

2010 - 2

Hipoteca – II

Dirección

Héctor Alegria
Jorge Mosset Iturraspe

Dirección ejecutiva

Julio César Rivera

Consejo de redacción

Alberto J. Bueres
Elena I. Highton
Aída Kemelmajer de Carlucci
Ricardo Luis Lorenzetti
Horacio Roitman
Eduardo A. Zannoni

♦ **Jurisprudencia civil y comercial**

Comentarios críticos

- ♦ Parte General
- ♦ Obligaciones
- ♦ Contratos
- ♦ Derechos Reales
- ♦ Familia
- ♦ Sucesiones
- ♦ Concursos y Seguros
- ♦ Sociedades
- ♦ Derecho cambiario
- ♦ Derecho Internacional Privado
- ♦ Derecho extranjero

♦ **Mercosur**



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

4.2. La identificación del crédito cubierto por la garantía hace al principio de especialidad de la hipoteca.

4.3. Las llamadas "hipotecas abiertas" en sentido amplio, es decir las que se constituyen en respaldo de una multiplicidad de operaciones de contenido patrimonial, algunas de las cuales (o todas) pueden no haber nacido ni estar expresada su causa en la constitución de la hipoteca, son válidas en el Derecho argentino.

4.4. La admisión de la validez de las "hipotecas abiertas" no vulnera los principios institucionales de la hipoteca (especialidad —en cualquiera de sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales—, accesoriedad, rango de avance).

4.5. La conclusión expuesta en los puntos anteriores se apoya, además, en innegables razones de practicidad y economicidad.

4.6. Sin perjuicio de esta interpretación *de lege lata*, corresponde propiciar una urgente reforma del C.Civ., para admitir sin dudas interpretativas esta clase de gravámenes¹¹⁸.

¹¹⁸ Esta recomendación lleva consigo una advertencia: la opinión que exponemos no es unánime en doctrina y jurisprudencia, como hemos expuesto, por lo que en los casos concretos los llamados "operadores del Derecho" deberán tomar las precauciones necesarias para abonar por la solidez de las garantías que constituyan.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN TERCERO Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

SUMARIO: 1. Preliminares. Terminología. Ubicación de la figura en el Código Civil. 2. Ubicación de la figura en el ámbito procesal. El emplazamiento previo al deudor. 3. La segunda etapa: defensas que el tercero hipotecante puede deducir. 4. Una aclaración previa: prescripción liberatoria de la obligación y la caducidad de la inscripción de la hipoteca. 5. La prescripción de la acción para reclamar el crédito principal. 5.1. Juicio iniciado contra el deudor constituyente de la hipoteca ignorando al deudor. 5.2. Juicio iniciado contra el deudor sin citación al tercero constituyente de la hipoteca. 6. Palabras de cierre.

1. Preliminares. Terminología. Ubicación de la figura en el Código Civil

El artículo 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".

Conforme el texto, el deudor de la obligación asegurada puede no coincidir con quien constituye la garantía sobre un inmueble. Dicho de otra manera, el sujeto del accesorio (la hipoteca) y el del principal (la obligación) pueden ser personas distintas.

La persona que constituye la hipoteca sin ser deudor es identificada con diversas denominaciones: *tercero propietario*¹, *tercer hipotecante*, *tercer constituyente*², *constituyente extraño*³, *constituyente no deudor*.

¹ HIGHTON, Elena, en BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena, *Código Civil y normas complementarias*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, t. 5C, p. 435.

² SALVAT, Raymundo M. y ARGANARÁS, M. J., *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales*, TEA, Buenos Aires, 1959, t. IV, N° 2256, p. 93.

³ LAFAILLE, Héctor, *Derechos Reales*, Ediar, Buenos Aires, t. III, N° 1751,

4.2. La identificación del crédito cubierto por la garantía hace al principio de especialidad de la hipoteca.

4.3. Las llamadas "hipotecas abiertas" en sentido amplio, es decir las que se constituyen en respaldo de una multiplicidad de operaciones de contenido patrimonial, algunas de las cuales (o todas) pueden no haber nacido ni estar expresada su causa en la constitución de la hipoteca, son válidas en el Derecho argentino.

4.4. La admisión de la validez de las "hipotecas abiertas" no vulnera los principios institucionales de la hipoteca (especialidad —en cualquiera de sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales—, accesoriedad, rango de avance).

4.5. La conclusión expuesta en los puntos anteriores se apoya, además, en innegables razones de practicidad y economicidad.

4.6. Sin perjuicio de esta interpretación *de lege lata*, corresponde propiciar una urgente reforma del C.Civ., para admitir sin dudas interpretativas esta clase de gravámenes¹¹⁸.

¹¹⁸ Esta recomendación lleva consigo una advertencia: la opinión que exponemos no es unánime en doctrina y jurisprudencia, como hemos expuesto, por lo que en los casos concretos los llamados "operadores del Derecho" deberán tomar las precauciones necesarias para abonar por la solidez de las garantías que constituyan.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN TERCERO Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

SUMARIO: 1. Preliminares. Terminología. Ubicación de la figura en el Código Civil. 2. Ubicación de la figura en el ámbito procesal. El emplazamiento previo al deudor. 3. La segunda etapa: defensas que el tercero hipotecante puede deducir. 4. Una aclaración previa: prescripción liberatoria de la obligación y la caducidad de la inscripción de la hipoteca. 5. La prescripción de la acción para reclamar el crédito principal. 5.1. Juicio iniciado contra el tercero constituyente de la hipoteca ignorando al deudor. 5.2. Juicio iniciado contra el deudor sin citación al tercero constituyente de la hipoteca. 6. Palabras de cierre.

1. Preliminares. Terminología. Ubicación de la figura en el Código Civil

El artículo 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".

Conforme el texto, el deudor de la obligación asegurada puede no coincidir con quien constituye la garantía sobre un inmueble. Dicho de otra manera, el sujeto del accesorio (la hipoteca) y el del principal (la obligación) pueden ser personas distintas.

La persona que constituye la hipoteca sin ser deudor es identificada con diversas denominaciones: *tercero propietario*¹, *tercer hipotecante*, *tercer constituyente*², *constituyente extraño*³, *constituyente no deudor*,

¹ HIGHTON, Elena, en BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena, *Código Civil y normas complementarias*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, t. 5C, p. 435.

² SALVAT, Raymundo M. y ARGANARÁS, M. J., *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales*, TEA, Buenos Aires, 1959, t. IV, N° 2256, p. 93.

