

El hipotecante no deudor y su situación frente al concurso preventivo del obligado al pago

POR RÓMULO ROJO VIVOT

Sumario: I. Introducción.— II. La hipoteca constituida por el propietario no deudor.— III. Responsabilidad del hipotecante no deudor: análisis del precepto legal.— IV. ¿Similitud con el tercero adquirente de un inmueble hipotecado?— V. Régimen jurídico del hipotecante no deudor.— VI. El concurso preventivo del obligado al pago.— VII. Efectos del concurso preventivo respecto a la garantía real constituida por quien no se obligó al pago de la deuda.— VIII. El principio de accesорiedad de la hipoteca y la novación legal como causal de extinción.— IX. Situación de las obligaciones a plazo con vencimiento posterior a la homologación del acuerdo preventivo. Interpretación de las normas aplicables.— X. ¿Hacia una nueva reforma concursal?

I. Introducción

a) Diversas normas del Código Civil y Comercial regulan la situación jurídica de la persona que constituye una garantía real sin obligarse al pago del crédito que está asegurando (arts. 2199, 2200, 2201 y 2202 del Cód. Civ. y Com.). A pesar de aquello, resulta complejo identificar y determinar las reglas que regirán su funcionamiento. La normativa concursal no contempla esta figura, y en el Código Procesal de la Nación no existe una disposición específica que regule su situación procesal. Por otro lado, son muy pocos los fallos que se han pronunciado sobre esta figura y, cuando lo han hecho, ha sido para establecer reglas generales vinculadas con cuestiones procesales, dejando la elaboración de los principios a la doctrina.

La diversidad de opiniones e interpretaciones sobre este instituto genera que —en muchos casos— la situación sustancial y procesal resulte incierta.

b) En esta presentación examinaré el régimen y las consecuencias jurídicas que produce la figura del hipotecante no deudor, con el propósito de determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos de la relación sustancial. Por otra parte, analizaré y reflexionaré acerca de los efectos que genera el concurso preventivo del obligado al pago y, en particular, sobre las obligaciones a cargo del deudor cuya exigibilidad quedó

diferida en fecha posterior a la novación legal dispuesta por el art. 55 de la LCQ.

Haré hincapié en las cuestiones sustanciales y procesales, pues resultan necesarios para comprender el ejercicio de la potestad implicada en el derecho subjetivo del acreedor; especialmente en la fase de exigencia del crédito y ejecución de la garantía.

II. La hipoteca constituida por el propietario no deudor

a) El tema que me propongo analizar se vincula con el derecho real de hipoteca. Dicha circunstancia exige proporcionar una noción de los caracteres distintivos de este tipo de garantía, y abordar brevemente la normativa aplicable. Su tratamiento permitirá explicar los efectos que produce la figura del hipotecante no deudor.

Conforme resulta del art. 2205 del Cód. Civ. y Com., la hipoteca es un derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados (art. 2188 y 2209 del Cód. Civ. y Com.) que continúan en poder del constituyente (arts. 1891 y 2195 del Cód. Civ. y Com.) y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia (arts. 1882 y 1886 del Cód. Civ. y Com.) para cobrarse su crédito con el producido de la venta del inmueble en subasta pública (arts. 2194, 2198 y 2203 del Cód. Civ. y Com.).

Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito al que procuran seguridad (arts. 726, 856, 1889 y 2186 del Cód. Civ. y Com.), son intransmisibles sin el crédito, y se extinguén con el principal (arts. 940, 941 y 1640 del Cód. Civ. y Com.). Estas normas significan que la hipoteca es un derecho real accesorio de un derecho creditorio, sin que por ello se altere la naturaleza real de la garantía. En efecto, la existencia, eficacia y desarrollo funcional de la hipoteca depende de aquél; no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice. Además, salvo disposición legal o convencional en contrario, la extinción, nulidad o ineficacia del crédito extingue el derecho real (arts. 857, 881, 907, 940 y 2186 del Cód. Civ. y Com.).

De acuerdo con el art. 2187 del Cód. Civ. y Com., se puede garantizar con hipoteca toda clase de créditos. Según la modalidad y el objeto del vínculo obligacional, serán puras y simples, a plazo, condicionales o eventuales, de dar, hacer o no hacer. La hipoteca siempre garantiza un crédito en dinero.

En virtud de aquello es que al constituirse la hipoteca es necesario que se individualice y determine adecuadamente cuál es el crédito garantizado, con indicación precisa de los sujetos, el objeto y la causa del vínculo jurídico obligacional (arts. 281, 726, 2187, 2189 y 2190 del Cód. Civ. y Com.). El derecho de garantía no puede existir sin un derecho de crédito al que accede y, la clara indicación de los sujetos, el objeto, la causa y la magnitud del crédito garantizado son requisitos esenciales para la existencia de la hipoteca.

Los derechos reales de garantía solo pueden ser constituidos por contrato y celebrado por los legitimados (arts. 957, 1885, 2185 y 2206 del Cód. Civ. y Com.). Las partes del contrato hipotecario son el acreedor y el constituyente de la hipoteca, y la aceptación del acreedor puede ser ulterior (art. 978 del Cód. Civ. y Com.), siempre que se otorgue con la misma formalidad y antes de su registración (art. 2208 del Cód. Civ. y Com.).

En el caso del derecho real de hipoteca, el principio general es que debe constituirse por escritura pública (arts. 285, 1016, 1017, 1018, 2185 y 2208 del Cód. Civ. y Com.). Aquí es dable destacar que la escritura pública es exigida únicamente para la constitución de la hipoteca, por lo que el crédito al que accede la garantía podría estar

documentado en un simple instrumento privado. En tal caso, la escritura de hipoteca debe enunciar con toda precisión los antecedentes de la operación que se garantiza.

De lo expuesto se sigue que no debe asimilarse el contrato hipotecario que da origen al gravamen con el convenio del cual deriva el crédito que aquel está llamado a asegurar. También demuestra que la garantía y el título ejecutivo no deben confundirse con la causa de la obligación y su exigibilidad o existencia, aun cuando los dos actos se materialicen en el mismo instrumento.

Los efectos y requisitos referidos a la publicidad registral y la oponibilidad de la hipoteca a terceros interesados y de buena fe, están regulados en las disposiciones generales a todos los derechos reales (art. 1893 del Cód. Civ. y Com.) y en la ley 17.801.

b) Cuando se hace referencia a la figura de la hipoteca, se suele pensar en la existencia de un obligado al pago que constituye un gravamen real sobre un inmueble propio para garantizar el pago de la deuda que él mismo está contrayendo.

Sin embargo, según lo admite el art. 2199 del Cód. Civ. y Com., el sujeto pasivo de la obligación puede no coincidir con el sujeto que constituye la garantía real. A través de dicha norma se introduce la figura conocida con el nombre de “propietario no deudor”, “hipotecante no deudor”, “tercero hipotecante”, “constituyente no deudor de una garantía hipotecaria”, que es quien sin obligarse en forma expresa al pago del crédito, grava un inmueble propio para asegurar la satisfacción del crédito del acreedor frente a una obligación asumida por otra. Tal sería el caso de quien solicita un préstamo y, por carecer de un inmueble propio, recurre a otra persona para que constituyendo una hipoteca sobre su inmueble garantice el resultado de la operación, pero sin obligarse al pago de la deuda.

En el tráfico negocial resulta frecuente que la garantía real de hipoteca sea constituida por una persona distinta al deudor. Tal vez el ejemplo más común que se da en esta especie, es la hipoteca constituida para garantizar el saldo deudor resultante del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (arts. 1407, 1434 y 1439 del Cód. Civ. y Com.). También son habituales los casos de personas jurídicas que garantizan una operación

comercial de sus socios o representantes societarios, incluso dentro de vinculaciones comerciales mantenidas por distintas sociedades integrantes de un mismo grupo económico. Además, podemos mencionar la hipoteca constituida por los condóminos de un inmueble, siendo solo uno de ellos el deudor de la obligación.

No obstante, son pocos los casos en los que el hipotecante no se obligue al pago del crédito asegurado, siendo que comúnmente asume el carácter de fiador —incluso solidario— o de principal pagador (arts. 1574, 1590 y 1591 del Cód. Civ. y Com.). Quizás este sea el motivo por el cual son tan escasos los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que existen acerca de esta particular figura.

III. Responsabilidad del hipotecante no deudor: análisis del precepto legal

El art. 2199 del Cód. Civ. y Com. dispone que el tercero propietario no deudor que constituye la garantía, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen.

Previo al desarrollo de las consecuencias jurídicas que produce esta figura, es menester examinar el alcance jurídico de la terminología utilizada por el legislador.

a) La expresión *propietario no deudor que constituye la garantía* refiere a toda persona que es titular de una cosa, sobre la que se constituyó un derecho real de garantía, pero que no se obligó a satisfacer la prestación debida al acreedor. Esta última noción se refiere al vínculo de derecho que une al deudor con el acreedor, de la cual derivan: (a) la prestación que se encuentra a cargo del sujeto pasivo de aquella relación jurídica obligacional y (b) el interés del titular del derecho creditorio que es garantizado con la hipoteca.

b) El concepto de *tercero* contenido en la norma se refiere a la prestación que debe cumplir el deudor, puesto que el constituyente no es un tercero respecto del gravamen real, ni es ajeno al crédito garantizado con la hipoteca. En efecto, el concedente es parte esencial de la convención hipotecaria porque sin su consentimiento no puede existir el derecho real de garantía que protege, asegura y garantiza el efectivo cobro del

crédito del acreedor ante el incumplimiento del deudor. Además, es quien acuerda las cláusulas en el acto que instrumenta la escritura de hipoteca, por lo que tampoco será ajeno a la eventual controversia que se suscite entre el acreedor y el deudor, respecto a la cancelación del crédito que garantizó con su inmueble.

De su lado, el deudor es un tercero respecto de la hipoteca pues la relación jurídica de garantía se establece entre el constituyente de la hipoteca y el acreedor, siendo este último —y no el deudor— el “sujeto asegurado”. La hipoteca está constituida en su exclusivo interés, con el fin de asegurarse la efectiva satisfacción de su crédito para el caso que el deudor no cumpla su obligación. No se garantiza el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor sino el crédito del acreedor.

De igual modo, los acuerdos que pudieran haber realizado el deudor y el constituyente de la hipoteca son ajenos al acreedor, y no pueden serle opuestos salvo que formen parte del negocio de garantía. Aquí es dable mencionar que si bien no se exige que en la escritura hipotecaria se exprese la causa ni el motivo por el cual el hipotecante constituyó la garantía, en cuanto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario (art. 282 del Cód. Civ. y Com.), su declaración puede servir para verificar que la operación no es incompatible o extraña al objeto social de la persona jurídica concedente de la garantía (1).

c) Por su parte, el enunciado *sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado* se refiere a la ausencia de declaración inequívoca y categórica de la voluntad de obligarse al pago del crédito asegurado. Si con suficiente claridad expresa dicha voluntad, su responsabilidad quedará ampliada en los límites propios de la fianza o de acuerdo con las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias como principal pagador (arts. 1574 a 1598 del Cód. Civ. y Com.).

Es dable mencionar que la realidad del tráfico negocial demuestra que cuando un tercero adquiere una inmueble hipotecado, al suscribir la

(1) TEVEZ, Alejandra, “Hipoteca a un tercero como acto notoriamente extraño al objeto social. Implicancias de la verificación del crédito en el proceso concursal del hipotecante”, LA LEY 2007-D, 889.

escritura de adquisición, retiene el importe del gravamen y entrega al vendedor, tan solo, la diferencia con el precio de compra. Difícil es imaginar que pague íntegramente el precio convenido prescindiendo de la hipoteca. Sin embargo, para que el comprador quede obligado al pago del crédito, en la escritura debe constar expresamente que toma a su cargo el crédito hipotecario obligándose a pagarla a su vencimiento. Tal delegación de la deuda no se producirá cuando en la escritura solo se expresara que el comprador retiene el importe del crédito asegurado, en tanto que falta la declaración expresa de su voluntad de obligarse al pago del crédito asegurado.

No obstante, cuando el deudor enajenó el inmueble hipotecado y el comprador se hizo cargo de la deuda, el acreedor titular del crédito con garantía real hipotecaria tiene tres opciones: (a) aceptar al nuevo deudor, liberando al primitivo en forma expresa (art. 936 del Cód. Civ. y Com.), (b) aceptar al nuevo deudor, sin desobligar al antiguo o (c) no aceptar al deudor delegado manteniendo su derecho exclusivamente contra quien constituyó la hipoteca y se obligó al pago de la deuda. En esta última situación, el comprador es considerado propietario no deudor.

d) La consecuencia de no haberse obligado en forma expresa al pago del crédito, se traduce en la fijación de la responsabilidad del constituyente no deudor. En tal sentido, la norma establece que *responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen*, estableciendo un límite en cuanto a los bienes del constituyente que sirven de garantía y al monto máximo por el que el inmueble responde hipotecariamente (art. 2189 del Cód. Civ. y Com. modificado por la ley 27.271). La extensión de la garantía dependerá de los términos en que se constituyó la hipoteca.

