

Nº 7733

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SALA 3ª

COMPETENCIA. Sucesión; fuero de atracción. **EJECUCION HIPOTECARIA.** Principios generales. **DOMICILIO.** Domicilio especial. **ORDEN PUBLICO**

1. La acción que por vía ejecutiva entabla un acreedor para cobrarse su acreencia garantizada con hipoteca, no es real sino personal; la faz real de la ejecución hipotecaria, sólo aparece en el ius perseguendi (cuando la cosa pasó a poder de terceros) o en el ius preferendi (cuando hay otros acreedores que concurren sobre la misma cosa).

2. Por virtud del art. 3284 - inc. 4º C. Civ., la ejecución hipotecaria, que es acción personal, resulta comprendida en el fuero de atracción del sucesorio.

3. El fuero de atracción del sucesorio es de orden público; por ende, no puede dejarse de lado por voluntad de las partes.

4. El domicilio especial pactado en el contrato de hipoteca, carece de eficacia respecto del fuero de atracción del sucesorio del deudor.

Scheinfeld Simón c. Lima de Hermosa R. A.

2ª Instancia Rosario, 27 de noviembre de 1972. Considerando: I. El asunto traído a conocimiento de esta Sala replantea una "vexata quaestio" que aun no ha encontrado solución pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia del país: si la sucesión ejerce o no fuero de atracción sobre el proceso de ejecución hipotecaria, máxime cuando —como en el caso— se pactó un domicilio de pago y se prorrogó la competencia territorial en el acto de constituirse la hipoteca en garantía del cumplimiento de un contrato de mutuo.

2. Para arribar a una solución es menester determinar previamente —como lo ha hecho con todo acierto el a quo— la naturaleza de la pretensión insita en esta ejecución hipotecaria: si constituye lo que la doctrina y la ley mal llamaron una "acción" real o si, por el contrario, es de carácter personal.

La cuestión reviste una indudable importancia, puesto que si se llega a la primera solución entre los dos términos antes presentados, resultará inoficiosa toda consideración posterior respecto del tema en debate.

Pues bien; tal como lo sostiene Alberto M. Etkin en su magnífico estudio sobre el "Fuero de atracción en los juicios universales" (v. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XII, p. 797 y ss) se estima que si bien la hipoteca es un derecho real de garantía, accesorio de una obligación personal, la acción que entabla el acreedor hipotecario para perseguir el cobro de su acreencia garantizada por aquel medio, no es real "por cuanto no forma un poder ni de facto ni de jure sobre la cosa hipotecada, no busca más que hacerla vender, para coger su precio; es la misma

acción personal que se ejerce sobre cualquier otro bien que forma parte del patrimonio del deudor, en virtud del derecho real de prenda (latente, general) que todo acreedor quirografario tiene sobre las cosas de dicho patrimonio. El acreedor hipotecario ya tiene individualizada eventualmente la cosa, el acreedor quirografario la individualizará mediante el embargo. Pero en ambos casos es el mismo derecho al valor de la cosa lo que se está pretendiendo".

"La faz real de la acción hipotecaria, independientemente de la faz real de la ejecución, aparece en el ius perseguendi (cuando la cosa pasó a poder de terceros) o en el ius preferendi (cuando hay otros acreedores embargantes sobre la misma cosa). El acreedor quirografario no tiene el ius perseguendi ni el ius preferendi antes del embargo; pudiendo perder su ius preferendi, no obstante su embargo, en caso de concurso" (id., p. 855, nº 172).

Aceptado ello, cabe concluir, con David Lascano ("Jurisdicción y competencia", ed. Kraft, B. A. 1941 p. 269), en que la "relación jurídica que el actor lleva a conocimiento del juez cuando demanda el cobro de pesos, es la que nace del mutuo y no la que origina la hipoteca. Sobre ésta nada tiene que decir el juez, a menos que también se reclamare algo relacionado con el derecho de hipoteca. Por tanto, el inmueble hipotecado no es objeto del litigio ni es tenido en cuenta sino en cuanto está afectado al crédito...".

"No es exacto que el mutuo, que es lo principal en la época de la realización del contrato, sea lo accesorio en el momento de la ejecución. No lo es, porque el cobro puede hacerse efectivo sin

ejecutar el inmueble, si el deudor lo impide pagando su deuda, y porque la hipoteca puede caducar por falta de inscripción. En cambio, la extinción de la obligación principal trae aparejada necesariamente la caducidad de aquella".

3. Partiendo, entonces, de la base de que la ejecución hipotecaria es de naturaleza personal y no real, cabe ahora determinar la validez del domicilio especial constituido en la escritura respectiva, frente al posterior deceso del deudor y la iniciación de su juicio sucesorio, que hace nacer el fuero de atracción.