³ LAFAILLE, Héctor, *Derechos Reales*, Ediar, Buenos Aires, t. III, N° 1751,

*hipotecante por débito ajeno*⁴, *propietario no deudor*⁵, *tercer dador*⁶, expresiones que, aunque no idénticas, son usadas indistintamente en las decisiones judiciales.

Los problemas prácticos que esta figura legal plantea no son pocos⁷; en esta oportunidad, no abordaré todos; me circunscribiré a los vinculados al juego de la excepción de prescripción.

Comienzo por recordar que el contrato del que surge la hipoteca no se identifica, sustancialmente, con el acto o contrato que sirve de causa y regulación de la obligación asegurada aun cuando, frecuentemente, los dos actos se materializan en el mismo instrumento; dicho de otro modo, el mismo documento receipta el contrato de mutuo dinerario o cualquier otro del que resulte la obligación (por ej., compraventa con saldo de precio, contrato de refinanciamiento, etc.) y el contrato hipotecario que garantiza el cumplimiento de la obligación

p. 140. En la misma línea, el art. 1857, último párrafo, del Código Civil español expresa que las terceras personas "extrañas" a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes.

⁴ MUSTO, Néstor, *Derechos Reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. II, § 617, p. 304.

⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Madrid, 1999, ps. 68 y ss.

⁶ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *La hipoteca por deuda ajena*, en E. D. 203-813. La expresión *terzo datore di ipoteca* es muy usada en el Derecho italiano (ver MERZ, Sandro, *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie*, Cedam, Padova, 1995, p. 359; BATTISTA PETTI, Giovanni, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Cedam, Padova, 2000, p. 265).

⁷ Las dificultades no son exclusivas del Derecho argentino. Ramos Chaparro dice en España: "La hipoteca en garantía de deuda ajena es otro de los temas especiales y difíciles relacionados con la constitución de la hipoteca cuya caracterización resulta problemática, tanto por la insuficiencia de normas específicas como por la diversidad de interpretaciones doctrinales" (RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 203). La doctrina comparada ha destinado importantes esfuerzos al análisis de esta figura. Ver, por ej., CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria* cit.; CARPI MARTÍN, Rebeca, *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2002; BELUCHE RINCÓN, Iris, *El fiador hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Para los aspectos esencialmente procesales tratados por las últimas reformas a la ley de enjuiciamiento, ver MONTERO AROCA, Juan, *Las ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, ps. 459 y ss.

emergente, siendo el instrumento portante de varios actos suscriptos, en conjunto, por todos los que concurren (doct. art. 1001 del Cód. Civ.). Por eso, normalmente, el hipotecante tiene conocimiento de las particularidades que rodean a la obligación en cuya seguridad constituye la garantía real.

Consecuentemente, la terminología usada en el artículo transcrito y en el título de estas reflexiones merece ser aclarada. El constituyente de la hipoteca no es un *tercero* en el acto de constitución del gravamen real; por el contrario, él es parte esencial de la convención hipotecaria; es quien acuerda las cláusulas del acto que instrumenta la escritura de hipoteca⁸; sin su consentimiento, ese derecho real de garantía no puede existir; en cambio, es un tercero respecto de la obligación principal.

Desde la visión del Derecho 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 (art. 3109), 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, mas no al 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. Se trata, pues, de un supuesto de responsabilidad sin deuda, o de "responsabilidad limitada" al inmueble sobre el que asienta la hipoteca (art. 3165). El constituyente no responde con el resto de su patrimonio⁹ y ésta

⁸ Ver, entre otros, COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, *Ejecución hipotecaria*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 76; PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Tratado de Derecho Hipotecario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, p. 574; 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*, en J. A. 1997-I-793 y en KIPER, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Derechos Reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. III, p. 287; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Comentario al artículo 3121*, en ZANNONI, Eduardo A. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 2009, t. 12, p. 310.

⁹ CCCom. de Azul, sala II, 19-8-97, J. A. 1998-I-407 y L. L. B. A. 1998-363 (ver erudito voto del Dr. Galdós).

es una de las diferencias esenciales con el fiador¹⁰ por lo que las normas de la fianza no siempre son de aplicación analógica al tercer dador de hipoteca¹¹.

En algún sentido, su situación rememora a la de quien adquiere una cosa hipotecada sin asumir la deuda, denominado "tercer poseedor", figura a la cual el Código Civil ha dedicado una regulación muy detallada (arts. 3162/3186), pero la cuestión no está exenta de discusión¹²: mientras un sector doctrinal asimila ambas situaciones o, por lo menos, aplica por analogía las normas respectivas¹³, otro considera

¹⁰ DE REINA TARTIÈRE, *La hipoteca por deuda ajena* cit., p. 817. El autor enumera, entre otras diferencias, las siguientes: el constituyente no deudor de la hipoteca (a) carece de beneficio de excusión; (b) si paga, no se subroga en la posición jurídica del acreedor, gozando en cambio de una acción de daños y perjuicios por el valor íntegro del inmueble, cualquiera fuere el precio en que se hubiere vendido (art. 3186). En el Derecho italiano, en cambio, se ha sostenido que la situación entre el dador de hipoteca y la del fiador es prácticamente idéntica en las relaciones internas con el deudor (BATTISTA PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito* cit., p. 265).

¹¹ La Casación italiana así lo ha declarado en diversos pronunciamientos (ver MIRABELLI, G., *Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione. Secondo quadrimestre 1994*, en *Riv. di Diritto Civile*, 1995, parte II, p. 88). Así, por ej., el 13-4-60 declaró que el plazo de caducidad que establece el art. 1957 para no perder la acción contra el fiador (seis meses desde que venció la obligación principal) no se aplica al dador de hipoteca, por cuanto esa norma tiene por finalidad evitar que el fiador, obligado personalmente, pero con todo su patrimonio, quede en situación incierta durante mucho tiempo; en cambio, aunque el vínculo del dador de hipoteca es más intenso (pues es real), es más estrecho (se limita al inmueble), por lo que no se justifica el plazo de caducidad (ver MAGGIOLLO, A., *Rassegne di giurisprudenza. Panorama di giurisprudenza della cassazione, primo quadrimestre del 1960*, en *Riv. di Diritto Civile*, anno VI, 1960, Parte Seconda, p. 437).

¹² En Italia, el Código Civil de 1942 produjo un alivio al debate al regular expresamente la figura del tercer dador de la hipoteca (ver MICCOLIS, Giuseppe, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1998, p. 72).

