

**LA PARTICIPACIÓN DEL GARANTE EN EL PROCESO  
HIPOTECARIO: *UN LITIS CONSORCIO INNECESARIO***

*Prof. Laura María León Orozco*<sup>\*)</sup>

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

---

\* Profesora de Derecho Procesal Civil en las Universidad Latina de Costa Rica y Universidad Internacional de las Américas. Abogada. Jueza Civil.

Tel. 295-4824.

e-mail: lleon@poder-judicial.go.cr

## **RESUMEN**

En los procesos ejecutivos hipotecarios se viene aplicando, desde hace un par de décadas hasta donde tenemos noticia, un criterio jurisprudencial en virtud del cual cuando se constata que el inmueble fue dado en garantía por un sujeto distinto al deudor, el tribunal que conoce del asunto, obliga a la parte actora a integrar a esa persona como litis consorte, configurándose así, merced a ese criterio, un litisconsorcio necesario, en lugar de citarla como un tercero interesado, como se hace con el tercer poseedor del inmueble.

**Palabras clave:** litisconsorcio, garante, tercer poseedor, fiador.

## **ABSTRACT**

For many years, in the mortgage foreclosure processes there is applied a jurisprudential criterion that consists of the fact that, when there is stated that a real estate was given as a guarantee by a subject different from the debtor, the court, will force the plaintiff to integrate that person as a joint litigant, instead of summoning it as a third interested party, as it is done with the third possessor of a real estate.

**Key words:** Joinder. Guarantor. Third possessor. Guarantor.

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. El litisconsorcio en el derecho positivo costarricense
3. El litisconsorcio jurisprudencial
4. La situación del garante de hipoteca, en el Proyecto de Código Procesal General
5. Conclusión

Bibliografía



## **INTRODUCCIÓN**

Desde hace varios años, nos ha llamado poderosamente la atención, que cuando en un proceso hipotecario se constata que el inmueble fue dado en garantía por una persona distinta al deudor, el juzgado no ordena citar a esa persona como un tercero interesado, sino que obliga al actor a demandarla (litisconsorcio pasivo necesario), a pesar de que la ley sustantiva dispone lo contrario, que el garante debe ser considerado como verdadero fiador, y por ello se encuentra regulada su situación en la normativa concerniente a la fianza, y en consecuencia, no podrá ser demandado. Esa jurisprudencia ha sido dócilmente aceptada en nuestro medio, convirtiéndose, más que en una tradición, casi en un dogma, hasta el punto que el Proyecto de Código Procesal Civil propone convertirla en ley de la República. En las páginas siguientes, nos proponemos demostrar, que esa jurisprudencia –con todo y lo bien intencionada que es– está equivocada. Para ello, repasaremos, en la primera parte de este modesto trabajo, sucintamente, cómo ha sido tratada la figura del litisconsorcio en nuestro país, partiendo del viejo Código del “procedimiento” hasta la actualidad. En la segunda parte, estudiaremos el surgimiento de lo que hemos denominado el litisconsorcio jurisprudencial cuyo punto de partida lo ubicamos a mediados de los años ochenta, con relación a la figura del garante, y señalaremos las contradicciones de esa jurisprudencia. En la parte final, nos referiremos a la propuesta de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal General con respecto al tema, y los argumentos que ésta esgrime a favor de la necesidad de ese litisconsorcio.

## **2. EL LITISCONSORCIO EN EL DERECHO POSITIVO COSTARRICENSE**

La figura del litisconsorcio, valga recordarlo, es de reciente factura en nuestro derecho positivo, pues el derogado Código de Procedimientos Civiles, que nos rigió durante más de un siglo, no la contemplaba, aunque de ella se ocupaba frecuentemente la jurisprudencia, que fue la que la estudió –sin desarrollarla propiamente– al socaire de la legitimación. Sin embargo ésta, como es harto sabido, es una excepción y un presupuesto de fondo, por lo que al litisconsorcio, se le deba igual tratamiento, lo que implicaba que solo se podía apreciar y resolver en sentencia, y cuando era declarado, se dictaba sentencia desestimatoria. Más propiamente, era una “sentencia meramente

procesal o de absolución en la instancia”, una “decisión virtual o formal y no de fondo”, pues la parte actora debía plantear nuevamente la demanda, con lo que prácticamente el conflicto quedaba sin solución, con la cuota de desperdicio de tiempo y recursos que ello implicaba para todos los involucrados, en desmedro de una sana administración de justicia. Afortunadamente, el actual Código Procesal Civil, vigente en nuestro país desde hace más de quince años, reglamentó adecuadamente el litisconsorcio, permitiendo que se pueda alegar como excepción previa, y así poder resolver el punto interlocutoriamente.