Establecer el sentido de esta última parte de la norma es esencial para comprender el funcionamiento de este sistema de garantía real. Para ello es necesario no confundir el monto del crédito con el monto del gravamen, en donde el crédito hace a la prestación que debe cumplir el deudor y el gravamen, a la fijación de la responsabilidad con la cosa. Si bien normalmente coinciden, en algunos casos la cifra por la que se encuentra gravado el inmueble indica un límite máximo de la cobertura y no la cifra real y precisa del crédito.

Asimismo, aun cuando el vínculo obligacional esté determinado en sus elementos, el monto del crédito puede no conocerse, siendo posible que en un momento determinado sea superior al monto del gravamen, y en otro inferior a este, o que sea igual a cero. Incluso, el crédito puede aumentar o disminuir según el pago o la amortización parcial que efectuase el deudor (2).

La doctrina y la jurisprudencia es pacífica en señalar que no responde con su patrimonio, sino con el inmueble hipotecado y hasta la suma cierta de dinero por la que está gravado el inmueble. La expresión del monto del gravamen establece los alcances de la garantía fijando el importe máximo por el que responderá hipotecariamente el inmueble, y también determina el límite del privilegio sobre el producido de la subasta. De tal manera, si el producido de la subasta del inmueble no alcanzara para cubrir el total del crédito, el saldo impago solo podrá reclamarse al deudor que responde con todo su patrimonio, más no a quien fuera el propietario no deudor del inmueble ya ejecutado (art. 2203 del Cód. Civ. y Com.). De igual modo, el remanente que excede el monto del gravamen le pertenece al propietario no deudor (art. 2201 del Cód. Civ. y Com.) (3).

IV. ¿Similitud con el tercero adquirente de un inmueble hipotecado?

a) El nuevo ordenamiento equipara la figura del tercero que constituye la garantía con quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado. Tal es así que, el art. 2199 del Cód. Civ. y Com. distingue ambas situaciones pero asimila las figuras bajo el concepto de tercero propietario no deudor, y el art. 2200 del Cód. Civ. y Com. establece que, ante la ejecución de la garantía, debe procederse a su respecto como si lo fueran y regirse por iguales principios.

La doctrina y la jurisprudencia han simplificado la cuestión estableciendo que la posición y condición jurídica de ambas figuras es asimilable o equiparable, con iguales derechos y obli-

(2) PÉREZ LASALA, José - MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Benigno, "El principio de especialidad y la accesoriad en la hipoteca", ED 98-793.

(3) CNCom., Sala A, 29/08/2002, "Molinos Juan Semino SA c. Colormax SRL", LA LEY 2003-A, 570.

gaciones. Esto, en virtud de que ambos sujetos son ajenos al vínculo obligacional por no haber asumido el pago de la deuda, deben soportar la ejecución del inmueble si el deudor no paga luego de haber sido intimado y que el derecho del acreedor no puede ir más allá de la venta del inmueble. En la medida que proceda, también tienen derecho al remanente (art. 2201 del Cód. Civ. y Com.), a reclamar las indemnizaciones correspondientes, a subrogarse en los derechos del acreedor y a citar a los propietarios de otros bienes afectados a derechos reales de garantía en beneficio de la misma deuda (art. 2202 del Cód. Civ. y Com.).

b) Desde luego que ambos sujetos son propietarios del inmueble hipotecado y que su responsabilidad patrimonial es idéntica. Sin embargo, considero que el tratamiento jurídico de ambas figuras es diverso por lo que no deben confundirse.

En tal sentido advierto que, aquel criterio equipara ambas figuras al analizar su situación y posición jurídica frente a la ejecución de la garantía y desde la perspectiva del propietario del inmueble hipotecado. Sin embargo, pareciera no tener en cuenta que la relación jurídica está concebida en interés del acreedor garantizado ni considerar las consecuencias y contingencias que pudieran afectar al titular del derecho creditorio y real al pretender la satisfacción de su crédito. La diferencia no solo es teórica sino también de trascendencia práctica.

Tan es así que el *hipotecante no deudor* constituye la garantía real sobre un inmueble propio para asegurar la satisfacción del interés del acreedor ante el incumplimiento de la obligación asumida por el deudor, mientras que el *tercero adquirente* obtiene tal condición cuando el deudor le transfiere el dominio del inmueble que él hipotecó para garantizar el pago de la deuda que él mismo contrajo, mediante la entrega de la posesión, la pertinente escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Asimismo, el *hipotecante no deudor* es parte de la relación jurídica por haber participado en el negocio constitutivo del derecho real de hipoteca, habiendo tenido oportunidad de discutir y negociar las cláusulas de la escritura, mientras que el *tercero adquirente* no participó en el acto de creación ni tiene vinculación alguna con el

acreedor, quien normalmente tomara conocimiento de su existencia cuando reciba el informe de dominio que se agrega al expediente con carácter previo a la subasta.

c) Por otro lado, distintos aspectos del procedimiento de ejecución y la intervención que le cabe en el proceso, demuestran la singularidad y autonomía de las figuras.

En efecto, el *tercero adquirente* no es parte en el juicio hipotecario iniciado contra el deudor hipotecante, y solo podrá verse afectado en la etapa ejecutoria después de dictada la sentencia contra el deudor. Recién entonces el acreedor deberá peticionar su citación judicial a fin de que se lo intime de conformidad con lo previsto en el art. 599 del CPCCN y en los términos del art. 2200 del Cód. Civ. y Com. Si el tercero adquirente no paga ni abandona el inmueble, la ejecución del inmueble seguirá contra él. Esto significa que la ejecución contra el tercero adquirente presupone —siempre— la ejecución previa del deudor.

En cambio, el *hipotecante no deudor* tiene legitimación para ser demandado y participar en el proceso desde el inicio (4). No solo por tener una relación directa con el acreedor —por haber intervenido voluntariamente en la suscripción de la escritura hipotecaria—, sino también porque la relación sustancial entre acreedor y deudor condiciona al hipotecante no deudor, pudiendo afectar sus derechos e intereses. Por lo demás, aquello le permitirá ejercer una adecuada defensa de sus intereses pudiendo oponer todas las excepciones propias e incluso las personales del deudor, cuando este las hubiera omitido o fuese remiso en hacerlo.

Si bien el espíritu de los arts. 2199 y 2200 del Cód. Civ. y Com. es similar al art. 3163 del Cód. Civil y se compadece con lo dispuesto por el art. 599 del CPCCN, pienso que el procedimiento de ejecución hipotecaria establecido por el art. 599

(4) HIGHTON, Elena en BURRES (dir.), “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. V, p. 1370. ABREVAYA, Alejandra, “Ejecución hipotecaria”, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004. NEGRONI, María, “Implicancias del principio de accesорiedad de la hipoteca”, LLGran Cuyo 2010 (abril), 223. CNCom., Sala E, 15/03/2001, “Parmalat Argentina SA c. Guidobono, Carlos”, LA LEY 2001-E, 140. CNFed. Civ y Com., Sala II, 26/04/2000, “Banco de la Nación Argentina c. Bombal, Rosa”.

del CPCCN no se refiere al hipotecante no deudor sino que está previsto para el supuesto de seguirse la ejecución contra el tercero adquirente.

En tal sentido considero que, frente al proceso ejecutivo iniciado por el acreedor, su situación debe regirse por las normas comunes de la ejecución hipotecaria y no por aquel régimen de excepción, debiendo ser intimado en la forma establecida por los arts. 596 y ss. del CPCCN, luego de haber requerido el pago al deudor y previo al dictado de la sentencia (5). No existe razón para que el emplazamiento deba ser diferido para luego de dictada la sentencia contra el deudor, en tanto tal exigencia no surge de la ley procesal. Por lo demás, razones de económica, concentración y celeridad hacen aconsejable que la acción se sustancie desde el inicio del trámite con ambos sujetos procesales.

Por otro lado, si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía real —cuyo inmueble hubiera sido transferido al *tercero adquirente*— tiene derecho a dar por caduco el plazo y a cobrar su crédito con la preferencia correspondiente (art. 2197 del Cód. Civ. y Com.). En tal caso, al acreedor le bastara con presentarse en el juicio donde se ordenó la subasta judicial del inmueble para que se reconozca su preferencia y se haga efectivo su crédito.

En cambio, frente a la subasta del inmueble del *hipotecante no deudor*, el titular de la potestad real no podría —salvo convención expresa en contrario— exigir el cumplimiento de la obligación como de plazo vencido ni pretender cobrarse el importe garantizado. El titular del inmueble subastado no reviste la condición de deudor y la prerrogativa real está subordinada a una condi-

(5) HIGHTON, Elena en BUERES, A. (dir.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. V, p. 1269. COSSARI, Nelson - VIVES, Luis, "La hipoteca dada por un tercero y los principios de accesoriiedad y especialidad", LLLitoral, 2003 (noviembre), 1167. CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio, "Créditos con garantía real en los concursos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 322. CNCom., Sala D, 13/12/2011, "First Trust of New York NA c. García Carlos". CNCiv., Sala G, 15/03/2001, "HSBC Banco Roberts SA c. Costa Pablo". CNCiv., Sala I, 15/05/2001, "Nobleza Piccardo SA c. Cigoper SA". CNCiv., Sala I, 30/09/1999, "Banco Francés del Río de la Plata SA c. Cejas Rubén", JA 2001-IV-175.

ción suspensiva que es el incumplimiento por parte del obligado al pago y supeditada al previo reclamo que el titular del gravamen dirija contra aquél. Si el crédito no es exigible contra el obligado al pago, tampoco lo será respecto del hipotecante no deudor, pues su responsabilidad no puede ser demandada sino cuando pudiera requerirse a aquel. Por lo demás, su situación no puede ser peor que la del deudor, y la subasta del inmueble hipotecado no es causal de caducidad de los plazos, salvo que se hubiera establecido expresamente.

Sin embargo, como tiene un derecho condicional y que la subasta del inmueble gravado es causal de extinción de la hipoteca (art. 2203 del Cód. Civ. y Com.), no se puede pretender que el acreedor deba esperar el vencimiento del plazo para actuar en defensa de sus intereses. En tal caso, el acreedor podrá solicitar el depósito —en garantía y a título conservatorio— de los fondos que le corresponderían percibir si se produjera el incumplimiento por parte del deudor que, conforme el ordenamiento jurídico, producirá el nacimiento de la responsabilidad del hipotecante no deudor.

No obstante aquello, la subasta del inmueble del hipotecante no deudor podría configurar, según las circunstancias del caso concreto, un supuesto relevante que autorizaría al acreedor a requerir la privación del plazo para el cumplimiento de la obligación y exigir su crédito, aunque el término no esté vencido (arts. 353 y 2195 del Cód. Civ. y Com.). El vencimiento no opera *ipso iure*, sino que se producirá solo en forma facultativa, reclamándolo el acreedor según le convenga y siempre que el deudor no ofreciera otra garantía suficiente.

d) Lo expuesto también cobra relevancia práctica en el supuesto de concurso preventivo del obligado al pago y, en especial, respecto de la novación legal emergente del acuerdo concordatario (art. 941 del Cód. Civ. y Com. y art. 55 de la LCQ).

En efecto, aun cuando el inmueble hipotecado hubiese sido adquirido por un tercero —saliento así del patrimonio del deudor—, el acreedor podrá peticionar la verificación del crédito con el privilegio respectivo (art. 241 de la LCQ) y continuar o iniciar la ejecución hipotecaria (art. 21 de la LCQ) cuya sentencia se hará extensiva al ter-

cero adquirente. En cambio, cuando el inmueble pertenece al *hipotecante no deudor*, no solo tiene un crédito quirografario frente al deudor sino que, como se verá, su situación frente a la posibilidad de ejercer su derecho respecto del inmueble hipotecado ha dado lugar a distintas soluciones.

Asimismo, el crédito asegurado por el *hipotecante no deudor* quedará alcanzado por el efecto novatorio del concordato preventivo (art. 55 de la LCQ), mientras que ninguna novación se producirá respecto del crédito que vincula al *tercero adquirente*, salvo que el deudor hubiese realizado propuestas para los titulares de créditos privilegiados y hubiese obtenido las conformidades suficientes (arts. 44, 47 y 57 de la LCQ).

