

do á mejorar la hipoteca, que de hecho ha disminuido de valor para el acreedor, ó bien á pagar el crédito ó la parte de él que no alcance á cubrir la hipoteca. Ya dijimos en el artículo anterior que este y el que ahora nos ocupa, están tomados del Código de Cerdeña, cuyas disposiciones acepta el italiano.

## LECCION 18ª

### DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA

DE HIPOTECAS.

#### § 1º *Nociones generales.*

Se llama accion el medio legal de que se vale aquel que tiene algun derecho consagrado por la ley para ejercitarlo y hacerlo valer en juicio.

Por regla general toda accion se ejercita para la consecucion del derecho á que corresponde, en juicio contradictorio: en consecuencia, y valiéndonos de la definicion que consagra nuestra antigua jurisprudencia, podemos decir, que juicio es: legítima contencion de causa que se ventila entre actor y reo para que los pleitos se terminen por autoridad pública.

No es de nuestro propósito indicar en este lugar las diversas especies de juicio que conoce nuestra jurisprudencia, derivadas del fin que se intenta, de lo que se pide, de las personas que intervienen, del efecto que producen, y de los jueces ante quienes se siguen, bastando á nuestro objeto recordar que por razon del modo de proceder el juicio es *ordinario*, cuando se guardan en su tramitacion el orden y largas solem-

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
CAPILLA ALFONSIANA

nidades del procedimiento; y *sumario*, cuando el juez conoce breve y sumariamente, atendiendo mas á la verdad que á las solemnidades del derecho.

Nuestro código de procedimientos expresa bien cuales son las solemnidades que deben observarse en los juicios ordinarios, y cuales las que hay que guardar en los sumarios: ésta circunstancia quita á las definiciones que proponen los prácticos la vaguedad de que por la naturaleza misma de las cosas se resienten.

Nuestro código determina las reglas del procedimiento en el juicio sumario, y la naturaleza de las causas que deben ventilarse en ésta forma de debate, figurando entre ellas las que tienen por objeto hacer efectivos los derechos que nacen de la accion hipotecaria artículo 891 frac. 12<sup>a</sup> [1]. Así que el juicio que se intenta por derechos procedentes de la hipoteca es sumario, y puede tener tres objetos, conforme al artículo 951.

1<sup>o</sup> La constitucion, ampliacion ó division de una hipoteca:

2<sup>o</sup> El pago y la prelacion del crédito que la hipoteca garantiza:

3<sup>o</sup> El registro ó cancelacion de una hipoteca. En todos estos casos el juicio debe ser sumario, aunque en el 1<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> la cuestion hipotecaria se suscite como incidental de un juicio ordinario, debiéndose seguir éste por cuenta separada—artículo 952.

#### § 2<sup>o</sup> *De la demanda en el juicio hipotecario.*

Acabamos de indicar los objetos que puede tener la accion que se deduce con relacion á una hipoteca, y dejando aparte

(1) En las lecciones anteriores las citas hechas de artículos del código, sin expresar de cual, se refieren al código civil. En la presente, en el mismo caso, las citas se refieren al código de Procedimientos civiles.

los que se refieren á las fracciones 1<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup>, nos ocuparemos del juicio hipotecario por excelencia, que es el que tiene por objeto el pago y la prelacion de un crédito garantizado con hipoteca.

Este juicio procede en dos casos: 1<sup>o</sup> cuando se trata de un crédito hipotecario de plazo cumplido; 2<sup>o</sup> cuando sin estar vencida naturalmente la obligacion, se reputa de plazo cumplido por encontrarse en alguno de los casos que preveen los artículos 1477, 1962 y 1963 del código civil, es decir en los casos siguientes: 1<sup>o</sup> cuando el deudor hubiere quebrado, ó se hallare en notoria insolvencia, ó hubiere desminuido por medio de actos propios las seguridades otorgadas al acreedor; 2<sup>o</sup> cuando el inmueble hipotecado se haga por culpa del deudor insuficiente para la seguridad de la deuda; 3<sup>o</sup> cuando, aunque la disminucion del valor sea sin culpa del deudor, éste se niega á mejorar la hipoteca—artículo 954—A los casos que acabamos de referir debemos agregar el que prevee el artículo 3218 del código civil.

Encontrándose el acreedor en alguno de los casos referidos preparará el juicio hipotecario por medio de un escrito de demanda que contenga suscintamente la relacion de los hechos y la aplicacion respectiva del derecho, concluyendo con pedir al juez, que lo tenga por presentado con los documentos que acompaña, que expida la cédula hipotecaria, y que prévia la tramitacion correspondiente, mande que se haga el remate de la finca hipotecada, y con su producido el pago de la suerte principal, de los réditos adeudados y de los que se vencieren durante el juicio y de los gastos y costas que éste ocasionare.