También dejó bien delimitadas, el citado Código, las causas que determinan la existencia del litisconsorcio, a saber, la ley o la naturaleza de la relación jurídica material, sin que ello implique que se trata de dos modalidades del litisconsorcio.<sup>(1)</sup> El más sencillo de ellos pero el menos común, es aquel en que la propia ley lo impone expresamente, según nos lo señala Montero Aroca.<sup>(2)</sup> Los pocos casos en que la ley, expresamente, se ocupa de señalar la necesidad del litisconsorcio, los encontramos más en el Código Civil que en el Procesal Civil.

Uno de los casos, en que aparentemente lo hace el Código Procesal Civil y que precisamente queremos comentar en este modesto trabajo, es el del artículo 664, que a la letra dice: “La ejecución hipotecaria podrá establecerse contra los garantes y fiadores, pero la responsabilidad de éstos se limitará al saldo en descubierto. No obstante, deberá demandárseles desde el inicio del proceso”.

### **3. EL LITISCONSORCIO JURISPRUDENCIAL**

La jurisprudencia en Costa Rica, sobre todo la del otrora Tribunal Superior Primero Civil, se encargó de promover, la idea de que el artículo 664 arriba transcrito contempla un caso de litisconsorcio al menos respecto al deudor hipotecario y el garante, con buen suceso, pues esa tesis, se aplica en la actualidad por la mayoría de los tribunales del país. Incluso de ese criterio, se ha hecho eco parte de la doctrina

---

(1) ARTAVIA Barrantes, Sergio. *Derecho Procesal Civil. Costa Rica*. Editorial Jurídica Dupas S.A. p. 577.

(2) MONTERO Aroca. Juan. *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II. España. Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p. 56.

nacional.<sup>(3)</sup> Consideró ese Tribunal, en la resolución N° 1930 de las 9:20 horas del 8 de octubre de 1986, que “A quien consiente en una hipoteca de su inmueble para garantizar deuda ajena, se le tiene como fiador para todos los efectos legales y como tal hay que demandarlo, ya que es parte en el proceso y tiene todos los derechos y posibilidades de defensa, lo que no ocurriría si se le notifica como un simple interesado...”. Sin embargo, estimamos que esas declaraciones del Tribunal, precisan de una glosa, en especial, la referida a que, si al garante se le tiene como fiador para todos los efectos legales “como tal (fiador) hay que demandarlo”, pues en la fianza solidaria es optativo para el acreedor demandar al fiador, por lo que constituye un caso de litisconsorcio facultativo. Además, es curioso que el mismo Tribunal, dos años después de haber dictado aquella resolución, en un caso similar, aunque relacionado con la prenda (lo que en realidad no cambia las cosas), sostuvo lo contrario, como lo muestra el siguiente extracto: “Con la sola notificación de la sociedad dueña del vehículo garante, basta para que ella pueda intervenir en el proceso en todo aquello que sea necesario en defensa de su bien que se remata, ya que su posición dentro del contrato de prenda en el que fue parte interviniente dando su consentimiento para que su bien quedara respondiendo por el adeudo, le confiere para los efectos legales correspondiente su condición como la de un fiador, salvo el que no pueda ser demandado directamente ni estar obligado a más de lo que importe la prenda, según el precio en que ésta se venda”.<sup>(4)</sup> Sin embargo, ese criterio pasó desapercibido y fue superado con creces por el anteriormente reseñado, sobre la necesidad de demandar al garante.

#### **4. LA SITUACIÓN DEL GARANTE DE HIPOTECA, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL**

Todo ese itinerario de la jurisprudencia parece tener un final feliz, ahora que la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal General, pretende convertir en ley de la República, la tesis del litisconsorcio con el garante, proponiendo la citada Comisión, el siguiente texto del artículo 184 de dicho Proyecto: “Con la demanda deberán

---

(3) Véase ARTAVIA, *op. cit.*, p. 324.

