

EXP: 00-000154-184-CI

RES: 000554-F-2006

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de agosto del dos mil seis.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Quinto Civil de San José, por **la actora** en adelante ([...]), representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma **J., [...]**; contra **demandada 1 y demandada 2**, ambas representadas por su apoderado generalísimo sin límite de suma, **J.J., [...]** y, este último en su carácter personal. Figuran además, como apoderados especiales judiciales; del actor, el licenciado Humberto Piedra Hernández y de la parte demandada, los licenciados Mario Alberto Quintana Musmanni y Alejandro Bettoni Traube, soltero. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades hechas casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la sociedad actora estableció demanda ordinaria cuya cuantía se fijó en la suma de sesenta millones novecientos ochenta y cuatro mil setecientos catorce colones, a fin de que en sentencia se declare: "1.- *Que los demandados, **demandada 1, demandada 2, J.J. y M.** son en deber a mi representada y de plazo vencido la suma de ciento cincuenta y seis mil ochocientos cuarenta y dos dólares con setenta y seis centavos (US\$ 156.842,76) por concepto de saldo de principal no pagado ni cubierto, que los demandados debían de reintegrar a mi representada en virtud del contrato de préstamo suscrito entre las partes, razón por la cual quedan obligados a su pago solidario a favor de mi representada.*- **2.-** *Que los demandados, **demandada 1, demandada 2, J.J. y M.***

*son en deber a mi representada los intereses al tipo pactado en el contrato de préstamo, desde el día 04 de agosto de 1997 y hasta la fecha de su efectivo pago, los cuales dejo liquidados al día 31 de enero de 2000, en la suma de cuarenta y seis mil cuatrocientos treinta y nueve dólares con sesenta y dos centavos (**US\$ 46.439,62**) , suma a la cual habrá de sumarse los que se generen a partir de esta fecha, razón por la cual quedan obligados a su pago solidario a favor de mi representada.- **3.-** Que se condene a los demandados al pago solidario de las costas personales y procesales de la presente acción."*

2.- Los demandados contestaron negativamente e interpusieron la defensa previa de prescripción de intereses, así como, las excepciones de pago, falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de interés actual, prescripción y la expresión "genérica de sine actione agit."

3.- La Jueza Isabel Cristina Alfaro Obando, en sentencia no. 79-03 de las 7 horas 30 minutos del 23 de junio del 2003, resolvió: "*De conformidad con los hechos tenidos por demostrados, consideraciones de fondo efectuadas y los artículos citados, se acogen las excepciones de falta de derecho y falta de interés actual, rechazándose las excepciones de pago, de falta de legitimación activa y pasiva; quedando resuelta la mal denominada sine actione agit comprendida en la falta de derecho, falta de interés y falta de legitimación; rechazándose a su vez la excepción de prescripción de principal y de intereses formuladas por el codemandado **J.J.** en su condición personal y como representante de las codemandadas. En consecuencia se declara sin lugar en todos sus extremos la presente demanda ordinaria de **la actora** en contra de la **demandada 1, demandada 2 y J.J.**, correspondiendo a la parte actora el pago de las costas personales y procesales generadas."*

4.- La sociedad actora apeló, y el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, integrado por los Jueces Stella Bresciani Quirós, Juan Carlos Brenes Vargas y Liana Rojas Barquero, con voto salvado de ésta última, en sentencia no. 256 de las 14 horas 20 minutos del 22 de julio del 2005, dispuso: "*En voto de mayoría se revoca lo resuelto en*

*el fallo apelado en cuanto se rechaza la excepción de prescripción de intereses y en su lugar se acoge y se declaran prescritos todos los intereses anteriores al siete de junio de mil novecientos noventa y nueve.- Se revoca la sentencia venida en alzada en cuanto se acogen las excepciones de pago, falta de derecho y falta de interés actual y se declara sin lugar la demanda en todos sus extremos, con las costas personales y procesales causadas a cargo de la parte actora y en su lugar se rechazan las excepciones de pago, falta de derecho y falta de interés actual y se declara con lugar la demanda, entendiéndola denegada en lo que expresamente no se diga, y por lo tanto se condena a los demandados **"demandada 1", "demandada 2" y J.J.**, en forma solidaria, a pagar a la entidad **actora** por concepto de capital no pagado ni cubierto, la suma de ciento veinte mil ochocientos setenta y cuatro dólares, noventa y dos centavos, más los intereses que correspondan sobre dicha suma a partir del ocho de junio del año dos mil y hasta la fecha del efectivo pago de todo lo adeudado, al tipo pactado en el contrato de préstamo, valga decir la tasa de interés integrada por dos factores, uno fijo y otro variable, el variable que se estableció con el denominado "Prime Rate" y un porcentaje del tres punto cincuenta por ciento anual, intereses que deberán ser liquidados en etapa de ejecución del fallo y se impone a cargo de los demandados vencidos, también en forma solidaria, el pago de las costas personales y procesales de este litigio.- Se confirma lo resuelto en cuanto al rechazo de la excepción de prescripción del principal."*

5.- El Lic. Alejandro Bettoni Traube, en su expresado carácter formula recurso de casación por el fondo. Alega violación de los numerales 317, 330, 370, 595 incisos 1) y 3 y 664 del Código Procesal Civil; 4, 9, 10, 17, 19, 20, 21, 22, 426, 429, 430, 431, 433, 435, 627, 633, 640, 702, 704, 706, 764, 835, 1007, 1008, 1022, 1023, 1303, 1311, 1330 del Código Civil; 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 39 y 41 de la Constitución Política y los ordinales 510, 518, 683 y 685 del Código de Comercio.