Hay dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales al respecto: la que considerando el fuero de atracción como de orden público no admite sea derogado por el domicilio especial pactado por el causante (v. Corte Suprema, "Fallos", 181-273; 58-326; 17-154; 113-373; 121-388 12-260; 14-92; 44-198, entre otros muchos; L. L. 11-1163; J. A. 63-360; Cám. Civ. Cap. Fed. L. L. 42-703; J. A. 12-132; 23-195; Cám. Civ. La Plata, J. A. 18-1307; C. S. San Luis, L. L. 71-525; Alsina, "Tratado...", 1ª Ed. t. 111, p. 714, Colmo, "Obligaciones", nº 609, p. 420, Busso "Código..." p. 573, Nº 40; Rébora "Sucesiones", I, p. 420 Nº 264; Machado, "Comentario...", t. 8, p. 300, etc) y la que admite esta derogación por convenio de partes (v. Lerena, t. IX, p. 35 nº 9; Fornieles "Estudios sobre derecho sucesorio", p. 53, nº 33 y "Tratado de las sucesiones", 3ª ed., 1950, p. 97, nº 52; Acuña Anzorena, nota en L. L. 11-1157; Corte Suprema, "Fallos", 179-297; L. L. 8-920; en el caso de domicilio especial ver, C. S., "Fallos" 82-193; 98-359; 107-219; 110-217; 123-145; 125-214; 128-223; 176-179; 177-283; 197-39, etc).

Entre ambas corrientes, parece que la primera se ajusta con mayor precisión a la naturaleza del fuero de atracción, que como norma de excepción a las reglas generales de la competencia es de orden público por cuanto, partiendo de la base que "la esencia del juicio sucesorio consiste en la transmisión de la totalidad de un patrimonio y que es previo a ello establecer el activo y pasivo del mismo, resultan que la institución "sucesión" no podría funcionar eficazmente si se admitiera el principio de la pluralidad. Cada interesado: heredero, legatario, acreedor, socio, de-

bería ocurrir ante todos los jueces que intervinieran en los diferentes pleitos contra la sucesión, para hacer valer sus derechos y vigilar el patrimonio en el cual tienen sus intereses". "Se desnaturalizaría así el carácter de juicio universal del sucesorio, para transformarse en múltiples juicios particulares, desapareciendo de hecho su universalidad, esencia de este procedimiento de tanta trascendencia social y económica (cf. Etkin, op. cit. p. 845) (sobre unidad del juicio sucesorio, v. Podetti, "Competencia", p. 443, Jofré, "Manual...", t. I, p. 335, I etc).

4. Consecuente con lo expuesto parece claro que en caso de fallecimiento del deudor hipotecario, la sucesión debe atraer su ejecución, pues al ser acción personal es necesario que se forme, la masa del activo y pasivo patrimonial para su liquidación. "Si el fuero de atracción es de orden público, no se ve por qué se hará excepción en este caso permitiéndose la vigencia de domicilios especiales, rechazada en los demás casos (similarmente, v. Machado, nota al art. 3284 4º C. Civil, Comentario...", t. 8, p. 300; Rébora, "Derecho de las sucesiones", 1-422; L. L. 76-364; 80-322; 84-169; 9-164; 25-74; 11-1157; 12-725 16-201; J. A. 1934-III-431; 3-53; 8-315; 12-101; 13-135; 18-210; 19-254; 20-814; 39-345; 46-156; 1942-1-611; 1945-III-278; "Fallos" 156-62; 166-220; 182-190; 181-273; 184-550; 186-270; 188-157; 190-121; 192-79; 195-485; 211-1449; 195-485; ver también, nota al art. 497 y art. 524, C. C.; Salvat, "Obligaciones", nº 13 y 56 y "Derechos reales", Nº 2169; 2199 y 2300; Alsina, III, 709 y 714; Rodríguez "Comentario al C. P. C." (B. A., 1941, I, 33) etc. en contra C. S., "Fallos" 58-181; 72-424; 98-359; 110-217; 123-145; 125-214; 127-335; 130-239, etc).

5. De consiguiente, no pudiendo ser derogada por voluntad de los contratantes la norma general que consagra el art. 3284, 4º C. Civil, por interesar ésta al orden público, no puede privar el domicilio especial convenido para cumplir el mutuo o ejecutar la hipoteca sobre el fuero de atracción emergente de la sucesión del deudor. Por ello debe ser confirmada la impecable sentencia inferior.

Por tanto, se resuelve confirmar la resolución de fs. 19, con costas. — Alvarado Velloso — Isaacchi — Casiello