Por cierto, la novación dispuesta por el art. 55 de la LCQ no extingue la garantía real constituida por el concursado sobre bienes propios, aun cuando lo hubiera enajenado (art. 21 de la LCQ); mientras que por aplicación del art. 940 del Cód. Civ. y Com. el acreedor perdería la garantía real constituida por el hipotecante no deudor.

e) Las numerosas diferencias analizadas ponen de manifiesto que se trata de instituciones distintas. La calidad de "propietario no deudor" no puede ser entendida genéricamente. Tampoco corresponde proceder como si fueran figuras semejantes pues su naturaleza es distinta, lo que impone una diversidad de régimen que la ciencia del derecho no puede menos que reconocer.

V. Régimen jurídico del hipotecante no deudor

En cuanto al régimen y las consecuencias jurídicas que produce esta figura, hay que distinguir varios aspectos.

V.I. Régimen sustancial: Deuda y Garantía

El deudor es el que debe la prestación y responde con todo su patrimonio, mientras que el hipotecante no deudor no debe la prestación pero, en caso que el acreedor no vea satisfecho su crédito, responderá únicamente con el inmueble hipotecado. De la constitución de hipoteca no deriva una obligación o deber jurídico de cumplir la prestación, sino la sujeción del inmueble con fines de satisfacer el crédito subyacente frente al incumplimiento del deudor.

Se advierte un vínculo complejo por cuanto existen dos relaciones jurídicas diferentes: una de deuda (derecho personal) y otra de garantía (derecho real). Hay un primer momento que se caracteriza por la obligación del deudor de cumplir la prestación, lo que se traduce para el acreedor, en la expectativa de la satisfacción de su crédito. En caso que el deudor no cumpla la prestación a su cargo, entra a actuar la segunda virtualidad de la relación sustancial, la cual consiste en un poder de agresión patrimonial sobre los bienes embargables y ejecutables del deudor (arts. 242 y 743 del Cód. Civ. y Com.) y sobre el inmueble dado en garantía (art. 2200 del Cód. Civ. y Com.).

Lo esencial del vínculo existente entre los tres sujetos es el interés insatisfecho del acreedor como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico del deudor, y que el ordenamiento jurídico protege a fin que pueda lograr la satisfacción de su crédito.

V.2. Naturaleza de la responsabilidad del hipotecante no deudor

a) En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del hipotecante no deudor, Kemelman de Carlucci (6) expresó que se trata de un supuesto de responsabilidad sin deuda, pues el acreedor cuenta con un solo deudor a quien reclamar el cumplimiento de lo debido. En caso de no obtener la satisfacción del crédito, estará habilitado para dirigirse ante el propietario del inmueble sobre el que se asentó la hipoteca y en la medida de la especialidad del gravamen descripto en la convención hipotecaria.

Al respecto se ha expresado Llambias (7) afirmando que si bien es cierto que no hay deuda, aquello es porque tampoco hay relación obligacional. Si el dueño de un inmueble afectado debe soportar la ejecución de la cosa, no es porque sea responsable sin ser deudor sino porque él ha

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Hipoteca constituida por un tercero y prescripción extintiva", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010-2, p. 55. SC Mendoza, Sala I, 29/12/2009, "Atuel Fideicomisos SA c. Guillén, José". MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ed. Ajea, Buenos Aires, 1971, t. IV, p. 101.

(7) LLAMBIAS, Jorge, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 17.

desmembrado el dominio que antes detentaba íntegramente, y tiene que sufrir el ejercicio del derecho real por parte del titular del crédito con garantía hipotecaria.

Por otro lado, han considerado que el constituyente de la hipoteca asume una obligación accesoria que, como el fiador, asegura la efectividad del crédito. Esta postura se inclina por afirmar que se trata de un “deudor de garantía” y que la hipoteca así constituida se regirá simultáneamente por las normas de la fianza y de la hipoteca (8). También se ha dicho que el tercero hipotecante asume una obligación subsidiaria de garantía en forma subjetiva y relativa, pues basta el incumplimiento del deudor para que el hipotecante quede obligado a pagar la deuda, sin que sea necesario que se hayan excedido los bienes del deudor (9).

Por su parte, Highton de Nolasco (10) ha sostenido que no se trata de una obligación accesoria sino que el constituyente contrae una obligación principal vinculada con el concepto de responsabilidad contractual: la de pagar por el deudor subordinada a la condición de que aquel no pague y limitada su responsabilidad con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen. Es decir que la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta última no es una obligación accesoria.

b) Ahora bien, *¿por qué reputar “obligado” al propietario que no es deudor? ¿Es correcto considerar que el hipotecante asumió una “obligación” cuando no se obligó expresamente al pago del crédito asegurado?* En mi opinión, el dador de la hipoteca no asume la obligación de satisfacer la prestación pues no se obligó a su cumplimiento.

(8) BENÍTEZ CAORSI, Juan, “La hipoteca en garantía de deuda ajena. Régimen jurídico del ‘fiador hipotecario’”, LA LEY 2012-F, 1268. CNCiv., Sala E, 09/11/2016, “Rosignuolo Diego c. Suarez Fernando (Expte. 88.940/2015)”.

(9) SOSA, Toribio, “El acreedor debe verificar en el concurso del tercero hipotecante?”, DJ 2006-3, 353. PRACTESIS, Juan Carlos (h) - VIMBERG, Enrique, “Contratos de garantía” en MARTORELL (dir.), Tratado de Derecho Comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 631.

(10) HIGHTON, Elena, “Derecho Reales”, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, t. VI, p. 117. CNCiv., Sala C, 15/12/1970, JA 10-1971-328. CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio, “Créditos con garantía real en los concursos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 322.

Menos aún a título personal como el fiador o el principal pagador. Tampoco se convierte en deudor ante el incumplimiento del obligado al pago en tanto que no se obligó al pago del crédito asegurado. Solo adquiere la calidad de responsable, y esa responsabilidad tiene su expresión concreta en el valor de realización del inmueble afectado, pero no ejecuta una prestación cuando deja al acreedor cobrarse sobre el producido de la subasta del inmueble.

No hay allí ninguna responsabilidad sin deuda, sino simplemente la normal derivación del funcionamiento de un derecho real de garantía. Por lo demás, no es válido afirmar que falta la “deuda”, pues existe un crédito y una responsabilidad vinculada desde el momento en que el deudor incumplió su deber jurídico de satisfacer el crédito del acreedor.

Su responsabilidad contractual se refiere a un elemento objetivo que es el inmueble hipotecado, y que adquiere relevancia práctica y jurídica en el caso que el deudor no cumpla con el pago de la deuda. Si bien tiene derecho a pagar, más no la obligación de hacerlo. Lo único que es obligatorio para el hipotecante no deudor es sopor tar la ejecución y venta del inmueble para que el acreedor logre la satisfacción de su crédito.

Por lo demás, el acreedor no puede demandarle el pago de la deuda porque no le debe nada ni existe norma alguna que lo obligue frente al incumplimiento del deudor. La intimación de pago ordenada por el art. 2200 del Cód. Civ. y Com. no es dispuesta en calidad de deudor, sino como tercero interesado (11) a efectos de “salvar” su inmueble y mantener su dominio (art. 881 del Cód. Civ. y Com.). Para desinteresar al acreedor con la eficacia necesaria como para tornar abstracto el seguimiento de su pretensión compulsoria, el pago debe comprender el monto máximo del gravamen expresado en el acto constitutivo, aunque el inmueble tuviera un valor venal inferior al monto del gravamen (arts. 2189 y 2193 del Cód. Civ. y Com.).

Según las circunstancias, la alternativa de pago puede algunas veces resultar ser la mejor de-

(11) LLAMBIAS, Jorge, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 724, nro. 1409. BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 477.

cisión. No solo liberaría del gravamen en cuestión al inmueble de su propiedad e impediría su venta forzada en sede judicial, sino que también tendría derecho a reclamarle al deudor una indemnización de todo perjuicio que hubiese sufrido como consecuencia de la garantía constituida (arts. 724, 730, 1082 y art. 2202 inc. a) del Cód. Civ. y Com.). Pero, además, se subrogaría de pleno derecho en los derechos y acciones del acreedor desinteresado hasta la concurrencia de la suma que hubiese desembolsado (arts. 882 y 915 del Cód. Civ. y Com.) (12). Y lo hace no solo respecto del inmueble liberado (13) sino también sobre los otros bienes afectados al mismo crédito, manteniendo las acciones contra el deudor, los co-obligados, los fiadores, y los garantes personales y reales, incluyendo el privilegio y el derecho de retención si lo hubiera (art. 918 del Cód. Civ. y Com.) (14). Se trata de un supuesto de sustitución de la posición jurídica por quien paga una deuda que no le es propia, pudiendo iniciar acciones contra el deudor y, de existir, contra las otras garantías del mismo crédito (arts. 2194, 2202, 2584, 914 y 915 del Cód. Civ. y Com.).

V.3. Naturaleza de la pretensión del titular del derecho real hipotecario

a) Establecer la naturaleza de la pretensión deducida en la acción procesal con relación al derecho sustancial, resulta indispensable para determinar las condiciones necesarias para ejecutar la garantía.

La doctrina distingue entre la “acción personal” y la “acción real” a partir de los diferentes elementos de la relación jurídica sustancial: el crédito y la hipoteca. El crédito origina la acción

(12) CNCiv., Sala A, 14/12/1998, “Arzuaga, Carlos c. De Llordy, Victoria”, LA LEY 1999-C, 392.

(13) SAUCEDO, Ricardo, “Las garantías reales en general” en GURFINKEL DE WENDY (dir.), Derechos reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1233: La subrogación en la garantía sobre el objeto liberado del cual resulta propietario, implica que si el mismo es ejecutado por otros acreedores (sean o no privilegiados), aquel mantendrá sobre el precio la colocación y preferencia que hubiera correspondido al acreedor que desinteresó con el pago realizado.

(14) SC Mendoza, 24/08/2005, “Procargo SA (Expte. 83.205)”: La insinuación de un crédito futuro por parte del garante de una obligación hipotecaria, como quirografario eventual, no implica presumir la renuncia al carácter privilegiado del crédito, para el caso en que se subrogara en lugar del deudor principal pagando la deuda.

personal a favor del acreedor sobre los bienes del patrimonio del deudor, mientras que el elemento garantizador de la hipoteca provoca la correspondiente responsabilidad real, cuya realización se logra mediante el ejercicio de la acción real.

A pesar de la evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, sigue siendo objeto de debate si la acción que pone en marcha la ejecución de la garantía hipotecaria es de índole personal y/o real. La gran cantidad de procesos judiciales dirigidos contra el hipotecante no deudor sin integrar la litis contra el deudor del crédito que se garantizó pone en evidencia aquella realidad.

Por un lado, están quienes sostienen que la ejecución hipotecaria es una acción de carácter real (15) que se ejerce directamente contra el inmueble. No se pone en movimiento la acción emergente de la relación obligacional, sino una acción real en virtud de la carga o gravamen real que pesa sobre el inmueble y que lleva ínsito el derecho de preferencia y el de persecución. Para esta postura, la hipoteca constituye la fuente inmediata y autónoma de la acción ejecutiva, la cual es, en su extensión y en su ejercicio, independiente del crédito. El objetivo que persigue el acreedor es la venta del inmueble para cobrarse su crédito y no la declaración de la existencia de la obligación subyacente.

Por el otro, se encuentran los que consideran que lo que se debe ejercer para lograr la ejecución de la garantía real es una acción personal (16),

(15) SALVAT, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales”, Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1932, t. II, p. 516. ALLENDE, Guillermo, “Panorama de derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 207 y 294. ÁRRAGA PENIDO, Mario, “Hipoteca: la ejecución judicial clásica ante las reformas al Código Civil y al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la ley 24.441”, JA 1996-IV, 580. GOLDENBERG, Alicia, “Ejecución hipotecaria”, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1999, p. 90.

(16) LAFAILLE, Héctor, “Curso de Derechos Reales”, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930, t. IV, p. 113. BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 467. PODETTI, Ramiro, “Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 513. QUINTANA TERAN, Guillermo, “La hipoteca del condominio y la excepción de inhabilidad de título en el juicio ejecutivo”, ED 7-47. MOLINARIO, Alberto, “El Código de procedimientos civiles vigente en la Capital Federal y el derecho hipotecario”, LA LEY 1979-A, 778.

porque lo que se ejecuta es la relación creditoria con lo accesorio de la garantía hipotecaria, sin que por ello se altere la naturaleza de la acción. Al ser la hipoteca un elemento accesorio del crédito no asigna carácter real a la acción ni desplaza la competencia. Para esta posición, el derecho de persecución y preferencia se ejerce en la etapa ejecutoria después de dictada la sentencia contra el deudor.

b) En los casos en que la persona del deudor coincide con la del constituyente de la garantía ambas acciones se confunden, por lo que la acción se dirige contra la misma persona y un mismo patrimonio. Al no darse esa correspondencia cuando la hipoteca fue constituida por un tercero que no se obligó al pago del crédito garantizado, la acción necesariamente va a recaer sobre dos patrimonios diferentes: el del deudor y el inmueble hipotecado.