6.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley. Intervienen en la decisión de este asunto las Magistradas Suplentes Cristina Víquez

Cerdas y Margoth Rojas Pérez.

Redacta la Magistrada Escoto Fernández

CONSIDERANDO

I.- En lo esencial de la demanda que origina este proceso, indica **la actora** (en adelante [...]) que en fecha 14 de octubre de 1994, otorgó un crédito a favor de la empresa **demandada 1** por la suma de \$200.000,00. El pago se estableció en seis meses, a partir de ese día, en un solo tracto, con una tasa de interés integrada por dos factores; uno fijo al 3.5 % anual y otro variable según la tasa *prime rate*. Como garantía de este pasivo, la sociedad **demandada 1**, constituyó a favor de **la actora**, cuatro cédulas hipotecarias de grado primero por un monto de ₡10.000.000,00 cada una, sobre la finca del Partido de Limón, matrícula de folio real [...], con fecha de vencimiento el día 30 de octubre de 1994, que generaban un interés del 38 % anual. A la vez se otorgó fianza solidaria de la totalidad de la deuda, a cargo de la compañía **demandada 2** y de los señores **J.J. y M.** Dice, que vencido el plazo para el pago del principal, el crédito no había sido cancelado en su totalidad, por lo cual presentó el 10 de junio de 1996, un proceso ejecutivo hipotecario ante el Juzgado Tercero Civil de San José, al que correspondió el expediente no. 776-5-96. Tramitado este, se le adjudicó la finca objeto de remate, por el monto de ₡17.500.000,00 el 30 de julio de 1997, el cual fue aprobado en resolución de las 11 horas del 4 de agosto de 1997. Menciona, para esa fecha el tipo de cambio del colón respecto al dólar de los Estados Unidos de América era de ₡234,78, por lo que el monto abonado fue de \$74.537,86, mientras que la deuda, a ese momento, ascendía a \$231.380,62 (cantidad que incluye principal, intereses del 11 de junio de 1996 al 3 de agosto de 1997 y costas procesales y personales por el proceso hipotecario), quedando un saldo en descubierto de la operación crediticia de \$156.842,76. En razón de lo expuesto, pide que en sentencia se declare: que **demandada 1, demandada 2; J.J. y M.**, le adeudan \$156.842,76 del saldo del principal, los intereses desde el 4 de agosto de 1997 y hasta el efectivo pago (liquidados al 31 de enero del 2000, en la suma de \$46.439, 62), así como los que

se generen a partir de esa fecha y ambas costas. La demandante desistió respecto del demandado **M**. Los restantes accionados contestaron en forma negativa e interpusieron las excepciones de pago, falta de: derecho, interés actual, legitimación activa y pasiva, y en subsidio la de prescripción y la denominada expresión genérica de *sine actione agit*. El Juzgado acogió las primeras tres defensas y denegó las restantes. Declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos, e impuso a la actora el pago de las costas personales y procesales. El Tribunal, ante recurso de apelación presentado por la **actora**, revocó la sentencia. En su lugar, rechazó las excepciones de pago, falta de derecho y de interés actual. Declaró con lugar la demanda, condenando a los accionados en forma solidaria a cancelar a la actora el monto del capital no cubierto, los intereses correspondientes hasta la fecha del efectivo pago de todo lo adeudado al tipo pactado, así como las costas personales y procesales. El apoderado especial judicial de la parte demandada presentó recurso de casación por motivos procesales y de fondo. Esta Sala lo acogió en relación a las primeras razones y por innecesario no conoció los agravios en cuanto a la violación sustantiva reprochada. Reenviado el expediente al Tribunal, ese órgano atendió lo resuelto en la sentencia de casación, revocó el fallo de primera instancia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción de réditos, y en su lugar la acogió y declaró prescritos los intereses anteriores al 7 de junio de 1999; igualmente, revocó la decisión que acogió las excepciones de pago, falta de derecho y falta de interés actual y denegó la demanda en todos sus extremos, con las costas causadas a cargo de la parte actora, y en su lugar, rechazó las defensas, declaró con lugar la demanda y condenó a los demandados al pago de capital no cancelado, intereses a partir del 8 de junio de 2000, al tipo pactado y hasta la fecha del efectivo abono, y ambas costas del proceso. La representación de la parte demandada, interpone recurso de casación por razones de fondo.