¹³ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. II, N° 1232, p. 300; VALIENTE NOAILLES, *Derechos Reales y privilegios*, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 476; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Zavallia, Buenos Aires, 2004, p. 197; PRAYONES, Eduardo R.; DASSEN, Julio y LAQUIS, Manuel, *Tratado de Derecho Hipotecario*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 20, p. 82; GARRIDO, R. y ANDORNO, L., *Código Civil anotado*, Zavallia, Buenos Aires, 1972, t. 4, comentario art. 3121; LLOVERAS, Néstor L., *Algunas cuestiones relativas a la*

que el régimen jurídico es parcial o sensiblemente distinto¹⁴. A nivel jurisprudencial prevalece la primera alternativa¹⁵, pero no en forma unánime, como se verá en el punto siguiente.

2. Ubicación de la figura en el ámbito procesal.

El emplazamiento previo al deudor

El debate resumido al final del párrafo anterior, muy rico en consecuencias, interesa en este trabajo sólo en cuanto a la situación procesal del deudor principal y a las excepciones que el constituyente puede oponer.

Algunas decisiones judiciales y autores que distinguen ambas figuras sostienen que el artículo 3163 del Código Civil (que impone el emplazamiento previo al deudor en el supuesto del tercer poseedor de la cosa hipotecada)¹⁶ no es aplicable al tercer constituyente de la hipoteca. Así, por

hipoteca: ejecución, especialidad, reajuste del crédito, en E. D. 132-268; PERALTA MARISCAL, *Tratado de Derecho Hipotecario* cit., t. I, p. 409; GOLDENBERG, Alicia, *Ejecución hipotecaria*, La Rocca, Buenos Aires, 1999, ps. 67/68; SOSA, Toribio, *¿El acreedor debe verificar en el concurso del tercero hipotecante?*, en D. J. 2006-3-353.

¹⁴ Ver, por ej., SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina*, P. Coni, Buenos Aires, 1881, t. II, p. 353, nota 134; FERNÁNDEZ, R., *Tratado teórico práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios*, Rubino, Buenos Aires, 1941, t. I, N° 536; COSSARI, Nelson y VIVES, Luis María, *La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriedad y especialidad*, en L. L. Litoral 2003-1167.

¹⁵ CNCiv., sala G, 12-10-95, L. L. 1997-D-838; sala F, 7-5-70, L. L. 1970-140-798; 3-5-78, E. D. 80-686 y E. D. 81-253; ídem, 25-9-97, L. L. 1998-B-16; sala H, 8-5-2002, L. L. 2002-F-158; sala K, 30-6-2005, L. L. 2005-F-447; CCCom. de Rosario, sala III, 27-3-2006, L. L. Litoral 2006-944; CCCom. de Santa Fe, sala I, 31-8-99, L. L. Litoral 2000-630; CCCom. de Bahía Blanca, sala I, 14-8-84, L. L. 1985-A-285; CCCom. de Azul, sala I, 15-12-94, L. L. B. A. 1995-257; sala II, 19-8-97, J. A. 1998-I-407 y L. L. B. A. 1998-363; CCCom. de San Francisco, 5-8-97, L. L. Córdoba 1997-1015; CCCFam. de Villa Dolores, 7-9-95, L. L. C. 1996-152.

¹⁶ El art. 3163 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 tercer 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".

ejemplo, la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Córdoba resolvió que “la intimación al deudor en los términos del artículo 3163 del Código Civil es condición legal ineludible en el caso del tercer poseedor, mas esa cortapisa no permite una interpretación analógica para el tercero constituyente de la hipoteca”¹⁷. Conforme esta tendencia, el hipotecante por débito ajeno tiene una tutela jurídica menos intensa que aquel que, sin haber participado en la constitución del gravamen, debe soportar las consecuencias que siguen al derecho real de hipoteca por ser un sucesor a título particular de la cosa gravada¹⁸.

En cambio, según la opinión mayoritaria que comparto¹⁹, el constituyente no deudor, al igual que el tercer poseedor de la cosa hipotecada, recibe tratamiento procesal especial en un doble sentido:

- (a) Existe una instancia previa, ante el deudor, que el acreedor hipotecario debe agotar como paso preliminar a la ejecución en contra del propietario no deudor (arts. 3163 y ss.)²⁰. Esta solución se funda en

¹⁷ 26-3-98, *Foro de Córdoba*, N° 45, p. 124. En igual sentido, C4°CCom. de Córdoba, 8-7-2004, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año IV, vol. 85, p. 3834, con nota de MACAGNO, Ariel A. G., *Algunas cuestiones procesales en la ejecución de una hipoteca por débito ajeno. A propósito de la ejecución directa contra el hipotecante no deudor*. La sentencia también se publica en *Actualidad Jurídica*, Región Cuyo, vol. 5, N° 5, setiembre de 2006, p. 612. Ver, en esta misma posición, COSSARI y VIVES, *La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriedad y especialidad* cit., p. 1175.

¹⁸ Por eso, algunos autores que participan de la tesis distintiva pero no del debilitamiento de la defensa, sostienen que salvo convenio en contrario, también se debe intimar previamente al deudor en la ejecución contra el tercer constituyente no deudor. Ver, por ej., COLOMBO y KIPER, *Ejecución hipotecaria* cit., p. 800.

¹⁹ Ésta es la posición asumida por Podetti al redactar el Código Procesal Civil de Mendoza, que sabiamente regula ambas figuras en la misma norma (arts. 265 y cons.). De algún modo, y aunque el recurso extraordinario fue rechazado por la mayoría por entender que no había sentencia definitiva, la posición ha sido convalidada por la Corte nacional, al cerrar las puertas a una decisión que lo aplicó, incluso, con excesivo rigor, como explico más adelante (ver CSJN, 28-5-2008, “Dorma Sistema de Controles para Portas SA c/Szlagó, Alejandro Víctor”, elDial – AA4937).

²⁰ Una cuestión distinta es la de si la demanda contra el deudor debe tramitar por la vía de la ejecución hipotecaria o de la ejecución simple. Cabe recordar que la Corte federal, con gran pragmatismo, hace más de veinte años condenó el exceso de rigor ritual al dejar sin efecto la sentencia “que rechazó la ejecución hipotecaria entablada contra la deudora no hipotecaria con base en el hecho de que el actor no había hecho distinciones en su demanda entre la acción intentada contra la deudora y la llevada a cabo contra los terceros

el derecho a una tutela judicial efectiva, desde que la verdadera defensa del constituyente no deudor se ejerce realmente cuando el deudor principal es traído al juicio, pues el hipotecante, aunque participó del acto originario y normalmente tiene algún vínculo con el deudor²¹, puede desconocer las vicisitudes posteriores (si el deudor originario pagó o no el crédito al que la hipoteca accede, si obtuvo prórrogas del acreedor, o cualquier otra circunstancia que incida en la exigibilidad del crédito)²².