Si se ejercita la accion hipotecaria por estar naturalmente vencido el plazo de la obligacion, bastará para fundar la demanda presentar el testimonio de la escritura pública en que consten la deuda y la constitucion de la hipoteca, siendo con-

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
CAPILLA ALFONSO X

dición indispensable que la escritura se haya registrado debidamente, cuya circunstancia debe constar en el testimonio mismo que se presente.

Pero el acreedor no solo puede demandar el pago de la obligacion cuando ésta es de plazo cumplido, sino tambien cuando se tiene como tal en los casos ya mencionados de los artículos 1477, 1962 y 1963, y ademas en el caso del art. 3218 del mismo código civil, que olvidó mencionar el artículo 954 del de procedimientos. Conforme á dicho artículo, el capital del censo no es exigible antes del plazo fijado en el contrato, sino es por quiebra ó insolvencia del deudor, ó por falta de pago de una sola de las pensiones. El caso de quiebra ó insolvencia está ya considerado en el artículo 1477 del código civil, á que se refiere el 954; pero repito, no se tuvo presente el de falta de pago de una sola de las pensiones, caso en que tambien se dá por cumplido el plazo de la obligacion, y bajo éste carácter puede exigirse el capital del censo.

Si, pues, por este motivo se pide el pago de la cantidad garantizada con hipoteca, habrá que hacer mérito de ésta circunstancia en el escrito de demanda pidiendo que previamente se requiera al deudor que presente el último recibo que tenga en su poder de las pensiones pagadas, y que no presentando el que corresponde á la última pension que ha debido pagarse expida la cédula hipotecaria procediéndose á los demas trámites del juicio. Nos parece indispensable que se proceda en los términos que expresamos, porque tratándose de una pena gravísima, como es la de dar por vencido un plazo que aun no vence, creemos que proceder de otra suerte seria dar entrada con notable ligereza á un procedimiento jurídico tan angustiado y severo, como el determinado por la ley para los juicios hipotecarios.

Si la demanda se funda en que aunque no está vencido el plazo de la obligacion el deudor está en *quiebra*, bastará presentar un certificado que acredite ésta circunstancia, expedido, ó mandado expedir por el juez que conoce de la quiebra. En este caso, ninguna dificultad se presenta; pero la encontramos muy grande cuando se trata de un deudor constituido en notoria insolvencia.

Tratándose de obligaciones comunes se comprende que se tengan por vencidas, por disposicion de la ley aunque en realidad no lo esten, cuando el deudor se constituye en insolvencia notoria; pero si se trata de una obligacion suficientemente garantizada con una hipoteca; si la insolvencia del deudor, culpable ó inocente, no afecta ni puede afectar á la garantía que tiene el acreedor ¿qué motivo racional puede alegarse para dar por vencido un plazo que aun no lo está? ¿qué importa al acreedor suficientemente garantizado con una hipoteca, que su infortunado deudor venga á pobreza y se ponga en imposibilidad de satisfacer cumplidamente sus obligaciones? debemos creer, que en el caso que suponemos, no hay insolvencia respecto al acreedor hipotecario, para quien el deudor, por grande que sea su indigencia, permanece solvente, mientras no se disminuya el valor de la hipoteca haciendose insuficiente. Si se disminuye, estamos entonces en alguno de los casos que prevén los artículos 1962 y 1963 del código civil.

Si la demanda hipotecaria por obligacion aun no vencida se funda en que se ha disminuido el valor de la hipoteca en términos de ser insuficiente para garantizar el crédito, deberá antes prepararse, justificando que la hipoteca se ha desmejorado, disminuyendo su valor, y que ésta disminucion se ha verificado por culpa del deudor. En los casos en que el deudor sea inculpable, bastará justificar el primer extremo, pero

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
CAPILLA ALFONSO X

entonces el actor deberá pedir y el juez ordenar aunque no se pida, que antes de expedirse la cédula hipotecaria, se requiera al deudor para que diga, si está dispuesto á mejorar la hipoteca ampliándola á otros bienes libres, en cuyo caso dejará de proceder el juicio hipotecario.

Presentada la demanda en los términos que acabamos de indicar, el juez la examinará y los documentos que la funden, con el mayor cuidado, y encontrando que la obligacion que se demanda es cierta y liquida, que el plazo para el pago está vencido, ó debe tenerse como tal, que la escritura hipotecaria no tiene vicio sustancial que ponga en duda su eficacia, que fué debidamente registrada, que el actor es el mismo acreedor, ó bien que siendo distinto, acredita competentemente su personalidad como apoderado, ó como cesionario, ó como tutor, proveerá auto mandando que se notifique al demandado que ocurra dentro de tres días, á contestar la demanda y á oponer las excepciones que tuviere, y que acto continuo se expida la cédula hipotecaria—artículos 955 y 956.

Esta cédula se expedirá inmediatamente en la forma que previene el artículo 957, se fijará en el lugar mas visible de la finca hipotecada, si estuviere en el lugar del juicio, y se publicará en el diario oficial—artículo 959.

