

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

" LOS TERCEROS POSEEDORES DE  
LA COSA HIPOTECADA "

TRABAJO PRESENTADO POR:

MYRIAM YOLANDA OLIVA MACHUCA

1982.

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.



T  
346-0436  
048t

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112338

PRIVADOS APROBADOS:

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y  
LEGISLACION LABORAL"

JURADO EXAMINADOR:

DR. JULIO CESAR FERNANDEZ,  
DR. JOSE DIMAS HERNANDEZ,  
DR. FELIX ANTONIO ORELLANA.

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

JURADO EXAMINADOR:

DR. JOSE FRANCISCO ARCE GUTIERREZ,  
DR. OMAR ISRAELI PASTOR,  
DR. HUGO RENE BAÑOS SANCHEZ.

TRABAJO MONOGRAFICO CALIFICADO POR:

DR. JORGE ALBERTO BARRIERE.

ACTO QUE DEDICO

A:

MI PADRE CELESTIAL Y A MI DIVINA MADRE, QUIENES ME  
ILUMINARON EN MIS ESTUDIOS,

CON INFINITO AMOR Y AGRADECIMIENTO A MIS PADRES  
DOCTOR CARLOS OLIVA VAQUERANO Y BERTHA MACHUCA DE  
OLIVA,

CON INMENSO CARIÑO A MI ESPOSO  
LICENCIADO CARLOS ALBERTO FERNANDEZ,

CON PROFUNDO AMOR A MIS HIJITOS  
VIVIAN LIVIER Y CARLITOS JOSE,

CON AMOR FRATERNAL A MI HERMANO  
INGENIERO CARLOS ANTONIO OLIVA MACHUCA.

## INTRODUCCION AL TEMA

La Institución de los Terceros Poseedores de la cosa hipotecada, ampliamente reglamentada en otras legislaciones ocupa en la nuestra un artículo, cual es el 2177 del Código Civil, sin que en toda la Legislación encontremos otra disposición que se refiera al mismo tema; esto constituye un vacío que ha causado en la práctica problemas y dificultades, cometiéndose en muchos casos grandes injusticias por falta de cultura jurídica por parte de los juzgadores.

La disposición legal citada no menciona, ni el momento, ni el estadio del juicio en el que debe hacerse la reconvención para el pago, pudiendo ésta verificarse hasta pocos días antes de que el inmueble hipotecado sea subastado; siendo así, no le queda ninguna oportunidad al tercer poseedor para poder oponer al deudor hipotecario, ninguna excepción aunque ésta sea de pago o de prescripción de la acción ejecutiva. Es de observar, como una explicación a esta situación insólita en que se encuentra la referida institución de los terceros poseedores, el hecho de suma importancia de que la misma fue tomada del Código Civil Chileno en cuya Legislación está reglamentada, no así en el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, cuyas disposiciones fueron tomadas por el padre Isidro Menéndez de la Legislación Española.

La referida institución cobra importancia en estos momentos - en que una Comisión de Codificadores está elaborando un nuevo Código Procesal Civil que viene a modernizar al Código del padre Menéndez que tiene una vigencia de más de cien años, para lo que considero que merece la atención de estos juristas, ya que nadie puede ignorar su importancia en la vida jurídica del país, porque vendría a resolver los muchos conflictos que se presentan en la práctica judicial, los que trataré oportunamente.

Tampoco puede decirse que los diversos casos que se han presentado en relación con el Art. 2177 C., hayan sido resueltos por la Jurisprudencia, porque con relación a esta situación no existe ninguna en el país.

He escogido como punto de trabajo de la presente monografía Los Terceros Poseedores de la cosa Hipotecada porque considero, - que es un asunto de mucho interés y poco investigado en nuestra Legislación. En El Salvador, no existe bibliografía sobre el tema, - pero para desarrollarlo he contado con la valiosa asesoría de mi - padre Doctor Carlos Oliva Vaquerano. He procurado exponer el tema en una forma modesta, pero con la fe que debe ser profundizado y - ampliado por los estudiosos del Derecho Civil, en todo caso mis es - fuerzos por redactar el presente estudio no solo obedece a cumplir con el requisito exigido para optar al título de Licenciatura en -

Ciencias Jurídicas sino que también por el anhelo de superación y el deseo de despertar interés sobre un asunto poco investigado en nuestra Legislación Salvadoreña.

## TITULO I

### DERECHOS REALES

En el Derecho Romano no existía esta expresión, se conocían nada más que las fórmulas "Actio en Rem" y "Personales Acciones", es decir acciones Reales y Personales.

En la Edad Media aparecen las expresiones "Jus in re" y "Jus ad rem" para hacer relación a los derechos reales y personales. "Jus in re" es el derecho en o sobre la cosa, así el concepto llamado clásico del derecho real es el vínculo o relación inmediata entre una persona y una cosa, que puede hacerse valer contra toda persona; pero esta definición no es completa porque establece una relación entre una persona y una cosa lo cual constituye un absurdo jurídico, y que lo es, se desprende de la consideración sumamente sencilla, que ello significaría imponer una obligación a cargo de una cosa y en favor del hombre que tiene derecho sobre la misma. Jurídicamente no puede existir esa relación, porque todo derecho es un vínculo establecido entre personas y si se entendió así hasta fines del siglo pasado, se debió a que fue confundido con la relación de hecho que constituye la posesión.

Surgió en el amplio panorama de la doctrina, la concepción personalista del derecho real, entendiéndose por tal no una vincu

lación persona-cosa sino entre el titular del derecho con todas las otras personas que están obligadas a respetarla; aquél como sujeto activo y éstos como sujetos pasivos de la relación.

Esta doctrina representa la antítesis de la anterior por lo que algunos autores estiman que la doctrina personalista no es más que una fase en el análisis del derecho real, pues de no ser así, significaría definirla por la obligación que tienen las demás personas de respetar ese derecho real, que justamente se trata de caracterizar; pero ello sería darle a la obligación negativa una importancia mayor de la que tiene.

Es innegable en realidad, la existencia de esa limitación negativa a la libertad personal, pero es necesario además, establecer los límites que debe respetar el sujeto pasivo o, desde otro punto de vista, el poder jurídico que en o sobre la cosa tiene el sujeto activo, concretando diremos que por la concepción integral del derecho real, es indispensable por una parte, reconocer la obligación pasiva universal, es decir, su aspecto externo, y por otra parte, la determinación de la extensión de esa obligación, delimitando las facultades del sujeto activo, para obtener los servicios de la cosa, o sea el aspecto interno. Desde este doble punto de vista, el derecho real ha sido definido, "como el derecho - que, dando a una persona un poder jurídico directo o inmediato sobre la cosa, es susceptible de ser ejercitado no solamente contra

una persona determinada, sino contra todo el mundo."

Aunque no con exactitud matemática han sido combinadas las doctrinas anteriores a objeto de perfeccionar la definición, y es por eso, que podemos decir que se ha verificado la síntesis. El Código Civil Salvadoreño, lo define en el Art. 567 Inc. 2º, y dice: "Derecho Real es el que se tiene sobre una cosa sin referencia a determinada persona."

Y son Derechos Reales el de dominio, el de herencia, el de usufructo, uso o habitación, el de servidumbre, el de prenda y el de hipoteca.

## TITULO II

### HIPOTECA EN GENERAL

La hipoteca es un derecho real, constituida para garantizar una obligación de carácter patrimonial sobre un inmueble a favor de un acreedor, que sin privar por de pronto de la posesión ni del dominio al propietario autoriza en el caso de que la obligación garantizada, se vuelva exigible y no sea cumplida, para instar la venta de dicho inmueble y cobrarse con el precio obtenido.

