



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Fojas: 77 En Mendoza, a tres días del mes de noviembre del año dos mil tres reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n 75.561 caratulada: "D'Gregorio, Stella Maris y Ot. en j 149.553/28.221 D'Gregorio, Stella Maris y Ot. c/ Trentacoste, María Cristina p/ Ejec. Hon. s/ Inc. Cas. s/ Inc. Cas.". Conforme lo decretado a fs. 75 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. Carlos E. Moyano. **A N T E C E D E N T E S.** A fs. 14/31 los abogados Stella Maris D'Gregorio y Gustavo Javier Pelliza, ambos por su propio derecho, deducen recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación contra de la sentencia dictada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones a fs. 68/79 vta. de los autos n 28.221/149.553 caratulados "D'Gregorio, Stella Maris y Ots. c/ Trentacoste, María Cristina p/ Ej. Hon.". A fs. 61 se admiten formalmente los recursos de Inconstitucionalidad y Casación deducidos y se manda correr traslado a la contraria, quien a fs. 64/69 contesta y solicita su rechazo con costas. A fs. 71/72 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien por las razones que expone, aconseja rechazar los recursos deducidos. A fs. 74 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 75 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal. 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 este recurso son, sintéticamente, los siguientes: 1. El 1/9/2000, en autos n 148.711 originarios del 11 Juzgado Civil, Comercial y Minas, Scotiabank Quilmes S.A. inició ejecución hipotecaria contra la Sra. María Cristina Trentacoste por la suma de U\$S 153.554. La abogada Stella Maris D'Gregorio actuó en representación de la entidad financiera, patrocinándola el abogado Gustavo Pelliza. Relató que la deuda tuvo origen en un reconocimiento y refinanciación de deuda efectuado por la deudora Marón Abihagle y Cia. S.R.L., siendo la Sra. María Cristina Trentacoste tercera hipotecante, tal como surge de la escritura pública que acompañó. La única demandada fue requerida de pago. Ante su incomparecencia, a fs. 37 se hizo lugar a la demanda, se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes, se declaró rebelde a la demandada y se la condenó a pagar la suma de U\$S 153.554, con más sus intereses compensatorios y punitivos pactados en la constitución de la hipoteca, IVA, impuestos que correspondan y costas. Esa decisión fue notificada en el domicilio especial, sin acudir nadie a los llamados del receptor notificador. Ejecutada la sentencia, se subastó el inmueble, previo rechazo de un incidente de nulidad interpuesto por la demandada. Resultó adjudicataria la

actora, aprobándose la cuenta de gastos del martillero. 2. El 25/9/2001, en autos n 149.153 caratulados "D'Gregorio, Stella Maris y Ot. c/ Trentacoste, María Cristina", los profesionales intervinientes iniciaron proceso por ejecución de honorarios, por ante el mismo tribunal. Relataron que la suma reclamada (\$20.729,79) provenía de los honorarios regulados en los autos n 148.711. Requerida de pago, la demandada excepcionó por falta de legitimación sustancial pasiva. Sostuvo que la Sra. María Cristina Trentacoste nunca asumió el carácter de co-obligada o co-deudora, solidaria o no, ni principal pagadora o fiadora de la deuda contraída. Ella responde exclusivamente con el inmueble gravado con hipoteca, tal como lo afirma el art. 3121 del C. Civil. Los abogados actores solicitaron la traba de un embargo sobre otros inmuebles de la demandada. 3. A fs. 31/33 el juez de primera instancia admitió la excepción opuesta por la demandada y, en consecuencia, rechazó la ejecución de honorarios. Apelaron los ejecutantes. A fs. 68/79 la Segunda Cámara de Apelaciones confirmó el decisorio, con estos fundamentos: a) La controversia a resolver es la consecuencia del desacierto procesal y de fondo en que incurre la actora en el principal y los letrados que la asisten al iniciar la ejecución hipotecaria exclusivamente contra la tercera constituyente de la hipoteca, caución real en la que la tercera no asumió el pago del mutuo en cuya garantía aquélla se constituyera, soslayándose, concientemente, el requerimiento de pago y la intervención obviamente en el proceso compulsorio del titular pasivo de la obligación, único obligado con su patrimonio, al pago de la misma. No hay duda que la deudora era Marón Abihagle y Cia. S.R.L.; María Cristina Trentacoste fue sólo una tercera hipotecante. Así lo reconoce expresamente la actora al relatar los hechos en la ejecución. El carácter que asume esta tercera que se limita a otorgar la garantía inmobiliaria sin asunción de la deuda, surge del instrumento público que sirve de base a la ejecución y resulta conocido para la actora y sus profesionales, hoy ejecutantes de los honorarios que fueran regulados en aquel decisorio. Extraña que lisa y llanamente se demandara directamente por el pago total de la deuda a la tercera hipotecante. Este procedimiento no sólo ha importado violentar expresas disposiciones de la legislación formal (art. 265 del C.P.C.), sino disposiciones insoslayables de la ley de fondo (art. 3163 del C.C.), de verdadera naturaleza procesal que el código de forma se limita a reglar. En efecto, el art. 3163 exige que antes de pedir el pago de la deuda al tercer poseedor, asimilado al tercero constituyente, el acreedor debe intimar al deudor al pago del capital y de los intereses exigibles en el término de tres días, y si éste no lo verificase, podrá recurrir al tercer poseedor exigiéndole el pago de la deuda o el abandono del inmueble. En la nota al art. 265 el codificador provincial explica que el artículo instrumenta las disposiciones del Código Civil respecto del tercer poseedor del inmueble hipotecado. Por eso la norma procesal dispone que "si la hipoteca hubiese sido constituida por un tercero, o el deudor hubiera transferido el inmueble hipotecado, se requerirá al tercer poseedor para que pague la deuda o abandone el inmue-



