

## Informe de Investigación

**Título: La naturaleza de la ejecución de hipoteca.**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Procesal Civil.	<b>Descriptor:</b> Proceso de Ejecución.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Hipoteca, Ejecución, Proceso ordinario de ejecución, Autonomía efectual de la hipoteca.
<b>Fuentes:</b> Doctrina.	<b>Fecha de elaboración:</b> 10 – 2010.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a)Concepto de hipoteca .....	2
b)Ejecución.....	2
c)Teoría del derecho de realización del valor.....	3
d)La ejecución de la hipoteca.....	5
El procedimiento ejecutivo ordinario.....	6
Los trámites del procedimiento judicial sumario.....	8
e)Procesos ejecutivos hipotecario y prendario con renuncia de trámite.....	9
f)Autonomía Efectual de la Hipoteca.....	10
Sección I: La Concepción Clásica.....	10
Sección II: Carácter protector de la preferencia y persecución.....	12

#### 1 Resumen

En el presente informe desarrolla el tema de la naturaleza jurídica de la Ejecución de la Hipoteca. Se desarrolla por medio de doctrina y explica temas como: el concepto de hipoteca, su ejecución, la teoría de la realización del valor, procedimiento ejecutivo ordinario, procedimiento judicial ordinario, procesos ejecutivos con renuncia de trámite, autonomía efectual de la hipoteca, entre otros.

## 2 Doctrina

### **a) Concepto de hipoteca**

[Mery]<sup>1</sup>

La doctrina ha definido la hipoteca teniendo en cuenta bus diversos aspecto y mientras algunos autores la consideran atendiendo al hecho de constituir una garantía sin desposesión de la cosa, otros se refieren a la realización del valor de la cosa gravada que ella implica, a su carácter accesorio, al hecho de nacer y ser eficaz mediante su inscripción en el Registro, siendo las más, definiciones, amplias que tratan de resumir los diversos aspectos señalados.

Entre estas últimas cabe señalar la dada por Bianchi, para quien la hipoteca es "un derecho real perteneciente, en fuerza de la inscripción y desde el momento de ésta, al acreedor sobre los bienes inmuebles del deudor o de un tercero, en virtud de cuyo derecho, no obstante conservar el deudor o el tercero la posesión de la cosa hipotecada y la facultad de disponer de ella, el acreedor adquiere la facultad de perseguirla, cualquiera que sea la mano en que se encuentra, a fin de ser pagado con el precio de la misma, con la preferencia correspondiente al grado de su inscripción.

Sin pretender dar una definición, pues la anterior es aceptable dentro del sistema hipotecario chileno, podemos decir que la hipoteca es un derecho real de garantía constituido sobre inmuebles que continúan en poder del otorgante. Como derecho real comprende los derechos de persecución y de preferencia, que no son sino una consecuencia de esta calidad, y como derecho de garantía, además, implica el de realización de valor y percepción de una suma monetaria en satisfacción de la obligación aseguradora y no cumplida.

### **b) Ejecución**

[Nuta]<sup>2</sup>

La dualidad planteada por la hipoteca, al ser un derecho real accesorio de un derecho personal, generando dos órbitas jurídicas diferentes (obligación y garantía) que actuarán conforme a sus propias reglas, pese a su íntima conexión, ciñe el desarrollo del incumplimiento del deudor.

En el campo del derecho personal, donde rige la autonomía de la voluntad, las partes pueden válidamente, aun existiendo control de cambios, asignarle el carácter de medio pago, es decir dar curso legal, a la moneda extranjera.

En ese sentido señala Elias P. Guastavino que "...Nuestra legislación de fondo autoriza que las partes estipulen que el cumplimiento de la obligación pactada en moneda extranjera se realice mediante el pago efectivo en moneda foránea; así se desprende del artículo 1197 del Código Civil y del artículo 44, párrafo 3° del decreto ley 5965/63. Esta última norma dispone que 'las reglas precedentes o sea las relativas a la conversión a moneda nacional no se aplican en el caso de que el librador haya dispuesto que el pago deba efectuarse en una moneda determinada (cláusula de

pago efectivo en moneda extranjera). Sin embargo, se ha observado con agudeza que la conversión en moneda local es ordinariamente inevitable en la ejecución de sentencias condenatorias al pago de una cantidad de moneda extranjera, desde que la liquidación compulsiva de la propiedad del deudor mediante subasta pública ha de producir moneda local y no extranjera".

Obsérvese, que por las características de nuestro mercado inmobiliario y nuestras costumbres de ahorro en moneda fuerte, la tasación del inmueble a remate se hará en dólares y la necesidad de pagar el precio en pesos hará que el comprador en el remate venda sus dólares para convertirlos a pesos, a veces al propio martillero interviniente, quien recibirá los dólares y extenderá el recibo en su conversión a pesos para "salvar las formas".