- (b) Ante la continuación de la ejecución, varias opciones se abren al propietario: pagar la deuda en la medida de la cobertura, oponer excepciones, o abandonar el inmueble a los fines de la ejecución²³.

Paso a referirme a la instancia previa.

constituyentes; ello así en virtud de que tal solución peca de excesivo rigorismo si se tiene en cuenta que contra la deudora del crédito la acción debió prosperar pero en los términos del juicio ejecutivo, procedimiento éste que es la base de la ejecución hipotecaria (doctrina art. 3162 del Cód. Civ.) y además, la misma no desconoció la existencia del crédito ejecutado” (CSJN, 2-8-88, E. D. 132-266).

²¹ Para los problemas generados entre la sociedad constituyente de la hipoteca y el deudor, ver TÉVEZ, Alejandra, *Hipoteca a un tercero como acto notoriamente extraño al objeto social. Implicancias de la verificación del crédito en el proceso concursal del hipotecante*, en L. L. 2007-D-889.

²² Para la debatida cuestión relativa a la extinción de la hipoteca constituida por un tercero no deudor como consecuencia del efecto novatorio del concordato, ver DRUCA-ROFF AGUIAR, Alejandro, *Los efectos novatorios del acuerdo preventivo respecto de una hipoteca constituida por un tercero*, en L. L. 2008-E-727, y sus citas. Un tribunal santafecino ha decidido que “La novación legal que trae aparejada la homologación del acuerdo preventivo, no extingue las garantías reales que fueron dadas por terceros con el fin de resguardar el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor principal, lo que excepciona el principio establecido por el artículo 804 de la ley sustantiva en razón de no existir *animus novandi* por parte de los acreedores al momento de aceptar la propuesta” (CCCom. de Santa Fe, sala I, 28-10-2008, “Nuevo Banco de Santa Fe SA c/Laboratorios Baher SRL y otros s/Ejecución hipotecaria”, *Zeus* N° 11.105, del 5-10-2009). La SCJBA ha resuelto absolutamente lo contrario (decisión del 11-6-2008 recaída *in re* “Norberto Antonio Galassi SA c/BBV Banco Francés SA s/Extinción de garantía real”, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, N° 156, 2008, p. A-232). Igual polémica divide a la doctrina y jurisprudencia italiana; ver DI GRAVIO, Dario, *La posizione del terzo datore d'ipoteca nell'esecuzione del concordato fallimentare*, en *Il Diritto Fallimentare* 1987, Parte Sec., p. 941.

²³ BONO, Gustavo, *Comentario artículos 3163, 3164 y 3165*, en ZANNONI y

El artículo 3163 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, aplicable en mi opinión al constituyente de la hipoteca, organiza el ejercicio de los derechos del acreedor frente al deudor y al propietario del inmueble gravado; a tal fin, establece un mecanismo que consta de dos etapas: (i) la primera de requerimiento de pago al deudor; (ii) 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 antes referidos.

Esta secuencia refleja la dualidad de los derechos de crédito e hipoteca; en efecto, la garantía se activa y hace operativa sólo ante el incumplimiento del deudor, cualquiera sea la excusa alegada.

El mismo orden sucesivo aparece en el Código Civil francés y en el artículo 1810 del Proyecto de Código Civil para España de García Goyena. La fórmula francesa dio lugar a un debate vinculado a la validez o nulidad del proceso realizado sin respetar ese orden lógico; Aubry y Rau, autores consultados 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 tercero²⁴, por lo que igual solución cabe propiciar para la interpretación del texto local.

En suma, se trata de dos etapas necesarias, 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 configurándose una situación litisconsorcial pasiva²⁵, pros-

KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código Civil y leyes complementarias* cit., t. 12, ps. 487 y ss.

²⁴ AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil français*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1856, t. 3, § 287, 1º, p. 437 (nota 6, al pie).

²⁵ Algunas sentencias italianas califican a este litisconsorcio como necesario; ver

pere la excepción procesal correspondiente si se requiere al constituyente sin haber pasado por el deudor²⁶.

Más aún, un importante sector de la doctrina nacional aclara que los emplazamientos extrajudiciales que pudiera haber hecho el acreedor, cualesquiera fueran el término fijado o las respuestas brindadas por el intimado, no substituyen ni suprimen la intimación en el marco del procedimiento ejecutivo judicial, ámbito propio para que el deudor pueda ejercer adecuadamente sus defensas. Las comunicaciones extrajudiciales pueden adquirir relevancia en la valoración de las excepciones que en su caso se opongan al progreso de la acción (por ej., determinación de la mora)²⁷, pero nada más.

Los códigos procesales muestran dos variantes respecto al momento procesal en el cual se formaliza la citación y requerimiento del tercer poseedor y del tercer constituyente: (A) una, seguida por el Código de Mendoza, respetuosa del derecho de defensa en juicio, en la cual la convocatoria se ordena desde el inicio mismo de la ejecución²⁸; (B) otra, muy generalizada, aceptada en el Código Procesal Civil y Co-

Tribunale di Napoli, 2-2-2002, *Il Diritto Fallimentare* 2002, Parte Sec., 759, con nota de DI GRAVIO, Dario, *L'opposizione del terzo datore di ipoteca per debito non proprio*.

²⁶ Conf. CNCiv., sala E, 25-9-97, L. L. 1998-B-17; CNCCom., sala E, 15-3-2001, L. L. 2001-E-140, D. J. 2001-2-1267 y *Rev. del Notariado*, N° 866, p. 137; ídem, 2-6-2003, D. J. 2004-1-213; CNCiv., sala I, 29-12-95, elDial - AEC97; ídem, 24-9-96, elDial - AE7C8; sala K, 30-6-2005, L. L. 2005-F-447; ídem, 31-8-2000, elDial - AE164D; sala H, 8-5-2002, *Rev. del Notariado*, N° 870, p. 1857, con nota aprobatoria de HEGUY, Genoveva, *Hipoteca constituida por un tercero*; CCCom. de Rosario, sala III, 27-3-2006, L. L. Litoral 2006-944.

²⁷ Compulsar la vasta doctrina y jurisprudencia citada por BONO, en ZANNONI y KEMELMAJER, *Código Civil y leyes complementarias* cit., t. 12, p. 490.

