

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CARRERA DERECHO



TRABAJO DIRIGIDO

P.E.T.A.E.N.G.

“LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE CANCELACIÓN DE GRAVÁMENES EN DERECHOS REALES SOBRE LA BASE DE LA LEY 1760 EN BIENES INMUEBLES REMATADOS EN PROCESOS CIVILES EJECUTIVOS Y COACTIVOS”

POSTULANTE

DANNY EDWIN RENJÉL ANTEQUERA

TUTOR

DR. FRANZ REMY CAMACHO

LA PAZ, 21 DE FEBRERO 2005



DEDICATORIA

A mi esposa Melva que sin su apoyo en los momentos más difíciles no habría concluido los estudios, a mis queridos hijos Arantxa y Axel que me inspiraron para seguir adelante y a mis padres Freddy y Betty quienes me impulsaron en esta hermosa carrera del derecho y la justicia.

AGRADECIMIENTO Y RECONOCIMIENTO

A todos los catedráticos que transmitieron sus conocimientos hacia mi persona sin celos y que fruto de ello adquirió una riqueza del sentido de justicia; a la Oficina de Derechos Reales como Institución en la cual pude conocer otra rama del derecho y en especial a mi tutor que fusionando mis estadías en la UMSA y DD. RR. supo moldear con su conocimiento mi inquietud en el presente trabajo.

ESQUEMA DE TRABAJO DIRIGIDO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO Y RECONOCIMIENTO

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE

I. SECCION DIAGNOSTICA

1. BREVE ANTECEDENTE HISTORICO DE DERECHOS REALES

1.1. ORIGEN HISTÓRICO DEL DERECHO REAL

1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS EN BOLIVIA

1.2.1. LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO BOLIVIANO

2. GRAVÁMENES

2.1. ANOTACIONES PREVENTIVAS

2.2. HIPOTECAS

2.2.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS HIPOTECAS

2.2.1.1. DEFINICIÓN

2.2.1.2. CARACTERÍSTICAS

2.2.1.3. EFECTOS

2.2.1.4. FORMALIDADES

2.2.1.5. REGISTRO

2.2.1.6. EXTINCIÓN Y CANCELACIÓN

2.3. USUFRUCTO

2.3.1. EN EL DERECHO ROMANO

2.3.2. CONCEPTO Y CONTENIDO

2.3.3. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

2.3.4. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

3. PROCESOS DE EJECUCIÓN

3.1. HISTORIA DE LA EJECUCIÓN FORZADA

- 3.2. CONTENIDO DE LA ACCION EJECUTIVA SUSTANCIAL
- 3.3. EL PATRIMONIO COMO PRENDA COMUN DE LOS
ACREEDORES
- 3.4. JUICIOS PLENARIOS Y SUMARIOS
- 3.5. JUICIOS EJECUTIVOS
- 3.6. CONCEPTO DE JUICIO EJECUTIVO
- 4. CANCELACIONES
 - 4.1. CANCELACIÓN EN LA LEY DE INSCRIPCIÓN DE
DERECHOS REALES

SEGUNDA PARTE

II. SECCION PROPOSITIVA

- 1. INCIDENCIA DEL ORDEN PUBLICO EN LOS DERECHOS REALES
- 2. REGIMEN JURÍDICO SOBRE LA ADQUISICIÓN Y EXTINCIÓN DE
LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS INMUEBLES
 - 2.1. SISTEMA ROMANO
 - 2.2. SISTEMA FRANCES
 - 2.3. SISTEMA BOLIVIANO
 - 2.4. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
- 3. ¿CÓMO Y CUANDO COMIENZAN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN?
- 4. LOS PROCESOS DE EJECUCION
- 5. LA ADJUDICACIÓN JUDICIAL

TERCERA PARTE

III. SECCION CONCLUSIVA

- 1. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

IV. BIBLIOGRAFÍA

V. ANEXOS

INTRODUCCIÓN

Como es de conocimiento general, que nuestra legislación es reproducción de otras legislaciones desde el nacimiento de la República, las mismas no satisfacen las necesidades de nuestro entorno ya que las normas dictadas en otros países responden a su realidad cultural, costumbres, raza e idioma lo cual demuestra que en nuestro País no existe investigación propia en el tema que se trata.

Es necesario, entonces, tocar a la rama del derecho privado en cuanto se refiere al Registro de los derechos reales, específicamente cuando se trata de cancelaciones de gravámenes en procesos civiles ejecutivos; por ende impulsa a examinar las normas vigentes, especialmente el Código Civil que reconoce tres clases de hipotecas, a saber: legal, judicial y voluntaria, y por su parte el mismo Código Civil y el Código de Procedimiento Civil señalan cuales son las medidas precautorias entre las que se encuentran: las anotaciones preventivas, embargo preventivo, secuestro, intervención, prohibiciones de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, marcando la diferencia entre hipotecas y medidas precautorias que son instituciones diferentes aunque ambos son gravámenes y no pueden ser confundidos por el órgano jurisdiccional que dispone la cancelación de todos estos sobre la base de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar N° 1760, y ordenando el registro de esa orden judicial que se encuentra con defectos procedimentales.

Es común ver en la Oficina de Derechos Reales, el hostigo por el usuario, abogados patrocinantes y el Consejo de la Judicatura, cuando se observa un testimonio judicial; en la cual un Juez de materia Civil ordena la cancelación de todos los gravámenes existentes en una propiedad, sean estos hipotecas, anotaciones preventivas, usufructos, etc., sobre la base del artículo 45 de la Ley 1760, siendo el argumento de quienes se presentan en la misma de que no puede desconocerse una orden judicial, además que el inmueble ya se encuentra adjudicado por tanto debe levantarse todos los gravámenes.

Si bien la normatividad tiene grandes contradicciones cuando se refiere a los bienes rematados productos de juicios civiles ejecutivos o coactivos, los magistrados al tener bastante experiencia en este tema, es incuestionable que deben buscar los medios que le permitan apoyar sus fallos, ya que son condicionadores que favorecen su aplicación más realista y positiva posible y que permita una valoración o subsumisión de los elementos de juicio para utilizarlas debidamente, así como nuestras deficiencias en el conocimiento exacto del tema.

El presente trabajo es la presentación de una propuesta de solución y problema concreto de la actividad profesional, haré referencia a dicho trabajo como indica el título “LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE CANCELACIÓN DE GRAVÁMENES EN DERECHOS REALES SOBRE LA BASE DE LA LEY 1760 EN BIENES INMUEBLES REMATADOS EN PROCESOS CIVILES EJECUTIVOS Y COACTIVOS”, para lo cual necesariamente debo partir a hacer una breve relación de antecedentes u origen histórico del DERECHO REAL Y SU TERMINOLOGIA, para luego pasar a definir que se entiende por GRAVÁMENES, haciendo una clasificación de estos que están definidos en nuestro código civil y su procedimiento como ser HIPOTECAS Y ANOTACIONES PREVENTIVAS; también haré referencia a los PROCESOS CIVILES EJECUTIVOS Y COACTIVOS conocidos como procesos de ejecución, continuaré con las CANCELACIONES y finalmente se hará un análisis sobre como se procede a la tramitación de estos tipos de procesos de ejecución en los estrados judiciales, dando una solución de como deberían de realizarse (sin apartarse de lo que dispone la ley) y que actuados deberían de insertarse en los testimonios judiciales que se pretenden inscribir en Derechos Reales al disponer la cancelación de gravámenes de bienes inmuebles rematados.

PRIMERA PARTE

I. SECCION DIAGNOSTICA

1. - BREVE ANTECEDENTE HISTORICO DE DERECHOS REALES

1.1 ORIGEN HISTORICO DEL DERECHO REAL

Existe, al menos, dos criterios acerca de la distinción conceptual entre derechos reales y personales: el histórico y el filosófico – jurídico.

En el derecho romano primitivo era imposible encontrar esta diferencia, ya que originalmente el derecho fue un poder, el del pater familias, que ejercía sobre todas las personas y cosas sometidas a su mancipium, sobre las cuales era soberano.

En una etapa muy posterior puede encontrarse la distinción conceptual entre derechos personales y reales, cuando se reemplaza la vinculación o atadura personal del deudor por la de sus bienes, pasándose de la ejecución personal a la ejecución patrimonial.

Los derechos reales brotaron no sistemáticamente, sino empíricamente, de acuerdo con las necesidades socioeconómicas, y lo que los caracterizó fue que se les iba concediendo una actio in rem – vindicatio – con una progresiva extensión erga omnes, que en los comienzos sólo se concebía para el dominio o propiedad.

Los primeros de esos derechos fueron las servidumbres rústicas, luego las urbanas. Después siguieron el usufructo y el uso, los derechos de habitatio y operae servorum, etc. Del derecho honorario se originará la enfiteusis, como así también las superficies. También de origen honorario, tomarán cuerpo los derechos reales de prenda e hipoteca, consideradas como de garantía.

Las expresiones *ius in rem* – *ius in personam* no aparecen en los textos romanos. Se encuentran por primera vez en el *Brachilogus iuris civilis* o *Corpus legum*, redactado entre los siglos X y XII.

Fueron los glosadores y postglosadores quienes, sobre la base de que las acciones eran los medios procesales para tutelar los derechos concluyeron que los derechos protegidos por las acciones *in rem* y por las acciones *in personam* eran los *ius in rem* y los *ius in personam*, respectivamente.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS EN BOLIVIA

Para acomodarnos a nuestra realidad, haremos un breve resumen del antecedente histórico del derecho en Bolivia. En los primeros años de vida de la República, nos referiremos al derecho Colonial que tenía como base el derecho Indiano y el Castellano

El Derecho Indiano estaba impuesto por los españoles quienes regían desde la Casa de Contratación de Sevilla, junto al Rey, el Real y Supremo Consejo de las Indias mediante autoridades españolas resididas en las colonias, estableciendo normas para cada caso particular que regían en todo el Continente colonizado.

La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias con 9 libros, 218 Títulos y 6377 leyes puso fin a un derecho no ordenado ni sistemático

El Derecho Castellano de aplicación suplementaria para casos en que el derecho indiano no regulaba algunas normas. Constituida por la 7 partidas de Alfonso X, Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, los Fueros Municipales, Las Leyes de Toro de 1505, La Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.

Como primer antecedente del derecho registral en las colonias españolas, advertimos que en 1528 se hizo una solicitud por parte de las Cortes de Toledo celebradas en Madrid a los Reyes Carlos I y Juana, en materia registral, con el siguiente texto:

“Suplican a V.M. mande que todos los censos y tributos que se hicieren que los que a si los vendieren, o los escribanos ante quien pasaren sean obligados después de hechos los contratos de llevarlos ante el escribano de Consejo del lugar donde pasare dentro de treinta días: porque de allí se sepa lo que se ecensúa e atributa: porque sea esto causa que ninguno venda más de una vez lo que quisiere: porque muchas veces acaece lo contrario.”¹

Dicha solicitud tuvo como respuesta de los Reyes españoles lo siguiente:

“A esto vos respondemos que mandamos que las personas que de aquí en adelante pusieren censos y tributos sobre sus casas y heredades y posesiones que tengan atributada o encesuadas primero a otro, sean obligados de manifestar y declarar los censos y tributos que hasta entonces tuvieron cargados sobre las dichas sus casas y heredades y posesiones, so pena que si así lo hicieren, paguen con el dos tanto la cuantía que recibieren por el censo que así vendieren y cargaren de nuevo a la persona a quien vendieron a dicho censo”²

“Así mismo se excusarían muchos pleitos, sabiendo los compradores los censos y tributos, e imposiciones e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores; suplicamos a V.M. mande que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiese cabeza de jurisdicción haya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de las cualidades dichas; y que no registrándose conforme a ellos ni por ellos sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor y que el tal registro no se muestre a ninguna persona si no que el registrador pueda dar fe, si hay o no algún tributo o venta anterior a pedimento del vendedor.”³ En 1539, Carlos I a sugerencia de las Cortes de Toledo organizaron el Registro de Censos Tributos e imposiciones, con el texto mencionado en este párrafo.

¹ PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. “Derecho Registral”. México. Edit. Porrúa S.A., 1995. Pág. 11

² Ob.Cit. Pág. 11

³ Ob.Cit. Pág. 11-12

Disposición que duró mucho tiempo aún después de la Colonia, siendo base del Derecho Registral no solo en Bolivia sino en América. Fruto de esa labor en nuestro País tenemos una Ley especial llamada Inscripción de Derechos Reales de 15 de noviembre de 1887 con 46 artículos y su Decreto Reglamentario de la Inscripción de Derechos Reales de 5 de diciembre de 1888 con 110 artículos más 4 disposiciones transitorias, modificado por Decreto Supremo N° 27957 de 24 de diciembre de 2004 con 99 artículos y 4 de disposiciones transitorias y finales; que rigen a todos los actos específicos junto al Código Civil en el Libro Quinto, Título Quinto, capítulo 3, Secciones I al IX, artículos 1538 al 1566

1.2.1 LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO BOLIVIANO

En nuestro ordenamiento jurídico, más propiamente en el Código Civil se incluyen normas que constituyen una parte general de los derechos reales. Se ha visto que los derechos patrimoniales se distinguen en dos categorías fundamentales: derechos reales y personales u obligacionales.

El derecho real se caracteriza como un señorío inmediato sobre la cosa, y se habla también de una directa relación entre el sujeto y la cosa, en contraposición con el derecho personal, consistente en una relación entre dos personas determinadas.

