registrador rechaza la inscripción de un título, tiene la obligación de hacer una inscripción preventiva, a fin de que si la autoridad judicial ordena que se registre el título rechazado, la inscripción definitiva surtirá sus efectos desde que por primera vez se presentó el título (creemos que el legislador quiso decir "desde que se hizo la inscripción preventiva"), transcurridos tres años sin que se comunique al registrador la calificación que el título presentado haya hecho el juez, a petición de parte interesada se cancelará la inscripción preventiva; encontramos en esta regla un error en el sentido de que si el legislador estipuló en principio de que el transcurso de determinado tiempo se cancelará la inscripción, no debió estipular que dicha cancelación se hará a petición de parte interesada, sino que la cancelación, transcurrido el tiempo señalado, deberá producirse de pleno derecho.

La segunda excepción se presenta con el aviso que debe dar el notario al Registro, en el que haga constar la firma que ante él se hizo de una escritura en que aparezca un crédito que tenga preferencia desde que se haya registrado; el registrador en tal caso, con el aviso del notario hará inmediatamente una anotación preventiva al margen de la inscripción de la propiedad, la cual tendrá por ejecto que si dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere firmado la escritura se presentare el testimonio respectivo, su inscripción surtirá efecto contra tercero desde la fecha de la anotación preventiva. Si el testimonio se presenta después, su registro sólo surtirá efectos desde la fecha de la presentación.

Se establece asimismo en nuestra legislación la responsabilidad de los registradores como responsables de los daños y perjuicios que causen a los interesados, por haber hecho alguna inscripción sin cumplir con los requisitos de los artículos relativos, o bien si rehusan sin motivo legal una inscripción o si la retardan.

De conformidad con el artículo 3009 de nuestro Código Civil, no pueden los derechos reales impuestos sobre los bienes raíces aparecer inscritos a la vez en favor de dos o más personas distintas a menos que sean copartícipes. Por tanto a

efecto de saber qué derecho debe considerar como auténtico, se debe uno remitir al que primero se haya inscrito, sin perjuicio de que quién se perjudique con la aplicación de esta regla, haga valer sus derechos para demostrar que su inscripción es la auténtica conforme a la ley.

Conforme al Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal en la oficina respectiva habrá siete secciones; y el artículo 60 del mencionado ordenamiento dispone: "Se inscribirán en la Sección Segunda: I.—Los títulos por los cuales se grave el dominio de los bienes inmuebles y aquellos por los que se adquieran, transmitan, modifiquen, graven o extingan los derechos reales sobre inmuebles de dominio..." y el artículo 61 estatuye: "De toda inscripción que practique la Sección Segunda, se pondrá una anotación al margen de la inscripción relativa de propiedad de la Sección Primera". En relación con el anterior precepto, el 62 reglamenta: "La cesión del derecho de Hipoteca o de cualquier otro derecho real se hará constar por medio de una inscripción de la cual se tomará nota al margen de la inscripción relativa a la constitución del derecho objeto de la cesión".

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que son siete las principales características sobre las que se cimenta el Registro Público de la Propiedad dentro de nuestro régimen jurídico: Publicidad, Especialidad, Legalidad, Tracto Sucesivo, Preferencias, Autenticidad y Efectos en relación con Terceros.

ENUNCIACIONES QUE DEBE CONTENER LA INSCRIPCION.—Son fundamentalmente las mismas que debe contener el título que se presenta para su registro; el artículo 3055 del Código Civil señala las siguientes características que debe contener el Registro de Hipotecas: I.—La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción o a los cuales afecte el derecho que debe inscribirse; su medida superficial, nombre y número si constare en el título o la referencia al registro anterior en donde consten estos datos. II.—La naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho que se constituya, transmita, modifique o extinga. III.—(No se refiere a títulos relativos a constitución de hipotecas). IV.—Tratándose de hipotecas, la época en que podrá exigirse el pago del capital garantizado, y si causar réditos, la tasa o el monto de éstos y la fecha desde que deban correr: V.—Los nombres, edades domicilios y profesiones de las personas que por sí mismas o por medio de representantes hubieren celebrado el contrato o ejecutado el acto sujeto a inscripción. Las personas morales se designarán por el nombre oficial que lleven, y las sociedades por su razón o denominación. VI.—La naturaleza del acto o contrato. VII.—La fecha del título y el funcionario que lo haya autorizado. VIII.—El día y la hora de la presentación del título en el registro.

EFECTOS DE LA FALTA DE INSCRIPCION Y DE LA NULIDAD DE LA PRACTICADA.—En relación con uno y otro punto podemos afirmar como regla general que dichas circunstancias traen por efecto el que el título que no se haya registrado o bien que inscrito se hubiese declarado nula su inscripción, no producirán efecto alguno en relación con terceros perjudicándolos, pero si podrán aprovecharse de ellos en todo cuanto les fueren favorables. Se llega a la anterior conclusión, en virtud de que, como hemos dicho en párrafos anteriores, la inscripción de los títulos que conforme a la ley deben registrarse en el Registro Público de la Propiedad es voluntaria para las partes dejando al arbitrio de ellas, dicha inscripción, la cual no tiene sino meros efectos declarativos, mas no constitutivos, del derecho contenido en el título.

Dentro de nuestra actual legislación no se establece caso alguno de nulidad de alguna inscripción vertificada, y solamente, como hemos indicado, se establece responsabilidad en contra de los registradores por los daños y perjuicios que hubiesen causado a los interesados sus faltas y omisiones por no haber cumplido con los requisitos que para toda inscripción señala el Código Civil y el Reglamento del Registro Público de la Propiedad; esto se debe fundamentalmente al estudio que previamente se exige deberán hacer los registradores sobre los títulos que se les presentan para su inscripción, cerciorándose de que ellos contengan los requisitos legales señalados por la ley. En todo caso solo prevee nuestra legislación en el artículo 81 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad los casos en que por causa de error material o de concepto cuando exista discrepancia entre el título y la inscripción procederá la rectificación de ésta.

REGISTRO DE HIPOTECAS CONSTITUIDAS FUERA DEL DISTRITO FEDERAL Y EN EL EXTRANJERO.— Para la inscripción de las Hipotecas Constituídas en el extranjero, así como las que se constituyen en otra entidad federativa que no sea el Distrito Federal, los artículos 3005 del Código Civil en vigor y el artículo 34 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, exigen únicamente la legalización de tales actos o contratos, y por otra parte, que si los mismos se hubiesen celebrado en el Distrito Federal o en los territorios federales, conforme a las leyes de estas entidades fuese necesaria su inscripción en el Registro, no importando que dichos actos o contratos se hubiesen celebrado conforme a las leyes del país o de la entidad federativa en que tuvieron origen, ya que en este caso rige el principio "*Locus regit actum*".

CAPITULO QUINTO

La hipoteca en relación con las partes contratantes.—Efectos respecto del propietario del inmueble hipotecado hasta antes del ejercicio de la acción hipotecaria; derechos, deberes.—Efectos de la hipoteca respecto al acreedor hipotecario; derechos, deberes.—Efectos de la hipoteca con relación a terceros.—Efectos de la hipoteca en relación con el crédito que garantiza.—Ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario.

LA HIPOTECA EN RELACION CON LAS PARTES CONTRATANTES.— Al hablar dentro de este capítulo de los efectos de la hipoteca para con cada una de las partes contratantes, habremos de suponer que dicha hipoteca ha sido constituída válidamente, es decir que han mediado los actos necesarios para su constitución; que existe un crédito cierto y en dinero, que hay uno o varios bienes afectados especialmente al pago de la obligación y por último, que media una manifestación exterior del consentimiento, bien sea, según los casos, en escritura pública o bien en escrito privado, lo cual ha servido de base para la inscripción del gravamen en el Registro Público de la Propiedad. De ésta forma, el derecho real de garantía, constituido conforme a las disposiciones legales, inicia su vida efectiva, se producen sus primeros efectos que nacen necesariamente entre las partes que han celebrado el contrato que le dió origen, estos efectos duran, como decimos, desde el instante en que se realiza perfectamente el acto hipotecario hasta que subsista la obligación principal que les sirve de apoyo y en cierta forma aún después de que se ha extinguido la obligación principal.

Asimismo, los efectos se pueden producir no sólo entre las partes, sino en relación con otras personas quienes no siendo deudores de la obligación principal se constituye sobre sus bienes la hipoteca para garantizar aquella obligación; o bien cuando posteriormente adquieren el inmueble gravado, por cuyo hecho media una restricción en los derechos inherentes a su propiedad no obstante gozar de los atributos esenciales a la misma. Todas estas manifestaciones de la hipoteca requieren una consideración especial, lo cual será el contenido del presente capítulo que a continuación pasamos a desarrollar.

Efectos respecto del propietario del inmueble hasta antes del ejercicio de la acción hipotecaria; derechos, deberes.— Habiendo analizado en los capítulos anteriores la esencia de la naturaleza de la hipoteca, podemos afirmar que de todos los

derechos sobre la cosa ajena, la hipoteca es el que menos reduce las atribuciones inherentes al dominio, además de que el propietario de la cosa hipotecada no pierde la posesión del objeto gravado. Esta característica de la hipoteca se traduce en una serie de derechos en favor del propietario de la cosa, que consisten fundamentalmente, en que éste puede realizar toda clase de actos de dominio sobre aquélla, tanto jurídicos como materiales, siempre y cuando no afecten los derechos del acreedor hipotecario; es decir, tiene el derecho de enajenar el inmueble hipotecado con o sin consentimiento de su acreedor, aún más, no se puede estipular que el deudor hipotecario no pueda vender la cosa gravada; se puede estipular que si el deudor vende el bien hipotecado se dará por vencido el término para hacer efectiva la obligación; por otra parte, la obligación personal del deudor hipotecario no se puede ceder ni enajenar, aun cuando éste venda el objeto gravado, el deudor no cede su obligación principal; en cambio, cuando hay sustitución de deudor, en este caso sí se cede la obligación personal y la obligación real.

La facultad que tiene el propietario de la cosa hipotecada, de poder enajenar ésta, tiene su justificación en cuanto a la salvaguarda de los intereses del acreedor hipotecario, en el derecho de persecución que tiene éste de poder ejercitarlo contra todo detentador de la cosa para hacer efectivo el pago de su crédito; por tanto, puede el deudor o constituyente de la hipoteca enajenar el bien hipotecado, en virtud de que ello no perjudica al acreedor, ya que éste puede perseguir la cosa y ejercitar su acción hipotecaria aun en contra de terceros; en este sentido se encuentra contenido el artículo 2894 de nuestro código civil vigente que estipula: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero". Nuestra legislación, aún más, preveé el caso de que una vez iniciada la acción hipotecaria para constituir, ampliar o registrar una hipoteca, así como para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice, cambiare de dueño y poseedor jurídico, el bien sujeto a la hipoteca aun después de fijada y registrada la cédula hipotecaria y de contestada la demanda, en cuyo caso establece el precepto legal respectivo, el juicio continuará contra el nuevo dueño; aún más, creemos, aun cuando el artículo relativo no lo establece, que lo es el 12 del Código de Procedimientos Civiles, deberá hacérsele saber mediante notificación personal la existencia del juicio aun cuando se suponga que debiera saberlo, en cambio si ha adquirido el bien con posterioridad a la contestación de la demanda o el plazo que se concedió para ello, no se deberá admitir recurso o excepción alguna ya que se supone que debió haber comprado el bien con conocimiento del gravamen y sujeción al juicio en que se encontraba. En relación con el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles citado, tenemos el artículo 3o. del mismo or-

denamiento que expresamente determina: "Por las acciones reales se reclamarán: la herencia; los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real..."

El deudor además puede ejercer otros actos de dominio, como establecer sobre la cosa hipotecaria otros derechos reales o bien hipotecar segunda y otras veces el bien gravado pero siempre con la restricción de no afectar los derechos del acreedor hipotecario, y por otra parte dichos actos de dominio no le son oponibles al ecreedor hipotecario; así, aquél en cuyo favor se constituye un derecho real o una segunda hipoteca sobre el bien anteriormente hipotecado, acepta, de antemano que su derecho real no será oponible al del acredor, en primer lugar para hacer rematar el inmueble y con el producto cubrirse su crédito con preferencia a los demás acreedores. y sin que por ejemplo, en caso de que sobre dicho bien se hubiese constituído una servidumbre, el dueño del predio dominante pueda oponerse al ejercicio del derecho del acreedor hipotecario, así como cuando se haya dado en usufructo, etc.

Dentro de los actos de dominio que puede ejercitar el deudor propietario del bien hipotecado, debemos analizar aquellos actos de dominio material que realiza sobre la cosa gravada, y que acarrean por tanto una disminución en la garantía del acreedor, y por lo cual el deudor que realiza tales actos en menoscabo de la garantía del acreedor está obligado a otorgar nueva garantía hasta nuevamente salvaguardar el crédito del acreedor. A este respecto, hemos dicho que el deudor propietario del bien hipotecado puede ejercitar sobre el mismo toda clase de actos de dominio, lo que se traduce en el Jus Abutendi que el propietario tiene sobre su propiedad; ahora bien, este derecho puede ser ejercitado en forma jurídica o bien por actos materiales sobre dicha propiedad. Al referirse nuestra legislación a las disposiciones materiales que el deudor hipotecario puede ejercitar sobre la cosa gravada, sustenta el criterio de que sólo cuando dichos actos de disposición acarreen un demérito tal en la cosa que se traduzca en una disminución en la garantía del acreedor, entonces estos actos no los puede efectuar; es decir si dichos actos de disposición material no menoscaban la garantía del acreedor hipotecario, entonces estarán permitidos. A este respecto nuestro Código Civil vigente contempla no sólo el caso de que la garantía se haga insuficiente por culpa del deudor, sino aun sin culpa de éste, tiene derecho el acreedor a una nueva garantía, que para calificarla y declararla suficiente se hace previo dictamen pericial, y una vez hecha la calificación pericial, el juez otorga al deudor un plazo de ocho días para mejorar la garantía y que de no hacerlo se procederá al cobro del crédito hipotecario, dándose por vencida la

hipoteca para todos los efectos legales. Lo anteriormente expuesto lo reglamentan los artículos 2907 del Código que estatuye: "Si el inmueble hipotecado se hiciere con o sin culpa del deudor insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos garantice debidamente la obligación principal"; el artículo 2908 que se contiene en los siguientes términos: "En el caso del artículo anterior, se sujetará a juicio de peritos la circunstancia de haber disminuído el valor de la finca hipotecada hasta hacerla insuficiente para responder de la obligación principal"; y por último el artículo 2909 establece: "Si quedare comprobada la insuficiencia de la finca y el deudor no mejore la hipoteca en los términos del artículo 2907, dentro de los ocho días siguientes a la declaración judicial correspondiente, procederá el cobro del crédito hipotecario, dándose por vencida la hipoteca para todos los efectos legales".

El contenido de los artículos anteriores es una admirable fórmula de defensa que pueden tener los derechos del acreedor hipotecario, ya que se garantizan no sólo los perjuicios provenientes del deudor en los que medie o no su culpa, sino que también los que deriven por el acto de un tercero o por cualquiera otra causa pero que traiga por consecuencia la disminución de la garantía. A este respecto Enneccerus nos dice: "Es indiferente el origen del menoscabo: si procede de un acto ejecutado contra derecho por el propietario, o por un tercero (incendio intencional), si procede de un acto lícito (por ejemplo, elevación del nivel de una calle de suerte que la planta baja de la casa se convierta en sótano), o de un acontecimiento natural (rayo, pedrisco, terremoto). Por tanto el problema consiste siempre en determinar si el valor de la finca se ha reducido de tal suerte que ya no cubre de una manera indubitable la hipoteca".

En todo caso, es pues, la insuficiencia de la garantía, la que como causa jurídica invocaría el acreedor hipotecario para demandar los derechos contenidos en dichos artículos y que más adelante analizaremos. Distinta aplicación no podría dársele al articulado citado, pues la hipoteca, como un derecho real de garantía, debe en todo momento ser suficiente para asegurar el crédito en virtud del cual ha nacido, por lo que no tendría caso hablar de garantía hipotecaria, cuando en realidad no hay más que una ficción de seguridad que en cualquier instante puede dejar de prestar el fin para el cual fué creada.