PODER JUDICIAL MENDOZA

ble, y se lo citará para defensa como al deudor y después de haber sido éste requerido". Tanto la actora en el principal como sus profesionales que hoy pretenden cobrar al tercer constituyente los honorarios que se regularon en la sentencia que recayera en tan anómalo procedimiento, violaron estas normas al omitir al deudor de la obligación; por lo tanto, las condenas recaídas en esa ejecución no pueden tener un alcance diferente al que el derecho de fondo determina, tal como lo ha sostenido el inferior en el decisorio resistido, y lo han reconocido la actora al responder a la excepción de falta de legitimidad pasiva interpuesta por la ejecutada, aunque pretendan escindir dicha sentencia, que decide la prosecución del trámite de la ejecución, que conllevaría la condena al pago de la suma reclamada, como si la accionada María Cristina Trentacoste fuese quien adeuda; se pretende que ésta cargue con las costas entendiendo que esa sentencia constituiría un título autónomo que autorizaría a perseguir el cobro de los honorarios no obstante precisas normas de la legislación de fondo (arts. 3121 y 3265), que determinan con toda precisión los límites de la responsabilidad de esas condenas al regular la situación del tercero hipotecante de una caución real. b) La condena en costas recaída a fs.37 es accesoria de la sentencia; le corresponde igual alcance, y por lo mismo, la escisión pretendida por los abogados otorgando una naturaleza procesal distinta a la sustancial no corresponde. Esa sentencia no puede conceder más derechos que los que la legislación de fondo determina explícitamente. c) Los actores no ignoraban ni podían hacerlo (art. 923 C. Civil) los alcances de la resolución que obtuvieran soslayando la intervención en el proceso hipotecario compulsorio del deudor de la obligación. Para explicar la situación del tercer poseedor del inmueble hipotecado la doctrina francesa ha recurrido a la figura de la obligación propter rem; se asimila a la figura de un tercero por deuda ajena que no la asume; él no debe, sino con el inmueble. Así surge claramente de la doctrina francesa fuente del codificador, por eso puede romper ese vínculo haciendo abandono del inmueble. Sólo ese sentido puede otorgarse a la sentencia recaída a fs. 37 del principal, cuyo reconocimiento como tercer hipotecante nace desde el inicio del proceso compulsorio, tanto por el banco actor como por los letrados que lo asistieron. El tercer poseedor, lo mismo que quien constituyó hipoteca sobre inmueble propio en garantía de deuda ajena soporta una ejecución (distracción, en sentido histórico jurídico que tiene su origen en la bonorum distractio). La necesidad en que se encuentra de tolerar la acción es el reverso directo del derecho real de hipoteca. El deber jurídico del tercer poseedor (en nuestro caso tercera hipotecante) presenta la siguiente nota distintiva: no es un deber in faciendo; consiste en pagar la deuda o abandonar el inmueble, porque si no hace lo uno ni lo otro, no incurre en responsabilidad personal; cumple su deber con sólo dejar hacer; el acreedor hipotecario tiene la facultad de perseguir la subasta del inmueble para cobrarse con su precio, pero debe hacerlo como acto propio. El derecho de abandono tiene como consecuencia facilitar el ejercicio del derecho real de hipoteca, o sea, la realización del crédito con el

