

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO HIPOTECARIO

WILBERTH ARROYO ÁLVAREZ
Profesor, Facultad de Derecho, UCR.

ÍNDICE

Naturaleza del Derecho Hipotecario

CAPÍTULO I: AUTONOMÍA DEL DERECHO HIPOTECARIO	18
Sección I: La hipoteca es un derecho completo	18
A- Cuestionamiento	18
B- Su fisonomía	18
C- Manifestación de su Autonomía	19
1- Creación o constitución de la hipoteca	19
2- Extensión de la hipoteca	19
3- Los efectos de la hipoteca	20
4- Extinción de la hipoteca	20
D- Su coherencia como derecho	20
E- Importancia del derecho del crédito	21
SECCIÓN II: La hipoteca como derecho <i>teleológicamente</i> accesorio	21
A- Inexistencia por sí de utilidad económica de la hipoteca	21
1- Beneficios económicos que producen los bienes y su implicación en los derechos reales	21
2- La hipoteca no produce atributos económicamente valorables	22
B-. Finalidad de la hipoteca en relación al crédito	22
1- La utilidad es tan sólo respecto del crédito	22
2- La necesidad de la existencia del crédito	22

CAPÍTULO II. SU AUTONOMÍA EXISTENCIAL	23
SECCIÓN I: El crédito eventual y la existencia del derecho Hipotecario	23
A- Generalidades	23
B- La Teoría Clásica	23
C- Posición adoptada en este trabajo	24
1- Cuestionamiento	24
2- Constitución de la Hipoteca	24
3- Poderes y facultades del eventual acreedor hipotecario	25
a) Por actos materiales	25
b) Por actos jurídicos	25
4- Idéntico funcionamiento de la hipoteca coexiste no a un crédito	26
SECCIÓN II: La hipoteca coexiste al crédito	27
A- Existencia propia de la hipoteca	27
B- Carácter teleológico de la hipoteca	27
CAPÍTULO III. AUTONOMÍA EFECTUAL	28
Sección I: La Concepción Clásica	28
A- Cuestionamiento	28
B- Crítica a esta concepción	28
1. El "lus distraendi"	28
2. "lus Preferendi" y "lus Persequendi"	29
Sección II: Carácter protector de la preferencia y la persecución	30
A- La preferencia y la persecución como efectos de la hipoteca	30
B- Nacimiento de los efectos de preferencia y persecución	30
CAPÍTULO IV. AUTONOMÍA DE CESIÓN HIPOTECARIA	31
Sección I. Discusión Doctrinal	31

A-	Negación absoluta a la cesión hipotecaria	31
B-	Admisión de la cesión hipotecaria	31
C-	Crítica	31
Sección I. Transmisión Hipotecaria Autónoma al Crédito Original		32
A-	Posición adoptada : cuestionamiento	32
B-	Mecanismo de Transmisión	32
1-	Condiciones de Transmisibilidad	32
2-	Efectos	32

CAPITULO I: AUTONOMÍA DEL DERECHO HIPOTECARIO

SECCIÓN I: La hipoteca es un derecho completo

A- Cuestionamiento

La hipoteca no es una mera cualidad del crédito ni se debe concebir como un simple instituto del derecho adjetivo, como lo han pretendido los procesalistas. Tampoco ha de considerarse ésta un "derecho real" por el hecho de dar al acreedor la posibilidad de embargar el bien grabado, independientemente de las manos en que él se encuentre, para satisfacer el crédito impagado con el producto de su venta, por conllevar tal concepción a la subordinación casi total de la hipoteca al crédito.

Por el contrario, la hipoteca ha de definirse como: *un derecho real que vincula el valor económico del bien en garantía de cumplimiento de una obligación en dinero, el cual es de constitución registral y no conlleva un desplazamiento posesorio por parte del constituyente.*

B- Su fisonomía

Siendo la hipoteca un derecho real de vinculación del valor económico del bien grabado, ella no ha de confundirse con el crédito garantizado. O sea, que tal función de vincular y reservar se ha de realizar sin participación alguna del crédito u obligación garantizada. Contrasta tal concepción con la teoría clásica que, a pesar de ver en la hipoteca un derecho real, le da un contenido tal que los efectos de preferencia y persecución necesitan de un crédito exigible. Por ello, se dijo, es que definen a la hipoteca con base en los elementos que resultan de este momento ejecutorio.

Cossio ha sostenido ese postulado al decir:

*"Derecho real, es por tanto, la hipoteca en cuanto gravita directa e inmediatamente sobre la finca y es oponible y eficaz contra cualquiera que pueda adquirir la titularidad de ella. Su contenido no es otro que el de facilitar al acreedor hipotecario para proceder a la enajenación del bien hipotecado y hacerse pago con el producto de la venta, es decir, un derecho a la realización del valor de la finca hipotecada, para una finalidad concreta y determinada".*¹

Cuando se define a la hipoteca, por el contrario a la teoría clásica, como un derecho real, de vinculación del valor económico del bien gravado, se va a suponer una determinada relación entre una persona y una cosa; relación aquélla que hace que se conserve ésta en su valor económico en favor de la primera, para que satisfaga su crédito en caso de impago de él. Esta facultad o poder que se reserve el bien en su valor, es, pues, consecuencia de esa relación entre la cosa hipotecada y el titular de la hipoteca, y no un efecto del crédito que viene a configurar sólo un vínculo personal entre acreedor y deudor.