No obstante que en los artículos que venimos analizando el legislador se refiere únicamente a los inmuebles o fincas hipotecadas debemos de entender ya que si en la definición se refiere en forma general a bienes, por tanto los artículos indicados deberán de aplicarse a toda clase de bienes sobre los que legalmente se pueda y se constituya una hipoteca y que posteriormente con o sin culpa del deudor propietario

se hagan insuficientes para cubrir la obligación principal; por otra parte creemos que debe entenderse en el mismo sentido y con toda la amplitud de los artículos multicitados, el artículo 2903 que en la parte conducente expresa: "La hipoteca constituída sobre derechos sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituído se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor, y en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios . . ." Si bien es cierto que no existe contrasentido entre lo expuesto en el artículo inmediatamente transcrito y los anteriores, en cambio sí existe una reducción de derechos para el acreedor hipotecario y correlativamente, de obligaciones para el deudor, cuando se trata de que la hipoteca recaiga sobre un derecho que garantice la obligación principal; nosotros no encontramos explicación a ello, y por tanto debe aplicarse en lo conducente a lo previsto por el artículo 2902, lo estipulado en los artículos 2907, 2908 y 2909 de nuestro Código Civil vigente.

Aun cuando los artículos transcritos no se refieren expresamente a los acreedores hipotecarios cuyos créditos sean a término o condición, sin embargo, creemos que ellos tendrán derecho a exigir la conservación de la cosa hipotecada por parte del deudor, y si aquella se menoscaba interviniendo culpa del presunto deudor, el acreedor tendrá derecho a la respectiva indemnización de los daños y perjuicios; si la finca se destruyera o menoscabase por caso fortuito simple y sencillamente será inexistente la hipoteca sujeta a condición por no existir ya materia que pudiera ser objeto de ella.

Por otra parte, dentro de los actos materiales de dominio que puede ejercitar el deudor propietario del bien hipotecado, se presenta el caso de la separación de los objetos muebles que al bien hipotecado se han incorporado; es decir hablamos de los llamados inmuebles por destino, y a este respecto nuestra legislación se contiene en el sentido de que tiene derecho el propietario del bien hipotecado de separar dichos muebles siempre y cuando dicha separación pueda hacerse sin menoscabo de la finca y sin deterioro de los objetos, y asimismo que al constituirse la hipoteca, no se hubiesen tomado en cuenta dichos muebles considerándolos como inmuebles. En este sentido se debe interpretar a contrario sensu la fracción III del artículo 2896 del Código Civil, y asimismo ello se deduce de lo establecido en el artículo 751 del mismo ordenamiento que establece: "Los bienes muebles por su naturaleza, que se hayan considerado como inmuebles, conforme a lo dispuesto en varias fracciones del artículo anterior, recobrarán su calidad de muebles cuando el mismo dueño los separe del edificio, salvo el caso de que en el valor de éste se hayan computado el de aquéllos para constituir algún derecho real a favor de un tercero". Por tanto si se

contravienen estas disposiciones y el deudor hipotecario separa del bien gravado un objeto que por dicha causa se vuelve mueble, y con ello se causa perjuicio al acreedor hipotecario disminuyendo la garantía de su crédito, éste tiene derecho a ejercitar su acción hipotecaria y perseguir los objetos separados pues es un principio reconocido por todas las legislaciones que la hipoteca pesa sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes.

Debemos señalar en forma especial otro acto de disposición que puede realizar el deudor propietario del bien gravado sobre el mismo, derivando de él tanto derechos como deberes que debe cumplir el deudor; nos referimos al arrendamiento del objeto gravado; en principio tomando en cuenta las facultades de disposición que como propietario puede realizar el deudor hipotecario, se le permite por tanto arrendar el bien hipotecado, pero con ciertas restricciones que establece la ley siempre tomando en cuenta los intereses y la salvaguarda de la garantía del acreedor, lo que se traduce en deberes que debe observar el deudor para cumplir con tales restricciones. A este respecto, nuestra legislación, tomando en cuenta lo perjudicial que sería para el acreedor el otorgar libertad al deudor para celebrar contrato de arrendamiento sobre el bien hipotecado fijando un precio irrisorio por concepto de renta y celebrarlos a largo plazo, lo cual traería por grave consecuencia que los intereses del acreedor hipotecario se vieran notoriamente perjudicados, ya que dicha libertad supondría actos de disposición jurídica tendientes a disminuir el valor del objeto hipotecado, pues al celebrar el deudor contrato de arrendamiento sobre esas bases, llegado en su caso el remate del bien gravado, el acreedor tendría que soportar dicho arrendamiento, el cual siendo a largo plazo, haría hasta cierto punto la propiedad improductiva con grave perjuicio del acreedor no sólo en los casos en que éste se pudiese adjudicar la propiedad del objeto gravado, sino que cualquier postor ofrecería un precio insignificante por dicho bien en virtud de la situación en que se encontraba. Por ello como decíamos, nuestra legislación a través del Código Civil vigente, dispone que el arrendamiento o el anticipo de rentas no puede exceder al término que dure la hipoteca, y si ésta no tiene término fijo, de vencimiento, el uno o el otro no pueden concertarse por más de un año tratándose de fincas rústicas ni por más de dos meses si se trata de finca urbana. Con esto, nuestro legislador veló por los intereses del acreedor hipotecario al restringir de poder darlo en arrendamiento a largo plazo, lo que, como hemos dicho, sería funesto para los intereses del acreedor hipotecario. Además, nuestro legislador estipula que en ningún caso el propietario del predio hipotecado lo puede dar en arrendamiento sin consentimiento del acreedor; en esa forma defendió en forma absoluta la garantía de que debe gozar el acreedor hipotecario. El artículo relativo que es el 2914 de nuestro ordenamiento

civil vigente se contiene en los siguiente términos: "Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas por un término que exceda a la duración de la hipoteca, bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración.

Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas, ni arrendamiento por más de un año, si se trata de fincas rústicas, ni por más de dos meses, si se trata de finca urbana".

En relación con el último párrafo de la disposición legal citada, creemos necesario hacer dos observaciones al contenido de dicho párrafo; en primer lugar, aun cuando creemos que el plazo de dos meses que fija la ley para celebrar un contrato de arrendamiento sobre una finca urbana gravada con una hipoteca de plazo incierto es mínimo, sin embargo, el legislador fijó tal plazo en virtud de que es el mismo fijado para dar aviso con anterioridad de la terminación de los contratos de arrendamiento por tiempo indefinido. Por otra parte respecto a este mismo párrafo, se reglamenta el caso en que el deudor hipotecario puede disponer de un bien arrendándolo cuando la hipoteca no tiene plazo cierto; en cierto modo ésta reglamentación podría estar en oposición con lo establecido por el artículo 2927 del mismo código civil que en lo conducente determina que cuando la hipoteca no tuviere término para su vencimiento ésta no podrá durar más de diez años; es decir, de ésta manera fija un término máximo a las hipotecas, aun a aquellas que no se hubieran celebrado a cierto plazo, y entonces podría entenderse que habiendo estatuído nuestros legisladores plazo, aun para las hipotecas en que no se hubiese estipulado término para su vencimiento, entonces podrían pactarse arrendamientos y pago de rentas adelantadas en los casos de las hipotecas sin plazo cierto, por el tiempo que la ley señala que como máximo deban durar tales hipotecas; sin embargo creemos que si nuestro legislador restringió para los casos de arrendamiento y pago de rentas anticipadas la duración de éstos, cuando la hipoteca se hubiese celebrado sin especificar tiempo para su vencimiento, creó con ello una excepción a la regla general de que en ningún caso, aun cuando no se hubiere estipulado término, la hipoteca durará más de diez años.

En relación con el punto de que estamos tratando, debemos de señalar la obligación derivada de la fracción III del artículo 3002 del código civil que tiene el deudor propietario del inmueble hipotecado no sólo antes de constituirse la hipoteca, sino ya constituída ésta, de inscribir en el Registro Público de la Propiedad los contratos de arrendamientos que se celebren sobre el bien inmueble hipotecado por un período mayor de seis años y aquéllos en que haya anticipos de rentas por más de tres años.

Por último, habremos de señalar el derecho que tiene el deudor propietario del bien hipotecado de percibir los frutos y rentas que aquel produce, cuando no se haya pactado expresamente al constituírse la hipoteca que ésta se extiende a dichos frutos y rentas, por lo que antes de la fijación de la cédula hipotecaria el propietario puede percibirlos y disponer libremente de ellos siempre que no haya habido pacto expreso en contrario. Lo anteriormente expuesto se deduce de los artículos 2897-I, II, y 2898-I, del código civil vigente que con anterioridad hemos ya transcrito, y del artículo 481 del Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito y Territorios Federales, que determina; "Desde el día en que se fije la cédula hipotecaria, contrae el deudor la obligación de depositario judicial de la finca hipotecada, de sus frutos, y de todos los objetos que con arreglo a la escritura y conforme al Código Civil deban de considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, de los cuales se formará inventario para agregarlo a los autos siempre que lo pida el acreedor".

EFECTOS DE LA HIPOTECA RESPECTO AL ACREEDOR HIPOTECARIO: DERECHOS, DEBERES.—Dentro de este párrafo habremos de señalar como lo hicimos en el anterior, los efectos de la hipoteca respecto al acreedor hipotecario, y los derechos y deberes que de ello se derivan para aquel, pero refiriéndonos exclusivamente hasta el tiempo antes de que el acreedor pueda o deba ejercitar su acción hipotecaria ya que de los efectos de la hipoteca con posterioridad al ejercicio de la acción hipotecaria nos habremos de ocupar más adelante; en tal virtud, dentro de dicho tiempo, es decir, hasta antes del ejercicio de la acción hipotecaria no competen fundamentalmente al acreedor más derechos que exigir que no sea puesta en peligro la seguridad de su hipoteca con menoscabo del objeto afectado a la misma, dentro de lo cual se pueden presentar dos situaciones derivándose de ambas, derechos en favor del acreedor que son los correlativos a las obligaciones que hemos apuntado en el párrafo anterior tiene el deudor propietario del bien hipotecado; dichas situaciones son las siguientes: 1.—Cuando el riesgo ya ha ocurrido, y por virtud del cual se ha producido un menoscabo en la finca, en las pertenencias afectas a aquella o bien que dichas pertenencias se hubiesen retirado de la finca, y que por tanto con ello se hubiese producido un peligro para la seguridad de la hipoteca, por lo cual el problema consiste en determinar si el valor de la finca se ha reducido de tal suerte que ya no cubre de una manera indubitable la hipoteca, probándose lo cual surge el derecho del acreedor hipotecario consistente en exigir el mejoramiento de la hipoteca al deudor hasta que aquella sea suficiente a garantizar la obligación principal, o bien en caso de que en determinado tiempo el deudor no hiciera tal mejoramiento, tendrá derecho el acreedor a que se dé por vencida la

seguridad por anticipado para todos los efectos legales. En virtud de que con anterioridad, al hablar de los deberes del deudor propietario del objeto gravado, hemos tratado con cierta amplitud este punto, nos remitimos a dicha exposición para completar lo expuesto en este párrafo. 2.—En segundo lugar, creemos que aunque expresamente no se reglamente en el Código Civil, el acreedor hipotecario tiene derecho a la protección contra un peligro que amenaza aun cuando no se hubiese producido un menoscabo en la finca, es decir, cuando por causa del proceder del propietario o de un tercero es de temerse tal menoscabo, en cuyo caso el acreedor tiene el derecho de proceder, según el caso, no sólo contra el propietario sino contra terceros, a efecto de evitar que con actos u omisiones de éstos se menoscabe en alguna forma la garantía de la obligación en relación con el propietario, por ejemplo, puede ser que éste omita la adopción de medidas oportunas para evitar daños sobre el objeto gravado, en cuyo caso el acreedor tendrá derecho a obligar al propietario a adoptar las medidas que ha dejado de observar y que pudieran acarrear el menoscabo del bien hipotecado.

En síntesis, fundamentalmente los derechos del acreedor hipotecario hasta antes del vencimiento de la obligación, son los anteriormente expuestos, y como derechos secundarios podríamos señalar los correlativos a las obligaciones del deudor propietario del bien gravado y que hemos señalado con anterioridad. Esta restricción de derechos que competen al acreedor hipotecario se debe fundamentalmente a que hasta antes del ejercicio de la acción hipotecaria, el propietario sigue estando facultado para enajenar la finca o para establecer sobre ella nuevos gravamenes, en una palabra, sigue siendo propietario del objeto hipotecado, y como tal puede ejercitar toda clase de actos de dominio siempre y cuando no sean en perjuicio de los intereses del acreedor; por ello en este período son más los derechos y menos las obligaciones del deudor propietario del bien hipotecado y viceversa tratándose del acreedor hipotecario.

EFECTOS CON RELACION A TERCEROS.—Hemos dicho con antelación, que en el mero acto constitutivo de la hipoteca, ésta produce únicamente efectos en relación con las partes contratantes, pero poco después de surgir a la vida jurídica la hipoteca, entran en su órbita jurídica personas ajenas a aquellas que la han otorgado y por dicho efecto es susceptible de producir efectos en relación con estas otras personas; sin embargo, al analizar éste punto no se presenta en una forma tal que podamos decir que toda persona extraña al acto constitutivo de la hipoteca debe ser considerada como tercero para los efectos de aquella y de igual manera no es suficiente que la hipoteca se constituya y exista como tal para que ella pueda producir efectos en relación con terceros. Expuesto lo anterior explicaremos inme-

diatamente bajo qué condiciones la hipoteca puede producir efectos en relación de terceros, y por otra parte quienes pueden considerarse legalmente como terceros para los efectos de la hipoteca; en relación con el primer punto, habremos de repetir lo que expusimos con anterioridad al referirnos a la publicidad de las hipotecas, que éstas, mientras no sean inscritas en el Registro Público de la Propiedad, sólo producirán efectos entre las partes que la hayan contratado, es decir entre el deudor y el acreedor hipotecario, por tanto, para que la hipoteca pueda producir efectos contra todo tercero ajeno al vínculo crediticio existente entre las partes que otorgaron la hipoteca, necesita obligatoriamente de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, en este sentido se contienen los siguientes artículos del Código Civil vigente, el 2919 que establece: "La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro..." y el 3003 del mismo ordenamiento que estatuye: "Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharse en cuanto le fueren favorables". Expuesto lo anterior se deduce claramente que como presupuesto primario para que la hipoteca produzca efectos en relación con tercero, debe ser forzosamente registrada en el Registro Público de la Propiedad.