Las obligaciones ambulatorias o propter rem infieren que su existencia, de características semejantes a las obligaciones por un lado y a los derechos reales por otro, siempre ha estado en discusión, doctrinalmente se los llamó como obligaciones propter rem, obligaciones reales u obligaciones ambulatorias, su existencia es muy discutida por la Doctrina del Derecho Civil, toda vez que se parte de la premisa de que no hay obligación que corresponda a un Derecho Real.⁴

⁴ LUNA YÁNEZ Alberto. Obligaciones Curso de Derecho Civil. La Paz-Bolivia Arthyk Producciones 1996, Pág. 30

Añade el Dr. Alberto Luna en que “estas obligaciones no se hallan expresamente legisladas como tales en el derecho positivo nacional, empero su existencia es indiscutible si se parte del principio de que estas se hallan configuradas en determinadas situaciones legisladas por nuestro Código Civil, pudiendo presentarse en algunos casos como ser de los Artículos. 120, 121, 162 y 191, 223 al 243, 182,etc.”⁵

2. GRAVÁMENES

El derecho como todas las ciencias, está sembrado de términos de difícil entendimiento, entre los cuales puede mencionarse la voz gravamen. No todas las disciplinas gozan de definiciones exactas como el matemático, para expresar sus nociones fundamentales por lo que debe acudir a la regla eterna de ilustrar el uso por el uso. En su acepción general, gravamen es una carga, bonitaria o personal que vincula o sujeta a una persona o cosa a otra persona o al Estado.

En sus relaciones con el Derecho Público y Privado, el gravamen tiene diferentes significados, tal es así que para el Derecho Financiero es la carga del sostenimiento del Estado que pesa sobre sus habitantes o dependientes. Para el Derecho Procesal es la posibilidad de que un Juez posterior confirme, revoque o modifique un fallo. Para el Derecho Penal el Estelionato, en una de sus formas, es la ocultación maliciosa de un gravamen, en perjuicio del adquirente de la cosa. Para el Derecho Internacional Público es la limitación de la soberanía en provecho de Estados extranjeros y para el Derecho Civil es un derecho real, distinto de la propiedad, principal o accesorio, que sirve para aprovechar las cosas como cauciones o cautelas o para gozarlas.⁶

Es difícil precisar a través de la doctrina un concepto definitivo sobre el gravamen

⁵ Ídem.

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, Pág.80

Como bien precisa Agrelo, la tradición española empleó únicamente las expresiones agravio o perjuicio tanto en materia procesal penal como civil. En idéntico sentido el proceso durante la colonia desconoció el empleo de la voz: gravamen, como sinónimo de agravio o de perjuicio.⁷ El arraigo en la tradición española proveniente de una precisión idiomática, ya que agravio significa no solamente ofensa sino también perjuicio que se hace a uno en sus derechos e interés, para reproducir las acepciones del Diccionario de la Real Academia, predominó sobre la expresión gravamen que idiomáticamente se asocia a los conceptos de carga y obligación. La noción de gravamen, difícil es precisar a través de la doctrina un concepto definitivo sobre el gravamen. La evolución hacia una conceptualización radicalmente instrumental que acusa la ciencia actual incluye a esta noción, la equivalencia que pretende hacerse con las nociones de perjuicio, vencimiento, interés etc., indica por demás un intento de situarla en alguno de estos sectores: fuera del derecho procesal, en la zona intermedia entre éste y el sustancial o también en pleno dominio de aquél. La magnitud del problema y el distinto ángulo de apreciación a que puede someterse este concepto que constituye presupuesto de admisibilidad para la impugnación de la decisión, lleva a la conclusión que no es posible hallar un concepto definitivo de validez general, sino conformarse con algo relativo, que deberá admitirse cuidando de fijar la posición que se sustente acerca del problema de la esencia de lo procesal. **En el orden civil se requiere un vencimiento concreto en tanto que en el penal admite el abstracto.**

De lo manifestado líneas arriba podemos animarnos a indicar que el gravamen es un derecho real consistente en una carga o imposición con el fin de no disponer el bien. Hay derechos reales sobre cosa propia y derechos reales sobre cosa ajena. Arquetipo de la primera categoría es el derecho de propiedad o dominio; y el condominio, que es el dominio compartido por dos o más sujetos. Pertenecen a la segunda el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres, la hipoteca, la prenda y la anticresis.

El usufructo es la facultad de gozar y usar de una cosa ajena sin modificar su sustancia; el uso y la habitación consisten en la facultad de servirse de la cosa de otro sin cambiar su sustancia o en la de tomar de fundo ajeno los frutos necesarios al usuario y su

⁷ Agrelo, E., El concepto de gravamen en el proceso penal, R. D. P., 1950, Pág. 226.

familia, denominándose derecho de habitación si se lo ejerce sobre una casa y resulta útil morar en ella; la servidumbre es el derecho de usar un inmueble ajeno, o el de ejecutar ciertos actos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunas de sus facultades.

Algunas legislaciones extranjeras admiten los derechos de enfiteusis y de superficie, por tratarse de estructuras de permanencia e invariabilidad poco propicias a reformas sociales y a la explotación de la tierra. La enfiteusis existe cuando el dueño entrega un fundo a perpetuidad o a largo plazo por las mejoras que en el se introduzcan y el pago de un canon periódico; y el derecho de superficie estriba en la facultad de hacer en fundo ajeno construcciones o plantaciones conservando el superficiario la propiedad de ellas.

En nuestra legislación los gravámenes más usados en el Registro de Derechos Reales, son las Anotaciones Preventivas, Hipotecas y Usufructo, las cuales pasaremos a desarrollarlas:

2.1. ANOTACIONES PREVENTIVAS

Han sido pocos los autores que han propuesto definiciones en materia de anotaciones preventivas. Así, SÁNCHEZ ROMÁN apuntó que "son asientos provisionales, de efectos más o menos transitorios, cuyo objeto consiste ya en asegurar las resultas de un juicio, ya en garantizar la efectividad de un derecho perfecto pero no consumado, ya en preparar una inscripción definitiva y permanente"⁸ Definición complementada por DÍEZ-PICAZO, según el cual las anotaciones preventivas son "asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles"⁹

De este modo, según ROCA SASTRE el fundamento común a todas las anotaciones preventivas se encuentra en su cometido como instrumentos de publicidad de fuerza

⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", Tomo III, Madrid, 1.909, Pág. 935.

⁹ DÍEZ-PICAZO, "Las anotaciones preventivas", Revista de Derecho Notarial, 1.964, Pág. 21. En un sentido similar, cfr. BENDITO CAÑIZARES, "Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales", Madrid, 1.993, Págs. 27-28.

negativa en relación con la fe pública registral. Esto es, una vez que la anotación ha ingresado en el Registro, una vez que el acto al que alude ha sido publicado, el tercero ya no puede escudarse en su ausencia para perjudicar el derecho anotado ¹⁰

En cualquier caso, explica ERDOZAIN, la consecuencia más relevante que debe extraerse del examen de la anotación preventiva es la de su oposición al asiento de inscripción. Quiere decirse que es en la perspectiva formal donde quizás se puede apreciar la personalidad propia de la anotación preventiva y sus rasgos definitorios. Así, mientras la inscripción publica derechos reales o gravámenes inmobiliarios, la anotación suele publicar derechos personales, si bien es cierto que también contiene derechos reales, pudiendo asimismo constituirse anotaciones preventivas con base en títulos privados¹¹. No en vano, la publicidad de las demandas judiciales se funda, básicamente, en el mismo principio de conectar el proceso a los diversos Registros públicos para armonizar la litigiosidad en el tráfico jurídico de los bienes litigiosos, sobre todo en lo que se refiere a actos dispositivos del demandado¹², sin otra finalidad que evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho pueda desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurren todas las exigencias de los principios de buena fe y legitimación registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica¹³.

Una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar que, cuando recaiga sentencia condenatoria, ésta pueda ejecutarse en iguales circunstancias que cuando se inició la instancia judicial. Como se anticipó, la doctrina hipotecarista afirma que es un instrumento de publicidad registral de la existencia de una posible causa de nulidad, anulación o resolución y, por otro lado, la doctrina procesalista la califica como un asiento registral de

¹⁰ J.C. ERDOZAIN LÓPEZ, "Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros", Pág. 44, Ed. Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil. Navarra, 2.000.

¹¹ J.C. ERDOZAIN LÓPEZ, op. loc. Cit., Pág. 45.

¹² JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, "Estudios sobre Derecho Hipotecario", Tomo II, Págs. 1.149 y 1.150,4ª ed., Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2.000.

¹³ GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, "Sobre la admisibilidad de la anotación preventiva de la demanda civil", Aranzadi Civil, Vol. I, Parte Estudio, Pág. 87 y ss., BIB 1997, 73.

vigencia limitada temporalmente que publica la pendencia de un proceso sobre una situación registrada o registrable¹⁴.

Considera LACRUZ BERDEJO que la anotación preventiva de demanda cumple una finalidad sustancial: advertir la posible inexactitud actual del Registro o la posible existencia de un derecho *in fieri*, cuya perfección lo hará inexacto en un futuro inmediato, evitando con ello que el titular registral, al disponer del derecho a favor de una persona que esté protegida por la fe pública registral, pueda dejar sin efecto el derecho que está en litigio ante los tribunales¹⁵.

Por ello, además de su eficacia derivada de la publicidad propia del Registro, la anotación preventiva, como auténtica medida cautelar, implica la invalidez de la enajenación o gravamen realizados después de la anotación, aunque sólo en cuanto sean contrarios al fallo judicial que se ejecuta, garantizando y asegurando la retroacción de los pronunciamientos de la Sentencia que se dicte.

Es necesario recordar que en la praxis procedimental de nuestro País, vemos muy a menudo que cuando nos referimos a las anotaciones preventivas que se registran en la Oficina de Derechos Reales, tomamos como concepto *dos tipos de anotaciones preventivas*, una derivada de una *medida precautoria* establecida en los Art. 156 del **Código de Procedimiento Civil**, Art.1552 del Código Civil, Cap. 4 Art. 26 y siguientes, **Inscripción de Derechos Reales** y Cáp. 3 Art.29 al 31 **Decreto Reglamentario de la Inscripción de Derechos Reales** y otra como *medida cautelar o medidas preparatorias*, Libro Segundo, Título I , Capítulo II Art. 319 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

2.2. HIPOTECAS

¹⁴ CABALLERO ESCRIBANO, "La anotación preventiva de la demanda", en Actualidad Civil, núm. 46, 1991, Pág. 643; PRIETO CASTRO, "Tratado de Derecho procesal civil", Tomo II, 2ª edición, Pamplona 1.985, Pág. 868; ORTELLS RAMOS, MANUEL, "Derecho Jurisdiccional", Tomo II.2, Barcelona, 1.989, Pág. 303; FERNÁNDEZ y DE LA OLIVA, "Derecho procesal civil", Tomo III, 4ª edición, Madrid, 1.995, Pág. 434.

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., "Derecho Inmobiliario Registral", Barcelona, 1.968.

ORIGEN. Situar el origen de la hipoteca en un País y época determinada, resulta tarea difícil para el investigador histórico – jurídico. Lo cierto es que se constituye como una necesidad económica en tanto el hombre vive en sociedad, ya que en todo tiempo hubo quien, disponiendo de dinero, procura su inversión, como así también quien lo necesita. En su fondo, la hipoteca constituye una forma de garantizar una obligación. Cuando ella es reducida o mediaba razón de confianza u otra, el aval es personal.

Este sistema y cuando el monto de la operación era mayor, resultaba insuficiente e inseguro, originándose así nuevas instituciones, como lo fueron la prenda con caución sobre muebles, y la hipoteca sobre los inmuebles, descartándose por la real, la garantía personal. No siempre a la hipoteca se la practica en la forma que al presente; por momentos abarca la totalidad del patrimonio del deudor, presente y futuro, y a toda clase de bienes muebles e inmuebles conformando una especie de embargo general sui generis.

Con el devenir y a medida que se patentizan los serios inconvenientes que para el desenvolvimiento del crédito, importa sistema tan riguroso y excesivo, por sumir al deudor en la impotencia, privándole de toda posibilidad de evolución, va cediendo hasta su actual forma, circunscrita exclusivamente a inmueble determinado.

En la antigüedad se la conoce con diferentes modalidades, así en Grecia, tenía el carácter de una dación en pago -datio in solutum-, pago por entrega de bienes- y era además pública.

En el Derecho romano, la hipoteca aparece después de la enajenación confiducia y la prenda, como una garantía dada al propietario de un fundo destinado a la agricultura, por el locatario sobre ciertos bienes necesarios para la explotación del predio, como ser: herramientas, etc., que conservaba en su poder, institución que al generalizarse se extiende a los inmuebles generando la hipoteca propiamente dicha.

Los investigadores no han podido establecer si la hipoteca romana es una adaptación del sistema ya conocido en Grecia o se trata de una creación original, atento a que sus

diferencias son notorias; por tanto sólo cabe afirmar de su existencia en ambos países. Podía ser general o especial según recayera sobre la totalidad o uno o más bienes del deudor. Como toda institución primigenia, era defectuosa; en primer lugar su amplitud, que equivalía a entregar al deudor atado de pies y manos al acreedor, imposibilitaba nuevas transacciones, además como no estaba sujeta a un régimen de publicidad, los terceros ignoraban su existencia, con lo que se posibilitaba el fraude, etc., confería por otra parte al acreedor un privilegio innecesario, el de entrar en posesión de los bienes, que ha sido desterrado de la actual legislación.