La abogada Reyna Jeannete Marín es clara en su exposición al decir:

"El acuerdo hipotecario tiene señorío sobre la cosa en cuanto éste es

1. COSSIO Y CORRAL (Alfonso), *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, Editorial Bosch, 2ª edición, 1956, p. 679.

representativo de un valor de cambio, pues es en consideración de ese valor de cambio, que se constituye la hipoteca sobre la cosa ajena".²

La vinculación o destinación del valor económico del bien gravado se da "*erga omnes*", se impone a todos los sujetos que están en relación con el inmueble. Por tal motivo es que se dice que es un derecho absoluto aun cuando su titular no disfrute de la posesión del bien, ni pueda ejercer acto material sobre él. Esta vinculación ha de estar "protegida" con los derechos de preferencia y persecución, según se ha de ver en su oportunidad. La oponibilidad "*erga omnes*" ha de explicarse por el hecho de estar la hipoteca "inserta" en la cosa grabada, o como la doctrina la llama, existe una "*inherencia*". Esa reserva es consustancial al bien afectado; quien tope con ese bien lo hará con uno cuyo valor económico se ha reservado al pago de un crédito.

Por lo expresado arriba es que se sostiene que el titular de la hipoteca tendrá un poder inmediato y directo sobre la cosa hipotecada. Poder ese que se limita, precisamete, al hecho que se reserve aquel valor económico, más no a ejercer su titular actos materiales o de posesión sobre el bien.

Este poder ha de ejercer directamente sobre la cosa en forma exclusiva, por lo que se sostiene que esta vinculación goza de los caracteres de preferencia y persecución. Así, esa reserva prevalecerá sobre todo otro derecho registrado posteriormente, y se hará valer ante cualquiera que reciba el bien grabado, los que, eventualmente, deberán hacerse a un lado para dejar que el titular hipotecario se satisfaga en su crédito mediante la realización de aquel bien, cuyo valor económico fue reservado.

Así, se ha de reducir la naturaleza de la hipoteca a la reserva y vinculación del valor económico, la cual es con prescindencia del crédito, ha de concluirse que aquélla existe de forma autónoma y cumple por sí con una función respecto al crédito garantido, o sea, cumple con mantener íntegro el valor del bien gravado, para satisfacer el crédito en caso de su impago.

C- Manifestación de su Autonomía.

1. Creación o constitución de la hipoteca

Se ha dicho que la hipoteca es registral, poniéndose de relieve su carácter formal y solemne. En Costa Rica, según el Código Civil vigente, el registro es de carácter constitutivo y a diferencia el crédito no necesita para nacer la formalidad alguna en especial.

Es conveniente señalar que la ley no exige como requisito para que nazca la hipoteca que exista un crédito actual; ello tanto referido a la hipoteca voluntaria como a la hipoteca legal. Así, al nacer, ella no está subordinada en forma inmediata al crédito, presentándose como un derecho con individualidad propia. Incluso su constituyente podría ser un tercero completamente ajeno a la relación obligatoria.

2. Extensión de la hipoteca

Uno de los elementos constitutivos de la hipoteca es el referido a la determinación de los bienes que son en garantía, así como de la suma en dinero hasta la cual son afectos.

También es un elemento independiente del crédito, por cuanto puede determinar (la ex-

2. MARÍN (Reyna), *La Hipoteca y la Prenda. Su registración en Costa Rica*, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982.

tensión) aun cuando aquél no tenga existencia actual, en caso del crédito eventual. Claro es, sin embargo, que dada la finalidad de la hipoteca es común, que se determine esa extensión en relación a la suma o cantidad a que llega el crédito garantizado.

3. Los efectos de la hipoteca

Al definir a la hipoteca como un derecho que vincula y reserva el valor económico se le reconocerá como efecto este mismo, o sea el de conservar el valor económico del bien gravado, sin olvidar que su contenido tendrá los caracteres de preferencia y persecución, los cuales se producirán sin mediar el crédito garantizado por ser en sí caracteres de defensa de esa vinculación del valor.

4. Extinción de la hipoteca

Aún cuando dependiente en su finalidad la hipoteca tiene su individualidad como derecho en el sentido de tener causas de desaparición suyas, como por ejemplo: pérdida del inmueble en garantía, renuncia del acreedor, expiración del término en que se limitó, así como por el cumplimiento de la condición resolutoria en que fue sometida. Se extingue, asimismo, por prescripción o por las nulidades que le afectan, dejando entero al crédito.

D- Su coherencia como derecho

Así, pues, se ha de sostener que la hipoteca es un derecho real de garantía, que cumple su función al vincular y reservar el valor económico del bien en garantía, para hacer, eventualmente, pago del crédito vencido e impagado, con su realización. Y esa función la realiza la hipoteca desde su constitución hasta su extinción, independientemente de la causa que así lo determine, por ser ella un derecho coherente; por ser una verdadera institución dentro del derecho civil.

