

LETRAS HIPOTECARIAS
JULIO CÉSAR RIVERA

ESC. HIRSCH.- En primer lugar quiero agradecer al Consejo Directivo el honor que me ha dispensado al permitirme la posibilidad de darles a ustedes la bienvenida. Bienvenidos a todos y muchas gracias por su asistencia.

En segundo lugar deseo expresar mi satisfacción, y por supuesto la del Consejo Directivo, al observar la gran recepción que ha tenido esta convocatoria. Con relación al análisis de la ley 24441, tan ligada a nuestro quehacer diario, desde el momento en que se estaba gestando y una vez elevado el proyecto al Parlamento, este Colegio tuvo la inquietud de realizar una jornada en razón de que la temática de la misma revestía singular importancia. Hoy esta ley ya está vigente y siempre hemos dicho que los escribanos somos quizás los primeros intérpretes, toda vez que desde el momento en que se sanciona tenemos que comenzar a aplicarla.

Pero en esta oportunidad necesitamos quizás la ayuda de distinguidos juristas que se van a encargar de darnos su interpretación. Hoy contamos con el privilegio de tener en esta casa ya amiga al doctor Rivera, respecto de quien no voy a hacer un análisis de su currículum porque nos llevaría quizás todo el tiempo que necesitamos para escucharlo. Pero sí vamos a puntualizar que es un eminente jurista y además un excelente docente. Estas dos cualidades son fundamentales, toda vez que aún por un lado los conocimientos específicos de la materia y por otro lado esa vocación docente que hace que pueda llegar al público, a todos nosotros, con mayor claridad.

También vamos a puntualizar que el doctor Rivera ha sido un tanto el responsable de lo que nos va a hablar hoy y, por ello, vamos a tener una cuasi interpretación auténtica. Al finalizar la exposición podremos hacer llegar por escrito las preguntas, que se las transmitiré para que las responda.

Quiero señalar también que en razón de estar agotado el cupo de inscritos para esta reunión, vamos a realizar otro seminario con los mismos disertantes, toda vez que ya tenemos más de 300 personas en lista de espera.

Reitero el privilegio que tenemos al contar con el doctor Rivera y lo dejamos en el uso de la palabra.

DR. RIVERA.- Mi agradecimiento al Colegio de Escribanos por invitarme a participar de este simposio, que creo que es el primero que se organiza sobre la ley ya vigente y en el que la asistencia es realmente impresionante. Espero que las expectativas de ustedes puedan ser satisfechas, al menos en esta exposición.

Además, quiero pedir disculpas porque mi exposición estaba prevista para la semana anterior, pero lamentablemente circunstancias de la vida profesional me impidieron estar presente y el Colegio con gran generosidad y disposición postergó el comienzo del curso tomándose el trabajo de avisarles a todos ustedes de este inconveniente. Reitero mis disculpas y mi agradecimiento a la organización.

El escribano Hirsch me atribuyó la responsabilidad de este proyecto que se convirtió finalmente en la ley 24441, a pesar de que yo le señalaba, poco antes de entrar al salón, que en realidad esta es una de las leyes que tienen un autor anónimo o colectivo, porque sobre la base de algunos esbozos o proyectos iniciales el anteproyecto o texto básico es girado a instituciones y a personas individuales del ambiente, de reconocido mérito y conocimiento sobre el tema de que se trata, y se van haciendo agregados, supresiones, modificaciones, alteraciones, etc., que en definitiva dan forma al proyecto que llega al Congreso, donde a su vez -naturalmente- el cuerpo político le da la versión definitiva.

De todos modos quiero señalar que cuando el Ministerio de Economía nos convocó para dar algunas ideas o tratar de colaborar en la redacción del proyecto las finalidades que se perseguían eran al menos bastante definidas. Se trataba de dar a la sociedad argentina los instrumentos técnicojurídicos convenientes o necesarios para crear un mercado de capitales que estuviera destinado a financiar la construcción de viviendas. Para esa finalidad -que después fue superada en el proyecto, porque no sólo se persiguió eso sino también otros fines- el proyecto tuvo distintos tipos de contenidos.

En primer lugar, reguló algunas instituciones que no estaban vigentes en el derecho positivo, es decir, que no tenían tipicidad en el derecho positivo o cuya duración era notoriamente insuficiente en el derecho positivo vigente que tanto podían servir para financiar la construcción como para otras finalidades. Los ejemplos típicos son el fideicomiso y el leasing.