De lo anterior se entiende que la hipoteca es un medio suma

mente cómodo que permite al propietario de un inmueble proporcionar se un capital que representa todo o parte del valor del inmueble, sin perder por eso su disfrute ni el derecho de enajenarlo.

Sin embargo, no hay que olvidar que el deudor que ha hipotecado su inmueble no le será muy fácil venderlo, porque un tercero se cuidará mucho de adquirir un bien gravado con semejante carga. En el fondo la hipoteca constituye una limitación a la facultad de disponer libremente.

El Art. 2157 C., define la hipoteca y literalmente dice: "La hipoteca es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito sin que por eso dejen aquellos de permanecer en poder del deudor."

El Legislador revistió a la hipoteca de solemnidades que las partes contratantes están obligadas a observar para que ésta, se reputa perfecta y produzca efectos jurídicos y son los siguientes:

1. La hipoteca se constituye mediante escritura pública, si se constituye en instrumento privado no tiene valor alguno, así lo determina el Art. 2159 C., que dice: "La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública." y
2. La tradición del derecho de hipoteca se verifica por la anotación de la escritura que la constituye, en el competente -

registro Art. 668 C.; sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde que se presente al registro respectivo si se siguiere inscripción, así lo establece el Art. 2160 C.

### TITULO III

#### CARACTERES DEL DERECHO DE HIPOTECA

a) La hipoteca es un derecho real, constituido sobre un inmueble a favor de un acreedor, sigue a la cosa como la sombra al cuerpo y como se ha dicho, da una acción real contra el inmueble y una acción personal contra el deudor Art. 567 C.; la característica de derecho real, confiere al acreedor hipotecario la facultad de hacer valer su derecho contra todo el mundo, sea quien fuere el que la po sea.

b) El carácter de indivisibilidad: La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ella están obligadas al pago de toda la deuda y cada parte de ella.

El Art. 2158 C., recoge este principio cuando dice: "Cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella."

Sin embargo, el carácter de indivisibilidad inherente a la hipoteca no es de su esencia sino de su naturaleza y sus efectos pueden modificarse por las voluntades del acreedor y del deudor, así la indivisibilidad es una garantía y un derecho creados por la Ley en favor del acreedor, el deudor está sometido a estas condiciones, sin embargo, como todo derecho, es susceptible de ser renunciado - por el acreedor.

c) La hipoteca es un accesorio de la obligación del deudor y no puede por lo tanto alterar la naturaleza de la obligación principal. Por tanto si la deuda es de naturaleza mueble, la hipoteca también tendría que ser mueble, pero recayendo dicho gravamen sobre una cosa inmueble, afirmaríam que es una peculiaridad especial de la hipoteca en el sentido de lo accesorio es inmueble y el principal mueble.

d) El carácter formal de la hipoteca, consiste en que para que el gravamen surja a la vida jurídica, es decir para que se constituya la hipoteca, además de ser otorgada en escritura pública, necesita de su inscripción en el Registro y así lo determina el Art. - 2160 C., que dice: "La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el Registro de Hipotecas: sin este requisito no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde que se presente al Registro respectivo si se siguiere inscripción."

Corroborado esto por el Art. 668 C., que establece que la tradición del derecho hipotecario se verifica por la anotación de la escritura que la constituye, en el competente Registro.

e) El carácter preferente de la hipoteca: La finca hipotecada queda afecta al pago de las hipotecas que la gravan en el orden en que han sido constituidos los gravámenes, así el derecho de preferencia es el que tiene el acreedor de que, con el precio del inmueble hipotecado, se le pague con preferencia a los demás acreedores, más que una característica de la hipoteca el derecho de preferencia es un efecto que produce la hipoteca, así lo reconoce el Art. 2172 C. y el Art. 645 Pr., que en lo concerniente dice: "Y en caso de que sea acreedor hipotecario, se cubrirá su crédito con el precio del remate en el orden de prelación establecido por las leyes sustantivas."

Este principio está reconocido en el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil en el Art. 863, que dice: "Si del mismo informe del Registrador apareciere inscrita hipoteca o prenda o cualquier otro derecho real a favor de tercero, éste tiene que ser citado por el Juez para la subasta de los bienes, como para el justiprecio de los mismos, teniendo intervención con las partes en el valor que les den, como en el nombramiento de peritos, pena de nulidad. El Juez, en la primera cita que haga al acreedor hipotecario o prendario le prevendrá de oficio o a solicitud de parte, que pre

sente el título de su crédito con una minuta que especifique el monto de la deuda por capital e intereses y los abonos hechos en uno u otro concepto. De ella se mandará oír a las partes por tercer día y con lo que contesten o en su rebeldía, el Juez por auto en el proceso, determinará el grado de preferencia de dicho crédito hipotecario o prendario sobre el producto de los bienes embargados con respecto al crédito o créditos cuyos pagos se persiguen en la ejecución. Si las partes o los terceros acreedores no estuviesen de acuerdo con la deuda, su monto y el grado de preferencia, pueden discutir por separado sus derechos en la forma correspondiente.

#### Rango de la Hipoteca.

Hemos visto anteriormente que los acreedores hipotecarios se cobran del producto de la subasta en el orden en que han sido constituidos, sin embargo, en algunos casos por negligencia de los contratantes, como los instrumentos públicos en los cuales se ha constituido alguna hipoteca, no se han presentado al Registro correspondiente con la prontitud debida resultando entonces que el que constituyó una segunda hipoteca, presentó ésta a dicho Registro con anterioridad a la primera, tomando en este caso la segunda hipoteca el lugar de la primera y la primera en lugar de la segunda. Esto es así, según hemos visto anteriormente que para que se constituya dicho gravamen es indispensable que sea otorgado en escritura pública y que se inscriba en el Registro correspondiente para

que la tradición del derecho hipotecario se verifique a esto se le ha llamado Rango de la Hipoteca.

f) Derecho de Persecución: Derecho de entablar la acción hipotecaria contra los terceros poseedores del inmueble es un medio organizado con el propósito de garantizar al acreedor el ejercicio de su derecho de preferencia, aún en el caso de que el inmueble haya sido enajenado por el deudor. El derecho de persecución no es más que una prolongación del derecho de preferencia, o dicho en otras palabras, es el complemento necesario del derecho de preferencia, que permite al acreedor ejercitar su derecho de preferencia sobre el precio del inmueble, aunque éste haya salido del patrimonio del deudor y pasado a ser propiedad de otra persona.

Así el acreedor hipotecario ejercita el derecho de persecución cuando el inmueble o una de sus desmembraciones ha pasado al patrimonio de un tercer poseedor.

El carácter de persecución de la hipoteca: Es una de las características de los derechos reales, da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido, estando contemplada la obligación negativa universal cuando se dice que puede hacerse valer contra terceros sea quien fuere el que la posea.

#### TITULO IV

##### PERSONAS QUE DEBEN SER CLASIFICADAS ENTRE EL NUMERO DE LOS TERCEROS POSEEDORES.

No todo adquirente del inmueble hipotecado es un tercer poseedor; para que lo sea es necesario ser personalmente responsable del pago de la deuda con todos sus bienes, así el tercer poseedor, es el que por cualquier título lleva a su patrimonio una cosa que se encuentre hipotecada, pero no es responsable personalmente del pago de la obligación principal.

Aclarando en este punto, podemos decir, que no son terceros poseedores aquellos que hayan llevado a su patrimonio inmuebles hipotecados en virtud de una herencia, ya que estas personas se consideran como continuadores de la personalidad del causante y están obligadas por consiguiente en los mismos términos que éste, como tampoco lo son aquellas que adquieren el inmueble que ha pasado a sus manos con el gravamen y se obligan personalmente.

