

Voces: CREDITO HIPOTECARIO - EFECTOS DE LA HIPOTECA - EJECUCION HIPOTECARIA - GARANTIA HIPOTECARIA - HIPOTECA - MUTUO - OBLIGACION ACCESORIA – PRESCRIPCION LIBERATORIA - RESPONSABILIDAD DEL FIADOR – COSA JUZGADA

Tema: Efectos del principio de accesoriedad hipotecaria

Sala I, 22/12/2009, “**Atuel Fideicomisos SA en J. 32.227/10.102 Atuel Fideicomisos SA C/ Guillén J.L. y Otro P/Hipotecario S/Inc. Cas**” LS 409-048, La Ley Gran Cuyo 2010 (Abril), 224

Sumarios:

1.- La demanda interpuesta contra el tercer poseedor o el tercer constituyente de un gravamen hipotecario no interrumpe el curso de la prescripción que corre contra el deudor principal.

2.- La obligación principal está prescrita si transcurrió el plazo de diez desde que la obligación se hizo exigible y la pretensión del deudor principal que solicitó su declaración aconteció cuando había transcurrido ese plazo.

3.- La accesoriedad conlleva a que la garantía hipotecaria reconocida en una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no pueda subsistir si con posterioridad a esa decisión judicial, la acción para reclamar el principal se ha extinguido.

4.- La cosa juzgada se mantiene en tanto subsisten las razones que la motivaron (rebus sic stantibus) pero no cuando la situación sustancial se modifica por hechos posteriores, que no fueron ni pudieron ser analizados en la sentencia.

Comentario:

Cuando la hipoteca es otorgada por un tercero no deudor, o el inmueble hipotecado es adquirido por un tercero que no asume la deuda, además del deudor, se impone la

intervención de este tercero durante el proceso de ejecución si se pretende hacer recaer los efectos de la sentencia en el inmueble hipotecado; se conforma un litisconsorcio impropriamente necesario o anómalo pasivo¹. La naturaleza mixta de la acción hipotecaria que intenta el acreedor impone este criterio encontrándonos entonces frente a un proceso con sujetos pasivos múltiples.

Randich Montaldi² ilustra sobre las consecuencias de esta calificación. Ante la hipótesis que el juez, al momento de dictar sentencia, advierta que se demandó al "constituyente" pero no se lo citó, debe declarar la nulidad de lo actuado, retrotrayendo el procedimiento a la intimación de pago o abandono del inmueble, citándolo para defensa a "posteriori" del requerimiento infructuoso del deudor.

Si no se demandó al constituyente no deudor ni se integró la litis con él, el juez debe rechazar la demanda y absolver al deudor demandado. El rechazo se impone por defecto en la proponibilidad subjetiva de la pretensión (ausencia de legitimación sustancial pasiva).

Si se dictó sentencia sin haberse otorgado la intervención de ley al constituyente de la hipoteca debe declararse la nulidad de la sentencia y del procedimiento. Esta nulidad cabe ser declarada aún de oficio porque no es posible hacer recaer los efectos de la sentencia —en el caso la ejecución forzada de un inmueble— si el propietario de ese inmueble y constituyente del gravamen no ha sido parte en el proceso.

En numerosas ocasiones, se suele librar mandamiento conjunto en contra del deudor y del tercero hipotecante. En estos casos, para plantear la nulidad del procedimiento, deberá el constituyente probar su interés, las defensas que hubiere podido interponer si se hubiera intimado previamente al deudor, etc. En definitiva, esta intervención “anticipada” debe provocar daño. De lo contrario, la pretensión de nulidad debe ser rechazada porque, en definitiva, se está otorgando el derecho a ser oído y parte en el proceso³.

¹ MARTÍNEZ, Hernán J., "Procesos con sujetos múltiples", tomo 1, Ediciones La Roca, 1994 p. 106.

² RANDICH MONTALDI, Gustavo E, Derecho real de hipoteca y un supuesto de aplicación del litisconsorcio necesario, LLGran Cuyo 2002, 486

³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, Y.P.F. S.A. c. Albon S.R.L. y otro, 14/12/2004, LA LEY 22/03/2005, 7. En este pronunciamiento se dijo: “es oportuno recordar que dentro de los requisitos para la procedencia de la nulidad existe el principio de trascendencia y el interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular. Siendo que la invalidación debe responder a un fin práctico, resulta inconciliable con su índole la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico (cfr. "Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias", Enrique M. Falcón, Tomo I, pág. 276).”

Pero, si se demanda únicamente al tercero constituyente cabe declarar la inhabilidad de título⁴. Ello por cuanto no se ha cumplido con la carga, especie de condición suspensiva legalmente impuesta, vinculada al emplazamiento previo al deudor principal para que pueda procederse ejecutivamente. Tal omisión, torna inhábil el título y consecuentemente admisible la excepción.⁵ Si la inhabilidad de título no es propuesta por el constituyente demandado, como ocurre en el caso que se transcribe, el juzgador debe igualmente declararla, por cuanto el defecto de proponibilidad obsta al progreso de la ejecución. La necesaria vinculación del crédito y la hipoteca –accesoriedad- y la naturaleza mixta de la acción hipotecaria así lo determinan.

En nuestro derecho no puede existir una hipoteca sin un derecho creditorio al cual sirva de garantía, dado el carácter accesorio que el codificador impuso al derecho real de hipoteca. En general, las vicisitudes del crédito se reflejan en la garantía.

Por ello, si prescribe la acción crediticia –principal- en contra del deudor, la misma suerte va a correr la acción hipotecaria –accesoria- en contra de ese mismo deudor, su sustituto en la relación personal -el tercer adquirente- o de quienes garantizaron la deuda con responsabilidad limitada -tercer constituyente y también del tercer poseedor-. En las legislaciones en las que la acción hipotecaria no tiene un plazo establecido de prescripción, la interrupción de la acción contra el constituyente no deudor o contra el tercer poseedor no interrumpe el plazo de prescripción de la acción principal. No cabe ninguna duda que el crédito tiene vida propia e independencia y no puede en consecuencia verse afectado por el ejercicio de la acción real.

⁴ Corte Suprema de Justicia de Tucumán, "Torres de Porcel Carmen Isabel vs. Soria Manuel Edgardo s/ Ej. Hipotec.", sentencia N° 10 del 04 / 02 / 2003 en la cual el alto Tribunal sostuvo que "... corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título deducido por el tercero constituyente de la hipoteca al haberse enderezado la ejecución en su contra sin intimar de pago al deudor principal pues no es procedente la ejecución hipotecaria promovida sólo contra el tercero constituyente o hipotecante no deudor, quien no puede ser condenado en forma directa y autónoma". En ese fallo se citan los siguientes pronunciamientos: CNCiv., sala H, 8/5/2002, "Y.P.F. S.A. c. Ramos, Roberto R.", LA LEY, 2002-F, 158 - DJ, 2002-3, 533; en igual sentido, CNFed.Civ. y Com., sala I, 11/12/2001, "Caja Complementaria de Prev. para la Actividad Docente c. Dinar Líneas Aéreas S.A.", LA LEY, 2002-D,958); y también Cám. Civ. y Com. Azul, sala II, 18/8/97, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A. c. Ané, Miguel A.", LLBA, 1998-363 - JA, 1998-I-407. Cámara de Apelaciones en Documentos y Locaciones de Tucumán, sala I, Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán c. El Corcel S.A, 08/03/2007, LLNOA 2007 (julio), 656

⁵ Banco de la Provincia de Córdoba c. Blanchard, Mirta G. y otra Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, 07/09/1995, LLC 1996, 152

Texto completo del fallo:

En Mendoza, a veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil nueve, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 95.177, caratulada: “ATUEL FIDEICOMISOS SA EN J. 32.227/10.102 ATUEL FIDEICOMISOS SA C/GUILLÉN J.L. Y OTRO P/HIPOTECARIO S/INC. CAS”.