En el campo del derecho real, entre las partes, el monto cierto del crédito en moneda extranjera actuará como límite del gravamen que afecta el valor de cambio del inmueble objeto del mismo; permitiendo al constituyente gravar el mismo bien por el excedente. Con relación a terceros, marca el límite del privilegio del acreedor y la medida de su derecho inmediato y directo sobre el valor de cambio del bien gravado.

Incumplida la obligación principal el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento forzado de la prestación, con más los daños y perjuicios (art. 505, Cód. Civ.) y en esta ejecución puede, sin lugar a dudas, reclamarle el pago en dólares por la vía del proceso de conocimiento. Tal es el criterio adoptado por los tribunales estadounidenses al aceptar la oferta realizada en moneda recusable por no tener curso legal, a menos que el acreedor la objete en forma específica, objeción que deberá ser muy explícita para ser aceptada.

Creemos que también podrá hacerlo por la vía del proceso de ejecución, pues las normas rituales que formalmente lo impedirían devienen inconstitucionales en su interpretación contraria, al violar la garantía constitucional de la propiedad, violación que hace aplicable el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Sólo en épocas de "control de cambios", cuando la adquisición, y a veces hasta la tenencia de moneda extranjera es prohibida, queda como única solución la ejecución en moneda de curso legal, actuando la moneda extranjera como "cláusula de ajuste" en los términos del artículo 608 del Código Civil. Debiendo atenderse, a los efectos de la cotización a tomarse, lo que las partes verosíblemente pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198, Cód. Civ.), la que en la mayoría de los casos será la cotización libre o la más alta posible, pues, de usarse un criterio de interpretación contrario se afectaría la garantía de la propiedad y la sentencia sería arbitraria y, en consecuencia, susceptible de recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

Siendo el derecho real un accesorio del personal, nada obsta a la aplicación de lo expuesto a la ejecución hipotecaria, máxime teniendo en cuenta que los valores inmobiliarios en el país como una arraigada costumbre del tráfico, se miden en dólares a valor real.

### ***c) Teoría del derecho de realización del valor***

[Vallet]<sup>3</sup>

Es la tesis que podríamos llamar clásica. Según la cual el objeto de la hipoteca es el «ius

distrahendi» sobre el inmueble hipotecado, para hacerse pago de la suma asegurada mediante el precio obtenido con dicha venta.

Por tanto, se dice, la hipoteca es un derecho a la realización de valor que recae sobre el «ius disponendi» de la cosa gravada. En ella —afirma Roca Sastre — el «señorío directo consiste precisamente en aquel poder de iniciativa o impulso del titular de hacer vender ejecutivamente la cosa hipotecada, para con el precio obtenido cubrir el importe del débito garantizado; esto es, el referido derecho de realización de su valor en cambio».

Contra esta tesis desarrolló Carnelutti su artillería. Observando que el sujeto a quien se atribuye aquella facultad no la realiza por sí mismo. Sino que sólo puede accionar para que los órganos de ejecución coactiva le hagan percibir la suma de dinero acreditada.

Pero, ya antes, Planiol, Ripert y Becqué, sin llegar a romper con la doctrina clásica, observaron que la «hipoteca no permite al acreedor obrar materialmente sobre la cosa, como lo haría en virtud de los derechos reales ordinarios de propiedad, de servidumbre o de usufructo...», y que «todo derecho real de garantía, especialmente la hipoteca, aparece como un derecho real establecido, como si se dijera, en segundo grado, y, por tanto, sobre otro derecho real» (no sobre la cosa de modo inmediato)... y que «la hipoteca no es, por lo tanto, un desmembramiento del derecho que ella grava; es una especie de puesta en acción de este derecho: no hay distribución de las atribuciones y ventajas que confiere».

Después, algunos de los mismos autores italianos que se han alzado en defensa del carácter de derecho real de la hipoteca han llegado a reconocer, como Maiorca, que «resulta claro que una "finalidad de facilitar al acreedor una suma de dinero" no puede referirse al derecho real de garantía, sino al derecho personal de ejecución, que se ejercita sólo cuando el derecho real ha agotado su función». Añadiendo que «fin (objeto) del «ius distrahendi» no es ya —para ser exactos — el asegurar, sino el dar, hacer obtener al acreedor demandante de la ejecución la suma de dinero lograda de la venta de la cosa vinculada en garantía». Considerando, en cambio, que el verdadero objeto de la hipoteca no es otro que la vinculación de la cosa con finalidad de garantía.