De lo expuesto se deduce que, el tercer poseedor no es propiamente un deudor, únicamente es propietario y poseedor de un inmueble que garantiza una deuda ajena. Se hace necesario clasificar a los terceros propietarios del inmueble en dos categorías:

a) Los que son personalmente responsables de la deuda igual -

que el mismo deudor. Serán éstos los causahabientes a título universal del deudor que hayan aceptado pura y simplemente la herencia. Contra ellos el acreedor no tiene que invocar el derecho de persecución; desde luego, son adquirentes del inmueble, pero no son terceros poseedores, puesto que están en el lugar del difunto.

b) Los que no son personalmente deudores, sino que solo vienen obligados como propietarios del inmueble hipotecado. Son éstos los que hablando con propiedad, se designan con el nombre de terceros poseedores y están expuestos al derecho de persecución.

El tercer poseedor no es un deudor, no es él quien debe, sino el inmueble "res, non persona debet."

En la categoría de terceros poseedores se comprenden:

1. El fiador, que garantiza una deuda ajena sin obligarse personalmente.
2. Los adquirentes a título singular, como el donatario y el legatario.
3. Los adquirentes a título universal que hayan aceptado con beneficio de inventario.
4. El que ha llegado a ser propietario por prescripción.

Son estos los terceros poseedores contra quienes el acreedor puede entablar el derecho de persecución, sin embargo, no todos -

estos terceros poseedores se encuentran en idéntica situación con relación al acreedor hipotecario.

## TITULO V

### REQUISITOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PERSECUCION.

Para que el acreedor pueda ejecutar el derecho de persecución contra el tercer poseedor, son necesarias dos condiciones:

a) La exigibilidad del crédito, en efecto, el tercer poseedor disfruta de cuantos términos y plazos correspondieran al deudor o riginario, lo cual es comprensible puesto que la hipoteca es accesoria del crédito y está destinada a asegurar su pago. Para que - el acreedor hipotecario se presente pidiendo que se pague con el precio del inmueble, es menester que tenga derecho a exigir el pago de la obligación principal.

b) Solemnidad de la hipoteca: El acreedor no puede perseguir al tercer poseedor sino en tanto que haya inscrito su hipoteca en el Registro correspondiente, pues mientras no se haya hecho, no - se ha perfeccionado el derecho real de hipoteca ya que según hemos visto anteriormente es indispensable su constitución por escritura pública y su tradición mediante la inscripción en el correspondiente Registro.

## TITULO VI

### COMENTARIO AL ART. 2177 DEL CODIGO CIVIL

En nuestra Legislación Civil el Art. 2177 C. literalmente dice: "El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligado.

Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador.

Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella."

Reconoce nuestra legislación, la Institución de los Terceros Poseedores, que se encuentra como una disposición aislada en el referido Código, por tanto, consideramos necesario detenernos en hacer un comentario breve sobre el contenido de dicha norma legal.

Se refiere la disposición transcrita a la reconvención de pago que el acreedor hipotecario debe hacer al tercer poseedor del inmueble que pasa a su poder con el gravamen prescribiendo, que no tendrá derecho para que se persiga primero al deudor principal personalmente obligado.

Se ha dicho anteriormente que el tercer poseedor es la persona que adquiere el inmueble hipotecado sin estar obligado personalmente al pago de la deuda y se han señalado además, los casos en que esta situación puede presentarse.

Toma forma este Instituto Jurídico cuando un acreedor hipotecario demanda a su deudor para el pago de la respectiva obligación, sin embargo, al pedir el informe a que se refiere el inciso tercero del Art. 645 Pr. aparece que el inmueble hipotecado, ha sido vendido a una tercera persona, circunstancia que también puede aparecer en el acta del embargo levantada por el Juez executor.

En la disposición comentada, se previene que para poder continuar con la ejecución judicial, entablada contra el deudor principal, es indispensable que el tercer poseedor sea reconvenido para el pago, quien no puede alegar que se persiga primero los bienes del deudor principal antes que la finca hipotecada, y esto es muy lógico, desde luego que es una consecuencia del derecho de persecución que por su esencia tiene la hipoteca. Sin embargo, no señala la Ley el momento preciso en que el acreedor hipotecario debe solicitar la reconvención de pago al tercer poseedor y mucho menos si existe alguna tramitación especial, dentro de la cual el tercer poseedor puede hacer uso de sus derechos o sea alegar alguna excepción que lo beneficie en contra del acreedor hipotecario, dejándolo de esta manera en absoluta indefensión.

No dice la Ley específicamente que la reconvención que debe hacerse al tercer poseedor, sea dentro del juicio ejecutivo, pero debe suponerse.

En la práctica, en nuestros tribunales de justicia, únicamente se reconviene de pago al tercer poseedor y se continúa con la ejecución; reconvención que puede hacerse aún cuando la sentencia de pago o de remate haya sido pronunciada y aún cuando haya sido señalada la fecha de la subasta.

De manera, que el libelo con que se inicia el juicio ejecutivo, debe estar dirigido contra el deudor principal, haciéndose mención en el mismo que la garantía hipotecaria está en posesión de un tercero a quien en su oportunidad deberá reconvenirse para el pago, sin embargo, en la práctica no es necesario mencionar a dicho tercero haciéndole la reconvención con posterioridad.

Pero si el tercer poseedor es despojado del inmueble, con solo la reconvención para el pago, preguntamos ¿no habrá sido despojado de su posesión, sin ser previamente oído o vencido en juicio con arreglo a las leyes? ya que una simple reconvención en ningún caso podría ser un juicio y menos podría decirse que fue oído y vencido dentro del mismo. En el supuesto que el tercer poseedor fuere amparado por la Sala de Amparos de la Corte Suprema de Justicia, ¿qué recursos podría tener el acreedor hipotecario para hacer

valer sus derechos?, con base a lo expuesto podemos afirmar, que existe un vacío legal dentro de la Legislación Civil Salvadoreña, que es menester llenar, precisamente ahora que se trata de promulgar un nuevo Código de Procedimientos Civiles.

Para que el procedimiento fuere justo debe ser necesario que se prescriba que solo después de la notificación del decreto de embargo y del requerimiento de pago, pueda abrirse a pruebas el juicio por el término del encargado, ya que entonces se permitiría al tercer poseedor oponer al acreedor hipotecario excepciones que pudieran beneficiarlo como por ejemplo: pago parcial del acreedor principal, pago de intereses, prescripción de la acción ejecutiva, falta de exigibilidad de la deuda y todas aquellas otras que pudiera hacer el deudor principal y que no son personales. Para llenar el vacío es menester, la reforma del Código de Procedimientos Civiles, en referencia a la tramitación del juicio ejecutivo.

En un acto de justicia en beneficio del tercer poseedor, que ha pagado la deuda, el legislador lo subroga legalmente en los derechos del acreedor para cobrar al deudor principal lo que éste debía pagar, ya sea que este último tenga otros bienes hipotecados por la misma obligación o bienes propios no gravados o que haya varios deudores además del hipotecario en cuyo caso, podrá demandar a todos estos para recobrar lo que pagó, por ejemplo: A - constituye una hipoteca sobre un bien propio para garantizar una

obligación, sin embargo, le exigen las firmas de B y C; éstos se obligan personalmente. A vende el inmueble hipotecado a Y, éste es reconvenido al pago de la obligación y la cancela, con base en el Art. 2177 C. se subroga en los derechos del acreedor; para resarcirse de la deuda, puede dirigirse contra B y C para recobrar lo que pagó.

Para evitar los problemas a que nos hemos referido anteriormente, proponemos que en el Art. 824 del Proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil se agregue la obligación del juzgador de solicitar de oficio o a pedimento de parte al Registrador respectivo el informe sobre si el deudor hipotecario ha vendido el inmueble.