Conforme lo decretado a fs. 90 deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI; segundo: DR. FERNANDO ROMANO; tercero: DR. JORGE NANCLARES.

ANTECEDENTES:

A fs. 22/38 el abogado Mario G. Vendramín, por Atuel Fideicomisos SA deduce recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación contra la sentencia dictada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones de San Rafael a fs. 243/248 vta. de los autos n° 32.227/10.102, caratulados: “Atuel Fideicomisos SA c/Guillén J.L. y otro p/Hipotecario”.

A fs. 59 se admiten formalmente los recursos deducidos y se manda correr tras-lado a la contraria, quien a fs. 70/77 contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 82/83 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja acoger el recurso de inconstitucionalidad y sobreseer el de casación.

A fs. 85 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 86 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

A fs. 87 se dicta el decreto haciendo conocer a las partes la nueva integración del Tribunal y a fs. 90 se practica nuevo sorteo de ley.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, DIJO:

I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Los hechos relevantes para la resolución de estos recursos son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 17/4/1998, en autos 38.227, originarios de Segundo Juzgado Civil de San Rafael, Atuel Fideicomisos SA inició ejecución hipotecaria contra José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén por la suma de noventa mil dólares. Relató que el 29/9/1995 se celebró un contrato de mutuo con garantía hipotecaria entre el Banco BUCI como acreedor y Oscar Jesús Guillén como deudor; que los demandados José Luis y Mónica Guillén constituyeron una hipoteca en primer grado sobre el inmueble que individualizó, acto que tuvo oportuno acceso registral; que el deudor se obligó a restituir la suma prestada (90.000 dólares) en 55 cuotas mensuales y consecutivas venciendo la primera de ellas el 10/11/1995; que se pactó que la falta de pago de cualquiera de ellas produciría la caducidad de los plazos aún no vencidos; que los créditos del BUCI fueron transferidos a Atuel Fideicomisos SA; que se han realizado múltiples reclamos a la demandada sin que ésta cumpliera sus obligaciones. En el petitum solicitó expresamente que, oportunamente, se condenase a los demandados al pago de las sumas reclamadas con más sus intereses y costas.

2. Los únicos demandados José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén, constituyentes de la hipoteca, fueron requeridos de pago el 3/6/1998; comparecieron y opusieron la excepción de falta de legitimación activa.

3. El 26/2/1999 el juez rechazó la excepción opuesta y mandó seguir la ejecución adelante “hasta que la actora obtenga el íntegro pago de la suma de 90.000 dólares” (fs. 93/96 vta.).

4. Apelaron los demandados. El 11/2/2000 (fs. 113/117) la Cámara confirmó la decisión en todos sus términos.

5. Firme la decisión, comenzó el trámite de ejecución de sentencia.

6. El expediente permaneció paralizado desde el 5/3/2002 al 14/4/2003, oportunidad en la que se solicitó se reiterara un oficio que no había sido respondido. Luego tuvo otro período de inactividad hasta el 20/6/2007.-

7. El 31/10/2007, los demandados José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén y el deudor Oscar Jesús Guillén, que hasta ese momento no había sido demandado, presentaron un escrito que titularon “incidente de prescripción”. Solicitaron se declare la prescripción de la acción principal que tenía el banco con el deudor y, como consecuencia, se declare

extinguida la hipoteca como accesorio de la obligación principal, dejando sin efecto la garantía hipotecaria que se pretende ejecutar ordenando archivar el proceso. Alegaron que el deudor principal nunca había sido demandado, por lo que la acción se había extinguido al haber transcurrido más de diez años desde que se había hecho exigible y que, como consecuencia de ello, se había extinguido el accesorio, desde que no podía permanecer vivo el accesorio si el principal no lo estaba. Indicaron que peticionaban la declaración de prescripción como acción y no como excepción.

8. Corrido traslado, la actora se opuso a la prescripción invocada (fs. 210/213 vta.).

9. A fs. 213/215 el conjuer subrogante rechazó la prescripción.-

10. Apelaron los incidentantes. A fs. 243/248 vta. la Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso y acogió el incidente de prescripción. Argumentó del siguiente modo:

10.1. Situación procesal planteada.

El deudor principal Oscar Jesús Guillén no fue demandado; por lo tanto, la sentencia dictada contra los constituyentes de la hipoteca no lo alcanza.

Aunque el planteo de los tres se realiza en un mismo escrito, la presentación espontánea del deudor principal al expediente tiene connotaciones diferentes a la defensa formalizada por los codemandados.

En cuanto a los codemandados, no puede decirse que el planteo debió ser formulado cuando fueron requeridos, pues en ese momento, el plazo de diez años no había aún transcurrido.

10.2. La prescripción opuesta por el deudor principal Oscar J. Guillén.-

La prescripción comenzó a correr al vencimiento de la primera cuota impaga por el deudor. Ese plazo se suspendió, por un año, por efecto del emplazamiento dirigido por carta documento el 14 de abril de 1998, mediante el cual también se les notificó de la cesión; por lo tanto, el término de prescripción de la acción contra el demandado se había extendido hasta el 10/11/ 2006, que ya se encontraba cumplido cuando el deudor planteó la extinción de la acción que pudiera deducirse en su contra (31/10/2007).

10.3. La demanda contra los fiadores y constituyentes de la hipoteca no interrumpió el curso de la prescripción respecto del deudor principal.-

La Corte Federal resuelve desde antiguo que la demanda dirigida contra un tercero no interrumpe la prescripción contra el deudor (CSJN 30/10/1922, JA 9-513). Las

excepciones a esta regla están marcadas por la propia normativa; el art. 3994 dispone que la interrupción de la prescripción causada contra uno de los deudores solidarios puede oponerse a los otros; además, el art. 3997 dice que la demanda interpuesta contra el deudor principal o el reconocimiento de su obligación interrumpe la prescripción contra el fiador, pero la demanda interpuesta contra el fiador o su reconocimiento de la deuda no interrumpe la prescripción de la obligación principal.

Los demandados José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén no son fiadores ni deudores solidarios del deudor principal; en ningún momento la escritura hipotecaria de fs. 43 hace referencia a la solidaridad. Usa la palabra garantía, pero es característico de la fianza que el fiador garante la deuda con todo su patrimonio, sin afectación del producido de bienes determinados; en cambio, en el caso, el acto otorgado por los Sres. José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén está enmarcado en el art. 3121 conforme el cual la hipoteca puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente; así resulta de la cláusula 13 de la escritura en la que se priva de todo valor a la expresión “los codeudores José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén” y en definitiva se acepta por todas las partes que “Esta hipoteca garantiza el préstamo aquí otorgado, con más sus intereses, al Sr. Oscar Jesús Guillén hasta el efecto pago total del préstamo”.

Quien constituye la hipoteca sin asumir la deuda no es propiamente un fiador de la obligación, tal como señala Vélez en la nota al art. 3121. En definitiva, los demandados José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén deben ser calificados como tercer poseedor de la cosa hipotecada, figura jurídica que engloba dos situaciones: la del tercero que constituye una garantía por la deuda de otro, y la de quien compra un inmueble hipotecado sin asumir la deuda. En ambos casos, estos sujetos carecen de una obligación personal, pero si no pagan ni abandonan la cosa, deben sufrir la ejecución; en ambos casos se trata de una suerte de fianza real; por eso, no pueden ser condenados a otra cosa que al abandono del inmueble.

Toda vez que José Luis Guillén y Mónica Susana Guillén no pueden ser calificados de fiadores solidarios, la demanda interpuesta contra ellos no ha interrumpido el curso de la prescripción que corría contra el deudor principal Oscar Jesús Guillén. Por este motivo, cuando él se presentó espontáneamente al juicio y opuso la prescripción, el plazo decenal ya estaba cumplido y así debió ser declarada.