En el fideicomiso habrán visto que la función del mismo excede notablemente la finalidad de servir como un mecanismo de financiación de la construcción. En realidad, es una figura que tiene un futuro excepcional dentro de la práctica comercial argentina, pues tiene una plasticidad y una posibilidad de utilizarse en distintos tipos de negocios concretos que realmente abre -sobre todo para el abogado- una perspectiva enorme. Por ejemplo hace unos días justamente participábamos de la celebración de un negocio de compraventa de acciones de una entidad financiera -que como ustedes saben está sometida a la aprobación previa del Banco Central- y lo que hicimos para asegurar el pago del precio y la entrega de las acciones, pendiente la aprobación del Banco Central, fue constituir un fideicomiso con el precio y con las acciones.

Las acciones se entregan en propiedad al fiduciario con la condición de que el Banco Central dé la autorización. El día en que el Banco lo haga, el fiduciario entrega al comprador las acciones y al vendedor el monto del precio. Este dominio interino que se constituye en razón del fideicomiso es inscrito en el libro de registro de acciones nominativas del Banco, entendiéndose que con eso no se viola la comunicación del Banco Central sobre transmisión de las acciones, toda vez que es un dominio meramente interino o condicional sometido a condición resolutoria.

De este modo, ambas partes aseguran la permanencia de la vocación de pago del precio y además el cumplimiento de la obligación de entrega del dominio de las acciones en el momento en que la autorización haya sido concedida.

Así es que hoy en día pueden utilizarse las fiducias con finalidad de garantía, o como un modo de asegurar el día de mañana el sostenimiento de un incapaz. En este último caso, no existe límite máximo.

El leasing es una figura que está prevista tanto para el caso mobiliario como para el inmobiliario, el financiero como el operativo. Evidentemente, al autorizarse el leasing financiero mobiliario se está incidiendo claramente en la finalidad de la ley de financiamiento de la construcción.

Según entiendo, el contrato de leasing va a funcionar mucho más en el caso financiero mobiliario que en el inmobiliario, para lo cual sería necesario que existiera un incentivo fiscal muy significativo y alguna modificación en el sistema financiero argentino que brindara la posibilidad de concretar operaciones de crédito sobre inmuebles a muy largo plazo, es decir, a más de treinta años.

El segundo contenido de la normativa consistió en crear instituciones que estuvieran directamente relacionadas con el financiamiento de la construcción, vinculándolas con otras ya existentes; tal el caso de los fondos comunes de inversión y la securitización, como se la denomina. Estos dos instrumentos, realmente novedosos, son las letras hipotecarias y los fondos comunes de inversión inmobiliarios.

Es justamente en los fondos comunes de inversión inmobiliaria donde la gente que está vinculada con el quehacer de la construcción asienta sus mayores expectativas de éxito en

cuanto a la obtención de mecanismos de financiación, más que en las letras hipotecarias y que en algunas otras instituciones.

En tercer lugar, la ley trató de mejorar, o por lo menos de crear nuevos cauces en orden a asegurar a quien financie la construcción, el rápido recupero del crédito. Para eso la ley regula una ejecución hipotecaria que podríamos llamar extrajudicial -ya que la intervención del juez es limitada- o notarial, como se la denomina en España, de donde se tomó el modelo, también existente en muchos otros países europeos. En su momento tuvimos oportunidad de consultar la mayor parte de las leyes que rigen en la Unión Europea y advertimos que casi todas prevén instituciones aproximadas o semejantes.

En cuarto lugar la ley establece algunas disposiciones tendientes a reducir el costo de la intermediación en la contratación inmobiliaria. Existe un dispositivo que ha dado lugar a muchos debates sobre cuál es la interpretación relativa al corretaje inmobiliario. Según comentábamos recién con el escribano D'Alessio, la confusión ha sido creada por un párrafo que fue agregado en la Cámara de Diputados.

También se prevén algunas modificaciones a la ley registral. En realidad, en el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo estaban previstas como modificación de la ley 17801, pero en el texto finalmente votado aparecen como disposiciones registrales, que fueron mutiladas en el Congreso. Al respecto cabe señalar que el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo seguía en gran medida algunas sugerencias remitidas por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Lamentablemente, a nuestro juicio se frustraron algunos de estos preceptos que tendían a asegurar la igualdad de trato entre los documentos emanados de escribanos de la jurisdicción y de extraña jurisdicción.