²⁸ El art. 265 del CPC dispone: "Si la hipoteca hubiera sido constituida por un tercero [...] 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". Defiende el sistema, aunque marca las diferencias entre el constituyente no deudor y el tercer poseedor, RANDICH MONTALDI, Gustavo, *Derecho real de hipoteca y un supuesto de aplicación de litisconsorcio necesario*, en L. L. Gran Cuyo 2002-486. Otros autores señalan el acierto de citar al constituyente de la hipoteca antes de la sentencia, para no cercenar su derecho de defensa (ver, por ej., DE REINA TARTIÈRE, *La hipoteca por deuda ajena* cit., p. 820; HIGHTON, en BUERES y HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias* cit., t. 5C, p. 314).

mercantil de la Nación, en la que el requerimiento se realiza recién después de dictada la sentencia de remate que manda llevar adelante la ejecución contra el deudor.

De cualquier modo, ambos esquemas procesales brindan al *propietario no deudor* la oportunidad de ejercer su derecho de defensa con autonomía procesal respecto del deudor.

No obstante las etapas marcadas tan claramente por las normas referidas, la realidad tribunalicia muestra muchos casos que no se ajustan exactamente a tales previsiones legales; las extrañas circunstancias fácticas suelen complicar las soluciones jurisprudenciales. Muestro dos casos, uno llegado a la Corte federal y otro a la sala I de la Corte de Mendoza.

La Corte federal, por mayoría²⁹, siguiendo el dictamen de la Procuración que entendió que no había sentencia definitiva, cerró las puertas al recurso extraordinario y, en consecuencia, convalidó la decisión emanada de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que rechazó la ejecución hipotecaria deducida contra el tercero hipotecante, con estos argumentos: (i) no se había satisfecho la exigencia contenida en los artículos 3163 del Código Civil y 599 del CPCCN; (ii) la ejecutante había desistido de la acción contra la única deudora, cuya quiebra había sido decretada en sede comercial; por lo tanto, no corresponde proseguir el trámite exclusivamente con el tercero, titular del inmueble afectado en garantía de la obligación principal, quien no asumió la condición de codeudor solidario, ni contrajo el crédito por su propio derecho; (iii) la circunstancia de que la acreedora hubiese verificado su crédito ante la jurisdicción falencial era irrelevante, pues dicho trámite se circunscribía a la determinación del pasivo y los eventuales privilegios o preferencias de los diversos créditos concurrentes, mas no juzgaba sobre las eventuales excepciones que hubiese podido oponer en este proceso, extinguido por esa abdicación. El recurrente sostenía que, dado que el crédito había sido verificado contra el deudor, no correspondía exigir la previa intimación al deudor principal en la ejecución hipotecaria seguida contra el tercero

²⁹ CSJN, 28-5-2008, "Dorma Sistema de Controles para Portas SA c/Szlagó, Alejandro Víctor", elDial - AA4937.

hipotecante, especialmente, porque el tercero hipotecante era presidente de la sociedad deudora y, de esa manera, representó a la fallida en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria. En minoría, el voto de los doctores Zaffaroni, Fayt y Maqueda argumentó de la siguiente manera: "Frente al supuesto de una hipoteca constituida por un tercero (art. 3121 del Cód. Civ.), en principio, resulta necesario librar mandamiento de intimación de pago contra el deudor, ya que no se puede rematar un inmueble que pertenece a un tercero, que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda principal, sin haber oído previamente a quien contrajo esa deuda. De tal modo, no sólo se le requiere el pago de la obligación, sino que se le da la oportunidad de oponer las defensas admisibles en el limitado marco del juicio ejecutivo. No obstante, cabe hacer excepción a ese principio y admitir la posibilidad de dirigir la acción sólo contra el tercero constituyente, sin incorporar al proceso al deudor obligado en carácter personal, cuando el acreedor ha verificado su crédito en el concurso del deudor, decisión que produce los efectos de la cosa juzgada (art. 37, LCQ)". En mi opinión, sin entrar al análisis del razonamiento vinculado a la extinción por renuncia, la solución mayoritaria referida al emplazamiento previo no sólo desconoce la cosa juzgada concursal sino que adolece, ciertamente, de exceso de rigor ritual manifiesto, en tanto es evidente que, aunque el trámite de la verificación de créditos no configura un típico requerimiento de pago, permite al deudor oponer defensas mucho más amplias que el procedimiento ejecutivo, por lo que si no las dedujo en el concurso, era porque no las tenía³⁰. Por lo demás, resulta difícil

³⁰ En este sentido, con mayor realismo, la CNCiv., sala F, decidió el 22-11-2000 que "Si previo a la promoción de la ejecución hipotecaria contra el tercero garante hipotecario el acreedor verificó su crédito en el concurso del deudor y éste se presentó a ejercer su derecho de defensa en el proceso comercial, impugnándolo. Siendo declarado admisible, resulta innecesaria la intimación previa al deudor en la ejecución hipotecaria" (J. A. 2001-IV-522; conf. HIGHTON, en BUERES y HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias* cit., t. 5C, p. 314). En cambio, el 23-12-2003, la sala K entendió que "en el marco del proceso de ejecución de una hipoteca otorgada por un tercero en los términos del art. 3121, la verificación del crédito efectuada por el acreedor en la quiebra del deudor principal, comprueba la existencia de la deuda, pero no suple la intimación que debe efectuarse en la ejecución hipotecaria ni la sentencia que debe dictarse a fin de posibilitar la continuación del trámite" (L. L. 20041-B-995). Las discrepancias muestran la especial dificultad que las garantías

aceptar que no existía sentencia definitiva, en tanto la solución del tribunal de apelación implicó la pérdida de la garantía.

Por su parte, la sala I de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza debió pronunciarse en un caso que presentaba los siguientes antecedentes³¹: (i) En el proceso hipotecario se demandó sólo al tercero hipotecario; no se citó al deudor, quien nunca fue parte en el juicio; (ii) La sentencia condenó al pago de las costas a la “demandada vencida” y reguló honorarios, sin otra precisión; (iii) Los abogados que asistieron a la parte actora pretendieron cobrar al tercero hipotecario, condenado en costas, ejecutando otros inmuebles distintos al inmueble hipotecado.

La sala confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones que había rechazado esa pretensión. Argumentó de la siguiente manera:

- Indiscutiblemente, conforme la jurisprudencia dominante en el país, la ejecución hipotecaria fue mal tramitada; en efecto, “es procedente 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, en tanto el tercero constituyente o hipotecante no deudor no puede ser condenado en forma directa y autónoma, al afectarse su derecho de defensa³².”
- Dado que la sentencia dictada en la ejecución hipotecaria ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la subasta del inmueble hipotecado ha sido llevada a cabo lícitamente y, en este aspecto, el procedimiento posterior a la sentencia es válido, en tanto el tercero había renunciado a su derecho a que se de-

otorgadas por terceros generan en el concurso del deudor y fuera de él. Para este tema en España ver CARRASCO PERERA, Ángel, *Los derechos de garantía en la ley concursal*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2009.