En segundo lugar, antes de poder establecer cuáles son los efectos que la hipoteca pueda producir en relación con terceros, es necesario determinar quiénes deben considerarse como terceros para los efectos de la hipoteca; a este respecto habremos de afirmar en primer lugar de que, como ya lo hemos asentado con anterioridad, la hipoteca, para producir efectos para con terceros, necesita forzosamente de registro, lógicamente se puede concluir que todas aquellas personas que para los efectos del Registro se consideran como terceros, lo serán igualmente para los efectos de la hipoteca. Para poder llegar a una conclusión exacta y poder determinar quiénes deben de considerarse como terceros para los efectos del Registro, habremos de recurrir al criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que a este respecto no encontramos dentro de nuestro código civil vigente disposición legal alguna que determine esta situación; en cuanto al criterio de la Suprema Corte de Justicia, ésta ha venido sustentando en diversas ejecutorias de las cuales transcribiremos lo conducente, el criterio de que para los efectos del Registro se considera tercero la persona que además de no haber intervenido en el acto que se registra, tiene la propiedad o algún derecho real sobre el bien mueble o inmueble objeto del contrato que se registra. Un embargante de un bien que haya salido del patrimonio de su deudor por una venta que no se ha registrado ante-

rior al embargo, no será tercero para los efectos del Registro pues lo único que tiene es un derecho personal, y por tanto no podrá alegar que la nó inscripción de dicha venta le favorece; en cambio, cuando el mismo acreedor tiene un derecho de hipoteca y el inmueble sobre la cual se constituye había sido vendido con anterioridad a la hipoteca pero esa venta no se había registrado, en ese caso el acreedor hipotecario ajeno al contrato de venta sí es tercero para los efectos del registro, ya que además goza de un derecho real. A fin de señalar con más precisión dicho criterio, a continuación transcribimos diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación referentes a la tesis relativa a los terceros para los efectos del Registro: Tomo LXV, 20 de agosto de 1940, Bustamante Luis Felipe:—"No puede decirse que una venta judicial no surte efectos por no haberse inscrito tal operación el el Registro Público de la Propiedad, contra quien al embargar el objeto de la compraventa, aun cuando inscribió el secuestro en el Registro, no tuvo más objeto que asegurar un crédito personal que dió lugar a la acción que ejercitó en juicio, razón por la que dicha persona no puede ser considerada como tercero para los efectos del Registro Público". Tomo VXIV, 29 de abril de 1935, Sociedad Americana de Beneficencia en México.—"El requisito de inscripción en el Registro Público afecta únicamente los derechos de terceros entendiéndose por tal, al que siendo extraño al contrato registrado, hace dimanar sus derechos del mismo titular que los transmitió a quien invoca a su favor dicho registro". Tomo LII, 19 de abril de 1937, Cue Villar Luis.—"Las disposiciones relativas del Código Civil que se contraen al Registro Público, se refieren a terceros que tienen derecho real, toda vez que la institución del Registro es ajena a la protección de acreedores personales quienes al conceder crédito a su deudor lo dejan en libertad de disponer de su patrimonio, salvo los casos de fraude previstos por la ley". En otra ejecutoria se establece: "Es un error confundir el tercero a que se refiere la ley civil para los efectos del Registro, con los extraños, pues por tercero para los propios efectos debe entenderse aquel que sin intervenir en el acto contractual, deriva sus derechos del titular con un título inscrito respecto del mismo inmueble; o, en otros términos, para los fines indicados, debe entenderse por tercero, aquel que sin haber tenido intervención en el acto o contrato de que se trate, deriva sus derechos de un título que tiene el mismo origen que el impugnado por la falta de registro; pues lo contrario llevaría al extremo de que el registro de un título diera derechos preferentes con perjuicio de quien los ostenta sobre el mismo bien, con título de origen diverso, aun cuando pudiera ser que fueran perfectos los del causante y no así los del que hizo la transmisión registrada en primer término, decidiéndose en esta forma por el solo concepto del Registro una cuestión de propiedad. En estas condiciones un

acreedor quirografario no puede tener más que un derecho general de prenda sobre los bienes del deudor, derecho que se singulariza mediante el secuestro, de tal manera que solo puede ser eficaz en cuanto recae en bienes que corresponden al demandado en el momento de efectuarse el secuestro, pero no es jurídico que por no haberse inscrito oportunamente la compraventa del bien embargado en el Registro Público, el acreedor del vendedor tenga derecho a secuestrar y sujetar a las resultas del juicio al cobro de una obligación personal un bien que legalmente había salido del patrimonio de su deudor.

La inscripción es indispensable en un conflicto de derechos reales y de su omisión no pueden prevalerse los acreedores quirografarios quienes no creyeron necesario asegurar sus créditos con derechos sobre la cosa y puesto que no han tratado sino con la persona, es a ésta y no a la cosa a quien deben dirigirse". Por último, en el Tomo XLV se contiene una ejecutoria dictada en el asunto Viuda de Casas Concepción en que se resolvió: "Es tercero para los efectos del registro el adquirente que se apoya en la inscripción del mismo, para fundar su adquisición, o sea el que adquiere, basándose en una inscripción anterior, el que deriva su relación con alguna de las partes del derecho inmobiliario o real nó del contractual. La inscripción no tiene en general importancia alguna con relación a las partes otorgantes que se obligaron recíprocamente en los términos de su contrato, independientemente de que se registrara éste, y es frente a los terceros cuando la inscripción tiene funciones de solemnidad".

Expuesto el criterio de la Suprema Corte de Justicia relativa a quiénes deben ser considerados como terceros para los efectos del registro, se deduce de ello que fundamentalmente son terceros aquellos adquirentes posteriores del bien hipotecado para los cuales surte efectos fundamentalmente la hipoteca bajo la forma del ejercicio de los derechos de persecución y preferencia que competen al acreedor hipotecario desde el momento en que ejercita su acción hipotecaria, de cuyo estudio de dichos derechos habremos de ocuparnos más adelante en éste mismo capítulo.

Expuesto lo anterior, y partiendo de la base que una hipoteca haya quedado inscrita en el Registro Público de la Propiedad, y de que aquel a quien deba producirle efectos es tercero en relación con ella, podemos decir en una palabra que el principal efecto de la hipoteca en relación con tales personas es la oponibilidad de ella en su contra lo que se traduce en el *Jus persequendi* que le asiste a todo acreedor hipotecario de perseguir la cosa hipotecada en contra de todo tercero que la detente y de ejercitar sobre éste su derecho de preferencia sobre el objeto gravado, y que aquel la detenta como adquirente no importa la naturaleza del título por el cual la haya adquirido, esto se presenta normalmente en virtud de la rela-

tiva libertad de disposición del bien que tiene el deudor propietario del mismo y que por tal efecto lo puede enajenar por cualquier título, y asimismo se debe al principio de que el bien, al transferirse, pasa con todas las cargas y gravámenes que reporta y que estén inscritos en el Registro Público de la Propiedad.

EFECTOS DE LA HIPOTECA EN RELACION CON EL CREDITO QUE GARANTIZA.—Siendo la hipoteca una garantía afecta al cumplimiento de una obligación, asegura principalmente y por naturaleza el pago del crédito que esa obligación representa; y en la generalidad de los casos garantiza también el pago de los intereses que se hayan convenido y cuando así proceda, comprenderá además el pago de los gastos que el acreedor hubiera hecho para procurarse la satisfacción de su crédito y de los intereses que aquel hubiere causado. Lo anteriormente expuesto está reglamentado en el artículo 2915 del Código Civil, aún cuando con ciertas restricciones, al expresar lo siguiente: "La hipoteca constituída a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años; a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses y de que se haya tomado razón de ésta estipulación en el Registro Público". De lo expuesto se deduce en principio que la hipoteca garantiza primeramente la efectividad del crédito ya que para tal fin se constituyó, asimismo si se han pactado intereses y se ha determinado el monto de los mismos, la hipoteca se extenderá a ellos, pues es razonable que la seguridad acordada para lo principal, sea también para lo accesorio.

Los intereses deben ser pactados expresamente y determinados en toda su medida tanto los moratorios como los punitorios en caso de incumplimiento de la obligación, en el mismo acto constitutivo del gravamen, y para la validez y eficacia de estas estipulaciones con relación a terceros, no hay que pasar por alto que es menester de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. En cuanto al monto de los intereses debe considerarse en principio, como regla general, que estos no podrán exceder al del 9% anual que es el fijado por nuestra legislación civil como legal; no obstante, puede ser fijado un interés convencional, pero cuando éste sea tan desproporcionado que haya fundamento para creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal; esto está reglamentado expresamente en el artículo 2395 de nuestro código civil vigente. Estipulándose que la hipoteca deba garantizar los intereses pactados, estarán garantizados por tanto aun aquellos intereses que se causen una vez iniciado el procedimiento de ejecución

para obtener el pago de su crédito el acreedor ya que los intereses se estipulan salvo pacto en contrario, hasta que el acreedor obtenga el pago íntegro de su crédito.

Por último, ejecutada la garantía y concluído el procedimiento para ello, inmediatamente deberá hacerse la liquidación del capital, de los gastos y de los intereses hasta el día en que se haga pago efectivo al acreedor. Los gastos son aquellos que el acreedor se vé obligado a realizar por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, y se traducen en los trámites judiciales necesarios para obtener el pago de su crédito, participan de la categoría de accesorios del crédito y a ellos debe hacerse extensiva la hipoteca; el artículo 2985 del código civil establece al respecto lo siguiente: "Del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagará en el orden siguiente...: I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes...; "Igual criterio debe aplicarse al pago de las costas que el juicio hubiere originado siempre y cuando el deudor hubiese sido condenado al pago de ellas. En todo caso no debe ordenarse la cancelación de la garantía en tanto no se haya pagado totalmente el crédito, los gastos del juicio y los de administración y conservación del bien hipotecado.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.—Dentro de éste párrafo estudiaremos los derechos de que puede gozar el acreedor hipotecario cuando cumplido el plazo para la exigibilidad de la deuda garantizada por la hipoteca no es cubierta por el deudor hipotecario, en cuyo caso el acreedor tendrá automáticamente el derecho a satisfacer su crédito sobre el bien hipotecado y los demás objetos afectados a él, limitándose dicho derecho a obtener del objeto gravado la cantidad que le corresponde por vía de ejecución judicial; en consecuencia, la realización del valor del objeto gravado, presupone un título de ejecución, y, por regla general, una demanda del acreedor hipotecario con ello inicia el ejercicio de su acción hipotecaria, derecho que le compete a él para obtener el cobro de su crédito más accesorios legales que no le fueron cubiertos oportunamente por el deudor.

Para el cobro de su crédito, hemos dicho, el acreedor trata de obtenerlo mediante la interposición de una demanda ejercitando la acción hipotecaria en contra del obligado principal cuando éste aún conserva la propiedad del objeto gravado, o bien intenta la demanda contra cualquier tercero poseedor a título de propietario del bien hipotecado e inscrito en el Registro como tal; asimismo, puede el acreedor, aunque no simultáneamente, ejercitar su acción personal contra el obligado principal y su acción real accesoria en contra del que posea a título de dueño la cosa hipotecada. La distinción fundamental del ejercicio de la acción real y la personal estriba en que con la primera, el acreedor se dirige contra el deudor per-

sonal y con la segunda... contra el propietario del objeto hipotecado; la acción tiene por objeto simplemente el pago de la cantidad adeudada, de tal manera que la sentencia puede ejecutarse sobre todo el patrimonio del deudor; y en cambio mediante el ejercicio de la acción real se obtiene por medio de la ejecución forzosa por venta judicial del bien gravado el pago al acreedor de su crédito.

Por regla general la acción hipotecaria se ejercita en la vía sumaria, y no solamente para el cumplimiento o pago de la obligación garantizada con hipoteca, sino que también por esa vía se tratará todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación. En el presente estudio únicamente trataremos de la acción hipotecaria cuando por medio de ella trata de obtenerse el pago de un crédito hipotecario tomando como base que éste consta en una escritura debidamente registrada y que es de plazo cumplido, conforme lo establece el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles. Es necesario señalar por último, antes de entrar al estudio de los efectos procesales de la acción hipotecaria, que esta acción es real, es decir se refiere solamente al bien hipotecado pero como es accesoria, se requiere que a la vez el actor sea titular de la obligación principal.

Por medio de la interposición de la demanda, el acreedor hipotecario ejercita su fundamental derecho que consiste en la satisfacción de su crédito mediante la realización judicial de la finca hipotecada que le garantiza dicho crédito, derivándose de éste derecho dos más que también le competen y que en todo caso puede ejercitar, nos referimos en primer lugar al derecho de persecución que le asiste para perseguir a la finca afecta a la garantía de su crédito en contra de cualquier persona que se ostente como propietaria de la misma aunque no sea el deudor original de su crédito, pero que sin embargo aparezca inscrita a nombre de él la finca hipotecada; en segundo lugar puede ejercitar su derecho de preferencia que como acreedor de un derecho real preferente como lo es el hipotecario, en relación con otros créditos que no sean de la misma calidad que el de él o bien cronológicamente tenga su derecho preferencia sobre otros de igual categoría pero anteriores en tiempo. Siendo éstos los fundamentales derechos de que puede gozar el acreedor hipotecario, sin embargo ellos no son los únicos, pues al ejercitar el acreedor su derecho en la vía procesal correspondiente de ello también derivan derechos que competen al acreedor hipotecario, y que enseguida al exponer el procedimiento por medio del cual se ejercita la acción hipotecaria iremos haciendo mención de ellos.

En principio, para poder intentar la demanda de pago de un crédito hipotecario, éste debe existir con validez jurídica para la persona del demandante, y la de-

manda se ha de dirigir en contra del propietario del inmueble, considerándose como tal al que con dicha calidad figure en el Registro Público de la Propiedad; además, como lo hemos dicho, el acreedor hipotecario goza del derecho a hacer valer el crédito hipotecario el cual se dirige contra el deudor personal, no contra el propietario, y se dirige simplemente al pago de la cantidad y la sentencia que condene al mismo puede ejecutarse sobre todo el patrimonio del deudor. El acreedor hipotecario puede deducir a su arbitrio la acción real o la personal.

Nosotros analizaremos el procedimiento respectivo tomando en cuenta que el acreedor ha ejercitado su acción hipotecaria para hacer valer la hipoteca, y en este sentido, una vez interpuesta la demanda y admitida ésta por el Juez competente ante quién se ha sometido, éste ordenará inmediatamente la expedición, fijación e inscripción de una cédula hipotecaria sobre la finca gravada, siendo requisito para la inscripción de dicha cédula de que el bien hipotecado esté registrado a nombre del demandado, pudiéndose inscribir la cédula aun cuando hubiere inscritos sobre el mismo bien algún embargo o gravamen en favor de otra persona, siempre y cuando el acreedor que pretenda hacer la inscripción de su cédula manifieste ante el Registro que en todo caso respetará los créditos preferentes al suyo por razón de la fecha en que éstos hubieran sido inscritos o por la calidad del crédito ya inscrito. Como decimos, aparte, el juez al admitir la demanda deberá ordenar la fijación de un ejemplar de la cédula hipotecaria que se expida, en un lugar aparente de la finca gravada, la cédula hipotecaria contendrá una relación suscinta de la escritura de constitución de la hipoteca y concluirá en los siguientes términos:... "en virtud de las constancias que preceden, queda sujeta la finca..... de la propiedad de ..... a juicio hipotecario, lo que se hace saber a la autoridad y al público, para que no se practique en la mencionada finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria, o cualquiera otra que entorpezca el curso del presente juicio o viole los derechos en él adquiridos por el C. (nombre del actor)". La fijación de la cédula hipotecaria en la finca gravada, produce desde luego consecuencias que es necesario analizar; en primer lugar, desde el día en que se fije la cédula hipotecaria, el deudor dueño del bien gravado o el tercero adquirente del mismo bien contra el cual se hubiere incado la demanda, contrae el carácter de depositario de la finca, por ministerio de la Ley, y, por tal efecto, de los frutos que ella produzca o que están pendientes al tiempo de la fijación de la cédula así como de todos los objetos que con arreglo a la escritura y conforme al código civil deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la finca; sin embargo, el demandado tiene facultad para no aceptar el cargo de depositario, en cuyo caso entregará desde luego la tenencia material de la finca al actor o al

depositario que éste nombre, asumiendo las responsabilidades inherentes a dicho carácter. Por último, por efecto de la fijación de la cédula hipotecaria en el inmueble gravado, no podrá verificarse en él, ninguno de los actos en ella expresados, sino en virtud de sentencia ejecutoria relativa al mismo bien, debidamente registrada con anterioridad a la fecha de la demanda que motivó la expedición de la cédula o en virtud de providencia dictada a petición de acreedor con mejor derecho. (artículos 481,482, y 484 del Código de Procedimientos Civiles).

Admitida la demanda, el juez mandará se corra traslado de ella al deudor demandado para que en el término de cinco días la conteste y oponga las excepciones que tuviere; a éste respecto, el deudor, como propietario de la finca gravada, tiene derecho a hacer valer las excepciones que deriven únicamente de su carácter de propietario, que en general son las mismas que las que el deudor personal ostenta contra el crédito hipotecario, menos la excepción de prescripción del crédito que no puede hacer el deudor hipotecario pues a éste únicamente le compete como excepción de prescripción la del derecho que emana de la hipoteca.

El juicio hipotecario consta de dos secciones, una principal y la otra llamada Segunda Sección, o de Ejecución, y desde el momento en que quede admitida la demanda deberá abrirse ésta Segunda Sección, la cual contendrá fundamentalmente el mandamiento de fijación de la cédula hipotecaria, todo lo relativo al nombramiento y remoción de depositarios y cuentas de administración de los mismos, licencia para arrendar o para vender frutos y lo relativo al mandamiento de sacar a remate los bienes hipotecados, el fincamiento del mismo y el otorgamiento de las escrituras de adjudicación de dichos bienes. Sin embargo, por lo que se refiere a la orden expresa de sacar a remate los bienes hipotecados, así como la aprobación del remate, deberán ser mandamientos dictados por el C. Juez Principal.

