

Título: Implicancias del principio de accesoriedad de la hipoteca

Autor: Negroni, María Laura

Publicado en: LLGran Cuyo2010 (abril), 223

Cita Online: AR/DOC/1251/2010

Sumario: I. El caso. — II. El tercer constituyente de la hipoteca. — III. Aplicación del principio de accesoriedad.

I. El caso

La Suprema Corte de Mendoza rechazó los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por un acreedor hipotecario que pretendía continuar con los trámites de ejecución de sentencia de un inmueble gravado con derecho real de hipoteca en contra de los constituyentes no deudores, cuando el deudor principal no había sido requerido de pago. Transcurrido el término de la prescripción liberatoria del crédito, el deudor se presenta en el proceso y solicita se declare -incidentalmente- la prescripción del principal y la consecuente extinción refleja de la garantía accesoria. Este planteo se rechazó en primera instancia pero la sentencia fue apelada y revocada en la alzada, la Cámara resolvió declarar prescripta la acción del crédito y extinguida la hipoteca.

II. El tercer constituyente de hipoteca

En el caso en comentario no se discutió cual era la posición jurídica de los sujetos involucrados. Queda claro que los constituyentes de la hipoteca no se habían erigido como deudores, por lo que la situación jurídica de los sujetos originalmente demandados quedaba al amparo del art. 3121 del Cód. Civil [\(1\)](#).

Esta norma patentiza la existencia necesaria de dos elementos en la relación jurídica hipotecaria: el crédito y la hipoteca. Los sujetos intervinientes en uno y otro elemento pueden ser distintos porque el sujeto pasivo del crédito no es necesariamente quien constituye el gravamen sobre el inmueble. La responsabilidad de este constituyente no deudor se limita al inmueble sobre el que asienta la hipoteca.

En el supuesto del constituyente de hipoteca no deudor, también llamado tercer constituyente, tercero caución real, tercer hipotecante, ocurre una disociación entre la relación real y la relación creditoria. Ello también sucede con las figuras del tercer poseedor y tercer adquirente, aunque los motivos son diferentes.

El constituyente no deudor es quien inicialmente constituye una hipoteca sobre su inmueble en garantía de una deuda ajena, sin asumir la condición de deudor. Esta posibilidad, amén de la letra del artículo 3108, está expresamente prevista por el artículo 3121, en cuanto dispone que el gravamen real puede ser constituido por un tercero sin obligarse personalmente.

La expresión tercero que contiene la norma se relaciona con la obligación principal que subyace, pero respecto del gravamen real, no puede decirse que el constituyente es tercero, sino que es parte esencial. "En una aproximación sobre la noción de tercero, no podemos perder de vista que nos encontramos con una persona distinta, de dos o más intervinientes en un acto jurídico, vale decir que no es parte en la relación sustancial. Por eso, cuando entramos a considerar esta categoría de hipotecante no deudor, no tenemos por qué pensar que se trata de un tercero; por el contrario, en lo tocante al negocio jurídico la relación es netamente directa. Es más, adviértase que el hipotecante no deudor ha sido parte indispensable desde el mismo instante que ha dado comienzo el contrato; como propietario que es, del inmueble objeto de la garantía real que ha otorgado el acreedor hipotecario, que es precisamente la otra parte en la relación crediticia, que ha servido para crear el derecho real" [\(2\)](#).

El constituyente no deudor inicia la relación con el acreedor a partir del mismo acto constitutivo, discutiendo y negociando las cláusulas de la escritura hipotecaria. En esto se diferencia del tercer poseedor y del tercer adquirente [\(3\)](#).

Un importante sector doctrinario entiende que estas figuras no deben confundirse.

Colombo y Kiper sostienen esta posición y dicen: "Ese propietario hipotecante no deudor resulta un extraño respecto de la obligación principal que está garantizando, pero esa particularidad no autoriza a pensar que su intervención sea la de un tercero, aunque gran parte de la doctrina y jurisprudencia lo equiparan al tercer poseedor, induciendo, a nuestro entender, a confusión porque son dos figuras completamente distintas" [\(4\)](#).