En el Art. 825 del citado Proyecto, debería agregarse una disposición, mediante la cual en el supuesto de que el deudor hipotecario hubiera vendido el inmueble según el informe se ordene el emplazamiento del tercer poseedor; con la obligación de éste ha comparecer a estar a derecho dentro del proceso ejecutivo, según lo establece el inciso segundo del Art. 825 del mencionado Proyecto. En esta forma, se le da al tercer poseedor la oportunidad de oponer las excepciones que considere justas y legales dentro de los tres días más el de la distancia en su caso, a partir del día siguiente al de la fecha de la notificación del emplazamiento.

En este punto es menester hacer una consideración muy importante, respecto al tercer poseedor que compró la finca haciéndose

cargo de pagar la hipoteca y el otro que adquirió el inmueble sin saber que la cosa estaba hipotecada o que la compró libre de todo gravamen. Respecto a la primera hipótesis, debe resolverse ésta - en el sentido que el tercer poseedor no tendrá ningún derecho a - reclamar al deudor principal, puesto que sabedor de la existencia del gravamen asumió la obligación de pagar la deuda, no teniendo que hacer ninguna reclamación al deudor principal, porque se considera que la deuda hipotecaria quedó comprendida dentro del precio del inmueble vendido. Otro caso muy diferente sería, que en el momento del otorgamiento de la compraventa se ignorara: 1º. La existencia de una hipoteca anterior que no estaba presentada aún en el Registro ó 2º. Que entre el momento de la compraventa y la presentación de la escritura respectiva al Registro, el propietario haya hipotecado el inmueble habiéndose presentado la hipoteca con anterioridad a dicho Registro; es a esta situación a la que debe referirse la Ley cuando en el inciso segundo del Art. 2177 C., literalmente dice: "Haciendo el pago se subroga en los derechos - del acreedor."

Y es precisamente a esta misma eventualidad a la que se refiere el legislador cuando en el inciso tercero de esta misma disposición legal dice que: "Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella", no debiendo confundirse esta situación con la anterior, pues en esta se trata de la pérdida

dida de la posesión, mientras que en la anterior se contempla, la situación del pago que haga al acreedor el tercer poseedor.

Cuando alude la Ley a la palabra "desposeído" debe entenderse que tal disposición se refiere al caso de que el inmueble ha sido rematado a favor del acreedor o de otra persona. Por otra parte, el abandono del inmueble hace relación al caso del Art. 2174 C., que dice: "El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario podrá abandonársela, y mientras no se haya consumado la adjudicación, podrá también recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca, y además las costas y gastos que este abandono hubiere causado al acreedor."

El abandono a que se refiere la Ley debe entenderse, y esa es nuestra manera particular de pensar, como un acto personal del tercer poseedor, dentro de la secuela del juicio ejecutivo, pues habla la disposición transcrita "de la finca perseguida por el acreedor hipotecario", ya que no puede perseguirse sino en el juicio correspondiente y mientras no se haya consumado la adjudicación puede recobrarla, de manera que el abandono viene a significar en definitiva la negación de la posesión; y cómo la propiedad también puede recobrase, debemos considerar el abandono como un acto que no significa la renuncia al derecho de propiedad sino el acto voluntario a que nos referimos antes y es esta la opinión de Ambrosio Colin y H. Capitán.

## TITULO VII

### BREVE COMENTARIO AL ART. 2178 DEL CODIGO CIVIL

El Art. 2178 C., literalmente dice: "El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente sino se hubiere estipulado. Sea que se haya obligado personalmente o no, se le aplicará la disposición del artículo precedente."

Así el que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, únicamente quiere garantizar el pago de dicha deuda con el inmueble de su propiedad, y no debe suponerse que lo garantiza con el derecho de prenda general; de todas maneras, esta disposición por ser perjudicial para el que garantiza la deuda ajena debe entenderse en sentido restrictivo, por lo tanto, si mediante la ejecución judicial se consumen los bienes hipotecados por el que garantizó la deuda, no puede el acreedor hipotecario perseguir los otros bienes no gravados pertenecientes a este último para pagarse en su totalidad la obligación; de manera que en la deuda ajena para quedar obligado con el derecho de prenda general, es necesario que se estipule expresamente. Por otra parte, sea que se obligue personalmente o no, es indudable que debe ser considerado, con un tercer poseedor y esto aún cuando no lo dijera la disposición que se está comentando, porque se deduce del espíritu de la institución que se estudia; además la figura es exacta-

mente igual a la de los terceros poseedores, en cuanto al perjuicio patrimonial que recibe.

El siguiente inciso del artículo en mención, define únicamente cuando debe considerarse una fianza como hipotecaria, o sea para garantizar una obligación, una tercera persona constituye hipoteca sobre un inmueble propio.

Estudiamos aunque sea someramente la norma legal anterior que hace referencia al deudor hipotecario, porque consumada la expropiación o efectuado el pago, las consecuencias legales serán siempre las mismas por cuanto el fiador hipotecario se coloca en este caso en la situación de los terceros poseedores, es decir, al recibir un perjuicio patrimonial, en virtud de haber garantizado una deuda ajena con un inmueble propio se subroga en los derechos del acreedor hipotecario.

### TITULO VIII

#### EXCEPCIONES QUE EL TERCER POSEEDOR PUEDE Oponer AL ACREEDOR HIPOTECARIO

El tercer poseedor puede encontrar en el derecho común algunas excepciones, sacadas bien de la nulidad de la inscripción o de la hipoteca, bien de su extinción por efecto de la prescripción, -

etc., así como puede también tener a su disposición la garantía, si el acreedor viene obligado personalmente para con él al saneamiento, por ejemplo: como heredero o fiador de su causante.

El tercer poseedor cuando coincide con el fiador hipotecario, tiene un derecho especial, el beneficio de excusión, del que se hace necesario tratar con más detenimiento. El tercer poseedor o fiador hipotecario que no está personalmente obligado al pago de la deuda, puede oponerse a la venta de la heredad hipotecada que se le ha transmitido, si quedaren otros inmuebles hipotecados para la misma deuda en poder del deudor principal o de los principales obligados y requerir la previa excusión de acuerdo con las normas establecidas en el título de la fianza; durante esta excusión se aplaza la venta de la heredad hipotecada de propiedad del fiador, así la Ley concede al tercer poseedor el mismo beneficio que al fiador; si bien lo limita a los casos que se encuentran en poder del deudor, otros inmuebles hipotecados por la misma deuda.

Hay sin embargo, entre el tercer poseedor y el fiador una diferencia esencial: el fiador es un deudor subsidiario que solo es tá obligado a pagar en el caso de que el verdadero deudor no cumpla su compromiso; del tercer poseedor no se puede decir lo mismo, ya que la hipoteca es una garantía principal, no subsidiaria. El acreedor hipotecario tiene derecho a perseguir el inmueble hipotecado antes que cualquiera otros bienes del deudor y cuando su garantía comprende varias hipotecas, puede embargar de entre todos

los inmuebles el que mejor le parezca, en virtud de la indivisi-  
bilidad de su derecho.

El beneficio de excusión del tercer poseedor es, pues indis-  
 cutiblemente un ataque a la integridad del derecho del acreedor.

## TITULO IX

### PROCEDIMIENTOS QUE LOS TERCEROS POSEEDORES TIENEN EN EL CASO DE QUE NO HUBIERA NINGUNA EXCEPCION QUE OPONER AL DEMANDANTE

a) Redimir o comprar la hipoteca.