II.- Acusa cinco violaciones a la ley sustantiva, que para un mejor entendimiento de lo que se dirá, se reordenan de la siguiente manera. **Primero:** reprocha error de hecho al apreciarse la prueba, con lo que alega, se violan los numerales 19, 21, 22,

426, 429, 430, 435, 702, 704, 706, 764, 1022, 1023 y 1330 todos del Código Civil, por falta de aplicación. Señala, se transgrede la jurisprudencia en relación con los ordinales 9 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Afirma, el Ad quem cometió dos graves yerros de ese tipo, primero en cuanto al contenido de la escritura de constitución de cédulas hipotecarias y por otra parte en torno a la falta de toda prueba tendiente a demostrar un saldo o pérdida patrimonial de la actora. Estima, el Tribunal le atribuyó a aquella escritura un contenido inexistente. Alega, las garantías fiduciarias que se rindieron para el pago del crédito, eran colaterales y no se estableció una obligación autónoma a cargo de los fiadores, por lo que, en su criterio se equivocan los juzgadores de segunda instancia, al establecer como hecho probado que las garantías del préstamo fuesen independientes. Este error, indican, repercute en el Considerando VIII de la sentencia, cuando el Tribunal afirma que las fianzas solidarias garantizaban la obligación en caso de que *"no quedara cubierta con la ejecución de las cédulas"*. Reprocha que al Órgano de alzada concluya esto, pues, insiste, no hay ninguna cláusula en la escritura en que se constituyeron las cédulas hipotecarias en ese sentido, con lo que el Tribunal ha puesto en boca de las partes estipulaciones que no se hicieron. Esto debido a que según la estipulación décima del contrato, las fianzas responden *"como garantía de la totalidad de la operación"* y no por el saldo en descubierto, de lo contrario se quebrantaría el numeral 426 del Código Civil y la cláusula sería absolutamente nula. Todos estos errores de hecho, defiende, infringen de manera directa los artículos 21 y 22 del Código Civil, que prohíben el abuso del derecho y el ejercicio antisocial, así como los numerales 1007, 1008, 1022 y 1023 del mismo Código, que establecen el valor del consentimiento y los límites de los efectos de los contratos. Añade, también se lesiona el ordinal 426 de esa fuente normativa, en cuanto señala que en la hipoteca de cédulas sólo el fundo responde por la deuda, y no da lugar al cobro de saldos en descubierto. De igual manera, apunta, se conculcan los preceptos 1330 y 518 del Código de Comercio en tanto disponen que las fianzas constituyen contratos accesorios que se extinguen con la obligación principal. Aunado a ello, considera se violenta la

jurisprudencia de la Sala Primera y de los Tribunales Civiles, la que cita el casacionista en apoyo de sus manifestaciones. En torno al error de hecho, critica, se valoró la existencia de un saldo que no fue demostrado. Sostiene, el valor de la finca rematada cubrió de sobra el capital, los intereses, los gastos y las costas de ejecución con lo que la parte demandada no sufrió ningún perjuicio en virtud de la operación crediticia convenida. A su entender, de haber un saldo sería más bien a favor de la deudora, quien entregó una propiedad de \$ 250.000,00 para pagar una deuda de más de \$231.380,62. Por ello, arguye, al apreciar los elementos probatorios del expediente, se constata que la actora nunca probó que el crédito otorgado le causara pérdidas. Lo anterior evidencia cómo se equivoca el Tribunal, al tener por demostrado ese supuesto menoscabo patrimonial que denominó "*saldo en descubierto*". **Segundo:** reprocha error de derecho en la apreciación de la prueba. Considera, con ello se conculcan los preceptos 10, 17, 20, 21, 22, 426, 429, 431, 627, 633, 640, 764, 1007, 1008, 1022, 1023, 1303, 1311 y 1330 del Código Civil, por aplicación incorrecta; 510 y 518 del Código de Comercio, jurisprudencia y artículos 9 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "*que la eleva a rango de ley*", por falta de aplicación, así como de los ordinales 317, 330 y 370 del Código Procesal Civil por igual motivo. Alega, el Ad quem le resta valor probatorio al documento en que se constituyeron las cédulas hipotecarias, en contradicción con las reglas de la sana crítica. Estima, el convenio estipulado entre las partes, no constituye un "*contrato mercantil complejo*" tal y como lo calificó el Tribunal, ni es una hipoteca común de la que se puedan cobrar saldos en descubierto. Tampoco se trata de un contrato atípico que contenga fianzas autónomas o independientes que subsisten a la extinción del principal. En su criterio, se violentan los numerales 429 y 431 del Código Civil, ya que en la escritura de constitución de las cédulas hipotecarias se detalla la deuda, por la que sólo responde el inmueble; y por mandato de ley debe constituirse en instrumento público. Considera, hay un error de derecho al apreciar ese documento como un contrato mercantil complejo, pues consta en ese instrumento, el negocio de constitución de tales cédulas, como respaldo de la

deuda que ahora intenta cobrar por segunda vez el Banco prestamista. Con todo ello, resume, se desaplica el régimen especial de cédulas hipotecarias, se interpreta en forma equívoca la voluntad contractual de las partes y se favorece un doble cobro ilegítimo en perjuicio de los demandados. Asimismo, alude, se infringe el artículo 317 del Código Procesal Civil al apreciar los elementos probatorios, por invertir la carga de la prueba en perjuicio de los demandados, ya que no se demostró en el proceso, la existencia de un saldo o pérdida patrimonial de **la actora**. **Tercero:** estima, se transgreden en forma directa los preceptos 9, 10, 19, 22, 633 y 764 todos del Código Civil por falta de aplicación, y los ordinales 426, 431, 433 y 435 del mismo cuerpo normativo, también *"por falta de aplicación o por aplicación incorrecta"*. Señala, se viola la jurisprudencia en relación con las normas 9 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que *"la elevan a rango de ley"*, y se conculcan al no aplicarse. Manifiesta, el órgano de segunda instancia vulneró el régimen legal de las cédulas hipotecarias, confundiéndolo indebidamente con el de la hipoteca común. Reseña la génesis histórica de aquella figura jurídica, que surgió como un medio instituido para movilizar el crédito territorial con una característica esencial, cual es la responsabilidad exclusiva de la finca gravada, razón por la que nadie se obliga en lo personal. Transcribe el artículo 426 del Código Civil e indica con base en dicha disposición normativa, que la jurisprudencia nacional ha venido sosteniendo que en la hipoteca de cédulas nadie responde en forma personal, sino solo la finca hipotecada. Argumenta, existen características esenciales que diferencian las cédulas hipotecarias de la hipoteca común, entre las cuales destaca que en las primeras la responsabilidad es del inmueble; mientras que en las segundas se responde de manera real y personal. En apoyo de su tesis, invoca jurisprudencia de esta Sala y de los Tribunales Primero Civil de San José, Contencioso Administrativo y Agrario. Recalca, al haberse adjudicado **la actora** el inmueble en remate, se produjo como efecto la extinción del débito, al amparo del ordinal 633 del Código Civil. Subraya, las cédulas hipotecarias fueron elegidas por el propio banco acreedor, tomando en cuenta las ventajas que proporcionan estos títulos valores; donde en