³¹ 3-11-2003, L. S. 331-065, *Diario Judicial Online* del 10-12-2003 y *Rev. Foro de Cuyo* 61-2004-290.

³² Ver, entre otros, CNCiv., sala H, 8-5-2002, L. L. 2002-F-158, y sus citas; sala F, 25-9-97, D. J. 1998-2-26 y L. L. 1998-B-16; sala G, 8-5-84, E. D. 110-433; conf. CCCom. de Azul, sala II, 19-8-97, J. A. 1998-I-407 y L. L. B. A. 1998-363, y sus citas; ídem, 15-12-94, L. L. B. A. 1995-257; C1^aCCom. de San Juan, 27-2-97, L. L. Gran Cuyo 1998-151.

mandase al deudor para que éste opusiera excepciones de las cuales él podía prevalerse.

- No obstante, la cuestión a resolver es si esa sentencia pudo servir para que el acreedor pretendiese cobrar al tercero hipotecante el saldo no cubierto en la subasta agrediendo otros bienes distintos al inmueble gravado. La respuesta negativa se impone por las siguientes razones: (A) 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 acreedor hipotecario sólo podrá continuar agrediendo patrimonialmente al deudor de la obligación, y no al tercero hipotecante³³; él es sólo un “garante real”; responde con el inmueble afectado y no con sus otros bienes³⁴. (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.

3. La segunda etapa: defensas que el tercero hipotecante puede deducir

El artículo 3166 dispone: “El tercer poseedor es admitido a excepcionar la ejecución del inmueble, alegando la no existencia, o la extinción del derecho hipotecario, como la nulidad de la toma de razón o inenajenabilidad de la deuda”.

Esta norma también es aplicable al dador de la hipoteca no deudor.

³³ Ver, entre muchos, CNCCom., sala A, 29-8-2002, elDial – AA12BF, L. L. 2003-A-571 y D. J. 2003-1-691 (en el caso, se rechazó la demanda interpuesta contra el tercer constituyente después de que el inmueble había sido subastado en otro expediente).

³⁴ PORTILLO, G. Y., *La hipoteca y su ejecución*, Fas., Rosario, 1997, p. 110.

Las tres primeras defensas mencionadas (no existencia o extinción del derecho hipotecario, nulidad de la toma de razón) se refieren a la hipoteca³⁵.

En cambio, la última hace mención a la deuda y es consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca. Aunque el texto alude a la “inenajenabilidad”, los autores, prácticamente por unanimidad, con toda razonabilidad, leen “inexigibilidad de la deuda”. Esa inexigibilidad puede responder a causas muy variadas, incluso, circunstancias que sin llegar a producir la extinción de la obligación y con ella la extinción de la hipoteca por vía refleja, en razón de su accesoriedad, limitan o difieren la ejecución.

Dado que la ejecutabilidad de la hipoteca deriva del incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal, siendo la hipoteca un accesorio, el tercer constituyente de la hipoteca puede oponer en el juicio ejecutivo, prácticamente, todas las defensas del deudor³⁶ (salvo las que le fueran absolutamente personales, como la falta de capacidad) (art. 3122).

En efecto, el artículo 3187 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, este artículo 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)³⁷.

³⁵ Así, por ej., se ha decidido que encuadra en las defensas enumeradas en el art. 3166 del Código Civil, la excepción articulada por quien aparece constituyendo una hipoteca sobre un inmueble propio en garantía de una deuda ajena, con fundamento en la insuficiencia del poder otorgado por no reunir los recaudos establecidos por el art. 1881, inc. 15 del mismo ordenamiento. Es que, si el apoderado no cuenta con facultades suficientes para hipotecar, se plantea una situación análoga a la contemplada por los arts. 3126, 3127 y concordantes, lo que derivaría en la nulidad de la garantía (CNCiv., sala G, 15-3-2001, eDial – AE17B9).

³⁶ CNCiv., sala C, 11-8-67, J. A. 1967-IV-409; conf. HIGHTON, en BUERES y HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias* cit., t. 5C, p. 455.

³⁷ CNCiv., sala E, 11-8-75, E. D. 76-603; idem, 22-9-77, E. D. 81-253; sala D, 26-6-78, L. L. 1979-A-30 y E. D. 82-239; sala A, 25-12-79, E. D. 87-190; sala F, 7-7-97, L. L. 1998-B-696, etc.

Entre las defensas vinculadas a la inexigibilidad, está la prescripción. En este sentido se ha decidido que “Mediante una interpretación amplia, debe entenderse que la excepción de prescripción opuesta en una ejecución hipotecaria por el tercero poseedor se encuentra comprendida dentro del concepto de inexigibilidad de la deuda a la que se refiere el artículo 3166”³⁸.

4. Una aclaración previa: 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 artículos 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, incorporados por la ley 17.711, dejaron atrás varias discrepancias doctrinales y jurisprudenciales³⁹: 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. La única diferencia, no sustancial, radica en que mientras el artículo 3151 enfoca la situación del asiento registral antes del vencimiento del plazo o cuando media oportuna renovación, el artículo 3197 visualiza el momento jurídico posterior al término final del plazo o de sus renovaciones, es decir, el de la cesación de dichos efectos.

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 (arts. 3956 y ss.); es susceptible de suspensión e

³⁸ CNCiv., sala K, L. L. 2005-B-735. En el caso, se hizo lugar a la prescripción de la ejecutoria, en tanto desde el dictado de la sentencia había transcurrido el plazo de diez años.

³⁹ El debate también se planteaba en el Derecho italiano; ver CHIRONI, G. P., *Studi e questioni di Diritto Civile*, Fratelli Bocca, Milano, 1914, t. I, p. 189.

interrupción; cumplida puede ser renunciada (art. 3965); puede tornarse inadmisibles por falta de oportuna invocación (art. 3962); puede que sea dispensada cuando se dan los requisitos que al efecto exige la ley (art. 3980), etcétera⁴⁰.

¿Qué influencia tiene una figura sobre la otra?

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 (configurando así una inexactitud registral) hasta que se cumpla el plazo legal de caducidad si antes no se ordena su cancelación (art. 3199)⁴¹. En cambio, el término de veinte años de la caducidad de la inscripción hipotecaria nada tiene que ver con el plazo de prescripción.