Si la finca no estuviere en el lugar del juicio, se libraré exhorto al juez de la ubicacion para que mande fijar la cédula, y la haga publicar en el periódico de la poblacion, y no habiéndolo, para que la mande fijar en la puerta del juzgado y en la de las casas consistoriales—artículo 960.

Lo que acabamos de decir no presenta dificultad alguna cuando se trata de juzgados foraneos que estan en los límites del Distrito federal, ó del territorio de la Baja-California; pero si la finca hipotecada pertenece por su ubicacion á un Es-

tado en donde no se haya declarado vigente nuestro código de procedimientos, el juez del lugar podrá resistirse como ya ha sucedido, á fijar la cédula hipotecaria, y en tal caso, si su resistencia es apoyada por su respectivo superior, no hay medio de obsequiar en ésta parte las prevenciones del código, y el actor, abandonando el juicio hipotecario podrá emprender el juicio ejecutivo comun para hacerse pagar, embargando la finca hipotecada.

§ 3º *De los efectos de la cédula hipotecaria.*

Dijimos ya en que términos debe concebirse la cédula hipotecaria y donde ha de fijarse y publicarse. Diremos ahora, que una vez expedida, no podrá verificarse en la finca hipotecada ninguno de los actos que en ella se expresan: en consecuencia, no podrá embargarse en todo ó en parte, no podrá darse la posesion de ella tambien en todo ó en parte á alguno, ora se motive ésta providencia en una sentencia judicial, ó en algun contrato; y por último, no podrá hacerse efectiva providencia alguna, aunque sea con el carácter de provisional y precautoria, que entorpezca el curso del juicio, ó la posesion interina dada al acreedor, en virtud de la misma cédula y por ministerio de la ley. El artículo 969 que así lo previene fija estas dos excepciones: 1ª cuando se procede en virtud de sentencia ejecutoriada anterior en fecha á la demanda que ha motivado la expedicion de la cédula; 2ª cuando se procede en virtud de providencia dictada á peticion de acreedor de mejor derecho.

La primera de las excepciones mencionadas no presenta dificultad alguna. La fecha de una sentencia anterior en cuya virtud se ordena el embargo de la finca, ó que se ponga á al-

CAPITULA ALFONSO  
 REPOSICION DE LA UNIVERSIDAD

guno en posesion de ella, y la fecha de la demanda en el juicio hipotecario, son dos hechos que pueden conocerse y determinarse con toda precision. En consecuencia, si se procede en virtud de una sentencia ejecutoriada que tenga la calidad referida, es evidente que los efectos de la cédula hipotecaria deben desaparecer en todo ó en parte, segun sea la naturaleza y la extension del derecho que se ejercita en virtud de dicha sentencia.

Pero la segunda de las excepciones referidas no presenta la misma facilidad. Puede ordenarse y hacerse efectivo, segun ella, el embargo, la posesion, ó cualquiera otra medida, con posterioridad á la expedicion de la cédula hipotecaria, aunque entorpezca el curso del juicio y la posesion interina dada al acreedor, cuando se procede en virtud de providencia dictada á petición de acreedor de mejor derecho.

Tiene esta calidad un acreedor hipotecario anterior; pero para ese caso ha prevenido el artículo 1931 que si en el título hipotecario se advierte que hay otro acreedor anterior, se le notifique la cédula para que use de sus derechos conforme á la ley.

El acreedor anterior puede serlo por una obligacion de plazo ya cumplido, ó por una que aun no se venza. Si lo primero, su derecho consistirá en hacer efectivo su crédito promoviendo el juicio de tercería correspondiente, en cuyo caso, si no hay oposicion por parte del acreedor demandante que pidió y obtuvo la expedicion de la cédula hipotecaria, los efectos de ésta se surtirán para ambos acreedores, los que se considerarán como una sola persona y con iguales derechos en todo lo relativo al procedimiento, así en lo principal como en los incidentes.

Si notificado el acreedor no se presenta, llegado el caso de

ejecutarse la sentencia se depositará el importe de su crédito y sus réditos así los vencidos, como los que deban causarse en el plazo que aun falte para vencer la obligacion, teniendo presente que conforme el artículo 1972 del código civil el predio gravado no responde por los réditos de mas de cinco años con perjuicio de los acreedores hipotecarios posteriores—artículo 1932.

Si el acreedor notificado lo fuere por un crédito aun no vencido, comparezca ó no, su derecho está limitado á hacer que el comprador de la finca hipotecada, llegado el caso del remate, la adquiera con el gravámen de su propio crédito, en los mismos términos en que se constituyó, con las mismas condiciones y por el plazo que aun falte por vencer, conforme á lo que dispone el artículo 1966 del código civil; y si el comprador no quiere la finca con esta carga, se procederá como previene el artículo 1967 del mismo código, que en su lugar respectivo tenemos explicado.