La jurisprudencia y la doctrina no es pacífica respecto a la situación procesal de los sujetos involucrados. Hay quienes afirman que puede demandarse únicamente al hipotecante no deudor cuando el acreedor, el deudor y el hipotecante lo hubieran acordado expresamente, incluso prescindiendo del reclamo previo al deudor (17). Otros sostienen que se debe dirigir la acción contra el deudor y, una vez obtenida la sentencia, podrá solicitar la citación del hipotecante no deudor (18). Pero la mayoría considera que no puede ejercerse la acción real hipotecaria sin actuar simultáneamente la acción personal emergente del crédito (19), negando el ejercicio autónomo de la garantía real.

(17) CS, 22/08/2002, "Arana de Rivarola, María c. Viplan SA". TSJ Cba., Sala Civil y Comercial, 12/12/2012, "Córdoba Bursátil c. Tipo SA". CNFed. Civ. y Com., Sala I, 11/12/2001, "Caja Complementaria de Prev. para la Actividad Docente c. Dinar Líneas Aéreas SA", LA LEY 2002-D, 958. TSJ Cba., Sala Civil y Comercial, 26/03/1998, "Banco de la Provincia de Córdoba c. Blanchard Mirta".

(18) CNCiv, Sala L, 01/06/2016, "Grupo Republica SA c. Quintana Alfredo". CNCiv, Sala K, 14/12/2004, "YPF SA c. Albon SRL". CNCiv, Sala F, 08/05/1984, "Compañía Financiera de Concesionarios Finanford SA c. Bidegain, Adolfo", ED 110-433. SOSA, Toribio E., ¿El acreedor debe verificar en el concurso del tercero hipotecante?, DJ 2006-3, 353.

(19) HIGHTON, Elena, "Juicio Hipotecario", Ed. Hammarabi, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 72. KIPER, Claudio, "Tratado de Derechos Reales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. II, p. 256. SAUCEDO, Ricardo J., "La ejecución de los derechos reales de garantía" en GURFINKEL

Para esta última postura, dentro del mismo juicio se sustanciarán ambas acciones obteniéndose una sola sentencia que, en su extensión y en su ejercicio, será independiente. Tal situación pareciera configurar un litisconsorcio pasivo necesario, pues la eficacia de la sentencia de remate estaría subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal incluya y sea propuesta frente a ambos sujetos en virtud de la inescindibilidad de las relaciones jurídicas sustanciales, resultando intolerable un tratamiento procesal separado.

Para que exista litisconsorcio no basta que aparezcan como demandados dos o más personas, sino que además es indispensable que puedan sufrir una suerte común, sea porque defienden un único interés o intereses, que por su origen o naturaleza son paralelos o conexos. Si cada sujeto procesal defiende intereses antagónicos, diversos o excluyentes, no habrá litisconsorcio aunque aparezcan en la posición común de demandados. Este carácter distintivo del litisconsorcio puede servir para resolver si resulta indispensable la acumulación subjetiva de acciones para poder ejecutar la garantía real.

c) De lo que no puede dudarse es que ambos sujetos están legitimados para intervenir en el proceso en defensa de sus propios intereses: uno como deudor y el otro como responsable hipotecante. Lo que se debe analizar es la posibilidad de iniciar juicios separados o si, por el contrario, debe ser necesariamente único contra ambos.

En el caso, si bien los diversos sujetos no se encuentran unidos por una sola relación sustancial y defienden un interés diverso, existe un acto y un hecho jurídico que los vincula al interés contrario, reuniendo los caracteres de un litisconsorcio necesario anómalo.

Sin embargo, pienso que aquello no implica que resulte imposible deducirlo y resolverlo en

DE WENDY (dir.), Derechos reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1231. CÁRDENAS, Héctor, "Ejecución hipotecaria con hipotecante no deudor. Legitimación pasiva. Reseña jurisprudencial y doctrinaria", Ed. Zeus, t. 82, p. D-30. CNCiv, Sala G, 08/05/1997, "Optor SA c. Villanueva, Melchor", LA LEY 1997-A, 12. C1aCiv. y Com. Bahía Blanca, Sala I, 22/09/1981 "Banco del Sud SA c. Girotti, Alberto", ED 98-570. CCiv. y Com. Azul, Sala II, 14/04/1996, "Banco del Sud c. Piscicelli, Mario", ED 169-13.

procesos separados. El acreedor tiene dos derechos cuyas partes constitutivas son de diversa naturaleza: es acreedor del derecho personal creditorio y es, además, titular de un derecho real en función de garantía de la efectividad de aquel crédito. Por tanto, esta figura incorpora dos tipos de acciones diferentes: una personal contra el deudor que nace del vínculo jurídico obligacional, y otra hipotecaria que deriva del derecho real de garantía el cual se ejerce cuando la propiedad del inmueble hipotecado no pertenece al obligado al pago y contra el interés gravado.

La legitimación del acreedor para accionar hipotecariamente surge por la vinculación real con el constituyente de la garantía y de un hecho específico en relación con una norma jurídica. De la circunstancia que exista un acto y un hecho jurídico que los vincule con el acreedor, no se sigue que ambas tengan que ser demandadas conjuntamente.

Conforme el ordenamiento jurídico, la única condición o requisito constitutivo para poder perseguir y subastar el inmueble es el reclamo judicial previo al obligado al pago. Se trata de una restricción o límite impuesto por la ley al titular del derecho real de hipoteca y que protege al propietario no deudor del inmueble hipotecado. Tanto es así que no se puede rematar un inmueble que pertenece a quien no se ha obligado al pago del crédito sin haber oído previamente a quien contrajo la deuda (20). De tal modo, no solo se le requiere el pago de la deuda sino que se le da la oportunidad de oponer defensas y excepciones. Por lo demás, permitirá verificar si se encuentran reunidos los presupuestos que habilitan la ejecución de la garantía. De allí que los emplazamientos extrajudiciales que pudiera haber realizado el acreedor, y aún las respuestas brindadas por el deudor intimado, no substituyen ni suprimen el reclamo previo al deudor en el marco del procedimiento judicial (21).

(20) ST Corrientes, 22/08/2016, “Velázquez Fernando c. La Prudencia SRL”. CS, 28/05/2008, “Dorma Sistema de Controles para Portas SA c. Szlago Alejandro”. CS Tucumán, 04/02/2003, “Torres de Porcel Carmen c. Soria Manuel”.

(21) BONO, Gustavo en ZANNONI (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.), “Código Civil y leyes complementarias”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, t. XII, p. 490. CNCiv., Sala I, 24/09/1996, “Hewlett Packard Argentina SA c. Invar SA”. CNCiv., Sala I, 29/12/1995, “Banco Río de la Plata SA c. Santana, Ercilio”.

Aquel acontecimiento produce el nacimiento del interés legítimo de accionar y ejecutar la garantía hipotecaria, el cual constituye una facultad del acreedor y no una obligación ineludible. A tal punto que, si el acreedor lo prefiere, puede ejercer la acción personal contra el obligado al pago y obtener de esa forma la satisfacción de su crédito. Tan es así que el propio art. 2200 del Cód. Civ. y Com. establece que la intimación al propietario no deudor es una facultad y el ordenamiento procesal no dice que el acreedor deba acumular todas las acciones que dispone, sino que puede o podrá hacerlo si así lo desea.

Esta secuencia refleja la dualidad de los derechos de crédito e hipoteca, de forma tal que este último se activa y se hace operativo únicamente ante el supuesto condicionante que constituye el incumplimiento del deudor (22) y contra aquel que resulte titular del inmueble hipotecado. También demuestra que la hipoteca, como garantía accesoria del negocio principal, es por si solo incapaz de autorizar la vía ejecutiva; la garantía y el título ejecutivo no deben confundirse con la causa de la obligación y su exigibilidad o existencia. De su interdependencia depende la correcta integración del título ejecutivo.

d) Al tener dos derechos diferentes, pienso que el acreedor puede válidamente optar por ejercerlos en un mismo juicio o separadamente. Es decir que puede optar por iniciar el reclamo judicial únicamente contra el deudor sin ejecutar la garantía, lo que no excluye la posibilidad de ampliarla o iniciarla posteriormente. Aquí es dable destacar que, aun cuando el deudor hubiera cancelado parte de la deuda o su obligación se hubiera extinguido parcialmente, no impide el inicio o la continuación de los trámites de la ejecución y el acreedor podrá hacerlo vender para cobrarse el saldo deudor. Lo expuesto significa que mientras no esté íntegramente cancelado el crédito, el acreedor tendrá garantizado el pago del mismo pues la hipoteca subsiste entera y con todos sus efectos, incluso a pesar de las divisiones que puedan operarse en la propiedad afectada o en el crédito (art. 2191 del Cód. Civ. y Com.; art. 574 del CPCCN).

Mientras el acreedor pueda modificar o ampliar la demanda (art. 331 del CPCCN), es claro

(22) CCiv. y Com. Azul, Sala II, 18/08/1997, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA c. Ané Miguel”, JA 1998-I-407.

que está facultado para solicitar la integración de la litis contra el hipotecante no deudor. Luego de notificada la demanda, la situación es más difícil aunque debería buscarse dicha integración que responde al principio de economía procesal, pero siempre antes del dictado de la sentencia.

En el caso de deducir la acción real en un proceso separado, corresponde su acumulación y, el requisito del reclamo previo al deudor se tendrá por cumplido con la notificación de la sentencia dictada en dichas actuaciones. Si las defensas y excepciones opuestas para paralizar, rechazar o impedir la ejecución del inmueble son desestimadas, el juez deberá decretar directamente la subasta del inmueble para que con su producido el acreedor haga efectivo su crédito.

Al verificarse el incumplimiento del deudor, el hipotecante no deudor cambia su posición jurídica sustancial y procesal respecto a la cuestión litigiosa para convertirse en sujeto del proceso, pudiendo ejercer los derechos y facultades que integran la acción y quedando sometida a la cosa juzgada. En cualquier hipótesis, para que el acreedor pueda ejecutar la garantía hipotecaria resulta necesario que haya reclamado el pago al sujeto pasivo de la obligación y que ambos tuvieran la posibilidad de hacer valer sus defensas.

e) La acción seguida contra el hipotecante no deja de ser real por el hecho que el deudor deba ser previamente intimado judicialmente.

Los derechos reales están protegidos por acciones reales y, en tal sentido, pienso que no es válido afirmar que el nuevo ordenamiento limite las acciones de carácter real a las enunciadas en el art. 2247 del Cód. Civ. y Com. Tanto es así que, aquella norma expresa cuáles son las acciones que se regulan en el capítulo referido a las defensas reales, pero de ninguna manera declara que fueran las únicas ni excluye a otras acciones, como las que refiere el art. 2195 del Cód. Civ. y Com., para impedir que el deudor disminuya el valor del inmueble hipotecado, o las que derivan de los derechos reales de garantía. Si bien es cierto que las ejecuciones de créditos con garantía hipotecaria no pueden ser calificadas como acciones reales en los términos del art. 2247 del

Cód. Civ. y Com. (23), no por ello dejan de tener aquel carácter. Tan es así que el art. 2200 del Cód. Civ. y Com. consagra en forma explícita la ejecución de la garantía contra el propietario no deudor, estableciendo como único requisito o condición el reclamo previo al deudor. Esa facultad se pone de manifiesto en la circunstancia de que el acreedor puede ejecutarla cualquiera sea su actual propietario.

Por lo demás, el derecho hipotecario tiene cierta autonomía. Tanto es así que los arts. 857 y 2186 del Cód. Civ. y Com. establecen una excepción al principio general según el cual el derecho accesorio sigue la suerte del crédito que asegura. En efecto, cuando existe disposición legal o convencional en contrario, la extinción, nulidad o ineficacia del crédito no extingue el derecho accesorio. El derecho real de hipoteca es, sin lugar a dudas, el ejemplo más claro de un derecho accesorio convencional (art. 2185 del Cód. Civ. y Com.), lo que le permitiría al acreedor dirigir su acción contra el hipotecante, aun cuando no lo pueda hacer contra el deudor.