La primera objeción que se hará, seguramente, es el de no tomar en consideración la fase o etapa de ejecución de la garantía. Se le criticará que una noción tal de la hipoteca será incompleta y por ello errada, al no ver en la hipoteca dos fases, no dándole la debida importancia al momento en que el acreedor es facultado para que, en caso de impago, se cobre preferencialmente con el precio del bien gravado, cualquiera sea las manos en que se encuentre. Pero, se le debe salir al paso a tal crítica sosteniendo que no se ha pretendido restarle importancia a un momento que, por sí, lo tiene, al dar allí su utilidad la hipoteca. Sin embargo debe tenerse presente que este segundo momento es consecuencia, no de la hipoteca, sino de dos derechos en actuación cruzada, o sea del "crédito hipotecario" el cual es el crédito que al no haber sido satisfecho se dirige contra el bien dado en garantía, cuyo valor fue vinculado por la hipoteca, ejecutándolo y convirtiéndolo en suma de dinero, de la cual se cobra.

Se ha de tener, por ello, que la hipoteca tendrá por contenido esa función de vincular y reservar el valor económico del bien, independientemente del estado del crédito. Su contenido es inalterable en todo su período de existencia.

La hipoteca es un derecho instrumental, al permitir que se ejercite el derecho de crédito impago sobre el bien dado en garantía, de tal modo que, se determina un momento en que se entrecruzan dos derechos. Así, según el crédito sea cobrado o no sobre el precio del bien se tiene que el destino jurídico de éste pueda ser: o quedar libre al haber sido pagado normalmente el crédito a su vencimiento, extinguiéndose con él la hipoteca o siendo impagado el crédito el acreedor se dirige contra el bien cuyo valor económico le ha sido vinculado por la hipoteca, cobrándose por su realización. Tanto en el primer y segundo caso la hipoteca cumplió con su función de conservar en su valor económico el bien gravado. En el primero se da tal vinculación pero no es necesario para el crédito, que fue pagado normalmente. En el segundo se ejecuta el bien garantido al haberse impagado el

crédito; ello por la interacción de los derechos de la hipoteca y del crédito y no sólo de la hipoteca como efecto de ésta la cual cumplió con haber reservado el valor económico del bien, para hacerse pago con su realización, en caso de impago del crédito, como en este caso.

E- Importancia del derecho del crédito.

No se puede desconocer la importancia del crédito en su relación con la hipoteca, la cual, dada su propia finalidad, desaparecerá cuando sea cierto que él no nacerá o que, existiendo, sea extinguido por el pago normal o

alguna causa de nulidad que lo viciaba. Ello, sin pretender considerar que la hipoteca debe apoyarse del todo en el crédito para llegar a ser.

El crédito es importante, asimismo, en lo que toca a la permanencia o destinación del derecho de propiedad a otros derechos gravados. Limitándose la hipoteca a vincular por reservar el valor económico del bien gravado, dependen del crédito su desaparición, dejando libre al bien gravado, o que tal crédito haga desaparecer el derecho de propiedad gravado, al haber provocado su venta (caso de expropiación) absorbiendo su precio para su propia satisfacción.

SECCIÓN II: La hipoteca como derecho *teleológicamente* accesorio

La posición adoptada respecto a la noción de la hipoteca ha sido la de considerarla "un derecho real de vinculación", distinto al derecho principal de crédito, teniendo, por ello, existencia propia y función determinada por sí, y cuya accesoriedad es respecto al crédito sólo en su "finalidad". Debe quedar claro, ante tal concepción, que no se ha pretendido hacer de la hipoteca un derecho en absoluto autónomo del crédito garantido; sólo se ha querido reivindicar de la absoluta dependencia que la tienen los clásicos.

A- Inexistencia por sí de utilidad económica de la hipoteca

1. Beneficios económicos que producen los bienes y su implicación en los derechos reales.

Cada bien va a ofrecer una determinada utilidad, a determinados sujetos o sujeto de la colectividad; depende el que un bien sea total o parcialmente de un equis sujeto o sujetos para dar aquél su más completo y acabado disfrute. Tal posición de apropiarse de un bien la viene a asegurar el ordenamiento jurídico, particular-

mente el definir dentro de sus institutos una variedad de derechos que son, precisamente, los derechos reales.

Así, también, dentro de este tipo de derechos se encuentra una gradación de derechos que van desde los fuertes hasta los más débiles en cuanto al aprovechamiento o utilidad económica que dan al titular según el bien sobre el que recaigan. Se tendrá, por tanto, que un bien puede ser objeto de un solo derecho real global, que lo conllevará a su titular a disfrutar de toda su utilidad potencial, y además de unos derechos parciales que conferirán sólo parte de aquella utilidad. Dentro de los primeros resulta, como ejemplo típico, el de propiedad. Y es que la idea de la utilidad económica que produce un bien tiene su correspondiente jurídico en la noción de *apropiación*. La utilidad que resulta del derecho de propiedad es total: su titular puede usar el bien de modo directo, para enajenarlo, permutar, donarlo, dar en préstamo, o cualquier otro. Existe, entonces, un dominio pleno sobre el bien, salvo las limitaciones admitidas por el propietario o impuestos por la ley.