contrapartida a estos beneficios, aduce, el deudor cuenta con la seguridad que no se perseguirá el resto del activo de su patrimonio. Reprocha al Banco demandante, que como entidad financiera profesional debió cerciorarse antes de formalizar la operación activa, que el valor de la heredad dada en garantía sería suficiente para honrar la obligación. También le acusa de pretender un doble cobro, lo que estima, contraviene los numerales 19 y 22 del Código Civil, que proscriben el fraude de ley y el abuso del derecho. Arguye, el Ad quem no observó el precepto 426 del Código Civil, que cataloga de orden público. En su criterio, el Tribunal *"desaplicó esa norma o la interpretó en contradicción"* con los cánones hermeneúticos del artículo 10 del Código Civil y la jurisprudencia nacional, que mantiene una opinión jurídica sobre este aspecto uniforme y unánime, con lo que también se viola de ley en los términos de los cardinales 9 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aunado a ello, refuta la posición de los juzgadores de segunda instancia, pues considera que al tenor de lo preceptuado en el ordinal 633 del Código Civil, la deuda ya ha sido pagada y se ha extinguido totalmente tras la ejecución hipotecaria. **Cuarto:** aduce, se infringen de manera directa los cánones 19, 20, 426, 429, 431, 627, 633 y 835 del Código Civil *"por falta de aplicación o aplicación equivocada"*; y las normas 4, 10, 21, 22, 1007, 1008, 1022 y 1023 del Código Civil, porque apunta, se aplican de forma incorrecta. Manifiesta, se equivoca la mayoría del Tribunal al considerar la escritura pública en que se constituyó la deuda de cédulas hipotecarias como un *"contrato complejo"*, de naturaleza mercantil. Con ello, señala, el Ad quem aplica en forma incorrecta los numerales 1022 y 1023 del Código Civil, que son normas generales de la contratación privada, pues lo hace por encima de la normativa especial que rige a las cédulas hipotecarias en el mismo cuerpo legal. Con ese proceder, estima, se quebranta el artículo 19 del mismo Código, así como los principios básicos de la hermenéutica jurídica al amparo de su disposición décima, pues el precepto 426 de la misma fuente legal, es claro al establecer que debe ser aplicado en este asunto antes que otra norma. Arguye, la causa de emisión de las cédulas hipotecarias es siempre una deuda, por lo cual responde una finca y no una

persona, razón que conlleva a rechazar por ilegal, la interpretación que hace el Tribunal, pues en su defecto, se permitiría el fraude de ley, contemplado en el cardinal 20 del Código Civil, al eludir la debida aplicación de los ordinales 426, 429 y 431 todos del citado Código en perjuicio de los derechos legítimos de los deudores de cédulas hipotecarias. Asimismo, insiste, se dejaron de aplicar correctamente los artículos 1007 y 1008, en relación con los numerales 1022 y 1023 ibídem, pues de las manifestaciones de los deudores no se deduce un presunto consentimiento a favor de aplicar el régimen común de las hipotecas a esta deuda, sino el especial de las cédulas hipotecarias. Considera, aún si hubieran pactado a favor del cobro de eventuales saldos en descubierto, tal estipulación sería inválida e ineficaz en cuanto a su causa, al tenor de los cánones 19, 627 y 835 del Código Civil, por contravenir el ordinal 426 de la misma fuente de ley. **Quinto:** aduce violación directa por falta de aplicación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; de los numerales 21, 22, 429, 431, 627, 633, 640, 1303, 1311 y 1330 todos del Código Civil, así como de los mandatos 510, 518, 683 y 685 del Código de Comercio. Alega vulneración del numeral 664 del Código Procesal Civil, jurisprudencia que lo informa en concordancia con los artículos 9 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también por falta de aplicación. Advierte, la sentencia impugnada debe casarse porque la mayoría del Tribunal le ha atribuido a los fiadores solidarios una responsabilidad que a la fecha no existe, pues además de haberse extinguido totalmente la obligación principal, las fianzas eran solo garantías colaterales de las cédulas y estas fueron cobradas en su totalidad. Sin perjuicio de lo anterior, indica, la parte actora, renunció implícitamente a la garantía de los fiadores al no haberlos demandado en el proceso hipotecario, lo que ahora pone a estos en un estado de indefensión. Expone, dada la accesoriedad de las fianzas respecto del compromiso principal, cuando se extingue éste último, lo mismo sucede con las primeras. Sostiene, la responsabilidad de la deudora principal **la demandada 1.** se extinguió con el remate y la adjudicación de la finca hipotecada, que equivalen al pago total. Esto porque en las cédulas, solo responde el inmueble, y no el deudor, y no hay