Además de las enunciadas existían otras clases de hipotecas, que todavía subsisten en algunos Códigos; así la posesión por el acreedor de bienes del deudor o de su embargo, a raíz de sentencia condenatoria, daba lugar a una hipoteca judicial, que al presente es la que acompaña por ley ciertos juicios o actos judiciales, para garantizar el cumplimiento de alguna obligación, cuando alguno o todos los bienes del deudor eran gravados por ley, para responder a alquileres, legado, bienes de pupilo o de incapaces, se le denominaba, al igual que hoy, legal, designándose con el nombre de convencional aquella forma en la cual el acuerdo de voluntades era el presupuesto constitutivo, siendo la tendencia legislativa actual eliminar las dos primeras, dejando sólo subsistente la última.

En Argentina, hasta, la sanción del Código civil, la institución se regía por las antiguas leyes españolas en la parte referente "de los peños", que, como en Roma, podía ser voluntario, judicial o legal, e involucraba tanto la prenda como la hipoteca. Además, y en el período que media entre la Revolución de Mayo y la Organización Nacional, se dictan algunas leyes sobre la materia: así, en 22 de junio de 1822 y 4 de julio de 1856, dos leyes de la Provincia de Buenos Aires otorgan al Banco de descuentos acción hipotecaria o pignoraticia, equivalente a una hipoteca tácita o legal sobre los bienes de los deudores de la institución, reglamentando la segunda la autorización conferida en la misma para descontar pagarés hipotecarios y además en la Provincia de Santa Fe, con fecha 22 de julio de 1869, se dicta otra ley reglamentaria de la hipoteca y procedimiento para su ejecución.¹⁶

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, comentado por el Dr. Félix Olmos, Pág. 54 al 90

2.2.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS HIPOTECAS.

2.2.1.1. DEFINICIÓN

Este derecho real de garantía como Institución de crédito entre los Derechos reales de garantía, se encuentra así definida: **“es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor”**. Es la definición generalmente aceptada por los ordenamientos jurídicos de claro en tronque romano-napoleónico. En la buena, doctrina, no debe confundirse la hipoteca con el crédito que garantiza y del cual es un accesorio.

El derecho a ser pagado del crédito es personal el derecho a que la cosa hipotecada garantiza la deuda es real, el carácter distintivo de la hipoteca, es su adherencia a la finca, a la que sigue como la sombra al cuerpo, cualesquiera que sean sus cambios y transformaciones.

El derecho del acreedor hipotecario, consiste en hacer vender judicialmente el inmueble hipotecado, para cobrar la totalidad de su crédito, con preferencia a otros acreedores. Se destaca en los tiempos modernos esta institución de crédito, por su trascendencia social y económica. Al decir de Planiol, es la más interesante de las garantías reales por la suma enorme de capitales que garantiza y por el valor considerable de las propiedades inmuebles que grava.

La fundamentación técnica en todo sistema hipotecario que aspire al desiderátum en esta materia, debe armonizar las disposiciones legales para dar solución adecuada tanto al problema jurídico como al económico implicados, eliminando todo lo que por modo directo o indirecto, propenda a cercenar el crédito. Con los honores de un axioma, puede afirmarse que la prosperidad general de una nación, se vincula a la seguridad jurídico-económica de las relaciones privadas de convivencia.

En la vida de esta institución, se conjugan diversas categorías de intereses, y todas ellas han de ser ponderadas con justicia y equidad, a los fines de la protección jurídica. Campean en primer plano, los inversionistas, quienes obtienen sólidas garantías para sus capitales. Luego, los deudores que otorgando hipotecas, disfrutan de los beneficios del crédito para la producción o el consumo. Asimismo, las previsiones de la ley deben amparar a los terceros adquirentes de inmuebles gravados con hipotecas, para colocarlos en situación de inquirir a ciencia cierta, la verdadera condición del inmueble transmitido, porque siendo la hipoteca un derecho real han de soportar el gravamen no como deudores personales, sino en razón de la cosa. Y en fin es indiscutible que la estructuración de un buen régimen hipotecario, trasciende a la esfera de los intereses económicos y sociales de la colectividad, por el fin anhelado.

Este consiste en promover y tutelar el desenvolvimiento del crédito territorial, tanto en su constitución y reembolso, cuanto en la liquidación de la garantía. Bajo este aspecto, las medidas legales han de centrarse primordialmente en prevenir o reprimir la usura, sacando partido de la superioridad del crédito hipotecario sobre, el personal, pues el primero al consolidar la garantía, posibilita la disminución del interés propiamente dicho y la compensación del riesgo corrida por el capitalista.

El formalismo en el derecho hipotecario, es el régimen en virtud del cual la ley establece las formas que deben observarse para la constitución, registro y cancelación de las hipotecas como actos jurídicos. Dichas formalidades legales se clasifican en dos órdenes:

- a) las que existen respecto de los constituyentes de ese derecho real de garantía,
- b) Las relativas a terceros.

El Código civil argentino y paraguayo por adopción, ha sido uno de los primeros del siglo diecinueve que organizó respecto de las hipotecas, un sistema racional cimentado en los principios de especialidad rigurosa y publicidad absoluta.

Si el Derecho hipotecario está íntimamente vinculado con el Derecho de propiedad inmobiliaria, no es viable pensar que pueda existir verdadera publicidad en las hipotecas, mientras no rija idéntico principio respecto al dominio, siendo como es la base imprescindible para asegurar la legitimidad de los títulos.

2.2.1.2. CARACTERÍSTICAS

Circunscribiendo el estudio de la institución a las nuevas corrientes y tomándolo como punto de referencia para el conocimiento general de la institución, el examen de sus caracteres más relevantes permite apreciar que:

- a) **ES UN DERECHO REAL**, y lo es desde que crea entre sus dos elementos constitutivos -persona y cosa - una relación directa o inmediata, mediante la afectación de la cosa al pago de la obligación; de ahí surgen para el acreedor ciertos derechos -el jus preferendi - preferencia a ser pagado en primer término por sobre los demás acreedores quirografarios y aun hipotecarios de posterior grado y el jus persecuendi, de persecución, en tanto signifique facultad acordada para seguir el bien que el deudor ha transferido a terceros y exigirle el pago, como el deudor directo, haciéndole vender en caso negativo.

- b) **ES ACCESORIO** término que significa que depende del principal, por tanto carece de vida propia e independiente, pues no se concibe la hipoteca por la hipoteca misma y siempre acompaña a un crédito al cual accede; le asigna ese carácter -se constituye en garantía de una obligación principal- por tanto sigue la suerte y condición jurídica del crédito, sea puro y simple, condicional, a plazo o eventual o constituido por terceros en, garantía de una obligación natural. Por ende, es inaccesible sin el crédito, excepto en caso de novación, por extinguir ésta el principal y accesorios; no obstante el acreedor puede dejarla subsistente para la nueva obligación. Si bien la hipoteca no puede cederse independientemente del

crédito, nada se opone para que el grado de colocación lo sea, lo que está permitido en tanto no perjudique a terceros, en caso de ejecución de la jurisdicción y competencia la determina la obligación principal; además, se extingue con el crédito y la nulidad de la obligación principal, entraña la propia, pudiendo así mismo integrar la escritura del contrato a que acceda

- c) **ES CONVENCIONAL:** es decir concertada mediante el libre acuerdo de las partes, única forma que admite el Código civil argentino dando por concluidas las restantes, legales o tácitas, etcétera. **En Inglaterra,** no obstante, esta clase no existe, practicándose un contrato denominado mortgage, especie de pacto de retro- venta, por el cual el deudor transfiere al acreedor y en garantía del préstamo, la posesión del inmueble, que no siempre se hace efectiva; si el deudor paga, la posesión le es devuelta; en caso negativo el dominio pasa definitivamente al acreedor. El deudor durante no más de 20 años desde la desposesión puede, no obstante, reclamar ante las Cortes de equidad su devolución, mediante el pago del capital, intereses y gastos, y en tanto no mediare otra causa de detención.

Como esta situación puede resultar inconveniente para el interés del acreedor, este, a su vez ,tiene facultad para requerir ante las mismas Cortes la fijación de un término para el pago de lo debido y en subsidio la pérdida por parte del deudor de su derecho a reclamar la devolución del inmueble.

- d) **ES INDIVISIBLE:** significa que el bien o bienes hipotecados y cada parte de ellos, responden por toda y cada parte de la deuda, principio que juega tanto en lo que respecta a la cosa, como así en lo concerniente al crédito.

En el primero de los casos, aún cuando el inmueble se divida entre varios coherederos o copropietarios, cada fracción continúa sujeta al pago y ejecución por el total de la deuda; mediando pluralidad de inmuebles gravados, el acreedor puede optar por ejecutar cualquiera de ellos, **no siendo óbice las hipotecas constituidas con posterioridad**; goza además del derecho de perseguirlos en manos de los terceros a quienes se hubieren transferido los bienes y promover su ejecución simultánea o individualmente.

En lo que al crédito respecta, sus efectos son: el pago parcial no extingue la hipoteca; cabe, asimismo, examinarla desde un doble punto de vista, los de su indivisibilidad pasiva y activa, dándose la primera en el caso que la deuda sea dividida entre varios codeudores o coherederos, ya que ninguno de entre ellos que pague su parte en la hipoteca puede exigir la cancelación; y en segundo lugar de los supuestos, los coacreedores o coherederos que hubieren percibido su parte en la deuda, no pueden cancelar parcialmente la hipoteca; además, cada acreedor puede por su parte en el crédito, hacerle valer sobre el inmueble gravado en su totalidad.

La indivisibilidad no es de carácter absoluto, sino relativa, pudiendo las partes en el acto o posteriormente convenir la división y extinción parcial de la hipoteca, lo que también autoriza una ley especial, en casos determinados. No existe dificultad para tales actos cuando media el acuerdo de las partes; el problema se presentaba en los casos que ejecutado el deudor, requería que la venta se llevara a cabo en lotes.

La jurisprudencia imperante, en caso de no mediar pacto, se mantenía apegada a la doctrina de la indivisibilidad absoluta, siendo los perjuicios para el deudor en la generalidad de los casos, graves, irreparables; situación que dio origen a la sanción de la ley 11.725, del 28 de

septiembre de 1933, de la República de Argentina autorizando la cancelación parcial y la división y enajenación en lotes, se trate de uno solo o varios inmuebles susceptibles de venta por separado, cuando de ello no se siga lesión al acreedor, cuestión de hecho y prueba de apreciación judicial. Con ello la ley ha querido evitar que por vía de la aplicación rígida del precepto legal, se consume la ruina del deudor, máxime en época de retracción del mercado comprador, obligándole a vender en block bienes cuya venta por separado sería más beneficiosa, desde que este sistema aumenta las ofertas al poner al alcance de un mayor número de compradores, fracciones menores, permitiendo, además, en razón de la lógica diversificación de la puja, el logro de mejores precios.

- e) **ES ESPECIAL:** Al tratar sobre el origen de la hipoteca se ha visto que en Roma podía recaer sobre la totalidad de los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes y futuros, concepción que el Derecho francés modifica sentando el principio de la especialidad, que es mantenido en las modernas legislaciones, con el que se pone fin a la era de las hipotecas totales sobre muebles e inmuebles, presentes y futuras, innovación que implica un cambio de régimen en el sentido que en lo futuro la hipoteca sólo recae sobre uno o varios inmuebles determinados, con lo cual se amplía el crédito del deudor al permitirle disponer de nuevas hipotecas para cada uno de sus inmuebles y además en lo que al crédito respecta lo limita en el sentido de que su importe debe ser cierto y determinado, no pudiendo por tanto gravarse indiscriminadamente todas las obligaciones pendientes o futuras del deudor.

- f) **QUIÉN PUEDE CONSTITUIRLA.** Para la constitución de la hipoteca se requiere ser propietario del inmueble a gravar, pudiendo el dominio pertenecer a una sola o varias personas, es decir, que también "puede el condómino hipotecar su parte indivisa o bien parte determinada del

inmueble; la ley requiere a más en ambos la capacidad para vender bienes inmuebles; no es necesario que el propietario en persona concurra al acto constitutivo pudiendo ser representado por un mandatario munido de poder especial. De lo expresado se desprende como lógica secuencia la nulidad de toda hipoteca que se constituya sobre inmueble ajeno, desde que su otorgante carece de título original.

- g) **INCAPAZ** Acorde con lo expresado, en principio, la hipoteca constituida por un incapaz carecería de validez, por defecto de capacidad; si no obstante la otorgare su suerte depende según sea la nulidad del acto absoluta o relativa, como sucedería si se tratase de un demente declarado en juicio, en cuyo caso la nulidad que le afecta es de carácter absoluto, no pudiendo, por tanto, ser convalidado. Si en cambio es un menor adulto que no ha recabado autorización judicial para hipotecar, la nulidad es sólo relativa, es decir, susceptible de enmienda; en cuanto habiendo llegado a la mayoría de edad puede confirmar el acto con efecto retroactivo, expresa o tácitamente; para lo último le bastará dejar transcurrir el lapso de prescripción de la acción de nulidad. La retroactividad juega sólo entre las partes, no afecta a los terceros.
- h) **TERCERO.** Lo corriente es que deuda e hipoteca caigan en cabeza de un unido obligado, empero ambas así también pueden recaer sobre personas diferentes; ser una la beneficiaría del crédito y otra quien otorgue la hipoteca, como si fuera una caución real, jugando el papel sin serlo exactamente, de una suerte de garantía de la obligación principal.