Este es el procedimiento ordinario empleado por el compra-  
 dor, el donatario o el legatario de un inmueble hipotecado, y es  
 la actitud que para el tercer poseedor presenta las mayores garan-  
 tías de seguridad; además podrían existir otros bienes hipoteca-  
 dos, esto desde el punto de vista doctrinario, ya que dentro de  
 nuestro derecho positivo, nos encontramos con el Inc. 2º del Art.  
 645 Pr. que a la letra dice: "Puede también el deudor redimir los  
 bienes ejecutados, satisfaciendo la deuda y costas", equiparando  
 de esta manera el redimir con el pago puro y simple.

b) Pagar pura y simplemente al acreedor.

Es muy raro que el tercer poseedor acuda a este procedi-  
 miento; lo utilizará si el vendedor le ha encargado pague al a--

creedor con el precio de la cosa, o también si es un donatario o legatario y el importe del crédito es inferior al valor de los bienes.

Puede igualmente tener interés en pagar, aún fuera de estas hipotecas, si en favor del acreedor existen otras garantías, como otros inmuebles hipotecados, por ejemplo: en cuyo beneficio viniera a subrogarse de resultas de su pago.

El tercer poseedor puede, por último, pagar pura y simplemente, aún en el caso de que no hubieran otras garantías afectas al pago de la deuda hipotecaria, en las que de resultas de su pago vendría a subrogarse, si tiene la convicción de que ha adquirido el inmueble por el precio máximo que se puede dar por él. No hay que olvidar, que si el tercer poseedor solvente se subroga en la hipoteca que el acreedor puede tener sobre otros inmuebles, se subroga igualmente en los derechos de este acreedor sobre el mismo inmueble que posee; suponiendo por consiguiente, que el tercer poseedor, a la demanda de un acreedor hipotecario primeramente inscrito, paga la deuda hipotecaria hasta la debida equivalencia de su precio de compra. En este caso, poco tiene que temer un embargo por parte de los subsiguientes acreedores no pagados, porque si este embargo llegara a plantearse podría, gracias a la subrogación de que goza en los derechos del acreedor primeramente inscrito, recuperar el importe de lo que hubiera pagado en el juicio de prelación que ha de abrirse sobre el precio de adjudicación

del inmueble embargado. Su seguridad es casi completa, y al pagar pura y simplemente se evita la lentitud y lo engorroso de un juicio ejecutivo, los gastos, las sorpresas de un procedimiento, etc.

Es menester que para que el tercer poseedor libere su inmueble con relación al acreedor hipotecario, no solamente debe pagar el capital del crédito, sino debe pagar también todos los intereses.

Quando el tercer poseedor no tiene ninguna excepción que oponer al acreedor hipotecario, puede cancelar la obligación principal si así lo estima conveniente, puede verificarlo dentro del juicio ejecutivo, si éste ha sido promovido, pidiendo la liquidación del capital e intereses y costos y satisfaciéndola sencillamente, también puede hacer un arreglo extrajudicial con el acreedor hipotecario pagándole la totalidad de la deuda, pidiendo en ambos casos el sobreseimiento dentro del juicio ejecutivo entonces se llama que se ha pagado pura y simplemente.

### c) Abandono del inmueble.

El abandono no es, por lo demás, una renuncia al derecho de propiedad, sino que es la negación de la posesión. ¿Pero qué ganaría el tercer poseedor con abandonar el inmueble hipotecado? Sencillamente no ser perseguido personalmente en el juicio ejecutivo que se ha incoado contra el deudor principal, ya que el acreedor puede pedir la entrega efectiva de conformidad con el Art. -

622 Pr.

Ya hemos hablado en el Título VI de la Institución del abandono cuando nos referimos al Inc. 3º del Art. 2177 C., sin embargo en este tema diremos que, el abandono del inmueble hipotecado es para el tercer poseedor una facultad; que puede usar o dejar de usar. No es un renunciamiento al derecho de propiedad, sino al abandono de la posesión y se beneficia en que, al dejar el inmueble, evita que su nombre aparezca en las publicaciones que anuncian la venta forzada del inmueble que se ejecuta, ya que la acción al ser dirigida contra él va contra el Curador que se le nombra al inmueble hipotecado.

En nuestra Legislación el abandono no produciría más efecto que dejar la finca a disposición del acreedor hipotecario, desde luego que el juicio ejecutivo seguiría su curso hasta el remate o la adjudicación, y bueno es decir por otra parte que no he encontrado ningún caso de abandono dentro de la jurisprudencia salvadoreña.

En verdad el abandono por parte del tercer poseedor es un caso que difícilmente puede presentarse en la práctica judicial. Efectivamente al presentarse la demanda ejecutiva al Juzgado que conoce del juicio, si es procedente, decreta el embargo de los bienes del ejecutado nombrando para ello un Juez ejecutor, éste -

al hacer el embargo del bien hipotecado nombra un depositario judi  
cial. El depositario, si los bienes no le han sido entregados mate  
rialmente que es la regla general cuando son bienes raíces, puede  
pedir la entrega efectiva de dichos bienes.

El Juez no ordenará la entrega sino es cuando aparezca del in  
forme que se pide al Registrador, que los bienes esten inscritos a  
favor del deudor y no al de otra persona por derechos que deban -  
respetarse.

De lo dicho se colige que, el acreedor hipotecario no entra -  
en poder de los bienes hipotecados sino hasta que los mismos le -  
han sido adjudicados. Es entonces que el deudor hipotecario podría  
decir al Juez que conoce el Juicio Ejecutivo que él abandono los -  
bienes sobre los cuales recae el gravamen y éste tenerlos por aban  
donados, sin tener otra consecuencia legal que seguir los tramites  
del juicio ejecutivo hasta el remate o adjudicación siendo esa qui  
zá la razón por la cual esta Institución no se presenta en la prác  
tica.

TITULO XLEGISLACION EXTRANJERA

Como indiqué en la introducción de este trabajo monográfico, en la Legislación Salvadoreña no existe un procedimiento a seguir con respecto a la situación de los terceros poseedores de la cosa hipotecada, por tal motivo considero necesario desarrollar en un título aparte la Legislación Extranjera, teniendo como base la Legislación de la República de Nicaragua, que regula ampliamente la institución que se estudia.

En el Título XXIII, Capítulo VI del Libro IV del Código Civil de Nicaragua, legisla especialmente las relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores de los inmuebles hipotecados que no son sino consecuencia de la institución hipotecaria y especialmente de la de los derechos reales y así el expresado Código nicaraguense en el relacionado Capítulo, Art. 3842 C., dice: "Si el deudor enajena, por título oneroso o lucrativo el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por si sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá adquirirla en poder del adquirente y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor."

Vemos que esta disposición significa el derecho de persecución inherente a todo derecho real por una parte, y por otra, el

carácter de indivisibilidad de la hipoteca que afecta toda la cosa o una desmembración de ella.

Existe una disposición en el Código Argentino en el Art. 3196 C., en el Inc. 2º, sumamente interesante, que establece: "En el caso en que un tercero haya adquirido el dominio de la cosa hipotecada, podrá cuando esté vencido el plazo exigir al acreedor entable el correspondiente juicio para el pago de su deuda, o cancele el gravamen, si no lo verifica dentro de un término prudencial que el Juez le dará."

Es de observar, que esta disposición no existe dentro de la legislación salvadoreña, y es verdad muy oportuna, en favor de los intereses del tercero poseedor, porque podría suceder que al momento del vencimiento del plazo, el deudor principal tenga bienes suficientes para satisfacer la obligación, o que la extensión del plazo en realidad le perjudique por ser los intereses demasiados elevados, por ejemplo: que la obligación no sea excesivamente alta, pero sí los intereses.

El Art. 3843 del Código Civil de Nicaragua, dice: "La hipoteca grava los bienes sobre que recae y los sujeta directa e inmediatamente al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, sea quien fuere el poseedor de los mismos bienes."