producto de la subasta judicial, pero no implica renuncia a la propiedad ni, por lo tanto, al remanente del precio que quede luego de cubierta la obligación. El saldo es del poseedor, quien puede rescatar la cosa desinteresando al hipotecario ejecutante (arts. 3169 y 3176 del C.C.). En suma, como dice Laurent, el acreedor no puede demandar al tercer poseedor ni el abandono ni el pago; no le puede demandar nada porque no le debe nada; el abandono no es un derecho del acreedor. Esta solución está clara en el art. 3165 del C. Civil: "rehusándose a pagar la deuda hipotecaria y a abandonar el inmueble, los tribunales no pueden pronunciar condenaciones personales a favor del acreedor, y éste no tiene otro derecho que perseguir la venta del inmueble". O sea, si no hace lo uno ni lo otro, su situación se mantiene exactamente igual que antes; sólo debe tolerar la expropiación de su inmueble. En consecuencia, las críticas que los quejosos efectúan en el sentido que la tercera hipotecante tuvo posibilidad de defenderse en juicio porque se la requirió de pago confiriéndole la posibilidad de allanarse poniendo el bien a disposición de la actora, que además consintió la sentencia, etc., carece de asidero, y de modo alguno afectan al alcance y límites que el proceso tiene respecto a la expropiación exclusiva del inmueble. Su titular, y en este carácter, estaba dirigido el requerimiento, pues los inmuebles no pueden demandarse en sí mismos, no estaba obligado personalmente a nada. Simplemente dejó hacer, y por lo tanto, ninguna condenación pueden los tribunales dictar contra ese tercero, ni surgir del decisorio que hace lugar a la suma reclamada e impone costas por la labor desarrollada pues el tercer hipotecante nada debe; sólo el inmueble responde por los créditos. Por lo tanto, la inclusión del tercer constituyente de la caución real que no asume la deuda como obligado al pago de las costas es indebida. Este es el criterio seguido por el tribunal en el pronunciamiento citado por el juez a-quo (L.S. 89-438). En ese proceso se demandó a la parte deudora del mutuo, al tercer hipotecante y a su cónyuge, que simplemente se limitó a prestar el asentimiento conyugal. El juez de primera instancia ordenó proseguir la ejecución contra los tres en calidad de deudores solidarios; al apelarse la sentencia se hizo lugar al recurso de la esposa del hipotecante; el hipotecante planteó la inhabilidad de título y la nulidad del procedimiento por haberse requerido concomitantemente con el deudor; como carecía de interés jurídico, puesto que había tenido posibilidad de defenderse, no cabía hacer lugar a la nulidad; no obstante, se dejó sentado cuál era el procedimiento correcto y se dejó expresamente aclarado, que no obstante el rechazo de las excepciones, el recurrente no podía ser condenado al pago del monto reclamado sino que sólo responderá, si no hace uso de la opción de abandono, con el inmueble hipotecado. Se aclaró que dentro de esos límites, debía admitirse el recurso y, consecuentemente, se dispuso que la ejecución siguiese adelante, hasta el límite en que se constituyó la garantía hipotecaria. d) Pretender escindir la sentencia (por un lado la condena, y por el otro las costas, como lo reclaman los abogados ejecutantes) es incorrecto. Éstos reconocen que en cuanto la obligación del tercero hipotecan-