(4) *Tribunal Superior Primero Civil*. Resolución N° 559 de las 9:40 hrs del 14 de abril de 1988.

presentarse los documentos en que se funde la ejecución. “Se demandará al deudor y al propietario que consintió en el gravamen sobre los bienes, y si no se hiciera, previa advertencia al actor para que complete la legitimación en el plazo de cinco días, se declarará la inadmisibilidad de la ejecución.- Se podrá demandar a los fiadores para ejercer contra ellos su responsabilidad...”. Incluso en su afán, la Comisión prestó oídos sordos a las críticas que un grupo de jueces le hizo a dicho artículo, durante un encuentro que la Corte Suprema de Justicia propició en el mes de diciembre del 2005. ¿Cuál es la razón de esa insistencia de la Comisión? Esta, dijo al respecto: “Consideramos pertinente mantener el litisconsorcio pasivo necesario, porque a quien se le va a despojar del derecho de propiedad, se le debe dar la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en todo lo que este implica. Además, es parte material del derecho que se hace valer” (sic).

Esos temores de la Comisión no parecen estar muy bien fundados, pues los derechos del garante, como los de cualquier fiador, ya están a buen recaudo, desde hace más de un siglo en nuestro país, desde antes de que se conociera incluso, la palabra litisconsorcio. En efecto, nuestro centenario Código Civil contiene normas, lo suficientemente claras para mantener incólume los derechos de los garantes y los fiadores, sin exigir, que estos últimos sean demandados. Cabe destacar que dicho Código, al referirse al propietario que consintió el gravamen hipotecario, no lo hace dentro del capítulo correspondiente a la hipoteca, sino en el de la fianza, porque en el derecho sustantivo, el garante se considera, para todos los efectos legales, como verdadero fiador. La única diferencia con éste, es precisamente que aquél no puede ser demandado directamente. De manera que si el garante, es “como un verdadero fiador”, esto significa que “tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, y no las que sean únicamente personales del deudor” (artículo 1329 del mismo Código). Es claro, por otra parte, que para que el garante pueda hacer uso de ese derecho (oponer excepciones), no necesita ser demandado, no necesita ser un litisconsorte. Es más, no debe ser demandado, como el Código Civil, sin mayores aspavientos, expresamente lo manda, con lo cual el garante, se aleja del fiador que sí puede ser demandado. Entonces, ¿si los civilistas clásicos ya tenían resuelto de manera sencilla el problema de la participación del garante en el proceso hipotecario, por qué ahora los modernos procesalistas, sostienen que ese es un caso de litisconsorcio necesario, complicando de ese modo el proceso hipotecario? Incluso, cabe preguntarse, si el argumento de que lo se pretende es proteger al que “se va a despojar de su derecho de

propiedad”, cuál es la razón por la que no se aplica igual solución con respecto a la participación del tercer poseedor, quien asume el mismo riesgo de perder su derecho de propiedad. Sin embargo en la jurisprudencia –que no en la ley–, al tercer poseedor, se le da un tratamiento discriminatorio, a pesar de que el citado artículo 1329, párrafo final del Código Civil, le confiere “las mismas obligaciones y derechos que el primitivo dueño que constituyó la hipoteca”. Esa inferioridad procesal, en que tradicionalmente se ha colocado al tercer poseedor en la casuística judicial, obedece a una interpretación restringida del artículo 419 *ibídem*, que exige tan solo requerir de pago al tercer poseedor, no demandarlo. Sin embargo, si éste tiene iguales derechos que el primitivo propietario del inmueble hipotecado, no vemos por qué, si de crear un litisconsorcio se trata, no debe ser demandado también. Pero, como afirmamos en líneas anteriores, no es indispensable que el propietario que consintió el gravamen hipotecario, sea demandado para que éste ejerza sus derechos como tal dentro del proceso de ejecución respectivo. Basta con citarlo, como se hace con el tercer poseedor. Es más, la situación de terceros, cuyos bienes están amenazados en un proceso judicial en el que no son parte, no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, ni mucho menos única en los procesos de ejecución pura, pues si no, véase el caso del propietario de un vehículo, que sin haber participado en un accidente de tránsito como conductor, es simplemente citado en el proceso contravencional respectivo, a pesar de las consecuencias patrimoniales que ello le podría acarrear en caso de una sentencia condenatoria en daños y perjuicios, contra la persona que conducía ese vehículo, sin perjuicio de la facultad del interesado en establecer demanda contra aquellos, en los casos de responsabilidad civil solidaria (artículo 190 de la Ley de Tránsito). Incluso, resulta interesante preguntarse, cuál sería la situación jurídica de ese propietario, en caso de que, dentro de un proceso de ejecución civil de la sentencia de Tránsito, se ordenara el remate del vehículo, si se le citará únicamente, o si se le deberá tener como demandado, o sea, si se deberá integrar un litisconsorcio. Esto, partiendo de la premisa de los redactores del Proyecto de Código Procesal General de que, lo que se trata es de proteger a “quien se le va a despojar del derecho de propiedad” (sic).