Seguido el juicio en todos sus trámites legales correspondientes, deberá dictarse sentencia si ésta procede en el sentido de que se saquen a remate los bienes hipotecados previo avalúo que se haga de los mismos, y con el producto de ello se haga pago al actor de su crédito, intereses y demás accesorios legales correspondientes a que se hubiere condenado a pagar al deudor, en virtud de que en el documento constitutivo se hubieran pactado o que por Ley esté obligado a cubrirlos. Llegado este momento es cuando el acreedor hipotecario es satisfecho en su derecho mediante la realización en subasta judicial de los objetos gravados, o bien puede suceder que el deudor propietario de la cosa hipotecada la rescate antes de que se realice judicialmente, pagando a su acreedor el monto de su crédito más los diversos accesorios legales a que hubiere sido condenado y obligado a pagar; o por último, puede el acreedor en cualquier almoneda en caso de no haberse pre-

sentado postor alguno en el momento de la diligencia que se le adjudiquen los bienes por las dos terceras partes del precio que sirvió de base para el remate no necesitando exhibir certificado alguno para garantizar su postura ya que ésta se garantiza con el monto mismo de su crédito. Existe finalmente otro medio por el cual el acreedor hipotecario puede obtener el pago de su crédito, se trata de lo que dentro de la legislación alemana se llama Administración forzosa y que en nuestra legislación se presenta en el fondo con los mismos caracteres cuando habiéndose llegado hasta una segunda almoneda y no habiendo licitadores, el acreedor hipotecario podrá pedir que se le entreguen en administración los bienes para aplicar el importe de sus productos al pago del capital y de los intereses así como de las costas; el acreedor, presentándose éste caso, conserva viva su hipoteca, pero además dicha administración implica un secuestro a favor del acreedor hipotecario.

Antes de concluír con el análisis del ejercicio del derecho de persecución que competen al acreedor hipotecario, nos referiremos a la situación que se presenta en la parte final del artículo 2916 del Código Civil, que se refiere al caso en que el acreedor y el deudor hipotecarios convengan en que se adjudique a éste último la cosa hipotecada en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca, pero en ningún caso dicho convenio podrá perjudicar los derechos de terceros, fundamentalmente los demás acreedores hipotecarios. A este respecto, el artículo 488 del Código de Procedimientos Civiles reglamenta esta situación y establece: "En el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil no habrá lugar al juicio, ni a las almonedas ni a la venta judicial; pero sí habrá avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago. La venta se hará de la manera que se hubiere convenido; y a falta de convenio por medio de corredores....."

Expuesto en las anteriores líneas las acciones por medio de las cuales el acreedor hipotecario ejercita su derecho de persecución en contra de cualquier detentador con título de propietario del bien hipotecado, en seguida nos ocuparemos de la forma y modalidades a que está sujeto para ejercitar su derecho de preferencia. Este derecho de preferencia es el que goza el acreedor hipotecario de que con el precio obtenido mediante la realización judicial de los objetos gravados, se le pague con preferencia a los demás acreedores; es decir, este derecho se exterioriza en la exclusión por lo que respecta a la cosa de todos aquellos acreedores que no tengan más que un derecho de crédito o bien teniendo un derecho real éste sea posterior al del derecho del acreedor hipotecario que invoca la preferencia de su crédito. Es necesario, por tanto, para poder hablar del derecho de preferencia que le compete a un acreedor hipotecario sobre el bien gravado, que sobre el mismo

bien existan a la vez otra clase de créditos o bien mismos créditos hipotecarios, pero que para saber a que crédito preferentemente se ha de aplicar el producto de la venta del bien hipotecado exista un problema que es necesario previamente resolver. En los acreedores de igual naturaleza que el hipotecario, el problema de la preferencia tiene por finalidad esencial, el determinar la manera o forma de distribución del precio que resulte de la realización de la garantía, pero tratándose del problema de la preferencia en los casos en que existan acreedores de diferente rango, el conflicto se presenta, no ya en relación con la manera o forma de distribución del precio, sino en relación con la clase de acreedores que deben ser pagados preferentemente.

En relación del problema de la preferencia en la hipoteca, se presentan los siguientes casos que a continuación analizaremos; a).—El primer caso se presenta cuando una vez que se ha ejercitado la acción hipotecaria y se llega al momento de sacar a remate la cosa hipotecada, antes de ello nuestra legislación obliga al ejecutante a exhibir un certificado expedido por el Registro Público de la Propiedad relativo a la finca hipoteca, a efecto de que si en dicho certificado apareciesen algunos otros gravámenes sobre la finca, se deberá hacer saber a sus titulares el estado de ejecución del bien para que hagan valer sus derechos conforme a la ley; con ello surge el conflicto entre los diversos acreedores hipotecarios u otros que la ley los considere como privilegiados, y que afirman tener también derecho sobre el precio que resulte de la cosa vendida, en cuyo caso se resuelve este problema en la forma en que dispone del artículo 2985 del Código Civil: deberá hacerse la distribución del precio obtenido por el remate de los bienes hipotecados, y al respecto establece: "Del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagará en el orden siguiente: I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes; II.—los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes; III.—La deuda de seguros de los propios bienes; IV.—Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2982 comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoraticios, según su fecha, así como sus réditos durante los últimos seis meses".

b).—El segundo caso de conflictos de preferencia surge de la aplicación del artículo 477 del Código de Procedimientos Civiles que dispone: "Si comenzado el juicio se presentan alguno o algunos acreedores hipotecarios se procederá conforme a las reglas de los concursos". El concurso a que se refiere el anterior artículo es un concurso especial de acreedores hipotecarios, en cuyo caso serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas respectivas, si éstas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se hayan registrado los gra-

vámenes si la inscripción se hizo fuera del término de la ley. Si con el valor de los bienes no se alcanza a pagar los créditos garantizados, por el saldo adeudado entrarán al concurso los acreedores y serán pagados como acreedores de tercera clase. Los acreedores de tercera clase son los que constan en escritura pública o en cualquier documento auténtico (artículos 2982, 9283 y 2996 del Código Civil).

Cuando se presenta este caso de conflictos de preferencia, los acreedores hipotecaristas pueden ejercer sus derechos bien sea mediante el concurso especial que con ellos se forma y que hemos analizado anteriormente, o bien por la preferencia que hagan valer en el acto del remate, en cuyo caso no habrá concurso especial alguno y el problema de la preferencia se resolverá en la forma que indicamos para el primer caso.

c).—Por último, el tercer caso del conflicto en el derecho de preferencia, se presenta cuando el deudor es declarado en estado de concurso, pero se trata de un concurso general en donde entran toda clase de acreedores, pero sin que los acreedores hipotecarios y prendarios tengan necesidad de intervenir, ya que en tal caso, quedarán sujetos a todos los convenios, esperas y quitas que se acuerden en la junta, los acreedores hipotecarios en estos casos pueden deducir las acciones que les competen en virtud de la hipoteca en el juicio respectivo a fin de que sean pagados con el valor de los bienes afectos al pago de sus créditos. Los juicios hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después no se acumularán al juicio de concurso sino hasta que se decidan definitivamente. Si los acreedores hipotecarios pueden ejercer sus derechos bien sea mediante el concurso especial que competen en virtud de la hipoteca a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos, y el concurso llega al período en que deba pronunciarse sentencia de graduación, aquel hará vender los bienes y depositará el importe del crédito y de los réditos correspondientes. Además, el concurso tiene derecho para redimir los gravamenes hipotecarios que pesen sobre los bienes del deudor o pagar las deudas de que especialmente responden algunos de estos y entonces esos bienes entrarán a formar parte del fondo del concurso. Por último si el acreedor hipotecario ha entrado al concurso la ley le permite el derecho de sacar a remate el bien hipotecado sin esperar al resultado final del concurso general.

CAPITULO VI.

LA HIPOTECA DEL PROPIETARIO.—Antecedentes históricos.—Derecho Romano.—Derecho Alemán.—Naturaleza Jurídica.—Nuestra legislación y la Hipoteca del Propietario.—

ANTECEDENTES HISTORICOS: DERECHO ROMANO.— En el Derecho Romano, según hemos anotado en el Capítulo Primero de éste estudio, una de las causas por efecto de la cual se extinguía el derecho de Hipoteca, consistía en la confusión en la misma persona de las cualidades del acreedor hipotecario y de propietario de la cosa, ya sea porque el primero hubiese adquirido la propiedad de la cosa o porque el segundo hubiese adquirido el crédito; ambos casos, según expusimos en el capítulo indicado, acarreaban naturalmente la extinción del derecho de hipoteca, pues nadie podía tener un *Ius In Re* sobre cosa propia; es decir, con ello se consagraba el principio fundamental de que nadie podía tener gravámenes o derechos reales a su favor sobre cosas de su propiedad. La hipoteca es fundamentalmente un derecho real sobre cosa ajena. Por otra parte, conforme al Derecho Romano, la cosa hipotecada estaba sujeta en su totalidad al acreedor hipotecario, y si sobre una sola cosa recaían varias hipotecas, la del acreedor posterior estaba limitada en su contenido por la del acreedor preferente, y si ésta, es decir la hipoteca del acreedor preferente, desaparecía por alguna causa, por ejemplo, por pagarse el crédito, entonces la hipoteca posterior adquiría la preferencia, es decir avanzaba en grado.

Sin embargo, en algunos casos, el avance del acreedor hipotecario posterior al lugar del acreedor hipotecario preferente, aparecía injusto y para evitar dicha injusticia, en que la hipoteca de un titular precedente se reunía con la propiedad en una sola mano, se dejaba subsistir la hipoteca en manos del propietario de la finca, ya fuera por que éste hubiese adquirido la propiedad de la cosa gravada; en cuyo caso, a dicho propietario de la cosa hipotecada y a su vez acreedor hipotecario sobre su propia cosa, se le concedía contra los acreedores posteriores una *Exceptio* que desvirtuaba la *Actio hipothecaria* y por otro lado se regulaba en estos casos un derecho de ofrecer la cantidad reclamada *(jus offerendi)* a los demás acreedores

hipotecarios con el objeto de paralizar el procedimiento ejecutivo o subrogarse en el puesto del acreedor preferente; por lo cual, en dichos casos, no se operaba la extinción de la hipoteca por efecto de la confusión, es decir no se determinaba el avance automático en rango de los acreedores posteriores para ocupar el lugar vacante, y el propietario, en tal caso, cuando era demandado por la *Actio hipothecaria* para que entregase la cosa, podía negarse a ello en tanto no se le abonase el importe del crédito garantizado con la Hipoteca que en cierta forma habíase extinguido pero que para el propietario subsistía y es por lo que en dichos casos se hablaba de Hipoteca en cosa propia; esta situación se creaba generalmente por efecto de la Subrogación cuando ésta tenía lugar en provecho del adquirente de una cosa hipotecada que empleaba el precio de su adquisición en pagar a los acreedores en cuyo favor la cosa estaba afectada. Sin embargo, como lo hemos dicho, no era más que una ficción la que se acordaba en estos casos, un derecho de *Pignus* en favor del propietario mismo de la cosa. El objeto de ésta ficción era el de asegurar la posesión tranquila de su adquisición, impidiendo a los otros acreedores hacer vender la cosa adquirida con su dinero.

DERECHO ALEMAN.—En el primitivo derecho Germánico, es donde encontramos los orígenes del desarrollo que habrá de concluír en el florecimiento de la Hipoteca del propietario; en el derecho Alemán, se podía constituir una renta sobre una finca determinada, y en el caso de que la propiedad de ésta y la renta se acumulasen en una sola persona subsistía el derecho sobre la propia cosa y el propietario podía disponer de su renta en favor de tercera persona.

En Hamburgo, la hipoteca de un inmueble ya hipotecado, recaía sobre lo que pudiéramos llamar Plusvalía. De ahí se pasó a permitir que el propietario dispusiera de una hipoteca cuyo crédito se hubiera extinguido, y que, después de pagar la deuda solicitara la inscripción a su favor del derecho hipotecario. Otras leyes autorizaban al propietario que pagaba la deuda hipotecaria para exigir del acreedor que le cediera su crédito. Y desde el momento en que la hipoteca fué concebida como una carga sustantiva que forzaba a pagar una cantidad, con independencia de la obligación asegurada, era natural que el propietario pudiera inscribir hipotecas a su nombre y que no se extinguieran por la reunión de propiedad y derecho hipotecario en una persona.

La Ley Hipotecaria Sajona de 6 de noviembre de 1843 concedía al propietario, en la hipótesis de que se extinguiera la obligación asegurada, la facultad de reclamar la cesión del derecho hipotecario, solicitar su inscripción en el Registro a su propio nombre y cederlo a tercera persona.

La naturaleza accesoria del derecho Real de Hipoteca, fué rigurosamente mantenida por el derecho prusiano que declaraba la caducidad de la hipoteca cuando el crédito perdía su eficacia, extendía el derecho de los acreedores sobre todo el inmueble, de suerte que en caso de extinguirse los créditos anteriores, la seguridad del posterior en rango se multiplicaba, y como consecuencia, al cancelar una hipoteca preferente, colocaba en su lugar la que inmediatamente le seguía en el Registro. Posteriormente estas disposiciones fueron modificadas a principio del siglo pasado con un precepto que establecía: "El gravamen hipotecario no se extingue por la unión del mismo derecho con el de propiedad sobre la finca hipotecada, mientras el dueño no solicite la cancelación, pudiendo él mismo transferir el derecho no cancelado a cualquier otra persona"; de esta manera se orientó la materia en el sentido de conceder al propietario que había pagado la suma garantizada, mas no solicitado la cancelación en el Registro, todos los derechos de un cesionario de la hipoteca, sin distinguir el caso en que la cesión se hubiera formalizado al pagar, de aquellos en que se hubiera extendido solamente un recibo de la cantidad; asimismo se decidió, que el propietario de una finca que adquiera un crédito hipotecario sobre la misma existente, o pagara la deuda correspondiente, adquiriría el crédito protegido y el derecho hipotecario que lo protege; de modo que, mientras la unión en una persona de ambos derechos perdure, existe una situación expectante, el crédito duerme, y en cuanto se le transfiere a tercera persona ésta deviene acreedor hipotecario con la prelación primitiva.

Este sistema, que dió lugar a la Hipoteca del Propietario, es el que se llama de "Lugar fijo o de Puestos fijos", en contraposición de la "Progresión de rango". Conforme a aquél, como hemos dicho, el propietario, al liquidarse una hipoteca, ésta no se extinguía, sino que la adquiría para sí, y por tanto, en caso de subasta, podía reclamar la parte de valor correspondiente; y así nació la Hipoteca del Propietario que viene a ser, como se ve, un lugar que se deja vacante a disposición del dueño de la finca.

El actual derecho alemán reconoce como casos en que una hipoteca ajena se transforma en la así llamada Hipoteca del Propietario, los siguientes: a).—Cuando la hipoteca se transmite al propietario por renuncia del acreedor. La Renuncia requiere la declaración unilateral del acreedor hipotecario, el asentimiento de los terceros que tengan un derecho sobre la hipoteca y la inscripción de la Renuncia en el Registro. El acreedor hipotecario puede estar obligado a renunciar a la hipoteca, cuando así lo hubiere prometido en un contrato. Y en algún caso está obligado a tal renuncia por disposición de la Ley, cuando el propietario tiene una excepción contra la hipoteca; si por ejemplo, la hipoteca fué concedida en garantía del precio de

compra y el comprador tiene contra ese crédito la excepción de dolo, también el propietario de la finca empeñada tendrá esa excepción contra la hipoteca: en esa virtud puede exigirse al acreedor hipotecario a que renuncie a la hipoteca. b).—Este segundo caso equivale igualmente a la renuncia y se presenta cuando la deuda garantizada por la hipoteca sea asumida por un tercero, con asentimiento del acreedor sin que sea necesario que asienta a la asunción de la deuda el propietario de la finca. c).—El tercer caso en que la hipoteca se transfiere al propietario se presenta cuando se extingue el crédito que aquélla garantiza. Es indiferente el modo de extinción, ya se trate de cumplimiento, consignación, compensación, contrato de Remisión, cumplimiento de una condición resolutoria o de un plazo, o reunión, en una persona del crédito y la deuda (no es necesario que se unan la hipoteca y la propiedad) con tal de que un precepto singular no excluya el efecto extintivo de la Confusión. En todos estos casos la hipoteca se transmite al propietario, sin necesidad de cesión en el momento de extinguirse el crédito, con ello viene una inexactitud en el registro, el propietario su rectificación y asimismo, toda vez que adquiere sin más la propiedad de la cédula hipotecaria, puede exigir que le sea entregada.