Fuera del caso que hemos considerado pudiera tambien ocurrir el de que alguno se presentará alegando ser dueño de la finca hipotecada, y la consiguiente nulidad de una hipoteca, constituida sin su consentimiento, por persona que no tuvo poder para hacerlo, ó cuyos poderes no fueron bastantes. Este caso de tercería excluyente, promovida por acreedor de mejor derecho, modifica notablemente los efectos de la cédula hipotecaria, que definitivamente desaparecerán cuando la sentencia de tercería reconozca el buen derecho del opositor.

Acaso, además de los casos mencionados, haya otro, ú otros en que tenga aplicacion la segunda parte de nuestro artículo 969.

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD DE ALFONSO XIII

§ 4º *Del depósito.*

Expedida y fijada la cédula hipotecaria, el deudor, sin necesidad de que se pida y se constituya depósito en forma, y solo por ministerio de la ley, queda constituido depositario judicial de la finca hipotecada, de sus frutos, y de todos los objetos que conforme al contrato ó á la ley, deban comprenderse en la hipoteca—artículo 961.

Si está dispuesto el deudor á tener la calidad de depositario judicial, bastará que, á petición del acreedor se haga constar el estado en que se encuentre la finca, los muebles que por estar destinados de una manera fija y permanente á los usos de la finca deban considerarse como parte de ella y afectos á la hipoteca y los frutos que produzca, ora sean civiles, como los arrendamientos de un edificio urbano, ora sean de otra especie como los que producen la tierra ó los animales. Hecho esto quedará definida la responsabilidad del deudor depositario, quien mantendrá el depósito á disposición del juzgado y faltando á él, se hará acreedor á las penas que la ley impone á los depositarios judiciales infieles—artículo 407 y 408 del código penal.

Si el deudor no quiere aceptar la responsabilidad de depositario judicial deberá manifestarlo así y que está dispuesto á entregar la cosa hipotecada al acreedor mismo, ó á la persona designada por éste—artículo 962—En éste caso, el acreedor, ó el depositario nombrado, recibirá la finca, previo inventario, quedando con esto constituido el depósito.

El depositario ya lo sea el deudor, el acreedor, ú otro nombrado por éste, debe presentar cada mes una cuenta de los productos de la finca y de los gastos de administración; se dará traslado de ésta cuenta al ejecutante, si la presenta el deu-

dor; á éste si el acreedor mismo ú otro nombrado por él, administra la finca, y con lo que expongan, y las pruebas que en los casos de oposición se presenten en el término que el juez designe, se fallará aprobando ó reprobando la cuenta presentada.—artículo 964.

Si el depositario no rinde la cuenta mensual, ó la que diere fuere reprobada, en los términos que acaba de decirse, será separado del depósito y administración, además de quedar sujeto á las penas, á que según el caso haya lugar—Si el deudor era el depositario, se nombrará por el acreedor persona que lo sustituya, y si lo fuere el mismo acreedor, ó alguno que éste hubiere nombrado, el nuevo nombramiento se hará por el juez—artículo 965.

Si por no querer ser depositario el deudor mismo, ó el acreedor, se nombrase por éste, ó por el juez en los casos que acabamos de mencionar, debe tenerse presente, que tal nombramiento no puede recaer en persona que no posea bienes raíces en el lugar del juicio conforme á lo dispuesto por el artículo 967; de manera que si el ejecutante ó el juez nombraren una persona que no tenga la condición indicada, podrá el deudor oponerse al nombramiento. El mas que nadie está interesado en que sus bienes sean administrados con pureza, y en que la persona que los administra esté en posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad que contrae.

En los casos en que el nombramiento de depositario se hace por el juez, nos parece que éste obrando con la prudencia que debe presidir todos sus actos, puede exigir que el depositario administrador dé fianzas bastantes, según el caso para garantizar su manejo. Ninguna prescripción del código le impone este deber; pero repetimos, la prudencia lo aconseja,

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
CAPILLA ALFONSO X

y se interesan en ello, los derechos del deudor, el buen nombre del juez y su responsabilidad oficial.

El depositario y el actor son responsables solidariamente por la administracion de los bienes, conforme al artículo 968, lo que nos parece que debe entenderse en los casos en que el primero sea nombrado por el segundo, pues de lo contrario, si se aplica como regla absoluta la decision de dicho artículo, importaría una grave injusticia, siempre que el nombramiento del depositario se haga por el juez sin intervencion del actor.

Nada dice la ley respecto á los honorarios del depositario: en consecuencia creemos que este punto debe fijarse convencionalmente por las partes, y en caso de inconformidad por el juez, quien para proceder con acierto oirá el dictámen de peritos, y tomará todos los datos é informes que sean conducentes, segun el caso. Creemos tambien, que el depositario ya lo sea una persona extraña, ya el acreedor, ó el deudor mismo, tiene derecho á esa remuneracion.