PODER JUDICIAL MENDOZA

te, derivada de la relación material, se limita al valor del bien hipotecado y que sólo responde hasta el valor del bien gravado, no pudiendo ser perseguido en forma personal sobre el resto de los bienes, pero pretenden que esto no rija respecto de las costas. El planteo es incorrecto. La sentencia no hace sino fijar el monto de la deuda por la que ha de prosperar la acción; esto es, capital, intereses y demás accesorios, entre ellos las costas, regulándose honorarios a tal efecto a los profesionales intervinientes en el proceso compulsorio, a efectos de ser cobrados sobre el inmueble cuya venta se persigue, con la finalidad de cancelar estos rubros con el producido, sin que pueda pretenderse continuar por el saldo no cubierto por el precio obtenido en la subasta contra el patrimonio personal de la constituyente de la hipoteca. e) Los abogados pretenden que de la condena recaída sobre el inmueble surge un título autónomo, legítimo, constitutivo de derechos, independientemente de la limitación establecida en el Código Civil, dada la naturaleza procesal de la condena en costas. La contradicción es evidente, pues con el mismo criterio, la condena recaída sobre la tercera hipotecante, que incluye las costas, habilitaría al acreedor a perseguir el saldo insoluto al tercero hipotecante contra el resto de su patrimonio personal porque tal sentencia condenatoria lo habilitaría. En definitiva, esto es lo que pretenden los quejosos, bajo una pseudo autonomía de la condena en costas, sin advertir que ella está incluida en la condena genérica que debe cancelarse con la venta del inmueble. No existe la tal pregonada autonomía. Su pretensión implica hacer surgir una condena personal contra el tercer hipotecante, dirigida a su patrimonio personal, siendo que el inmueble se lo adjudicó el acreedor, con consentimiento expreso de sus profesionales, quienes del monto obtenido del precio debían cobrarse sus acreencias para lo cual tienen concedido un privilegio indiscutido (arts. 3879 y 3937 C.Civil). Las costas y los honorarios no son sino consecuencia de la labor realizada para obtener la subasta del inmueble y cobrarse, sin intervención del deudor, a cuyo cargo hubieran estado las costas generadas por el proceso conforme surge de la escritura hipotecaria; por eso, las aquí devengadas sólo han favorecido al acreedor (aparte de estar cubiertas también por el inmueble hipotecado) que incurrió en la anomalía procesal puesta de resalto al comienzo. Consecuentemente, están a cargo del acreedor, y deben cancelarse con el producido por la expropiación del inmueble, sin afectar el patrimonio de la tercera hipotecante. Si los apelantes pretenden beneficiar a su acreedor favorecido con la adjudicación in totum del inmueble, allá ellos. Desamparados no han quedado, pues les resta la facultad establecida en el art. 38 del C.P.C., como así que su mandante ejecute al verdadero deudor y logren el cobro del saldo de la acreencia del mismo. II. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO. 1. Los agravios del recurrente. El recurrente sostiene que la decisión recurrida es arbitraria por falta de fundamentación suficiente, atacar la cosa juzgada y la seguridad jurídica. Argumenta del siguiente modo: a) En autos n 148.711 "Scotiabank Quilmes S.A. c/ Trentacoste, María Cristina p/ Ejec.

Hip." se hizo lugar a la demanda contra María Cristina Trentacoste, por la suma reclamada con más los intereses pactados y las costas del proceso. Esta resolución fue consentida por la accionada, y al momento del inicio de la ejecución de honorarios, se encontraba firme y ejecutoriada. Aunque al resumir los fundamentos del recurso de apelación, el tribunal hizo mención a los agravios, luego en la fundamentación los omitió, limitándose a profundizar otros relativos a la relación sustancial. b) La Cámara, excediendo el marco del recurso, introdujo argumentos equivocados. El art. 3165 establece que los tribunales no pueden pronunciar condenaciones personales "a favor del acreedor"; el tribunal no advierte que al momento de la ejecución hipotecaria, los abogados no ostentaban el carácter de acreedores; esta calidad fue adquirida luego de haber desarrollado la actividad profesional en el proceso en el que se regularan los honorarios y se impusieron las costas. En los términos y alcances del art. 3165 del C. Civil, el acreedor era y es el Scotiabank Quilmes S.A. c) La sentencia de Cámara pretende otorgar a la de primera instancia un alcance que va más allá de lo que expresa. En opinión de los camaristas es "obvio" algo que no fue escrito ni que puede ser inferido de las resoluciones que se analizan. La resolución de primera instancia impone las costas en lo que prospera la demanda a los accionados y en lo que se rechaza a la parte actora; impone las costas a los "terceros hipotecantes" sin establecer límites, ni condicionamientos a esa responsabilidad; el imperioso juego de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica impiden avanzar en una interpretación del resolutivo que exceda lo expresado por escrito; o sea, lo que es obvio, que salta a la vista, es esa condena; el resto forma parte de un campo abstracto, que tal vez llegue a encuadrarse en el espacio de la reserva mental del juez, pero que no puede modificar o ampliar lo que taxativamente se reflejó en el pronunciamiento judicial que se analiza. d) Si bien la doctrina judicial de la Corte que obliga es la dictada en pleno, los fallos emitidos por las salas del órgano máximo de la justicia provincial son moralmente obligatorios, y los tribunales inferiores deben adecuarse a ellos; la Cámara ha omitido los pronunciamientos que reflejan la doctrina de la Corte sobre el tema. Las sentencias de esta Corte son claras en el sentido que la condena en costas responde a las siguientes características: las costas son de naturaleza procesal; son un accesorio de la sentencia y carecen de vinculación con la relación sustancial; se imponen partiendo del hecho objetivo de la derrota y comprende al sujeto del proceso que pudo evitar la contienda y no lo hizo; son impuestas para resarcir al vencedor de los gastos realizados o los que se generen durante el proceso, que de otro modo se verían menguados; los honorarios profesionales forman parte de la condena en costas, constituyendo su sector más importante; la condena en costas habilita a los profesionales a perseguir al condenado; el condenado es responsable de las costas más allá de las limitaciones que surgieren de la obligación principal que dio lugar a la contienda. Todos estos principios han sido admitidos por los tribunales de apelaciones. 2. Algunas reglas liminares que