Esta norma legal en lo esencial no tendría razón de existir dado que la hipoteca es un derecho real y además, goza del carác--

ter de indivisibilidad a que nos hemos referido anteriormente y repite más o menos el Art. 3842 que hemos transcrito.

El Art. 3844 del Código Civil de Nicaragua, reza: "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendría lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el Juez. Mas para que esta excepción surta efecto a favor del tercero deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término del emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca, las cuales serán cubiertas sobre el precio del inmueble en el orden que corresponde."

El Juez antes de proceder a la venta bajo la misma responsabilidad establecida en este título para los Notarios, hará que el Registrador certifique las inscripciones de las otras hipotecas - que afecten la propiedad que se pretenden subastar. El Juez entre tanto, hará depositar el dinero.

El inciso primero del artículo en mención, no establece más que el derecho de persecución antes relacionado, la parte restante nos da el procedimiento nicaragüense en caso de ejecución contra el tercer poseedor, estableciendo como una regla general que

el que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, no está sujeto al derecho de persecución, y ello tiene que ser así - por cuanto el funcionario judicial ha llenado todos los requisitos que la Ley establece cuando existen acreedores hipotecarios, o sea que en el caso que haya varios, estos deberán ser citados para que concurran al momento de la subasta para hacer valer sus derechos.

Esta disposición aunque no existe dentro del capítulo de la hipoteca en nuestra legislación, se encuentra ocupando la primera parte del tercer inciso del Art. 645 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: "Toda subasta deberá hacerse previo informe - del Registrador respectivo, si se tratase de bienes raíces, para saberse si éstos se hayan inscritos a favor de otra persona por - derechos reales u otros que deben respetarse, quién será citado - en forma para proceder la subasta, y en caso en que sea acreedor hipotecario, se cubrirá su crédito, con el precio del remate en - el orden de prelación establecido por las leyes sustantivas."

A contrario sensu si los demás acreedores hipotecarios no - son citados en forma legal para que concurran con sus títulos; di chos acreedores conservan sus derechos porque no podría el Juez - ordenar su cancelación sin ser oídos y vencidos conforme a dere-- chos, ya que esto contraría el precepto constitucional correspon-- diente.

La novedad que trae este artículo es que la citación personal

debe ser hecha en el término del emplazamiento a los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la finca; en esta forma los acreedores nicaragüenses pueden intervenir dentro del juicio ejecutivo, para que sus títulos sean tomados en cuenta en la sentencia de prelación; en cambio, en nuestra legislación solo se les cita para el momento de la subasta.

Digo novedad porque dentro de la Legislación Nicaragüense, se cita a todos los acreedores hipotecarios para que puedan discutir sus derechos de prelación dentro del término del encargado en el juicio ejecutivo, en cambio en El Salvador, la citación se hace después que ha sido pronunciada la sentencia de pago o de remate de conformidad con el Inc. 3º del Art. 645 Pr.; aunque nada impide que los otros acreedores hipotecarios promuevan su ejecución contra el deudor, siguiéndose en este caso, las reglas de la acumulación.

El legislador nicaragüense, acota esta disposición en los siguientes términos:

Literal a) El subastador de una propiedad rematada en ejecución seguida por el primer hipotecario de la misma, queda subrogado a éste, a quien paga por orden judicial e imputado al precio de la subasta el crédito porque ejecuta; esta subrogación le beneficia para deducir tercería de prelación, en la ejecución que

los segundos acreedores hipotecarios sigan contra la propiedad, por no haber sido citados al remate de la primera ejecución, este literal aún en nuestra legislación viene a resolver el difícil caso de los segundos acreedores hipotecarios no citados al momento de la subasta y que por lo tanto no pudieron hacer valer sus derechos.

El literal b) a la letra dice: Si el acreedor ejecutante se adjudica los bienes embargados por falta de postores, tal adjudicación no es una subasta pública, y si la adjudicación se hace - sin citar al remate a los otros acreedores hipotecarios de la misma propiedad, tal adjudicación no afecta a éstos y sus hipotecas no caducan ni pueden cancelarse, aunque los acreedores hayan sido citados al remate no verificado por falta de postores.

Por parte nuestra, podemos decir, que si una propiedad es perseguida por los segundos acreedores hipotecarios y es subastada, el precio del remate, deberá repartirse entre los acreedores hipotecarios en orden a la prelación de sus créditos fueran o no citados, ya que el orden de las hipotecas constan del informe que ha - recibido del Registrador.

El Art. 3845 del Código de Nicaragua, dice: "El tercer poseedor puede ser demandado para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasa a sus manos con este gravamen, y no

tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados."

Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos del fiador.

Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella. Este artículo que corresponde al 2429 del Código Civil de Chile y al 2177 del Código Salvadoreño y el Art. -- 2178, que reza así: "El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado. Sea que se haya obligado personalmente o no, se le aplicará la disposición del artículo precedente.", y es exactamente igual a los incisos primero y segundo del Art. 2430 del Código de Chile, de estas dos disposiciones ya hemos hablado con anterioridad.

El Código de Nicaragua en su Art. 2847, dice: El tercer poseedor, propietario de un inmueble hipotecado goza de los términos y plazos conseguidos al deudor por el contrato o por acto de gracia y la deuda hipotecaria no puede serle demandada sino cuando fuere exigible a este último. Pero no aprovecha al tercer poseedor los términos y plazos dados al deudor que hubiere quebrado, - para facilitarle el pago de los créditos del concurso.

Hemos visto con anterioridad que al tercer poseedor en nuestra legislación, no se le ejecuta personalmente sino que la ejecución es dirigida contra el deudor principal y al tercer poseedor únicamente, se le reconviene de pago sin especificar el momento en que esta diligencia debe ejecutarse. Sin embargo, nada impide que la ejecución pueda promoverse tanto contra el deudor principal como contra el tercer poseedor, en la misma demanda, al primero por la obligación personal y al segundo, por el derecho real de hipoteca.

En el caso de la quiebra es de justicia, que no se aproveche al tercer poseedor los términos y los plazos dados al deudor quebrado, porque éste es un juicio universal con características o condiciones propias, siendo de advertir que en esta República la quiebra se establece para los comerciantes y para los que no lo son el juicio de concurso. Podemos agregar por otra parte, que en nuestro Código en general, no existen términos de gracia y el Juez no puede señalar plazos para el cumplimiento de una obligación ni ampliar ni restringir los ya establecidos, salvo casos especiales como cuando la obligación no tiene plazo o término para su cumplimiento, sin que pueda decirse que ello constituye un término de gracia.

El Art. 3848 del Código de Nicaragua, literalmente dice: "El tercer poseedor es admitido a excepcionar la ejecución del inmue-

ble, alegando la no existencia o la extinción del derecho hipotecario como la nulidad del pago de la toma de razón inenajenabilidad de la deuda"; como acotan los legisladores nicaragüenses, la fuente donde fue tomado este artículo es de Aubry-Rau, que dice: "El tercer detentador que es admitido siempre a prevalerse de la no existencia o de la extensión del derecho hipotecario, así como la nulidad de la inscripción o de la no inexigibilidad de la deuda, pueden aún oponerse a la prosecución del juicio, por medio de la excepción de discusión y de garantía."

El problema que se le podría presentar a un funcionario judicial, sería el de que un tercer poseedor se apersonare en el juicio ejecutivo antes del término del encargado y alegare las excepciones que pudiera oponer el deudor principal, en cuyo caso somos de la opinión de que el Juez debe tenerlo como parte por el interés indiscutible que tiene en el juicio y admitir las excepciones que fueren procedentes, porque de otra manera podría recurrir de amparo por haber sido despojado de su posesión sin ser oído y vencido conforme a derecho.