Tampoco podemos dejar de considerar que la ejecución hipotecaria es un juicio especial previsto, justamente, para ejercicio del derecho real de hipoteca del cual es titular el acreedor. Si bien la ejecución forzada, como relación jurídica, siempre está dirigida contra un sujeto de derecho, el medio ejecutivo no afecta al sujeto pasivo sino al objeto de la responsabilidad, pues no responde como persona sino en cuanto titular del inmueble hipotecado.

VI. El concurso preventivo del obligado al pago

Esbozada sintéticamente la regulación del instituto del hipotecante no deudor, examinaré algunos de los efectos sustanciales y procesales que produce el concurso preventivo del obligado al pago.

VI.1. Verificación del crédito

Frente a la sentencia de apertura del concurso preventivo del obligado al pago, el acreedor deberá demandar la verificación de su crédito

(23) CS, 24/05/2005, "Sánchez, Carlos c. Mora, Jorge", Fallos 328:1735. CS, 21/03/2000, "Banco de la Nación Argentina c. Fassetta, Domingo", Fallos 323:540.

como quirografario, pues el inmueble que sirve de garantía está fuera del patrimonio del deudor concursado y, en consecuencia, será alcanzado por los efectos del acuerdo concordatario (arts. 55 y 56 de la LCQ y 941 del Cód. Civ. y Com.).

Por su parte, el constituyente de la hipoteca también deberá presentarse en el concurso y verificar su crédito con la finalidad de participar del acuerdo concordatario por el monto al que pudiera tener derecho a reclamar, si se ejecutase la garantía o satisficiera voluntariamente el crédito garantizado (art. 2202 del Cód. Civ. y Com.). Su crédito tendrá el carácter de quirografario y deberá ser reconocido, según las circunstancias, como condicional, eventual o con reserva, pues su realidad es contingente, incierta, eventual, inconstante.

Ante la situación concursal del obligado al pago, resulta necesario considerar los plazos de prescripción que establece el art. 56 de la LCQ, pues si prescribe la acción para el reclamo del crédito contra el concursado, la garantía hipotecaria se vuelve ineficaz en tanto accesorio de aquel crédito (arts. 857 y 2186 del Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, siendo que el juez no puede declararla de oficio (art. 2552 del Cód. Civ. y Com.), esta deberá ser solicitada en forma expresa (art. 2534 del Cód. Civ. y Com.).

V.2. Suspensión y atracción

De conformidad con lo dispuesto por el art. 21 de la LCQ, en principio y como regla, la sentencia de apertura del concurso del obligado al pago produce la suspensión del trámite del juicio de contenido patrimonial iniciado contra el deudor concursado y la atracción al proceso concursal del crédito que reconozca causa o título anterior a la presentación en concurso (art. 22 de la LCQ) (24).

(24) HEREDIA, Pablo, "Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del furo de atracción del concurso preventivo", JA 2006-II-950: "(...) en el derecho comparado (...) el furo de atracción es un instituto prácticamente inexistente en las modernas legislaciones concursales (...) admitiéndose generalmente la continuación o la iniciación de nuevos juicios contra el concursado, sin atracción alguna, con finalidad solamente declarativa del derecho (jamás ejecutiva o ejecutoria del patrimonio), y resguardándose para ulterior momento el tratamiento concursal del derecho declarado en tales juicios".

Sin embargo, hay ciertos juicios que se encuentran exceptuados de los efectos mencionados. Tal es el caso, en lo que aquí interesa, de los procesos de conocimiento en trámite y los que el concursado sea parte de un litisconsorcio pasivo necesario, los que podrán proseguir ante el tribunal de su radicación originaria al solo efecto de obtener la sentencia declarativa del derecho del actor, para luego insinuar el crédito que aquella reconoce a través del proceso verificadorio (art. 56 de la LCQ).

La excepción prevista para el litisconsorcio tiene particular importancia en el caso que el juicio fuera ejecutivo pues este tipo de proceso se encuentra alcanzado por los efectos del art. 21 de la LCQ y respecto de los cuales les es negado, como regla, optar por su continuación en la jurisdicción de origen, salvo que se trate de créditos con garantías reales constituidos por el propio deudor concursado.

V.3. Prohibición de iniciar nuevos juicios de contenido patrimonial contra el deudor concursado

Luego de declarada la apertura del concurso preventivo, el acreedor no podrá iniciar acción contra el concursado cuyo crédito fuera de causa o título anterior a la presentación en concurso (art. 21 de la LCQ). La prohibición alcanza, por igual y sin distinción al tipo de proceso, a todas las pretensiones con fundamento en tales causas o título. De tal manera, quedan alcanzados por la prohibición los juicios de conocimiento y los procesos de ejecución ordinario. Solamente podrán promoverse los juicios laborales, las expropiaciones, los procesos fundados en las relaciones de familiar y las ejecuciones de garantías reales constituidas por el concursado.

En tal virtud, si el acreedor no hubiera iniciado el juicio antes de la presentación en concurso, la única acción que le queda, respecto del deudor concursado, es la verificación del crédito.

V.4. Obligaciones sujetas a plazo

En materia de obligaciones sujetas a plazo expreso y determinado, el art. 353 del Cód. Civ. y Com. establece, como regla, que la sentencia de apertura del concurso preventivo del obligado al pago no hace caducar el plazo.

Aquella solución lo es sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las

consecuencias previstas en la legislación concursal. A tal efecto, no interesa cuándo es el vencimiento del plazo: si la obligación ha nacido antes de la presentación en concurso será concursal aunque venza con posterioridad. Esto es así por cuanto, no es la exigibilidad o liquidez de la deuda lo que produce la necesidad de verificación en el concurso preventivo, sino su origen.

En tal sentido debemos considerar que, siendo la hipoteca un derecho accesorio al vínculo obligacional que existe entre el deudor y el acreedor, la potestad real del titular del derecho hipotecario está supeditada al cumplimiento del plazo de aquella obligación. Aquel principio resulta plenamente aplicable a los actos celebrados bajo condición y a los créditos eventuales o futuros; más no cuando el plazo fuera indeterminado, tácito o esencial (25).

VII. Efectos del concurso preventivo respecto a la garantía real constituida por quien no se obligó al pago de la deuda

Siendo que el acreedor tiene un crédito quirografario y que está sujeto a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal, cabe entonces preguntarnos qué alternativas tiene para poder ejercer su derecho real hipotecario constituido por quien no está obligado al pago del crédito asegurado.

La solución impone cuestionar a quienes postulan que no existe posibilidad de ejecutar el inmueble hipotecado si no se integra la litis con el obligado al pago, pues si este último no puede ser demandado por haberse presentado en concurso, el acreedor no podrá lograr la ejecución del inmueble y su expectativa de cobro del crédito estará sujeta, únicamente, a los alcances del acuerdo concordatario. Sin dudas que esta solución implicará una pérdida de la garantía real.

La cuestión a dilucidar es, entonces, si es posible proseguir o iniciar el trámite exclusivamente contra el hipotecante no deudor. La otra situación a esclarecer es si resulta imperativo el recla-

(25) ROJO VIVOT, Rómulo, "Las obligaciones sujetas a plazo frente al concurso preventivo del obligado al pago (artículo 353 del Código Civil y Comercial)", Revista del Código Civil y Comercial, Ed. La Ley, Año II, nro. 08, Septiembre 2016, p. 131/149.

mo previo al deudor cuando se ha verificado el crédito y el mismo ha sido reconocido.

No son, éstas, meras proposiciones intrascendentes, sino de innegable interés práctico. Las distintas soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia pondrán de manifiesto las dificultades de la situación planteada. Sin duda que las particulares circunstancias que concurren en la especie requieren un tratamiento que responda a su contexto.

a) Al respecto se ha decidido que, si el acreedor desiste de la acción contra el obligado al pago en la inteligencia de verificar el crédito en el concurso preventivo de aquel, queda extinguido el proceso por efecto de aquella abdicación anterior al dictado de la sentencia, resultando irrelevante la circunstancia que el acreedor hubiese verificado su crédito, pues dicho trámite se limita a la determinación del pasivo y los eventuales privilegios, pero no juzga en torno a las eventuales excepciones a que se hubiera creído con derecho a operar el deudor en el juicio hipotecario (26).

De igual forma se ha resuelto que la verificación efectuada por el acreedor, si bien comprueba la existencia del crédito, no suple la intimación que debe efectuarse ni la sentencia que debe dictarse a fin de posibilitar la continuación del trámite, conforme lo establece la normativa de fondo. También se ha expresado que, quien insinúa un crédito no promueve una demanda contra el deudor concursado ni lo intimá al pago de lo debido, sino que únicamente solicita al síndico su inclusión en la nómina de acreedores (27).

Tal postulado pareciera confirmar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, en tanto que el acreedor no podría optar por la verificación tempestiva, pues aquella opción significaría escindir un litisconsorcio que, por su propia naturaleza, es inescindible. Frente a tal situación, la única alternativa que tendría el acreedor para no perder su garantía es continuar con el juicio que tenía en trámite antes de la presentación del concurso. Ahora bien, *¿qué sucede si no hubiese*

(26) CNCiv., Sala A, 26/04/2005, "Dorma Sistema de Controles para Portas SA c. Szlagó Alejandro".

(27) CNCiv., Sala K, 30/06/2005, "Inversiones Tres Pinos Limitada c. Haras Manquehue SA", LA LEY 2005-F, 447. CNCiv., Sala K, 23/12/2003, "Esso Petrolera Argentina SA c. Palermo, José", LA LEY 2004-B, 995.

iniciado el juicio antes de la presentación en concurso? Hay quienes sostienen que, los juicios en que el concursado sea litisconsorte pasivo necesario, pueden ser iniciados incluso después de la sentencia de apertura del concurso preventivo del obligado al pago (28).

b) También se ha resuelto que corresponde suspender el trámite del juicio hipotecario promovido contra el hipotecante no deudor, hasta tanto se haya dictado sentencia definitiva en el procedimiento de verificación, aunque estableciendo que la condición para la reanudación del trámite se configuraría con la exigibilidad del crédito derivado del incumplimiento en que incurriera el deudor concursado en el pago de las cuotas del acuerdo concordatario, pues la situación del hipotecante no puede ser peor que la del deudor. De la misma manera se consideró que, una vez abierto el concurso del obligado al pago, nada se puede actuar y la exigibilidad de la obligación en ejecución debe determinarse en el proceso universal debido al carácter quirografario del crédito del acreedor (29).

De seguirse esta línea interpretativa, el hipotecante no deudor se convertiría en garante del cumplimiento del pago de las cuotas del acuerdo concordatario, pues la exigibilidad del crédito y, en consecuencia, la responsabilidad del hipotecante no deudor, quedaría supeditada al eventual incumplimiento del acuerdo y consecuente declaración de quiebra. Esta solución es incompatible con los principios y preceptos referidos a la accesорiedad de la hipoteca y a la novación legal como causal de extinción.

c) No obstante, cierto sector de la doctrina entiende que el hipotecante no deudor puede ser ejecutado directamente (30), mientras que otros lo han condicionado a la insinuación del crédito en el concurso del deudor (31).

(28) GRAZIABILE, Darío, "Suspensión de acciones y fuero de atracción en el concurso preventivo. Versión 2006 (ley 24.522, reformada por la ley 26.086)", JA 2006-II-1345. PRONO, Mariano, "Las acciones de contenido patrimonial contra el concursado", LA LEY 2009-B, 777.

(29) CNCiv., Sala M, 23/09/2010, "Aluar Aluminio Argentino SAIC c. Maurostar Consulting SA".

(30) QUINTANA FERREYRA, Francisco - ALBERTI, Edgardo, "Concursos. Ley 19551 y modificatorias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, t. III, p. 679.

(31) GRAZIABILE, Darío, "El problema de la ejecución hipotecaria en el concurso del tercero adquirente no deu-

De igual modo, se considera que la intimación queda cumplimentada con la verificación del crédito en el concurso del deudor (32). También se sostuvo que cabe hacer excepción a aquel principio y admitir la posibilidad de continuar o iniciar la acción solo contra el constituyente, sin incorporar al proceso al deudor obligado en carácter personal, cuando no resulta pertinente el emplazamiento de este último por imperio de lo dispuesto por el art. 21 y ccds. de la LCQ y el acreedor ha verificado su crédito en el concurso del deudor (33).