No empece a esta conclusión que el deudor principal se presentó por vía incidental y no en un juicio independiente desde que el actor consintió la vía elegida, tuvo oportunidad de defensa y prueba, y no ha invocado violación al derecho de defensa como consecuencia del trámite impreso.

10.4. Consecuencia respecto de la hipoteca.-

La hipoteca es accesoria de una obligación principal; si ésta se extingue, la hipoteca no puede vivir sola, independientemente de la deuda principal; así resulta del art. 3187 del CC. La doctrina explica: si una deuda estuviera garantizada con hipoteca y debiera ser pagada en un determinado plazo y el acreedor permaneciera inactivo, la prescripción de la deuda principal llevaría a la extinción indirecta de la hipoteca.

Como consecuencia de haber declarado la prescripción de la obligación principal, corresponde declarar la extinción de la hipoteca constituida por los demandados.

La cosa juzgada resultante de las sentencias de fs. 93/96 y 113/117 que rechazaron las defensas planteadas por los demandados y ordenaron seguir adelante la ejecución no impide esta solución pues lo que quedó firme con esas decisiones fue el derecho de la actora a ejecutar la hipoteca como una garantía accesoria de la obligación principal, pero no impidió la prescripción de la obligación principal, de la que resulta, como una especie de hecho nuevo, la extinción de la garantía accesoria; este hecho no resulta alcanzado por la cosa juzgada pues, como se dijo, su configuración es posterior al advenimiento de la sentencia.

II. LOS AGRAVIOS DEL RECURRENTE.

1. Recurso de inconstitucionalidad.

La recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria. Argumenta de la siguiente manera:

La sentencia adolece de motivación suficiente en los términos de los arts. 149 de la Constitución provincial y 90 del C.P.C.

La resolución viola el principio de igualdad ante la ley; la actora contaba a su favor con una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que condenaba a los demandados a pagar capital, intereses y cosas; un mero incidente de prescripción no puede hacer caer esa cosa juzgada, incorporada ya al patrimonio del actor. El acogimiento de la prescripción “otorga a la demandada un derecho que el demandante no le ha permitido”. Por el contrario, el proceso otorgaba al actor el derecho a cobrar a los demandados las sumas allí

determinadas. Por lo tanto, la extinción de la hipoteca sólo pudo ser declarada en un proceso pleno de conocimiento a nivel ordinario, con amplios plazos para contestar, ofrecer prueba, alegatos, etc. Por el contrario, en el caso, un simple incidente ventilado en un proceso ejecutivo, con las restricciones que éste impone, ha permitido la declaración de prescripción de la hipoteca.

No es verdad, como dice la sentencia, que la actora consintió el trámite impreso; a la actora no le quedaba más remedio que contestar el traslado conferido y, además, siempre se consideró protegida por la cosa juzgada, y así lo dijo al contestar. Por eso, la sentencia es inconstitucional no sólo por violar el principio de igualdad sino el de cosa juzgada.-

El tribunal obliga al actor a iniciar juicio contra el deudor principal; por el contrario, él tenía la opción de ejecutar la hipoteca y eso fue lo que hizo; haciéndolo, no podía demandar al deudor hasta no saber si había saldos insolutos.

2. Recurso de casación.

La recurrente denuncia errónea interpretación y aplicación de los arts. 3151, 3197, 3187, 3197, 3162, 3163, 3165, 3980 y concs. del CC.

Argumenta del siguiente modo:

1. Violación de la cosa juzgada y el principio de igualdad.

La sentencia recurrida viola claramente la cosa juzgada material que reconocía el derecho del banco a ejecutar el inmueble. En autos ya se había dictado sentencia que mandaba seguir la ejecución hipotecaria adelante y condenaba a los demandados José Guillén y Mónica Guillén a pagar los montos reclamados por la actora con más sus intereses y costas. No existe constancia que los demandados hayan promovido juicio ordinario posterior; por lo tanto, existe cosa juzgada formal y material. En consecuencia, respecto de los dos constituyentes de la hipoteca, el banco contaba con la autoridad de cosa juzgada incorporada a su derecho de propiedad. La sentencia atacada a través de este recurso, priva al actor de la seguridad otorgada por esa cosa juzgada e impide sus efectos.

Desde lo sustancial, hubo aquí una deuda, contraída por alguien a quien no se demandó, y una garantía hipotecaria, constituida por los demandados. La actora no podía cobrar dos veces, pero está claro que tenía opción de cobrar al deudor o ejecutar la garantía hipotecaria; esto último fue lo que hizo; demandó a los terceros hipotecantes, obtuvo una

sentencia a su favor, que pasó en autoridad de cosa juzgada y, en consecuencia, podía subastar el inmueble hipotecado y percibir su crédito.

Se equivoca la Cámara cuando dice que no existía cosa juzgada contra los constituyentes de la hipoteca. No había cosa juzgada contra el deudor, pero sí contra los demandados en la ejecución hipotecaria José Guillén y Mónica Guillén.

El tribunal desconoce que se ejecutó la garantía hipotecaria, no la deuda principal; por lo tanto, en la ejecución hipotecaria, está clara la existencia de la cosa juzgada. En esa ejecución, los demandados debían pagar o abandonar el inmueble; no hicieron ni lo uno ni lo otro; de allí la sentencia de trance y remate pasada en autoridad de cosa juzgada. No habrá cosa juzgada contra Oscar Guillén, pero sí contra los demandados.

Al momento del incidente de prescripción no había transcurrido aún el plazo de diez años a partir de la sentencia, por lo que tampoco existe prescripción de la actio iudicati.

2. Errónea interpretación y aplicación de los arts. 3151 y 3197 del CC.-

Ambas normas establecen que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen a los veinte años si antes no fuese renovada. O sea, la inscripción de la hipoteca dura veinte años. La Cámara, en una interpretación rebuscada, declara extinguida la hipoteca por efecto de la prescripción de la deuda principal, aunque no han transcurrido aún veinte años de la inscripción. Desde la suscripción de la hipoteca no han transcurrido veinte años, y cualquiera haya sido el tiempo transcurrido, el plazo quedó interrumpido por la demanda iniciada contra los constituyentes de la hipoteca y la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 3986). La interpretación de la Cámara deja vacío de contenido el art. 3197. Está claro, pues, el error de derecho del tribunal. Poco importa si está prescripta la acción contra el deudor principal; la hipoteca no puede extinguirse si aún están vigentes los 20 años que dura la inscripción.

3. Error en los efectos expansivos otorgados a la prescripción de la deuda principal. Falta de aplicación del art. 3980 del CC.

La Cámara confunde interrupción con suspensión del curso de la prescripción. La Cámara ha dejado de aplicar el art. 3980 referido a la suspensión de la prescripción. En el caso, la demanda se inició contra los constituyentes de la hipoteca; ellos dedujeron excepciones y esa etapa concluyó recién en febrero de 2000; desde la promoción de la demanda (abril de 1998) hasta el dictado de la sentencia de condena pasaron casi dos años;

durante todo este término la prescripción de la acción contra el deudor principal estaba suspendida, como resulta más que evidente desde que el actor estaba impedido, aún por maniobras de los demandados, a demandar al deudor principal; ellos debían llevar adelante la ejecución y recién al concluir, si quedaba un saldo, ir contra el deudor principal. En cualquier demanda contra el deudor éste alegaría que no se sabía si quedaba un saldo deudor; existía pues, una imposibilidad de actuar contra el deudor que encuadra en el art. 3980. Esta suspensión debe durar hasta la subasta del inmueble, lo que aún no ha ocurrido.