Otros autores expresan que si bien la diferencia entre ambos casos es exigua, puesto que se trata de un tercero ajeno al vínculo obligatorio, o sea un tercero no deudor, lo cierto es que ambas figuras no pueden confundirse bajo ningún concepto. Así, Cossari y Vives, entienden que al "tercer hipotecante" no le resultan aplicables las normas de los arts. 3186 del C.C..." La figura del "tercer hipotecante" no puede confundirse ni asimilarse a la del "tercer poseedor" disciplinado en el Capítulo V del Libro III de nuestro Código Civil, debiendo regirse su situación frente a la ejecución por parte del acreedor por las normas comunes de la hipoteca y no por aquel régimen de excepción" [\(5\)](#).

Sin embargo, las notables similitudes entre el constituyente no deudor y el tercer poseedor, en tanto se trata en ambos casos del propietario de un inmueble hipotecado ajeno al vínculo obligacional, ha llevado a otro sector doctrinario y jurisprudencial a asimilar al tercer hipotecante con el tercer poseedor.

Como el tercero hipotecante no tiene más regulación legal que la prevista en el artículo 3121, esta posición aplica el régimen jurídico del tercer poseedor a este supuesto [\(6\)](#).

En tal sentido, Mariani de Vidal manifiesta: "Si el adquirente no asume la deuda, o si la asume pero el acreedor no

lo acepta como deudor, o si se trata de una persona que ha hipotecado un inmueble propio para garantizar una deuda ajena, pero sin obligarse personalmente -caso del artículo 3121-, entonces no reviste el carácter de deudor del crédito, pero como propietario de la cosa hipotecada tiene que soportar que el acreedor ejerza sobre ella su derecho real, que por ser erga omnes le permite perseguirla en manos de quien se encuentre -art. 3162-" (7).

Cualquiera sea la posición que se asuma queda claro que el constituyente no deudor circunscribe su responsabilidad al inmueble dado en garantía y no a la totalidad de su patrimonio, por lo que no resulta asimilable a un fiador. Esta hipótesis está expresamente descartada por el codificador en la nota de este artículo. Ello no obsta a que, por un acto expreso de voluntad, asuma tal carácter, en cuyo caso su responsabilidad queda ampliada en los límites propios de esta figura (8). En razón que únicamente responde con el inmueble, si luego de la subasta del inmueble hipotecado quedara un saldo insoluto, no puede el acreedor pretender el cobro persiguiendo otros bienes del patrimonio del constituyente. Pero en el caso que del resultado de la subasta quede un excedente, una vez pagado íntegramente el crédito del acreedor hipotecario y los gastos causídicos, ese excedente le pertenece al tercer constituyente, porque hasta la subasta, el constituyente sigue siendo propietario de la cosa.

Salvat (9) entiende que existe alguna similitud en la situación de este tercero con el fiador. Llega a esta conclusión porque considera que le es aplicable es artículo 3186, y por ende, ante la eventualidad de asumir el pago, tiene contra el deudor la acción de indemnización que le corresponde al fiador.

En virtud de las especiales características de este sujeto, Árraga Penido ha calificado al propietario que ha constituido una hipoteca garantizando una deuda ajena como un "responsable real" (10) posición que es expresamente sostenida en el fallo que se comenta.

Highton (11) dice que este tercero no asume la deuda como propia, pero asume otra obligación, cual es la de pagar subordinada a la condición que el deudor no pague y limitada al monto de la cosa hipotecada.

El art. 3121 no regula la situación procesal del constituyente no deudor. Pero el artículo 3163 principia las pautas rectoras de la ejecución hipotecaria en la que, por haber sido enajenado el inmueble, aparece un tercer poseedor. Atento que la responsabilidad patrimonial de estos sujetos es idéntica, en este aspecto, parte de la doctrina y jurisprudencia entienden que se aplican las normas del tercer poseedor al constituyente no deudor.

En tal escenario, el artículo 3163 dispone que el deudor debe ser previamente intimado de pago. El legislador ha pensado que antes de dirigir la acción contra el tercero, con todos los inconvenientes y molestias que ello significa, es justo advertir y reclamar el pago al deudor, quien queda siempre responsable de los perjuicios que se ocasionen al tercer constituyente o poseedor (artículo 3170) (12).