El principio en virtud del cual la hipoteca se transfiere al propietario con la extinción del crédito, tiene una excepción en los siguientes casos: I).—Cuando el propietario, no sea a la vez deudor personal. II).—Cuando el deudor personal satisfaga al acreedor, o el crédito y la deuda se reúnan en una persona; y, III).—Cuando el deudor personal puede exigir resarcimiento al propietario o a un causante del mismo; en este caso la hipoteca no pasa al propietario sino al que hasta entonces era deudor, sirviendo a éste para garantía de su pretensión de resarcimiento contra el propietario. Esta pretensión se convierte en crédito hipotecario, en lugar del crédito extinguido; por tanto se da una transmisión de hipoteca con cambio de crédito.

d).—En cuarto lugar se puede dar el caso de que la hipoteca se transfiera al propietario, cuando desconociéndose la persona del acreedor y su residencia, sus derechos se declaran caducados en procedimiento intimatorio. Esto es posible: I).—Cuando han transcurrido diez años desde la última inscripción referente a la hipoteca y el propietario no ha reconocido en este tiempo el derecho del acreedor hipotecario; II).—Cuando el propietario consigna renunciando a retirarlo el importe del crédito a favor del acreedor desconcido. En este supuesto no se requiere el transcurso de los diez años; basta que sea lícito al propietario satisfacer al acreedor o denunciar la hipoteca.

e).—La hipoteca se transfiere al propietario cuando se une en una sola mano con la propiedad. Si el propietario es también deudor, por regla general, en virtud

de tal unión, se extinguirá a la vez el crédito, y, de consiguiente, resulta el traspaso de la hipoteca al propietario. Esta situación se presenta en dos casos: I).—Cuando habiendo identidad de propietario y deudor, el crédito subsiste a pesar de la confusión; tal cosa sucede cuando el acreedor es heredado por el deudor y se decreta la administración de la herencia, o existe un derecho de un heredero fideicomisario o se lega el crédito a un tercero. II) .—No habiendo identidad de propietario y deudor, la propiedad se confunde con la hipoteca en una persona.

NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA DEL PROPIETARIO.—La hipoteca del propietario es el tipo más caracterizado de los derechos reales en cosa propia, y a su alrededor se ha desencadenado la discusión sobre la existencia y naturaleza de tal derecho. Visto desde un punto eminentemente económico, es patente y justificado el fin de la hipoteca del propietario impidiendo el inmerecido avance de los titulares posteriores. En cambio desde un punto de vista jurídico existen hondas discrepancias al respecto; algunos autores afirman que el derecho de garantía del propietario tiene un contenido que no va implícito en la propiedad contradiciendo de esta forma la doctrina de que la propiedad otorga el derecho de señorío más amplio posible. Otros admiten que la hipoteca del propietario tiene contenido de propiedad, pero rechazan que tal contenido de propiedad designado con el nombre de hipoteca del propietario pueda refundirse en un derecho real limitado que tenga el propietario igual independencia que una hipoteca ajena y concluyen que la hipoteca del propietario no constituye gravamen de la finca.

Como se ve, el problema esencial, en relación con la Naturaleza Jurídica de la Hipoteca del Propietario, casi se reduce a saber si una persona puede tener derechos reales distintos del de propiedad sobre una cosa que le pertenece, ya que como su mismo nombre nos lo indica, en esta clase de hipotecas, el propietario del bien gravado, por ser propietario de la hipoteca tiene un gravamen del bien que es de su propiedad, es decir, se presenta el caso de la existencia de un derecho real sobre cosa propia, lo que equivale a aceptar derechos contra sí mismo; por ello, la naturaleza jurídica de esta institución es muy discutida, pues pesa sobre ella el principio de que nadie puede ser acreedor o deudor contra sí mismo. Sin embargo, nosotros creemos que el interés económico que se trata de proteger con la hipoteca del Propietario impidiendo el avance de los titulares posteriores que se han conformado con una garantía en segundo lugar, ya que no es justo que se mejore su situación ni jurídicamente es válido que lo pidieran, es más que suficiente para llegar a una justificación jurídica de la existencia de la Hipoteca del Propietario, lo que se ha venido confirmando en algunas legislaciones como la Alemana en la que en virtud

del desarrollo y avance progresivo del crédito territorial ha habido necesidad de crear nuevas figuras jurídicas acordes al desenvolvimiento de tales legislaciones; aún más, en el mismo derecho alemán, al reconocer la Hipoteca del Propietario, lo considera no como un derecho real accesorio de una deuda, sino como un gravamen autónomo, independiente de toda obligación principal y de cualquier sujeto pasivo, por lo cual los tratadistas alemanes expresan que la Hipoteca del Propietario no se contradice con el concepto de dominio.

Reconociendo a la Hipoteca del Propietario su válida existencia jurídica por las razones antes expuestas, diremos a continuación, que dicha clase de hipoteca no es de naturaleza distinta a una hipoteca común y corriente; ella no forma un derecho real de clase especial. Unicamente, el derecho de ejecución que el titular de la hipoteca (en este caso el propietario) tiene sobre el objeto gravado, se encuentra tal derecho supeditado a que otro titular promueva la ejecución forzosa del crédito hipotecario que le pertenezca sobre ese mismo bien, para que así el que sea titular de la Hipoteca del Propietario, puede hacer valer su derecho a la realización del valor sobre la finca.

NUESTRA LEGISLACION Y LA HIPOTECA DEL PROPIETARIO.—Nuestra legislación siempre se ha opuesto a admitir figuras jurídicas de naturaleza dudosa, y no ha hecho una excepción tratándose de la Hipoteca del Propietario; sin embargo, aunque no expresamente reglamentada, sí creemos poder encontrar algún caso de esa clase de hipotecas en el artículo 2058 de nuestro Código Civil vigente en los casos en que se verifica la subrogación por ministerio de la Ley. En efecto, las fracciones III y IV del mencionado precepto, establecen respectivamente lo siguiente: "La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: III.—Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; IV.—Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición". Como se puede ver en los dos casos a que se refieren las fracciones transcritas, se trata de una situación en que una persona hace pago de una deuda a un acreedor subrogándose en los derechos de éste; sin embargo, la figura jurídica de la Hipoteca del Propietario, surge en el caso a que se refieer la fracción III del citado artículo, cuando la deuda de la herencia de la cual hace pago el heredero es una deuda garantizada con un gravamen hipotecario, y además al momento de hacerse la repartición de los bienes hereditarios, se le adjudique a aquél, el bien que estaba gravado con hipoteca, la cual la ha pagado no obstante de que no tenía obligación de hacerlo, por lo que en tal virtud, en dicho supuesto, el gravamen hipotecario no

se extingue por el pago hecho por el heredero, sino que, por el contrario, queda subsistente en favor de él, y siempre y cuando existan otros acreedores posteriores a aquél al cual le pagó el heredero.

En el otro caso, es decir, el establecido por la fracción IV del artículo 2058 del Código Civil, igualmente tenemos a la figura de la Hipoteca del Propietario, ya que en este caso se presenta la situación de una persona que ha adquirido la propiedad de un inmueble, y paga a un acreedor que tiene sobre dicho bien, un crédito hipotecario, subrogándose en la hipoteca que dicho acreedor tiene sobre el referido inmueble que ahora le pertenece, si no sucediera así, sino que por el contrario, la hipoteca se extinguiese y hubiese otros acreedores posteriores ya sea hipotecarios o bien simplemente quirografarios, podría resultar que dicho bien se realizace en virtud de algún remate promovido por dichos acreedores en cambio subsistiendo en primer lugar a su favor la hipoteca sobre su propio inmueble, mantendrá la preferencia de aquella, y por lo menos podrá obtener el crédito que hubiese pagado por ella.

Expresados los dos casos en que según nuestro criterio se presenta la figura de la Hipoteca del Propietario en nuestro Código Civil, queremos manifestar por último, que en cuanto a la reglamentación y normas que les pueden ser aplicables a dichos casos, serán las mismas que las que reglamenta "la hipoteca en general", haciendo la observación únicamente de que el titular de una Hipoteca del Propietario, no podrá promover la ejecución forzosa de la finca sobre la cual se halle constituída la hipoteca y consideramos por otra parte que es absolutamente necesario que en el caso de que se presente esta figura de la Hipoteca del Propietario, deberá hacerse constar tal situación en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, mediante una anotación marginal en la hoja de inscripción de la propiedad del inmueble hipotecado, haciendo constar que dicho bien reporta un gravamen hipotecario en primer lugar, cuyo titular lo es el propio titular de la propiedad.

CAPITULO VII

TRANSMISION Y EXTINCION DE LAS HIPOTECAS.—Su duración y prórroga.—Diversas formas de transmisión de las hipotecas y sus efectos.—Formas de extinción de las hipotecas y sus efectos.—Cancelación de la inscripción de la hipoteca.

TRANSMISION Y EXTINCION DE LAS HIPOTECAS.—Su duración y prórroga.—Vista la naturaleza de derecho real accesorio que tiene la hipoteca, lógicamente, en principio no puede tener mayor duración que el crédito u obligación principal que garantiza. Es permitido por la ley, pero no tiene aplicación práctica efectiva, el pacto expreso conforme al cual las partes señalan un término menor de duración de la hipoteca en relación con el crédito que garantiza; en cambio en ningún caso se puede contratar una hipoteca sobre la base de que ésta dure mayor tiempo que la obligación principal que garantiza. Por consiguiente en la inmensa mayoría de los casos la hipoteca durará por todo el tiempo en que pueda exigirse la obligación principal.

Nuestra legislación, desde el Código Civil de 1870, ha venido sustentando el enunciado anterior; en el código citado, el artículo 1988 establecía: "La hipoteca durará el tiempo señalado por los contratantes: si no se ha señalado tiempo, sólo durará diez años". Y en cuanto a las hipotecas necesarias no existía ese término de diez años que como máximo pudiera durar una hipoteca, ya que en cuanto a ellas se reglamentaba lo siguiente: "Las hipotecas necesarias inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituído". En el Código Civil de 1884 se reglamentaba sobre la duración de las hipotecas en los siguientes términos: "La hipoteca durará el tiempo señalado por los contratantes; si no se señala tiempo durará por todo aquel en que pueda exigirse la obligación que garantiza, y si no hubiere término para el vencimiento de la obligación, se entenderá que ésta tiene el plazo de diez años". (Art. 1865 del Código Civil).

Por último en nuestro Código Civil vigente, el artículo 2927 estatuye: "La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Los contratantes pueden señalar a la hipoteca una

duración menor que la de la obligación". Y el artículo 2934 del mismo ordenamiento refiriéndose a las hipotecas necesarias afirma: "La hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que la obligación que con ella se garantiza". Según lo expuesto, no rige para las hipotecas necesarias la facultad de las partes de poder pactar una duración menor de la hipoteca en relación con el crédito que garantiza y tampoco rige para ellas el plazo máximo de diez años que se fija para las hipotecas voluntarias en las que no se haya fijado fecha para su vencimiento; esto se debe a que existe un interés público de no permitir que la seguridad que se garantiza con una hipoteca necesaria, tenga una vida menor que la vigencia de la obligación principal.

En relación con terceros, la duración de la hipoteca debe entenderse desde la inscripción en registro de dicha hipoteca en virtud del cual tiene vida la hipoteca con respecto de ellos; el valor de esa inscripción es a lo que se refiere el término de diez años, de suerte que vencido dicho término, la prelación adquirida por la inscripción y el derecho de perseguir la cosa por parte del acreedor se pierden.

Por último, en relación con el punto que estamos tratando, es necesario exponer que las obligaciones son exigibles vencido el término (convencional o legal) conforme al cual se puede pedir su cumplimiento y desde tal momento comienza a correr el término para la prescripción que dentro de nuestra legislación es de diez años. (Art. 1159 del Código Civil vigente). De donde resulta de todo lo que hemos expuesto, que las hipotecas, las más generales, que son las que garantizan el pago de cantidades adeudadas, tienen una duración igual al plazo de la obligación principal (diez años como máximo), más diez años, que es el plazo para que dicha obligación prescriba.

En relación con el problema que estamos tratando relativo a la duración de las hipotecas, analizaremos en seguida lo relativo a la prórroga de las mismas. En realidad no se trata de la prórroga de las hipotecas sino de la del plazo de la obligación garantizada por ellas, y por cuya consecuencia se entiende prorrogada también. Nuestra legislación permite la prórroga de las hipotecas una, dos y más veces; en relación con la primera prórroga, ésta deberá verificarse antes de que expire el plazo para el vencimiento de la obligación principal; en cuyo caso, efectuada en esa forma la prórroga de la hipoteca, ésta conservará la prelación que le corresponda desde su origen, durante todo el tiempo que se fije en la prórroga y el término señalado para la prescripción. En relación con el término de duración de la primera prórroga, será igual que el que se fijó originalmente para la duración de la hipoteca; sin embargo, las partes pueden pactar que se fije a la prórroga un término menor. En estos términos se contienen los artículos 2928 y 2929 de nuestro Código Civil vigente que expresan respectivamente: "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". "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 prelación que le corresponda desde su origen".

Como hemos expuesto, la ley no impide que se celebren prórrogas en número indeterminado, ya que no puede atacar la libertad de los contratantes, pero sin embargo, a fin de no atacar los intereses de otros acreedores, fundamentalmente los hipotecarios, y asimismo, con el objeto de facilitar el movimiento del crédito hipotecario, ha establecido que en caso de que la hipoteca fuese prorrogada dos o más veces, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del registro de estas nuevas prórrogas; así lo establece el artículo 2930 del Código Civil contenido en los términos siguientes: "La hipoteca prorrogada segunda o más veces sólo conservará la preferencia derivada 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 ulterior prórroga, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del último registro.

Lo mismo se observará en el caso de que el acreedor conceda un nuevo plazo para que se le pague el crédito".

DIVERSAS FORMAS DE TRANSMISION DE LAS HIPOTECAS Y SUS EFECTOS.—Siendo el derecho real de hipoteca un bien susceptible de transacciones jurídicas, puede ser transferido; pero en virtud de su naturaleza accesoria, la transferencia supone la del crédito principal a que va anexa. En principio por tanto, la hipoteca sólo se transmite cuando se transfiere el crédito que es su base sobre la cual descansa necesariamente. La transmisión del crédito hipotecario comprende necesariamente la del derecho real de hipoteca como accesorio de aquél, aun cuando la voluntad de las partes no se hubiere extendido hasta dicho efecto. Solamente en los casos de hipotecas necesarias en que se constituyen éstas en virtud de situaciones personalísimas del acreedor hipotecario, éste no puede hacer la cesión de la hipoteca que se haya constituído a su favor para garantizar prestaciones que otra persona debe suministrarle; ni mucho menos, por tanto, podrá ceder su crédito garantizado por la hipoteca. Lo expuesto está reglamentado en el artículo 2032 del Código Civil vigente en los términos siguiente: "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. Los intereses vencidos se presumen que fueron cedidos con el crédito principal".

Expuesto lo anterior, diremos que la transmisión de las obligaciones en general podrá hacerse según nuestra legislación, por medio de la cesión de derechos o bien en virtud de la subrogación que se traduce en la compra del crédito hecha al acreedor. Pudiéndose aplicar dichas formas de transmisión a la hipoteca, que es el punto que en particular nos interesa y que en seguida estudiaremos:

El artículo 2029 de nuestro Código Civil vigente, nos dice que: "Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor". Aplicando esta idea a la transmisión de la hipoteca, ésta consistirá en la cesión del crédito hipotecario en todo o en parte que haga el acreedor hipotecario a un tercero, generalmente por medio de la enajenación de dicho crédito. Además, son requisitos esenciales para la cesión del crédito hipotecario las mismas formalidades que sirvieron para su constitución; es decir, si la cesión excede de quinientos pesos debe hacerse en escritura pública ante notario, si no excede de dicha cantidad, solamente en escrito privado firmado ante dos testigos. Asimismo debe ser registrado en el Registro Público de la Propiedad el documento público o privado en que se haga constar el acto de la cesión del crédito hipotecario; y por último, como requisito también esencial de la cesión, es necesario que ésta se notifique al deudor hipotecario. Si la hipoteca está afectada al pago de títulos obligacionales a la orden, su transmisión deberá hacerse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro, si son obligaciones al portador las garantizadas por la hipoteca, entonces la transmisión de ésta se hará por la simple entrega del título sin necesidad de algún otro requisito.