razón para perseguir otros bienes. En consecuencia, afirma, habiendo desaparecido lo principal por mandato de ley según el numeral 426 del Código Civil, y no pudiendo los fiadores obligarse a más que el deudor, según los numerales 1303 y 510 del Código Civil y del Código de Comercio respectivamente, se han extinguido todas las obligaciones accesorias a ésta. Argumenta, como razón adicional por la que los fiadores no se encuentran obligados al pago de deuda alguna, las fianzas fueron dadas en forma solidaria como una garantía colateral a las cédulas hipotecarias. Asevera, **la actora** pudo haber cobrado las fianzas en lugar de ejecutar las cédulas hipotecarias, puesto que se trataba de fianzas solidarias, en las que no existía el beneficio de exclusión. Expone algunas citas jurisprudenciales en apoyo de su tesis. Estima, la sentencia impugnada viola los artículos 21 y 22 del Código Civil, que prohíben el abuso del derecho y el enriquecimiento ilícito, al permitir que sean ejecutadas dos garantías colaterales en momentos y procesos distintos. Asimismo, advierte que en ejecuciones hipotecarias, los fiadores solo responden por el saldo en descubierto, pero únicamente si se les demanda desde el inicio del proceso, lo que no se dio en este caso, con lo que si se persigue un saldo en descubierto en estas circunstancias, se viola el derecho constitucional a un debido proceso y los numerales 39 y 41 de la Constitución Política.

III.- En el **primer** agravio, el casacionista acusa error de hecho en la apreciación de la prueba. La parte recurrente estima que el Ad quem cometió ese tipo de yerro en la valoración de los elementos probatorios, en primer orden de ideas, en cuanto al contenido de la escritura de constitución de cédulas hipotecarias y en segundo lugar respecto a la falta de toda prueba tendiente a la demostración de un saldo o pérdida patrimonial de la actora. Este tipo de violación indirecta de ley, se produce cuando los juzgadores incurren en equivocaciones materiales al apreciar los medios probatorios, verbigracia, se deduce de la declaración de un testigo un hecho no manifestado por éste, o se afirma que el perito emitió un criterio que, en realidad, nunca expresó, o bien se extrae de un documento un contenido inexistente. En ese caso, el casacionista no está obligado a señalar las normas probatorias transgredidas,

pues por tratarse de un error material del juzgador al apreciar el elemento probatorio, no infringe normas de esta naturaleza sino, por el contrario, se equivoca leyendo mal o dándole un sentido contrario de cuanto consta en esas pruebas. La simple acusación del yerro o su constatación debidamente acusada, le basta a la Sala para tener competencia del estudio o análisis y determinar si se dio o no el reproche probatorio planteado. En torno al primer reparo, cabe señalar que del examen del expediente de este proceso, según los folios 120 y 121, se comprueba que las partes estipularon en relación a las garantías del adeudo asumido, la siguiente cláusula: "*DECIMA: GARANTIAS.- Para garantizar a (sic) "la actora" el pago del principal, intereses, comisiones, gastos y las costas de una eventual ejecución, "LA DEUDORA" impone hipoteca de cédulas de grado primero por un monto de: CUARENTA MILLONES DE COLONES, sobre la finca inscrita en el REGISTRO PUBLICO, Partido de LIMON y bajo la matrícula de Folio Real Mecanizado número: [...], la cual es de su propiedad, luego de aplicada la segregación descrita en la primera operación de este documento.- Igualmente y como garantía de la totalidad de la operación, el otorgante, en su carácter personal y como apoderado de la compañía de esta plaza: demandada 2, domiciliada en [...], sociedad y personería que constan en el REGISTRO PUBLICO, Sección Mercantil, al tomo: [...], folio: trescientos [...]; asiento: [...], de lo cual los suscritos Notarios damos fe; se constituye él y constituye a aquella en fiadores solidarios de "LA DEUDORA" en todas las obligaciones que en virtud del presente otorgamiento contrae con "la actora" ... La garantía hipotecaria comprende toda mejora que se le introduzca y responde proporcionalmente a intereses, comisiones, gastos y costas de una eventual ejecución.*" (lo destacado no pertenece al original). Sobre este punto, el Ad quo tuvo como hecho no probado que "*las garantías que se rindieron para el pago del crédito fueran independientes o subsidiarias en el tanto que ante el incumplimiento de la obligación que se pudiera ejecutar una garantía y posteriormente de quedar algún saldo pendiente por cubrir, ejecutar la otra de manera subsidiaria, no existiendo en la constitución de la*