Por último deberemos advertir que todo lo relativo al nombramiento de depositario, á las cuentas que debe presentar, á las responsabilidades que contraiga etc. debe seguirse por cuerda separada, y sin que las diligencias relativas del incidente de depósito, embaracen los procedimientos del juicio en lo principal, de manera que deberá formarse cuaderno separado para este incidente—artículo 966.

#### § 5º *Del avaluo.*

En los tres dias concedidos al demandado para contestar la demanda, debe nombrarse por cada parte un perito valuador y por ambas un tercero para el caso de discordia—artículo 970.

Si el actor y el demandado se pusieren de acuerdo en el

nombramiento de un solo perito, éste se tendrá por nombrado; pero en caso contrario cada parte debe nombrar el suyo:—artículo 690.

En el caso de que dos ó más sean actores en el juicio, los que lo sean deben concurrir con su voto al nombramiento de perito, teniéndose por nombrado el que lo fuere por la mayoría; pero si así no pudiese decidirse la eleccion, y no fuere posible el acuerdo entre los interesados, el juez deberá insular á los que se propongan, y la suerte decidirá el nombramiento—artículo 693.—En los casos en que los litigantes deban tener un representante comun, éste nombrará el perito que á aquellos corresponda—artículo 692.

Si el demandado rehusa hacer el nombramiento de perito, el actor podrá pedir y el juez deberá otorgar una de dos cosas: ó bien que el juez nombre el perito que corresponde al demandado, conforme al artículo 698, ó bien que se pida certificado á la oficina de contribuciones del valor sobre el cual se paguen las de la finca, que será censiderada con este valor para el remate.

Aunque no es natural, es posible que el actor rehuse hacer el nombramiento de perito: en este caso, á solicitud del demandado deberá hacerlo el juez, de conformidad con lo que previene el artículo 698 ya citado.

Al hacer las partes el nombramiento del perito que les corresponde, harán de acuerdo el de tercero para el caso de discordia; y si tal acuerdo no fuere posible, el nombramiento será hecho por el juez—artículos 694 y 695.

Siendo recusables los peritos nombrados por el juez, conforme al artículo 711, la primera diligencia que deberá practicarse será hacer saber á las partes el perito nombrado, para que en las 48 horas que fija dicho artículo puedan hacer uso

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

de su derecho. Son causas legítimas de recusacion los que expresa el artículo 712, y la recusacion se ha de calificar como la de los escribanos—artículo 713.

Hecho definitivamente el nombramiento de peritos se hará saber á éstos, para que en el acto de la notificacion digan, si aceptan, ó nó, el encargo. En el segundo caso serán remplazados por las personas y en los términos en que fueron nombrados—artículo 701.

Como los peritos deben tener título, en la ciencia ó arte á que pertenezca el punto sobre que ha de oirse su juicio, conforme al artículo 699, los de que se trata deben ser ingenieros civiles, ó arquitectos si el avaluo es de finca urbana, agricultores titulados si se trata de finca rústica, é ingenieros de minas, si el avaluo fuere de fundo metálico. Solo en defecto de peritos titulados se nombrarán otros, prácticos en la materia de que se trate—artículo 700.

Aceptado el nombramiento por los peritos procederán á hacer el avaluo, teniendo presentes las prevenciones de los artículos 718 y 972. Ambos firmarán el que hicieren, si están de acuerdo, y en caso contrario, cada cual el suyo, citando entonces el juez al tercero, quien á su vez hará el avaluo, no estando obligado á adoptar alguno de los ya hechos—artículos 708, 709, y 710.

Fijado el valor de la finca hipotecada por los peritos, ó en su caso, por el certificado de la oficina de contribuciones, se sacará la finca á remate, pregonándose tres veces de diez en diez días; durante este término como explicaremos mas adelante se admitirán las propuestas de compra que se hicieren. arts. 974 y 988.

§ 6º *De las excepciones.*

El ejecutado debe oponer las que tenga dentro de los tres

días que se le dan para contestar la demanda—artículo 975 —y solo le serán admitidas las siguientes:

1ª La de pago fundada en certificacion del registro por la cual conste que la escritura hipotecaria está cancelada;

2ª La de falta de personalidad en el acreedor;

3ª La de falsedad cuando se funde en la circunstancia de haber alguna enmendatura ó raspadura no salvada en el instrumento hipotecario;

4ª La de nulidad ó prescripcion del título hipotecario.

La ley no hace mencion de la incompetencia del juez; sin embargo esta excepcion no deberá repelerse, si bien se hará valer por medio de inhibitoria en los términos que previene el código. Acaso por esta razon no se enumeró entre las excepciones admisibles; pero debemos creer que no estuvo en la mente del legislador cerrar los ojos en el juicio hipotecario, ante los procedimientos de un juez sin competencia.

Esta excepcion, y la de falta de personalidad que considera la ley, suspenden los procedimientos del juicio, y deben ventilarse y decidirse en artículo de pronunciamiento especial y prévio—artículos 894, 895 y 896.