Consecuentemente, se afirma 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”⁴² y que “de conformidad a la 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 veinteañal que señala el artículo 3151 para la caducidad de la inscripción”⁴³. Con el mismo criterio, en minoría, se ha afirmado que “En razón de lo dispuesto por el artículo 3187 del Código Civil debe rechazarse la ejecución de un crédito hipotecario si la obligación principal se extinguió por haberse omitido la verificación del

⁴⁰ Ver BONO, en ZANNONI y KEMELMAJER, *Código Civil y leyes complementarias* cit., t. 12, p. 641; conf. COLOMBO y KIPER, *Ejecución hipotecaria* cit., p. 415.

⁴¹ SALVAT y ARGANARÁS, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales* cit., t. IV, N° 2488, p. 283; BONO, en ZANNONI y KEMELMAJER, *Código Civil y leyes complementarias* cit., t. 12, p. 701 y sus eruditas citas.

⁴² C2°CCom. de La Plata, sala I, 10-10-2002, eIDial – W163CO; C1°CCom. de Mendoza, 2-12-2009, L. L. Gran Cuyo 2010-371.

⁴³ HIGHTON, Elena, *Juicio hipotecario*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 2, N° 94. Conf. CNFed.CC, 10-8-2000, eIDial – AF24FE. CNCiv., sala D, 26-9-79, E. D. 14-749.

crédito en el concurso preventivo del deudor habiéndose operado la prescripción prevista en el artículo 56 de la LC”⁴⁴.

5. La prescripción de la acción para reclamar el crédito principal

Se discute si la prescripción es un modo extintivo de la obligación o sólo un debilitamiento que la hace inexigible; para el tema que abordo el debate es irrelevante desde que hay coincidencia en que producida la prescripción de la obligación principal, la garantía hipotecaria se vuelve ineficaz.

Las situaciones que pueden presentarse son muy variadas y están referidas, en su mayoría, a la interrupción de la prescripción cuando la demanda ha sido interpuesta contra uno solo (sea el deudor principal, sea el constituyente de la hipoteca). Analizaré ambos casos separadamente.

5.1. Juicio iniciado contra el tercero constituyente de la hipoteca ignorando al deudor

La Corte federal resuelve desde antiguo que la demanda dirigida contra un tercero no interrumpe la prescripción contra el deudor⁴⁵. Las excepciones a esta regla están marcadas por la propia normativa; así, el artículo 3994 dispone que la interrupción de la prescripción causada contra uno de los deudores solidarios puede oponerse a los otros; el artículo 3997 dice que la demanda interpuesta contra el deudor principal o el reconocimiento de su obligación interrumpe la prescripción contra el fiador, etcétera.

⁴⁴ CCCLab. de Rafaela, 2-8-2002, L. L. Litoral 2003-493. Voto disidente del Dr. Berger. La mayoría votó por la perdurabilidad de la acción, pero en razón de que era dudoso si se trataba de un verdadero constituyente no deudor o sí, por el contrario, había asumido también la deuda; por lo demás, la discusión circuló sobre si había existido o no interpelación previa. La decisión ha sido comentada por COSSARI y VIVES, *La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriedad y especialidad* cit., p. 1168, quienes adhieren al voto de la mayoría, porque sostienen, como he dicho, que el art. 3163 no se aplica al tercero constituyente no deudor sino sólo al tercer poseedor. La sentencia contiene otros aspectos significativos (alcances del asentimiento del cónyuge, consecuencias del principio de especialidad y accesoriedad) mas no se vinculan al tema objeto de estas reflexiones.

⁴⁵ CSJN, 30-10-22, J. A. 9-513.

Por aplicación de estas reglas, está claro que la demanda contra el tercer constituyente sin citación del deudor no interrumpe el curso de la prescripción contra éste.

Un caso llegado a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza⁴⁶, que ratificó esta solución, presentó muy especiales peculiaridades. La sentencia de grado había declarado la prescripción de la acción para reclamar la deuda principal y, como consecuencia del principio de accesoriedad, la extinción de la garantía hipotecaria, dados los siguientes hechos, definitivamente fijados en las instancias inferiores: (a) 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, encuadraba en el artículo 3121 del Código Civil; (b) 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 Código Civil ni en el Código de Procedimientos, antes comentado; (c) Los únicos demandados (los constituyentes de la hipoteca) opusieron la excepción de falta de legitimación activa; (d) 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; (e) La actora dejó transcurrir largos períodos de tiempo sin activar el trámite de ejecución de sentencia (una vez, un año; otra, cuatro años); (f) Con posterioridad, cumplidos más de diez años desde el incumplimiento del obligado principal, sumado un año de suspensión por efecto de la interpelación extrajudicial, el deudor (presente por primera vez ante la justicia) y los constituyentes de la hipoteca interpusieron en la ejecución hipotecaria un incidente al que denominaron “incidente de prescripción”; (g) Corrido traslado del incidente, la actora se opuso a la prescripción; (h) La Cámara de Apelaciones declaró prescripta la

⁴⁶ 29-12-2009, “Atuel Fideicomisos SA en j. 32.227/10.102 Atuel Fideicomisos SA c/Guillén, J. L. y otro p/Hipotecario s/Inc. cas.”, elDial – AA5A85, D. J. 2010-1782; compulsar comentario de NEGRONI, María Laura, *Implicancias del principio de accesoriedad de la hipoteca*, en L. L. Gran Cuyo 2010-223 y resumen de PERALTA MARISCAL, Leopoldo L. y PADRONES, María C., sec. Comentarios críticos de jurisprudencia, *Derechos Reales*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2010-1, p. 497.

acción para reclamar el principal y extendió sus efectos a la hipoteca al declarar extinguida la posibilidad de ejecutar el inmueble hipotecado sobre la base de una doble línea argumental: (i) 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; (ii) 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.

El acreedor, apoyado por dictamen del procurador, sostenía que la cosa juzgada impide el juego de la prescripción aun cuando el plazo de prescripción de la acción para reclamar el principal se haya vencido con posterioridad a su dictado. Sostenía que la acción para reclamar la deuda estaba extinguida pero no la acción para ejecutar el inmueble, por lo que el inmueble debía subastarse.

El tribunal señaló dos puntos relevantes de su precedente del 3 de noviembre de 2003, antes referido⁴⁷, que tenían implicancias para decidir esta causa: (A) Los alcances de la cosa juzgada deben ser suficientemente delimitados; existe una línea divisoria entre la condena y los bienes que pueden agredirse⁴⁸; (B) Los actos cumplidos que respetan

⁴⁷ *Diario Judicial Online* del 10-12-2003 y *Rev. Foro de Cuyo* 61-2004-290.

