

## HIPOTECA. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA. PROCEDIMIENTO. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA EJECUCIÓN. TERCERO CONSTITUYENTE\*

### HECHOS:

*El juez de primera instancia rechazó la excepción de inhabilidad de título deducido por el tercero constituyente de la hipoteca pero no deudor de la misma, al no haber sido intimado de pago éste sino sólo aquél. Dicha resolución fue apelada y la Cámara de apelaciones la revocó.*

### DOCTRINA:

1) *Constituye un requisito previo para poder ejecutar a un tercero que hipoteca un inmueble de su propiedad en garantía de una deuda ajena, que el acreedor intime al deudor principal al pago de la deuda exigible, de lo contrario queda cerrada toda acción contra el tercero garante –en el caso, se*

*hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título deducido por el tercero constituyente– desde que no hay acción directa o autónoma en su contra, quien sólo se ve afectado en la etapa ejecutoria después de dictada la sentencia de trance y remate contra el deudor principal.*

2) *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, al afectarse*

\*Publicado en *La Ley* del 27/09/2002, fallo 104.469.

*su derecho de defensa por privarse al tercero hipotecante de las excepciones que pudo haber opuesto el deudor obligado.*

Cámara Nacional Civil, Sala H, mayo 8 de 2002. Autos: “Y. P. F. S. A. c. Ramos, Roberto R.”

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 8 de 2002.

*Considerando:* Las presentes actuaciones fueron elevadas al tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fojas 275 contra el decisorio de fojas 270/4.

De conformidad con lo previsto en el art. 3121 del Cód. Civil, 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.

En el caso aparecen bien definidas la figura del deudor y la del tercer constituyente que no es deudor principal del acreedor hipotecario y sólo responde con el bien afectado. La causa de su obligación estriba en el incumplimiento de quien ha asumido la obligación principal, en cuanto ello lo afecta en forma directa; ya que es la condición indispensable de ejecutabilidad de su garantía, puede discutir el cumplimiento de esa condición, oponiendo las defensas que considere pertinentes y que el deudor principal no usó (*ED*, 20-120). En consecuencia, es el deudor quien debe ser intimado de pago y citado a oponer excepciones, en todos los casos, vale decir, sea que continúe siendo propietario del inmueble hipotecado o el mismo esté en manos de un tercer poseedor o que la hipoteca haya sido constituida por un tercero.

Del juego armónico de los arts. 3162, 3163 y 3169 del Cód. Civil, se desprende la necesidad ineludible de dictar sentencia de trance y remate en los términos del art. 551 del Cód. Procesal, respecto del deudor, para poder así continuar la ejecución contra el tercer constituyente, ello en virtud de lo dispuesto en el art. 3172 del Cód. Civil (Cfr. Colombo, Carlos I., *Ejecución Hipotecaria*, pág. 390).

Del mismo modo Salvat señala que: “el legislador ha pensado que antes de dirigir la acción contra el tercer poseedor, con todos los inconvenientes y molestias que ello significa, era justo advertir y reclamar el pago al deudor, quien queda siempre responsable de los perjuicios que se ocasionen al tercer poseedor (art. 3170, Cód. Civil)” (cfr. Salvat, Raymundo-Argañaraz, Manuel, *Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, t. IV, N° 24\12, ap. 233).

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 igual principio 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 conforme al art. 595 del Cód. Procesal.

Constituye un requisito previo para poder ejecutar un inmueble de su propiedad en garantía de una deuda ajena, que el acreedor intime al deudor principal al pago de la deuda exigible, de lo contrario queda cerrada toda acción contra el tercero garante desde que no hay acción directa o autónoma en su

contra, quien sólo se ve afectado en la etapa ejecutoria después de dictada la sentencia de trance y remate contra el deudor principal.

Por lo expuesto precedentemente resulta indispensable que el juicio se dirija contra el deudor y que, una vez intimado de pago y dictada la sentencia, se prosiga contra el tercero hipotecario en los términos previstos en el art. 3163 del Cód. Procesal.