Por último, la ley adopta algunas medidas de incentivo fiscal. Según la mayor parte de las personas vinculadas al quehacer financiero y al inmobiliario, ellas no son suficientes pero responden a los requerimientos que el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y, sobre todo, la Secretaría de Hacienda, consideraron oportuno adoptar.

Dentro de este paquete de medidas previsto por esta suerte de ley ómnibus 24441, una de las instituciones que aparece con caracteres de nítida novedad es la vinculada con las letras hipotecarias. ¿Cuál era la finalidad que se perseguía al pergeñar un título de crédito o un título circulatorio con un derecho real incorporado? En primer lugar, el objetivo fue crear un instrumento de fácil circulación que permitiese dar liquidez a la inversión a través del crédito hipotecario. En segundo lugar, vincular este título circulatorio con un procedimiento ejecutorio especial; es decir, con un procedimiento abreviado constituido por una ejecución extrajudicial o notarial, como se lo quiera llamar.

De este modo se pensó en estructurar el capítulo correspondiente a las letras hipotecarias, que presenta cinco notas básicas. En efecto, es un título circulatorio y, por lo tanto, transmisible por endoso nominativo. Se buscó además que tuviese incorporado un derecho real, que se desvinculase totalmente del negocio causal que dio lugar a la constitución del derecho real de garantía y que autorizase la convención por la cual las partes se someten al procedimiento de ejecución privada o extrajudicial.

La finalidad de obtener un mecanismo que permitiera dar liquidez a la inversión puede considerarse logrado a través de la letra hipotecaria, ya que pareciera que no existiese otro procedimiento más expeditivo para dar liquidez a una inversión que la transmisión del crédito a través del mero endoso del título en el cual está consagrado o incorporado.

Quiero señalar que como consecuencia de ciertas sugerencias provenientes de algunos distinguidos juristas, entre los que se encuentran los doctores Alegría y Kenny, se incorporó a la ley 24441 un capítulo en el cual se establece la creación de un mecanismo de cesión de créditos tomado del proyecto de reforma al Código Civil que, elaborado por la denominada Comisión Federal que funcionara en el seno de la Comisión de Legislación General de la

Cámara de Diputados, obtuvo sanción de la Cámara el año anterior.

Los arts. 70 a 72, que habían sido previstos como reformas al Cód. Civil, no aparecen numerados formando parte de dicho Código sino como arts. 70, 71 y 72 de la ley. Ellos establecen un procedimiento de cesión inspirado en la legislación francesa -más precisamente en lo que dio en llamarse cesión Paul Bordereaux- a través del cual se autoriza la cesión de créditos destinados a formar la masa de un fondo común o a emitir sobre ellos títulos destinados a ser negociados en el mercado de capitales, a través de la oferta pública o securitización, en un solo instrumento con indicaciones escuetas y sin necesidad de conformidad de notificación del deudor cedido.

En definitiva, en el régimen de la ley aparecen dos mecanismos de transmisión de los créditos. Uno, específicamente para los créditos con garantía real dado por letra hipotecaria, a través de lo establecido por la ley con relación al endoso nominativo, y otro general, para todo tipo de créditos, dentro de los cuales también están comprendidos los de carácter hipotecario, exista letra o no. Me refiero al procedimiento de los arts. 70 a 72 de la ley.

Es decir, que aún cuando hubiese un paquete de hipotecas en el cual no se hubiera previsto la emisión de letras existe un procedimiento destinado a dar circulación a esta masa de créditos, que trata de eliminar las dificultades del régimen hasta ahora vigente en el Código Civil sobre cesión de créditos que, como todos ustedes saben, tiene algunas dificultades en torno de la notificación, la inscripción, la aceptación del deudor cedido, etcétera.

En el proyecto, originariamente, el régimen de ejecución especial estaba limitado a las hipotecas en las cuales se hubiese previsto la emisión de letras hipotecarias. En el texto definitivo de la ley aparece modificado uno de los artículos -el primero de la ejecución especial, que es el 52-, por lo que la ejecución especial se autoriza para todas las hipotecas en las cuales se hayan transmitido letras hipotecarias y todas aquellas en las que se hubiese convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título. Es decir, que lo que era una cualidad de la letra, es decir, la admisión al régimen de ejecución especial, aparece hoy como una cualidad que puede ser pactada en todas las hipotecas. Haya o no letra, el contrato de hipoteca puede prever que la ejecución se realice por el procedimiento de ejecución especial.