Lo anteriormente expuesto se encuentra reglamentado por los siguientes artículos de nuestro Código Civil vigente: Artículo 2926: "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 previene el artículo 2917 (otorgamiento de la hipoteca en escritura pública si excede de determinada cantidad), se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro. Si la hipoteca se ha constituído para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituída para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún requisito". Artículo 2031: "En la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en este capítulo". Artículo 1874: "La propiedad de los documentos de carácter civil que se extiendan a la orden, se transfiere por simple endoso, que contendrá el lugar y fecha en que se hace, el concepto en que se reciba el valor del documento, el nombre de la persona a cuya orden se otorgó el endoso y la firma del endosante", ar-

tículo 1877: "La propiedad de los documentos civiles que sean al portador, se transfiere por la simple entrega del título".

También son aplicables en lo conducente, para el punto que estamos tratando relativo a la transmisión de la hipoteca por medio de la cesión del crédito que garantiza, los artículos del 2029 al 2050 de nuestro Código Civil vigente.

En relación con los efectos que puede producir la cesión del crédito hipotecario, diremos que dicha cesión no producirá efectos en relación con terceros, sino desde que deba tenerse por cierta, siendo esta fecha la de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad del documento público o privado en que se haya hecho constar la cesión. Estos efectos de la cesión en relación con terceros, son los mismos que el documento original les hubiera producido, es decir, fundamentalmente el ejercicio de los derechos por parte del cesionario de persecución y preferencia. En relación con el deudor, para que la cesión surta efectos para con él, es necesario hacerle la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya sea extrajudicialmente ante dos testigos o ante notario; asimismo se tendrá por hecha la notificación al deudor, cuando estando presente en el acto de la cesión no se oponga a ella o bien estando ausente la ha aceptado y esto se prueba. Hecha la notificación al deudor en alguna de las formas prescritas para la cesión del crédito hipotecario, el deudor se libra del adeudo sólo pagando al cesionario; si no se hace la notificación, el deudor puede liberarse pagando al acreedor primitivo. Hecha la notificación de la cesión del crédito hipotecario en forma legal al deudor, la hipoteca producirá en relación con éste los mismos efectos que hubiera producido si hubiese existido en favor del acreedor hipotecario primitivo; fundamentalmente el cesionario tendrá el derecho de exigir a su vencimiento el pago del crédito al deudor, y si no lo obtiene, entonces ejercitar la acción hipotecaria a efecto de llegar a realizar judicialmente el objeto gravado y con su producto hacerse pago de su crédito.

Por último, como ya expusimos con anterioridad, puede hacerse la transmisión de la hipoteca por efecto de la subrogación personal que consiste fundamentalmente en la sustitución de la persona del acreedor primitivo por otra persona que le hace el pago de su crédito, y por tal virtud pasa a ser nuevo acreedor para con el deudor; asimismo existe subrogación cuando el deudor es liberado de su acreedor, pero pasa a ser deudor de aquel que ha pagado la deuda por él. Podemos decir por tanto que existe subrogación en la substitución admitida o establecida por la ley en los derechos de un acreedor por un tercero que paga la deuda, o presta al deudor fondos para pagarla. Es por ello que la subrogación constituye un medio de transmisión de las obligaciones.

En nuestra legislación se reglamentan cinco casos de subrogación, los cuales

analizaremos a continuación aplicándolos fundamentalmente a la subrogación cuando se hace el pago a un acreedor hipotecario por un tercero; esta clase de subrogación que reglamenta nuestro código se efectúa por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna por parte de los interesados en los siguientes casos:

I.—Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; es decir, en este caso, un acreedor hipotecario en segundo lugar compra el crédito preferente de otro acreedor de la misma naturaleza, siendo dicho crédito a cargo del mismo bien, por cuya virtud, el acreedor hipotecario en segundo lugar adquiere al subrogarse en los derechos del acreedor preferente, las mismas prerrogativas y preferencias de éste; éste: el acreedor hipotecario que paga no ha podido tener otro interés ni otro objeto que el de gozar de las ventajas de la subrogación.

II.—Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, tal es la situación por ejemplo del legatario, el cual tiene derecho de adquirir el crédito hipotecario pagándolo al acreedor con el fin de hacerlo efectivo posteriormente en patrimonio del obligado personal; dicha situación está reglamentada en el artículo 1443 de nuestro Código Civil en la siguiente forma: "Si la cosa legada está dada en prenda, o hipotecada, o lo fuere después de otorgado el testamento, el desempeño o la redención serán a cargo de la herencia, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa.

Si por no pagar el obligado, conforme al párrafo anterior, lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra aquél..." La situación reglamentada por el artículo anterior podría llevar al caso de que el legatario subrogado tuviese un crédito hipotecario sobre su propio bien, sin embargo, la ley no permite que dicha garantía se extinga, no obstante que existiría una contraposición con la regla general de que nadie puede tener gravamen sobre bienes que le pertenezcan, y en su provecho, en la situación en que medie algún otro interés jurídico y existan otros acreedores, pues subsistiendo dicho gravamen en favor del legatario otorga a éste el derecho de hacer efectivo su crédito sobre el patrimonio obligado a satisfacer su legado.

Dentro de éste mismo caso cabe exponer la situación del mismo tercero poseedor del inmueble hipotecado, pues debe considerársele como interesado en el pago, aun cuando no sea obligado personalmente, sin embargo, está expuesto indirectamente a la acción del acreedor hipotecario.

III.—Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia, con ello se permite a un heredero conjurar la venta forzada de los bienes de la sucesión en un momento inoportuno por efecto de un procedimiento derivado del ejercicio de una acción hipotecaria por ejemplo; en cuyo caso el heredero se

subroga en todos los derechos que pertenecían al acreedor hipotecario adquiriendo de esa manera la hipoteca del propietario en caso de que al heredero subrogado en los derechos del acreedor hipotecario se le adjudique el objeto gravado, sin embargo, ésta situación es permitida tomando en cuenta que puede haber otros acreedores subordinados en preferencia pero de igual naturaleza y cuyo crédito esté garantizado con el mismo bien.

IV.—Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre el un crédito hipotecario anterior a la adquisición; éste caso de subrogación se refiere exclusivamente a la hipoteca, como lo hemos expuesto con anterioridad en el capítulo precedente, se trata de un caso de hipoteca del propietario; por lo que únicamente nos concretamos a decir aquí, que la situación de subrogación que nos presenta este caso sólo ocurre cuando existen otros acreedores de la misma naturaleza a quienes se les pueda oponer el crédito adquirido por el adquirente de la finca, pues no existiendo acreedores hipotecarios ulteriores con quiénes discutir la preferencia, la hipoteca pagada por el adquirente del inmueble, se extingue, pues no existe para el adquirente ningún interés jurídico en ser acreedor hipotecario sobre su propio bien.

V.—Por último el artículo 2059 de nuestro Código Civil vigente, nos señala un quinto caso de subrogación por virtud del cual se opera la transmisión de un crédito en favor de un tercero que hace pago; el artículo indicado establece: "Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fué prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato".

FORMAS DE EXTINCION DE LAS HIPOTECAS Y SUS EFECTOS.—La hipoteca, como un derecho de garantía real accesorio, queda sometida a los principios que rigen la causa que la motiva; es decir, rigen para ella las reglas de la obligación principal a la cual garantiza, por lo que tratándose de la extinción de ella, le son aplicables las formas de extinción de las obligaciones en general. Sin embargo, a fin de tratar con un cierto orden este punto relativo a la extinción de las hipotecas, dividiremos nuestro estudio en dos partes, en la primera nos ocuparemos de la extinción de las hipotecas a consecuencia de la extinción de la obligación principal propiamente dicha; y, en segundo lugar, analizaremos lo que pudiéramos llamar las formas directas de extinción de las hipotecas, por las que principalmente se opera la extinción de la garantía, pero sin embargo, quedando subsistente el crédito que garantizaba.

En primer lugar, dentro del primer grupo de formas de extinción de las hipotecas por vía de consecuencia de extinción de la obligación principal, nos encontramos con el pago, forma de extinción de las obligaciones que dentro de nuestra legislación es reglamentada fuera del capítulo relativo a la extinción de las obligaciones en el capítulo denominado cumplimiento de las obligaciones; esto se debe a que el efecto fundamental del pago es el cumplimiento de las obligaciones y por consecuencia de ella la extinción de las mismas. El pago es la entrega de la cosa debida o de la cantidad debida o la prestación del servicio que se hubiere prometido. Es, podemos decir, la ejecución efectiva de la obligación. Expuestas las anteriores ideas y aplicándolas a la extinción de las hipotecas por ese efecto, podemos decir que el pago de la hipoteca consiste en la devolución del préstamo que generó la hipoteca con sus accesorios, ya que en la mayoría de los casos se constituyen hipotecas para garantizar préstamos en dinero, por tanto el pago de la hipoteca en estos casos siempre se traduce en la entrega de una suma de dinero con lo cual se satisfacen los derechos del acreedor desapareciendo la seguridad real como una consecuencia inmediata de ello. El pago deberá hacerse por el propio deudor o por sus legítimos representantes; en relación con las hipotecas, el pago realizado por un terecro, no tiene fuerza liberatoria con relación al gravamen, ya que en estos casos se considera generalmente que es un pago con subrogación, el cual no tiene por efecto extinguir la obligación sino transmitirla.

Es un principio general que el pago nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley; aplicando éste criterio general a la hipoteca, en ella es válido pactar el pago parcial de la obligación que garantiza; pero sin embargo, el gravamen hipotecario subsiste todo entero en virtud del principio de indivisibilidad de la hipoteca en relación con el crédito, por lo cual el pago parcial de la obligación no disminuye la integridad total de la hipoteca; el artículo 2911 de nuestro Código Civil establece: "La hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada ....."; de ello se deduce, que el gravamen hipotecario subsistirá íntegro hasta que se haya dado cumplimiento total a la obligación que garantiza.

La siguiente forma por la cual se puede extinguir una hipoteca por vía de consecuencia de la extinción de la obligación principal, es la Novación; ésta consiste en la extinción de una obligación por la creación de una obligación nueva destinada a reemplazarla, y que difiere de la primera por cierto elemento nuevo. La extinción de la hipoteca por novación, se produce cuando expresamente las partes alteran substancialmente el contrato que le dió origen creando una obligación nueva y substituyéndola por la antigua, existiendo por ello una diferencia

substancial entre ambas obligaciones. Por ello y aplicando el principio de que por efecto de extinguir la obligación principal se extinguen los accesorios de la misma, asimismo desapareciendo la obligación principal garantizada por una hipoteca, se extinguirá igualmente ésta por efecto de la extinción por novación de aquélla. No obstante lo anterior, nuestra legislación permite que el acreedor por una reserva expresa pueda impedir la extinción de las obligaciones accesorias a la de la obligación principal que se extingue, y por tal efecto dichos accesorios podrán pagar a la nueva obligación principal que se crea por efecto de la Novación, por tanto, en el caso de la hipoteca ésta puede nó extinguirse por efecto de la Novación aunque se extinga la obligación principal que garantiza, pudiendo pasar dicha hipoteca a la nueva obligación principal creada; solamente como excepción se prohibe que el acreedor pueda reservarse la hipoteca de la obligación principal extinguida por efecto de la Novación, cuando los bienes hipotecados pertenecieran a terceros que no hubieran tenido parte en la Novación, a menos que éstos otorgaran su consentimiento a dicha reserva del acreedor en cuyo caso ésta se considerará como válida.

La novación es un contrato y como tal está sujeta a ciertas formalidades; en primer lugar debe hacerse constar expresamente, lo cual aplicándolo directamente a la Novación de la obligación principal garantizada por hipoteca, cuando el acreedor hace reserva de ésta expresamente, diremos que el convenio en que se haga constar dicha reserva, deberá hacerse en escritura Pública o en escrito privado firmado ante dos testigos según los casos, y asimismo para que dicho convenio produzca todos sus efectos en relación con terceros, deberá registrarse en el Registro Público de la Propiedad.

En tercer lugar, como forma de extinción de las hipotecas por vía de consecuencia, tenemos la Compensación que se presenta cuando dos personas reúnen las cualidades de deudores y acreedores recíprocamente por igual cantidad líquida y siendo sus deudas con semejante objeto quedarán extinguidas de pleno derecho; en la generalidad de los casos puede surtir efectos la compensación aunque los créditos compensados no sean iguales por lo que se refiere a la cantidad líquida de los mismos, en cuyo caso la compensación extinguirá por ministerio de la ley las dos deudas pero hasta la cantidad que importe la menor; en el caso de la extinción de la hipoteca por efecto de la compensación del crédito que garantiza, creemos que sólo cuando los créditos compensados son por igual cantidad, la hipoteca se extinguirá o bien cuando el crédito menor hasta el cüal produce efectos la compensación sea el que esté garantizado con ella, pues en caso de que en la compensación de dos créditos uno de ellos sea mayor que el otro, y éste estuviera garantizado con hipoteca, podrá operarse la compensación, pero no así la extinción de la hipo-

teca, sobre el excedente del crédito garantizado con ella, ya que, como hemos dicho, ésta subsistirá toda entera en tanto no se haya pagado íntegramente la totalidad del crédito que garantiza.

Por último se presenta también como caso de extinción de la hipoteca por vía de consecuencia de la extinción de la obligación principal, la Confusión; ésta consiste de una manera general en la reunión de las calidades de acreedor y de deudor en una misma persona referentes a la misma obligación. Por dicho efecto, se extingue el crédito y la deuda, es decir, la obligación bajo sus dos aspectos: el activo y el pasivo; en el caso de la hipoteca, existe confusión cuando en una misma persona quedan reunidas la propiedad irrevocable del objeto hipotecado y el crédito que a él grava, lo que trae ineludiblemente la extinción de la hipoteca, ya que se vuelve imposible el ejercicio de la acción hipotecaria contra el deudor, puesto que siendo la misma persona sujeto activo y pasivo de la relación, el acreedor no puede proceder contra sí mismo. No hay que confundir ésta situación con los casos que hemos señalado de Hipoteca del Propietario.

En todo lo no expuesto anteriomente relativo a la Compensación y a la Confusión nos remitimos a lo que sobre ésta clase de extinción de obligaciones reglamente nuestro Código Civil en una forma general en los Capítulos I y II Título Quinto de dicho ordenamiento, en cuanto fuere aplicable para los casos de extinción de las hipotecas por efecto de ellas.

Expuesto en los párrafos anteriores las diversas formas de extinción de las hipotecas por efecto de la extinción del crédito que garantiza, enseguida nos ocuparemos de las diversas formas de extinción de las hipotecas por causa directa, es decir, son los casos en que la extinción se opera directamente sobre el gravamen, sin extinguir el derecho personal del acreedor; por estas causas, el gravamen desaparece de modo que la finca queda libre de él en el caso en que fuera un sólo gravamen el que reportara, si son varios los gravámenes hipotecarios que reporta un objeto, entonces el efecto de la extinción de uno de ellos no acarreará la libertad absoluta del bien, sino que sólo traerá por consecuencia el avance de los acreedores posteriores.