Asimismo, se ha dicho que resulta evidente que, aunque el proceso de verificación de créditos no configura un típico requerimiento de pago, permite al deudor oponer defensas mucho más amplias que el procedimiento ejecutivo por cuanto puede debatirse la causa (art. 34 de la LCQ), por lo que si no formuló las impugnaciones y observaciones respecto del crédito insinuado por el acreedor, es porque no las tenía (34). Por lo demás, en el caso que el hipotecante no deudor hubiera insinuado su crédito, también tendría derecho a controlar la legitimidad de los títulos presentados por el acreedor y hacer valer todas las defensas que estime corresponder. Incluso es dable considerar que el síndico tiene la facultad de realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del deudor concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor; pu-

dor. Esbozo de una idea", LA LEY 2002-E, 1102. DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "La hipoteca por deuda ajena", ED 203-822.

(32) CFed. de Salta, Sala I, 11/10/2016, "Banco de la Nación Argentina c. Compañía Industrializadora de Carnes SA". CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala I, 09/09/2010, "HSBC Banco Roberts s/ Ejecución hipotecaria (causa 111.485)". CNCiv., Sala C, 12/08/2005, "Inversores del Paraná SA c. Bunge, Juan", LA LEY 2005-F, 546. CNCiv., Sala J, 19/06/2003, LA LEY 2004-A, 135. CNCiv., Sala F, 22/11/2000, "Banco Río de la Plata SA c. Carambia, Antonio", JA 2001-IV-522.

(33) CNCiv., Sala G, 24/06/2016, "Garantía de Valores SGR c. Ricardo SA". CCiv. y Com. Mendoza, Sala III, 21/06/2012, "Administradora Provincial del Fondo c. Marquesini, Juan". CS, 28/05/2008, "Dorma Sistema de Controles para Portas SA c. Szlago Alejandro": Disidencia de los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni. CNCiv., Sala B, 03/08/2000, "Hart SA c. Gruckiel SA".

(34) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Cosa juzgada y procedimientos concursales en la jurisprudencia del nuevo milenio", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, t. LV-48, p. 236.

diendo, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio que estime útiles y, en caso de negarse a suministrarlos, solicitar al juez de la causa las medidas pertinentes (art. 33 de la LCQ).

d) Por mi parte considero que carece de sentido reclamarle un pago que se encuentra legalmente imposibilitado de realizar (art. 16 de la LCQ) y contra el cual, a su vez, se prohíbe, como principio, la formulación de reclamos judiciales (art. 21 de la LCQ). Hasta el menos avisado advierte que se trataría de un trámite puramente formalista, carente de sustento y razonabilidad.

En cuanto a las defensas y excepciones, el deudor concursado tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa con relación al crédito (arts. 34 y 37 de la LCQ), y en caso de rechazarse su planteo y admitida la procedencia del crédito, tal decisión goza de los atributos o calidades de la cosa juzgada material (art. 37 de la LCQ), por lo que sus efectos se proyectan sobre la ejecución individual seguida contra el interés gravado. El sentido de la eficacia y autoridad de la cosa juzgada no es tanto impedir la apertura de nuevos procesos mientras no se desconozca lo allí resuelto, sino impedir que se decida de modo contrario a como antes se ha fallado.

Por ello es que pienso que el reclamo previo dispuesto por el art. 2200 del Cód. Civ. y Com. se encuentra debidamente suplido con la sentencia de verificación o admisión de la acreencia; máxime cuando hubiese sido verificado con anterioridad a la promoción de la ejecución.

Si bien no hay necesidad de requerir el pago al deudor, pues el crédito verificado es equivalente y sustitutivo de aquel requerimiento, el acreedor deberá acreditar que el crédito verificado se corresponde con el que el hipotecando ha garantizado, pues la hipoteca garantiza ese crédito y no algún crédito. A tal efecto, deberá acompañar las constancias necesarias para justificar el monto del crédito insatisfecho y su conexión con la causa fuente indicada en el contrato que dio origen al gravamen: solicitud de verificación de crédito (art. 32 de la LCQ), del informe individual del síndico (art. 35 de la LCQ) y de la resolución que declara verificado o admisible el crédito quirografario (art. 36 de la LCQ). No es suficiente probar que existe un crédito, sino que el que se

ejecuta es el efectivamente garantizado con el contrato hipotecario.

En tales condiciones, el acreedor se encuentra legitimado para proseguir o iniciar las acciones legales pertinentes con el hipotecante no deudor, persiguiendo el cobro del crédito verificado con la realización del inmueble afectado a su garantía.

VIII. El principio de accesорiedad de la hipoteca y la novación legal como causal de extinción

Antes de analizar el tratamiento de los efectos de la homologación del acuerdo preventivo, eserno necesario considerar las normas del nuevo ordenamiento que regulan el instituto de la novación pues, por efecto del art. 941 del Cód. Civ. y Com., se aplican supletoriamente cuando aquella se produce por disposición de la ley.

a) La novación es un instituto jurídico que produce la extinción de una obligación por la creación de otra nueva destinada a reemplazarla (art. 933 del Cód. Civ. y Com.). Ello supone la existencia de una obligación anterior válida que le sirva de causa (art. 938 del Cód. Civ. y Com.) y la intención de las partes para producir la novación (art. 934 del Cód. Civ. y Com.). Es indispensable que la primera obligación se extinga y que sea sustituida por una nueva obligación (art. 939 del Cód. Civ. y Com.).

b) El art. 934 del Cód. Civ. y Com. dispone que la voluntad de novar es un requisito esencial y, que en caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción. Esta conceptualización deja en evidencia el carácter convencional de la novación y que la interpretación de los actos tendientes a establecerla debe ser restrictiva (art. 948 del Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, para que exista novación, el acto debe importar un cambio en al menos uno de los elementos esenciales y constitutivos de la obligación (sujeto, prestación u objeto, causa fuente o el propio vínculo obligacional), por lo que, en general, cualquier modificación de los elementos accesorios de la obligación primitiva no comporta novación (arts. 935, 936 y 937 del Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, en algunos supuestos la ley impone el efecto novatorio prescindiendo de la voluntad de las partes. Tal sería el caso previsto por el art. 55 de la LCQ, que establece que la homologación del acuerdo preventivo importa una novación y produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa o título anterior a la presentación del deudor peticionando la apertura de su concurso preventivo, aunque no hayan participado en el procedimiento concursal (art. 56 de la LCQ).

A través de dicha norma, el régimen concursal crea una novación de carácter legal (35) como efecto de la sentencia homologatoria del acuerdo votado favorablemente por las mayorías legales requeridas. De tal modo, la norma impone que las obligaciones del deudor concursado son reemplazadas —con efecto extintivo— por las prestaciones concordatarias emergentes del acuerdo homologado, pasando a tener dichas acreencias las modalidades, términos, vencimientos y *quantum* allí acordados. Esta solución impuesta por la ley concursal no es comúnmente aceptada en el derecho comparado (36).

No obstante, el efecto novatorio impuesto por la ley concursal no es imperativo, pues solo rige en caso de ausencia de previsión en contrario contenida en la propuesta concordataria. Por otro lado, el efecto novatorio no perjudicará a los créditos privilegiados cuando estos acreedores no estuviesen comprendidos en el acuerdo preventivo (art. 57 de la LCQ).

c) Por su parte, el art. 940 del Cód. Civ. y Com. establece que la novación extingue la obligación originaria con sus accesarios, salvo que el acreedor haga reserva. En tal caso, las garantías

(35) En contra: ROSSELLO, Gabriela - GHERSI, Carlos, "Concursos y quiebras (ley 24.522): el acuerdo preventivo, la homologación y el efecto novatorio", JA 1996-II-828: sostienen el carácter contractual de la novación dispuesta por la ley y que el *animus novandi* de los acreedores existe pero el mismo no es individual sino colectivo. GRAZIABILE, Darío, "Injerencia del Nuevo Código Civil y Comercial en la novación concursal", Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, nro. 328, marzo 2015, p. 199/206: (...) si el acreedor presta conformidad, exterioriza su *animus novandi*.

(36) HEREDIA, Pablo, "La novación concursal y el tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes del deudor: las enseñanzas del derecho comparado y la cuestión en el derecho argentino", JA 2002-II-1246.

personales o reales del antiguo crédito pasan a la nueva obligación solo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio. Es decir que la garantía personal o real del antiguo crédito pasa a la nueva obligación, solo si quien la constituyó, expresó su voluntad de continuar garantizando el nuevo crédito. En concordancia, el primer párrafo del art. 1597 del Cód. Civ. y Com. establece que la fianza se extingue por la novación de la obligación principal aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador.

El efecto que produce la novación no es más que la aplicación del principio contenido en el art. 857 del Cód. Civ. y Com., que establece que la extinción del crédito principal extingue los derechos y obligaciones accesorios, salvo disposición legal o convencional en contrario.

Ahora bien, el art. 55 de la LCQ contiene una excepción respecto de aquel principio, al establecer que la novación legal no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni del codeudor solidario. Dicha solución resulta compatible con la segunda parte del art. 1597 del Cód. Civ. y Com., al disponer que la fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador. La solución de estas normas autoriza al acreedor a perseguir el cobro de la obligación primitiva contra los fiadores o codeudores solidarios del concursado, aun frente a la novación de la deuda por efecto de la homologación del acuerdo preventivo.

d) Según lo dispone el art. 941 del Cód. Civ. y Com., cuando la novación se produce por disposición de la ley, corresponde la aplicación supletoria de las disposiciones referidas a la novación convencional (arts. 934 a 940 del Cód. Civ. y Com.).

IX. Situación de las obligaciones a plazo con vencimiento posterior a la homologación del acuerdo preventivo. Interpretación de las normas aplicables.

A continuación, examinaré los efectos que produce el acuerdo concordatario respecto a la garantía constituida por el hipotecante no deudor cuando las obligaciones a cargo del deudor tuvieran vencimiento posterior a la homologación del acuerdo preventivo.

Frente a la novación legal impuesta por el art. 55 de la LCQ, lo relevante es determinar si se extingue la garantía real constituida por un sujeto distinto del deudor del crédito que se garantizó. A tal fin, resulta necesario analizar si la figura del hipotecante no deudor encuadra en la excepción establecida en el art. 55 de la LCQ, respecto a los fiadores y codeudores. Si la respuesta es negativa, la cuestión es determinar si subsiste la garantía en virtud de lo dispuesto por el art. 934 del Cód. Civ. y Com. o si, por el contrario, debe operar lo dispuesto por el art. 940 del Cód. Civ. y Com., produciendo la extinción de la hipoteca en virtud de la novación operada en el proceso concursal.

Si bien son escasos los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, en reiteradas oportunidades se ha puesto de manifiesto la complejidad que presenta la determinación del alcance de la novación legal impuesta por el ordenamiento concursal frente al hipotecante no deudor. En general, no existe consenso y la diversidad de opiniones e interpretaciones existentes dificultan su aplicación.

IX.1. El hipotecante no deudor, ¿está incluido dentro de la excepción establecida en el art. 55 de la LCQ?

a) Es una cuestión debatida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si corresponde extender al hipotecante no deudor lo que el art. 55 de LCQ dispone respecto de las obligaciones del fiador y de los codeudores solidarios.

La mayor parte de la doctrina sostiene que la excepción dispuesta por el art. 55 de la LCQ se extiende por analogía al hipotecante no deudor (37). Al respecto se ha dicho que su situación en-

(37) RIVERA, Julio, "Instituciones de derecho concursal", Ed. Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, p. 320. ROBERTS, Hugo, "Novación", Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 535. GRISPO, Jorge, "Tratado sobre la ley de Concurso y Quiebra", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 231. DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, "Los efectos novedosos del acuerdo preventivo respecto de una hipoteca constituida por un tercero", LA LEY 2008-E, 727. PORTHRÉ, Carlos — ENGHELMAYER, Fernando, "El hipotecante no deudor frente al artículo 55 de la Ley de Concursos", DJ 2009-I, 487. GRELA, Guillermo, "La novación y su incorporación al régimen falencial", JA 2010-II, 1456. BARACAT, Edgar, "Statu jurídico del tercero hipotecante

cuenta similitud con el fiador en razón de dos argumentos sustanciales: por un lado, en la identidad funcional que existe entre ambas figuras y, por el otro, en que la acción de indemnización que se le brindaba al hipotecante no deudor estaba regida por las disposiciones de la fianza, en virtud de la remisión dispuesta por el art. 3186 del Cód. Civil. También se ha dicho que la distinta calificación jurídica de ambas figuras no impide la aplicación analógica de las normas de la fianza que no resulten incompatibles con el régimen de la hipoteca (38). En tal sentido se lo ha caracterizado como "fianza real" (39).

Sin embargo, esta doctrina fue criticada en base a las diferencias estructurales y sustanciales existentes entre la fianza y la hipoteca. Incluso se ha sostenido que el concepto "fiador real" es una expresión híbrida, una *contradiccio in terminis* de la tradicional distinción entre derechos reales y personales (40).