En alguna medida la incorporación de los arts. 70 a 72 de la ley, a que hacíamos referencia recién respecto de la cesión, y esta previsión del art. 52 que autoriza la ejecución especial en todos los casos, pueden restar incentivos para la utilización de las letras hipotecarias, porque al menos en estos dos aspectos las finalidades perseguidas con la creación de las letras hipotecarias pueden obtenerse por otros medios.

Veamos ahora cuáles son los principales puntos sobre los que se estructura la reglamentación de las letras hipotecarias. En primer lugar, el art. 35 dice que las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria. Ustedes recordarán seguramente que desde hace muchísimos años los autores, y en particular los comercialistas, repiten la vieja definición de Vivante según la cual el título valor es el instrumento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado o contenido en el mismo. De esto se ha derivado la existencia de tres caracteres esenciales de los títulos valores, siempre reconocidos, que son la literalidad, la autonomía y la necesidad. Es decir, que el contenido del derecho creditorio es el que está literalmente expresado en el título; el título es autónomo respecto del negocio causal y respecto de cualquier otro elemento extraño al mismo, y además es necesario, es decir, que el derecho sólo puede ejercerse en la medida en que esté en poder de quien pretende ejercerlo.

Estas tres características -literalidad, autonomía y necesidad-, por ser propias de todo título valor, son propias también de las letras hipotecarias.

A esta enunciación de elementos esenciales, los autores suelen agregar la presencia de algunos elementos que se denominan contingentes o no necesarios de los títulos valores,

que son la formalidad, la completividad y la abstracción. En realidad, estos tres caracteres de los títulos también están presentes en las letras hipotecarias.

La formalidad, que reviste en esta materia una importancia decisiva no sólo porque es propia de los títulos valores -la ausencia de algunos de los requisitos formales, al menos en la letra de cambio y el pagaré, produce la invalidación del mismo como tal, bien que pueda servir como mero quirógrafo acreditativo del derecho de crédito-, se traslada a las letras hipotecarias todavía con mayor intensidad. Ello así porque las letras hipotecarias tienen una característica -que después analizaremos con mayor profundidad- que es propia de ellas y en cambio ajena al resto de los títulos valores, y es que causan novación del crédito, es decir, de la obligación. La emisión de la letra hipotecaria importa la extinción de la obligación emanada del negocio causal o fundamental, y la única obligación que subsiste es la cartular, o sea la derivada de la creación del título de crédito.

Esta condición hace que la formalidad en materia de letras hipotecarias adquiera mayor importancia que la que puede tener en algún otro título circulatorio.

La completividad es por supuesto también propia de las letras hipotecarias. Esto significa que el título circulatorio no necesita de ningún elemento extracartular ni puede requerirlo para constituir un título idóneo para exigir el cumplimiento del crédito que está incorporado en él. La única excepción en materia de letras hipotecarias puede ser la determinación de la tasa de interés cuando las partes han sometido el devengamiento de los réditos a una tasa variable. Esta es una previsión que excepciona uno de los principios tradicionales en materia de derecho cartular, pero que es absolutamente indispensable porque todos saben que en la práctica negocial actual los contratos de crédito -sobre todo cuando son a largo plazo- se estipulan de acuerdo con tasas de interés que varían en función de las expectativas o circunstancias del mercado. Imagínense hoy en día un crédito a largo plazo que estuviese sometido a una tasa de interés fijo, con las variaciones que ha tenido el mercado cambiario en la Argentina desde el mes de noviembre hasta ahora.

Finalmente, la abstracción significa que la relación jurídica creada por el título circulatorio se independiza, se abstrae, del negocio fundamental que ha servido de causa a la emisión del título circulatorio. Por regla general se dice que la abstracción permite al tenedor legitimado del título circulatorio desechar las excepciones causales o, en rigor, como señalan Paolantonio y Bergel, desechar todas las excepciones extracambiarias. Por supuesto esta es una característica propia de las letras hipotecarias, pero además -como decía- acentuada especialmente en este caso por la circunstancia de que la ley prevé el efecto novatorio de la emisión de la letra, con lo cual ni aún inter partes -donde la abstracción en la letra de cambio o en el pagaré es más restringida- podrá hacerse valer el negocio causal. En realidad, el negocio causal deja de existir como fuente de obligaciones para existir exclusivamente como fuente la creación del título circulatorio.

La ley señala en el mismo art. 35 que las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria. Es decir, que está incorporado al título circulatorio un derecho real de garantía, que es el derecho real de hipoteca regulado por el Código Civil. Más adelante, la misma ley señala que en materia de derecho real de hipoteca, salvo cuando hubiere modificación, rigen las disposiciones ordinarias, es decir, el Código Civil.