PODER JUDICIAL MENDOZA

dominan el recurso de inconstitucionalidad en la provincia de Mendoza. Esta Sala tiene dicho que la arbitrariedad fáctica es canalizable a través del recurso de inconstitucionalidad, pero con el mismo criterio rector de la Corte Federal, 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 hacer de ésta una tercera instancia ordinaria contraviniendo todo el sistema constitucional recursivo. En esta línea de pensamiento, ha dicho que "la tacha de arbitrariedad requiere que 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" (L.S. 188-446; 188-311; 192-206; 209-348, 238-106; 271-201; 271-328; 272-35; 272-469, etc.). Consecuentemente, el recurso 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 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 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 L.A 90-472; L.A 120-363; L.S 240-215; L.S 276-86; L.S 276-96; L.S 271-239; L.S 270-277).

3. El núcleo duro del agravio. Más allá de la extensión del escrito recursivo, el recurso podría reducirse a la siguiente queja: Dado que en la ejecución hipotecaria el tercero hipotecante fue condenado en costas, y esa decisión pasó en autoridad de cosa juzgada, los abogados pueden iniciarle ejecución de honorarios y cobrarse sobre cualquier bien del patrimonio de los condenados.

4. La cuestión a decidir. Consecuentemente, el único tema a decidir en este recurso de inconstitucionalidad es si resulta arbitraria la decisión que niega autoridad de cosa juzgada a una sentencia dictada en juicio hipotecario, dados los siguientes hechos incontrovertibles: a) En el proceso hipotecario sólo fue demandado el 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.

5. Un aserto jurídico no controvertido. La ejecución hipotecaria fue mal tramitada; los recurrentes no contradicen, con argumentos convincentes, este punto inicial del razonamiento judicial. Por lo demás, el aserto contenido en la sentencia recurrida es aceptado por la jurisprudencia dominante en el país; en efecto, 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 autónoma, 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, J.A 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; sólo tiene el derecho a pagar, mas no obligación (Highton, Elena, Juicio hipotecario, Bs. As., ed. Hammurabi, 1996, t. 3 pág. 196, n 315; compulsar, especialmente n 323, párrafo en la que la autora explicita todas las razones que fundan esta opinión francamente dominante en doctrina y jurisprudencia).

6. La cosa juzgada sobre el crédito. En el caso, la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria pasó en autoridad de cosa juzgada; consecuentemente, la subasta del inmueble hipotecado fue lícitamente llevada a cabo. Ahora bien, esa sentencia fue válida en tanto y en cuanto se ejecutó el inmueble hipotecado; en otros términos, el tercero renunció a su derecho a que se demandase al deudor para que éste opusiera excepciones de las cuales él podía prevalerse. La cuestión es si esa sentencia pudo servir para que el acreedor pretendiese cobrar al tercero hipotecante el saldo no cubierto en la subasta; la respuesta es negativa, pues aunque la sentencia nada dice, los propios recurrentes reconocen que al acreedor le estaba vedado ir sobre otros bienes del tercero. Tampoco existe discrepancia doctrinal ni jurisprudencial sobre este aspecto: "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, J.A 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).

7. La ejecución por el saldo deudor del acreedor y la ejecución de los honorarios de los abogados que asistieron al acreedor. Los recurrentes sostienen que la sentencia es arbitraria por no distinguir entre el crédito del acreedor no cubierto por la hipoteca (no demandable al tercero hipotecante) y el crédito de los abogados (sí demandable, por emanar de la sentencia, de naturaleza constitutiva y autónoma, pasada en autoridad de cosa juzgada, no comprendida en la prohibición del art. 3165, referida a las condenaciones personales a favor del acreedor, pero no de sus