En cuanto al segundo grupo indicado arriba, de los derechos limitados que sólo ofre-

cen una u otra utilidad sobre el bien, se tiene que su titular tendrá sobre tal bien solo un poder reducido o limitado como sería, servidumbre, el derecho de usufructo.

Luego, la utilidad que se obtiene de los bienes por medio de los derechos reales será económicamente estimable, los cuales, junto con los derechos de crédito constitúyense en derechos patrimoniales.

Resulta claro, según se expuso, que los derechos reales tienen por propósito el legítimar, al titular de un bien, su uso y disfrute.

2. La hipoteca no produce atributos económicamente valorables

Cuando se habla de los "*derechos reales de garantía*" se hace necesario contraponerlos a los "*derechos reales de goce*", pues aquéllos, a diferencia de los segundos, no dan a su titular ningún derecho de disfrute o de utilización inmediata sobre la cosa. Ello implica que la propiedad, como derecho real de goce por excelencia, ante una hipoteca, su titular no ha de perder sus facultades de gozar o usar del bien. Por otra parte, cuando se habla de la realidad de la hipoteca, se hace en cuanto en tanto a ella le confiere al acreedor titular los derechos de preferencia y persecución para cobrarse sobre el dicho bien, en caso de impago.

No puede esperarse que el derecho de hipoteca redunde en un aumento real del patrimonio del acreedor, pues aún cuando por la venta del inmueble ese acreedor sea pagado, no será, en todo caso la hipoteca la que aumente su patrimonio, sino el crédito. El único beneficio que recibirá, entonces, el acreedor, es aquél: exigir que se reserve el valor económico del bien, rechazando los actos del deudor a terceros que pueden convertirlo en inútil.

B- Finalidad de la hipoteca en relación con el crédito

1. La utilidad es tan sólo respecto del crédito

La hipoteca cumple un fin de tal importancia que sin ella el patrimonio del acreedor podría verse disminuido por no haber asegurado que un bien respaldara su crédito. Y es que desde que el acreedor hace constituir hipoteca es porque ella le brindará una ventaja necesaria y única que es precisamente aquella: vincular o destinar el valor económico de un bien para asegurar el pago de la obligación garantizada. Por ello es que se debe sostener que la utilidad de la hipoteca se da en relación al crédito, el cual en caso de impago resultará cubierto con la venta del bien cuyo valor reservó la hipoteca. Así, la utilidad que dará ella será mediata e indirecta respecto a su titular, pues le sirve a éste al asegurarle la satisfacción de su crédito.

Esa utilidad la irá a desplegar desde el momento de su constitución hasta el de ejecución.

2. La necesidad de la existencia del crédito

Cuando se constituye una hipoteca se hace para que esta cumpla con una finalidad, cual es, según se sostuvo en el punto anterior, dar seguridad al pago de un crédito. No puede pensarse en una hipoteca que "*esté en el aire*", sin crédito alguno que venga a garantizar el que sea reservado el valor económico de un inmueble sólo se comprende si existe un crédito presente o futuro que venga a ser garantido.

Cuando se dice que la hipoteca tiene, como uno de sus varios caracteres, el ser accesorio, es, precisamente, porque debe haber un crédito o lo será respecto a él en cuanto a su nacimiento, extensión y subsistencia.

CAPÍTULO II. SU AUTONOMÍA EXISTENCIAL

El titular de la hipoteca tendrá una serie de poderes y facultades necesarias para hacer valer ese derecho en la conservación del valor económico del bien; poderes jurídicos que tienden a evitar actuaciones del obligado a

terceros, en menoscabo del interés del acreedor. Por todo ello, se debe sostener que la hipoteca es, en sí, un derecho completo, con una estructura y funcionamiento propio.

SECCIÓN I: El crédito eventual y la existencia del derecho Hipotecario

A- Generalidades

Demostrar que la hipoteca es un derecho con su propia existencia resulta fácil con sólo ver la situación del nacimiento de ésta sin que se haya constituido crédito alguno. Si se observa que la hipoteca constituye por sí un derecho completo, con su propia estructura y funcionamiento, aún faltando el crédito a garantizar, ha de concluirse necesariamente que no es "sine qua nom" para que aquella nazca la presencia de un crédito.

"El carácter accesorio que posee la hipoteca no permite concebirla sino existe un crédito al que se le pueda referir. Por lo tanto, cuando se prevee el nacimiento de un crédito hay interés en constituir inmediatamente la hipoteca para conferirle un rango preferible. La hipoteca garantiza entonces un crédito eventual".³

El admitir que puede darse una hipoteca antes de que pueda darse el crédito chocaría con todo el sistema de esta teoría, por principios de concepción e implicaría no ser consecuentes con sus postulados básicos.

B- La Teoría Clásica

La teoría clásica define la hipoteca como un derecho absolutamente subordinado al crédito u obligación principal, por lo que ella no presenta ningún carácter de derecho con vida propia. Para ser consecuente, entonces, es inimaginable aquella sin un crédito donde sea adherida; el crédito puede nacer antes o simultáneamente a la hipoteca, pero nunca ella antes que el crédito. Además, siendo los efectos principales de la hipoteca, según esta teoría, la preferencia y la persecución es condición necesarísima que haya garantía que las tenga, no pudiendo existir sin ésta.