⁴⁸ Cabe recordar una decisión de un tribunal cordobés que, para una situación distinta, también marcó líneas divisorias a la cosa juzgada: “La inmutabilidad de la cosa juzgada se entiende siempre sometida a una suerte de cláusula *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” (C3°CCom. de Córdoba, 10-3-2005, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, N° 82, 2005, p. 5228; en el caso, se negó la compensación al acreedor que había adquirido en la subasta, aunque había

la figura del constituyente no deudor quedan firmes (subasta), pero no es admisible la ejecución posterior que viola las reglas que rigen la situación sustancial de este sujeto.

En definitiva, la Corte provincial convalidó lo decidido por la Cámara de Apelaciones (extinción de la acción contra el deudor y de la hipoteca), con los siguientes argumentos:

- (a) La extraña situación se ha producido porque el actor no respetó las normas procesales que imponen interpelar judicial y previamente al deudor. Si el deudor hubiese sido demandado como indica el articulado, 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 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.

Aun desde la perspectiva de quienes sostienen una especie de libre opción de reclamar la obligación o la hipoteca, la accesoriedad de la garantía imponía al acreedor la carga de preservar la acción corres-

sido reconocido como hipotecario, en tanto con posterioridad se había vencido el plazo de la inscripción provisional y nunca logró inscribir en forma definitiva).

pondiente 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.

5.2. Juicio iniciado contra el deudor sin citación al tercero constituyente de la hipoteca

La cuestión de si la demanda interpuesta contra el deudor principal interrumpe o no la acción contra el tercero constituyente ha sido poco tratada por la doctrina y pocas veces resuelta por la jurisprudencia, al menos la publicada.

Un tribunal de apelaciones mendocino decidió que "promovida la demanda contra el obligado principal, la misma extiende sus efectos interruptivos de la prescripción contra el constituyente de la hipoteca, con independencia de que sea el mismo deudor o un tercero, por aplicación del principio de accesoriedad"⁴⁹.

En contra de esta solución se afirma que si el acreedor hubiese iniciado la acción personal contra el deudor y el cobro de su acreencia hubiera resultado infructuoso, habrá prescripto la acción hipotecaria contra el constituyente si transcurrieron más de diez años; "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 accesoriedad, 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"⁵⁰.

La cuestión no es de fácil solución.

La respuesta negativa, o sea la que no concede efectos expansivos a la demanda interpuesta contra el deudor principal respecto de la acción real contra el tercero dador de la hipoteca, podría fundarse en la siguiente línea argumental: el efecto relativo de la prescripción es la regla, de allí

⁴⁹ C4°CCMPaz de Mendoza, 25-3-2010, L. L. Gran Cuyo 2010-573.

⁵⁰ NEGRONI, *Implicancias del principio de accesoriedad de la hipoteca* cit., p. 232. La autora manifiesta que sostuvo una posición opuesta al colaborar con Puertas de Chacón en otra obra, pero que un renovado análisis de la cuestión la lleva a esta nueva conclusión.

que desde antiguo la Corte decide que la demanda dirigida contra un tercero no interrumpe la prescripción contra el deudor, salvo norma en contrario; en el caso, ninguna establece expresamente la excepción; el artículo 3997⁵¹ del Código Civil no la regula, desde que esa norma se refiere a la fianza, el dador de la hipoteca no es un fiador, y las causales de interrupción no son aplicables por analogía.

En apoyo de la solución afirmativa dada por el tribunal mendocino, a la que parecería que hay que adherir, podría alegarse:

- (a) El artículo 3997 del Código Civil se funda en la regla de la accesoriedad; su incorporación supone tomar partido frente al debate existente en el Derecho francés en el que una posición entendía que siendo las dos obligaciones diferentes, no había razón para el “contagio interruptivo”; sin embargo, Vélez siguió a Pothier, quien sostenía que si bien hay dos deudas diferentes, una es accesoria de la otra y, por lo tanto, la suerte de la principal marca la de la accesoria⁵². Aunque el dador de hipoteca no es un fiador, la garantía por él otorgada es un accesorio de la obligación principal; en consecuencia, una y otra se fundan en la misma razón. No se trata, pues, de aplicación analógica, sino de aplicación de la regla de la accesoriedad.
- (b) El temor a la imprescriptibilidad de la acción del dador no es argumento suficiente; la acción prescribirá, sólo que no lo hará autónomamente sino juntamente con la principal, en tanto es un accesorio. Está claro que el Codificador argentino tuvo una visión amplia frente a este problema, a punto tal que, a diferencia de lo que acontece en el Derecho español, también sobre este punto tomó partido por una de las tendencias desarrolladas en el debate francés, y dio efectos interruptivos no sólo a la demanda sino también al acto de reconocimiento emanado del deudor principal⁵³.

⁵¹ El art. 3997 dice: “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”.

⁵² Compulsar LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Tratado de la prescripción liberatoria*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 277.

⁵³ Para la discusión en torno a si también el reconocimiento debe ser interruptivo ver DÍEZ-PICAZO, Luis, *La prescripción extintiva*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 155.

- (c) La aplicación del artículo 3997 responde al sistema del Código y a razones de equidad: si la interrupción se produce respecto a quien responde con todo su patrimonio (los bienes que tenía al momento de constituirse la fianza y los que adquirió con posterioridad), con mayor razón ello debe suceder respecto de una persona que tiene su responsabilidad limitada a un inmueble.
- (d) Si pese a estos argumentos resta alguna duda, la interpretación exige pronunciarse por la supervivencia y no por la extinción de la acción⁵⁴.

6. Palabras de cierre

Casos distintos a los comentados en estas líneas llegarán en el futuro a sede judicial; la riqueza de las situaciones es tal que no pueden ser abarcadas en su totalidad ni por el legislador ni por el doctrinario. De cualquier modo, parecería que una futura reforma al Código Civil debería dar solución legal a algunos de los problemas que la figura del tercer dador de la hipoteca plantea, desde que la diversidad de soluciones mostrada genera gran inseguridad jurídica. Este resultado es negativo y paradójal. Negativo, pues el crédito hipotecario merece ser revalorizado; el otorgante de una garantía por la deuda de otro, sin obligarse personalmente, y del acreedor deben saber a qué atenerse. Paradójal, pues la prescripción se funda, justamente, en la seguridad jurídica.

⁵⁴ CNCiv., sala K, 4-7-2002, L. L. 2002-D-820; SCJ de Mendoza, sala I, 9-12-2002, L. L. Gran Cuyo, 2003-182, entre muchos.