En definitiva, contrariamente a lo sostenido por la Cámara, en el sentido de que la prescripción de la acción contra el deudor principal trajo como consecuencia la de la garantía, en este caso, el procedimiento activado contra los constituyentes de la hipoteca generó la suspensión de la acción contra el deudor hasta que se determinase la existencia de saldos deudores por aplicación del art. 3980.-

4. Errónea interpretación y aplicación de los arts. 3121 y 3986 del CC.-

El caso encuadra en la figura del tercero que constituye una hipoteca para garantizar la deuda de otro sin constituirse en deudor. Una cosa es la hipoteca y otra cosa la deuda. La hipoteca es un derecho real; la obligación ingresa en el campo de los derechos crediticios; es totalmente equivocada la excepción de prescripción del art. 4023 aplicada por la Cámara para extinguir la hipoteca. Dado que el actor optó por la ejecución de la hipoteca, no podía iniciar acción para reclamar el crédito. Tal situación provocó la interrupción de la prescripción a los términos del art. 3986 del CC.-

5. Errónea aplicación de las relativas a la regulación de honorarios .-

La Cámara aplicó los arts. 2 y 14 a la incidencia relativa a la prescripción cuando en realidad debió aplicar el art. 10; en la incidencia de prescripción no existe monto reclamado sino un objeto que no puede ser valuado. La incidencia ha llevado a la extinción del gravamen hipotecario y, por lo tanto, la deuda principal y su monto no es objeto de la pretensión deducida.

III. ALGUNAS REGLAS LIMINARES QUE DOMINAN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA PROVINCIA.

1. Recurso de inconstitucionalidad.

Esta Sala tiene dicho que la arbitrariedad fáctica es canalizable a través del recurso de inconstitucionalidad, pero en función de la excepcionalidad del remedio extraordinario y

lo dispuesto por el art. 145 del CPC de la Provincia, interpreta restrictivamente las causales. Lo contrario significaría, como tiene dicho la Corte Federal desde antiguo (2/12/1909, “Rey Celestino c/Rocha”), que esta Sala se encuentre en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales, en toda clase de juicios, asumiendo una jurisdicción más amplia que la conferida por la Constitución. Por eso, el rechazo del recurso por este tribunal no significa necesariamente que comparta la solución del fallo, sino tan sólo que está impedido de conocerlo, por resultar irrevisable si no se acredita el vicio de manifiesta arbitrariedad (LS 319-092).

En esta línea de pensamiento, ha dicho que, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación ordinario, cuando se denuncia arbitrariedad a través del recurso extraordinario, se requiere se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación” y que “la presencia de cierta ambigüedad en la exposición de las conclusiones o fallas técnicas en la redacción de la sentencia, no configura en principio falencias de entidad tal que impliquen invalidar o descalificar el fallo como acto jurisdiccional”.

Por estas reglas básicas, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad por arbitrariedad no puede prosperar si la sentencia, no obstante algún argumento erróneo, se sostiene en otros razonables que no han sido suficientemente impugnados por el recurrente. En otros términos, la procedencia formal del recurso extraordinario de inconstitucionalidad exige atacar todos y cada uno de los argumentos decisivos en los que se funda la sentencia recurrida, pues el hecho de que exista algún razonamiento jurídicamente equivocado no lleva inexorablemente a que la sentencia deba ser anulada, si ésta se funda en otros razonables que se mantienen en pie por no existir agravios o queja contra ellos (Ver LA 90-472; LA 120-363; LS 240-215; LS 276-86; LS 276-96; LS 271-239; LS 270-277).

En este mismo sentido, la Corte Federal declara inadmisibles el recurso extraordinario que no refuta todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia recurrida (Ver, entre otros, 9/3/2004, JA 2004-II-797; 29/9/2005, LL 2006-A-394, etc.).-

2. Recurso de casación.-

Esta Sala resuelve constantemente que en el procedimiento mendocino la procedencia formal del recurso de casación implica dejar incólumes los hechos definitivamente resueltos por los tribunales de grado. En efecto, esta vía permite canalizar dos tipos de errores: los de interpretación de las normas, y los de subsunción de los hechos en las normas; en cualquiera de las dos situaciones, la interpretación y valoración final de los hechos y de la prueba es privativa de los jueces de grado (Ver, entre muchos, LS 324-63).

También decide de modo reiterado que, conforme lo disponen los incs. 3 y 4 del art. 161 del CPC y su nota, es imprescindible que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a las pretensiones del recurrente; consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (LS 67-227; LA 86-153; 98-197). En otros términos, la sola afirmación de una tesis jurídica no basta para configurar un agravio reparable por casación, desde que es absolutamente necesaria la demostración del error de interpretación atribuido, a fin de que los argumentos de la queja alcancen la entidad requerida por el Cód. Proc. Civil (LS 127-1; 105-432; 147-442; 156-214).

Por aplicación del mismo texto legal, la procedencia formal del recurso de casación exige atacar todos y cada uno de los argumentos decisivos en los que se funda la sentencia recurrida, pues el hecho de que exista algún razonamiento jurídicamente equivocado no lleva inexorablemente a que la sentencia deba ser casada, si ésta se funda en otros razonables que se mantienen en pie por no existir agravios o queja contra ellos (Ver LS 261-383).

IV. LA CUESTIÓN A RESOLVER A LA LUZ DE LAS REGLAS ANTES REFERIDAS.-

La cuestión a resolver en esta instancia extraordinaria es si resulta arbitraria o normativamente incorrecta una sentencia que declara la prescripción de la acción para reclamar la deuda principal y, como consecuencia del principio de accesoriedad, declara la extinción de la garantía hipotecaria, dados los siguientes hechos, definitivamente fijados en las instancias inferiores:

1. La ejecución hipotecaria se inició exclusivamente contra los dos constituyentes de la hipoteca que no asumieron la deuda y cuya situación jurídica, según todas las partes y la sentencia recurrida, encuadra en el art. 3121 del CC.

2. La actora reclamó se los condenase al pago del capital, intereses y costas, y su pretensión fue acogida en esos términos por el tribunal; o sea, no se siguió el trámite previsto en el art. 265 del CPC y por lo tanto no se requirió judicialmente en forma previa al deudor.

3. Los únicos demandados (los constituyentes de la hipoteca) opusieron la excepción de falta de legitimación activa.

4. La excepción fue rechazada y los demandados fueron condenados al pago de los rubros reclamados. La decisión, después de haber sido apelada y confirmada por la alzada, pasó en autoridad de cosa juzgada.

5. La actora dejó transcurrir largos períodos de tiempo sin activar el trámite de ejecución de sentencia (una vez, un año; otra, cuatro años).

6. Con posterioridad, cumplidos más de diez años desde la mora del deudor principal, sumado un año de suspensión por efecto de la interpelación extrajudicial, el deudor y los constituyentes de la hipoteca interpusieron en la ejecución hipotecaria un incidente al que denominaron “incidente de prescripción”.

7. Corrido traslado del incidente, la actora se opuso a la prescripción.

V. PUNTO DE PARTIDA: RÉGIMEN JURÍDICO DEL TERCERO NO DEUDOR CONSTITUYENTE DE UNA HIPOTECA SOBRE INMUEBLE PROPIO PARA ASEGURAR UNA DEUDA AJENA.

1. Preliminares.

El art. 3121 dispone: “No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal; puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente”.

La hipoteca es un derecho real accesorio (art. 3108) y, en cuanto tal, el sujeto pasivo de la obligación puede no coincidir con el sujeto que constituye la garantía sobre un inmueble.