Es por ello que la jurisprudencia niega a estas hipotecas carácter y efectos de fianza; tal así que quien la otorga sin obligarse subsidiariamente al pago, carece de acción subrogatoria en las del acreedor, cuando la deuda se hubiere satisfecho con el precio del inmueble gravado.

- i) **SERVIDUMBRES.** Las servidumbres desde que no pueden ser motivo de gravamen, no pueden hipotecarse. Razones de orden práctico aconsejan esta solución; en efecto, la servidumbre solo interesa a determinada persona, en el caso al propietario del fondo dominante. Resulta por tanto difícil admitir que su venta pudiera atraer compradores, desde que tal operación no los beneficia, tropezando a más con la dificultad que significa el recabar del propietario del dominante su aquiescencia para el acto, etcétera; todo lo cual induce a concluir, aún en la hipótesis que se admita que puedan ser gravadas, que su fuerza hipotecante es nula. Esto en lo que se refiere a la imposibilidad de gravar con hipoteca, en forma independiente, a una servidumbre, situación que no debe confundirse con la del ir servido, cuya hipoteca alcanza también a la servidumbre, por ser ésta, un accesorio del fondo dominante.
- j) **USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN.** También estos derechos se encuentran expresamente excluidos de la hipoteca. Aun cuando su estudio detenido escapa a los límites del presente, ya que sólo interesan desde el punto de vista de su relación con la hipoteca, es obvio fijar en una breve definición su concepto. Consecuente se llama usufructo al derecho real de usar y gozar de una cosa de propiedad de otro, sin alterarla en su sustancia.

Uso, es el derecho real, consistente en la facultad de servirse de la cosa de otro, independientemente de la posesión de heredad alguna, con cargo de conservar la sustancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fondo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y su familia.

Habitación, es el derecho real consistente en la facultad de morar gratuitamente en casa ajena.

Se está en presencia de derechos concedidos a determinada persona, que fenecen con ella; por tanto su valor es incierto por lo que no pueden alentar a los inversores.

- k) **DERECHOS HIPOTECARIOS.** En el Derecho romano era permitida esta clase de hipoteca -*pignus pignoris datum*- pues, el argumento en que la misma se basaba era que siendo todo derecho susceptible de ser transferido, no existía óbice para que el de hipoteca también lo fuese.

Si se tiene en cuenta que en Roma la hipoteca llegó a ser general, este sistema tiene su explicación, desde el momento que toda clase de bienes y derechos llegaron a ser hipotecables, perdiendo su vigencia al introducir el moderno derecho el principio de la especialidad en materia de hipotecas, por el cual sólo los inmuebles expresamente determinados, pueden ser objeto de ella, con lo que el régimen de las hipotecas generales quedó eliminado y por tanto la hipoteca sobre derechos.

- l) **BIENES FUTUROS.** Desde el momento que para hipotecar se requiere ser propietario del inmueble, la hipoteca sobre bienes futuros, es decir la de aquellos que se presume que en un futuro entrarán al patrimonio propio, carece de sentido, ya que mal pueden hipotecarse bienes de cuya propiedad se carece.

- m) **MEJORAS.** Es toda modificación material al inmueble, que aumenta el valor. Pueden ser de tres clases: a) naturales, ajenas al hecho del hombre, como el aluvión, acrecimiento de terrenos por acción lenta y gradual de arenas o sustancias depositadas por las aguas; b) accidentales como la avulsión, cuando el mismo fenómeno se produce por una fuerza súbita, erupción, etcétera y en tanto no fueren objeto de acción reivindicatoria y c) artificiales, obra típica del hombre, aun cuando sean el hecho de un tercero, como ser, nivelación del terreno, ampliación y refacción de lo

edificado, construcción en terreno vacío. No se comprende en el concepto de mejora, el mayor valor que el inmueble adquiera por obras públicas, trazado de nuevas calles o avenidas, de líneas subterráneas, etc. Las mejoras, cuando son sobrevinientes, quedan comprendidas en la hipoteca.

- n) **RELACIONES QUE SE CREAN.** La hipoteca determina entre acreedor y deudor directo, como así con los terceros poseedores del inmueble gravado, una serie de relaciones tendientes a deslindar y asegurar los derechos y obligaciones de las partes. Con el deudor directo. El status jurídico del propietario del inmueble hipotecario se mantiene invariable, en su fondo.
- o) **LIMITACIONES.** Si bien el deudor conserva el derecho de propiedad sobre el inmueble, como así las facultades inherentes al carácter de propietario, éstas no son discrecionales; la circunstancia de la existencia de un acreedor por cuyo interés también cabe velar, impone ciertas limitaciones a los actos de su deudor.

Así, este tiene la obligación de conservar y mantener la cosa en el mismo estado comprobado al momento que se cumplió el acto constitutivo de la hipoteca, salvo los desgastes y/o deterioros propios del uso y/o del transcurso del tiempo; la prohibición de innovar es en el sentido de no llevar a cabo actos que directamente tengan por consecuencia disminuirla en su valor, pudiendo realizar aquellos que en definitiva se traduzcan en un aumento del mismo y acrezcan la garantía.

- p) **FACULTADES DEL ACREEDOR.** Mientras el deudor, como quedara signado, no lleve a cabo sobre la cosa, actos que perjudiquen al derecho del acreedor y la garantía se conserve intacta, éste carece de acción para solicitar medidas precautorias o conservatorias. Pero, puede acaecer que el deudor realice actos de disposición material o jurídica en la cosa, que

realmente incidan en desmedro de su valor, como lo serian, si procediese a demoler la casa o al corte de los árboles en tiempo impropio o celebrara contratos de alquiler que por su larga duración o reducido monto, dificulten la enajenación del inmueble o venda el inmueble fraccionado o en total, entre varias personas, en modo de obligar al acreedor a emprender su persecución contra todos y ser pagado por partes. En estos casos el acreedor tiene facultades para impedir que su derecho sea lesionado.

Hipótesis que pueden plantearse. La acción del acreedor varía según que haya o no podido antes del acto perjudicial, imponerse del mismo.

En el primero de los supuestos enunciados tiene derecho para requerir las medidas conservatorias que estime pertinentes, de no innovar, etcétera; en el segundo frente a un hecho consumado, no le resta sino demandar la estimación del perjuicio y la consignación de su justo precio.

- q) **DERECHO DE ELECCIÓN.** La hipoteca puede recaer sobre uno o más bienes del deudor; en este último supuesto, si no cumple con la obligación de pagarla al vencimiento, el acreedor para cobrarse, puede elegir entre cualesquiera de los comprometidos, aunque existan hipotecas posteriores. Al deudor en la emergencia, no es dable exigir que se ejecute al otro; así suponiendo que sean dos los inmuebles gravados a una misma y única obligación, aun cuando sus valores sean diferentes y prima facie baste el menor de ellos para cubrir la deuda, el acreedor frente a esta situación posee plena libertad para decidirse por uno u otro, sin que obste a su derecho la diferencia de valores entre ambos.

2.2.1.3 EFECTOS.

Los efectos de la hipoteca se extienden a las partes, como así a los terceros y también al crédito.

ENTRE PARTES. Entre los intervinientes en el acto constitutivo -otorgante, acreedor, además sus herederos, testigos y notario que lo refrenda- la hipoteca surte efectos como si estuviere registrada desde, el momento de su constitución. La razón es obvia, ya que siendo la finalidad esencial que se persigue con el registro la de otorgar una garantía en beneficio de los terceros que ignoran el acto, quienes han intervenido en el mismo no pueden alegar su desconocimiento.

CON LOS TERCEROS. Si bien quienes han intervenido en el acto no pueden ignorarlo, el problema de su conocimiento se plantea en lo que respecta a los terceros; por tanto era necesario hallar una solución que contemplara el interés de este sector; para ello el expediente habilitado es el de la creación de Registros, en los que se anotan las hipotecas constituidas, bajo un régimen de publicidad que permite conocer con exactitud los gravámenes existentes.

Conforme a este sistema sus efectos se trasladan a los terceros a partir del acto constitutivo si fuere registrada en término, y cuentan desde el registro, cuando la inscripción fuese de fecha posterior.

Privilegio del acreedor hipotecario e importancia de la hipoteca. En su acepción general, privilegio es la ventaja dispensada a una persona respecto de las demás, por la que se le confiere la dispensa de un gravamen o se le acuerda una prerrogativa. La hipoteca a contar de la toma de razón preferencial sobre los quirografarios, para la percepción del crédito que grava el inmueble, extendiendo su protección tanto al capital comprometido, como así a los intereses o rentas debidas y también a los que se devenguen en el trámite de la ejecución y hasta tanto sea pagado el acreedor.

2.2.1.4 FORMALIDADES.

Por escritura pública. En Roma, el acto constitutivo no requería solemnidad alguna, perfeccionándose por la sola voluntad de las partes. En el Derecho moderno, una vez que las partes que van a constituir la hipoteca se han puesto de acuerdo respecto a las condiciones de la misma, su constancia se impone mediante una documentación idónea, siendo el modo y forma más corrientes, la de la escritura pública, en cuya confección interviene el notario que da fe del acto.

Por documentos. En el pasado muchos eran los actos jurídicos que eran otorgados mediante simples resoluciones dictadas en expedientes administrativos; es contemplando estas situaciones, que el Código establece que también los documentos expedidos por las autoridades con competencia para ello y que sirvan de título al dominio o derecho real y que por sí hagan fe son admitidos como vehículos para constituir hipotecas; sistema carente de actualidad, conforme con la cual en la escrituración y protocolización de todos los contratos y demás actos que corresponda, entre los que se incluyen las hipotecas que se lleven a cabo entre el gobierno y los particulares, intervendrá la Notaría de Gobierno.

2.2.1.5. REGISTRO.

Constituida la hipoteca se procede a su registro. Los Registros son organismos especiales que funcionan en cada Capital de Departamento ó lugares designados al efecto. Es ante ellos donde se efectúa la presentación de la respectiva escritura para su anotación, teniendo cada Registro determinada el área de su jurisdicción. No pueden por tanto inscribir las correspondientes a inmuebles situados en otros distritos

2.2.1.6 EXTINCION Y CANCELACION

POR ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE EN REMATE PÚBLICO. Modo de extinción de la hipoteca lo constituye la venta judicial del bien. Cualquier acreedor, sea

quirografario o privilegiado, puede ejecutar al deudor y llevar a remate el inmueble hipotecado.

La hipoteca se extingue para el adquirente siempre que en el juicio se hubieren cumplido las formas procesales prescriptas por la legislación de fondo normativas de la liquidación del gravamen, las que sucintamente se resumen en que -la subasta la ordene el juez que entiende en la ejecución y sea pública, lo que se logra mediante la inserción en los diarios que se designen del anuncio del remate decretado. Aun cuando no es prohibido ejecutar el bien por cualquier acreedor, no sería equitativo que quienes tienen un derecho sobre el mismo ignoren el procedimiento que se está cumpliendo, por lo que para notificarlos se les cita, con el fin de que tomen si lo creyeren conveniente, la intervención a que se crean con derecho.

CANCELACIÓN. Extinguida la hipoteca, como acto final del proceso, se procede a cancelar la inscripción.-Cancelar en el lenguaje jurídico significa dejar sin efecto en el Registro la respectiva anotación. A ella puede llegarse por la vía voluntaria acuerdo de las partes, pago renuncia, etc., o compulsiva mediante sentencia judicial

La institución de la hipoteca reviste al presente, en la evolución económica de la colectividad y de las personas, importancia suma por ser un factor de crédito y progreso general. Su uso desde la antigüedad, en las formas rudimentarias enunciadas al comienzo - oculta, general, etc.-, ha evolucionado hasta despojarse de tales inconvenientes que la tornaban insegura para los terceros y gravosa para el deudor, hasta alcanzar sus formas actuales, sujeta a un régimen de publicidad y especialidad, que la convierten en un instrumento útil para las partes que intervienen en ella al facilitar al deudor la disponibilidad de un capital y permitiendo al acreedor la inversión segura de su dinero

De ahí que tanto en el Paraguay como en la Argentina, el sistema del Código civil debió ser completado en virtud de leyes especiales que lo modificaron con adiciones o sustituciones, extendiendo la formalidad de los registros a los demás derechos reales sobre

inmuebles. Así, fueron organizados en dichos países registros especiales, donde se toman razón de los títulos constitutivos de los Derechos reales de cosas inmuebles, con todas las designaciones necesarias a su cabal, determinación, para darles publicidad, firmeza y estabilidad.

La base sólida del crédito territorial se encuentra cimentada en la legitimidad del dominio, puesta de manifiesto por las formalidades extrínsecas que le imprimen el carácter de la publicidad. Si toda hipoteca estriba, pues, fundamentalmente en el Derecho de propiedad de quien la otorga, obvio es que la demostración fehaciente de ese derecho de dominio, sea lo primero que debe establecerse, rigiendo como rige el principio legalista según el cual, quien no sea propietario del inmueble no puede hipotecarlo. Ordenada por la ley, la obligatoriedad de la inscripción o toma de razón de todos los Derechos reales que recaen sobre inmuebles, en los registros públicos habilitados.

2.3 USUFRUCTO

2.3.1. EN EL DERECHO ROMANO.

Origen y metodología. Al tratar las Servidumbres se ha señalado el origen de estos iura in re aliena. En la época republicana se constituyen definitivamente y están consagrados en las costumbres, para satisfacer principalmente necesidades alimentarias.