Por eso, en cuanto se refiere al poder de realización que se dice forma parte del contenido de los derechos reales de garantía, acepta, en parte, la posición de Gorla. Este autor afirma que si el poder de expropiación se considerase como un derecho real, debería, como todos los verdaderos derechos reales fraccionarios, actuar «como limitaciones del derecho de propiedad; ahora bien, puesto que es claro que el poder de expropiación no afecta a la propiedad, sino a la persona del titular, y aun solo en el momento de la ejecución, en buena sustancia se trata de una mera acción ejecutiva, es decir, de aplicación de una sanción a una persona».

Ciertamente, notamos una evidente diferencia entre los derechos que recaen inmediatamente sobre el «ius disponendi», como el llamado usufructo de disposición, y los poderes del titular de cualquiera de los llamados derechos de realización de valor. En el usufructo de disposición es el usufructuario quien vende por sí mismo, mientras que en la hipoteca o en la prenda el titular no hace sino instar la venta judicial de la finca. Incluso en el procedimiento extrajudicial no sólo la enajenación llega a través de un procedimiento reglamentariamente prefijado, sino que la escritura de venta, de no otorgarla el propietario, la firma en su nombre un mandatario o apoderado por él designado. Que, si bien puede serlo el propio acreedor, la otorga en representación del propietario y no en virtud del ejercicio de un derecho propio.

Resumiendo esta argumentación podemos concretarla en estos términos: La realización de la finca

hipotecada no tiene lugar a través del ejercicio, por titular activo del gravamen, de un poder segregado del «ius disponendi» de aquélla. Y, en cambio, tiene lugar a través de la intervención del poder judicial, como en la ejecución forzosa de cualquier crédito dirigido a percibir una suma dineraria en pago de una obligación directa o de la prestación del «*id quod interest*». Luego, parece que lo más ajustado a la realidad es atribuirle igual naturaleza que a ésta.

Notemos que antes de la Ley Hipotecaria de 1909, los créditos hipotecarios se hacían efectivos a través del procedimiento ejecutivo ordinario. Después, en dicha Ley, se crea el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, pero que sólo es una abreviación de aquél; y, más tarde, el procedimiento extrajudicial, que es regulado, no obstante, en forma rigurosamente imperativa.

Por eso, Carnelutti reduce ese derecho a expropiar a un contenido puramente procesal. Y Gorla dice que «se trata de un derecho subjetivo procesal (poder de expropiación del cual es titular el Estado, o, en otro caso, de un poder del acreedor, nunca de un derecho subjetivo) ... y «que, si ni siquiera es derecho subjetivo este poder, tanto menos puede ser un derecho real».

Manuel de la Cámara ha sido el primero, entre nosotros, que lo ha comprendido así, reconociendo que «el poder que se ejercita cuando la ejecución hipotecaria entra en funciones constituye una aplicación específica del poder que sirve de instrumento para la realización coactiva de un interés insatisfecho».

Si se quiere afirmar que junto al derecho procesal a instar la ejecución se interfiere un derecho sustantivo del que deriva aquel poder, ese susodicho derecho no puede diferir del que tenían los acreedores ordinarios, cuando instan la ejecución forzosa de los bienes del deudor, para la satisfacción coactiva de su crédito. No es posible atribuir distinta naturaleza a uno y otro, dando carácter de derecho real al primero y de potestad personal o procesal al otro, si se considera que, precisamente, es aquel poder a instar la ejecución lo que caracteriza la naturaleza de la hipoteca. Desde este punto de vista, o ambos merecen la consideración de derechos reales, o ninguno de los dos lo es.

#### **d) La ejecución de la hipoteca**

[De Cossío]<sup>4</sup>

En cuanto la hipoteca es un derecho real de realización de valor, llegado el día de su vencimiento sin que el crédito haya sido satisfecho, queda abierto el camino para el ejercicio de la acción correspondiente. Dos posibilidades se ofrecen al acreedor hipotecario: demandar a base del crédito (acción personal), o reclamar la efectividad de la hipoteca (acción real hipotecaria).

ROCA señala las siguientes diferencias entre la acción personal y la acción real:

a) La acción personal se dirige contra el deudor u obligado personalmente; la acción real hipotecaria se dirige contra los bienes, aunque por no poder prescindirse de un elemento procesalmente pasivo sea preciso dirigir el procedimiento contra alguien, que aquí será el hipotecante o el tercer poseedor.



b) La acción personal persigue su efectividad ejecutiva en cualquiera de los bienes del patrimonio del deudor u obligado personalmente aunque haya de cumplirse el orden marcado en el artículo 1.447 de la L. de E. c.; la acción real hipotecaria se desenvuelve ejecutivamente única y exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados.

c) La acción personal produce procesalmente en el sentido de pedir al Juez dicte una sentencia de condena al cumplimiento de una obligación dineraria o de dar otra cosa, o de hacer, cuyo cumplimiento forzoso tendrá lugar en trámites de ejecución de sentencia de condena o remate; la acción real hipotecaria persigue normalmente una actividad procesal concretada a obtener una determinada suma de dinero, mediante la enajenación por precio de la cosa hipotecada, o sea el procurarse el acreedor, con auxilio de la justicia y con cargo a la cosa hipotecada, la satisfacción de una cantidad de dinero.