La expresión tercero contenida en el artículo se refiere a la obligación principal, puesto que el constituyente no es un tercero respecto del gravamen real; efectivamente, él es parte esencial de la convención hipotecaria, porque sin su consentimiento no puede existir el derecho real de garantía; además, él es quien acuerda las cláusulas en el acto que instrumenta

la escritura de hipoteca (Ver, entre otros, Colombo, Carlos y Kiper, Claudio, “Ejecución Hipotecaria”, Bs. As., ed. La Ley, 2005, pág. 76; Peralta Mariscal, Leopoldo, “Tratado de derecho hipotecario”, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007, t. I pág. 574; Arraga Penido, Mario, “Hipoteca: Relaciones entre el hipotecante no deudor y el tercer poseedor en el Código Civil ante la reforma de la Ley 24.441”, JA 1997-I-793).

Se trata de un supuesto de responsabilidad sin deuda, limitada al inmueble sobre el que asienta la hipoteca, y en la medida de la especialidad del gravamen descrito en la convención hipotecaria (art. 3109).

Mientras un sector de la doctrina asimila su posición jurídica con la del llamado tercer poseedor (tendencia seguida por la sentencia recurrida) otro considera que su régimen jurídico es parcial o sensiblemente distinto (Ver, por ej., Segovia, Lisandro, “El Código Civil de la República Argentina”, Bs. As., 1881, t. II, p. 353, nota 134). Esta discrepancia carece de relevancia en el tema a decidir por lo que no corresponde abordarla. A los efectos de la cuestión debatida, basta describir el régimen legal o consecuencias jurídicas generadas por esta figura, también conocida con el nombre de tercer hipotecante o tercer constituyente o constituyente extraño (ver Lafaille, Héctor, “Derechos Reales”, Bs. As., Ediar, III, n° 1751, p. 140) o tercero caución real (Salvat - Argañarás, “Derechos Reales”, Bs. As., ed. Tea, t. IV, n° 2256, p. 93), fiador real o fiador hipotecante, o hipotecante por débito ajeno (Musto, Néstor, “Derechos Reales”, Bs. As., ed. Rubinzal, t. 2, § 617, p. 304) o propietario no deudor (Ver, para el derecho es-pañol, de gran similitud con el argentino, Castillo Martínez, Carolina, “Responsabilidad personal y garantía hipotecaria”, Madrid, ed.- Aranzadi, 1999, pág. 68 y ss.).

Desde la visión sustancial, el propietario del inmueble hipotecado no responde con su patrimonio sino sólo con la cosa (art. 3266) y hasta el valor de la cobertura de la garantía, de manera que si el producido dinerario obtenido con la realización del bien no alcanzara para cubrir el total de la deuda, el saldo impago sólo podrá reclamarse al deudor que responde con todo su patrimonio, más no a quien fuera el propietario no deudor del inmueble ya ejecutado; a la inversa, el remanente que se obtenga del precio de la subasta le pertenece al tercero hipotecante.

Desde lo procesal, atento a que el constituyente no es deudor y sólo responde con la cosa hipotecada, es merecedor de un trato especial, que se configura a través de una instancia

previa, que el acreedor hipotecario debe agotar ante el deudor como paso preliminar a seguir la ejecución en contra del propietario no deudor (art. 3163 y sges.); asimismo, ante la continuación de la ejecución, se otorgan distintas opciones al propietario: pagar la deuda en la medida de la cobertura, oponer excepciones que hagan a la in-eficacia de la hipoteca a su respecto, o abandonar el inmueble a los fines de la ejecución (ver Bono, Gustavo, Comentario arts. 3163, 3164 y 3165, en Zannoni-Kemelmajer, Código Civil comentado, Bs. As., ed. Astrea, 2009, t. 12 págs. 487 y ss.).

En efecto, el art. 3.163 dispone: “En el caso de la primera parte del artículo anterior, antes de pedir el pago de la deuda al tercer poseedor, el acreedor debe hacer intimar al deudor el pago del capital y de los intereses exigibles en el término de tercero día, y si éste no lo verificare, cualquiera que fuese la excusa que alegare, podrá recurrir al tercer poseedor, exigiéndole el pago de la deuda, o el abandono del inmueble que la reconoce”.

La norma busca equilibrar y organizar el ejercicio de los derechos del acreedor frente al deudor y al propietario del inmueble gravado con hipoteca; a tal fin, establece un mecanismo que consta de dos etapas: (a) la primera de requerimiento de pago al deudor; (b) la segunda, ante el fracaso de la primera sin obtenerse la satisfacción del crédito, de habilitación al acreedor para dirigirse ante el propietario de la cosa afectada, quien a su turno tendrá la oportunidad de optar por alguno de los caminos alternativos descriptos.

Esta secuencia se encuentra esbozada en Las Partidas (ver nota al art. 3162); también aparece en el Código Civil Francés, cuya fórmula dio lugar a ciertas polémicas relativas a la validez o nulidad del proceso sin respetar ese orden lógico. Aubry y Rau, autores tenidos en cuenta por el codificador argentino, sostuvieron que el reclamo de pago al deudor es un paso preliminar indispensable y una condición esencial de eficacia del requerimiento hecho al tercero (Aubry et Rau, Cours ..., tomo 3, § 287, 1º, p. 437 (nota 6, al pie). El mismo orden sucesivo para ambos requerimientos aparece en el art. 1810 del Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, y con igual claridad llega a nuestro art. 3163, cuya secuencia refleja la dualidad de los derechos de crédito e hipoteca, de forma tal que esta última se activa y hace operativa únicamente ante el supuesto condicionante que constituye el incumplimiento del deudor (cualquiera fuera la excusa alegada según el énfasis del art. 3163); es decir, se trata de dos etapas necesarias y asimismo sucesivas o consecutivas que no pueden subsumirse o superponerse, siendo su orden inalterable pues la primera es requisito de

procedencia y validez de la segunda. De allí que, según un importante sector de la doctrina nacional los emplazamientos extrajudiciales que pudiera haber hecho el acreedor, cualquiera fuera el término fijado a los mismos, y aún las respuestas brindadas por el intimado no substituyen ni suprimen la intimación de pago que ordenan las normas adjetivas en el marco del procedimiento de ejecución judicial, ámbito propio para que el deudor pueda ejercer adecuadamente sus defensas. Eventualmente, las comunicaciones extrajudiciales pueden incidir como elementos de relevancia en la ponderación de las excepciones que en su caso se opongan al progreso de la acción, por ejemplo, en orden a la exigibilidad de la deuda o a la existencia de mora (Bono, Gustavo, en Zannoni-Kemelmajer, Código Civil comentado, Bs. As., ed. Astrea, 2009, t. 12 pág. 490).

El Código Procesal Civil de Mendoza responde a estas reglas básicas. El art. 265 dispone: “Si la hipoteca hubiera sido constituida por un tercerose requerirá al tercer poseedor para que pague la deuda o abandone el inmueble y se lo citará para la defensa como al deudor y después de haber sido éste requerido”.

Más aún, respecto al estadio procesal en el cual se prevé la formalización de citación y requerimiento del tercer poseedor, los códigos procesales de la Argentina muestran, dos variantes: (1) una, seguida por el Código de Mendoza, en la cual la convocatoria del tercer poseedor se ordena desde el inicio mismo de la ejecución, y (2) otra, muy generalizada, según la cual el requerimiento al tercer poseedor se realiza recién después de dictada la sentencia de remate que manda llevar adelante la ejecución, exigiéndose, incluso, que el resolutive se encuentre firme.

Ahora bien, conforme el art. 3.165 del CC. “rehusándose a pagar la deuda hipotecaria y a abandonar el inmueble, los tribunales no pueden por esto pronunciar contra él condenaciones personales a favor del acreedor, y éste no tiene otro derecho que perseguir la venta del inmueble”.

2. El principio de accesoriedad de la hipoteca y las causales de extinción que dependen de las vicisitudes que causan la extinción de la acción principal.

El art. 3.187 dispone: “La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones”.