En el Derecho clásico no se hizo la distinción entre servidumbres personales y prediales. Se consideró al usufructo, al uso y a la habitación, como institutos autónomos, aunque similares en algunos caracteres y efectos con las servidumbres reales.

La legislación justiniana, principalmente el Digesto, contiene la tradicional división y su metodología tiende a hacer patente este criterio de caracterización de los bizantinos. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que la distinción expresada por Marciano y

recogida por el Digesto¹⁷ ha resultado ser una interpolación a los textos clásicos utilizados en la compilación por los juristas de Justiniano¹⁸.

2.3.2. CONCEPTO Y CONTENIDO.

La misma etimología señala el significado y el alcance y efecto del derecho de usufructo: de usar y de obtener los frutos de la cosa ajena, aprovechándose de ella. *Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*¹⁹. El contenido es claro y no ha sido objeto de mayores interpretaciones, salvo la última parte. Por lo tanto el propietario de la cosa gravada conserva sólo el *ius abutendi* y su dominio está limitado en cuanto ha cedido temporariamente el *ius utendi y fruendi* al usufructuario. Gayo calificó la situación del propietario: nudo-propietario y a su dominio de nuda propietas. El usufructo podía constituirse sobre cosas muebles e inmuebles, corporales e incorporeales que se encuentren en el patrimonio de los particulares, salvo las cosas que se consumen por el uso, hipótesis que permite la confusión del *ius utendi* con el *abutendi*. El cuasi-usufructo, que se admitió posteriormente, teniendo por objeto cosas consumibles o fungibles, fue una transacción con ciertas situaciones, según se explica en la voz respectiva

Este supuesto que venía a contradecir el principio esencial del instituto, fue dado y reconocido, como se sabe, por un senadoconsulto para evitar que el legatario recibiera parte de un patrimonio sin distinción de cosas consumibles o no consumibles; autorizándolo a usufructuarlas, respecto a las consumibles, previa *cautio especial*²⁰.

Como lo señalan los autores clásicos y los jurisperitos justinianeos, se trataba de un instituto semejante al usufructo, un *quasi-usufructus* donde el titular del derecho real resulta un verdadero propietario de las cosas entregadas por tal derecho y sólo está obligado a

¹⁷ Texto de Marciano “Las servidumbres o son personales como el viso y el usufructo o reales como las servidumbres de los predios rústicos o urbanos” (Dig. Ley 1, Libro VIII, Tit. 1)

¹⁸ V. Biondi, B., La categoría romana delle servidutes, Corso de Diritto romano “la servirà prediale”, Pág. 66-71, Milano 1933.

¹⁹ Texto de Paulo en el Digesto, Ley 1, Libro VII, Tit. 1 a 6, y en las Institutas Libro II, Tit. 4.

²⁰ V. en Digesto la opinión de Paulo y Gayo que hacen referencia a estas circunstancias y a la posibilidad de asimilar la situación jurídica como un *quasi usufructus*; Paulo Ley 1 libro VII, Tit. 5; Gayo Ley 2 párrs. I y II

devolver o restituir, al vencimiento, muerte o capitis deminutio, otras tantas, del mismo género y calidad.

Como carácter distintivo con las servidumbres prediales se señala el de ser divisible; pudiendo ser constituido en parte y por lo tanto ser susceptible de extinción parcial.

Los jurisconsultos clásicos hacían notar esta cualidad del usufructo y su opinión ha sido recogida en el Digesto²¹.

El principio "salva rerum substantia". Uno de los principios que rigen al instituto en el Derecho romano es el siguiente: En el usufructo se debe respetar y conservar la estructura y el destino económico actual de la cosa. El principio fue enunciado y analizado como una limitación al ejercicio del usufructo en el sentido de no permitir al usufructuario el cambio de las cualidades y del destino económico esenciales de la cosa. Antes que Paulo enunciara su definición recogida por el Digesto ya se aplicaba este principio que luego fue receptado por toda la legislación romanista medieval y moderna, hasta nuestros Códigos actuales.

El principio significa que aun una mejora en el destino económico de la cosa, no está permitida, si ello significa un cambio en la estructura material o de relaciones o de cualidades jurídicas de ella. El usufructuario no podía, en consecuencia, "transformar una viña en olivar ni un campo de agricultura en otro de pastoreo, ni cavar minas, ni construir edificios o demolerlos, ni cambiar las funciones de los esclavos en la economía familiar. Menos aún podría realizar actos de disposición, como la constitución de servidumbres sobre o en favor del fundo; le faltaría, para hacerlo, la representación del fundo, que conserva el propietario. También si una modificación esencial de la estructura de la cosa sucede sin (y hasta contra) la voluntad del usufructuario, el principio encuentra aplicación; si el edificio cae, el derecho del usufructuario no se traslada sobre el área edificable; si el

²¹ Papiniano: Ley 5, Libro VII, Tit.I; Gayo Ley 81, Libro XXXV, Tit. 2

fundo recibe incremento por una isla nacida en el río, sobre este incremento no se extiende su poder"²².

El Derecho pretoriano creó una relación de obligación entre el nudo propietario y el usufructuario, mediante varios expedientes, concediéndole en definitiva al primero un *actio ex stipulatu*, para obligar al segundo a devolver la cosa, en debida forma (convenida) y para reclamarle una indemnización. Para la *lex Aquilia* era necesario un hecho, un acto del responsable. En caso de negligencia no podía el propietario iniciar acción alguna, consistiendo ésta en un no hacer, una omisión del usufructuario. (Digesta, opinión de Paulo: Ley 13, párrafo 2, Libro. VII, Tít.1.

La situación favorable se definió por las siguientes estipulaciones concedidas en favor del propietario:

- 1) El usufructuario debía comprometerse a disfrutar la cosa como un "buen padre de familia", es decir, con diligencia normal.
- 2) También a restituir la cosa al final del usufructo.

Para la conservación de la cosa y su restitución, el usufructuario casi siempre fue obligado a prestar al nudo propietario una caución (*cattio usufructuario*). Podía consistir en dar fiadores que se obligaban como el usufructuario. En el Derecho romano el cumplimiento de este requisito se convirtió en una condición estricta. Mientras el usufructuario no diera cumplimiento a su obligación de garantía, el propietario podía negarse a entregarle la cosa o reivindicarla.

2.2.3.CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO.

Como principio general debe recordarse que los modos de transmisión se deducen de los practicados en el dominio y según la opinión de los juristas clásicos. Los contratos eran insuficientes, en principio para la creación de los derechos reales.

²² Arangio Ruiz, V., Instituciones del Derecho Romano, Pág. 266, Edic. Arg. ; Buenos Aires, 1958

La constitución podía formalizarse en el concepto romano bajo estas dos formas genéricas, que en ciertos aspectos sobreviven en el Derecho actual.

Per translationem significaba una constitución directa a cambio de una ventaja (real casi siempre). El propietario se reservaba la nuda propiedad y daba en usufructo la cosa, casi siempre por legado. En estos casos el propietario se desprendía del usufructo para transmitirlo al usufructuario.

Per deductionem, se entregaba, por contrato o por deductio de la mancipatio o de la in iure cessio de la cosa. De modo que el propietario podía emancipar o ceder in iure una cosa, reservándose su usufructo.

El legado ha constituido la forma legal más usada. El legado per vindicationem ha prevalecido para dar derecho inmediato de carácter real al legatario, contra los herederos. Respecto a las cosas neo mancipi no podía hacerse una constitución directa por mancipatio y se debió recurrir a medios indirectos: pactiones et stipulationes usados en las provincias para los fundos rústicos. Es decir vínculos obligacionales y contractuales. Gayo nos da noticia de estas formas indirectas de constitución²³.

El Derecho Justiniano decidió aplicar al usufructo la constitución por largo uso, que el pretor había eludido y sólo permitido a las servidumbres prediales se reconoció la longi temporis praescriptio en el Digesto, para las servidumbres y para el usufructo, a semejanza del dominio y con los mismos requisitos: una posesión sin vicios, con título, buena fe y continuada durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, para los inmuebles. Para los muebles el último requisito era de tres años.

2.2.4. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

El criterio prevaleciente en la práctica y teoría como se ha visto en el caso de las servidumbres, es de usar los mismos medios de adquisición, pero con signo contrario.

²³ Gayo II, Párr.33 y Fragmenta vaticana, 47

También se favoreció más la extinción de esta "servidumbre personal" por ser más gravosa para los predios.

En el Derecho antiguo se usó el procedimiento de la *iure in cessio* para el usufructo cuando el titular quería renunciar a su derecho en favor del nudo propietario. No podía hacerlo directamente a favor de terceros, por ser el usufructo intransmisible (V.Gayo: Institutas: II párrafo 30). En el Derecho justiniano se consideró suficiente la renuncia, por desuso de aquella antigua institución, recuperando en ese caso, el derecho de propiedad toda su plenitud, (Institutas de Justiniano, Párr.3).

La muerte del usufructuario extinguía el usufructo, como consecuencia de su carácter vitalicio, y su conexión con la persona del titular. En el caso de las personas colectivas (un municipio, una corporación) el usufructo no podía durar más de cien años; lapso que el Derecho romano consideraba como el término máximo de la vida humana (Gayo: Ley 56,Libr.VII, Tít.1, del Digesto).

El no uso, del derecho durante un año para los inmuebles y dos para los muebles, en el Derecho clásico (Paulo, S.III, 6,30). Este modo de extinción donde se aplicaban las reglas de la usucapión para los inmuebles, consistía en el no ejercicio de las facultades de usar y disfrutar de la cosa por el tiempo indicado. El Derecho de Justiniano modificó el término de usucapión para los inmuebles aumentándolo a diez años entre presentes y veinte entre ausentes (Código: Ley 13,Libr.III,Tít.34).

3. PROCESOS DE EJECUCIÓN

3.1. HISTORIA DE LA EJECUCIÓN FORZADA

En un estado primitivo de la organización jurídica, la ejecución era realizada por el propio titular del Derecho: "Los primeros impulsos del sentimiento del Derecho lesionado, consisten inevitablemente en una violenta reacción contra la injusticia causada, que origina la defensa privada y la venganza. Todo Derecho, pues, tiene su origen en la defensa privada

y en la venganza, especie de justicia salvaje, como la llama Bacón. Pero este origen, con arreglo a nuestros pensamientos actuales, es sólo el caos que precede a la fundación del Estado, período en que el Derecho y la fuerza no se han separado aún; momento impropio todavía para la manifestación del Derecho, que, según nuestras ideas, nace a medida que el Estado, rechazando esas explosiones del sentimiento jurídico subjetivo, crea órganos encargados de realizar el Derecho, cuyo origen data, según nuestro actual modo de ver de la época de la creación de las funciones judiciales. Así pues, el orden jurídico y la administración de justicia por el Estado, son sinónimos".²⁴

La justicia privada, según Ihering, comprende tres aspectos: 1) la defensa privada (defensa contra lesiones inminentes); 2) la venganza (desquite de un mal que nos ha sido causado), y 3) la justicia privada en sentido estricto (aprobación de la cosa a la cual creemos tener derecho). El espíritu de la época antigua es el de venganza y de satisfacción para toda especie de injusticia, sea intencional o culpable, y hasta cuando no es ni lo uno ni lo otro. El bárbaro sentimiento jurídico, en toda disputa o ataque contra el derecho, ve una lesión personal, un delito, y reclama por consiguiente, no solamente el simple reconocimiento o el restablecimiento del derecho, sino también la satisfacción personal, el castigo del adversario.

El sentimiento jurídico se confunde con el sentimiento del derecho, y la injusticia siéntese sólo en sus efectos, en lugar de ser apreciada en sus causas. Que el golpe haya sido dado con intención o por descuido, o sin falta alguna, ¿qué le importa al que lo ha recibido? :siente el dolor, que le impulsa a la venganza

El derecho primitivo responde pues, al sentimiento de venganza: la misma justicia privada en sentido estricto, se basa sobre dicho sentimiento, tal es así, que las palabras vindicatio, vindex, provienen de vindicta. Pero esta venganza estaba atemperada por otra institución: la del rescate. La importancia del rescate en el derecho antiguo, es notable.

²⁴ Chiovenda, O., "L' idea romana nel processo civile moderno", conferencia leída en el anfiteatro de la Facultad de Derecho de Bucarest, el 26 de mayo de 1932, y reproducida en la Rivista de Diritto Processuale Civile, Cedam, Padua, 1932, traducción española de Sentís Melendo, en Ensayos de Derecho procesal civil, Ed. Ejea . Bs.Aires, 1949,t.1,Pág.351.

Reemplaza a la venganza, hasta tal punto que la misma palabra latina poena, proveniente de la griega poine, tiene originariamente el sentido de rescate, la propiedad primitiva era consustancial con la persona; de ahí que un ataque a la propiedad era considerado ataque a la propia persona del propietario; pero también la devolución de esta propiedad o su equivalente (más daños y perjuicios) mediante el rescate satisfacía este sentimiento natural. Tal es así, que la poena de la época posterior, no es más que la fijación de este rescate. Son en realidad multas "fijadas por la ley o la costumbre, mediante las cuales podían y debían los individuos rescatarse de la venganza privada usada originariamente.

Y no sólo en Roma, sino en todos los pueblos primitivos, existía la institución del rescate o Wergeld, mediante la cual se hacía la composición de la litis.