PODER JUDICIAL MENDOZA

abogados). En mi opinión, ninguna de estas razones alcanza para anular la sentencia recurrida por el vicio denunciado. Explicaré por qué: a) Una cosa es la condena en costas y el monto de los honorarios; otra, 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 muy clara; así, una sentencia puede disponer que siga la ejecución adelante, pero el acreedor sólo puede agredir y ejecutar los bienes embargables, no otros. Por lo demás, la diferencia subyace en diversos precedentes de esta Sala (Ver, por ej., en materia de consolidación de pasivos del Estado y bienes que resultan embargables, decisión del 29/9/2000, L.S 297-295, publicada en Foro de Cuyo 45-272, LL 2001-C-445 y ED 195-579; allí se explica que una cosa es que el crédito esté o no consolidado; otra sobre qué bienes puede ser ejecutado si no lo está). b) Esta distinción básica (crédito por un lado, bienes ejecutables por el otro) justifica plenamente el decisorio recurrido en cuanto sostiene que la sentencia dictada -mal o bien- 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. c) El carácter constitutivo de la condena en costas en nada impide esta conclusión. En efecto, constitutivo o no, la cuestión es si la condena puede alcanzar otros bienes del constituyente. En este sentido, los recurrentes se han abroquelado en la cosa juzgada, pero no han atacado el punto de partida del decisorio, cual es que el tercer constituyente de una hipoteca que no asumió la deuda no es deudor, y sólo responde con la cosa hipotecada. Por lo demás, que el crédito de los abogados haya nacido recién con la sentencia no hace perder a las costas su carácter accesorio. La naturaleza accesorio de las costas ha sido reconocida por esta Sala en diversos pronunciamientos, especialmente, cuando declara no recurrible la cuestión costas si no lo es la decisión que las impuso (Ver, entre otros, L.A 104-258; 124-295; 126-227).

4. Conclusiones del recurso de inconstitucionalidad. Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis distinguidos colegas, corresponde el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO. 1. Los motivos de la casación deducida. Los recurrentes denuncian inaplicación de los arts. 35, 36, 37 y 38 del C.P.C. Argumentan del siguiente modo: a) La Cámara atribuye la situación planteada al desacierto procesal y de fondo en el que incurrió la actora en el principal al iniciar la ejecución hipotecaria. Si tal desacierto procesal y sustancial existió, debió ser corregido por el juez de primera instancia; sin embargo, la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria, pasada en autoridad de cosa juzgada, impide al magistrado de la apelación volver sobre el particular, por no ser ello objeto del recurso de apelación. Si el desacierto procesal es imputable al juez de primera instancia, ello acaeció por haberse fundado en una resolución de la propia Cámara, que aunque ahora trate de modificarlo, resolvió en

el mismo sentido, o sea, imponiendo sin límites las costas al tercero hipotecante que litigó sin razón. b) El tribunal afirma que es una herejía jurídica sostener que si el poseedor no paga queda obligado por las deudas inscriptas sobre el inmueble. En realidad, lo que constituye una herejía jurídica es que un juez de segunda instancia se exprese de modo tan confuso y contradictorio. El título para ejecutar los honorarios surge sin duda alguna de una sentencia, y no en condicional como lo pretende el tribunal. c) La sentencia recurrida sostiene que no es necesario analizar el carácter que asume en la convención hipotecaria la tercera persona que no asume la deuda, desde que ese carácter surge claro del instrumento público que sirve de base a la ejecución, siendo también conocido por el ejecutante y sus profesionales, a punto tal que los abogados han reconocido, con buena fe procesal, que su mandante, el Scotiabank no puede prevalerse de condenaciones personales contra María Cristina Trentacoste (titular del inmueble hipotecado); proclama como desacierto procesal del banco actor y sus profesionales haber omitido requerir de pago al deudor personal de la obligación; sin embargo, este proceder está fundado en una opción, cual fue demandar en la ejecución hipotecaria sólo a la tercera hipotecante, sin duda también deudora, carácter asumido por instrumento público; esta opción no ha significado en la práctica su indefensión, pues tuvo todas las posibilidades de ejercer sus derechos; tampoco configura un vicio procesal no convalidable, a punto tal que se dictó sentencia en la ejecución hipotecaria que pasó en autoridad de cosa juzgada. d) La Cámara proclama que no avanzará en el análisis de la cuestión de fondo, actitud correcta desde que no fue sometida a su decisión, pero lo hace, y dedica a ello gran parte de sus fundamentos explayándose respecto de las figuras del tercer poseedor, asimilada por la doctrina al tercero hipotecante. Estos fundamentos, lejos de dilucidar la cuestión sometida a resolución, producen el efecto contrario. El tribunal se aparta de la cuestión discutida, que es la condena en costas que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, para argumentar en torno a la figura del tercer poseedor. En consecuencia, resultan inaplicables los artículos mencionados, cuales son los arts. 3265, 3195 y 3131 del C. Civil. e) La sentencia atacada argumenta que la decisión recaída en la ejecución hipotecaria carece de autoridad de cosa juzgada por haber recaído en un procedimiento anómalo y por llevar a la condena a la accionada María Cristina Trentacoste como si ella fuese quien adeuda, convalidando así un título anómalo. El argumento también es erróneo desde que en ese procedimiento se otorgó a la hipotecante todas las garantías que hacen a su derecho de defensa, dictándose sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada. La seguridad jurídica impone que no pueda volverse sobre ese pronunciamiento. f) El tribunal sostiene que bajo la pseudo autonomía de la condena en costas no puede nacer una obligación inexistente dirigida al patrimonio personal del tercero pues el inmueble se lo adjudicó el acreedor, con consentimiento expreso de sus profesionales, siendo que del monto obtenido en el precio de la subasta debían cobrarse sus acreencias, para lo cual



