

HIPOTECA: EJECUCIÓN. GENERALIDADES. PROCEDIMIENTO. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA EJECUCIÓN. REQUISITOS PREVIOS. INTIMACIÓN DE PAGO. HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN TERCERO*

DOCTRINA:

- 1) *Dado que en la ejecución hipotecaria se ejerce una acción personal a la que se adiciona una acción real, es necesario tanto requerir al deudor el cumplimiento de la obligación de pagar como darle la oportunidad de oponer las defensas que quedan dentro del limitado marco del juicio ejecutivo. Así, si el deudor no cumple o se rechazan las excepciones, queda expedita la vía para continuar con la acción real.*
- 2) *En el proceso de ejecución hipotecaria, la intimación de pago al deudor es una restricción legal impuesta al derecho de hipoteca,*

que no puede ejercerse sin antes intimar judicialmente de pago al deudor, citándolo simultáneamente para que oponga excepciones. Así, aun cuando el deudor haya caído en mora antes de iniciarse el juicio, dicho trámite es imprescindible, pues el derecho constitucional de defensa en juicio está en juego. En efecto, el trámite de citación de remate es irrenunciable y de orden público.

- 3) *Si la intimación de pago al deudor es necesaria cuando el mismo es poseedor y propietario del inmueble hipotecado, se requiere más aún cuando éste pertenece a un tercero que constituyó la hi-*

* Publicado en *La Ley* del 03/03/98, fallo 96.719.

poteca en los términos del art. 3121 del Cód. Civil. En efecto, si por imposición legal y constitucional no se puede rematar un inmueble sin haber oído al deudor, menos se puede hacer si pertenece a un tercero que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda principal que se ejecuta. De tal modo, corresponde intimar el pago al deudor, pues al tercero se lo cita en una etapa posterior.

- 4) *Si el crédito objeto de la ejecución hipotecaria está garantizado por una hipoteca constituida por un tercero en los términos del art.*

3121 del Cód. Civil, cuando se trata de hacer efectiva la responsabilidad personal nacida de tal crédito, debe aplicarse lo prescripto por el art. 3163 del mismo ordenamiento, que impone como requisito previo la intimación de pago del capital y sus intereses al deudor para recurrir luego al tercero poseedor.

Cámara Nacional Civil, Sala F, 25 de septiembre de 1997.

Autos: “Banco Roberts S.A. c. Distribuidora Namar S.R.L.”.

2ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 25 de 1997.

Considerando: I. A fs. 162/163 el *a quo* rechazó las defensas de inhabilidad de título y defecto legal deducidas en autos por la ejecutada y sentenció la causa de trance y remate, fijando la tasa de interés a aplicar en autos en la del 24% anual, comprensiva tanto de los accesorios compensatorios como de los punitivos.

Contra dicho pronunciamiento se alzó la ejecutada, por las razones expuestas a fs. 172/178.

II. a) Agravia a la recurrente el rechazo de la excepción de inhabilidad de título que oportunamente planteara, ello en razón de considerar que el magistrado de la anterior instancia equivocó su criterio al considerar a Capó como un tercero, cuando es en realidad un fiador, por lo que el sentenciante habría incurrido en un “... error primigenio al no advertir cuál ha sido el fundamento de la excepción...”.

La cuestión no puede ser válidamente ponderada por el tribunal, por no haber sido adecuadamente propuesta a la consideración del juez de anterior grado (art. 277, Cód. Procesal), lo que resta toda virtualidad a la afirmación atinente a la existencia de un error del judicante.

A ello cabe agregar que no se ha incorporado a la causa elemento alguno que permita considerar a Capó un fiador, ya que dicha condición no surge ni del contenido del mutuo ni del acuerdo de refinanciación agregados en autos, donde constituyera una hipoteca en garantía del cumplimiento de deuda ajena sobre un bien de su propiedad y fuera calificado como “el hipotecante”.