En el sentido indicado la jurisprudencia ha resuelto que: “Si la intimación de pago al deudor es necesaria aun cuando éste sea poseedor y propietario de un inmueble hipotecado, con mayor razón será preciso librar mandamiento contra el deudor cuando el inmueble pertenezca a un tercero constituyente de la hipoteca en los términos del art. 3121 del Cód. Civil, ya que si por imposición legal y constitucional no se puede rematar un inmueble sin haber oído primero al deudor, menos aún podrá rematárselo si pertenece a un tercero que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda principal que se ejecuta.

El deudor debe ser intimado de pago y citado a oponer excepciones en todos los casos, pues si como en la especie se ejecuta el mutuo para hacer efectiva la responsabilidad personal nacida del préstamo es de aplicación el art. 3163 del Cód. Civil. Luego se puede recurrir contra el tercer poseedor y exigir el pago de la deuda o el abandono del inmueble que la garantiza (cfr. CNCiv., Sala K, rec. N° 97851, 31/08/2000).

No es procedente la ejecución hipotecaria promovida sólo contra el tercer constituyente o hipotecante no deudor, quien no puede ser condenado en forma directa y autónoma, sin que previamente el acreedor intime al deudor al pago del capital e intereses exigibles. Al no haberlo hecho y por su asimilación a la figura del tercer poseedor, debe admitirse la excepción de inhabilidad de título porque se afecta su derecho de defensa al privarse al tercero hipotecante de las excepciones que pudo haber opuesto, el deudor obligado (cfr. CNCiv. y C. Fom., Azul, Sala 2ª, “Y. P. F. S. A. c. Ané, Miguel s/ ejecutivo” —LLBA, 1998-363; JA, 1998-I-407—).

Por los fundamentos expuestos el tribunal resuelve I. Revocar el decisorio obrante a fojas 270/4 y en su mérito hacer lugar a la defensa opuesta por el tercer constituyente a fojas 159 punto VI. Con costas a la actora (arts. 68 y 69, Cód. Procesal) II. En atención a la forma en que se resuelve la cuestión planteada en la alzada deviene abstracto el examen del planteo referido al art. 16 de la ley 25563. — *Jorge A. Giardulli*. — *Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna*. — *Claudio M. Kiper*.

## NOTA A FALLO

### HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN TERCERO

Por **M. Genoveva Heguy**

Coincidimos con la resolución a la que arribó el Tribunal, a pesar de discrepar en cuanto al carácter que reviste el tercero que constituye una hipoteca en garantía de una deuda ajena.

Es sabido que el Código admite que la hipoteca pueda ser constituida por

un tercero distinto del deudor del crédito que se garantiza, a pesar de que la definición del artículo 3108 omite mencionar a este tercero que no se obliga personalmente.

El fallo comentado asimila a este tercero con la figura del tercer poseedor. Por su parte, algunos doctrinarios lo comparan con la fianza pero, en este caso, el tercero sólo queda obligado con los inmuebles gravados con la hipoteca.

Consideramos que el tercero que constituye hipoteca en garantía de una deuda ajena comparte caracteres de ambas figuras.

Es un tercero en el vínculo obligacional entre el acreedor hipotecario y el deudor. Es poseedor a título de dueño porque, al haber constituido su derecho real de dominio sobre la cosa gravada, el ejercicio de ese derecho se materializa mediante la posesión. No existe relación personal alguna entre el acreedor hipotecario y el tercero. Se disocian el derecho creditorio y el real, de modo tal que el acreedor lo es de su deudor primitivo, pero en caso de que éste no pague, es el tercero quien debe soportar la ejecución de la finca hipotecada. Sólo responde hipotecariamente y goza de la facultad de abandono.

En una primera aproximación podemos decir que este tercero ha intervenido en la convención, lo que no puede decirse del tercer poseedor, que es totalmente ajeno a la relación crediticia e hipotecaria. El tercero, si bien no asume la deuda como propia, asume otra obligación principal de pagar por el deudor, subordinado a la condición de que el deudor no pague y limitada a la responsabilidad con la cosa.

Cuando se dice que el tercero constituyente de la hipoteca no es fiador, significa que no responde por el todo de la deuda, ni con todo su patrimonio, que no es fiador personal. Tratándose del tercer dador de un fiador real, puede también abandonar la cosa como tercer poseedor pues no debe saldos personales.