Como la relación crediticia existe entre deudor y acreedor, y el deudor no constituye la garantía, la intención de las partes es la de no alterar la situación creada desde el instante del acto constitutivo; permanece siempre obligado y, como tal, llamado a responder de las legítimas exigencias del acreedor, reclamando el pago del crédito y sus intereses. Por lo demás, el acreedor requiere, conforme a lo estipulado, a su deudor la solvencia de lo debido y no le interesa el titular actual de la garantía, pues la persigue en poder de quien se encuentra (13).

El deudor moroso siempre tiene que ser previamente intimado de pago, ya sea que se trate del supuesto común en que él sea constituyente de la hipoteca como en el caso de que su deuda esté garantizada por otra persona (constituyente no deudor) (14). Ello, porque la acción hipotecaria tiene carácter mixto, personal contra el deudor obligado al cumplimiento de la deuda y real dirigido al inmueble propiedad del tercer constituyente o poseedor, y tramita en un solo y mismo juicio (15).

Es decir que, en principio, el tercero hipotecante no puede ser requerido directamente sin haberse intimado de pago al deudor personalmente obligado (16). Sin embargo, no estando reglada su situación procesal, es habitual considerarlo codemandado e intimarlo de pago conjuntamente con el deudor.

Highton entiende que a este tercero debe dársele, por lo menos, la intervención del tercer poseedor. Pero señala que también puede otorgársele una intervención más destacada, inicial en el juicio. Esta intervención inicial no significa que deba quedar incluido en la sentencia de condena, atento que su responsabilidad personal es limitada (17).

En posición aislada, Árraga Penido ha sostenido que la ejecución hipotecaria puede ser promovida solamente contra el constituyente del gravamen, porque el deudor principal no es parte ni firmante del contrato hipotecario. Así, el hipotecante no deudor forma parte de la litis desde la iniciación del pleito, siendo directa su relación con el acreedor (18).

En cualquier hipótesis, el deudor principal debe ser traído al juicio no sólo en defensa de sus propios derechos, sino también de los del tercer constituyente, quien puede desconocer si el deudor originario pagó o no el crédito al que la hipoteca accede (19).

La legislación de fondo establece que el deudor tiene tres días para pagar, durante cuyo término la ejecución no puede ser dirigida contra el tercer constituyente. Pero una vez vencido este plazo, el acreedor hipotecario tiene ya el derecho de dirigir su acción contra él, citándolo para que pague la deuda o abandone el inmueble. Sin perjuicio de ello, el constituyente no deudor no puede quedar propiamente incluido en la sentencia de condena. No deben existir contra él condenaciones personales.

El artículo 3163 sólo exige para la procedencia de la intimación al tercer poseedor, haber requerido el pago al

deudor sin éxito. Otorga un plazo de tres días. Pero, en la práctica, esta intimación se hace en la ejecución hipotecaria, en la oportunidad, y dentro de los plazos establecidos en los códigos rituales (20).

Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone en su artículo 599: "Si del informe o de la denuncia a que se refiere el artículo anterior, resultare que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de remate contra aquél, se intimará al tercer poseedor para que dentro del plazo de cinco días pague la deuda o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él. En este último supuesto, se observarán las reglas establecidas en los arts. 3165 y ss. del Código Civil".

Idéntico texto contiene el artículo 597 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 593 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, y el artículo 313 del Código Procesal Civil de La Rioja.

Kiper afirma que, ante tales disposiciones, el acreedor hipotecario podría tachar de inconstitucional esa normativa por ir en contra de una disposición de fondo, o según las circunstancias (por ejemplo, si el deudor opuso excepciones que tienen que ser sustanciadas y quizás con éxito lo que redundará en una innecesaria citación al tercer poseedor) atenerse al dispositivo procesal (21).

Distinto es el supuesto, por ejemplo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. En su artículo 511 (22) establece el llamado simultáneo al deudor y a los terceros adquirentes para que, si el primero no abona el crédito, pueda seguirse la ejecución contra los segundos. Esta citación lo es a los fines del pago de la deuda o la oposición de excepción legítima (23).