El carácter accesorio de la hipoteca trae como consecuencia que ésta siga la suerte del principal (*accessorium sequitur suum principale*); por eso, el art. 3187, al igual que la

generalidad de los códigos, consagra la regla según la cual la extinción total de la obligación acarrea la extinción total de la hipoteca, a cuyo fin remite a los distintos modos extintivos de las obligaciones (art. 724); se trata, en definitiva, de una extinción indirecta, mediata o refleja, es decir, por vía de consecuencia, ya que la desaparición del elemento principal (el crédito) trae como efecto automático la extinción de su accesorio (en el caso, la garantía hipotecaria). Así lo reconoce la jurisprudencia reiterada del país (CNCiv. Sala E, 11/08/1975, ED 76-603; CNCiv. Sala E, 22/09/1977, ED 81-253; CNCiv. Sala D, 26/06/1978, LL 1979-A-30 y ED 82-239; CNCiv. Sala A, 25/12/1979, ED 87-190; CNCiv. Sala F, 07/07/1997, LL 1998-B-696; CCCyLab. de Rafaela, 02/08/2002, LL Litoral 2003-1168, etc.).-

Se discute si la prescripción es un modo extintivo de la obligación o sólo un debilitamiento que la hace inexigible, pero hay coincidencia en que producida la prescripción de la obligación principal, la garantía hipotecaria se vuelve ineficaz. Lo dicho no impide que la prescripción cumplida sea renunciada (art. 3965), o se torne improcedente por falta de invocación oportuna (art. 3962, según Ley 17.711), y aún que sea dispensada cuando se dan los requisitos que exige la ley al efecto (art. 3980, según Ley 17.711); en tales casos, la acción para reclamar la obligación recupera su plena exigibilidad y con ella la eficacia plena de la hipoteca que la asegura (Ver Bono, Gustavo, en Zannoni-Kemelmajer, Código Civil comentado, Bs As, ed. Astrea, 2009, t. 12 pág. 641).

3. La prescripción liberatoria de la obligación y la caducidad de la inscripción de la hipoteca.

La prescripción liberatoria de la obligación no debe confundirse con la caducidad de la inscripción de la hipoteca regulada en los arts. 3197 (“Los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados veinte años desde que fue registrada”) y 3151 (“Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renovare”).

Los textos vigentes, obra de la Ley 17.711, han dejado atrás las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales: La caducidad regulada en estas dos normas importa la pérdida de eficacia del asiento registral que publicita la garantía por razón de haberse producido el vencimiento del plazo de su vigencia.

Mientras el art. 3151 enfoca la situación del asiento registral antes del vencimiento del plazo –o cuando media oportuna renovación (art. 3935), el art. 3197 visualiza el momento

jurídico posterior al término final del plazo o de sus renovaciones, es decir, el de la cesación de dichos efectos; pero en rigor, se trata de una única norma jurídica, referida al mismo fenómeno.

Ambos artículos imponen distinguir la caducidad de la hipoteca y la prescripción del crédito. La caducidad no se interrumpe, ni se suspende, ni es dispensable, y corre desde la inscripción. Por el contrario, la prescripción corre desde la fecha en que la deuda se vuelve exigible (doct. arts. 3956 y siguientes); es susceptible de suspensión e interrupción; cumplida puede ser renunciada (art. 3965); puede tornarse inadmisibles por falta de oportuna invocación (art. 3962, según Ley 17.711), o aún puede que sea dispensada cuando se dan los requisitos que al efecto exige la ley (art. 3980, según Ley 17.711), etc.

¿Cómo juegan una y otra figura? Hay coincidencia en que una vez ocurrida la prescripción del crédito, la garantía hipotecaria se vuelve ineficaz por vía refleja o indirecta en función del principio de accesoriedad (arts. 525, primera parte, y 3187), aunque el asiento registral continúe vigente hasta que se cumpla el plazo legal de caducidad si antes no se ordena su cancelación (art. 3199) (Ver, entre muchos, Salvat-Argañarás, “Derechos Reales”, Bs. As., Tea, IV, n° 2488, p. 283; Bono, Gustavo, en Zannoni-Kemelmajer, Código Civil comentado, Bs. As., ed. Astrea, 2009, t. 12 pág. 701). En términos enfáticos se sostiene: “El término de veinte años de la caducidad de la inscripción hipotecaria nada tiene que ver con el plazo de prescripción” (Highton, Elena, “Juicio hipotecario”, 2° ed., Bs. As., ed. Hammurabi, 2005, t. 2 pág. 218 n° 94).

De allí que se resuelva que “de conformidad a la característica de accesoriedad que corresponde atribuir a la hipoteca, la prescripción de la obligación principal prescinde por completo de la garantía hipotecaria y no se ve impedida en absoluto por la circunstancia de que no haya transcurrido el plazo veinteñal que señala el art. 3151 para la caducidad de la inscripción” (Cám. Nac. Civ. sala D, 26/9/1979, ED 14-749) y que “extinguida la obligación principal del acreedor por haberse operado la prescripción liberatoria del crédito garantizado por el derecho real de hipoteca, resulta clara la procedencia de la cancelación de ésta, que accedía a la obligación principal” (Cám. 2° Civ. y Com. de La Plata, sala I, 10/10/2002, EDial W163CO).-

4. Un precedente de esta Sala que analiza la situación del constituyente no deudor (3/11/2003, LS 331-065, publicado en Diario Judicial On Line 10/12/03 y Rev. Foro de Cuyo 61-2004-290).

Al igual que lo acontecido en esta causa, en el precedente que reseñaré, primero se tramitó la ejecución hipotecaria, el tercero hipotecante fue condenado en costas y la decisión pasó en autoridad de cosa juzgada sin que el deudor hubiese sido previamente citado. Por otro lado, el acreedor se adjudicó el inmueble objeto de la garantía. Posteriormente, los actores, mandatario y patrocinante en el proceso de ejecución hipotecaria llevado exclusivamente en contra del constituyente no deudor, intentaron escindir los efectos de la sentencia recaída en el principal: por un lado la condena principal, y por el otro las costas, y sobre la base de esa escisión los abogados iniciaron ejecución de honorarios para cobrarlos sobre otros bienes del patrimonio del condenado, distintos del inmueble hipotecado.

Más allá de la extensión del escrito recursivo, el tribunal entendió que sólo debía responder a la siguiente pregunta: Dado que en la ejecución hipotecaria el tercero hipotecante fue condenado en costas, y esa decisión pasó en autoridad de cosa juzgada ¿pueden los abogados iniciar ejecución de honorarios y cobrarse sobre cualquier bien del patrimonio de los condenados? En suma, el único tema a decidir era si resultaba arbitraria la decisión que negó autoridad de cosa juzgada a una sentencia dictada en juicio hipotecario, dados los siguientes hechos no controvertidos:

a) En el proceso hipotecario se demandó sólo al tercero hipotecario; no se citó al deudor.

b) La sentencia condenó al pago de las costas a la demandada vencida y reguló honorarios, sin otra precisión.

c) Los abogados pretenden cobrar al tercero hipotecario, condenado en costas, ejecutando otros inmuebles distintos al inmueble hipotecado.