Problema distinto es el de determinar el procedimiento en que tales acciones puedan ejercitarse. En cuanto a la acción personal se refiere, es indudable que la misma puede desenvolverse procesalmente tanto por los cauces del juicio declarativo de la cuantía que corresponda, como a través del proceso ejecutivo, sirviendo de título para la ejecución' la misma escritura de constitución de hipoteca, ya que en ella aparece titulado el crédito por la misma garantizado. En cuanto a la acción real, verdadera acción hipotecaria, es susceptible de ser ejercitada a través del juicio declarativo, del procedimiento hipotecario de ejecución real que regula el artículo 41 de la L. H., en cuanto supone efectividad de un derecho real inscrito, y, más particularmente, a través del procedimiento regulado por el artículo 129 y sigs. de la Ley Hipotecaria y, cuando proceda, por el llamado extra judicial.

### **El procedimiento ejecutivo ordinario**

Cuando el acreedor hipotecario utilice el procedimiento ejecutivo ordinario, y los bienes hayan pasado a poder de tercer poseedor, adquiere su substantividad la acción hipotecaria, y así establece el artículo 126 de la Ley que: "Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a la L. de E. c. se persiguieren bienes hipotecados, y éstos hubieren pasado a poder de tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurado con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verificara el deudor, después de requerido judicialmente o por Notario".

Es decir, que deberá requerirse en primer lugar al deudor,' y si éste no atendiese al requerimiento dentro de los diez días siguientes al mismo, procederá hacerlo al tercer o terceros poseedores (arts. 127 de la L. H. y 222 del R. h.) que figuren como tales en el Registro. El tercer poseedor, puede, según la Ley, adoptar en el procedimiento una de estas tres posturas: i ,a Verificar el pago del crédito y sus intereses, con lo que el procedimiento es sobreseído (art. 126 de la L. H.); 2.a Oponerse a la ejecución, en cuyo caso será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, respondiendo además de con los hipotecados, con los propios, de los intereses desvengados desde el requerimiento y de las costas causadas en la ejecución (arts. 126 y 127 de la Ley), y 3.a Puede "desamparar los bienes hipotecados", en cuyo caso se considerarán éstos en poder del deudor a fin de que pueda dirigirse contra ellos el procedimiento ejecutivo (art. 126).

El desamparo de los bienes supone, según la resolución de 29 de septiembre de 1924, "un



verdadero abandono de los bienes a los fines de liquidación y pago", que "responde al deber en que se halla el tercero de soportar los actos ejecutivos y le libera del mismo por ser un medio legal de cumplirlo; pero no implica la pérdida del derecho de propiedad, ni la transfiere a los acreedores ni mucho menos al deudor, así como tampoco lleva consigo la renuncia a las cantidades sobrantes, caso de venta, ni a las acciones o derechos que al que desampara pudieran corresponder por evicción u otro concepto".

Cuando el tercer poseedor ha procedido al desamparo de la finca ejecutada, el procedimiento ejecutivo continúa, pero tan sólo contra el deudor, quedando aquél completa- mente al margen de todas las actuaciones. Sin embargo, el artículo 223 del R.h. determina que en el caso de desamparo de la finca en el procedimiento ejecutivo ordinario, cuando en la subasta el valor de la finca fuere superior al importe del crédito, intereses y costas aseguradas, el sobrante pertenecerá al tercer poseedor si no hubiere persona con derecho a todo o parte de dicho sobrante.

Obsérvese que siendo la acción real hipotecaria la que se ejercita a través del procedimiento ejecutivo ordinario, derivan de ello dos importantes consecuencias: 1.a Que el plazo de prescripción no será el de los quince años que la Ley señala para las obligaciones personales, sino el de veinte, que es el especial asignado a la acción hipotecaria por el artículo 128 de la L. H.; 2.a Que el procedimiento no se suspenderá en ningún caso por las reclamaciones de un tercero (tercerías de dominio o de mejor derecho), si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos (art. 127 de la L. H.).

El procedimiento judicial sumario.—El artículo 129 de la L. H. determina que "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario". Se trata de un proceso de ejecución, de trámites simplificados, y en el que se ha suprimido la fase declarativa, a fin de conseguir la mayor efectividad posible del derecho inscrito, haciendo aplicación del general principio de legitimación registral en que directamente se funda: la inscripción actúa como si fuese una sentencia de condena, y lo único que en realidad se desenvuelve en el proceso, es la fase de apremio, concretada a los bienes objeto de la hipoteca, cualquiera que sea su poseedor.