Por su parte, el régimen procesal mendocino (24) equipara la situación y efectos de la relación procesal del acreedor con un tercer constituyente o con un tercer poseedor. Dispone la citación al constituyente no deudor una vez requerido el deudor, en total consonancia con la norma sustancial.

En estos casos, cuando la intervención del tercero se impone durante el proceso de ejecución y se pretende hacer recaer los efectos de la sentencia en el inmueble hipotecado por quien no es deudor, se conforma un litisconsorcio impropio necesario o anómalo pasivo (25). 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 Montaldi (26) 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) (27).

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 (28). 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 proceso (29).

Pero, si se demanda únicamente al tercero constituyente cabe declarar la inhabilidad de título (30). 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 (31). La posibilidad de alegar la inhabilidad del título no debe admitirse cuando se trate de una ejecución de una hipoteca que garantiza obligaciones que ya eran naturales al momento de su otorgamiento u obligaciones inválidas por excepciones puramente personales (art. 3122 del Cód. Civil).

Si la inhabilidad de título no es propuesta por el constituyente no deudor demandado, como ocurrió en el caso en comentario, el juzgador debe igualmente declararla, por cuanto el defecto de proponibilidad obsta al progreso de la ejecución. La ausencia de autonomía de la hipoteca por la necesaria vinculación con el crédito -accesoriedad- y la naturaleza mixta de la acción hipotecaria así lo imponen (32).

III. Aplicación del principio de accesoriadad

Cuando, como en el caso en examen, se conjugan pretensiones incorrectas y omisiones de quien es llamado a juzgar, la justicia no llega. Indudablemente que el acreedor dio un préstamo que el deudor recibió, pero esto lamentablemente pasa a segundo plano.

El actor primeramente debió demandar al deudor, para que luego, y en la hipótesis que éste no pagara, requiriera de pago a los constituyentes del gravamen, para que estos paguen, abandonen o excepcionen. El hecho que los demandados no hubieren planteado la inhabilidad del título por la ausencia de integración de la litis con el deudor

principal es calificado por la Suprema Corte mendocina como "suerte". En realidad parece que fue un infortunio por cuanto el actor ya no podrá obtener el pago de su legítima acreencia.

Si los demandados (constituyentes de la hipoteca) hubieran interpuesto la excepción de inhabilidad de título, el actor hubiera perdido este proceso pero no el derecho a accionar correctamente. Para más, el cuidadoso examen del título que impone el art. 230 del C.P.C. al magistrado no anticipó la ausencia de un elemento esencial de la relación procesal, cual es el sujeto pasivo legitimado, en el caso el deudor. Los tribunales que intervinieron en las instancias inferiores, -tal vez por no pronunciarse extra petita- no enderezaron el procedimiento, por lo que devino una sentencia que condenó al "pago de la suma de 90.000 dólares" a quienes no eran deudores. Ello aún cuando toda la doctrina insiste que, en contra de los terceros no deudores, no pueden existir condenaciones personales y conociendo el carácter mixto de la acción hipotecaria.

Siete años y medio después de dictada la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en contra de los constituyentes no deudores, pero no encontrándose subastado aún el inmueble hipotecado, se presenta el deudor en la ejecución y solicita la prescripción de la deuda y la consecuente extinción de la hipoteca.

En su fallo, el máximo tribunal de Mendoza hace prevalecer el principio de accesoriedad frente a la alegada violación de la estabilidad de la cosa juzgada. Y este pronunciamiento es correcto.

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.

Una obligación es accesoria cuando su "existencia" depende de otra obligación principal (art. 523 del Cód. Civil). La obligación accesoria se contrae pura y exclusivamente por la existencia de la principal; por sí sola carece de autonomía. Se crea una verdadera relación de dependencia con la obligación principal al punto que, si se extingue la principal, deviene la extinción de la accesoria y no a la inversa (art. 525, Cód. Civil).

El art. 524 del Cód. Civil aclara que: "... Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o la hipoteca". Sin perjuicio de la distinción que cabe respecto de obligaciones accesorias y derechos accesorios, como es el caso de la hipoteca, el régimen jurídico aplicable es sustancialmente el mismo.