La solidaridad a la cual el fiador puede someterse no quita a la fianza el carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la fianza, con la excepción de la privación del beneficio de excusión y de división. Puede también el fiador constituirse en principal pagador, con lo que será deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones sobre codeudores solidarios, pero esto debe surgir expresamente del contrato creditorio, lo que no se desprende del caso comentado.

Si el tercero dador se constituye en fiador con todos sus restantes bienes, no procede mencionar en la escritura el artículo 3121 del Código Civil, correspondiente a la hipoteca dada por un tercero que justamente limita la responsabilidad al decir que otorga el gravamen sin obligarse personalmente.

Podemos concluir en que el tercero constituyente no es deudor personal, no es codeudor solidario, no es principal pagador, no es deudor directo autónomo, salvo que se estipule lo contrario.

Consecuentemente, no corresponde que la ejecución sea seguida contra él sin previamente haber intimado al deudor principal de pago.

De acuerdo con el artículo 3163, no obstante la enajenación de la cosa, el

acreedor debe intimar de pago al deudor antes de requerir el pago del crédito al tercer poseedor. Si éste no verificare el desembolso en el término de tres días, cualquiera que fuese la excusa, podrá dirigirse al tercer poseedor exigiéndole el pago de la obligación o el abandono del inmueble gravado. El acreedor debe ineludiblemente exigir el pago a su deudor. Dictada la sentencia de remate contra el deudor, recién puede proseguir el trámite contra el tercer poseedor. Esta obligación o carga, previa intimación de pago de la deuda para poder perseguir el inmueble, es una restricción o límite impuestos por la ley al titular del derecho real de hipoteca.

En este aspecto es en donde se asimila el tercero hipotecante con el tercer poseedor, ya que el primero no es deudor, por lo que debe ser citado a juicio en los términos del artículo 3163 y siguientes del Código Civil y 599 del Código de Procedimientos, pues no puede rematarse su inmueble por la deuda de otro sin habersele dado siquiera la misma participación que a un tercer poseedor. Esto en virtud de las garantías constitucionales de que nadie puede ser condenado sin ser oído, ni expropiado sin haber participado en el juicio. Asimismo, se interpreta que el tercero constituyente no puede estar en peor situación que el deudor.

El tercero constituyente no está personalmente obligado al pago de la deuda y no puede ser condenado a ello. El requerimiento que se le hace para pagar no es como deudor, sino como tercero interesado en el pago. Sólo tiene derecho a pagar, mas no obligación.

Se impone la necesidad de diferenciar en este punto el derecho personal del derecho real; así, el derecho personal, es decir la obligación, no se transmite con la cosa. La prestación estará a cargo del sujeto pasivo determinado, que es aquel que se comprometió a dar, a hacer o a no hacer y no a cargo de otro ajeno. El derecho real es carga o gravamen inherente a la posesión de la cosa y debe soportarlo quienquiera sea su dueño.

En consecuencia, el tercero puede pagar sin ser deudor para evitar la subasta o hacer abandono del bien hipotecado. Si no ejerce estos derechos, no por ello pueden los tribunales pronunciar condenaciones personales en su contra, lo que quiere decir que no puede perseguírsele en los restantes bienes, que el único bien a perseguir es el inmueble gravado.

Así, si no se hubiera hecho lugar a la excepción de inhabilidad de título en el caso comentado, además de haberse visto vulnerado el derecho al debido proceso que le corresponde al deudor principal, podría haberse llegado a una sentencia condenatoria, quizá insuficiente, dado que el tercero constituyente sólo está obligado a responder hasta el valor por el cual la deuda ajena fue garantizada.

En cuanto al momento en que el tercer constituyente debe tomar intervención en el juicio, los que sostienen que se encuentra en similar situación jurídica que el tercer poseedor, consideran que recién corresponde una vez dictada la sentencia de trance y remate contra el deudor principal<sup>1</sup>. Por su parte,

(1) Cammarota, *Tratado de derecho hipotecario*, págs. 137 y 138.

Highton, al considerar que su posición es diversa de la del tercer poseedor, entiende que debe participar en la calidad que le corresponda, sin esperar la sentencia de trance y remate<sup>2</sup>, pudiendo ejercer su defensa desde un primer momento.

---

(2) Highton, Elena, *Código Comentado*, tomo 5, pág. 1269.