Ha sostenido ya este tribunal (CNCiv, esta Sala, r. N° 192.701, del 30 de abril de 1996) que en la ejecución hipotecaria se ejerce una acción personal a la que se adiciona una acción real, por lo que es necesario tanto requerir al

deudor el cumplimiento de la obligación de pagar como darle la oportunidad de oponer las defensas que quedan dentro del limitado marco del juicio ejecutivo. Si el deudor no cumple o se rechazan las excepciones, queda expedito el camino para continuar con la acción real. La acción personal se dirige sólo contra el deudor, la real directamente contra la cosa hipotecada. La intimación de pago al deudor es una restricción legal impuesta al derecho de hipoteca (art. 3163, Cód. Civil) que no se puede ejercer sin antes intimar judicialmente de pago al deudor, citándolo simultáneamente para que oponga excepciones. Aun cuando el deudor haya caído en mora, antes de iniciarse el juicio -habitualmente así habrá ocurrido- el trámite es imprescindible, pues el derecho constitucional de defensa en juicio está en juego. El trámite de citación de remate es irrenunciable y de orden público (conf. Highton, Elena I., *Juicio Hipotecario*, t. I, pág. 198, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993).

Cabe agregar que si la intimación de pago al deudor es necesaria aun cuando él mismo es poseedor y propietario del inmueble hipotecado, con mayor razón será necesario 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. Parece obvio 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, 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. No es el tercero sino el deudor quien debe ser intimado de pago, ya que al tercero se lo cita en una etapa posterior (conf. Highton, Elena, op. cit. pág. 202 y jurisprudencia allí citada).

Aun cuando puede discutirse cuál es el momento en que cabe citar al proceso al tercero que ha constituido una hipoteca en garantía de una deuda ajena -si con anterioridad o posterioridad al dictado de la sentencia de trance y remate contra el deudor principal- es claro que si el crédito está garantizado en los términos del art. 3121 del Cód. Civil, cuando se trata de hacer efectiva la responsabilidad personal nacida del crédito, es de aplicación el art. 3163 del Cód. Civil que impone como requisito previo la intimación de pago del capital y sus intereses al deudor para recurrir luego al tercero poseedor (conf. CN-Civ., Sala K, 28/02/91, Jurisprudencia C. Civil, Isis, sumario 00015060, criterio que resulta analógicamente aplicable al supuesto en estudio).

b) Sostiene la demandada que, en razón de no haber exteriorizado la acreedora su voluntad de tener por caducos los plazos, la deuda no resulta exigible.

Sin perjuicio de poner de manifiesto que en el contrato que vincula a los litigantes se pactó mora automática y que la posibilidad de tener por operada la caducidad de los plazos se presenta como una facultad conferida al deudor, no puede dejar de señalarse que la exteriorización de la voluntad del acreedor en dicho sentido se encuentra suficientemente verificada por la promoción de esta demanda y la intimación de pago que a la recurrente formulara.

c) Sostiene la ejecutada que el acuerdo cuya copia obra a fs. 86/88 importó una novación de lo pactado en el mutuo y que de ella se derivaría un error en la fecha de entrada en mora fijada por el sentenciante.

De la lectura del documento mencionado surge expresamente que “tercera: El presente convenio no implica novación de las obligaciones asumidas por la deudora...”. La claridad de la cláusula permite no sólo soslayar el planteo sino llamar la atención de la recurrente sobre la seriedad y debida relación con las constancias del proceso que deben guardar las presentaciones que en él efectúa.

d) Finalmente, objeta la demandada la tasa de interés fijada por el magistrado; ello en razón de considerar que del convenio anteriormente mencionado surge que se han previsto accesorios retributivos a una tasa del 14 %, por lo que, adicionando punitorios a una tasa equivalente al cincuenta por ciento de aquélla, se obtendría una tasa inferior a la determinada en el pronunciamiento atacado.

Cabe establecer que la tasa empleada en el convenio de refinanciación ha sido la del 14,97 % y no la indicada por la recurrente y que en el mutuo -integrante del convenio aludido (conf. cláusula 4ª)- se pactó que los punitorios se calcularían a una tasa “superior” al cincuenta por ciento del interés pactado (cláusula 5ª), que en dicho contrato era del 19 %.

Es claro que la tasa que el sentenciante procura reducir ha sido la fijada en el mutuo y que el empleo de la palabra “superior” determina una base y no un tope para el cálculo de los punitorios, por lo que no puede afirmarse sin hesitación que lo efectuado por el magistrado no haya sido una verdadera reducción.

En su mérito, se resuelve: Confirmar el decisorio de fs. 162/163. Con costas (arts. 558 y 68, Cód. Procesal).

La doctora Highton de Nolasco no firma por hallarse en uso de licencia. - *Ana María Conde.* - *Fernando Posse Saguier.*