Específicamente la accesoriedad en materia hipotecaria se establece en el art. 3108 del Cód. Civil que expresa "La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor". La suerte y la existencia de la garantía real está ligada a la obligación contraída por el deudor. En palabras de Ramón Roca Sastre, la hipoteca no es un derecho independiente sino que vive al servicio de un crédito [\(33\)](#).

La accesoriedad plantea consecuencias de importancia sustancial sobre la suerte del derecho real. Debe existir una obligación válida, aunque ésta sea meramente natural al momento del otorgamiento de la garantía; la transmisión del crédito importa la transmisión de la hipoteca, por lo cual no es posible ceder la hipoteca sin hacer cesión expresa del crédito al cual accede; la nulidad de la obligación acarrea la nulidad de la hipoteca, pero no a la inversa; y la extinción del crédito acarrea la extinción de la hipoteca, consecuencia distinta de la cancelación registral de la inscripción. Bajo ningún concepto pueda existir hipoteca sin crédito. La garantía hipotecaria puede tener una vigencia menor a la de la obligación principal que garantiza, pero, en virtud del principio de accesoriedad, nunca podrá ser a la inversa.

Pese a la accesoriedad respecto de la obligación en cuya garantía se constituye, la hipoteca mantiene cierta autonomía como derecho independiente. Puede establecerse un plazo de duración para la hipoteca, distinto del establecido para el crédito o sujetarse a condición resolutoria, con lo que llegado el plazo o cumplida la condición se extingue la hipoteca al margen de que subsista la obligación sin la cobertura de la garantía real que hasta entonces tenía. Pero lo normal es que la hipoteca no tenga un plazo de duración autónomo, subsistiendo en tanto esté viva la obligación que garantiza.

También el art. 3122 del Cód. Civil se aparta del principio general según el cual el accesorio, en el caso la garantía hipotecaria, sigue la suerte del principal. Si la obligación principal es anulada "por una excepción puramente personal" la hipoteca constituida por el tercero es válida. El acreedor puede dirigir su acción contra el hipotecante, aún cuando no lo pueda hacer contra el deudor principal.

Se entiende por "excepción puramente personal" aquellos vicios que afecten el vínculo crediticio y no el real, porque en la relación crediticia el constituyente no es parte. Y tiene que tratarse de vicios cuya sanción sea la nulidad o anulabilidad relativa. Queda comprendida la nulidad de la obligación por vicios que por ser relativos, como el error, dolo o violencia, sólo pueden ser alegados por la parte que los sufrió (artículos 1048, 1158, 1164). No quedan comprendidos los vicios atinentes a la ausencia de los requisitos de fondo de la hipoteca, por haber sido constituida por quien no era propietario o por quien no tenía la capacidad suficiente para hacerlo (artículo 3127), o de forma, si no se hubiere hecho por escritura pública o por instrumento público autorizado, o por faltar caracteres esenciales que hacen a la validez de la hipoteca, como la violación al principio de la especialidad (artículo 3148) o la accesoriedad. En todos estos casos, el vicio se encuentra en la vinculación real y no en la personal.

En relación a la prescripción liberatoria, la situación tiene ciertas complicaciones. Cabe distinguir la prescripción extintiva de la acción que nace del crédito, de la prescripción de la acción hipotecaria. Como las acciones siguen la suerte y normalmente la naturaleza de los derechos que actúan, 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.

Pero no se llega a la misma conclusión en la relación inversa. En la hipótesis que el acreedor hubiera iniciado la acción personal contra el deudor, y el cobro de su acreencia hubiera resultado infructuoso, no podrá iniciar la acción hipotecaria contra el constituyente, en la hipótesis de haber transcurrido más de diez años (34) (art. 4023 del Cód. Civil).

Cierto es que el derecho real subsiste hasta tanto exista extinción directa o por vía de consecuencia. Pero la autonomía que, a pesar del principio de accesoriadad, tiene la hipoteca impide que pueda escaparse de los principios generales del ordenamiento jurídico, entre ellos el de la prescriptibilidad de las acciones y el de la relatividad de la interrupción de la prescripción. A estos argumentos cabe agregar el relativo a la naturaleza de la responsabilidad del hipotecante. O es un caso de responsabilidad sin deuda, como expresa la Suprema Corte de Mendoza o el hipotecante asume otra obligación, cual es la de pagar subordinada a la condición que el deudor no pague y limitada al monto de la cosa hipotecada, como expresa la Dra. Highton. En ambos supuestos le es aplicable el instituto de la prescripción liberatoria.