Ello explica que el artículo 132 de la propia Ley tase y limite los casos en que por excepción puede suspenderse la tramitación, ya que "todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre la nulidad del título o las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo correspondiente, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento sumario". Puede, sin embargo, el deudor o tercero que promueva tal declarativo, solicitar se asegure la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse, mediante la retención del todo o una parte de la cantidad que deba entregarse al actor, y el Juez la acordará si la estima justificada, exigiendo, si lo estima necesario, las oportunas garantías para asegurar los intereses de demora y otros perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor demandado en virtud de la retención.

Por vía de excepción, se admiten las siguientes causas tasadas de suspensión:

1.a Sí se justificase documentalmente la existencia de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario en cuya virtud se proceda, en que se haya dictado auto de procesamiento o admitido querrela, en cuyo caso, hasta que termine la causa criminal, no podrá reanudarse el procedimiento.



2.a Si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad de la finca de que se trate inscrito a nombre del tercerista o de su causante con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor hipotecario, en cuyo caso subsistirá la suspensión hasta el término del juicio de tercería.

3.a Si se presentare certificación del Registro, expresiva de quedar cancelada la hipoteca en virtud de la cual se proceda, o copia auténtica de la escritura de cancelación de la misma, en cuyos supuestos el Juez convocará a las partes a una comparecencia, admitiendo en ella los documentos que presenten y acordado lo procedente en forma de auto que será apelable en ambos efectos.

4.a De la misma manera que en el caso anterior procederá el Juez cuando la hipoteca esté constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor.

Este procedimiento sumario, que como hemos visto excluye la fase contenciosa propiamente dicha salvo en los supuestos indicados, es para el acreedor hipotecario meramente potestativo, y exige, para ser utilizado el cumplimiento de dos requisitos en el momento de otorgarse la escritura de constitución de hipoteca, cuales son la tasación de la finca a los efectos de fijar el tipo de la subasta, y el señalamiento de un domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones (art. 130 de la L. H.).

### **Los trámites del procedimiento judicial sumario**

Son expresamente establecidos en la Ley, sin que las partes puedan alterarlos mediante convenio, debiendo, por tanto, ajustarse a lo estatuido en el artículo 131 de la Ley y 225 y sigs. del Reglamento, desenvolviéndose, sustancialmente de la siguiente forma:

A) Salvo pacto en contrario, es competente el Juez del lugar en que radique la finca hipotecada, iniciándose el procedimiento mediante demanda autorizada por letrado, a la que, además de los documentos acreditativos de la personalidad del actor, se acompañará el título o títulos de crédito, en los que conste la inscripción y subsistencia de la hipoteca así como acta notarial acreditativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación al deudor y al tercer poseedor, en el caso en que éste hubiere acreditado la adquisición del inmueble. Si no se acompañare dicha acta, el Juez procederá a verifica\* los expresados requerimientos en la forma expresada.

B) Admitida la demanda por el Juzgado, una vez cumplidos los requisitos antes indicados, el Juez mandará substanciar el procedimiento, reclamando del Registro de la Propiedad certificación de dominio y cargas vigentes sobre la finca hipotecada, con expresión de hallarse subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor, notificándose a continuación la existencia del procedimiento a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, a fin de que los mismos, si lo estiman conveniente, puedan intervenir en la subasta o pagar el importe del crédito, intereses y costas garantizados, subrogándose de este modo en los derechos del acreedor pagado.

C) Cumplidos estos previos requisitos, el procedimiento tiende, ya sin obstáculos de ninguna clase, a la efectividad de la hipoteca, primero, a través de la administración de la finca hipotecada, si expresamente fue pactada al constituirse la hipoteca, y que dota a éste de un carácter análogo al



del derecho real de anticresis, pudiendo ser acordada a los diez días de verificados los requerimientos de pago y que permite al acreedor, mediante la percepción de los frutos, y una vez satisfechos los gastos de conservación y explotación, atender al pago de su propio crédito, y después, una vez transcurridos treinta días desde las indicadas notificaciones y requerimientos, mediante la subasta de la finca, a fin de poder hacer pago del crédito con el producto de su venta forzosa.

D) Dentro del procedimiento sumario, como hemos visto, se reconoce un derecho de intervención al tercer poseedor de la finca, que se encuentra obligado a soportar la ejecución, si bien puede enervarla pagando el importe de la hipoteca. Adjudicada la finca previa subasta, la escritura de adjudicación se otorga en su nombre, y expresamente se le reconoce el derecho de percibir el sobrante del precio si lo hubiere, una vez pagada todos los derechos preferentes hipotecariamente al suyo.