La excepcion de pago, primera de las que considera la ley, solo puede justificarse con la certificacion del registro, por la que aparezca que la escritura hipotecaria está cancelada. Este exclusivismo de la ley está en oposicion con los preceptos de la justicia, y con los buenos principios de la jurisprudencia. ¿Por que se excluyen todos los medios de prueba que no sean el que la ley considera? Reflexiónese, que en el juicio hipotecario la sentencia no solo debe decidir si procede ó nó el remate, sino que tiene que resolver definitivamente sobre los derechos controvertidos, y que causa ejecutoria, á diferencia de lo que, respecto del juicio ejecutivo, tenia estableci-

do nuestra antigua jurisprudencia, de modo que no hay como antes reversion al juicio ordinario—artículos 983 y 1557.— De esta suerte, si el acreedor confiesa el pago, si éste consta en documentos cuya autenticidad reconoce, si hay testigos intachables y en número competente que lo han presenciado; si un funcionario de fé pública atestigua que se verificó y que fué llamado expresamente para dar fé del acto; si por último consta en escritura pública ¿deberá desecharse la excepcion, y repelerse la prueba que para justificarla se ofrece? Nos resistimos á creer que el código de procedimientos haya querido consagrar tamaños absurdos al establecer como medio exclusivo y sacramental de prueba del pago, el certificado de la cancelacion.

El pago es el medio natural de extinguir las obligaciones; pero la compensacion, la remision etc. no son más que medios de pago y no han debido excluirse de las excepciones que admite la ley.

En cuanto á la compensacion, deberemos recordar que siendo por cantidad en numerario, líquida y exigible extingue *ipso jure*, la obligacion, sin necesidad de declaracion judicial, por el todo de la deuda, ó en la parte concurrente—artículos 1687, 1690, y 1692 del código civil.

En esta parte, el código de procedimientos no solo ha desconocido los buenos principios, sino que se ha puesto en contradiccion con algun precepto del código civil, como el que contiene el artículo 1693.

Ya dijimos lo conducente respecto de la excepcion de falta de personalidad que considera la ley en segundo lugar, y nos ocuparemos ahora de las demas excepciones, si bien muy ligeramente, pues no es de nuestro propósito tratar esta materia con la extencion que seguramente demanda su importancia.

La falsedad es de las excepciones admisibles conforme al artículo citado; pero limitada en su especie como la excepcion de pago lo fué en los medios de prueba.

No toda falsedad puede oponerse como excepcion en el juicio hipotecario, sino simplemente la que se funda en la circunstancia de haber alguna enmendatura ó raspadura no salvada en el instrumento constitutivo de la hipoteca. Si alguno cometiendo el fraude previsto por el artículo 2039 del código civil hace falsamente registrar una hipoteca; si fraguando una escritura falsa con todas las apariencias y condiciones legales de una escritura pública, la hace inscribir en el registro, y á su tiempo se presenta demandando en juicio hipotecario al poseedor de la finca falsamente hipotecada ¿deberá desecharse la excepcion de falsedad porque no se funda en la circunstancia de haber en el supuesto título alguna enmendatura ó raspadura no salvada? Lo repetimos, nos resistimos á creer que en el espíritu del código de procedimientos esté la sancion legal de semejantes absurdos.

La cuarta y última de las excepciones consideradas en el artículo 976 es la de nulidad ó prescripcion del título hipotecario. En la categoría de las excepciones que la ley ha querido considerar en este lugar, deben comprenderse todas las que importan la nulidad ó prescripcion de la obligacion, y la nulidad ó prescripcion de la hipoteca, pues como frecuentemente hemos tenido ocasion de hacer notar, siempre que la obligacion es nula ó ha caido en caducidad por la prescripcion ó por otra causa cualquiera, la hipoteca, obligacion subsidiaria y accesoria deja de existir; pero la nulidad de la hipoteca, ó su caducidad, no entrañan la nulidad ó caducidad de la obligacion, supuesto que nada tiene de particular que siendo nula ó estando prescrita la hipoteca, subsista viva y en

todo su vigor la obligacion garantida. El título hipotecario puede estar afectado de nulidad ó de caducidad por causa de prescripcion, por ser nula ó estar prescrita la obligacion principal; por ser nula ó estar prescrita la hipoteca que le sirve de garantía, y por ser nulo en su forma, en razon de vicios ú omisiones que importen esta nulidad. Por esto hemos creido que en las excepciones que refiere la fraccion 4<sup>a</sup> del artículo 976 deben comprenderse las que hemos indicado.

Propuestas las excepciones por el demandado en el término que queda referido, el juez mandará abrir una dilacion probatoria, comun á ambos litigantes, y que no exceda de veinte dias, maximun fijado por la ley en su artículo 978. Ya se entiende que este término comienza á contarse desde el dia siguiente á la última notificacion, y que no se computan en él los dias festivos en que conforme á las leyes no actuan los tribunales.