Lo manifestado dista de ser pacíficamente admitido. En el derecho chileno se han admitido jurisprudencialmente ambas posturas (35).

Para concluir y volviendo al caso que se plantea en este comentario, lo cierto es que, para la postura que se considera correcta, la acción ejercida en contra de los constituyentes no podía prosperar porque debió demandarse también al deudor. La acción reipersecutoria que ostenta el acreedor hipotecario es el resultado de la acción personal contenida en la acción hipotecaria, por lo tanto, si ésta última ha prescrito, no será procedente la acción real, ni siquiera en el caso de que la cosa haya sido transmitida a un tercero.

Pero si se toma una posición más favorable al actor, y se considera que la acción reipersecutoria puede ejercerse aisladamente -esto es, sin necesidad de demandar al deudor-, la acción estará sujeta hasta su total culminación a la condición de la existencia y exigibilidad del crédito. Todos los actos ejecutorios deberán realizarse mientras sea exigible el crédito, y no haya por tanto operado la prescripción extintiva del mismo. Bien podría haber ocurrido que, aún perfeccionada la subasta, el deudor se presentara en el proceso antes de la distribución de fondos solicitando la declaración de prescripción. El resultado hubiera sido el mismo, se hubiera declarado la prescripción del crédito y la consecuente extinción de la hipoteca, por lo que el producido de la subasta debería ser devuelto al ejecutado.

(1) Conf. Comentario al art. 3121 en PUERTA de CHACÓN, Alicia, con la colaboración de NEGRONI, María Laura, Código Civil y leyes complementarias, Comentado, anotado y concordado. Dir. Zannoni E. Coord. Kemelmajer de Carlucci A. Editorial Astrea 2009.

(2) 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, J.A., 1997-I-793.

(3) "El tercer poseedor tiene algunas semejanzas con el tercero que constituye hipoteca en seguridad de la deuda de otro, pero existen diferencias esenciales: no es extraño a la hipoteca, no goza de la facultad de abandonar, etc., lo cual deslinda la situación legal de cada uno de ellos" (Lafaille, III, n° 311, pág. 206, citado por CAMMAROTA Antonio, Tratado de Derecho Hipotecario, Segunda Edición considerablemente aumentada, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1942, nota n° 151, pág. 316.

(4) COLOMBO, Carlos, KIPER, Claudio, Ejecución Hipotecaria, La Ley 2005, pág. 76. En el mismo sentido 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, J.A. 1997-I-793, pág. 795: "... la persona que constituye una hipoteca en garantía de una deuda ajena no es ni un tercer poseedor, ni un tercer adquirente y en general, no ha resultado de toda claridad la utilización del vocablo "tercero" respecto de esas tres figuras".

(5) COSSARI, Nelson, VIVES, Luis María, La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriadad y especialidad, LLLitoral, 2003 (noviembre), 1167.

(6) GOLDENBERG, Alicia, Ejecución Hipotecaria, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1.999, pág. 67/68. COLOMBO, Carlos, KIPER, Claudio, Ejecución Hipotecaria, La Ley, 2005, pág. 800: "Se ha resuelto que la situación del tercero que hipoteca un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena que no se obliga personalmente se asemeja a la del tercer poseedor y se rige por iguales principios y debe procederse a su respecto como si lo fuera, por lo que le está permitido alegar tanto la no existencia del derecho hipotecario y la inexigibilidad de la deuda, como las excepciones procesales admisibles.... Si no medió previa intimación de pago y sentencia de trance y remate contra el deudor, no puede progresar la ejecución contra el tercer garante" (cita n° 83: Ceiv. Y Com. Azul, 1994/12/15, LLBA, 1995-257, Sala II, 1997/08/18, LLBA, 1998-363, JA 1998-I-407; Jciv., Com., Conciliación y Familia, Villa Dolores, 1995/09/07, LLC, 1996-152). PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., Tratado de Derecho Hipotecario, Tomo I, Derecho hipotecario sustancial, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, pág. 408. "Si el tercero constituyente de la hipoteca no se

obliga personalmente junto con el deudor, solo responde por la deuda asegurada con el inmueble hipotecado y se encuentra en la misma situación que el tercer poseedor que adquirió el inmueble sin asumir la deuda, aún cuando técnicamente no reviste la condición de tercer poseedor porque media en este caso un vínculo contractual inexistente en el supuesto de quien adquiere el inmueble hipotecado sin asumir la deuda".