En cuanto a los titulares de cualquier derecho real, carga o derecho anotado habremos de distinguir según la fecha de su inscripción sea anterior o posterior a la de la hipoteca ejecutada. En el primer caso, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en las responsabilidades de los mismos sin destinarse a su extinción el precio del remate; en el segundo caso, por el contrario, es decir, cuando la inscripción de los derechos sea posterior de la hipoteca objeto de la ejecución, se procederá a la cancelación de aquéllos, ya que el rematante la adquiere libre de tales cargas, y únicamente podrán exigir la percepción del sobrante del precio de adjudicación, una vez pagado íntegramente el crédito del actor.

#### ***e) Procesos ejecutivos hipotecario y prendario con renuncia de trámite***

[Arguedas]<sup>5</sup>

Ambos procesos son de pura ejecución pues tienen como común denominador la circunstancia de que tanto en uno como en otro ha habido renuncia al conocimiento, es decir, a todo el procedimiento que se inicia con la demanda y concluye con la sentencia. De allí que cuando la obligación vence el título es verdaderamente ejecutivo, o mejor aún, ejecutorio. Tal es el concepto que existe en el inciso 3o del artículo 630. No obstante existir ese común denominador, existen entre ambos algunas diferencias que es necesario indicar.

En primer lugar difiere el bien sobre el cual recae el gravamen: en el hipotecario es un inmueble, y en el prendario un mueble o alguno otro de los que se mencionan expresamente en el artículo 533 del Código de Comercio. En segundo lugar la renuncia a los trámites del proceso ejecutivo tiene que ser expresa en la escritura de hipoteca, pues el artículo 422 del Código Civil otorga una facultad, y en consecuencia, si expresamente no se hizo esa renuncia, no es posible dar inicio al proceso de ejecución hipotecaria, sino que en ese caso habrá que tramitarlo como ejecutivo simple, sirviendo desde luego la garantía real otorgada. Así ha sido resuelto en múltiples casos, pues de no existir esa renuncia se sobreentiende que el acreedor prefirió otorgar al deudor mejores oportunidades de defensa, las cuales se presentan en mayor grado en el ejecutivo simple que en el ejecutivo hipotecario con renuncia de trámites. En cambio, tratándose de la prenda, es la inscripción del gravamen lo que da origen a la pretensión ejecutiva con renuncia de trámites como lo establece el artículo 674 del Código Procesal Civil, y así lo ha admitido la jurisprudencia según

resolución No. 1178-R de 8.45 hs. del 6-9-94 del Tribunal Primero Civil, entre otras.

En tercer lugar, difieren en cuanto a la determinación de la competencia, pues en el hipotecario la competencia es prorrogable en virtud de reforma introducida al artículo 35 por ley No. 7367 de 16 de noviembre de 1993, la cual dejó cubiertos por la improrrogabilidad únicamente a los casos previstos en los artículos 27 y 30, y en cambio, en lo que se refiere al prendario, la competencia se regula en el artículo 678, lo que constituye una norma especial sin duda alguna. En cuanto a los demás procedimientos, es decir, la citación de acreedores de ulterior grado, la posibilidad de practicar el embargo, la insubsistencia del remate, el remate fracasado, citación al tercer poseedor, las normas son iguales en uno y en otro de los mencionados procesos. No obstante, hay normas propias del prendario, como lo son lo relativo a tercerías de dominio y de mejor derecho, las cuales tienen requisitos especiales contenidos en el artículo 686, y la que se refiere al derecho de retención del depositario judicial consagrado en el numeral 688.

Es importante hacer una referencia rápida a la tendencia a desjudicializar los remates para que sean atendidos por personas jurídicas que se organizarán como sociedades comerciales. El punto es sumamente delicado porque con esa solución se podrían estar conculcando derechos de carácter patrimonial. Tan sólo la circunstancia de que esos centros de remate puedan cobrar sus honorarios es un motivo que hace muy discutible esa tendencia. Y desde luego los problemas de orden jurídico que se pueden originar en un remate es aspecto que también debe ser analizado porque si la solución la diera el centro, estaremos en presencia de una jurisdicción privada similar a la arbitral; y si planteado el problema el expediente debe enviarse al juez estatal para su solución, entonces en ese supuesto los centros no estarían logrando la celeridad ni tampoco se estarían descargando de trabajo a los juzgados estatales. Este es un punto para meditar. Sigo creyendo que ante esa perspectiva lo mejor es crear juzgados especializados cuya función sea la celebración de remates y por supuesto con potestades para dar solución a los problemas de orden jurídico que puedan presentarse en el desarrollo del procedimiento.