Sin embargo, desde el siglo pasado la práctica ha ido configurando un nuevo concepto de hipoteca al admitir que ella nazca primero que el crédito. Posteriormente las legislaciones y jurisprudencia han confirmado la práctica. En el ordenamiento civil costarricense así se ha prescrito, tal y como lo reconoce don *Alberto Brenes Córdoba*:

"Establecida la garantía con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación futura, eventual o condicional, el gravamen perjudica a terceros desde la inscripción del documento..."⁴

Ripert y Boulanger sostienen:

-
3. RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean), *Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, s.n.e., 1956, p. 59.
 4. BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juricentro S.A., 5ª edición, 1981, p. 151.

Los autores radicales sostenían que dando una hipoteca en tales condiciones ella no existía hasta tanto no naciera el crédito, derecho principal. Así, entonces, la hipoteca no sería tal sino cuando fuera paralela al nacimiento del derecho de crédito. La hipoteca no puede tener fuerza por sí misma.

Aubry y Rau han sostenido:

"...la hipoteca, en principio, no puede preceder al crédito, ella no puede al menos tomar rango antes que la obligación principal exista".⁵

En conclusión, la Teoría Clásica no da una explicación que satisfaga respecto a la existencia de este tipo de hipotecas con crédito pre-existente.

C- Posición adoptada en este trabajo

1. Cuestionamiento

Es necesario demostrar, como ha sido el interés desde el inicio de este estudio, que la hipoteca cuenta con una existencia propia, perfecta y cumple la misma finalidad, sea o no anterior al crédito garantido.

Imprescindible es el estudio de la hipoteca en todas sus dimensiones y posibilidades, descomponiéndola en todos y cada uno de sus elementos, sin contentarse con dar opiniones de solución práctica a los problemas no entendidos. Puede resultar paradójico pensar en una hipoteca sin crédito cuando su propósito final es reservar un valor para satisfacer una obligación personal. Sin embargo, no es así, pues, como se verá, lo que se hace es adelantar una función

que, como garantía, debe cumplir la hipoteca, y que incluso, da más seguridad a una persona que ha de ser la acreedora al concluir un negocio.

Para demostrarlo es necesario, a su vez, probar lo siguiente:

- a) Que no es requisito de constitución de la hipoteca la existencia de la obligación a garantizar.
- b) Aún cuando no existe una obligación actual, el eventual acreedor cuenta con una serie de poderes y facultades que devienen de esa sola hipoteca.
- c) La hipoteca se comporta de igual manera en la situación de un crédito que nace antes o paralela a ella.

2. Constitución de la hipoteca

En este punto se pretende demostrar que, para constituirse válidamente una hipoteca, no es requisito esencial que exista una obligación a garantizar. Claro es que ella desaparecería si esa obligación no llegara a existir pues no cumplirá su finalidad, cual es la de reservar el valor económico de un bien inmueble para la satisfacción de una deuda.

Para constituir una hipoteca, conforme la mayor parte de las legislaciones actuales, se requiere los siguientes requisitos:

- a) En el ámbito personal es necesario que el constituyente, voluntario o forzoso, sea el propietario o titular del derecho que ha de convertirse en el derecho de hipoteca y por otro lado es indispensable que exista un titular del derecho hipotecario (pudiendo llegar a ser él el titular de la obligación).

5. AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, París. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, T. 3, 1900. p. 615.

Desde el instante en que se constituye la hipoteca ese sujeto, por el sólo hecho de ser el titular de la hipoteca, va a tener una serie de poderes y facultades tendientes a hacer que se mantenga el estado de reserva del valor económico del bien.

- b) En el ámbito real la hipoteca debe recaer sobre bienes (comúnmente inmuebles) o derechos susceptibles a ser asiento de hipoteca conforme a las distintas legislaciones; debe ser un bien que pueda ser afectado hasta un valor determinado y además, como consecuencia, fácilmente reducible, mediante venta del bien, en suma dineraria.
- c) En el campo formal, el documento en que aparece tal constitución debe ser objeto de publicidad registral.

Algunas legislaciones como la costarricense exige que para constituir la hipoteca, ello sea hecho en "escritura pública".

Entonces, ha de concluirse que no es requisito para constituir válidamente una hipoteca, la existencia del crédito a garantizar.

3. Poderes y facultades del eventual acreedor hipotecario

Para ser tan sólo un acreedor eventual él va a tener una serie de derechos y facultades que devienen del hecho de ser, por el solo derecho de hipoteca, el titular hipotecario. Así, la hipoteca existe y funciona desde su constitución, haya o no un crédito. O sea, que la hipoteca ha de reservar y mantener el valor económico del bien desde ese momento, aún cuando el derecho del crédito no haya nacido.