Las partes podrán presentar durante la dilacion probatoria las pruebas que quieran, las cuales deberán recibirse con citacion contraria, advirtiendo, por lo que respecta á la prueba testimonial, que no pueden presentarse más de diez testigos sobre cada artículo de prueba—artículo 979.

Concluido el término probatorio, cualquiera de las partes podrá pedir que se haga publicacion de probanzas; el juez mandará hacer saber esta peticion á la parte contraria, y no oponiéndose ésta, ó no alegando razon bastante, en que fundar su oposicion, y prévia la razon que ponga el actuario de ser pasado el término, con expresion del dia en que comenzó á correr, proveerá auto mandando hacer la publicacion.

Durante el término de prueba deben proponerse y probarse las tachas de los testigos de contrario—artículo 901; pero si no hubiere sido posible probarlas en el término indicado, po-

drá rendirse la prueba correspondiente en el de seis dias, durante cuya dilacion no podrá rendirse otra prueba que la de las tachas, no pudiéndose admitir más que seis testigos para cada una de las que se hubieren opuesto—artículos 902, 903 y 980.

Concluidos los seis dias de la prueba de tachas, ó hecha la publicacion de probanzas si no se hubieren alegado, ó si se hubieren probado durante el término de prueba, en lo principal, cada parte, comenzando el actor, tendrá cinco dias para alegar de bien probado, y concluido este término, aunque no se hayan presentado los alegatos, y sin necesidad de que se acuse rebeldía, se citará para sentencia, la que deberá pronunciarse dentro de quince dias—artículos 982 y 983.

Para concluir esta parte debemos agregar que todo lo relativo á las excepciones debe formar un cuaderno separado, á fin de que no se interrumpan las actuaciones en lo principal—artículo 977.

#### § 7º De la sentencia.

Esta debe pronunciarse, en el término que se ha dicho, no solo declarando, si procede ó no el remate, sino decidiendo definitivamente los derechos controvertidos—artículo 983.

En nuestro antiguo sistema de enjuiciamiento, la sentencia en los juicios ejecutivos, decidia si habia ó no lugar á sentenciar el juicio de remate, mandándose en el primer caso que continuara la ejecucion hasta hacer trance y remate de los bienes embargados, y en el segundo, que se levantara el embargo, restituyéndose al ejecutado en la libre posesion de la cosa. Si se advertia que el instrumento en cuya virtud se habia despachado la ejecucion, no la traia aparejada, ó si el ejecutado habia justificado en el juicio alguna excepcion que

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD  
CAPILLA ALFONSO X



tes á la notificación de la sentencia— artículo 986—y en los otros dos, por una razón de analogía dentro de igual término, después de otorgada la fianza, ó de recibirse por el juzgado la ejecutoria del superior.

Ya dijimos que fijado el valor de la finca hipotecada debe sacarse á remate pregonándose tres veces de diez en diez días; agregaremos ahora que durante el término de los pregones se admitirán todas las propuestas de compra que se hagan, en las que deberá expresar por escrito el mismo postor, ó su representante con poder jurídico:

1º El nombre, edad, capacidad legal, estado, profesión y domicilio del postor;

2º Las mismas circunstancias respecto del fiador;

3º La cantidad que se ofrezca por la finca;

4º La que se dé al contado, y los términos en que el resto haya de pagarse;

5º El interés que deba causar la suma que se quede reconociendo;

6º La sumisión expresa al juez que conozca del negocio para que haga cumplir el contrato— artículo 988.

Al escrito en que se haga constar la postura con las circunstancias mencionadas, se acompañará el papel de abono en que conste la obligación del fiador, suscrito por éste ante notario, ó reconocida por este funcionario su firma. El fiador, ó abonador, queda obligado no solo por la postura hecha, sino por las pujas y mejoras que haga el postor en el acto del remate, y su obligación, aunque así no lo exprese, se entiende con renuncia de los beneficios de orden y excusión y de división en su caso— artículos 989 y 990.

El remate será público y se celebrará ante el juez del negocio y en el local en que actúa. Llegado el día, á la hora señalada, pasará el juez personalmente lista de los postores presentados, y concederá una hora para admitir á los que de nuevo se presenten; pasada ésta, declarará solemnemente que vá á procederse al remate, y ya no admitirá nuevos postores: procederá en seguida á revisar las propuestas presentadas desechando las que no sean legales, ó no estuvieren abonadas y hará anunciar las que resultaren buenas para que los postores presentes puedan mejorarlas. Si algun postor mejora la postura considerada preferente, el juez señalará media hora para admitir las pujas; pasado este tiempo, el remate quedará cerrado, y el juez procederá á hacer la declaración que corresponda— artículos 1722 á 1735.