PODER JUDICIAL MENDOZA

tienen concedido un privilegio indiscutido. El argumento es también erróneo. La pseudo autonomía no es tal desde que toda la jurisprudencia admite la autonomía de la condena en costas; la condena personal contra el tercer hipotecante no contradice la legislación de fondo pues las costas no han sido impuestas a favor del acreedor hipotecario sino de los profesionales intervinientes en el proceso. El derecho de los profesionales a cobrarle a su mandante es una facultad concedida por el art. 38 del C.P.C., pero nunca una obligación. g) La Cámara asevera que los profesionales apelantes reconocen que el art. 3165 impide pronunciar condenaciones personales a favor del acreedor, quien no tiene otro derecho que perseguir el inmueble, pero pretenden oponerse a esta conclusión con la sola invocación de la naturaleza autónoma y constitutiva de la condena en costas. Olvida el tribunal que la escisión pretendida ha sido reconocida por el propio tribunal y por esta Corte; es indicativo que el sentenciante denomine a la tercera hipotecante como "la condenada", carácter que debe asignarse a la Sra. María Cristina Trentacoste, conforme surge de la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria. h) La sentencia también dice que las costas y honorarios comprendidos en la sentencia recaída en la ejecución hipotecaria es una condena genérica, consecuencia de la labor realizada para obtener la subasta del inmueble para el pago del crédito ejecutado. La Cámara reconoce pues el fundamento de la queja; las costas impuestas a la tercera hipotecante son ni más ni menos, que la consecuencia de la labor desarrollada por los profesionales para lograr la subasta del inmueble, labor que mediando una actitud distinta de la hipotecante, una vez notificada, hubiera sido de menor entidad, y seguramente, no generadora de honorarios a su cargo. i) Finalmente, el tribunal alega que si los apelantes quisieron beneficiar al acreedor favorecido con la adjudicación in totum del inmueble, allá ellos, pero que no pueden oponer esa conducta al tercero; que tampoco han quedado desamparados pues les resta la facultad establecida en el art. 38 del C.P.C., como así también que su mandante ejecute al verdadero deudor y logre el cobro del saldo de la acreencia. La fundamentación es también errónea; la pretensión de los abogados es cobrar al condenado en costas; que el mandante haya adquirido el inmueble en subasta es sólo una vicisitud que puede presentarse durante la tramitación de un proceso y responde a expresas directivas del poderdante. Por lo demás, es inusual que un magistrado indique a los abogados cuál de las opciones conferidas por el art. 38 debe seguir; se trata de una facultad que el tribunal no puede negar. j) En definitiva, el sentenciante confunde la calidad de acreedor del mutuo originario con la situación de los profesionales, hoy recurrentes. Los abogados no ostentaban, ab initio, la calidad de acreedores de la Sra. Trentacoste. Adquirieron esa calidad como consecuencia de la labor desarrollada. 2. Algunas reglas liminares que dominan el recurso de casación en la provincia de Mendoza. Esta Sala ha resuelto, 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 (L.S 194-316; 208-246; L.A. 96-73). Por esta razón, afirma que no es canalizable por la casación un agravio que implica revisar los alcances de los escritos judiciales ni los de la cosa juzgada (L.A. 89-166; 91-36; 104-6). También ha decidido 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 (L.S 67-227; L.A 86-153; 98-197).