La incorporación de un derecho real a un título circulatorio no es materia novedosa en el derecho argentino, no sólo porque el art. 3202 del Cód. Civil prevé el pagaré hipotecario, sino también porque existe el pagaré prendario, que consiste en un título circulatorio que tiene incorporado el derecho real de prenda sin desplazamiento regulado por la ley 12962. Es decir, que en este sentido la experiencia doctrinaria y jurisprudencial existente en estas materias es perfectamente aplicable a este nuevo título circulatorio creado por la ley.

Como ustedes saben, en el derecho argentino la hipoteca surge exclusivamente de fuente convencional, según lo establece el art. 3115 del Código. Esto no varía en el régimen de la letra hipotecaria porque, en definitiva, el derecho real nace de la oferta que el deudor hace

de constituirlo y de la aceptación que el acreedor manifiesta respecto de su constitución. Es lo que Molinario llamaba pacto de hipoteca en aquel viejo trabajo respecto de la inexistencia de la pretendida hipoteca abierta en el derecho argentino.

El pacto de hipoteca da lugar, entonces, al nacimiento del derecho real de hipoteca, y la emisión de la letra incorpora al título ese derecho real creado convencionalmente.

Según lo prescribe el art. 3131 del Cód. Civil, las enunciaciones que debe contener la hipoteca no presentan variantes como consecuencia de que las partes decidan emitir la letra: salvo, justamente el consentimiento expreso para la creación de la letra hipotecaria según lo prevé expresamente el segundo párrafo del art. 36.

En este tipo de hipoteca se mantendrán exactamente los mismos recaudos que utilizan todos los escribanos actualmente, salvo esta última exigencia, y para el caso en que las partes así lo convengan, la expresión de que se someten a la ejecución especial prevista en los arts. 52 y siguientes. Esto es así porque aunque haya creación de letras hipotecarias, es necesaria la convención expresa para someterse al régimen de ejecución extrajudicial.

En el art. 36, la ley prevé que la emisión de letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas en primer grado. Ustedes conocen perfectamente cómo funcionan en el derecho argentino los sistemas de rango hipotecario, por lo cual, obviamente, no voy a insistir en eso.

La finalidad de nuestra ley, inspirada en el Código Civil de Costa Rica que prevé una disposición semejante, es asegurar a quienes adquieran la letra a través de su circulación, es decir, a los endosatarios de la letra, que el derecho real contenido en ella lo es siempre en primer grado. En efecto, el tomador de la letra no tendrá que ir al Registro a averiguar si se trata de una hipoteca constituida en segundo o en tercer grado, ya que siempre que haya letra hipotecaria, ella puede corresponder exclusivamente a una hipoteca en primer grado.

En definitiva, con esto se trata de dar certidumbre al derecho real que nos ocupa.

¿Qué obligaciones pueden ser garantizadas con hipoteca incorporada al título circulatorio? Ustedes saben que de acuerdo con el régimen del art. 3109, en el derecho argentino puede ser garantizado con hipoteca cualquier tipo de obligación: de dar, de hacer o de no hacer, e incluso aquellas eventuales o condicionales, expresión que como todos sabemos ha dado lugar a vastísimos debates doctrinarios, a cantidad de artículos y respecto de las cuales hasta se han publicado libros.

Cuando se trate de una obligación que no implique dar sumas de dinero -vale decir, cuando la obligación consista en dar algo que no sea dinero-, de una obligación de hacer o de no hacer, o de una de tipo contingente, condicional o eventual, para satisfacer el principio de especialidad la ley exige que ella esté expresada en una suma cierta de dinero. A partir de la sanción de la ley 23928, la suma de dinero puede estar expresada en moneda nacional o en moneda extranjera.

En un trabajo sobre la materia que está preparando la doctora Highton, ella considera que las letras hipotecarias sólo pueden emitirse en aquellos casos en que se garanticen obligaciones de dar sumas de dinero. Por la remisión que la misma ley hace al decreto ley 5965 del año '63, la letra debe contener la promesa pura y simple -es decir, incondicionada- de pagar una suma cierta y determinada de dinero.