(7) MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de Derechos Reales, Zavalía, 1975, Volumen III, pág. 66.

(8) Su responsabilidad será ilimitada pero subsidiaria, salvo que se hubiera pactado la solidaridad en el acto de otorgamiento de la fianza (art. 2004 del Cód. Civil)

(9) SALVAT, Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales. Cuarta Edición actualizada por Manuel Argañarás. Tomo IV Tipográfica Editora Argentina S.A., 1960, nota 186, pág. 93.

(10) ÁRRAGA 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, J.A. 1997-I-793, pág. 794.

(11) HIGHTON, Elena, En BUERES Alberto, HIGHTON Elena, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Editorial Hammurabi, 2da. Edición, 2004 Tomo 5C pág. 311.

(12) SALVAT, Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales. Cuarta Edición actualizada por Manuel Argañarás. Tomo IV Tipográfica Editora Argentina S.A., 1960, nota 186, pág. 233.

(13) Conf. CAMMAROTA, Tratado de Derecho Hipotecario, Segunda Edición considerablemente aumentada, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1942, nota nº 151, pág. 322/323.

(14) KIPER, ob. cit., pág. 395. En el mismo sentido, HIGHTON, Elena, Juicio Hipotecario, 2º edición actualizada y ampliada con la colaboración de Beatriz Arean, Editorial Hammurabi, tomo 1, pág. 499.

(15) KIPER, ob. cit., pág. 395. En el mismo sentido, HIGHTON, Elena, Juicio Hipotecario, ob. cit., pág. 43: "El acreedor hipotecario posee un derecho mixto, compuesto por dos elementos de naturaleza totalmente diversa: es un verdadero acreedor por una obligación personal y tiene, además, un derecho real en garantía de su crédito. Esto parece obvio, y sin embargo debe tenerse claro, pues se olvida al abordar temas concretos, como por ejemplo, la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, la necesidad de intimación de pago al deudor, la conformación del título ejecutivo, la posibilidad o no de constitución de hipotecas por créditos indeterminados y consecuencias de una eventual nulidad de estas "hipotecas", etc."

(16) Así lo ha sostenido, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I: "La situación del tercero que otorga una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad para responder por deudas de otro, es asimilable a la del tercer adquirente del bien que no asumió la deuda. Por ello, es aplicable al caso la exigencia contenida en el art. 3163 del Cód. Civil en orden a la necesidad de intimar al deudor el pago del capital y los intereses antes de pedir al tercer poseedor su cumplimiento" (31/08/1999, Viajes Futuro S. R. L. c. Meynet de Monasterolo, Nélica V., LLLitoral, 2000-630). En el mismo sentido, el código procesal de Mendoza dispone la citación posterior al deudor tanto del tercer poseedor como del tercero constituyente no deudor (artículo 265).

(17) HIGHTON, Elena. En BUERES Alberto, HIGHTON Elena, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Editorial Hammurabi, 1997, Tomo 5, pág. 1370. Lo cual ha sido receptado en la jurisprudencia: "...Es cierto, pues, que a los fines de encontrarse habilitada para enderezar su reclamo contra él, la actora debía intimar previamente al deudor, de conformidad con lo dispuesto por el art. 3163 del C.C. No obstante, ello no significa que antes se deba ejecutar al sujeto pasivo de la obligación, por el contrario, de acuerdo con el texto de la ley, basta con la intimación, exigencia que en la especie cabe juzgar debidamente satisfecha. No se advierte qué perjuicio le habría irrogado al excepcionante la citación inicial que se le efectuara, en tanto contó con amplia oportunidad de defenderse" (CNFed. Civ. Y Com., Sala II, 26/04/00, el Dial-AF22F8).

(18) 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, J.A., 1997-I-793, 800.