3.2. CONTENIDO DE LA ACCIÓN EJECUTIVA SUSTANCIAL.

El contenido u objeto de la acción ejecutiva sustancial es pues el hacer, el no hacer o el dar a que ha sido condenado el deudor, devenido sujeto a la sentencia. Si éste no la ejecuta voluntariamente, el Estado por medio de su poder coercitivo lo hará. Impedirá el no hacer, o hará deshacer lo hecho; hará hacer por otro, o transformará la obligación de daños e intereses; tomará la cosa en especie del patrimonio del deudor, o hará vender alguna o algunas, o en su caso (concurso o quiebra) todos los bienes de dicho patrimonio, para pagar en efectivo al acreedor. Este derecho de venta y este pago en equivalente (dinero) no fue admitido, en el primitivo Derecho romano, en que se consideraba a la propiedad consustancial y aún superior a la persona, de tal manera que el derecho de propiedad era un derecho inatacable tanto por el acreedor como por el Estado. Se constreñía la voluntad del judicatus, se encadenaba y aún cercenaba su persona, pero no se le privaba de su propiedad invito dominus. Sin embargo, ello no fue solución ni para el acreedor ni para el deudor, y de allí hemos visto la larga evolución del Derecho romano, hasta espiritualizar el concepto de obligación, transformándola de personal en real.

3.3. EL PATRIMONIO COMO PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES.

En el Derecho actual es indiscutible la proposición de que el patrimonio responde por las deudas del titular, vale decir que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. ¿Qué significa prenda común? ¿Es un derecho real de prenda, o es algo sui generis? Llegando a la conclusión de que dicho Derecho es un verdadero Derecho real de prenda, latente, sin privilegio, general, abstracto, sobre todas las cosas del patrimonio del deudor, que nace contemporáneamente con la obligación sub conditione suspensiva de que no se pague la obligación. Si se cumple la condición, es decir no se paga, el derecho real deviene puro y simple.

Ahora bien, ¿qué es en esencia el Derecho real de prenda? :es un derecho al valor de la cosa de otro. Cuando se contrae una prenda o hipoteca, en realidad se enajena el valor de cambio de la cosa hasta el importe de la deuda. Esta enajenación se hace bajo la condición suspensiva de que la deuda no se pague; cumpliéndose la condición, la enajenación deviene incondicionada.

Pero como el valor de cambio de la cosa no es separable de ella, para poder percibirlo el acreedor, debe venderse la cosa. He ahí la razón de la venta forzosa. Una vez vendida, se entregará el producido al acreedor, hasta la concurrencia de su crédito. Esta enajenación del valor, explica claramente el por qué el acreedor, aún no vencida la obligación puede pedir providencias cautelares, ejercer las acciones de simulación y pauliana, las acciones oblicuas, perseguir la cosa de un tercer poseedor, hacerla vender, percibir su precio con prelación a los demás acreedores (con privilegio), no poder apropiarse la cosa, etcétera. Es que el acreedor prendario o hipotecario, es propietario del precio, esto es, del valor de cambio de la cosa, hasta la concurrencia de su crédito. Obra pues como dominus de este valor, y no como simple acreedor. Ejerce un derecho real, jus in re, y no un derecho personal, jus ad rem.

Esto en cuanto al acreedor con hipoteca o prenda convencional. Si bien en nuestro sistema jurídico positivo no hay otra hipoteca o prenda que las convencionales, este

principio tiene una gran excepción: es el derecho de prenda común que todo acreedor quirografario tiene sobre el patrimonio del deudor. Si negamos la existencia de este derecho, negamos toda posibilidad de ejecución forzada sobre los bienes del patrimonio debitoris.

En efecto: esta prenda, como dijimos, se constituye contemporáneamente al nacimiento de la obligación, de manera tácita. Cuando no se paga, el acreedor inicia su ejecución forzada mediante el embargo, que aparte de su función cautelar, es el primer paso de individualización de la cosa sobre la que va a recaer su derecho de prenda. Trabado el embargo y ordenada la venta de la cosa, el derecho de prenda genérico, latente, sin privilegio que tenía el acreedor sobre el precio o valor de cambio de todas las cosas del acreedor, se convierte en derecho de prenda específico, individualizado, actuante, con privilegio sobre el precio de la cosa embargada y sujeta a la ejecución. Vendida ella y obtenido el precio, el órgano público se la entrega a su propietario, o sea al acreedor, que de quirografario se ha transformado en prendario.

La sentencia de trance y remate en el juicio ejecutivo, y la orden de venta de bienes en la ejecución de sentencia, es el momento que marca la transformación definitiva del acreedor quirografario en acreedor prendario.

Carnelutti, a pesar de decir que "la obligación del deudor no es otra cosa que una limitación, respecto del acreedor, de un derecho real o absoluto suyo"(Ensayos.I, Pág.448), explica estos efectos como puramente procesales (Págs.453 a 472), olvidándose que el proceso no puede crear ningún derecho fundamental, puesto que es un simple instrumento para actuar estos derechos de fondo, o sea los derechos sustanciales, subjetivos, privados; ningún privilegio puede otorgar el procedimiento, si este privilegio no es la ya constituido por el Derecho civil; lo que el proceso realiza es hacerlo surgir a la luz, reconocerlo, darle certeza y seguridad, y transferirlo al patrimonio que corresponda; tal es la función del Derecho procesal caso de concurso, tendrá, privilegio sobre los derechos que no estén equiparados a los de prenda contractual. El embargo anterior tendrá preferencia sobre el posterior”

3.4. JUICIOS PLENARIOS Y SUMARIOS.

El juicio declarativo ordinario o juicio plenario es aquel en que se deducen todas las acciones y excepciones sobre uno o más puntos litigiosos, de manera que éstos son agotados, y la sentencia produce efecto consuntivo, es decir, consume el derecho ejercido, produciendo definitivamente cosa juzgada al respecto. Sin embargo, ya hemos visto que las necesidades del comercio y la poca importancia pecuniaria de algunos juicios, hicieron que se admitiera un procedimiento breve, sin solemnidades, rápido, económico, que sin embargo produjera efectos de cosa juzgada: fueron los juicios, plenarios rápidos iniciados con los Estatutos italianos y la Saepe contingil

Pero a la par de este procedimiento plenario abreviado, surgió uno sumario, en que no se planteaban todas las cuestiones que hacían al caso, sino algunas de las más urgentes, que se resolvía por las probanzas que en el acto (*in continenti*) se presentaban, y que daban a prima facie visos de verosimilitud a la pretensión del accionante. La diferencia pues entre juicios plenarios rápidos y sumarios, radica en que aquellos implican una aceleración formal del procedimiento, pero con todo el contenido del juicio ordinario; mientras que los segundos, parte de ser también de procedimiento acelerado, difieren en el contenido, ya que no se debate toda la relación jurídica sustancial, sino una parte, aquélla que se puede componer más fácilmente, mediante prueba prima facie. Los juicios plenarios rápidos no son juicios sumarios, como se los ha confundido, llamándolos juicios sumarios indeterminados (y a los verdaderamente sumarios, juicios sumarios determinados), ya que su aparente sumariedad es simplemente de carácter formal, y responde a razones de economía procesal; mientras que en los segundos, es de carácter sustancial, por la materia parcial de que tratan. El juicio de desalojo, el de menor cuantía, el verbal, los posesorios, son plenarios acelerados; en cambio son juicios sumarios, los ejecutivos, los de alimentos provisorios, los de despojo.

Los primeros producen una cosa juzgada sustancial; los segundos, formal.

3.5. JUICIOS EJECUTIVOS.

El juicio sumario ejecutivo surge en los municipios italianos, como necesidad del comercio de tener seguridad y rapidez en la recuperación de sus créditos a cuyo fin se reconoció fuerza ejecutiva análoga a la sentencia (*executio parata*) a los instrumentos en donde constaba el reconocimiento judicial o notarial de la deuda (*instrumenta guarentigmia* o *confesdonata*), basado en el principio del Código romano que equiparaba el *confessus al judicatus*. Las defensas eran más amplias que ante la ejecución de sentencia, pero debían probarse en el acto *in continenti*, desechándose para el juicio ordinario las otras, en donde podían reproducirse y tratarse con toda amplitud *separatum juditio*, puesto que el ejecutivo no producía cosa juzgada.

3.6. CONCEPTO DE JUICIO EJECUTIVO

El juicio ejecutivo, más que juicio es un procedimiento "por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan de algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza. No se dirige pues este juicio a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hallan reconocidos por actos o títulos de tal fuerza, que constituyen vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado, para que sea desde luego atendido", expresa Caravantes, Tratado, t. III, Pág. 264. "Títulos que por sí mismo hacen plena prueba, y a los que la ley da tanta fuerza como a la decisión judicial", (define Escriche, Diccionario Jurídico Omeba)

En España se admitió el juicio ejecutivo en la ley XVI del Ordenamiento dictado para Sevilla por el rey Pedro I en 1360, recientemente descubierto por Pairen Guillen, siguiéndose con la ley del año 1396 y posteriores. En Francia, las ejecuciones eran confiadas a los *sergents* o *huissiers*, *sans ordonnances du juge*, esto es, las sentencias y las *lettres obligatoires faites par devant notaire duepassées sous Scel Royal*, tenían *exécution patee*, que era una actividad ejecutiva pura, como dice Liebman en que no había ninguna forma de cognición, "salvo la hipótesis de una oposición formal del deudor ante el juez

competente". Cuando se producía esta oposición, el juicio se transformaba en juicio ordinario común. Este sistema fue seguido por el Cade de procédure civile napoleónico Art.547; Zivilprozessordnung alemana de 1877, arts.704 y 794; austríaca de 1898, arts.1 y 2 Executive Ordnung; italiana de 1940, arts.474 y 615; Cantones suizos, Portugal, etcétera.

En todos ellos el procedimiento es más o menos el siguiente: se inicia la ejecución en base a sentencia o título ejecutivo cambiario o auténtico; se libra mandamiento de embargo; y si el deudor no formula oposición, se rematan los bienes. En caso de oposición ésta se considera como una demanda que puede entablarse ante el juez de la ejecución u otro competente, y se tramita como cualquier juicio ordinario, produciendo los efectos de la cosa juzgada. "El petitum de la demanda de oposición -dice Goldschmidt- tiene por objeto la declaración de la improcedencia -totalmente o en parte- de la ejecución en base del título presentado por el acreedor. El deudor ha de proponer en su demanda todas las excepciones que al tiempo de la interposición de la misma puede ejercitar. Las medidas ejecutivas sólo se pueden dejar sin efecto mediante caución. La demanda de oposición a la ejecución es, como la tercería, una demanda de mandamiento; constituye la contrapartida de la condenatoria (o ejecutiva), y persigue: a) La declaración de la inexistencia de la acción de Derecho privado o de la ejecutiva; b) La expedición de un mandamiento prohibiendo la ejecución a los "órganos de la misma".

Aunque el Juicio ejecutivo proviene formalmente e históricamente del procedimiento de ejecución de sentencia del Juicio ordinario, en el fondo no puede asimilarsele, ya que éste importa una declaración definitiva e irreversible sobre la certeza del crédito que se ejecuta, mientras que en aquellos la declaración es provisoria, con reserva de los derechos de las partes para ser ventilados en Juicio plenario. Cf. Prieto Castro, Derecho procesal civil, II, páginas 183 y ssgtes. Ahora bien: la ejecución (sea de sentencia, sea de instrumento ejecutivo) importa la transformación en prenda Individualizada de la prenda latente que tiene todo acreedor quirografario sobre el patrimonio del deudor

4. CANCELACIONES

La cancelación supone una idea de extinción de algo que tenía existencia anterior. En cambio, no es una idea de nulidad como vulgarmente se entiende, pues la nulidad supone ineficacia de lo anterior por vicio o por otra causa, mientras que la cancelación supone ineficacia, pero debida no a vicio, sino a algo posterior que enerva los efectos que debían producirse (Seix).

Para Cabanellas la cancelación representa la extinción de un derecho sin paralela adquisición del mismo por otro titular, aunque pueda haber beneficiados con tal derecho o medida. El mismo autor, señala otro concepto, a nuestro juicio más restringido, del vocablo que estamos examinando, cuando dice que es la anulación de un instrumento público, de una inscripción del Registro o de una obligación. Claro es que el concepto queda determinado en su total amplitud al referirse tanto a los derechos como a las obligaciones.

Según Giménez Arnau la cancelación supone la extinción de un derecho sin adquisición paralela al mismo por otro similar, excluyendo la que procede por expropiación forzosa. Y para Pérez y Alguer se trata de un negocio abstracto puesto que su contenido de voluntad se circunscribe a la manifestación del consentimiento a los fines cancelatorios, lo que es un acto de derecho público que lo completa; y es también un negocio de disposición, porque aun cuando no se extinga el derecho desaparece la materialidad de su registro. Y según otros autores, la cancelación está representada por un asiento accesorio carente de contenido propio, puesto que se trata de una consecuencia del asiento que es extinguido. Similar concepto encontramos en Roca cuando afirma que la cancelación no extingue el derecho registrado, sino el asiento en que dicho derecho consta.

Por eso, se trata de actos bien diferenciados, tanto se puede extinguir la cancelación sin que se extinga el derecho como extinguirse el derecho sin que se extinga la cancelación. Así lo entiende Campuzano al destacar la importancia hipotecaria tiene este problema en consideración al principio de publicidad.²⁵

4.1. CANCELACIÓN EN LA LEY DE INSCRIPCIÓN DE DERECHOS REALES.

²⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba

El reglamento del Registro de la Propiedad nos dice, en su Capítulo V, que "las inscripciones y anotaciones preventivas pueden cancelarse total o parcialmente".