Me parece claro que las letras no pueden existir en las hipotecas de máximo, es decir, en las cuales la hipoteca garantiza un monto máximo hasta el que puede llegar el endeudamiento por parte del deudor, pero en el cual el monto del crédito al tiempo del vencimiento de la exigibilidad o de la ejecución debe ser probado con elementos ajenos a la escritura hipotecaria. Es decir, que el acreedor debe demostrar cuál es el montante de la acreencia que está garantizado por ese monto máximo. El monto de la acreencia puede ser inferior o superior al estimado en la hipoteca. Por supuesto que si el monto de la acreencia es superior, el crédito sólo estará comprendido en la preferencia que confiere el derecho hipotecario hasta ese monto máximo.

Esto que acabamos de señalar no podría suceder en las hipotecas en las cuales se prevea la emisión de una letra porque, justamente, el monto de la obligación debe ser cierto y determinado al momento de la constitución. Además, la determinación del crédito, o del montante del crédito, no puede estar sometido a elementos ajenos a la letra, ya que esto la privaría de uno de sus caracteres al que hicimos referencia recién, como es el de la completividad.

También parece claro que no podrían garantizarse con una hipoteca que prevea la emisión de una letra hipotecaria obligaciones condicionales o eventuales, es decir, aquellas que estén por nacer. Ello es así porque siempre que se trate de garantizar obligaciones eventuales o condicionales estaríamos frente a una hipoteca de máximo. Además, tampoco se sabría cuál sería el momento de nacimiento de la obligación o si es que ella en algún momento va a nacer.

En cuanto a las obligaciones de dar cosas que no sean dinero o a las obligaciones de hacer, parece bastante discutible la posibilidad de utilización de la letra, salvo que la hipoteca garantizase un incumplimiento que fuera tasado definitivamente en una suma cierta y determinada de dinero, con lo cual, ante el incumplimiento de la obligación de hacer o de no hacer o de dar cosas que no sean dinero, cupiese exclusivamente el cobro de una obligación sustitutiva que tuviese un monto fijo y determinado.

Esto, en realidad, también parece bastante discutible porque la ejecución de la letra debería completarse con elementos extracartulares que acreditasen el incumplimiento de la obligación de hacer o el de la de no hacer. Por ejemplo, si el deudor garantizó su obligación de no instalar un fondo de comercio, y efectivamente lo instaló, por lo que debe pagar una multa de 100.000 pesos, esta situación exigiría la acreditación de elementos ajenos al título. Por estas razones creo que la ley, quizás impensadamente, haya limitado o restringido la utilización de las letras hipotecarias exclusivamente a los créditos en los cuales la faz pasiva es una obligación de pagar una suma de dinero. De todos modos, con ello se responde a la finalidad perseguida que consistía en contar con un mecanismo de financiación para la construcción o adquisición de viviendas, según el cual la prestación del deudor siempre va a ser la de pagar el precio del inmueble.

La novedad en materia de títulos de crédito la introduce el art. 37, que señala que la emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca. Esta innovación proviene del Código Civil suizo que establece exactamente la misma solución.

En realidad, no es una invención, sino que proviene explícitamente de esa fuente legislativa. Ustedes conocen los aspectos centrales de la novación, es decir, que es una convención extintiva en la cual una obligación se extingue por la creación de otra nueva. La regla general es que la creación de títulos valores no produce novación -art. 811 del Cód. Civil-, y en la novación convencional es necesario que medie una reserva del acreedor respecto de las garantías que aseguran el crédito para que ellas subsistan.

En la ley 24441 la novación no es convencional sino legal. No requiere una conformidad expresa de las partes, sino que es un efecto puro de la creación de la letra hipotecaria, y por supuesto que no es necesaria la existencia de reserva alguna para que subsista la garantía hipotecaria. Por el contrario, en la creación de la letra, que nova y por lo tanto extingue la obligación derivada del contrato fundamental, se traslada automáticamente el derecho real al título circulatorio.

Cabe señalar que el efecto novatorio desaparece si por cualquier causa la letra fuese nula. Esto lo señalan justamente la doctora Highton y el doctor Paolantonio. Y es obvio que la nulidad de la letra debe provocar el renacimiento de la obligación causal, del negocio fundamental, porque de otro modo esa extinción indudablemente carecería de causa.

La finalidad que se persigue con la novación es la de desvincular absolutamente el negocio jurídico fundamental del título circulatorio, sea esto entre las partes que han celebrado el negocio jurídico fundamental y han creado la letra, cuanto frente a terceros.