### ***f)Autonomía Efectual de la Hipoteca***

[Arroyo]<sup>6</sup>

## **Sección I: La Concepción Clásica**

### **A- Cuestionamiento**

La Teoría Clásica sostiene que los efectos de la hipoteca son, fundamentalmente, embargar y vender judicialmente el bien para hacerse pago al acreedor hipotecario en un orden preferente y cualquiera sea las manos en que tal bien se encuentra. Así, entonces, refieren tales efectos a la fase ejecutiva de la garantía. No es concebible que la hipoteca siendo accesoria al derecho principal no produzca aquellos efectos sino por ese crédito garantido.

### **B- Crítica a esta concepción**

La crítica más fuerte que en este punto se le puede hacer a la Teoría Clásica es la siguiente: su errada conceptualización de la hipoteca hace que confunda dos derechos por sí distintos, el derecho real de hipoteca y del derecho personal de crédito, atribuyendo unos efectos a la primera que son, en realidad, del segundo, o en todo caso, de una nueva entidad: "el crédito hipotecario".

### 1. El "ius distraendi"

Este es el derecho que tiene el acreedor hipotecario para embargar y hacer vender el bien hipotecado y hacerse pago de su crédito con el resultado de esa venta.

Como se puede ver, esta facultad del acreedor se deriva del derecho de crédito y no de la hipoteca como lo sostienen los autores clásicos.

Roca Sastre ha dicho, refiriéndose a este punto y siguiendo esta concepción:

*"Este derecho de realización o "ius distraendi", como poder o facultad de extraer o hacer extraer una suma de dinero con la venta forzosa de la cosa hipotecada (distractio bonorum) se destaca, pues, dentro del haz o complejo de poderes o facultades que forman el contenido del derecho real de hipoteca."*

Por su parte el tratadista Manuel Albaladejo, confundiendo el "ius distraendi" con el contenido de la hipoteca ha dicho:

*"...el contenido del derecho de hipoteca consiste básicamente en el poder de promover la enajenación del inmueble (ius distraendi) sino se cumple la obligación asegurada..."*

Se debe, sin embargo, rechazar estas concepciones pues resultan erradas. El efecto del "ius distraendi" no deviene del derecho hipotecario sino que es una facultad propia de la obligación principal, cuando habiéndose vencido no hubo pago del deudor (y sólo en tal caso se dará). Claro está que es la hipoteca por la que existe un bien reservado en su valor económico que puede realizarse en pago; pero el decir que la hipoteca hace tal conservación y reserva no implica decir que el derecho de embargar y vender el bien devienen de ella (la reserva de valores actual: el "ius distraendi", potencial).

Es necesario recordar que la potestad de un acreedor en dirigirse contra el patrimonio de su deudor para hacerse pago ante incumplimiento es norma típica de derecho civil; cuando el acreedor hipotecario acciona la ejecución contra un bien de su deudor que ha sido hipotecado no hace más que aplicar esta norma: la única diferencia estriba en que en este caso se reservó un bien particular del patrimonio del deudor.

Albaladejo, con mucha propiedad, ha dicho:

*"... el poder y facultades que el derecho real de garantía otorga al acreedor garantizado, son aparte, es decir además de las que normalmente le corresponden por su derecho de crédito contra el deudor".*

Como se ve, tal potestad deriva siempre de la obligación principal pues cómo se va a explicar que un acreedor común dirija su acción contra el patrimonio del deudor, ejercita el "ius distraendi" y, sin



embargo, no hay hipoteca alguna.

En ambos casos, lo que en realidad, permite obtener un embargo y venta del bien no es la hipoteca sino la calidad del acreedor. El "ius distraendi" deriva, en verdad, un crédito de cualquier acreedor que ha resultado impagado. Tal vez la gran diferencia es que en la hipoteca el bien afecto puede ser embargado y vendido aun cuando esté en terceras manos.

Otro argumento con el que puede desecharse la idea que esta facultad es producto de la hipoteca es el siguiente: si la hipoteca no dá ninguna ventaja pecuniaria el acreedor por el hecho de ser tal, no se puede pensar que ella por sí puede darle facultades mayores a este titular como son las de embargar y vender el bien hipotecado; el crédito sí puede proporcionarlas, no así la hipoteca. No cabe duda que el acreedor hipotecario está más seguro de recobrar lo debido si se mantiene un bien hipotecado (reservado su valor a la eventualidad de un impago) pero ello no excluye que, como acreedor que es, recurra contra otros bienes si aquél resultara insuficiente.

## 2. "Ius Preferendi" y "Ius Persequendi"

Respecto de estos efectos, que la Teoría Clásica asigna a la hipoteca (vista en su sola fase ejecutiva), también existe confusión. Cuando los autores de esta corriente hablan de "acción hipotecaria" lo están haciendo del derecho de cobrar que tiene todo acreedor (salvando, lógicamente, el mayor margen de seguridad que se dé de la hipoteca).