En el transcurso de toda esa fase, que va desde su constitución hasta que nace el crédito pueden presentarse una serie de situaciones que podrían implicar un perjuicio de la vinculación económica del bien por parte de la hipoteca, lo que la haría devenir inservible.

a) Por actos materiales

Se refiere a aquellas causas que conducen a la destrucción o al valor económico del bien. Los poderes de este titular se pueden ejercitar antes o después de la destrucción del bien. En el primer caso, son muchas las legislaciones, las que expresamente prescriben que el titular hipotecario tiene poder suficiente para impedir que se produzcan actos provenientes del constituyente o un tercero que vengán a desmejorar o destruir el bien. El titular de la hipoteca debe acudir ante el juez para que sea éste quien ordene la cesación de los actos dañosos.

Así, la hipoteca aún habiendo nacido sin crédito tiene una existencia, como se puede ver con los poderes que el titular hipotecario está dotado para impedir por el medio judicial, que el constituyente o un tercero realicen actos contrarios a la preservación del valor económico del bien dado en hipoteca.

La segunda situación se refiere a los poderes que ejercite el titular hipotecario después que se dio en forma consumada la destrucción del bien.

Según lo han regulado la mayoría de las legislaciones ese titular podrá exigir, en vía judicial, que se aumente o se suplemente la hipoteca para hacerla venir al valor económico en que fue afectado el bien. De no ser así la hipoteca resultaría inútil.

En otras legislaciones se le concede al juez amplias facultades para exigir al propietario que remedie el daño.

Claro, respecto a esta última solución no podría darse en el caso de la hipoteca en garantía de deuda eventual, pues, lógicamente, es necesario que el crédito haya nacido.

b) Por actos jurídicos

La mayor parte, no se revelan ni manifiestan exteriormente, derivándose de ellos la

actuación visible del titular hipotecario frente a los que devienen con derechos sobre ese bien (por ejemplo, transmitir derecho de propiedad; constituir una servidumbre, etc.). Sin embargo, aún así, la hipoteca no puede ser desconocida por ningún acto jurídico que involucre el objeto hipotecado; el bien o derecho continúa vinculado en su valor económico, lo que se ha de exteriorizar en la fase de realización, en caso que llegue a nacer el crédito y fuera él impagado.

Existen, no obstante, ciertos actos jurídicos que afectan tanto al bien que hacen que la hipoteca que sobre él existe se manifieste, indicándose como su valor económico (del bien) ha sido vinculado y reservado por ella. Los actos a que se hace referencia son aquellos que producen una sustitución del bien por otro diferente.

Algunos de los casos que han de producir tales efectos son:

b.1) El acto expropiatorio del bien hipotecado, por causa de utilidad pública. En este caso, habiendo quedado el bien libre de todo derecho y gravamen existente sobre él, ellos se han de trasladar -incluyendo la hipoteca- a la suma dineraria que ha de pagar el Estado. El titular hipotecario tiene derecho a exigir que se le reserve la parte de dinero equivalente a la afectación que había sobre la hipoteca. En la legislación hipotecaria costarricense se ha previsto esta situación al decir que *"cuando el precio... de la expropiación forzosa venga a sustituir a la finca se pagará a los acreedores hipotecarios por su orden ..."*⁶

La misma solución existe para el caso en que el bien sea judicialmente vendido, transformándose en suma dineraria.

b.2) Otros actos en que se ha de poner también de manifiesto la plena existencia del derecho hipotecario es cuando el bien dado en garantía se realiza por solicitud de un acreedor hipotecario cuyo crédito fue impagado, en donde los titulares de hipoteca han de trasladar su garantía sobre el precio obtenido en la venta. En el caso de un titular hipotecario; en la hipótesis de deuda inexistente, tendrá también derecho a que se le reserve y vincule el aporte económico con el que estaba afectado el bien.

La legislación costarricense en el artículo 418 del Código Civil ha dicho:

"...si concurrieran acreedores cuyos créditos dependen de una condición se depositará la suma que valgan sus créditos para hacerles pago si la condición se cumple".⁷

La situación de créditos con condición es aplicable al caso de la hipótesis garantizando deudas eventuales.

La conclusión no puede ser otra sino a la que ya se ha llegado: la hipoteca es un derecho con existencia propia con lo que vale decir, que no ocupa poco nacer y "vivir" del crédito.

4. Idéntico funcionamiento de la hipoteca coexiste no a un crédito

No se pretende desconocer el carácter accesorio de la hipoteca (desde el punto de vista de su finalidad) pero también es claro que no puede sostenerse, como lo hacen los autores clásicos, que ésta sea en absoluta accesoriedad y por ello necesaria la existencia de un crédito para que exista.

6. **Código Civil de Costa Rica**, Ley de 26 de abril de 1886, San José, Librería Lehmann, edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, Art. 418, párrafo tercero.

7. **Código Civil**, *Op. cit.*, Art. 418, párrafo segundo.

Según se pudo comprobar, el hecho de que haya o no crédito contemporáneo a la constitución de la hipoteca no hacen a ésta

menos o más perfecta. El que, quizás, nunca este crédito nazca no quita que ella sea condicional o no.

SECCIÓN II: La hipoteca coexiste al crédito.

A-Existencia propia de la hipoteca

Haya o no un crédito contemporáneo o anterior a la constitución de la hipoteca, ésta tendrá existencia propia, por ser ambos derechos distintos. Por ser la hipoteca un "derecho" es necesario hablar de "coexistencia" con el crédito y no de "subordinación".