escritura de cédulas hipotecarias ninguna cláusula de prioridad para el cobro." La mayoría de los integrantes del órgano de segunda instancia respecto a ese hecho concluyó: *"se suprime el hecho tenido por no acreditado, pues se contradice con lo acordado en el contrato de crédito a que se refiere este proceso, según ha quedado debidamente demostrado."* El Ad quem no expresó que la escritura de constitución de cédulas hipotecarias dijese literalmente que las fianzas solidarias garantizaban la obligación en caso de que *"no quedara cubierta con la ejecución de las cédulas"*, sino que el Tribunal concluyó que los fiadores respondían por la totalidad de la obligación. Sobre la acusada ausencia de prueba que demuestre algún *"saldo en descubierto"*, conviene aclarar cuáles fueron las consideraciones jurídicas del órgano de segunda instancia. Según consta en el folio 387 vuelto del expediente, en el considerando identificado como XII de la resolución que se impugna, señaló en forma diáfana que en los procesos donde se ejecutan cédulas hipotecarias no quedan saldos en descubierto, mas esto no significa que si la obligación no quedó cancelada en su totalidad, el monto que se tiene por no saldado, no se pueda recuperar haciendo uso de otras garantías que se hayan otorgado. Véase que, no se produce el yerro que se acusa ni la violación de los numerales 21, 22, 426, 1007, 1008, 1022 y 1025 del Código Civil, puesto que el Tribunal llega a sus conclusiones sobre la obligación de cubrir un monto específico que no se ha saldado, ante la existencia de un contrato mercantil que calificó de complejo, donde confluyen diversas formas de garantía para cubrir totalmente la operación crediticia otorgada por el Banco acreedor. El recurrente en este agravio argumenta que las fianzas respondían *"como garantía de la totalidad de la operación"* y no por el *"saldo en descubierto"*. A lo anterior, debe añadirse que según la cláusula décima de la escritura incorporada como prueba en este proceso, el señor **J.J.**, la sociedad **demandada 2 y el señor M.** se constituyeron en fiadores solidarios de *"LA DEUDORA"* *"en todas las obligaciones que en virtud del presente otorgamiento contrae con **la actora**"*. Es decir; más allá de diferenciarse si los garantes y fiadores responden por una parte de la operación o por la totalidad, lo cual sí se extrae del contrato inscrito

ante el Registro Público, es que quiénes otorgaron las garantías consintieron enfrentar todas las obligaciones que surgieran en ocasión del acuerdo del préstamo otorgado por **la actora a la sociedad demandada 1**, por lo que tampoco se conculcaron los numerales 518 y 1330 del Código de Comercio. Así, se descarta la violación que se acusa en este agravio, puesto que no existen los errores materiales que del examen de la prueba se acusan al voto de mayoría, y por ende, no se infringen las normas señaladas. En consecuencia, se rechazará el reproche planteado por el recurrente.

IV.- El segundo motivo se centra en el reproche de una violación indirecta de la ley, generada por un error de derecho al apreciar la prueba. El casacionista invoca que se desconoce el valor probatorio de la escritura donde se constituyeron las cédulas hipotecarias, contraviniendo las reglas de la sana crítica. Señala, en ese documento notarial, se detalla la deuda por la que sólo responde el inmueble, y que por mandato de ley debe constituirse en instrumento público, por lo cual, al valorar ese instrumento como un contrato mercantil complejo se da un error de derecho. Este tipo de yerro se constituye cuando el Juez no le concede el valor respectivo a la prueba, ya sea porque la sobredimensione, la subestime, o desconozca del todo la existencia de ese elemento (preterición). Si bien es cierto, el documento notarial que se inscribe ante el Registro Público es una escritura donde se constituyen cédulas hipotecarias, no puede ignorarse que las partes además convinieron que en caso de surgir algún incumplimiento del compromiso crediticio, responderían por la totalidad de la obligación tanto el deudor como los garantes de ella, según la cláusula décima de la escritura de cita. En este asunto, el Tribunal no desvirtúa el valor de la prueba aportada al proceso en su carácter de instrumento público, como lo acusa el recurrente, sino que, de su contenido, concluye que se está en presencia de un contrato complejo mediante el cual el crédito otorgado por el Banco a la sociedad demandada fue garantizado en parte con cuatro cédulas hipotecarias por un monto total de cuarenta millones de colones y en forma solidaria los señores **J.J., M. y la sociedad demandada 2** pactaron asumir en su totalidad la misma deuda en calidad de fiadores. Es lógico que dicha obligación

devendría en el tanto se diera un eventual incumplimiento de pago o no quedara cancelada la deuda en su totalidad al ejecutarse las cédulas, así como cualquier saldo pendiente por concepto de intereses corrientes o de mora o comisiones de cualquier tipo, pues lo contrario haría ficticia la garantía personal (fianza) que otorgaron los fiadores. Sobre el vínculo que existió entre **la actora** y los codemandados, resulta claro que se dieron dos acuerdos financieros que responden por un mismo negocio de naturaleza compleja. Cuando la **demandada 1**, se constituyó deudora de la entidad bancaria, suscribió una hipoteca de cédulas, pero aunado a ello, el representante de aquella compañía, en su calidad personal y como apoderado de la **demandada 2**; así como **M.**, ofrecieron una fianza solidaria por la totalidad de la operación crediticia, lo que demuestra que hubo dos compromisos o garantías de naturaleza jurídica diferente para respaldar una misma deuda. Respecto al primero, resulta importante señalar lo que dispone el numeral 426 del Código Civil: *"Puede constituirse hipoteca para responder a un crédito representado por cédula, sin que nadie, ni aún el dueño del inmueble hipotecado, quede obligado personalmente al pago de la deuda. A esta clase de hipotecas son aplicables las disposiciones sobre hipoteca constituida para garantizar una obligación personal, con las modificaciones que se contienen en los siguientes artículos"*. Resulta claro que, tratándose de cédulas hipotecarias lo que interesa es que responde el inmueble, la finca, y no el deudor ni otros obligados. En el proceso ejecutivo hipotecario de cédulas no existe la posibilidad de que se establezca saldo en descubierto en contra del deudor y en favor del ejecutante cuando el monto del remate no alcanza para cubrir todo el crédito o créditos, porque no se responde en lo personal por el pago del crédito, tal y como se desprende de la norma supracitada. Por su parte, el Ad quem resolvió en el Considerando identificado como no. XII que *"Considera la mayoría de este Tribunal que el hecho de que el crédito se haya garantizado en parte con cédulas hipotecarias, lo que implica es que dentro de un proceso ejecutivo hipotecario efectivamente solo se puede ejecutar ese tipo de garantía, pues con esta clase de garantía nadie queda obligado personalmente al pago de la deuda, conforme*