Por lo demás, si bien el hipotecante no deudor puede reclamar al deudor el total de lo pagado

en conexión a la novación legal del auto homologatorio del acuerdo (artículo 55 LCQ)", Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, 2011 (febrero), p. 25.

(38) CNCiv, Sala E, 09/11/2016, "Rosignuolo, Diego c. Suarez, Fernando (Expte. 88.940/2015)".

(39) LAFAILLE, Héctor, "Curso de Derechos Reales", Buenos Aires, 1926, t. III, p. 221. PODETTI, Ramiro, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de la Tercería", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, t. III, p. 311.

(40) LLERENA, Baldomero, "Código Civil Argentino", Buenos Aires, 1902, t. VIII, p. 442 y 522. MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ed. Ajea, Buenos Aires, 1971, t. IV, p. 101. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, "Código de Comercio, Comentado y concordado", Ed. De Palma, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 155. ANDORNO, Luis, "Especialidad, accesoria y abertura en materia de hipotecas", Zeus 31-D-6. ÁRRAGA PENIDO, Mario, "Hipoteca: Relaciones entre el hipotecante no deudor y el tercero poseedor en el Código Civil ante la reforma de la ley 24.441", JA 1997-I-793. MUSTO, Néstor, "Derechos reales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 303. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, "El hipotecante no deudor: ¿Un "fiador real" cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?", Anuario de Derecho Civil, Madrid, octubre 2006, nro. LIX-4, p. 1660. CNCiv., Sala K, 06/10/2004, "Totalgaz Argentina SA c. Pucciarelli, Raúl", DJ 2005-1, 550. CNCom., Sala A, 29/08/2002, "Molinos, Juan Semino SA c. Colormax SRL", LA LEY 2003-A, 570. CNCiv., Sala J, 18/08/1998, "Banco Río de la Plata SA c. Santana, Cecilio", LA LEY 1999-A, 271.

con más la indemnización de todo perjuicio que le hubiese ocasionado la garantía, ello no es por aplicación de las normas referidas a la fianza (art. 1592 del Cód. Civ. y Com.), sino en las disposiciones comunes concernientes a los derechos reales de garantía (arts. 2184 y 2202 del Cód. Civ. y Com.).

b) Desde luego que ambas formas de garantía tienen distinta naturaleza jurídica. La fianza es una garantía personal, en virtud de la cual el fiador se obliga accesoriamente a satisfacer una prestación ajena de cuyo incumplimiento responde con todo su patrimonio, sin que el acreedor goce de *ius consequendi* ni de *ius preferendi* en la posible ejecución del patrimonio del fiador. En cambio, la hipoteca constituida por el propietario no deudor es una garantía real por la cual el constituyente no se obliga por otro a satisfacer una prestación ni se convierte en deudor ante el incumplimiento del obligado al pago, pero responde con el inmueble hipotecado y, en caso de ejecución de la garantía, el acreedor goza del *ius consequendi* y del *ius preferendi*.

Estos datos distintivos fundamentan la diversa naturaleza jurídica y, a su vez, justifican el diverso régimen jurídico. En efecto, la fianza está legislada en el Libro III dedicado a los derechos personales, mientras que la figura del propietario no deudor se encuentra en el Libro IV dedicado a los derechos reales. Si se lo hubiese considerado un derecho personal, se lo hubiera estatuido en el título correspondiente a los contratos como obligación accesoria de garantía análogo a la fianza.

Sin duda que el hipotecante no deudor no es un fiador, sino un simple prestatario —concedente— de una garantía real: por la precisa razón de que no se obligó accesoriamente a satisfacer la prestación o los daños que resulten de la inejecución de otro. Entonces, *¿por qué confundir o asimilar dos figuras netamente distintas?* A nadie se le ocurriría decir que el inquilino es un “usufructuario personal” o que la locación es un “usufructo obligacional”, pues aunque ambos —locación y usufructo— sean derechos patrimoniales de goce, uno es de naturaleza personal y el otro real y, por ende, de diverso régimen. Tampoco confundir a la hipoteca con el embargo, a pesar de que en ambos casos el tercero adquiere solo responde con el inmueble.

c) Aunque resulta evidente la diversa naturaleza jurídica, cabría centrarse en las semejanzas existentes entre ambas figuras. Es claro que los supuestos no son absolutamente iguales entre sí, sin embargo tienen en común aspectos decisivos para su valoración jurídica. Sobre todo, el hecho de ser ambas, por igual, formas de garantías específicas caracterizadas por asegurar la satisfacción del crédito del acreedor y por su accesorieidad.

Además, siendo que el fiador debe y responde ilimitadamente con todo su patrimonio, y que el hipotecante no debe pero responde limitadamente con el inmueble hipotecado, solo existe una diferencia de medida o de eficacia, pues ambas garantías implican responsabilidad aunque con diverso alcance o extensión. La diferencia está solamente en la medida y en la forma de la responsabilidad.

Ahora bien, esos rasgos comunes ¿*justifican por sí solos la aplicación analógica de las normas de la fianza a la hipoteca dada por un tercero?* Si fuera así, también cabría la aplicación de las normas de la hipoteca a la fianza, y esta posibilidad es inadmisible. Los derechos reales constituidos en garantía de créditos se rigen por las disposiciones comunes referidas a los derechos reales de garantía y por las normas especiales que corresponden a su tipo (art. 2184 del Cód. Civ. y Com.).

No se pierda de vista la índole peculiar de este tipo de garantía, en la que el dador de la hipoteca no se obliga a satisfacer la prestación por otro, no asume ningún compromiso personal ni se convierte en deudor ante el incumplimiento del obligado al pago. Su responsabilidad está circunscripta al inmueble dado en garantía.

De lo expuesto resulta claro que la diferencia entre ambas formas de garantía se funda en la naturaleza de las relaciones jurídicas. Al no existir relación obligacional entre el acreedor y el hipotecante, no corresponde asignarle los efectos de la fianza, aún a pesar de la identidad funcional que existe entre ambas figuras.

No obstante lo expuesto, es dable mencionar que aquello no impide que las partes puedan acordar expresamente la aplicación de ciertas normas relativas a la fianza, pues ello no afectaría al derecho hipotecario sino a la garantía

de satisfacción del derecho creditorio. Naturalmente, no serán aplicables aquellas que sean incompatibles por ser normas imperativas y específicas de la hipoteca, pero nada impide que en la escritura de constitución de hipoteca las partes pacten la exclusión previa de los bienes del deudor (art. 1583 del Cód. Civ. y Com.) o que no pueda invocarlo si el deudor se presentó en concurso preventivo (art. 1584 inc. a]) del Cód. Civ. y Com.). También la facultad del acreedor de ejecutar la garantía real antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor, cuando este se hubiese concursado (41) (art. 1586 del Cód. Civ. y Com.). Incluso establecer la aplicación de algunas de las causales especiales de extinción de la garantía previstas en el art. 1596 del Cód. Civ. y Com. o que la garantía no se extinga por la novación impuesta por la ley concursal (art. 1597 del Cód. Civ. y Com.).

d) Por mi parte considero que, la ausencia de disposición legal o contractual que expresamente lo autorice, impide llevar adelante una hermenéutica que, por el recurso de la analogía, desconozca o desplace el régimen jurídico establecido para dos figuras de distinta naturaleza jurídica y claramente diferenciadas.

La norma del art. 55 de la LCQ solo ha creado una excepción a los principios generales de la novación y, como excepción que es, debe ser analizada y juzgada con criterio estricto. Siendo una situación de excepción y exclusión, la norma debe interpretarse como taxativa y debe imperar un criterio de restricción, sin que pueda extenderse a otros supuestos no previstos legalmente.

Como nada dice la norma, ni puede inferirse de esta que haga expresa referencia a todos los terceros garantes, no podemos naturalmente extender la interpretación más allá de lo expresamente establecido sin violentar principios e institutos elementales de nuestro derecho común. En conclusión, siendo que el hipotecante no deudor no reviste el carácter de fiador ni de principal pagador, no corresponde extender los efectos del acuerdo homologado recurriendo a la analogía de una figura que no encuadra dentro del marco de la excepción que brinda el art. 55 de la LCQ y el art. 1597 del Cód. Civ. y Com.

(41) CS, 22/08/2002, "Arana de Rivarola, María Teresa c. Viplan SA".

Si bien es difícil imaginar que aquél fuera el espíritu del legislador, pues no se compadece con la finalidad del art. 55 de la LCQ, pienso que hay que aceptar la ley tal como está y no como se cree que debió ser. No pretendo aplicar un excesivo rigor formal, pero una interpretación distinta aparcería, en mi opinión, como dogmática.

IX.2. Efectos del acuerdo concordatario frente al hipotecante no deudor

Aquí resulta necesario analizar si la nueva obligación resultante del acuerdo concordatario (art. 55 de la LCQ) causa la extinción del derecho de hipoteca (art. 940 del Cód. Civ. y Com.) o si, por el contrario, subsiste la responsabilidad del tercero a pesar del efecto novatorio dispuesto por el régimen concursal (arts. 934 y 935 del Cód. Civ. y Com.).

a) Muchos coinciden en que la garantía real prestada por el hipotecante no deudor se extingue si no participó del acuerdo concordatario prestando su expreso consentimiento para que la garantía pase a la nueva obligación (art. 940 del Cód. Civ. y Com.) (42). Pero otros están de acuerdo en que, al no existir *animus novandi* por parte de los acreedores al prestar conformidad a la propuesta de acuerdo, no hay novación y, en consecuencia, no libera las garantías otorgadas por terceros (43).

(42) STRATTA, Alicia, "Apuntes sobre la novación y el tratamiento de las garantías de las obligaciones contraídas por el deudor en el proyecto de la ley concursal", ED 161-985. RIBICHINI, Guillermo, "Novación concursal y subsistencia de las garantías", LA LEY 2001-907. RUIZ, Ricardo, "Efectos de la novación concursal con respecto al tercero hipotecante no deudor (La excepción a la regla de subsistencia de las garantías)", Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 693. ROUILLON, Adolfo, "Régimen de Concursos y Quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 160. SCBA, 11/06/2008, "Norberto Antonio Galassi SA c. BBV Banco Francés SA". SCBA, 01/09/2012, "Parodi Carlos Alberto c. Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo. (su quiebra) Cancelación de hipoteca".

(43) HEREDIA, Pablo, "La novación concursal y el tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes del deudor: las enseñanzas del derecho comparado y la cuestión en el derecho argentino", JA 2002-II-1246. GRAZIABILE, Darío, "Extinción de las obligaciones por concurso", Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, 2012 (agosto), p. 3. CCiv. y Com. de Santa Fe, Sala I, 28/10/2008, "Nuevo Banco de Santa Fe SA c. Laboratorios Baher SRL".

Por aplicación de este último criterio se considera que, la conformidad prestada por los acreedores al acuerdo no puede ser interpretada como una aceptación de la novación de las obligaciones que se produce por efecto de la homologación de aquel. No existe intención de novar ni voluntad de renunciar a sus derechos o de remitir la deuda, sino un proceder impuesto por la circunstancia de cobrarle el crédito al deudor, en la única forma que le es posible y con las limitaciones que resultan del trámite concursal. Lo expuesto implicaría considerar que el concurso del obligado al pago no altera el vínculo creado entre el acreedor y el hipotecante no deudor y, en consecuencia, este último no podría oponer excepciones al acreedor con fundamento en el acuerdo concordatario, ni postular con el mismo fundamento la inhabilidad del título, pues ni aun en supuestos de existencia de acuerdo homologado aquella se extingue, beneficiando únicamente al deudor concursado.

Otros han entendido que la novación concursal solo adquiere plena eficacia cuando se declara la quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo, o la quiebra directa con cumplimiento de acuerdo pendiente (44). Del mismo modo, se ha considerado que el acuerdo concordatario solo implica una alteración relativa al tiempo y modo de cumplimiento, así como al monto del crédito que deja intactos sus elementos principales —sujetos, objeto y causa—, sin cuya variación esencial no se puede pretender la extinción por novación (art. 935 del Cód. Civ. y Com.).

También se ha resuelto que la nueva obligación no sustituye la anterior, sino que está condicionada al cumplimiento del concordato: si el hecho condicionante se cumple queda definitivamente extinguido el vínculo primitivo pero, si fracasa, el acreedor podrá iniciar o continuar el juicio hipotecario (45). Pienso que este criterio es *contra legem*: si por efecto de la novación legal la obligación original ha dejado de tener existencia real y jurídica, la hipoteca que garantizaba aquel crédito ha salido del derecho del acreedor, y el constituyente estaría en condiciones de solicitar la cancelación del gravamen.

(44) ROUILLÓN, Adolfo, "La inesperada, enigmática y complicada novación concursal", ED 179-887.