"El poseedor no puede exigir que se ejecuten antes otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, que se hallan en poder del deudor originario, ni oponer que el inmueble que posee reconoce hipotecas anteriores que no alcancen a pagarse con su valor", así lo establece el Art. 3849 del Código de Nicaragua, que es una con

secuencia del carácter indivisible de la hipoteca. La disposición antes citado corresponde al Art. 3201 del Código de Argentina.

Art. 3850 del Código de Nicaragua: "El tercer poseedor tiene derecho a llevarse las mejoras necesarias si con ello no se causa perjuicio al bien hipotecado o que se le pague con el mayor valor que hubiese adquirido en razón de ellos."

Respecto a las mejoras útiles o voluntarias, podrá llevarse las igualmente como las necesarias o podrá pedir que se le paguen con el producto del valor de la cosa hipotecada una vez satisfecho el acreedor.

Es un principio universalmente aceptado, que nadie puede enriquecerse sin justa causa y en aplicación de tal principio el legislador nicaragüense, permite que el tercer poseedor pueda llevarse las mejoras necesarias que ha introducido en el bien hipotecado, siempre que no cause perjuicio al mismo y ello es así, por cuanto al perjudicar el inmueble disminuye su valor en menoscabo de su precio y por otra parte, debemos considerar que si la mejora necesaria al separarse de la finca modifica su naturaleza y como consecuencia, se convierte en un inmueble por adherencia; siempre en busca de la justicia y la equidad, el legislador permite que el adquirente en el remate pague al tercer poseedor el mayor valor que el inmueble ha tenido por concepto de la mejora, dándole el mejor tratamiento a las mejoras útiles y voluntarias, "puede

abandonar el inmueble hipotecado, y librarse del juicio de los ejecutantes, sino estuviera personalmente obligado, como heredero, co-deudor o fiador del deudor."

El abandono del tercer poseedor, no autoriza a los acreedores para apropiarse el inmueble o conservarlo en su poder. En El Salva dor el Art. 2174 C., establece que: "que el dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario podrá abandonársela, etc.", de lo que ya hemos hablado con anterioridad con alguna amplitud.

El Art. 3852 del Código de Nicaragua, reza: "El tercer poseedor que fuere desposeído del inmueble o que lo abandone a solici-- tud de acreedores hipotecarios, será plenamente indemnizado por el deudor; con inclusión de las mejoras que hubiere hecho en el inmue ble." Esta disposición no merece comentario alguno, pues es una re petición del Inc. 3º del Art. 3845 del Código de Nicaragua, al aco tar este artículo, el legislador nicaraguense, dice: "cuando se ha bla de mejoras debe entenderse que son todas las ejecutadas, ora - sean necesarias, útiles o voluntarias, den o no mayor valor a la - cosa; porque el adquirente desposeído se encuentra en el caso del comprador vencido y privado de la cosa comprada."

En el Art. 3853 del Código de Nicaragua, leemos que: "El ter- cer poseedor no goza de la facultad de abandonar los bienes hipoteca dos y exonerarse del juicio, cuando por su contrato de adquisi-- ción o por un acto posterior, se obliga a satisfacer su crédito, -

la acotación que aparece con relación a este artículo en el Código nicaragüense, dice: "Véase Troplong, Tomo 3, num 813-Pont num 1180 Aubry-Rau, párrafo 287, num 3 - Cuando hubiérase contratado con el vendedor de los inmuebles hipotecados, la obligación de pasar el precio a los acreedores delegados por este último; y los acreedores, aceptando expresa o implícitamente la delegación hecha a su favor por el vendedor, le pidiesen el pago del precio, no podrá hacer abandono de los inmuebles hipotecados y sustraerse a la acción personal dirigida contra él. Si al contrario los acreedores prescindiendo de la delegación hecha a favor de ellos, persiguen al tercer poseedor, como a tal, éste está obligado a pagar la deuda o hacer abandono de los bienes hipotecados, sin poder exigir que se reciba el precio estipulado en el contrato. (Nota del Dr. Velez Sarsfield al Art. 3206 del Código de Argentina.)"

En el Art. 3854 del Código de Nicaragua, se expresa: "Los acreedores hipotecarios aún antes de la exigibilidad de sus créditos, están autorizados a ejercer contra el tercero poseedor, todas las acciones que les correspondieron para impedir la ejecución de actos que disminuyen el valor del inmueble."

Es justa la disposición nicaragüense, porque da acción al acreedor hipotecario contra el tercer poseedor que con o sin malicia disminuye el valor de la garantía, como aquél que destruye los árboles de una finca que son los que precisamente le dan su valor o botan la construcción que se encuentra en un solar, etc.

El Art. 3855 del Código de Nicaragua: "Los arrendamientos hechos por terceros poseedores serán respetados en los mismos casos en que lo son los hechos por el vendedor de la cosa." Es decir, - los arrendamientos constituidos antes de la venta deben ser respetados por el adquirente y no los arrendamientos posteriores a la fecha de la subasta. Volviendo al Art. 3854 del Código de Nicaragua, podemos decir, que se encuentra en armonía con el Art. 3836 del mismo cuerpo de leyes, el cual literalmente reza: "El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, pero no puede con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de disposición material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado", que corresponde al Art. 3191 del Código Argentino, el cual es acotado de la siguiente manera. Los encargados de la corrección del Código Civil de Argentina mejoraron la redacción de este artículo, cambiando la palabra desposesión por la de disposición, que es la que usan Aubry-Rau y variando de esa manera por completo, el sentido del artículo en favor de los principios.

Creemos conveniente transcribir la nota del Dr. Velez Sarsfield, correspondiente al Art. 3191 C. de Argentina, que dice así: "L.31, Tet. 7, Leb 13 Dig - Aubry-Rau 286 - Zacharias 824." Así - por ejemplo, cuando el propietario de una casa o de un bosque de corte emprende la demolición de la casa, o procede, antes del término normal, a cortar los árboles del bosque, los acreedores hi-

potecarios podrán pedir el secuestro de esas propiedades, para que sean mantenidas en el estado en que se encuentren y que el precio de los materiales de demolición o de los árboles cortados, los acreedores hipotecarios, tendrán derecho para oponerse a que los árboles cortados se pongan en depósito; pero no tendrán acción contra los terceros de buena fe, a los cuales esos objetos hubiesen sido vendidos y entregados. Cuando el propietario del inmueble grvado, en lugar de proceder por sí a la demolición de la casa o al corte de los árboles, hubiere vendido la casa para ser demolida, o los árboles para ser cortados, los acreedores hipotecarios tendrán derecho para oponerse a la ejecución de la venta. Este derecho les pertenece igualmente, cuando el propietario del inmueble hipotecado ejerce actos de disposición jurídica que, sin disminuir el valor del inmueble, tiene sin embargo, por resultado, hacer más difícil o más dispendiosa la realización de la garantía hipotecaria. - Esto tendrá lugar, por ejemplo, cuando el propietario enajena una parte o el todo del inmueble a personas diferentes; pues una enajenación parcial entre muchas, pondría al acreedor en la necesidad de perseguir separadamente a varios terceros poseedores y de recibir por partes lo que era debido.

Como una consecuencia de la expropiación seguida contra el tercer poseedor, se encuentra en el Código de Nicaragua los siguientes artículos que a nuestro entender no merecen mayores explicaciones porque se derivan del contexto de la institución.