se desprende de lo que prevé el artículo 426 del Código Civil.- Pero nada impide que un acreedor, como en este caso, se cubra para el supuesto de un eventual incumplimiento en el pago de una obligación, con otras garantías, que si son de carácter personal, se habrán de demandar en otra clase de proceso, justamente en un proceso ordinario, que está contemplado para todas aquellas pretensiones de mayor cuantía que no tengan una vía prevista, en la cual puedan ser discutidas, como lo dispone el artículo 287 del Código Procesal Civil; pues en el hipotecario solo cabe ejecutar las cédulas que se dieron como garantía" En consecuencia, en este proceso no se está ejecutando un saldo en descubierto de un contrato de cédulas hipotecarias, sino que se está cobrando en la vía declarativa, un monto que los demandados adeudan (otra garantía), cuya obligación se deriva del compromiso adquirido al constituirse fiadores solidarios de la operación principal. Por ende, aciertan los juzgadores de segunda instancia en el voto de mayoría, al considerar que si bien es cierto se inscribió una escritura donde se constituyeron las cédulas hipotecarias, ello no es óbice para reconocer que de esa misma relación causal, las partes consintieron en proteger el contrato de préstamo realizado en escritura pública, con garantías adicionales a las cuatro cédulas hipotecarias, y que, interpretar lo contrario, podría vulnerar principios ínsitos en el ordenamiento jurídico, atinentes a la buena fe, a la no entronización del abuso del derecho o de su ejercicio antisocial y al cabal cumplimiento de los contratos además de causar un enriquecimiento ilícito por la diferencia no cubierta por la ejecución de las cédulas. De este modo, es válida la interpretación que hizo el Ad quem sobre los alcances de la obligación contraída tanto por el deudor como por sus fiadores, sin que por ello se haya restado en el fallo que se impugna el valor probatorio que la ley le concede a la escritura aportada al proceso. Por consiguiente, debe rechazarse el recurso, en lo que a este embate se refiere.

V.- En torno al **tercer** agravio, refiere el recurrente, que el órgano de segunda instancia vulneró el régimen de las cédulas hipotecarias, al confundirlas indebidamente con el de hipoteca común. Como primer argumento de este reproche, señala que el

Tribunal conculca el numeral 426 del Código Civil, cuando demanda responsabilidad personal por un convenio de cédulas hipotecarias en las que sólo se responde con inmuebles. El caso de estudio dista mucho de lo que se endilga en este agravio, pues no se está ante un contrato de préstamo garantizado únicamente con cédulas hipotecarias, caso en el que efectivamente no se puede perseguir en forma personal a los deudores, sino que se trata de un contrato mercantil que integra diversas garantías y que el Ad quem denominó de contrato complejo, en virtud de que aunado a las cédulas hipotecarias, también existe en forma expresa en la escritura de su constitución, fianza solidaria del representante de la compañía dueña de las cédulas hipotecarias, así como de la sociedad **demandada 2 y del señor J.J.** sobre la misma obligación adquirida. Asimismo, se acusa que al darse el remate, se produjo como efecto la extinción de la deuda, al amparo del artículo 633 del Código Civil. El artículo invocado indica *"Las obligaciones se extinguen: por el pago, por la compensación, por la renovación, por la remisión, por la confusión, por el evento de un obstáculo que haga imposible su cumplimiento, por la anulación o rescisión y por la prescripción"* El argumento expuesto no concuerda con la realidad de los hechos que constan en el expediente, donde existe una porción de la operación crediticia que no se ha saldado y que precisamente al haberse constituido otros tipos de garantías para cubrir el préstamo, permiten al acreedor acudir a la vía ordinaria de la jurisdicción civil y cobrar lo que en derecho le corresponda. Trátase así, de una misma relación causal que posee dos tipos de garantías: 1) la real con cédulas hipotecarias, que lo es por un monto concreto, que posee la ventaja de que pueden negociarse como título y 2) la personal (la fianza). Por ende, se está ante una misma operación; y si bien se canceló la garantía de las cédulas en el proceso ejecutivo hipotecario, hay una parte del crédito que no se ha satisfecho. De ahí que no se trate de un adeudo extinguido; por lo cual no hay problema alguno de cobrar en este proceso la fiduciaria respecto al monto no saldado de la deuda general asumida por los demandados. Del expediente no se puede concluir que se haya dado ninguna de las circunstancias que extinguen las obligaciones