El precio de la finca, para el remate, puede ser el fijado por peritos conforme á los artículos 971 y 972; el fijado por la oficina de contribuciones en los casos en que el demandado se haya rehusado á nombrar perito, y el actor lo haya pedido así, conforme al artículo 973; y por último el que las partes hubieren fijado en el contrato constitutivo de la hipoteca.— artículos 1747, 1748 y 1749.

Toda postura que cubra los dos tercios del precio anunciado se tiene por legal y es admisible; y si ninguna llenare esta condición, en la primera almoneda, se citará la segunda con término improrogable de nueve días, y en ésta se anunciará el mismo precio anterior con deducción de un 10 p<sup>o</sup>. Si tampoco en esta segunda almoneda hubiere postura legal, se citará la tercera con el mismo término de nueve días y otra deducción de un 10 p<sup>o</sup> sobre el precio anterior, y así sucesivamente hasta que haya postura legal, ó el acreedor pida la adjudicación— artículos 1750 á 1753.

Habiendo varias posturas legales será preferida la que importe mayor cantidad cubriendo el crédito con la parte que se ofrezca al contado—art. 1754; si ninguna llena esta segunda condicion será preferida la que elija el acreedor; y si varias la llenan, la que elija el deudor, ó el síndico en los casos de concurso—artículos 1754, 1755 y 1758.—Tanto el areedor, como el deudor y el síndico, en sus respetivos casos, deben hacer la eleccion de la postura en los tres dias siguientes á la última almoneda, pues pasado ese término los postores no están obligados á sostener sus propuestas—artículos 1756 y 1757—Advertiremos por último que conforme al artículo 1735, antes de verificarse el remate puede el deudor librar sus bienes pagando el crédito y las costas; pero despues de celebrado, la venta queda irrevocable.

Aprobado el remate que haya fincado en el mejor postor, se procederá á hacer entrega del precio y de la cosa y á extenderse desde luego la escritura correspondiente que deberá otorgar el juez á nombre del demandado; y si éste se negare, en nombre de la ley. En todo caso el demandado responde por la eviccion y saneamiento—artículos 994 y 995.

Al constituirse la hipoteca, pudo estipular el acreedor que se vendería la finca hipotecada sin las solemnidades judiciales conforme á la autorizacion que contiene el artículo 2060 del código civil. En ese caso pudo haberse fijado el precio de la finca en la misma escritura ó pudo omitirse esta circunstancia, y entonces se hará el avaluo correspondiente, en la forma que se haya estipulado, ó en defecto de estipulacion por medio de peritos, nombrados uno por cada parte ó por el juez el que corresponde al deudor en caso de rebeldía; ó bien el acreedor fijará en este último caso como precio el que tenga la finca en la oficina de contribuciones respectivas. La venta

se hará en la forma que se hubiere estipulado, y en defecto de convenio por medio de corredores—artículo 997,—y hecha que sea, el acreedor deberá presentar, si el deudor estuviere concursado, al juez del concurso, el título justificativo de su crédito para que tome razon de él y debe denunciarle los términos en que se haya verificado la venta para los efectos de los artículos 2063 y 2076 del código civil—artículo 2061, del mismo código.

En el caso de que hablamos no hay procedimientos judiciales; pero el deudor puede provocarlos oponiéndose á la venta, alegando pago ó novacion constantes en escritura pública, ó prescripcion de la accion hipotecaria. Su situacion es más angustiada que en los casos comunes, y sus medios de defenza más limitados; no puede siquiera alegar la famosa excepcion de falsedad fundada en la circunstancia de haber raspaduras ó enmendaturas no salvadas en el título constitutivo de la hipoteca.

Si el deudor formaliza esta oposicion antes de que el acreedor haya entregado á algun notario la minuta respectiva para extender la escritura de venta, del escrito en que lo haga se correrá traslado al acreedor por tres dias; si se promueve prueba se señalará una dilacion que no exceda de 20; concluida, el juez citará una junta en que oirá los alegatos de las partes, y dentro de los cinco dias siguientes pronunciará su sentencia declarando fundada ó infundada la oposicion: en este segundo caso condenará en las costas al deudor y además al pago de una multa de un 5 p<sup>s</sup> sobre el interés del pleito, divisible entre el acreedor y los establecimietos de beneficencia. Además de esto no se le ahorca ó fusila, lo que prueba la humanidad del legislador! La sentencia que se pronuncie será

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD DE ALFONSO XIII

apelable en ambos efectos, y la de 2ª instancia causará ejecutoria—artículos 998 á 1004.

La segunda instancia en los juicios hipotecarios se sustancia conforme á las prescripciones que contienen los artículos 1552 á 1566, y la sentencia que en ella se pronuncie causa ejecutoria, sea que confirme ó que revoque la pronunciada en 1ª instancia.

DERECHO HIPOTECARIO  
COMPARADO.

SEGUNDA PARTE.

CODICOS EXTRANJEROS EN LO RELATIVO  
Á HIPOTECAS.

CAPILLA ALFONSO  
UNIVERSIDAD