No ignora, quien escribe, que en la legislación española, que sirve de inspiración al citado proyecto, el garante debe ser demandado conjuntamente con el deudor hipotecario, es decir, el legislador optó por crear allí un litisconsorcio necesario. Así lo dispone, el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “La demanda ejecutiva –dice ese

artículo– deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor...”. Sin embargo, el que en ese país hayan adoptado esa solución, no implica que necesariamente sea la correcta, máxime si tomamos en cuenta que en la “Madre Patria” ha sido la jurisprudencia la que ha creado el litisconsorcio, a falta de preceptos legislativos que la regulen. Además, según algún sector de la doctrina del citado país, “el análisis jurisprudencial es superfluo porque la práctica está inspirada en un fundamental empirismo”.<sup>(5)</sup>

## 5. CONCLUSIÓN

Este breve estudio nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- a. Las causas que determinan la existencia del litis consorcio necesario son dos: la ley o la naturaleza jurídica de la relación material.
- b. La jurisprudencia del Tribunal Primero Civil creó un litisconsorcio necesario con respecto al garante del proceso hipotecario, sin tomar en cuenta las causas mencionadas, puesto que si bien el garante forma parte de la relación jurídico material desde que concurrió a la firma de la escritura de hipoteca, ese dato por sí solo no conlleva la necesidad de demandarlo.- Lo anterior, debido a que un fiador también participa en la constitución de la deuda, y sin embargo no es necesaria su participación como parte demandada.
- c. Además, esa creación jurisprudencial es contraria a la disposición contenida en el artículo 1329 del Código Civil que establece que el garante debe participar en el proceso hipotecario, para que pueda defender sus derechos, mas no en calidad de litis consorte.
- d. Las figuras del garante-propietario que consintió en el otorgamiento de la hipoteca y el tercer poseedor –sujeto que adquirió el bien soportando el gravamen hipotecario– deben ser tratadas de la misma forma en el proceso hipotecario, porque en ambos casos, se trata del sujeto que va a perder el derecho de propiedad.

---

(5) GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. España. Editorial Comares. 1996, p. 49.

En síntesis, En los procesos ejecutivos hipotecarios se viene aplicando, desde hace un par de décadas, un criterio jurisprudencial en virtud del cual cuando se constata que el inmueble fue dado en garantía por un sujeto distinto al deudor, el tribunal que conoce del asunto, obliga a la parte actora a integrar a esa persona como litis consorte, configurándose así, merced a ese criterio, un litisconsorcio necesario, en lugar de citarla como un tercero interesado, como se hace con el tercer poseedor del inmueble. Esa práctica judicial ha sido casi unánimemente aceptada en nuestro medio, hasta el punto que el Proyecto de Código Procesal Civil propone convertirla en ley de la República. Sin embargo, el mencionado criterio no es acertado porque es contrario a la disposición del artículo 1329 del Código Civil que señala que el garante debe ser considerado como verdadero fiador, y que en consecuencia, no puede ser demandado. A la figura del garante debe dársele el mismo tratamiento que se le da al tercer poseedor, el cual, en aplicación del artículo 419 del Código Civil, participa en el proceso como un tercero, más no como parte.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Derecho Procesal Civil*. (San José: Costa Rica. Editorial Jurídica Dupas S.A, 1988).

*Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia*. (San José. Costa Rica: Editorial la Casa de los Riscos, 2002).

*Código Procesal Civil. Costa Rica*. (San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. 1998).

GONZALEZ GRANDA, Piedad. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. (Valencia. España: Editorial Comares, 1996).

*Ley de Enjuiciamiento Civil*. España. Ley N° 1-2000.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II. (Granada. España: Editorial Tirant lo Blanch, 1998).

*Proyecto de Código Procesal General*. Comisión Redactora: Gerardo Parajeles Vindas, José Rodolfo León Díaz y Jorge López González. 2006. Revista Judicial N° 54. Poder Judicial. San José. 1991.