Siguiendo el orden que al efecto establece el artículo relativo a las formas de extinción de las hipotecas por vía directa, estudiaremos las siguientes:

I.—Por la extinción del bien hipotecado; interpretando lisa y llanamente el contenido de ésta causa por la cual se extinguen las hipotecas, es claro que la hipoteca desaparezca pues no puede gravar la nada, ya que desapareciendo materialmente el bien hipotecado ya sea por destrucción del mismo ya sea

porque dicho bien quede fuera del comercio y por tanto no pueda ser objeto de gravamen alguno, o bien porque se hubiera perdido y no exista posibilidad de localizársele, o por último, que aun conociendo dónde se encuentra el bien, no exista posibilidad material alguna de recuperarlo. Este es el criterio general, pero sin embargo existen varias situaciones de excepción respecto de la extinción o desaparición de los bienes hipotecados; en primer lugar y tomando en cuenta que la hipoteca no sólo puede gravar objetos materiales sino también derechos y se establece que la hipoteca constituída sobre ellos durará mientras éstos subsistan, pero se establece que si el derecho sobre el cual la hipoteca se hubiese constituído se ha extinguido por culpa de quien lo disfrutara, tendrá obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor o en caso contrario a pagarle todos los daños y perjuicios. En esta situación, aunque de hecho ha desaparecido la hipoteca que gravaba el derecho por la desaparición o extinción de éste, sin embargo para el acreedor en cierta forma la hipoteca no se ha extinguido, sobre todo en el sentido de que se encontrara desamparado con sólo gozando de su derecho personal, sino que tiene derecho a que el deudor constituya a su favor una nueva hipoteca. Sin embargo, en el artículo que reglamenta esta situación, que es el 2903 de nuestro Código Civil vigente, existe una ambigüedad ya que ofrece la posibilidad de que el deudor que por su culpa se hubiese extinguido el derecho gravado con la hipoteca y ésta desaparezca, no constituye una nueva hipoteca a favor del acreedor y en dicho caso únicamente estará obligado a pagar a éste los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado, creemos que dicho artículo debería obligar en todo caso al deudor hipotecario a constituír a favor del acreedor una nueva hipoteca, cuando por su causa se hubiere extinguido el derecho gravado por la anterior hipoteca.

Asimismo creemos que debería existir obligación del deudor a constituír una nueva hipoteca no sólo cuando por su culpa desapareciere el bien gravado por la hipoteca y por tal causa ésta se extinguiera, cuando el bien fuera un derecho; sino también cuando el bien hipotecado fuese un objeto material y éste se extinguiera o desapareciera por culpa del deudor. Nuestro legislador sólo obliga al acreedor a mejorar la hipoteca cuando el inmueble hipotecado se hiciese insuficiente, pero no contempla la situación cuando dicho bien se extinga totalmente, en que creemos se debe aplicar la misma regla que para el caso de que se trate de un derecho gravado por la hipoteca.

Por último, debemos exponer que para que la hipoteca se extinga, es menester que el objeto gravado también se extinga totalmente, si sólo se produce una extinción, una pérdida o una desaparición parcial, la hipoteca subsistirá íntegra sobre la parte que no se hubiese extinguido o desaparecido; asimismo, es necesario re-

cordar en este punto de que estamos tratando, la situación que ya hemos analizado anteriormente, relativa a que si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca y además el valor del seguro quedará afecto al pago, es decir en estos casos la hipoteca no se extingue aunque desapareciere el bien hipotecado, sino que subsistirá gravando el precio del seguro.

Expuestas las anteriores observaciones concluiremos afirmando que es absolutamente jurídico que si el bien hipotecado (ya se trate de un objeto material o de un derecho) desapareciere o se extinguiere, necesariamente se extinguirá la hipoteca que lo gravaba.

II.—Por la resolución o extinción del derecho del deudor sobre el bien hipotecado; en relación con ésta causa por la cual se extingue la hipoteca, es necesario recordar previamente el principio consagrado por nuestra legislación en el sentido de que cuando el propietario de un bien tenga sujeta su propiedad a modalidades, es decir, pendiente de un término o de una condición, el gravamen que constituye sobre dicha propiedad estará también sujeto a dichas modalidades, en tal virtud si se llega a constituír una hipoteca sobre un bien cuya propiedad en relación con el deudor constituyente esté sujeta a una condición y ésta llega a cumplirse resolviendo la propiedad del bien sujeto a tal modalidad, la hipoteca que gravaba ese bien también se resuelve por efecto del cumplimiento de la condición y en tal virtud el gravamen queda extinguido; Por tanto, lo dispuesto en la fracción tercera del artículo 2941 del Código Civil respecto a que la hipoteca se extingue cuando se resuelva el derecho del deudor sobre el bien hipotecado, no es aplicable al caso en que el deudor hipotecario pierde la propiedad porque otro la adquiera por ejemplo por prescripción, pues de acuerdo con los artículos 2893 y 2894, la hipoteca es una garantía real y los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto aunque pasen a poder de terceros sin que en el último de los preceptos citados se establezca distinción alguna por lo que ve a la causa que origine la transmisión de la propiedad; por tanto, la fracción III del artículo 2941 no es una norma legal que abarque todos los casos de extinción del derecho de propiedad del dueño del predio hipotecado, y solo es aplicable cuando ese derecho es condicional o limitado.

III.—Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose lo dispuesto en el artículo 2910 del Código Civil; la situación a que se contrae la presente causa de extinción de la hipoteca es similar a la situación de extinción del bien hipotecado, en este caso nos encontramos igualmente ante una extinción mas no material, ya que el bien no desaparece o se destruye, sino más bien pudiéramos llamar una extinción jurídica que consiste en la afectación

por parte del estado del bien gravado por una causa de utilidad pública desposeyéndolo de su legítimo propietario, acarreando automáticamente la cancelación de todo gravamen que sobre dicho bien exista, ya que al pasar al poder del estado, éste se constituye su propietario no pudiendo existir sobre bienes propiedad de éste gravamen alguno. Sin embargo, toda vez que la expropiación de bienes por causa de utilidad pública obliga al estado a indemnizar al propietario por el perjuicio que ha sufrido, nuestro legislador, tomando en cuenta esta situación, trata de amparar en cierta forma los intereses del acreedor hipotecario del bien expropiado y establece que el monto de la indemnización que reciba el deudor propietario por parte del estado, quede sujeto a la hipoteca que gravaba el objeto expropiado.

IV.—Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325, para que proceda la extinción de las hipotecas por efecto de la causa antes citada, debemos suponer previamente que el remate judicial se ha llevado a cabo legalmente, es decir que se haya hecho precisamente en subasta pública ordenada por Juez Competente, es decir que sea precisamente un remate judicial, asimismo que previamente a dicho remate hayan sido citados oportunamente los demás acreedores del bien hipotecado, por ello es requisito que el Juez antes de fijar fecha para el remate, ordene la exhibición de un certificado de gravámenes que reporte el objeto hipotecado, expedido por el Registro Público de la Propiedad, y si de él se infiere que existen otros acreedores, ordenará la citación oportuna de éstos, por último es necesario que el comprador en el remate judicial exhiba el importe total del precio fijado en el remate, en cuyo caso, cumplidos tales requisitos, pasará el bien rematado al comprador libre de todo gravamen y para tal efecto el Juez correspondiente ordenará la cancelación o cancelaciones respectivas. El principio anterior puede ser modificado mediante estipulación expresa en contrario. Si la adjudicación en remate judicial del bien hipotecado se hace en favor del acreedor, éste reconocerá a los demás acreedores hipotecarios sus créditos para pagarlos al vencimiento de sus escrituras y entregará al deudor al contado lo que resulte libre del precio después de hecho el pago. (Art. 593 del Código de Procedimientos Civiles).

V.—Por la Remisión expresa del acreedor. Aun cuando nuestro legislador no involucre esta causa de extinción de las hipotecas dentro de la fracción Segunda del artículo 2941 de nuestro Código Civil, que se refiere de una manera general a las formas de extinción de las hipotecas por vía de consecuencia por la extinción de la obligación principal garantizada, creemos que a estas formas de extinción de las hipotecas pertenece la Remisión, pero por sistema del orden seguido en nuestra legislación sobre éste punto, estudiaremos la Remisión en este lugar sin que por

ello quiera decir que sea una causa directa de extinción de las hipotecas. Acerca de la Remisión el artículo 2209 de nuestro Código Civil vigente establece: "Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohibe"; y el siguiente artículo o sea el 2210 determina: "la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas dejan subsistente la primera". Expuesto lo anterior, creemos que también pueda proceder la Remisión directa del gravamen hipotecario dejando subsistente la obligación principal de carácter personal, sin embargo, en ambos casos la remisión debe ser expresa y hecha constar en escritura Pública si el crédito o gravamen remitidos exceden de la cantidad de quinientos pesos y en escrito privado ante dos testigos si no exceden de dicha cantidad, además, para surtir efectos en relación con terceros será necesario el registro del documento en que se haga constar la remisión. Derivado de los términos de los artículos de nuestro Código que se refieren a la Remisión, sustentamos el criterio de que ésta es un acto jurídico unilateral, espontáneo por parte del acreedor que libera, perdona o exime de una obligación a su deudor, por tanto, para la constitución de éste acto no es necesaria la concurrencia del deudor aceptando la Remisión, ya que ésta tiene por causa directa el espíritu de liberalidad por parte del acreedor.

VI.—Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria; esta causa de extinción de las hipotecas se basa en el efecto de la prescripción negativa, que consiste en la liberación de una obligación por el transcurso de cierto tiempo que en nuestra legislación para los efectos de la prescripción de la acción hipotecaria, es de diez años; así lo establece el artículo 2918: "La acción hipotecaria prescribirá a los diez años contados desde que pueda ejercitarse con arreglo a título inscrito". Es decir conforme a la disposición legal citada, llegado el término en que deba exigirse el pago del crédito garantizado con hipoteca y éste no es realizado por el deudor, entonces el acreedor desde dicho momento tendrá derecho a ejercitar su acción hipotecaria y para que ésta prescriba será necesario el transcurso de diez años desde dicho momento, pasados los cuales el deudor hipotecario deberá promover la declaración de prescripción de la acción hipotecaria, por cuyo efecto se extinguirá la hipoteca de la cual derivó la acción hipotecaria que no se hubo ejercitado y que por el transcurso de dicho tiempo, fué declarada prescrita.

VII.—Por último, aunque fundamentalmente son aplicables las reglas generales del pago, analizaremos separadamente la forma de extinción de las obligaciones llamada Dación en pago y que por vía de consecuencia produce la extinción de las obligaciones accesorias como las hipotecas; a efecto de no repetir conceptos ya expuestos, damos por reproducido aquí lo que hemos expresado al hablar del pago,

aplicable en lo conducente a la dación en pago; nuestro legislador, refiriéndose a ésta forma de pago establece en el artículo 2095: "La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida" y el artículo 2096 estatuye: "Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago". En virtud de que no existe excepción al principio de que por medio de dación en pago puede ser extinguida una hipoteca cuando por esta forma se hubiese extinguido la obligación principal que garantizaba; sin embargo, el artículo 2945 establece: "La hipoteca extinguida por dación en pago revivirá si el pago 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"; y el artículo siguiente determina: "En los casos del artículo anterior, si el registro hubiere sido ya cancelado, revivirá solamente desde la fecha de la nueva inscripción quedando siempre a salvo del acreedor el derecho para ser indemnizado por el deudor de los daños y perjuicios que se le hayan seguido". Siendo claros los términos en que están contenidos los artículos transcritos, creemos que no requieren mayor explicación, por lo que con ello concluimos el estudio relativo a la extinción de las hipotecas.

CANCELACION DE LA INSCRIPCION DE LAS HIPOTECAS.—El artículo 2940 de nuestro código civil en vigor, establece: "La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero mientras no sea cancelada su inscripción "Es decir, conforme al precepto legal citado, la cancelación de las hipotecas lo mismo que la constitución de las mismas, necesitan de registro para producir efectos en relación con terceros únicamente, ya que en relación con las partes, la extinción de las hipotecas surte efecto para con ellas desde que se ha operado aquella aun cuando no hubiere sido cancelada la inscripción; la cancelación de la inscripción de las hipotecas tiene por objeto poner los registros en armonía con la realidad de las cosas y permite en cuanto a los terceros, que éstos conozcan con certidumbre los gravámenes que pesan sobre la propiedad del deudor. La cancelación de la inscripción de una hipoteca tiene como base la extinción de esta por lo que no puede ya producir ningún efecto, y por tanto el mantenimiento en el registro de la inscripción que se había hecho para su conservación, no ofrece ya ningún interés; no se puede dar eficacia alguna a un derecho que ha dejado ya de existir; como confirmación de lo anteriormente expuesto, citaremos el artículo 3029 de nuestro Código Civil vigente que establece: "Las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación, o por el registro de la transmisión del dominio, o

derecho real inscrito a otra persona". Este precepto se halla situado en la Tercera Parte, Título Segundo, Capítulo VI de nuestro Código, que se refiere a la extinción de las Inscripciones en general, aplicándose los preceptos relativos de dicho Capítulo en lo conducente a la cancelación de las inscripciones de las hipotecas.

Aplicando la reglamentación de dicho Capítulo referente a la cancelación de las inscripciones en general por lo que se refiere a las hipotecas en particular, diremos en primer lugar, que los registros de hipotecas pueden ser cancelados por consentimiento de las partes o bien por decisión judicial (art. 3030 del C. C.) Del contenido del citado artículo podemos deducir en primer lugar que la cancelación de la inscripción del gravamen puede ser un acto del consentimiento, dependiendo en principio sus efectos de la voluntad del acreedor, el cual consintiendo en la cancelación renuncia simplemente a la inscripción del gravamen y al derecho de preferencia que le aseguraba, esto puede suceder en virtud de que si el acreedor por un acto unilateral puede hacer inscribir en el Registro Público de la Propiedad una hipoteca a su favor, podrá igualmente cancelar dicha inscripción, así como su derecho hipotecario, todo depende del alcance del acto en que se hubiere hecho constar la intención de las partes, siendo necesario únicamente que éstas sean legítimas, que tengan capacidad para contratar y hagan constar su voluntad de un modo auténtico (Art. 3034 del C. C.)

Por otra parte, el artículo 3031 determina que: "La cancelación de las inscripciones podrá ser total o parcial". Aplicando éste precepto a las hipotecas debemos decir en primer lugar que no puede haber cancelación parcial de las hipotecas ya que por regla general éstas subsistirán íntegras aunque se reduzca la obligación garantizada y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven aunque el restante hubiere desaparecido; solamente en los casos en que se hipotequen varias fincas para la seguridad de un sólo crédito es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca y puede cada una de ellas ser redimida en forma parcial en relación con las demás pagándose la parte de crédito que garantiza; e igualmente cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada se divida se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones, y podrán irse haciendo las cancelaciones parciales del gravamen a medida que se vayan cubriendo los créditos garantizados por cada fracción.

El artículo 3032 establece las formas en que podrá pedirse por las partes o bien ordenarse por autoridad judicial la cancelación de una inscripción y al efecto se contiene en los siguientes términos; "Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso, la cancelación total: I.—Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripción: II.—Cuando se extinga por completo el derecho inscrito; III.—

Cuando se declara la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción; IV.—Cuando se declare la nulidad de la inscripción; V.—Cuando sea vendido judicialmente el inmueble que reporte el gravamen en el caso previsto en el artículo 2325; VI.—Cuando tratándose de una cédula hipotecaria o de un embargo; hayan transcurrido tres años desde la fecha de la inscripción. En relación con el contenido del precepto citado, solamente debemos agregar, que además podrá pedirse la cancelación de la inscripción de una hipoteca cuando ésta se haya extinguido por cualquiera de las causas que hemos señalado anteriormente en éste mismo capítulo.

El artículo 3038 del citado Código, determina: "Los padres, como administradores de los bienes de sus hijos; los tutores de menores o incapacitados, y cualesquiera otros administradores, aunque habilitados para recibir pagos y dar recibos, sólo pueden consentir en la cancelación del registro hecho en favor de sus representados, en el caso de pago o por sentencia judicial". Las restricciones a que se refiere éste artículo tienen su fundamentación en virtud de que los administradores de referencia, solamente tienen poder para actos de administración y uno de ellos lo es la cancelación de inscripciones por pago, pero la cancelación de inscripciones por efectuar los admnistradores citados; en cuanto a la otra causa por la cual deben consentir la cancelación de inscripciones de hipotecas tiene su fundamento en que más que un derecho de que pueden gozar, se trata de una obligación que tienen que cumplir por provenir el mandato de cancelación de una autoridad judicial por efecto de una sentencia.

Por último, el Capítulo que venimos estudiando se refiere a la cancelación de las inscripciones de las hipotecas constituídas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador; los artículos relativos en que se contiene la forma de cancelación de ésta clase de hipotecas se contienen en los términos siguientes:

Artículo 3039.—"La cancelación de las inscripciones de hipotecas constituídas en garantía de títulos transmisibles por endoso, puede hacerse: I.—Presentándose la escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual debe constar haberse inutilizado en el acto de su otorgamiento los títulos endosables; II.—Por solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, a la cual se acompañen inutilizados los referidos títulos; III.—Por ofrecimiento de pago y consignación del importe de los títulos hechos de acuerdo con las disposiciones relativas".