En el caso, los recurrentes no discutían la afirmación de la sentencia relativa a que la ejecución hipotecaria había sido mal tramitada y la Sala señaló que este aserto coincidía con la jurisprudencia dominante en el país en tanto los jueces acogen “la excepción de inhabilidad de título deducida por el tercero constituyente de la hipoteca al haberse enderezado la ejecución en su contra sin intimar de pago al deudor principal, pues no es procedente la ejecución hipotecaria promovida sólo contra el tercero constituyente o

hipotecante no deudor, quien no puede ser condenado en forma directa y autó-noma, al afectarse su derecho de defensa por privarse al tercero hipotecante de las excepciones que pudo haber opuesto el deudor obligado (Ver, entre otros, Cám. Nac. Civ. sala H, 8/5/2002, LL 2002-F-158, y sus citas; ídem. Sala F, 25/9/1997, Doc. Jud. 1998-2-26 y LL 1998-B-16; ídem. Sala G, 8/5/1984, ED 110-433; conf. Cám. Civ. y Com. de Azul, sala 2°, 19/8/1997, JA 1998-I-407 y en La Ley Bs. As. 1998-363, y sus citas; ídem., 15/12/1994, La Ley Bs. As. 1995-257; Cám. 1° Civ. y Com. de San Juan, 27/2/1997, La Ley Gran Cuyo 1998-151; compulsar, igualmente, Peralta Mariscal, Leopoldo, “Juicio hipotecario”, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2002, pág. 405 y sus citas); por eso, el requerimiento que se le hace para pagar no es como deudor sino como tercero interesado en el pago; tiene derecho a pagar, mas no obligación” (Highton, Elena, “Juicio hipotecario”, Bs. As., ed. Hammurabi, 1996, t. 3 pág. 196, n° 315; compulsar, especial-mente n° 323, parágrafo en la que la autora explicita todas las razones que fundan esta opinión francamente dominante en doctrina y jurisprudencia).

Más adelante, reconoce que, dado que la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria había pasado en autoridad de cosa juzgada, la subasta del inmueble hipotecado había sido llevada a cabo lícitamente y, en este aspecto, el procedimiento ulterior a la sentencia era válido en tanto el tercero había renunciado a su derecho a que se demanda-se al deudor para que éste opusiera excepciones de las cuales él podía prevalerse.

No obstante, la cuestión era si esa sentencia pudo servir para que el acreedor pretendiese cobrar al tercero hipotecante el saldo no cubierto en la subasta. La Sala con-firmó la sentencia de grado y dio respuesta negativa a esa pregunta pues: (a) aunque la sentencia nada decía, existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial en torno a que al acreedor le está vedado ir sobre otros bienes del tercero: “El hipotecante no deudor, excepto que en la escritura respectiva se pacte algo distinto, responde únicamente con el inmueble, de modo que una vez rematado el mismo, el acreedor hipotecario sólo podrá continuar agrediendo patrimonialmente al deudor de la obligación, y no al tercero hipotecante” (Ver, entre muchos, Cám. Nac. Com. sala A, 29/8/2002, LL 2003-A-571 y en Doc. Jud. 2003-1-691; Arraga Penido, M., “Hipoteca: relaciones entre el hipotecante no deudor y el tercero poseedor en el código civil ante la reforma de la Ley 24.441”, JA 1997-III-1004). Él es sólo un “garante real”; responde con el inmueble afectado y no con sus otros bienes (Portillo, G.Y., “La hipoteca y su ejecución”, Rosario, ed. Fas., 1997, pág. 110); (b) Debe distinguirse entre la

condena en costas y el monto de los honorarios (aspectos que ya no podían ser modificados) y los bienes que pueden ser atacados por los acreedores. La distinción entre el crédito, su naturaleza y régimen, y los bienes sometidos a ejecución es clara; así, una sentencia puede disponer que siga la ejecución adelante, pero el acreedor sólo puede agredir y ejecutar los bienes embargables, no otros.

La Sala concluyó que esta distinción básica (crédito por un lado, bienes ejecutables por el otro) justificaba plenamente el decisorio recurrido en cuanto la sentencia –mal o bien dictada en la ejecución hipotecaria– sólo puede tener efectos sobre el bien hipotecado y no sobre otros bienes del demandado, porque conforme el régimen sustancial emanado del Código Civil el demandado no es deudor y, consecuentemente, no pueden ser agredidos otros bienes de su patrimonio, aunque exista una sentencia que los condene en costas.

VI. LA APLICACIÓN DE ESTAS NOCIONES A LOS MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN INVOCADOS POR EL RECORRENTE.

1. Motivos no audibles por notorio desconocimiento o manifiesta contradicción con el sistema normativo vigente.

Las nociones antes expuestas llevan a rechazar de plano, por notoriamente opuestos al sistema legal, de los siguientes agravios:

1.1. La supuesta imposibilidad de demandar al deudor principal como causal de suspensión o dispensa del curso de la prescripción.

El recurrente sostiene que: (a) como había optado por ejecutar la hipoteca, estaba impedido de iniciar demanda contra el deudor; (b) la sentencia recurrida lo obliga a iniciar una demanda que estaba destinada a ser rechazada ante las excepciones opuestas por el deudor.

Independientemente de la confusión entre dos figuras distintas, como son la suspensión del curso de la prescripción (art. 3983) y la dispensa de la prescripción ya ganada (art. 3.980), el régimen legal descrito en los puntos anteriores muestra que la mentada imposibilidad no existe.

El actor inició ejecución hipotecaria sin cumplir con lo prescripto por los arts. 265 del CPC de Mendoza y 3163 del CC. Tuvo la suerte de que los demandados no le opusieran la inhabilidad del título, pero de allí a sostener que estaba imposibilitado de actuar contra el deudor principal hay un salto lógico imposible de aceptar.

Aún desde su perspectiva (libre opción entre la ejecución hipotecaria al constituyente y ejecución al deudor principal) que se desentiende del carácter accesorio de la hipoteca, está claro que el régimen legal no le imposibilitaba iniciar demanda para ejecutar la obligación principal al deudor principal. No se trata que el tribunal lo “obligue” a iniciar demanda contra ese deudor, sino que si no lo hace, soportará las consecuencias del incumplimiento de una carga impuesta en su propio interés.

Consecuencia necesaria de lo expuesto es que la acción para reclamar la obligación principal está prescripta desde que el recurrente no discute que: (a) el plazo de diez años comenzó a computarse desde que el deudor principal cayó en mora; (b) la interpelación extrajudicial valió como causal de suspensión por un año (art. 3986 2º párrafo); (c) la presentación del deudor principal al proceso aconteció cuando había transcurrido el plazo de diez años desde que la obligación se hizo exigible sumado el plazo de suspensión.

1.2. No extinción de la garantía por no haber transcurrido veinte años desde la inscripción.-

Conforme lo explicado, el argumento relativo al incumplimiento del plazo de vigencia de los asientos registrales tampoco es audible, en tanto implica confundir la prescripción de la acción para reclamar el crédito y para ejecutar la hipoteca y la caducidad de la inscripción, figuras distintas que pueden convivir.

1.3. La violación del derecho de defensa en juicio y de igualdad procesal.-

El tribunal reconoce que la prescripción deducida como acción hubiese requerido de un procedimiento diferente al incidente, pero en contra del actor argumenta que él consintió el trámite.

El recurrente sostiene que no le quedaba otro remedio que responder, por lo que no existió un verdadero consentimiento. Su argumentación es inaudible. Las actuaciones procesales muestran que el actor contestó el incidente en lo sustancial, sin quejarse del trámite impreso, por lo que nada hay en la sentencia que la torne arbitraria cuando afirma que el actor consintió el procedimiento. Por lo demás, el quejoso no explicita qué prueba no pudo ofrecer ni qué argumento se vio impedido de invocar.

2. Primer motivo audible, pero improcedente. La cosa juzgada.-

2.1. Delimitación.

Dadas las argumentaciones vertidas en los párrafos anteriores, la queja que esta Sala debe responder es: ¿Pudo el tribunal de grado extender los efectos de la prescripción de la acción contra el deudor principal a la garantía hipotecaria siendo que existía condena contra los constituyentes de la hipoteca que había pasado en autoridad de cosa juzgada?