Art. 3856 del Código de Nicaragua: "Las servidumbres (2) que el tercer poseedor tenía sobre el inmueble hipotecado antes de la adquisición que había hecho, y que se habían extinguido por la consolidación o confusión, renacen después de la expropiación; y recíprocamente, la expropiación hace revivir las servidumbres activas debidas al inmueble expropiado, por otro inmueble perteneciente al tercer poseedor." (Art. 3215 C.Argentina), Arts. 1529 N° 3, 1479 N° 1, 2158, 2159, 2163, 3174 C.

Art. 3857 del Código de Nicaragua: "El tercer poseedor puede hacer valer en el orden que les corresponda las hipotecas que tenía adquiridas sobre el inmueble hipotecado antes de ser propiedad de él." (Art. 3216 C.Argentina), Arts. 2044 N° 2, 2103, 2198, 2532, 3724, 2857, 3874, 3875 C.

Art. 3858 del Código de Nicaragua: "Los acreedores pueden de mandar que el inmueble hipotecado se venda libre de las servidumbres que le hubiere impuesto el tercer poseedor." (Art. 3217 C. - Argentina), Arts. 3836 y siguientes C.

Art. 3859 del Código de Nicaragua: "Después del pago de los créditos hipotecarios, el excedente del precio de la expropiación

-----

(2) Las servidumbres personales o reales.

pertenece al tercer poseedor, con exclusión del precedente propietario, y de los acreedores quirografarios." (Art. 3218 C. Argentina), Arts. 2620, 2621, 2622, 2623, 3850 C.

Art. 3860 del Código de Nicaragua: "El tercer poseedor que paga el crédito hipotecario, queda subrogado en las hipotecas - que el acreedor a quien hubiere pagado tenía por su crédito, no solo sobre el inmueble librado, sino también sobre otros inmuebles hipotecados al mismo crédito sin necesidad que el acreedor hipotecario le ceda sus acciones." (Art. 3219 C. Argentina), 1416, 2044 Nº 2, 2045, 3713, 3792, 3845 Inc. 2º C.

Art. 3861 del Código de Nicaragua: "Cuando otro que el deudor haya dado la hipoteca en seguridad del crédito, la acción de indemnización que le corresponde, es la que compete al fiador - que hubiere hecho el pago, y puede pedir al deudor después de la expropiación, el valor íntegro de su inmueble, cualquiera que - fuere el precio en que se hubiera vendido." ( Art. 3220 C. Argentina), Arts. 2045, 2624, 3705, 3706, 3712, 3713, 3800 C.

Aunque los Códigos de Argentina, Chile y Nicaragua han sido objetados como casuísticos nos parece que sus disposiciones reglamentan más ordenadamente la institución de los terceros poseedores de la finca hipotecada, resolviendo muchos problemas que - una legislación como la nuestra en donde solo existen dos artícu

los, resulta verdaderamente difícil adivinar o resolver cual fue el espíritu del legislador en determinados casos, de manera que una legislación no debe ser ni tan explícita como la de Nicaragua, ni tan comprimida como la nuestra.

Nos percatamos por el Código nicaragüense que a los terceros poseedores se les da la participación dentro del juicio ejecutivo en igual forma que a los deudores principales garantizando los derechos de aquellos o sea de los terceros poseedores.

TITULO XIRECOMENDACIONES

Desde el punto de vista procesal somos de la opinión que al Art. 824 del Proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, debiera agregarse un inciso así:

"Con todo el juzgador de oficio o a pedimento de parte deberá librar un oficio al Registrador respectivo, a fin de que este funcionario dé cuenta sobre si el bien hipotecado a sido vendido."

El Art. 825 de dicho Proyecto, debiera estar redactado de la siguiente manera:

825 Pr. "Devuelto el mandamiento de embargo o recibido el informe del Registrador respectivo en relación a la anotación preventiva o a la existencia de un tercer poseedor, el Juzgador a solicitud del acreedor, en todo caso o de oficio además en el último, ordenará el emplazamiento del ejecutado y del tercer poseedor si hubiere lugar, lo que hará el funcionario respectivo notificándole el decreto de aseguramiento de los bienes conforme a las reglas generales. Al emplazarlo, se le entregará copia de la demanda, del decreto del Juez y la prevención de que deberá comparecer a oponer las excepciones que tuviere, dentro de tercero día más el de la distancia en su caso, so pena de tener por renunciada su oposición a la ejecución.--- El emplazado deberá -

derecho respecto de él se reduce a hacerlo vender y pagarse con su precio ." Arts. 3851 C.Nicaragua y 3203 C.Argentina.

Art... "Los acreedores hipotecarios, aún antes de la exigibilidad de sus créditos, están autorizados a ejercer contra el tercer poseedor, todas las acciones que le corresponderían contra el deudor mismo, para impedir la ejecución de actos que disminuyan el valor del inmueble hipotecario." Arts. 3854 C.Nicaragua y 3213 C. Argentina.

Art... "Los arrendamientos hechos por terceros poseedores, serán respetados en los mismos casos, en que lo son los hechos por el vendedor de la cosa." Arts. 3214 C.Argentina y 3855 C.Nicaragua.

comparecer a estar a derecho, contestar la demanda y oponer las excepciones de toda clase que obren a su favor dentro del plazo mencionado en el inciso precedente, bajo la pena ya dicha."

Al Art. 328 le pondría otro inciso así:

"También hará declaración expresa sobre la prelación de los créditos."

Según nuestra opinión, habría necesidad de agregar otros artículos que reglamenten la institución de los terceros poseedores:

Art... "El tercer poseedor, propietario de un inmueble hipotecado, goza de los términos y plazos concedidos al deudor por el contrato o por un acto de gracia, y la deuda hipotecaria no puede serle demandada sino cuando fuere exigible a este último." Arts. 3198 C.Argentina y 3847 C.Nicaragua.

Agregarle un inciso al Art. 2177 C., que diga:

"Respecto a las mejoras útiles o voluntarias podrá llevarse las igualmente como las necesarias o podrá pedir que se paguen con el producto del valor de la cosa hipotecada una vez satisfecho el acreedor." Art. 3850 C.Nicaragua.

Al Art. 2174 agregarle un inciso que diga:

"El abandono del tercer poseedor no autoriza a los acreedores para apropiarse el inmueble o conservarlo en su poder, y su

B I B L I O G R A F I A

- Tratado Elemental de Derecho Civil  
de Marcel Planiol y Georges Ripert.
  
- Tratado Civil de Colin y Capitant.
  
- Código Civil de Nicaragua.
  
- Código Civil de El Salvador.
  
- Proyectos del Código Procesal Civil y Mercantil.
  
- "La Hipoteca en el Código Civil Argentino",  
Adrián B. Argeri Iriart.

LOS TERCEROS POSEEDORES DE LA  
COSA HIPOTECADA

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION AL TEMA	1
TITULO I	1.
Derechos Reales.	
TITULO II	3.
Hipoteca en General.	
TITULO III	5.
Carácteres del Derecho de Hipoteca.	
TITULO IV	10.
Personas que deben ser clasificadas entre el número de los Terceros Poseedores.	
TITULO V	12.
Requisitos necesarios para el ejercicio del Derecho de Persecución.	
TITULO VI	13.
Comentario del Art. 2177 del Código Civil.	

	PAG.
TITULO VII	20.
Breve comentario del Art. 2178 del Código Civil.	
TITULO VIII	21.
Excepciones que el Tercer Poseedor puede oponer al acreedor hipotecario.	
TITULO IX	23.
Procedimientos que los terceros poseedores tienen en el caso de que no hubiera ninguna excepción que oponer al demandante.	
TITULO X	28.
Legislación Extranjera.	
Transcripción de cada una de las disposiciones del Capítulo VI del Título XXIII del Libro IV del Cód- igo Civil de Nicaragua.	28.
Recomendaciones.	45.
Bibliografía.	48.