Artículo 3040.—"Las inscripciones de hipotecas constituídas con el objeto de garantizar títulos al portador, se cancelarán totalmente si se hiciere constar por acta notarial estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de títulos debidamente inutilizados".

Artículo 3041.—"Procederá también la cancelación total si se presentasen, por

lo menos las tres cuartas partes de los títulos al portador emitidos y se asegurase el pago de los restantes, consignándose su importe y el de los intereses que procedan. La cancelación en este caso deberá acordarse por sentencia previos los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles".

Artículo 3042.—"Podrán cancelarse parcialmente las inscripciones de que se trata presentando acta notarial de estar recogidos y en poder del deudor debidamente inutilizados, títulos por un valor equivalente al importe de la hipoteca parcial que se trata de extinguir, siempre que dichos títulos asciendan por lo menos a la décima parte de total de la emisión".

En relación con lo expresado por el último de los artículos transcritos, debemos hacer notar que en él se contraviene la regla tantas veces expresada en el sentido de que la hipoteca no puede cancelarse parcialmente sino que subsistirá ella toda entera hasta que no sea pagado totalmente el crédito que garantiza; en esa virtud solamente podrá haber una cancelación de la hipoteca por lo que se refiere al crédito, es decir se podrá hacerse constar en el registro la cancelación parcial de crédito hasta el monto en que hubiere sido pagado éste; pero la hipoteca deberá seguir gravando aunque se hubiere reducido el monto del crédito, la totalidad de los bienes.

lo menos las tres cuartas partes de los títulos al portador emitidos y se asegurase el pago de los restantes, consignándose su importe y el de los intereses que procedan. La cancelación en este caso deberá acordarse por sentencia previos los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles".

Artículo 3042.—"Podrán cancelarse parcialmente las inscripciones de que se trata presentando acta notarial de estar recogidos y en poder del deudor debidamente inutilizados, títulos por un valor equivalente al importe de la hipoteca parcial que se trata de extinguir, siempre que dichos títulos asciendan por lo menos a la décima parte de total de la emisión".

En relación con lo expresado por el último de los artículos transcritos, debemos hacer notar que en él se contraviene la regla tantas veces expresada en el sentido de que la hipoteca no puede cancelarse parcialmente sino que subsistirá ella toda entera hasta que no sea pagado totalmente el crédito que garantiza; en esa virtud solamente podrá haber una cancelación de la hipoteca por lo que se refiere al crédito, es decir se podrá hacerse constar en el registro la cancelación parcial de crédito hasta el monto en que hubiere sido pagado éste; pero la hipoteca deberá seguir gravando aunque se hubiere reducido el monto del crédito, la totalidad de los bienes.

CONCLUSIONES.

CAPITULO PRIMERO.—

a).—Producto de la evolución de las figuras denominadas "Fiducia" y "Pignus", la Hipoteca en el Derecho Romano siendo un derecho real accesorio, era una de las formas más desarrolladas de garantía para el cumplimiento de obligaciones derivadas ya fuese de un contrato o de un acto jurídico unilateral o bien simplemente en garantía de obligaciones naturales. Podían constituirse Hipotecas Generales gravando el patrimonio todo entero del deudor y como consecuencia de ello además de la casi absoluta falta de publicidad de los gravámenes, el Sistema Hipotecario Romano se caracterizó por la clandestinidad y la existencia de hipotecas ocultas; por último en cuanto a los bienes objeto de dicho contrato podían ser tanto corpóreos (muebles e inmuebles) como incorpóreos, y para la constitución de dicho contrato se recurría a la convención, a la disposición de última voluntad o bien podía constituirse tácitamente.

b).—La Hipoteca en el Derecho Alemán evoluciona en forma distinta a la del Derecho Romano, caracterizándose por la especialidad en cuanto a los bienes sujetos al gravamen, y correlativa a dicha característica se establece la publicidad de los gravámenes desarrollada en forma completa, y asimismo se niega la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles.

c).—Paralela a la evolución de la Hipoteca en el Derecho Romano, en igual forma se desarrolla dicha institución originalmente, dentro del derecho español. Sin embargo en la actualidad caracteriza la hipoteca en el mencionado derecho español por los principios de especialidad y publicidad de la misma. Por otra parte en dicho derecho se ha tratado de crear un estudio autonómo e independiente sobre la materia hipotecaria, constituyéndose así un derecho hipotecario en el que en forma general se estudia todo lo relativo a la propiedad inmueble, sus modificaciones y gravámenes.

d).—Con ciertas semejanzas a la evolución del derecho Romano relativa a la hipoteca, se desarrolla dicha institución en el Derecho Francés; sin embargo pronto

es modificada y organizada sobre la base de los principios de especialidad y publicidad de ella; recayendo exclusivamente sobre bienes inmuebles; posteriormente durante la Revolución Francesa y algún tiempo después, se quiso volver a los principios del Derecho Romano, pero con el Código de Napoleón se vuelve a constituir la hipoteca sobre la base de los principios modernos.

e).—Resultado de la evolución del sistema Hipotecario Alemán recogido en parte a través del sistema Hipotecario Español, la Hipoteca en el Derecho Mexicano se finca sobre la base de los principios de especialidad y Publicidad de la misma y en cuanto a los bienes susceptibles de ser gravados con ella al no prohibir expresamente nuestra legislación que ella no puede recaer sobre bienes muebles tácitamente acepta la posibilidad de recaer sobre dicha clase de bienes como sobre inmuebles.

CAPITULO SEGUNDO.—

a).—La palabra hipoteca se puede referir a tres acepciones disintas: I.—Como contrato, II.—Como Derecho Real del mismo nombre, y III.—Como la misma cosa sobre la cual se constituye. El contrato de hipoteca dá nacimiento al derecho real del mismo nombre y es accesorio de una obligación principal a la cual garantiza, otorga a su titular los derechos de persecución y preferencia sobre la cosa gravada y se constituye generalmente sobre bienes inmuebles corporales o incorporales.

b).—La Hipoteca es indivisible en relación con el crédito que garantiza, es decir aún cuando el monto del crédito se reduzca la hipoteca en su totalidad continua garantizando el resto del crédito que no se haya pagado. Pero en relación a los bienes que grava la hipoteca es necesariamente divisible en nuestra legislación; es decir, cuando se hipotequen diversas fincas para la seguridad de un solo crédito o bien cuando se hipoteque una sola cosa que sea susceptible de ser fraccionada convenientemente en uno y otro caso deberá hacerse la necesaria división y determinación de la porción del crédito por la que responde cada finca o cada fracción de ella.

c).—Existen en nuestro derecho dos clases fundamentales de hipotecas; las voluntarias y las necesarias. En las primeras como su mismo nombre lo indica, es la voluntad de las partes la base y el elemento que constituye y da vida al contrato de hipoteca; las necesarias son impuestas en forma obligatoria por la Ley y se cons-

tituyen por disposición expresa del Legislador para beneficio de determinadas personas con el objeto de asegurar sus créditos o la administración de sus bienes. Ambas hipotecas son de carácter especial y expreso.

d).—Característica fundamental de la hipoteca, es la especialidad de la misma, debiéndose entenderse por tal el que la hipoteca debe recaer sobre bienes específicamente determinados y que asimismo debe constituirse en forma expresa y no tácitamente; por otra parte consideramos que dicha característica se debe extender al señalamiento de la cantidad garantizada y a los intereses pactados, por lo que ellos deberán ser señalados en forma determinada y específica al momento de la constitución de la hipoteca.

CAPITULO TERCERO.—

a).—La hipoteca recae generalmente sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales constituidos sobre los mismos; consideramos como de tal categoría los bienes inmuebles por su destino o los que por disposición de la Ley sean considerados como tales mientras no se efectúe la separación de dichos bienes del objeto gravado al cual están adheridos. Dichos bienes en ningún caso deberán ser entregados al acreedor quedando siempre en poder del deudor.

b).—La hipoteca sobre los derechos de autor es de existencia dudosa; nos inclinamos a negar que tal derecho pueda ser gravado con hipoteca; la relativa propiedad que de dicho derecho goza el titular del mismo en el sentido de que es una propiedad restringida en cuanto al tiempo, y la poca eficacia que el registro de tales derechos ofrece para poder inscribir en él los gravámenes que sobre aquél se constituyeran, son las causas de nuestra negativa al respecto.

c).—Sensible modificación nos presenta nuestra actual legislación en relación con las anteriores y así mismo en relación con las de otros países al no prohibir en forma expresa y correlativamente permitir tácitamente la hipoteca sobre bienes muebles; doctrinaría y tradicionalmente la hipoteca podemos afirmar, se puede referir indistintamente a bienes muebles e inmuebles; en los momentos actuales las necesidades reales de carácter económico (Suprimir inconvenientes y abusos del préstamo usurario así como del crédito pignoraticio, de la compra-venta con reserva de dominio y la venta en abonos y asimismo los beneficios que acarrearía a personas de escasos recursos, o comerciantes e industriales en pequeño) imponen la creación

de la hipoteca Mobiliaria la que como se dijo es compatible con nuestro derecho positivo; señalándose como fundamental obstáculo tanto práctico como legal, el que ella no pueda constituirse sobre bienes muebles que carezcan de características específicamente determinadas, ya que ello haría negatorio el efecto que deriva del registro de tales hipotecas haciendo difícil su identificación, pues los bienes que la hipoteca grave sean muebles o inmuebles deberán ser en todo caso ciertos y especialmente determinados; salvando este obstáculo, la hipoteca mobiliaria se puede constituir válidamente.

CAPITULO CUARTO.—

a).—Tienen facultad para constituir un gravamen hipotecario todas aquellas personas que tengan igualmente la facultad de enajenar y disponer libremente de sus bienes; la constitución de las hipotecas se perfecciona mediante la concurrencia de voluntades por parte de aquél que tenga la capacidad de hacerlo y de aquél en cuyo favor se constituya el gravámen; sin embargo, admitimos la posibilidad de constituir una hipoteca por medio de una declaración unilateral de voluntad por parte del constituyente de la misma.

b).—Distinta a la Cédula Hipotecaria del Derecho Alemán por lo que se refiere a la existencia de hipotecas con expedición de Cédula Hipotecaria, dentro de nuestro derecho encontramos que dichos documentos son títulos de crédito que se expiden con la intervención de una Institución de Crédito particular con la autorización legal para ello; dichos títulos consagran una garantía real por una cantidad determinada y aunque teóricamente la institución de crédito emitente no sea más que un intermediario con función de garantizadora, no obstante ello decimos, son obligadas solidarias con el acreditado por todos los títulos que emita.

c).—Correlativo con el principio de especialidad de las hipotecas, lo es el principio de la publicidad de las mismas que se traduce en la inscripción de dicho gravamen en oficinas especiales denominadas Registros Públicos de la Propiedad y del Comercio (México) y cuyos efectos principales en nuestra legislación son el que la hipoteca deba ser necesariamente inscrita para producir efectos en relación con terceros, no siendo por tanto el requisito de la inscripción constitutivo del gravamen sino simplemente declarativo del mismo.

CAPITULO QUINTO.—

a).—Siendo de la esencia de la hipoteca el que los bienes gravados al momento de constituirse aquélla no deban entregarse al acreedor hipotecario, el deudor conserva la posesión y propiedad de ellos, por lo cual mientras llegue el término del cumplimiento de la obligación garantizada, podrá realizar sobre los objetos gravados toda clase de actos u omisiones inherentes al ejercicio del Derecho de Propiedad con la restricción única de que tal ejercicio no creé perjuicios en menoscabo de la garantía del crédito del acreedor hipotecario, por su parte éste antes del vencimiento de su crédito tiene como derecho fundamental impedir que se disminuya la garantía de su mismo crédito.

b).—Vencido el término conforme al cual el deudor hipotecario deba hacer pago del crédito garantizado con hipoteca y no efectuándolo, el acreedor podrá hacer valer sus derechos de persecución y preferencia sobre la cosa gravada; el primero de tales derechos se traduce en que estando en manos de quien se encuentre el objeto materia de la hipoteca el acreedor tendrá derecho ejercitando la acción hipotecaria en la vía procesal correspondiente a hacer vender judicialmente tales objetos y con el producto de dicha venta hacerse el pago de su crédito; el segundo de los derechos mencionados se traduce en la preeminencia que conforme a las leyes pueda tener el acreedor hipotecario, y por cuya razón se podrá hacer pagar su crédito en forma preferente a otros acreedores hipotecarios posteriores en tiempo o legalmente menos preferentes que el de él.

CAPITULO SEXTO.—

a.)—La hipoteca del propietario como su nombre la indica constituye un derecho sobre cosa propia, que se traduce en el derecho de hipoteca que el propietario de un bien tiene sobre el mismo; el derecho, reconoce tal situación en virtud de que en algunos casos trata de evitar el inmerecido avance de acreedores hipotecarios a un lugar preferente al del que les corresponde.

b).—Dentro de nuestra legislación aunque no en forma expresa, encontramos

en las fracciones III y IV del artículo 2058 de nuestra legislación civil relativo a la subrogación por ministerio de ley dos casos de hipoteca del propietario.

CAPITULO SEPTIMO.—

a).—Habiendo afirmado que la hipoteca es un derecho real accesorio, su duración no comprende más tiempo que la de la obligación principal a la cual garantiza, fijando nuestra legislación como término máximo de duración de la prolongación del plazo de la obligación principal que aquella garantiza.

b).—La transmisión de la hipoteca supone la del crédito hipotecario a la cual va anexa; la transmisión podrá efectuarse mediante sección de dicho crédito hipotecario o por efecto de la subrogación personal.

c).—La extinción de la hipoteca se produce por dos causas fundamentalmente; la primera en los casos de extinción de la obligación principal que aquella garantiza, y en segundo lugar por causa directa de extinción de la hipoteca misma; en cuyo caso queda subsistente el crédito garantizado. La extinción de la hipoteca por algunas de las causas indicadas suspende los efectos de la misma entre las partes que la hayan constituido y en relación con terceros es necesaria la cancelación de su inscripción para que no surta efectos en relación con ellos.

BIBLIOGRAFIA.

M. DURANTON.—Cours de Droit Francais suivant le Code Civil.

JOSE SANTA CRUZ TEIJEIRO.—Instituciones de Derecho Romano.

CHARLES MAYNZ.—Cours de Droit Romain.

M. TROPLONG.—Droit Civil Expliqué.

DR. F. CLEMENTE DE DIEGO.—Instituciones de Derecho Civil Español.

FRANCISCO LOZANO NORIEGA.—Apuntes de Contratos.

AGUSTIN GARCIA LOPEZ.—Apuntes de Contratos.

EUGENE PETIT.—Tratado Elemental de Derecho Romano.

JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ.—Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil.

LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLF.—Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas.

M. MATEOS ALARCON.—Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. (1870).

VIRGILE ROSSEL y F. H. MENTHA.—Manuel du Droit Civil Suisse.

ANDREAS von TUHR.—Teoría General del Derecho Civil Alemán.

RAFAEL ROJINA VILLEGAS.—Derecho Hipotecario Mexicano.

MANUEL BORJA SORIANO.—Teoría General de las Obligaciones.

MANUEL BORJA SORIANO.—La Hipoteca. Revista de Ciencias Sociales.

HECTOR LAFAILLE.—Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales.

JOSE MARIA LOZANO.—Derecho Hipotecario Comparado.

BENITO GUTIERREZ FERNANDEZ.—Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español.

JOSE CASTILLO LARRAÑAGA y RAFAEL DE PINA.—Instituciones de Derecho Procesal Civil.

NUSSBAUM ARTURO.—Tratado de Derecho Hipotecario Alemán.

FRANCESCO MESSINEO.—Doctrina General del Contrato.

BAUDRY-LACANTINERIE et D. LOYNES.—Du Nantissement, des Priviléges et Hypothéques.

PANTOJA y LLORET.—Ley Hipotecaria Comentada.

BONNECASE JULIEN.—Elementos de Derecho Civil.

MANRESA y NAVARRO.—Comentarios al Código Civil Español.

MORELL y TERRY.—Comentarios a la Legislación Hipotecaria.

DORTA DUQUE.—Curso de Legislación Hipotecaria.

CODIGO CIVIL DE 1870.

CODIGO CIVIL DE 1884.

CODIGO CIVIL DE 1928.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, vigente.

CODIGO DE COMERCIO, vigente.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.