(19) GOLDENBERG, Alicia, Ejecución Hipotecaria, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1.999, pág. 165/6.

(20) KIPER, ob. cit., pág. 395: "En posición aislada, y no exenta de cierta razón, se ha sostenido (Molinario) que los códigos procesales locales no pueden modificar el plazo del Código de fondo, como en este caso, y, además, estableciendo un requisito que este artículo 3163 no exige, como es el de obtener la previa sentencia de trance y remate contra el deudor ejecutado para poder citar al tercer poseedor"

(21) KIPER, ob. cit., págt. 396.

(22) Art. 511 C.P.C.C. Santa Fe: "Evacuados los informes, se publicarán edictos por cinco veces en cinco días citando al deudor y terceros adquirentes si los hubiere, a sus sucesores o administrador provisorio de la herencia o al representante legítimo respectivo en caso de concurso, quiebra o incapacidad, a fin de que, dentro de cinco días contados desde la última publicación paguen el importe del crédito, intereses y costas prudencialmente estimadas u opongan excepción legítima, bajo apercibimiento de dictarse sentencia en rebeldía sin más trámite y de darlos por notificados de cualquier resolución o providencia posterior desde su fecha. En el mismo edicto se hará saber la iniciación del juicio a los otros acreedores hipotecarios. Cuando exista domicilio constituido, se hará en él, además, la citación por cédula. La citación de los herederos es válida aunque no estén individualizados".

(23) PEYRANO, Jorge, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Editorial Juris, 1997, T. II, pág. 400/401.

(24) Artículo 265 C.P.C. de Mendoza: "Si la hipoteca hubiere 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 inmueble y se lo citará para la defensa como al deudor y después de haber sido éste requerido. Podrá oponer las excepciones y ejercer los derechos que el Código Civil autoriza. Cuando interviniera en el proceso el tercer poseedor, se aplicarán, en lo pertinente, las reglas establecidas en el título V del libro primero".

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

(26) RANDICH MONTALDI, Gustavo E, Derecho real de hipoteca y un supuesto de aplicación del litisconsorcio necesario, LLGran Cuyo, 2002-486.

(27) MARTÍNEZ, Hernán J., "Procesos con sujetos múltiples", tomo 1, Ediciones La Roca, 1994, p. 202.

(28) MARTÍNEZ, Hernán J., "Procesos con sujetos múltiples", tomo 1, Ediciones La Roca, 1994, p. 204

(29) 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)".

(30) 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, 2007-656.

(31) 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.

(32) En este sentido, aunque considerando que la acción hipotecaria tiene naturaleza real, De Reina Tartière, Gabriel, Ejecución hipotecaria: procedimiento, acción y título, Revista JA 2010-I del 20/01/2010 Fascículo 3, pág 3.

(33) Roca Sastre Ramón, Derecho Hipotecario, Tomo IV, V.I, Sexta Edición, Pág.190.

(34) La opinión contraria fue vertida en el comentario al art. 3121 PUERTA de CHACÓN, Alicia, con la colaboración de NEGRONI, María Laura, Código Civil y leyes complementarias, Comentado, anotado y concordado. Dir. Zannoni E. Coord. Kemelmajer de Carlucci A. Editorial Astrea 2009. Pero un nuevo análisis de la cuestión.

(35) RAMOS PAZOS, René, De las Obligaciones. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, año 1999 pág. 440/441.

Información Relacionada

Voces: HIPOTECA ~ PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD ~ CONSTITUCION DE HIPOTECA ~ CREDITO HIPOTECARIO ~ TERCEROS ~ RESPONSABILIDAD POR DEUDA AJENA ~ RESPONSABLE POR DEUDA AJENA ~ DEUDOR ~ CONTRATO DE FIANZA ~ INTIMACION DE PAGO ~ EJECUCION HIPOTECARIA ~ NULIDAD PROCESAL ~ FALTA DE LEGITIMACION PASIVA ~ COSA JUZGADA ~ PRESCRIPCION ~ OBLIGACION PRINCIPAL ~ EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO

Fallo comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I (SCMendoza)(SalaI) SC Mendoza, sala I ~ 2009-12-29 ~ Atuel Fideicomisos S.A. c. Guillén, J.L. y otro