3. La aplicación de estas reglas al sublite. El rechazo del recurso de inconstitucionalidad y las reglas antes reseñadas han sellado la suerte del recurso de casación. Explicaré por qué: a) La cuestión relativa a la cosa juzgada no es audible en la casación y ha sido suficientemente analizada al abordar el recurso de inconstitucionalidad. Una cosa es el título del que surgen los montos de honorarios y la condena en costas y otra los bienes que pueden ser ejecutados. b) No haber ejercido su derecho de defensa en la ejecución hipotecaria no priva al hipotecante de su derecho a que no se ejecuten sus otros bienes pues en la ejecución hipotecaria él fue demandado, como lo dice la sentencia recurrida, en su calidad de tercero hipotecante; por lo tanto, la sentencia sólo lo podía condenar en este carácter. c) No es verdad que la única cuestión discutida fue si había o no cosa juzgada sobre el crédito; por el contrario, la defensa del hipotecante, en el momento en que se quiso agredir otros bienes, fue si los letrados tenían o no ese derecho siendo que su crédito nacía de una ejecución en la que el crédito principal no autorizaba esa agresión. De allí que no exista errónea interpretación o aplicación de los arts. 3265, 3195 y 3131 del C. Civil. e) La seguridad jurídica no está comprometida en estos autos. En efecto, ni la sentencia recaída en la ejecución hipotecaria menciona los bienes que puede alcanzar, ni afecta los derechos de terceros no intervinientes en la ejecución hipotecaria, sino exclusivamente los intereses de los letrados que, precisamente, incurrieron en el error de demandar al hipotecante sin citar al deudor. f) El tribunal no obliga a los profesionales ni les sugiere optar por un deudor u otro; simplemente les señala que si pretendían cobrar al tercer hipotecante sólo podían hacerlo sobre el bien hipotecado y no sobre otros bienes. La aseveración es correcta; no encierra ningún error. En efecto, a diferencia de lo que dicen los recurrentes, sus honorarios fueron regulados en un proceso en el que el constituyente NO ocasionó actividad judicial suplementaria. Me explico: el tercero no dedujo excepciones finalmente rechazadas, no creó la necesidad de actividad profesional específica; cuando se presentó, con postero-



PODER JUDICIAL MENDOZA

ridad a la sentencia en la que se regularon los honorarios ejecutados, interpuso un incidente que luego desistió. Consecuentemente, no existe razón alguna para afirmar que de ese expediente nacieron créditos contra quien no es deudor a la luz de una actividad procesal finalmente improcedente. g) La condena de la hipotecante, pues, lo era en su calidad de tal y no en otra calidad nunca nacida ni generada. Nada hay de erróneo desde el punto de vista normativo, en una sentencia que califica de genérica aquella condena. h) En definitiva, ninguna confusión existe en el sentenciante; la naturaleza accesoria de la condena en costas impide, en un caso como éste en el que el hipotecante no produjo actividad procesal suplementaria, que los letrados encuentren ampliada la garantía patrimonial; es decir, que puedan agredir bienes que nunca pudieron ser agredidos por el acreedor. 4. Conclusiones del recurso de casación. Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas del tribunal, corresponde el rechazo del recurso deducido. Así voto. Sobre la misma cuestión el Dr. MOYANO adhiere por sus fundamentos al voto que antecede. A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, pues ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. Así voto. Sobre la misma cuestión el Dr. MOYANO adhiere al voto que antecede. A LA TERCERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo: Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte recurrente que resulta vencida (Arts. 36-I y 148 del C.P.C.). Así voto. Sobre la misma cuestión el Dr. MOYANO 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, 3 de noviembre de 2003. 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 deducidos a fs. 14/31 de autos. II. Imponer las costas a la parte recurrente vencida. III. Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de inconstitucionalidad a los Dres.: Natividad Cristina MARIN, en la suma de pesos OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (\$ 895) y Carlos Alberto CUCCHI, en la suma de pesos DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 268,50) (Arts. 15 y 31, Ley 3641). IV. Regular los honorarios por la actividad profesional cumplida en el trámite del recurso de casación a los Dres.: Natividad Cristina MARIN, en la suma de pesos OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (\$ 895) y Carlos Alberto CUCCHI, en la suma de pesos DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 268,50) (Arts. 15 y 31, Ley 3641). Notifíquese. Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. Fernando ROMANO por encontrarse en uso de licencia (Art. 88 apart. III, C.P.C.). Secretaría, 03 de noviembre de 2003.

Obtener Outlook para Android