Procede la cancelación total cuando se extingue por completo el objeto de la inscripción, cuando se extingue también por completo el derecho inscrito, cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hizo la inscripción y cuando se declare la nulidad de la inscripción por falta de alguno de sus requisitos esenciales, etc.

Procede la cancelación parcial cuando se reduzca el bien objeto de la inscripción o anotación preventiva y cuando se reduzca el derecho inscrito.

Ni las inscripciones ni las anotaciones preventivas se cancelarán sino en virtud de escritura pública o de providencia judicial. Cuando se quiera cancelar una inscripción hecha en virtud de una escritura pública, deberá ser expresado también en escritura pública.

La hipoteca constituida en los términos prescritos por la ley debe ser registrada y tomada razón de ella en una oficina pública destinada a la constitución de hipotecas o registros de ellas que debe existir en la ciudad capital de cada departamento.

La hipoteca se extingue por la renuncia expresa y constante en escritura pública, que el acreedor hiciese de su derecho hipotecario, consintiendo la cancelación de la hipoteca. El deudor tendrá derecho a pedir que así se anote en el registro. La hipoteca se cancelará por consentimiento de partes que tengan capacidad para enajenar sus bienes, o por sentencia basada en cosa juzgada.

En toda cancelación de inscripción se expresará: 1 ° La clase de documento en cuya virtud se haga la cancelación. 2 ° La fecha del documento y la de su presentación en el Registro. 3 ° El nombre del notario ante quien se haya otorgado. 4 ° Los nombres de los interesados en la inscripción. 5 ° La forma en que la cancelación se haya hecho.

La cancelación preventiva se cancelará cuando se convierta en inscripción definitiva.

El reglamento del Registro de la Propiedad fue aprobado por decreto de 24 de diciembre de 2004, introduciéndose modificaciones en él

SEGUNDA PARTE

II. SECCION PROPOSITIVA

En la primera parte de este trabajo, se hizo una relación de conceptos y doctrinas referente a Derechos Reales, gravámenes, procesos de ejecución y cancelaciones. En esta sección veremos como nuestro Órgano Jurisdiccional actúa y aplica las normas cuando manda a ejecutar las resoluciones.

1. INCIDENCIA DEL ORDEN PÚBLICO EN LOS DERECHOS REALES.

Mientras que en el régimen de los derechos personales impera el principio de la autonomía de la voluntad, el de los derechos reales está dominado por el principio de orden público, dejando apenas un estrecho margen para la voluntad de los particulares, por ende el orden público no impera en los derechos reales en forma exclusiva sino de manera preponderante.

Los derechos reales pueden clasificarse con relación al objeto, sujeto, a la causa, al contenido, a la función.

El criterio unánime de varios autores hacen la siguiente clasificación:

- Con relación al sujeto serán derechos reales exclusivos o no exclusivos; de titularidad limitada o no a personas de existencia visible; absolutos y relativos.
- En relación con la causa pueden ser perpetuos o temporarios; vitalicios o no vitalicios; extinguidos o no por el uso; verdaderos; forzosos o no forzosos; transmisibles o no transmisibles; registrables o no registrables; que admiten como fuente a la ley o no.
- En relación con el contenido pueden clasificarse en derechos reales de disfrute y de garantía; los primeros son el dominio y el condominio, el usufructo, las servidumbres, el uso y la habitación; los segundos la hipoteca, la prenda y la anticresis. En el primer caso los derechos conceden al titular un derecho de disfrute

amplio (dominio) o limitado (demás derechos de disfrute) sobre la cosa; en el segundo el derecho solo sirve de garantía para el pago de una deuda contraída por el dueño. Por eso se dice también que los primeros recaen sobre la sustancia de la cosa y los segundos sobre su valor.

- Otra clasificación posible es la que distingue entre el dominio y el condominio, por una parte y los otros derechos reales. El Dominio es un derecho de señorío pleno, el prototipo de los derechos reales.

El único sujeto de los derechos reales, como de todo derecho civil, es la persona. En principio toda persona física o jurídica nacional o extranjera puede ser titular de derechos reales. Sin embargo los derechos de uso y habitación no admiten la titularidad por personas de existencia ideal

2. RÉGIMEN JURÍDICO SOBRE LA ADQUISICIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS INMUEBLES.

En principio podemos establecer la existencia de dos sistemas en el derecho comparado, el romano y el francés.

2.1. SISTEMA ROMANO.- En el derecho romano teníamos las res mancipi y las nec mancipi. En el primer caso existían diversas excepciones y en el segundo teníamos como medio de adquirir derechos reales la tradición. En la época de la revolución justiniana se dejan de lado las formas solemnes y se exige solamente la traditio.

2.2. SISTEMA FRANCÉS.- El sistema francés establece que el mero acuerdo de voluntades tiene la autoridad suficiente para transmitir un derecho real. El code original establece como exigencia el título y nada más.

2.3. SISTEMA BOLIVIANO.- Divide a las cosas en muebles e inmuebles, aquí tenemos la exigencia de una causa jurídica o título que es la escritura pública, resoluciones judiciales y documentos privados legalmente reconocidos.

2.4 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- El tema de la adquisición de los derechos reales se estudia muy bien en el derecho internacional privado. Se estableció que la causa jurídica es el título. El modo es la forma en que la causa jurídica se forja; generalmente es un contrato que tiene como fin la transmisión del derecho. El modo solo (entrega) es un tanto equívoco. Por ser la tradición equívoca tenemos que recurrir al artículo 1538 del código civil.

Debemos partir de lo que señala el Código Civil en su artículo 1538 “Ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento en que se hace público según la forma prevista por este código. La publicidad se adquiere mediante inscripción **del título** que origina el derecho en el Registro de los Derechos Reales. Los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados.”. Dicha disposición concuerda con la Ley de Inscripción de Derechos Reales de 15 de noviembre de 1887 en su artículo primero.

Esta noción que se da en los mencionados artículos es de carácter internacional, pues en todos los códigos del mundo cuando se hace referencia a Derechos Reales la base de este es que la publicidad solo se adquiere cuando el título es inscrito en la oficina de registro, es a partir de ese momento que se le otorga la seguridad jurídica, a través de la publicidad y oponibilidad a todos los actos y contratos que se realizan entre los hombres.

Los artículos 1540 y 1541 del Código Civil, concordantes con los artículos 4, 7 y 8 de la Ley de 15 de noviembre de 1887 llamada Inscripción de Derechos Reales y el Decreto supremo N° 27957 de 24 de diciembre de 2004 denominado Reglamento, modificación y actualización a la Ley de inscripción e derechos reales, en su artículo 4; nos indican con claridad cuales son los títulos sujetos a registro, entre los cuales podemos mencionar solo a los que se refieren a nuestro tema:

1 – Los actos a título gratuito u oneroso por los cuales se transmite la propiedad de bienes inmuebles.

2 – Los actos que constituyen, transfieren modifican o extinguen el derecho de usufructo sobre inmuebles, y los derechos a construir y de superficie.

3 – Los actos que constituyen, modifican o extinguen las servidumbres y los derechos de uso y habitación.

4 – Los actos por los cuales se constituyen, reducen, extinguen o cancelan las hipotecas inmuebles.

5 - Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que reconocen la constitución, transferencia, modificación o extinción de los derechos señalados en los casos anteriores.

6 – La cancelación de todo título registrado, dispuesta por autoridad judicial mediante acto o instrumento legal idóneo.

Es también necesario mencionar que nuestra legislación cuando se refiere a las formalidades en los títulos o actos sujetos a inscripción y de sus efectos, permite la inscripción de:

1 – Los títulos que consten en documentos públicos por actos entre vivos o por causa de muerte.

2 – Las resoluciones judiciales que consten en certificaciones o ejecutorias expedidas en forma auténtica.

3 – Los títulos que consten en documentos privados legalmente reconocidos.

Disposiciones que se encuentran en los artículos 1542 del Código Civil y 106 cuando hace referencia a los testimonios llamadas también ejecutoriales de ley.

3. ¿CÓMO Y CUANDO COMIENZAN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN?

Habíamos hecho referencia a los títulos sujetos a inscripción entre los cuales se halla el que constituye usufructo, servidumbre e hipoteca, los cuales forman parte de los

gravámenes así como las anotaciones preventivas y otros denominados medidas precautorias, nuestra legislación al mencionar a las hipotecas en el artículo 1360 del Código Civil nos indica que se la constituye como garantía de una deuda y confiere al acreedor los derechos de persecución y preferencia, el artículo 1361 del mismo cuerpo legal reconoce tres clases que son legal, judicial y voluntaria:

A – Según el artículo 1368 del Código Civil, la legal se constituye por la ley e independientemente de las previstas por otros códigos o por leyes especiales son: **1)** Los del Estado, municipios y otras entidades públicas sobre los bienes de administradores, recaudadores y demás personas a cuyo cargo está el manejar o cuidar los intereses de esas entidades, así como sobre los bienes pertenecientes a todo deudor de ellas. **2)** Los previstos en el artículo 1346 (en el siguiente orden – los gastos funerarios, - los gastos de enfermedad hechos durante los últimos seis meses de vida del deudor, - los suministros de alimentos, vestido y habitación durante los últimos seis meses, - los créditos de asistencia familiar por los últimos seis meses, - los créditos del Estado u otras entidades públicas por todo impuesto directo excepto el inmobiliario, - los créditos del Estado según las disposiciones del Código de Procedimiento Penal) con relación a la hipoteca suplementaria a que se refiere el artículo 1347 (en caso de ser insuficiente los bienes muebles los acreedores tienen una hipoteca suplementaria sobre los inmuebles del deudor). **3)** Los de quien vende un inmueble, por el precio no pagado. **4)** Los del prestador de dinero para la adquisición de un inmueble, siempre que conste en el documento que la suma estaba destinada para ese fin y aparezca en el recibo del vendedor que el pago se hizo con el dinero de ese préstamo. **5)** Los del coheredero, copropietario y socio, sobre los inmuebles asignados en la división a los otros coparticipes en cuanto al pago de las compensaciones que les corresponden. **6)** Los del arquitecto y contratista para pagar el precio de su trabajo y sus salarios. **7)** Los del prestador del dinero para pagar al arquitecto y contratistas, así como de los albañiles y otros para edificar, siempre que su empleo conste en la forma prevista por el caso 4) del artículo presente.

B – De acuerdo al artículo 1369 la hipoteca judicial resulta de sentencias pronunciadas por los jueces, que ordenan a pagar una suma de dinero, o los daños y

perjuicios resultantes por no cumplir una obligación de hacer, sea en juicio contradictorio, sea en rebeldía, sean las sentencias definitivas o provisionales, a favor de quien o quienes la hayan obtenido; también resulta de otras resoluciones judiciales o administrativas a las cuales la ley confiere ese valor para el efecto. El artículo 1370 menciona que los jueces árbitros solo producen hipotecas en cuanto las reviste el mandato judicial de ejecución. Y el artículo 1371 se refiere a las sentencias extranjeras en cuanto el tribunal boliviano llamado por ley, haya mandado cumplir, salvo que las convenciones internacionales dispongan otra cosa.

C – La hipoteca voluntaria depende del acuerdo de dos o más voluntades o de una sola voluntad, como en los contratos o testamentos y el detalle se encuentra desde el artículo 1372 al 1380 del código Civil.

Las leyes también reconocen otros gravámenes, pero que su duración no es larga y solo se aplica como medida precautoria emergente de un proceso antes de presentarse la demanda o durante la substanciación del proceso. Está regulada por el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil y son Anotación preventiva, Embargo preventivo, Secuestro, Intervención y Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados. Complementando a lo dispuesto, el artículo 169 del mismo código menciona que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

4. LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

El artículo 1465 de Código Civil indica que “el acreedor puede ocurrir ante la autoridad judicial para que disponga la ejecución forzosa de la obligación por el deudor, ya mediante el cumplimiento de la prestación misma o ya por equivalente con el embargo y venta forzosa de los bienes”.

Los procesos de ejecución encontramos descritos en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 486 del Proceso Ejecutivo indica que “Se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un título que tuviere fuerza de ejecución se demandare al deudor moroso el pago o cumplimiento de una obligación exigible”, mencionando cuales son esos títulos con fuerza ejecutiva.

En el mismo Código se agrega por la Ley 1760 de 28 de febrero de 1997 de Abreviación Procesal Civil y de asistencia Familiar el Título II De la Ejecución Coactiva civil de garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios, siendo el requisito de su ejecución que el deudor haya renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo en el documento de préstamo; cada uno de estos procesos tienen sus procedimientos que los caracteriza y diferencia, en el ejecutivo se dicta el auto intimatorio en la cual se dispone las medidas precautorias antes de la citación con la demanda al ejecutado, y en el coactivo se dicta sentencia disponiendo también las medidas precautorias pero sin noticia del deudor.