(45) CNCiv, Sala M, 23/09/2010, "Aluar Aluminio Argentino SAIC c. Maurostar Consulting SA".

Por otro lado, se ha dicho que el concurso preventivo funciona como una excepción personal dada en beneficio exclusivo del deudor y del cual no pueden beneficiarse los garantes no concursados. En tal sentido el acuerdo refrendado no extinguiría las acciones de responsabilidad contra el hipotecante no deudor, y el acreedor podría iniciar o continuar las acciones legales pertinentes a fin de ejecutar su garantía, con abstracción de lo acordado en el concurso del deudor garantizado. Esta solución es coherente con la doctrina que sostiene que ante la falta de la intención de novar, no queda extinguida la primitiva obligación sino que co-existe junto al nuevo vínculo (46).

Todos estos criterios doctrinarios procuran preservar a los acreedores que, sin su consentimiento, podrían verse privados del derecho que les asiste de accionar contra quien garantizó su crédito, y evitar que el hipotecante se beneficie por la insolvencia del deudor. Máxime si se tiene en cuenta que una de las finalidades de las garantías es, justamente, preservar al acreedor del riesgo de la insolvencia del deudor manteniendo la intangibilidad del crédito mediante la garantía que representa el inmueble hipotecado.

De no seguirse esta tesis, *¿qué sentido tendría procurar garantizar el cobro de una deuda a través de un hipotecante no deudor, si este podría quedar liberado ante la cesación de pagos del obligado al pago?* Por otro lado, la situación planteada se prestaría a la conformación de conductas fraudulentas en desmedro del crédito, pues bastaría con concursarse y obtener un acuerdo concordatario para que la garantía real se extinga.

IX.3. El instituto de la novación y su vinculación con el régimen concursal

Si bien los argumentos expuestos tienen su grado de sensata razonabilidad, las soluciones propuestas resultan ser contrarias a diversos preceptos del ordenamiento jurídico que establecen consecuencias jurídicas distintas.

a) Partiendo de la premisa que establece que el derecho hipotecario es accesorio del crédito

(46) LLAMBIAS, Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. III, nro. 1173, ps. 33/34. BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, t. I, nro. 871, p. 593.

al que procura seguridad, es intransmisible sin el crédito y se extingue con el principal (arts. 726, 856, 1889 y 2186 del Cód. Civ. y Com.), no es válido argumentar que la garantía real subsista cuando no existe disposición legal o convencional que lo excluya de aquel principio.

Lo contrario implicaría considerar que la existencia, eficacia y desarrollo funcional de la hipoteca se independiza de la obligación preexistente y que puede ejecutarse de manera autónoma sin perjuicio de la extinción de la relación jurídica inicial. Dicha circunstancia importaría generar una especie de responsabilidad sin causa o abstracta, atentando contra el carácter accesorio de la hipoteca.

Tampoco es dable considerar que aquella situación es la que se da en el caso de la fianza, pues en tal caso la garantía subsiste por especial indicación legal (art. 55 de la LCQ y art. 1597 del Cód. Civ. y Com.). Al no existir disposición legal o convencional en contrario en relación al hipotecante no deudor, la extinción del crédito por efecto de la novación extingue el derecho accesorio (art. 857 del Cód. Civ. y Com.), lo que impide responsabilizar al hipotecante no deudor por una deuda que ha dejado de tener existencia legal o jurídica.

b) Por otro lado, la novación legal dispuesta por el régimen concursal no difiere ni contradice ni excluye a la regulada por el Cód. Civ. y Com. Tal es así que, al no estar regulado el instituto de la novación en la LCQ, el derecho común suplementa y complementa aquella ausencia estableciendo la aplicación de sus disposiciones en todo aquello que no se oponga a los efectos que produce la novación impuesta por la LCQ (art. 941 del Cód. Civ. y Com.).

La cuestión a dilucidar reside, entonces, en determinar cuáles son las disposiciones de la novación convencional (arts. 933 a 940 del Cód. Civ. y Com.) que corresponden aplicar supletoriamente cuando esta se produce por disposición de la ley (art. 941 del Cód. Civ. y Com.). Para ello debemos partir del hecho que ambos institutos producen los mismos efectos y consecuencias jurídicas: la extinción de una obligación por la creación de otra destinada a reemplazarla (art. 933 del Cód. Civ. y Com.). La diferencia sustancial es la ausencia de *animus novandi* que existe en la novación concursal y

que modifica la legislación común en ese aspecto (art. 934 del Cód. Civ. y Com.).

(i) Cuando la novación se produce por disposición de la ley, no es dable considerar la ausencia de voluntad de novar (art. 934 del Cód. Civ. y Com.) para privar los efectos propios del instituto, pues la novación concursal es un efecto del imperio de la ley, por cuanto se produce, justamente, prescindiendo de la intención de novar y se aplica, aun cuando, el acreedor no hubiese prestado su conformidad a la propuesta. La ley concursal, lisa y llanamente, ha prescindido de aquella intención y simplemente impone, como política y técnica legislativa, la novación de los créditos por causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, y la norma es clara cuando la establece.

Por lo demás, el hecho que la novación legal esté desprovista de *animus novandi* no hace que esta deje de ser novación en sí misma, pues la novación no es otra cosa que lo que el art. 933 dice que es. Máxime si el respectivo pronunciamiento concordatario se encuentra amparado por los principios de inmutabilidad, intangibilidad y coercibilidad propios de la cosa juzgada.

A lo expuesto, agrego que basta con que exista la excepción contenida en el art. 55 de la LCQ y en el art. 1597 del Cód. Civ. y Com., para afirmar que no resulta aplicable aquél argumento, pues con tal criterio aquella previsión legal resultaría innecesaria, pues los fiadores y codeudores tampoco podrían verse afectados por la novación por faltar voluntad de novar.

Por otro lado, el acuerdo homologado no implica una simple transformación, modificación accesoria o cambio de forma (art. 935 del Cód. Civ. y Com.), sino que impone coactivamente la extinción de la obligación primitiva, reemplazándola por otra nueva relación obligacional con distinta causa, objeto, modalidad, término, vencimiento y *quantum*. Es por dicha imposición legal que el efecto novatorio se produce cualquiera fuera el contenido del acuerdo; aun cuando la propuesta no implique una alteración del objeto principal o de la causa de la obligación primitiva.

Se trata de una novación dispuesta por la ley que, por disposición específica, produce los efectos que son propios del instituto previsto en el or-

denamiento de fondo. Siendo que se trata de un supuesto previsto por la ley que impone el efecto novatorio al cambio ocurrido en la obligación (art. 959 del Cód. Civ. y Com.), es la propia ley la que excluye o deroga, en este aspecto, la aplicación de los principios contenidos en los arts. 934 y 935 del Cód. Civ. y Com.

(ii) Tampoco puede configurarse la novación subjetiva por cambio de deudor, por lo que no deviene aplicable el art. 936 del Cód. Civ. y Com. Incluso en el supuesto del procedimiento de salvataje (*cramdown*), pues no existe cambio de la sociedad deudora, sino transferencia de sus cuotas partes o acciones, por lo que el deudor concursado sigue siendo la misma persona jurídica.

Respecto a la novación por cambio de acreedor (art. 937 del Cód. Civ. y Com.), es difícil imaginar que el acreedor requiera el consentimiento del concursado, pues resulta mucho más fácil y práctico recurrir a la cesión del crédito.

(iii) En relación a las circunstancias de la obligación anterior (art. 938 del Cód. Civ. y Com.), la validez, exigibilidad y calificación del crédito será determinada en el proceso de verificación, y la resolución firme que declara verificado o admisible el crédito produce los efectos de cosa juzgada (art. 32 y ss. de la LCQ). Siendo que el procedimiento judicial de verificación asegura y legitima la existencia de la obligación anterior como requisito necesario para la novación, no resulta aplicable la situación contenido en el art. 938 del Cód. Civ. y Com.

En cuanto a las circunstancias de la nueva obligación, el art. 939 del Cód. Civ. y Com. resultará aplicable en el caso de nulidad del acuerdo homologado (arts. 50 y 60 de la LCQ) o cuando la propuesta del acuerdo homologado contenga una cláusula según la cual las obligaciones en él comprendidas no causan los efectos de la novación. Tanto es así que, en caso de declararse la nulidad del acuerdo preventivo o frente al incumplimiento del concordato, se decretará la quiebra y el acreedor recuperará los derechos que tenía antes de la presentación en concurso, pudiendo verificar su crédito en los términos y condiciones resultante de la obligación originaria, salvo que hubieran percibido el importe total reconocido en el acuerdo concordatario. También en el caso que el acreedor hubiera prestado su conformidad a la propuesta a condición de

que el acuerdo fuera homologado. Si fracasa la condición, no habrá novación y subsistirá la obligación anterior.

(iv) En virtud de lo hasta aquí expuesto, cuando la novación se produce por disposición de la ley solo resulta aplicable el art. 940 del Cód. Civ. y Com., el cual establece que sin la participación del hipotecante no deudor en el acuerdo novatorio, la garantía no pasa a la nueva obligación. No existe disposición legal que expresamente determine lo contrario y que permita afirmar la subsistencia de la garantía hipotecaria a pesar de la extinción de la obligación primitiva por efecto de la novación.

Al no estar incluido dentro de las excepciones dispuestas expresamente por el ordenamiento jurídico para los casos en que se produce la novación por disposición de la ley (art. 55 de la LCQ y art. 1597 del Cód. Civ. y Com.), no cabe más que admitir que resulta aplicable lo dispuesto por el art. 940 del Cód. Civ. y Com.

Si la intención del legislador hubiese sido la contraria, lo hubiera introducido en el nuevo ordenamiento, del mismo modo que incorporó el segundo párrafo del art. 1597 del Cód. Civ. y Com. tendiente a evitar dicho efecto respecto a la fianza, o haberlo previsto como un supuesto en que la garantía no se extingue con el principal (art. 2186 del Cód. Civ. y Com.).

c) Más allá de lo injusto o criticable que pueda resultar la solución legal, debemos aceptar la ley tal como está y no como se cree que debió ser, pues de lo contrario será imposible interpretarla fielmente. No se trata de corregir la ley sino de explicarla, indicando —no obstante— los defectos. Tampoco debe olvidarse la presunción de coherencia que reina en el sistema de normas y que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acuerdo o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquel en ejercicio de sus propias facultades.

Si una norma jurídica da lugar a soluciones injustas y se considera necesaria su reforma por las dificultades que ofreciere en la práctica su aplicación, así como de los vacíos que encontrases en sus disposiciones, la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Federales de la Nación deberían dar cuenta al Ministro de Justicia para presentar-

las oportunamente al Congreso a fin que adopten la decisión que estimen conveniente.

X. ¿Hacia una nueva reforma concursal?

En virtud de la evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, parece necesario que la figura del hipotecante no deudor se vea reforzada por la incorporación de textos legales particulares en relación a los efectos que produce la apertura del concurso preventivo del obligado al pago y del constituyente no deudor. Ello a fin de proteger adecuadamente su situación jurídica y las buenas prácticas comerciales. También para incentivar la utilización de este tipo de garantía.

No puede ser posible que, ante la solicitud de formación de concurso preventivo, no se pueda tener algún cierto grado de certeza de sus efectos y consecuencias, dependiendo siempre de variadas interpretaciones que no hacen más que crear mayor incertidumbre.

Una interpretación congruente y finalista del ordenamiento concursal debería considerar la inclusión de otros supuestos particulares de garantía, dentro de las excepciones dispuestas por la ley, para excluir a ciertos garantes de los efectos extintivos propios de la novación producida

por la homologación del acuerdo en el concurso preventivo del deudor o, cuanto menos, precisar el alcance de la expresión utilizada por el art. 55 de la LCQ.

Aun reconociendo la diversa naturaleza y extensión de las garantías u obligaciones otorgadas o asumidas por los fiadores, los codeudores solidarios y los hipotecantes no deudores, su situación frente al alcance de los efectos novatorios del acuerdo preventivo homologado, desde la óptica de la protección de los créditos verificados, no puede suscitar un tratamiento disímil. No se observa razón alguna para justificar una suerte diversa entre las garantías del crédito señaladas. Cuando existe la misma razón para decidir, es preciso admitir el mismo derecho.

Creo que la especialización y complejidad de los negocios imponen la necesidad de contar con reglas legales más claras y precisas para los casos de alteración de normalidad transaccional. A partir de ciertas directrices claras, un orden adecuado de prioridades para su aplicación y de normas suficientes que instrumenten mecanismos eficaces para conseguir las metas propuestas, se podrá invocarlas y aplicarlas de forma eficiente, y consciente de su alcance. ♦