¿Qué pretende el acreedor hipotecario con aquella acción sino que le paguen la deuda? Por esa razón se debe sostener que no es posible recibir el pago sino el crédito mismo.

Piénsese que, en realidad, cuando el titular hipotecario ejercita su "acción hipotecaria" no está más que ejercitando el derecho personal de crédito y no un derecho real.

Tanto la doctrina como la legislación han caído en aquella confusión, pues hablan de preferencia y persecución en el cobro, entrelazando contenidos de dos diversos derechos: el derecho real de hipoteca y del derecho personal.

## Sección II: Carácter protector de la preferencia y persecución

### A- La preferencia y la persecución como efectos de la hipoteca

Para que la hipoteca sea un derecho completo necesita contar con los derechos de preferencia y persecución que se ubican (desde la constitución de la hipoteca) como protectores ante las relaciones verticales y horizontales de ella con otros derechos. Por eso es que no puede confundirse un efecto ejecutivo, como es el cobro, dentro de la fase de impago de la deuda, con los efectos de persecución y preferencia como lo hizo la doctrina clásica.

La preferencia y persecución van a tener una base común como es el crédito, pues lo que se viene a ejercer es el cobro (que, lógicamente, viene del poder originado en la obligación).

Por ello es que la Teoría Clásica hace de la hipoteca una mera cualidad de crédito pues no ven exteriorizada la hipoteca sino al momento en que el crédito está vencido, y se ejercita "la acción hipotecaria" exigiendo el pago del débito. Y sólo ahí, creen aquéllos autores, es que se dan tales efectos de persecución y preferencia.

Dentro de una conceptualización de hipoteca como la que se sostiene en este trabajo tales efectos pasan a ser lo que, en realidad, en buena técnica jurídica, deben ser: protectores de la vinculación que hace la hipoteca del valor económico de un bien con el propósito de embargar y vender para hacerse pago el acreedor sobre el crédito vencido y no pagado.

### **B- Nacimiento de los efectos de preferencia y persecución**

Los efectos de preferencia y persecución nacen con existencia propia desde la constitución de la garantía hipotecaria. Es precisamente por esta razón que esa vinculación se hace valer así: acreedores hipotecarios posteriores o quirografarios tienen derechos secundarios y no importa en manos de quien está el bien hipotecado. Tales efectos de preferencia y persecución se han de producir en todo el período de existencia de la hipoteca y no como pretenden los clásicos, en la sola fase de ejecución de la garantía. Todo ello equivale a decir que aun en el caso de constitución de hipoteca sobre crédito eventual tales efectos se han de producir pues no es necesario para que ello suceda intervención alguna del crédito.

Estos dos efectos se han de manifestar con más o menos notoriedad según la fase de la hipoteca que se manifiesten: así, esa exteriorización es menor en la fase que algunos autores han llamado "la fase dormida" de la hipoteca (que, por conveniencia de exposición, se indicará desde la constitución de la garantía hasta el momento antes en que el crédito está vencido y es exigible). Será más evidente, por el contrario, cuando se entra en la "fase despierta" de vida de la hipoteca con lo que se hace referencia al momento en que, siendo el crédito vencido y por ello exigible, se hace ejecutiva la hipoteca. En este momento van a actuar dos derechos sobre el bien hipotecado: el derecho de hipoteca y el derecho personal de crédito. El primero actúa en esa fase por cuanto ha reservado y mantenido el valor económico del bien dado en garantía, pudiendo ser atacado con embargo y la venta judicial para que de su resultado sea satisfecho el crédito impagado.

El acreedor hipotecario hará recaer ejecución sobre el bien hipotecado cualquiera sea las manos en que él se encuentre.

Ese actuar de dos derechos, como se apuntó, en esta fase, es lo que en su concepto técnico jurídico, se llama "crédito hipotecario" que es el que da al acreedor el derecho de ejercer todas aquellas facultades.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Mery Berisso, R. (1958). Derecho Hipotecario. Estudio de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile. 26-27.
- 2 Nuta, A. R. (1993). Derecho Hipotecario. Primera Edición. Editorial Abelebo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 31-33.
- 3 Vallet de Goytisolo J.B. (1984). Estudios Sobre Garantías Reales. Segunda Edición. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 18-21.
- 4 De Cossío y Corral, A. (1956). Instituciones de Derecho Hipotecario. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona, España. 360-367.
- 5 Arguedas Salazar, O. (2002). Comentarios al Código Procesal Civil. Segunda Edición. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 226-228.
- 6 Arroyo Álvarez, W. ( Mayo, 1998). Naturaleza Jurídica del Derecho Hipotecario. Revista Judicial. Año XXII, Número 72. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. 28-30