2.2. Las dos posiciones asumidas en este proceso.-

Por un lado, el tribunal de grado ha extendido los efectos de la extinción de la acción para reclamar el principal a la posibilidad de ejecutar el inmueble hipotecado sobre la base de una doble línea argumental: (a) el carácter accesorio de la hipoteca lleva a que aunque la garantía esté reconocida en una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, ella no puede subsistir si con posterioridad a la decisión judicial la acción para reclamar el principal se ha extinguido; la solución contraria contradice el sistema en tanto perduraría el accesorio pese a que el principal se ha extinguido; (b) La cosa juzgada se mantiene en tanto subsisten las razones que la motivaron (*rebus sic stantibus*) pero no cuando la situación sustancial se modifica por hechos posteriores, que no fueron ni pudieron ser analizados en la sentencia.

Por el otro, el recurrente, apoyado por el Sr. Procurador, sostiene que la cosa juzgada impide el juego de la prescripción aún cuando el plazo de prescripción de la acción para reclamar el principal se haya vencido con posterioridad a su dictado. Las consecuencias no dichas de esta posición son: (a) la acción para reclamar la deuda está extinguida pero no la acción para ejecutar el inmueble; (b) el inmueble debe subastarse, pero si hay algún saldo impago, el actor no tendrá a quién cobrarlo.

2.3. La carencia de precedentes jurisprudenciales específicos.

La situación que enfrenta el tribunal es absolutamente inusual; de allí la dificultad en encontrar decisiones jurisprudenciales que lo aborden.

El precedente de esta sala, antes referido, guarda algunas similitudes, pero también diferencias, con el caso a resolver; en el caso anterior, todas las cuestiones estaban vinculadas a las relaciones entre el constituyente de la hipoteca, el acreedor y nuevos acreedores nacidos del juicio (los abogados que pretendían sus honorarios); en éste, las relaciones incluyen al deudor y a la vida o extinción de las vías para reclamar la prestación principal; de cualquier modo, ese precedente resulta significativo en cuanto:

(a) Limitó los alcances de la cosa juzgada, en tanto marcó una línea divisoria entre la condena y los bienes que pueden agredirse.

(b) Dejó firme los actos cumplidos que respetaban la figura del constituyente no deudor (subasta), pero no admitió una ejecución posterior que violaría las reglas sustanciales que rigen a ese sujeto.

En la misma línea, para otra situación, la jurisprudencia cordobesa también limita los alcances de la cosa juzgada al resolver: “La inmutabilidad de la cosa juzgada se entiende siempre sometida a la una suerte de cláusulas rebus sic stantibus, esto es, subsiste mientras las cosas se mantienen como están; por ello, el efecto de la cosa juzgada que se desprende de la sentencia verificatoria, si bien impide la prescripción y caducidad del crédito reconocido en ella, no hace lo propio respecto al privilegio cuya vigencia requiere inexorablemente de la inscripción o de su subsistencia de acuerdo a las normas especiales que rigen la materia. El plazo de inscripción de la hipoteca vencido con posterioridad a la quiebra del deudor hace perder el privilegio al acreedor hipotecario por más que tenga a su favor sentencia firme de verificación del crédito y de la preferencia especial hipotecaria; con más razón, si nunca logró inscribirla registralmente en forma definitiva (Cám. 3° CC Córdoba, 10/3/2005, Actualidad jurídica de Córdoba, n° 82, 2005, pág. 5228; en el caso, se negó la compensación al acreedor que había adquirido en la subasta, aunque había sido reconocido como hipotecario, en tanto con posterioridad se había vencido el plazo de la inscripción provisional y nunca logró inscribir en forma definitiva).

2.4. Razones que imponen la confirmación de la sentencia.-

Explicaré por qué, conforme las especiales circunstancias de la causa, la sentencia no es arbitraria ni normativamente incorrecta, conforme las pautas antes reseñadas.

(a) Tengo claro que la situación se ha producido porque el actor no respetó las normas sustanciales y procesales que imponen interpelar judicial y previamente al deudor. En efecto, si el deudor hubiese sido demandado como indica el articulado antes reseñado, no se hubiese producido ni la prescripción de la acción para reclamar el crédito principal ni las demás consecuencias que la sentencia de grado extrae de esa premisa.

(b) Si la subasta del inmueble se hubiese realizado antes de la declaración de prescripción, ese acto procesal sería válido, en tanto los constituyentes de la hipoteca renunciaron a la defensa de la previa intimación al deudor. Ese momento procesal no acaeció,

entre otras razones que surgen del expediente, porque, como he relatado, durante largos períodos (primero un año y luego cuatro más), la ejecución adoleció de una enfermedad, cual es, la de los llamados “tiempos muertos del proceso” .

(c) Es verdad que la cláusula rebus sic stantibus requiere extrema prudencia en su aplicación, desde que, en alguna medida, afecta la seguridad jurídica; no obstante, como contrapartida, en el caso se invoca una figura jurídica (la prescripción) que se funda, precisamente, en ese mismo valor.

En otras palabras, la fortaleza de la cosa juzgada y el valor seguridad jurídica en el que ella se asienta se debilita frente a hechos posteriores, objetivos, que avalan una de las características de la hipoteca, cual es la accesoriedad y que tienen causa en otra figura jurídica que también encuentra fundamento en la seguridad jurídica.

En otros términos, aún desde la perspectiva del acreedor (libre opción de reclamar la obligación o la garantía hipotecaria) y existencia de cosa juzgada, la accesoriedad le imponía la carga de preservar la acción correspondiente al principal a los fines de evitar la extinción de una garantía cuya vida sustancial depende de la principal, independientemente de los avatares procesales de un proceso ejecutivo.

3. Segundo motivo audible, aunque improcedente: monto de los honorarios.

El recurrente se queja de que los honorarios hayan sido regulados sobre la base del art. 2 siendo que correspondía aplicar el art. 10 de la ley arancelaria local.

La queja también debe ser rechazada. En el mejor de los casos, y aunque le asistiera razón normativa, la sentencia se sigue manteniendo como acto jurisdiccional válido; en efecto, los honorarios regulados a los abogados de los incidentantes responden con justicia y equidad a pautas enumeradas en el art. 10 de la ley arancelaria; me refiero, especialmente, al mérito jurídico de la labor profesional y el resultado obtenido, la novedad del problema discutido y la probable trascendencia de la solución a que se llegue para casos futuros por lo que no habría razón para reducirlos.

V. CONCLUSIONES.-

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas de sala, corresponde el rechazo de los recursos deducidos.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. ROMANO, adhiere al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, DIJO:

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde rechazar los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos a fs. 22/38 y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada a fs. 243/248 vta. de los autos n° 38.227/10.102, caratulados: “ATUEL FIDEICOMISOS S.A. C/ J. L. Y OT. P/ HIP.” por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. ROMANO, adhiere al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTION LA DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, DIJO:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a la parte recurrente vencida (arts. 36 y 148 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. ROMANO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 29 de diciembre de 2.009.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

R E S U E L V E :

I. Rechazar los recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos a fs. 22/38 de autos y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada a fs. 243/248 vta. de los autos n° 38.227/10.102, caratulados: “ATUEL FIDEICOMISOS S.A. C/ GUILLEN J. L. Y OT. P/ HIP.” por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial.

II. Imponer las costas a la parte recurrente vencida.

III. Regular los honorarios profesionales devengados por el trámite de los recursos de inconstitucionalidad y casación, de la siguiente manera: Dres.: Waldo Sergio TORRES, en la suma de pesos CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE (\$ 4.320); Roberto Walter ESPASADIN, en la suma de pesos MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS (\$ 1.296);

Gustavo R. VENDRAMIN, en la suma de pesos TRES MIL VEINTI-CUATRO (\$ 3.024) y Mario Gustavo VENDRAMIN, en la suma de pesos NOVE-CIENTOS SIETE (\$ 907) (arts. 15 y 31 de la Ley 3641).

IV. Dar a la suma de pesos OCHENTA (\$ 80), de la que dan cuenta las boletas de depósito obrantes a fs. 1 y 2, el destino previsto por el art. 47 inc. IV del C.P.C.

Notifíquese.