El bien hipotecado puede así estar en dos distintas personas:

- Cuando se encuentra en poder del mismo deudor.
- Cuando se encuentra en poder de un tercero constituyente.

El primer caso es lo que se da más frecuentemente en la práctica. Por tener la hipoteca por función el reservar y mantener el valor económico del bien, el titular de él, en este caso el deudor, se ve limitado en cuanto a la disposición de su bien, no pudiendo realizar aquellos actos que disminuyan el valor de la cosa, haciéndola inútil para cumplir con su fin. El que la hipoteca exista hará que el titular del bien gravado vea afectadas sus facultades.

En el segundo caso si se hace más notorio la autonomía existencial del derecho de hipoteca, en que el titular hipotecario se encuentra ante dos sujetos distintos: el deudor personal y un tercero constituyente de la hipoteca en bienes suyos. La hipoteca hará que quede reservado el valor económico del bien cualquiera sea la persona que lo tenga; vinculación que, entonces, no deviene del crédito a garantizar. El que un tercero haya consentido en hipotecar un bien de su patrimonio

implica que ha de soportar todas las consecuencias que del acto se deriven, como es el que él no puede deteriorar o destruir el bien en perjuicio del acreedor quien tendrá las acciones necesarias para oponerse a ello. También es sobresaliente la existencia de la hipoteca en caso que el bien de ese tercero sea dado para responder ante otros acreedores (hipotecarios o quirografarios). Ninguno de ellos puede desconocer esa situación ejercitando acciones contra él.

B- Carácter teleológico de la hipoteca

A pesar de lo dicho anteriormente no se debe desconocer una de las caras de la misma moneda: se está sosteniendo el carácter autónomo de la hipoteca en su existencia y funcionamiento no así en cuanto a su finalidad, la cual es servir al crédito, para que en caso de impago del crédito sea embargado y vendido el bien dado en garantía; lo cual es posible por haber reservado y mantenido la hipoteca su valor económico.

En el caso de la obligación eventual, si se sabe que el crédito no ha de nacer se extingue la hipoteca; ya no tendrá razón de ser. Si la deuda es pagada, la hipoteca se ha de cancelar pues ya no existe el crédito para el que ella vivía.

Así lo expresa la legislación costarricense al decir en su artículo 424:

"Art. 424.- La hipoteca se extingue con la obligación principal y por todos los otros medios porque se extinguen las demás obligaciones..."⁸

8. Código Civil, Op. cit., Art. 424.

CAPÍTULO III: AUTONOMÍA EFECTUAL

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 accesorio 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."*⁹

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..."*¹⁰

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

9. ROCA SASTRE (Ramón María), **Derecho Hipotecario**, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 5ª edición, T. IV, 1954, p. 63.

10. ALBALADEJO (Manuel), **Derecho Civil**, Barcelona, Librería Bosch, 2ª edición, volumen segundo, 1977, p. 293.

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 da 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 la 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

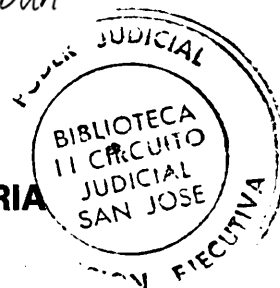
Los efectos de preferencia y persecución nacen con existencia propia desde la constitución de la garantía hipotecaria. Es precisamente por esta razón que esa vinculación se

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 dá al acreedor el derecho de ejercer todas aquellas facultades.



CAPÍTULO IV. AUTONOMÍA DE CESIÓN HIPOTECARIA

SECCIÓN I. Discusión Doctrinal.

A- Negación absoluta a la cesión hipotecaria

Los autores clásicos consecuentes con su doctrina rechazan de modo absoluto toda posibilidad de ceder una hipoteca. Siendo ella un accesorio del derecho principal no puede pensarse en que aquélla por sí sola pueda pasar a servir otro crédito.

Cossio ha dicho:

"...no es posible ceder el crédito con independencia de la hipoteca, ni la hipoteca con independencia del crédito".¹¹

B- Admisión de la cesión hipotecaria

La hipoteca es un derecho, un derecho real de garantía, diferente al derecho personal de crédito y por ello susceptible de transmisión separada de éste.

Puig Peña sostiene:

"El derecho real de hipoteca [...] puede de perfectamente transmitirse [...] igual que cualquier derecho de naturaleza ordinaria".

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, estos autores no van a desligar del todo a la hipoteca del crédito originalmente garantizado pues indican que la extinción del crédito original necesariamente ha de provocar la de la hipoteca transmitida, lo cual hace criticable esta posición. Lógico sería que una vez que la hipoteca pase a garantizar un nuevo crédito

dependa de su suerte extintiva de él pero no del originalmente garantido. O sea, si finalísticamente la hipoteca es accesorio de un crédito, tal carácter se mantendrá para con el nuevo crédito, lo que debería ser la extinción de éste el único que decidirá la de la garantía. Además, aquélla errada concepción va a provocar un perjuicio económico al cesionario de la hipoteca al depender ésta siempre de su crédito de origen al llegar a ser una garantía en extremo pobre y su crédito de todo inseguro.