La abstracción cambiaria funciona de manera intensa cuando quien tiene la letra o el pagaré es un tercero ajeno a la relación librador-beneficiario, o librador-beneficiario-girado si se trata de una letra de cambio. Es decir, el tenedor legitimado por una cadena ininterrumpida de endosos -según la ley de la circulación del título- es el que puede invocar la abstracción cambiaria para rechazar las excepciones causales o las excepciones extracambiarias. Pero entre las partes la abstracción no funciona con la misma intensidad. Ciertamente es que la ley ritual, la ley adjetiva -es decir, el Cód. Procesal-, en el art. 544 impide oponer excepciones causales en el procedimiento ejecutivo, que es el vinculado con el cobro de los títulos circulatorios. Pero en algunos casos los tribunales han admitido que en las ejecuciones directas, es decir, entre el librador y el beneficiario, se pueda discutir la causa bajo ciertas circunstancias excepcionales. Esto en definitiva es la consecuencia de que en la letra de cambio o en el pagaré la abstracción no provoca la extinción del negocio causal o fundamental. Por el contrario, el acreedor dispone de dos acciones: la cambiaria o la causal. Puede optar por una o por la otra; y es más, frustrado en la acción cambiaria todavía puede intentar la acción nacida de la obligación fundamental, y el ejecutado vencido en las excepciones opuestas en la ejecución cambiaria puede tener el ordinario posterior para discutir defensas que puedan nacer del negocio fundamental.

Estas hipótesis, en cambio, desaparecen definitivamente cuando se crea una letra hipotecaria, porque directamente ni siquiera entre las partes existe la posibilidad del ejercicio de la acción causal. Existe exclusivamente la acción emanada de la letra hipotecaria.

El art. 38 se refiere a algunas reglamentaciones casi de detalle con relación a ciertos aspectos que suelen tratarse en los contratos hipotecarios. Este es uno de los artículos que aparecieron por sugerencia de alguna de las instituciones vinculadas con el quehacer bancario y de la construcción. En primer lugar, se establece expresamente que el constituyente de la garantía real, es decir el propietario constituyente, puede enajenar la cosa. En realidad, no era necesario decirlo, porque el Código Civil prohíbe la cláusula de no enajenar a persona indeterminada. Pero ustedes saben -y seguramente mejor que yo- que es de práctica poner en las escrituras hipotecarias que la enajenación de la finca hipotecada debe contar con el consentimiento del acreedor, o lisa y llanamente que queda prohibida la enajenación de la finca hipotecada. Para evitar cualquier duda sobre este punto, la ley se ha preocupado por establecer que el propietario constituyente puede enajenar la finca hipotecada. Pero a la vez se encarga de puntualizar que el adquirente de la finca será tratado como tercero poseedor de la cosa hipotecada. Es decir, que se trata no de un sujeto obligado por la relación crediticia instrumentada en la letra hipotecaria, sino que está en la condición del sujeto respecto del cual no se pueden dictar conminaciones personales y puede hacer abandono de la finca hipotecada tal cual está previsto en el Capítulo IV del título sobre la hipoteca, es decir, las relaciones que se establecen respecto del tercero poseedor de cosa hipotecada.

En materia de locación la ley recoge lo que constituye un fondo común jurisprudencial y doctrinario, es decir, que la locación de fecha posterior a la constitución del gravamen hipotecario es inoponible al acreedor. En esto no hay prácticamente divergencias y el único comentario al respecto es que la locación para que sea oponible debe ser de fecha cierta anterior a la constitución del gravamen hipotecario.

Por último, hay alguna apostilla sobre el seguro de incendio, que no sé bien cómo apareció en el artículo. Alguien quiso que figurase expresamente que el deudor debe mantener la cosa asegurada. Esta es una obligación que no emana del derecho real sino del contrato de hipoteca, como decía Molinario, y esa obligación de carácter personal se extiende al tercero

poseedor de la cosa hipotecada. Desde el punto de vista de la técnica pura esto es bastante cuestionable. De todos modos, salvo convertir a un hombre en mujer -como decía antes- la ley puede hacer de todo, y entre otras cosas puede decir que el tercero poseedor de cosa hipotecada debe tener asegurada la cosa contra incendio. Cabe acotar que la primera hipótesis -convertir a un hombre en mujer- también últimamente está en tela de juicio. El tema de la registración de la letra está previsto en la primera parte del art. 39. Esta norma establece las formalidades que debe contener la letra. El proemio establece el método de registración y los incisos disponen los contenidos formales.

