

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 rempazados 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 dias; 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

dias 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 contradicción 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 accesoría 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 4ª 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, advirtiendole, 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, decidía 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

atacara y destruyera el derecho deducido, el juez mandaba levantar el embargo, declarando que no habia lugar á sentenciar de remate el juicio. Si por el contrario, nada aparecia contra la fuerza ejecutiva del instrumento, ó contra la eficacia de la accion ejercitada en virtud de él, la sentencia mandaba continuar la ejecucion hasta hacer al acreedor íntegro pago; pero en uno y en otro caso, el vencido podia deducir en juicio ordinario los mismos derechos que se habian debatido en el juicio ejecutivo.

En el sistema del código actual, la sentencia, pronunciada en el juicio hipotecario decide definitivamente sobre los derechos controvertidos, causa ejecutoria, produce la excepcion *res judicata*, y por lo mismo no deja lugar á la reversion al juicio ordinario.

Si la sentencia declara que procede el remate, solo es apelable en el efecto devolutivo conforme al artículo 984, y en todos casos, la apelacion podrá interponerse en el acto de la notificacion verbalmente, ó por escrito dentro de tres dias segun el artículo 1553.

En este caso, procediendo la apelacion en solo el efecto devolutivo, parece que deberia ejecutarse la sentencia, no obstante el recurso, ántes de remitirse las actuaciones al superior; pero esta consecuencia práctica de la decision de dicho artículo está corregida y limitada por el artículo 987 conforme al que no tendrá lugar el remate, si el demandado apela, á no ser que el actor dé fianza á satisfaccion del ejecutado, por la que el fiador se obligue á devolver la cosa ó cosas que el actor haya recibido y sus frutos é intereses si el superior revoca el fallo de 1ª instancia—artículos 987, 1077 y 1078.

Si la sentencia declara que no procede el remate, la apelacion produce sus dos efectos, de suerte que en ese caso se

ejecutará aquella ordenándose que se quite la cédula hipotecaria, y restituyendo al ejecutado en la posesion libre de la cosa—artículo 985.

El apelante tiene cinco dias para continuar el recurso ante el superior si éste reside en el mismo lugar del juicio, conforme al artículo 1554; en caso contrario, se agregará un dia más por cada cinco leguas de distancia—artículo 1514—La segunda instancia se sustanciará conforme á las prescripciones del capítulo 2º título 15, y la sentencia que se pronuncie causa ejecutoria—artículos 991, 992 y 993.

Si la sentencia de 1ª instancia declaró que procedia el remate, y el superior la revoca, devueltos que sean los autos al juzgado de su origen, se mandará quitar la cédula hipotecaria y se devolverá la posesion al demandado, ordenando al depositario que rinda cuenta con pago en el término de treinta dias—artículo 992.—Esto último se entiende para el caso en que haya sido depositario el mismo actor, ó un extraño.

En el mismo supuesto, si el fallo de 2ª instancia confirma el de primera, se procederá á celebrar el remate, conforme lo dispone el artículo 993, á ménos que ya se haya celebrado por que el actor haya dado la fianza que previene el artículo 1077 en su fraccion 1ª, conforme á la autorizacion que contiene el artículo 987.

§ 8º Del remate.

Llegado el caso de procederse al remate, sea porque el demandado no haya apelado de la sentencia, ó porque habiendo apelado, el actor haya dado fianza, ó porque el superior haya confirmado el fallo de 1ª instancia, tendrá lugar en dia fijo que en el primer caso se señalará dentro de los ocho siguien-

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 expresarse 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 algún 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^o. 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^o 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 acreedor, como el deudor y el síndico, en sus respectivos 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^o sobre el interés del pleito, divisible entre el acreedor y los establecimientos de beneficencia. Además de esto no se le ahorca ó fusila, lo que prueba la humanidad del legislador! La sentencia que se pronuncie será

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.