El artículo 496 del Código de Procedimiento Civil dispone la anotación del embargo sobre el inmueble hipotecado y ordena que el registrador de Derechos Reales informe sobre: **1)** Los gravámenes que afectaren al inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios; **2)** Las transferencias que del inmuebles se hubieren realizado desde la fecha de constituirse la hipoteca, con indicación del nombre y domicilio de los adquirentes. Esta disposición legal **jamás se cumple por el juez**, ya que se rigen a un modelo predeterminado por la costumbre, en caso de disponer este informe el juez que conoce el proceso no incurriría en errores de rematar bienes en los cuales existen usufructos, servidumbres, hipotecas anteriores del que promueve el juicio, anotaciones preventivas por otros procesos como ser penales, familiares, sociales, u otros ejecutivos similares que se sustancien en otros juzgados; y los más importante cuando aplique este articulado es el de resolver el concurso de acreedores o llamado proceso concursal según el artículo 562 del Código de Procedimiento civil “... será el promovido por los acreedores para el cobro de sus créditos a un deudor no comerciante...” más adelante el artículo 564 indica que “ El concurso necesario será una consecuencia de los procesos ejecutivos

promovidos contra el deudor...” lo cual demuestra que esta disposición que el Juez debería exigir a la Oficina de Derechos Reales no se cumple, porque los otros acreedores recién se enteran del proceso cuando el bien ya fue rematado, coartándoles sus derechos de ingresar como tercerías de dominio excluyente y de derecho preferente en el pago.

5. LA ADJUDICACIÓN JUDICIAL

Dictada la sentencia en ambos procesos de ejecución, el Juez ordenará el remate de los bienes embargados, todo de acuerdo a lo dispuesto por el Capítulo II, Título II del Libro III del código de Procedimiento Civil, artículos 533 y siguientes cuando se trata de bienes inmuebles. Existe un dicho popular que dice “La ley es sabia” y se comprueba con lo siguiente, se había manifestado líneas arriba cuando se hacía mención al artículo 496 sobre la importancia de que el juez tome conocimiento de los gravámenes y cargas existentes en una propiedad que se hallen registrados en Derechos Reales al principio del proceso ejecutivo, pues, al final del proceso también el artículo 536 hace referencia a lo mismo cuando antes de ordenar la subasta el juez requerirá sobre las hipotecas o gravámenes que pesaren sobre el bien; Supongo que estas disposiciones no solo son pasos con los cuales se debe cumplir en los procesos de ejecución, sino, son informes o certificaciones que decidirán sobre la correcta aplicación de la norma, la justa e idónea intervención de un tercero llamado juez para resolver los conflictos presentados por las partes y no incurrir en errores que más bien se llamarían prevaricato, la justicia para muchas personas o litigantes va más allá de simplemente recurrir a los órganos jurisdiccionales para que se confronten intereses opuestos, para muchos la justicia es dar a cada cual lo que le corresponde **UNIQUE SUUM**, y se deja en manos del juez que éste aplique correctamente lo que está escrito en la Ley y no sea la aplicación de un modo o costumbre el llevar los procesos como hasta ahora se los hace de manera mecánica y con las mismas palabras, que lo único que cambia son el nombre del demandante, demandado y monto.

Dispuesto el remate y haberse procedido con todos los pasos procesales, en virtud del artículo 545 del Código de Procedimiento Civil, el juez aprobará el remate y ordenará se extienda la respectiva escritura pública de transferencia y **la protocolización de las**

actuaciones correspondientes, sin que fuere necesaria la comparecencia del ejecutado. **Con el pago del precio y la aprobación del remate la venta judicial quedará perfeccionada.** Se dice que la adjudicación judicial es la venta más perfecta, porque el juez debe otorgar el inmueble libre de toda carga o gravamen.

El problema se presenta cuando el adjudicatario intenta registrar la transferencia en Derechos Reales; el registro se lo hace pero subsisten los gravámenes sean estos usufructos, servidumbres, hipotecas, anticresis, anotaciones preventivas, etc.; pues, con la simple presentación de la escritura de adjudicación no basta para la cancelación de estas cargas.

Se evidencia en algunos casos en los cuales el juez ordena la cancelación de todos los gravámenes existentes en la propiedad del ejecutado mencionando los números de asientos en raras ocasiones, porque la generalidad de las disposiciones judiciales solo mencionan la cancelación de todo gravamen, dentro de estos comprende a las hipotecas, anticresis, usufructos, servidumbres y anotaciones preventivas; pero como base legal de estas cancelaciones indica el artículo 45 de la Ley 1760 que textualmente dice “**LEVANTAMIENTO DE MEDIDAS PRECAUTORIAS Y ENTREGA DEL BIEN.** I- Toda medida precautoria que hubiere recaído sobre el bien rematado se levantará una vez aprobado el remate. II- Pagado el precio, se hará entrega al adjudicatario del bien rematado, librándose al efecto mandamiento de desapoderamiento, que se ejecutará con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario. No se podrá alterar derechos de terceros emergentes de actos jurídicos debidamente registrados con anterioridad al embargo o de aquellos documentos que tengan fecha cierta, pudiendo los interesados deducir oposición por vía incidental dentro del plazo de diez días de la notificación al ejecutado, ocupantes y poseedores.

El artículo de referencia tiene una precisión en lo que dispone, pues el nomen juris indica en el párrafo I levantamiento de medidas precautorias y no así de otros gravámenes, y el párrafo II es todavía más preciso al mencionar que no se podrá alterar derechos de terceros emergentes de actos jurídicos registrados con anterioridad al embargo; pero en este último cabe señalar y recordar que de un 100 % de procesos de ejecución no se da

cumplimiento a lo que señala el artículo 496 y 536 del Código de Procedimiento Civil que es el de requerir informe sobre los gravámenes del inmueble, tampoco se da cumplimiento a la anotación del embargo.

Entonces es fácil deducir y comprobar que el proceso de ejecución no fue llevado a cabalidad cumpliendo las normas procesales que exige la ley, pues los gravámenes existentes en el registro sobre una propiedad en litigio antes de la anotación del embargo se mantienen subsistentes y el acreedor no tiene conocimiento del remate porque no está poseyendo el inmueble, solo poseen los anticresistas, usufructuarios y las servidumbres. Pero si el embargo fue registrado se aplica lo dispuesto por el artículo 1473 del Código Civil porque solo surte sus efectos contra terceros desde su inscripción en el registro.

Habíamos manifestado que el Código Civil reconoce tres clases de hipotecas en sus artículos 1388 y siguientes nos menciona sobre la extinción y cancelación de las hipotecas, el artículo 1388 inciso 5) dice “Por lo previsto en el artículo 1479” y este a su vez dice “Extinción de derechos de terceros sobre la cosa vendida I – Cuando el objeto de la venta forzosa es un inmueble sujeto a registro **y la subasta se efectúa con citación a los acreedores que tienen constituidas hipotecas o anticresis sobre el bien**, estas se extinguen desde que el adjudicatario consigna el precio de la venta a la orden del juez”. Aquí nuevamente volvemos reiterar que es necesario la aplicación de los artículos 496 y 536 del Código de Procedimiento Civil, de esta forma el juez tendrá conocimiento de que el inmueble soporta o no gravámenes con anterioridad a la iniciación del proceso de ejecución.

TERCERA PARTE

III. SECCION CONCLUSIVA

1. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Del análisis efectuado hasta el momento, se puede establecer que en los tribunales de justicia no se aplica la norma en forma exacta, el juez no ordena la inscripción del embargo ni el abogado patrocinante exige, porque impera el mecanicismo en la proyección de los autos intimatorios cuando se trata de procesos ejecutivos y las sentencias cuando se trata de procesos coactivos, éste último se presume que debe ser porque la data de este corresponde a 1997 siendo novedoso y no se prevé sus consecuencias futuras. Esto en cuanto se refiere al inicio de la tramitación del proceso.

Al concluir el proceso y haberse llegado al remate del bien objeto del litigio, el juez dispone la cancelación de todos los gravámenes aplicando el artículo 45 de la Ley 1760 de abreviación procesal civil y asistencia familiar, pero como vimos con anterioridad, legalmente no corresponde la aplicación de ese articulado, solo se pueden levantar medidas precautorias que son anotación preventiva, embargo, etc. y no así las hipotecas sean estos legales, voluntarias o judiciales, anticresis, usufructos, servidumbres, etc. para este efecto tenemos otra disposición legal que nunca es aplicado porque no se citó a los acreedores que tienen constituidas hipotecas o anticresis sobre el bien, tal cual señala el artículo 1479 del Código Civil.

En base a los antecedentes del presente trabajo y siendo el mismo la presentación de una propuesta de solución y problema concreto de la actividad profesional. Se hace la presente sugerencia, que debería ser tomada en cuenta por el Consejo de la Judicatura como

órgano administrativo del Poder judicial a fin de instruir a los jueces la correcta aplicación de cancelación de gravámenes en Derechos Reales sobre la base de la Ley 1760 en bienes inmuebles rematados en procesos civiles ejecutivos y coactivos, que es título del presente trabajo, por haberse advertido en la praxis de la labor desempeñada a lo largo de estos seis años que llevo desempeñando funciones como auxiliar de la Oficina de Derechos Reales y se proceda a una legal y correcta tramitación del proceso y su respectiva inscripción, pues, según el Decreto Supremo N° 27957 de 24 de diciembre del 2004 promulgado por el Presidente de la República referente al Reglamento, modificación y actualización a la Ley de inscripción de Derechos Reales, que en su artículo 33 otorga al Registrador la facultad de representar las ordenes judiciales que contenga inconsistencia con los datos del registro.

Para tal efecto a fin de no ser representadas dichas ordenes judiciales, también se propone y sugiere que el juez conocedor del proceso ordene la inscripción del embargo en Derechos Reales al mismo tiempo solicite el informe sobre los gravámenes existentes hasta la fecha a fin de citar a los acreedores para el remate del inmueble y en la escritura de transferencia ordene la cancelación de las medidas precautorias sobre la base del artículo 45 de la Ley 1760 y la cancelación de las hipotecas según el artículo 1479 del Código Civil, Auto Supremo N° 118 de 7 de julio de 1983, mencionando necesariamente los números de asientos con los cuales se hallan registrados todos y cada uno de los gravámenes, y en las actuaciones judiciales que acostumbra transcribir se incluyan las actas de embargo, las providencias que requieran informe de los gravámenes existentes y la citación al remate de los acreedores que tienen constituidas hipotecas o anticresis, con lo cual la adjudicación no tendrá vicios de ilegalidad y su registro será el de la venta perfecta otorgándosele al adjudicatario la seguridad jurídica y oponibilidad frente a terceros desde el momento de su registro que es el espíritu de la Oficina de Registro de Derechos Reales.

Como anexos a este trabajo se adjuntarán fotocopias simples de testimonio judiciales que ordenan cancelaciones de gravámenes, anotaciones preventivas de demanda y auto intimatorio y otros, para respaldar la incorrecta aplicación de la norma por parte del órgano jurisdiccional.

IV.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO Ruiz, V., Instituciones del Derecho Romano, Edic. Arg. ; Buenos Aires, 1958

AGRELO, E., El concepto de gravamen en el proceso penal, R. D. P., 1950

BENDITO CAÑIZARES, "Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales", Madrid, 1.993.

CABALLERO Escribano, "La anotación preventiva de la demanda", en Actualidad Civil, núm. 46, 1991.

CHIOVENDA, O., "L' idea romana nel processo civile moderno", conferencia leída en al anfiteatro de la Facultad de Derecho de Bucarest, el 26 de mayo de 1932, y reproducida en la Rivista de Diritiú Processuale Civile, Cedam, Padua, 1932 traducción española de Sentís Melendo, en Ensayos de Derecho procesal civil, Ed. Ejea . Bs.Aires, 1949.

CHICO Y ORTIZ José María, "Estudios sobre Derecho Hipotecario", Tomo II, 4ª Ed., Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2.000.

DÍEZ-PICAZO, "Las anotaciones preventivas", Revista de Derecho Notarial, 1.964.

EL DIGESTO la opinión de Paulo y Gayo que hacen referencia a estas circunstancias y a la posibilidad de asimilar la situación jurídica como un quasi usufructos; Paulo Ley 1 libro VII, Tit.5; Gayo Ley 2 párrs. I y II. Papiniano: Ley 5, Libro VII, Tit.I; Gayo Ley 81, Libro XXXV, Tit. 2

ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba.

ERDOZAIN LÓPEZ J.C., "Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros", Ed. Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil. Navarra, 2.000.

FERNÁNDEZ y DE LA OLIVA, "Derecho procesal civil", Tomo III, 4ª edición, Madrid, 1.995.

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, "Sobre la admisibilidad de la anotación preventiva de la demanda civil", Aranzadi Civil, Vol. I, Parte Estudio, BIB 1997.

LACRUZ BERDEJO, J.L., "Derecho Inmobiliario Registral", Barcelona, 1.968.

LUNA YÁNEZ Alberto. Obligaciones Curso de Derecho Civil. La Paz-Bolivia Arthyk Producciones 1996.

ORTELLS RAMOS, Manuel, "Derecho Jurisdiccional", Tomo II.2, Barcelona

PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "Derecho Registral". México. Edit. Porrúa S.A., 1995.

PRIETO CASTRO, "Tratado de Derecho procesal civil", Tomo II, 2ª edición, Pamplona 1.985.

SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", Tomo III, Madrid, 1.909.

TEXTO DE MARCIANO "Las servidumbres o son personales como el uso y el usufructo o reales como las servidumbres de los predios rústicos o urbanos" (Dig. ,Ley1, Libro VIII, Tit.1)

TEXTO DE PAULO EN EL DIGESTO, Ley 1, Libro VII, Tit. 1 a 6, y en las Institutas Libro II, Tit. 4.

V.BIONDI, B., La categoría romana delle servidutes, Corso de Diritto romano "la servitù prediale", Milano 1933.