contraídas por todas las partes que asumieron las consecuencias jurídicas del pasivo otorgado a **la demandada 1**. Acerca de la contravención que se endilga sobre un doble cobro que se pretende por parte de la actora; y, que con la sentencia recurrida se propugnaría, ha de resaltarse que tal y como se analizara en el Considerando IV de esta resolución, existe una obligación por concepto de capital no pagado ni cubierto, que corresponde cancelar a los fiadores solidarios, pues la deudora pagó a la entidad bancaria, únicamente una parte del préstamo, quedando para quienes se comprometieron al brindar ese tipo de fianza, la imperiosa obligación de satisfacer la parte de la operación crediticia, no cubierta con la ejecución prioritaria de las cédulas hipotecarias. En consecuencia, lejos de un fraude de ley o de un doble pago, se otorga a **la actora**, el reconocimiento de la parte de su crédito que no fue cancelada, como parte del respaldo fiduciario de la deuda que se acordó en aquel negocio complejo. Por ende, el recurso ha de denegarse en lo que respecta al tercer agravio.

VI.- Sobre el **cuarto** motivo, el casacionista aduce violación directa de ley, en lo medular, porque considera que calificar el convenio de las partes como un contrato complejo, conculca los artículos 1022 y 1023 del Código Civil, que como normas generales de la contratación privada están supeditadas al numeral 426 del Código Civil, de conformidad con el precepto 19 del mismo cuerpo normativo. Sobre esta censura, es menester indicar, el órgano que resolvió la apelación, deja claro que en su criterio se está no ante un simple contrato de crédito garantizado con cédulas hipotecarias, para el cual rige la aplicación preferencial del canon 426 del Código Civil, sino que califica en forma expresa el acuerdo de las partes como un contrato mercantil complejo, para el que, no cabe entonces la prioridad que se reclama en a la norma de cita. Sobre la supuesta violación de los cánones 1007 y 1008 en relación con los ordinales 1022 y 1023; todos del Código Civil, ya que nunca la parte deudora consintió aplicar el régimen común de las hipotecas a esta deuda, conviene resaltar que en la sentencia recurrida no se concluye tal hipótesis, sino que como se ha mencionado, se analiza la figura contractual como un convenio mercantil de tipo complejo, tal y como se obtiene de lo

expresado en los Considerandos X, XI y XII del fallo recurrido. Por esto, no estima esta Sala se hayan infringido las normas tal y como lo acusa el recurrente, razón por la cual el agravio de estudio no resulta procedente.

VII.- En el último reproche, reclama el casacionista que el Tribunal le atribuyó a los fiadores solidarios una responsabilidad que no les correspondía asumir, ya que las fianzas eran garantías colaterales de las cédulas y estas fueron cobradas en su totalidad. En torno a la recriminada extinción del compromiso accesorio al desaparecer la obligación principal, esta Sala según lo indicó líneas atrás, considera que la obligación principal siempre lo fue el pago de la totalidad del monto de lo adeudado a la entidad acreedora, lo que a la fecha no ha ocurrido. Lo que se extingue en el caso de análisis es la posibilidad de ejecutar el cobro ante la vía ejecutiva hipotecaria, puesto que en esa vía se produjo el remate de la finca y se saldó parcialmente la operación crediticia, ante la existencia de las cuatro cédulas hipotecarias. No obstante lo anterior, como la totalidad de la relación causal fue asumida tanto por la deudora como por los garantes, según consta en la cláusula décima del convenio firmado por las partes, la acreedora está legitimada para cobrar en vía ordinaria lo que resta por honrarse conforme a la deuda asumida también por los garantes, dado que el crédito está vigente respecto del saldo pendiente de pago. Distinto es el caso de las obligaciones principales y accesorias, donde sí cabe señalar que extinta la primera desaparecen las segundas, precisamente por ser dependientes de las que le dan existencia. Aunado a este punto, debe tomarse en cuenta que el convenio firmado entre las partes no establece que las garantías sean excluyentes entre sí, por lo cual no lleva razón el recurrente al afirmar que, realizada la ejecución de la primera garantía, aún sin haber prescrito el derecho para accionar ante la vía ordinaria, fuese improcedente recuperar la diferencia mediante el proceso de conocimiento. Resta indicar que no era necesario, como aducen los recurrentes, demandar a los fiadores en la ejecución hipotecaria para garantizar el debido proceso por cuanto ello solo resulta pertinente cuando se ejecutan hipotecas comunes (artículo 664 del Código Procesal Civil), donde la garantía es mixta, real y personal, a diferencia

de lo que sucede con las cédulas hipotecarias, que es un título valor o causal en el que solo responde el inmueble gravado. De todos modos, en este caso, como se ha dicho, se está ante una operación con dos garantías, donde la fiduciaria es por la totalidad, independientemente del resultado de las cédulas, por ello no se requería intervención de los fiadores en aquel proceso hipotecario. En consecuencia, no procede acoger el recurso planteado en lo que respecta al quinto agravio.

VIII.- En mérito de lo expuesto, procede declarar sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de la parte que lo interpuso (artículo 611 del Código Procesal Civil).

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso, con sus costas a cargo del recurrente.

Anabelle León Feoli

Román Solís Zelaya

Carmenmaría Escoto Fernández

Cristina Víquez Cerdas

Margoth Rojas Pérez