Como se ve el crédito de éste podría desaparecer con el solo pago que hiciera el deudor de la obligación originalmente garantida.

Así pues estos autores después de proclamar la posibilidad de cesión de la hipoteca echan al suelo todo al agregar que, sin embargo, la extinción del primero determinará la suerte de la garantía cedida.

Sin embargo, tal posición es satisfactoria: la vida y existencia del crédito original es algo que está fuera de la hipoteca cedida.

Todo esto hace que siga considerándose a la hipoteca una mera cualidad del crédito, pues, aun cuando se admite la cesión de ella, su dependencia del antiguo crédito no desaparece.

C- Crítica

Grandes contradicciones y muy distintos puntos de enfoque se han dado doctrinalmente alrededor del problema de la transmisión de la hipoteca. Ha sido la realidad y la práctica las que han dado solución a los muy variados matices que dicho problema plantea.

11. COSSIO *Op. cit.*, p. 683.

Los hermanos *Mazeaud* sostienen:

*"Las convenciones relativas a la transmisión de la hipoteca por vía principal se originaron en los usos de los prácticos, singularmente a propósito de la hipoteca legal de la mujer casada". **

Por su parte el Código Civil costarricense no hace mención alguna respecto a este punto; lo cual denota por un lado falta de elaboración doctrinal y, por otro, que la práctica aún está rigiendo esta operación hipotecaria.

Como se indicó arriba la doctrina costarricense ha hecho caso omiso sobre este punto. Así, don Alberto Brenes, tan pegado en el comentario de la legislación costarricense, tampoco lo hace.

En el mismo sentido la jurisprudencia nacional (tanto registral, como de los Tribunales de Justicia y la Sala de Casación) es omisa en este punto. La práctica ha solucionado tales omisiones mediante los mecanismos de cancelación y nueva constitución hipotecaria o por medio del contrato de cesión (cediéndose el crédito con el gravámen hipotecario), lo cual sí es posible conforme a la legislación costarricense.

SECCIÓN I. Transmisión Hipotecaria Autónoma al Crédito Original.

A- Posición adoptada : cuestionamiento

Dada la concepción que de la hipoteca se tiene puede ésta ser transmitida con absoluta independencia del crédito original. Tal cesión, claro es, estará supeditada a una serie de requisitos, como es que tal transmisión deba hacerse necesariamente a favor de un acreedor del mismo deudor hipotecario. Siendo el derecho hipotecario un derecho real con existencia y funcionamiento propio con respecto al crédito, él irá a afectar la vinculación y mantenimiento del valor económico del bien hipotecado para que en caso de impago del crédito sea vendido judicialmente tal bien y con su precio satisfacer el crédito vendido.

Es la hipoteca un derecho completo que desde que nace ha de dar a su titular una serie de poderes y facultades para hacer efectiva la garantía constituida, así como proporciona, también, al ser tal, la facultad (siendo un derecho completo) de ser transmitida a un acreedor del mismo deudor.

Se va a necesitar para que todo este cuadro conceptual resulte, en cuanto a la finalidad de la hipoteca, que tal transmisión cumpla una serie de requisitos y condiciones que no perju-

diquen al deudor hipotecario beneficiando al cesionario del derecho hipotecario.

B- Mecanismo de Transmisión³⁶

1. Condiciones de Transmisibilidad

Cuando se habla de transmisión de la hipoteca no es suficiente referirse a la transmisión de ella aislada del crédito garantizado originalmente, sino que es necesario ver el gran interés de fondo, cual es el de encontrar a aquélla garantizando un nuevo crédito, y por ello se debe estudiar también el derecho principal, el cual será el beneficiado de la garantía transmitida. La transmisión de la hipoteca independientemente al crédito, debe realizarse sin causar perjuicios económicos para el poseedor del bien hipotecado ni respecto a otros acreedores (quirografarios o hipotecarios) con derechos reales sobre tal.

Las condiciones y requisitos básicos de transmisibilidad de la hipoteca son:

- a) El cesionario deberá ser, necesariamente, acreedor del mismo deudor. Esta es una condición "*sine qua nom*" para la cesión hipotecaria.

- b) La transmisión debe hacer hasta el límite de la vinculación económica en que se encuentra el bien hipotecado y hasta el que pueda llegar el nuevo crédito porque de lo contrario, traería perjuicios económicos tanto al poseedor del bien hipotecado, como respecto a demás titulares con derechos reales sobre ese bien.

El nuevo crédito no puede ser más alto en su monto de lo que fue el crédito original.

- c) No puede transmitirse una hipoteca aislada cuando la obligación que viene a garantizarse tiene fecha de vencimiento posterior al del crédito original.

Efectos

Como es lógico, el efecto capital en la cesión hipotecaria será, necesariamente el de "trasladar", "traspasar" el derecho hipotecario de un titular acreedor a otro del mismo deudor, correspondiéndole a ese acreedor todos los poderes y sujeciones que implica aquella garantía.

El pago y los otros motivos de extinción que se realicen sobre ese crédito anterior en nada beneficiará o perjudicará al actual, estando la hipoteca funcionando sólo en razón de este último: así se produjese algún motivo de extinción del nuevo crédito sí se daría necesariamente la extinción de la hipoteca.