Parecería que el procedimiento de registración es semejante al previsto por el art. 3202 del Cód. Civil para el pagaré hipotecario, por lo cual funcionaría de esta manera: extendida la escritura pública en la cual se prevé la emisión de la letra, se debe firmar la letra hipotecaria por el librador, es decir, por el deudor hipotecario o por el propietario constituyente, o por el avalista, porque es posible que haya un avalista del librador. Esto no está prohibido por la ley y funciona como consecuencia de la remisión genérica al régimen de la letra de cambio. Luego será inmediatamente firmada por el escribano, quien la correlacionará con la escritura pública que acaba de extender.

Presentados el testimonio y la letra al Registro, el registrador deberá colocar en la letra correspondiente una nota, tal como funciona en el pagaré hipotecario -en los pocos casos de pagarés hipotecarios, dado que hace muchos años que prácticamente no se lo utiliza-. Seguramente una disposición técnico-registral aclarará los aspectos de detalle en cuanto al funcionamiento de este mecanismo.

La ley prevé que la letra debe ser emitida en un papel que asegure su inalterabilidad, lo que puede ser entendido en varios sentidos. Esta condición podría estar refiriéndose a la textura del papel, como si se tratara de una suerte de papel moneda, o al hecho de que él contenga algún modo de identificación, como sucede en el caso de las hojas que se utilizan para los protocolos notariales. Correspondería que la reglamentación o las disposiciones técnico-registrales que al efecto se dictaran, hicieran referencia a este aspecto. De todos modos, mientras no exista reglamentación alguna, entiendo que podría emplearse cualquier papel más o menos idóneo, es decir, aquel que se utiliza ordinariamente en los negocios.

Los requisitos formales presentan algunos aspectos interesantes, sobre todo uno que considero relevante para la función notarial. Ustedes saben que en materia de letra de cambio y de pagaré rige un principio según el cual ciertas constancias de la letra de cambio o del pagaré pueden no existir. Más aún, el tomador o beneficiario se considera autorizado para completar esos datos que faltan. Ustedes recordarán que alguna parte de la doctrina señala que se trata de un mandato tácito, toda vez que otros sostienen que no. En definitiva, el decreto-ley 5965 da explícitamente tal autorización.

En materia de cheque es discutible. Últimamente alguna jurisprudencia señalaba que el cheque debe nacer completo para que sea un título ejecutable, aunque esto constituye una materia muy discutida entre los autores especializados.

En materia de letra hipotecaria, parecería que las exigencias de formalidad y completividad requieren que ella nazca completa. Es decir, que al tiempo de la creación contenga todos los requisitos formales. El escribano no podría suscribir al lado del librador en la escritura pública una letra hipotecaria a la cual le faltase alguno de los requisitos formales previstos en el art. 39. Por supuesto que la completividad exige que no haya elementos extracartulares, salvo aquellos relacionados con la tasa de interés.

En la ley se ha incurrido en una omisión que ha sido señalada por los primeros autores que se refirieron al tema. No dice que la letra hipotecaria deba incluir como título de su texto "Letra Hipotecaria", contrariamente a lo que sucede con la letra de cambio o con el pagaré que sí debe incluir en su texto el título "Letra de Cambio" o "Pagaré". De todos modos parecería que ésta es una omisión menor dentro del sistema, dado que la letra es perfectamente identificable como tal por el resto de las constancias.

La ley prevé la posibilidad de que haya letras escriturales, lo cual surgió de un pedido de la Comisión Nacional de Valores y de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, que fue receptado y agregado en la ley. Más allá de que se requiere una reglamentación para que existan como tales, creo que las letras hipotecarias escriturales no van a funcionar, porque los que van a funcionar como escriturales son los títulos que se emitan como consecuencia del proceso de securitización para ser ofrecidos en el mercado de oferta pública. Naturalmente, estos títulos van a funcionar en masa y pueden ser escriturales desmaterializados.

En cambio, las hipotecas que van a estar comprendidas en una sola hojita, o en alguna prolongación que es la letra hipotecaria, no van a requerir este proceso de desmaterialización.

También es necesario señalar que a las exigencias formales de la ley se pueden agregar cláusulas optativas u opcionales. Una de ellas es, por ejemplo, la cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, que es propia del derecho cambiario. Si alguno de ustedes tiene que dar consejo sobre esta materia, es altamente conveniente que agreguen la cláusula de pago efectivo en moneda extranjera. Es cierto que el art. 619 del Cód. Civil establece hoy que la obligación constituida en moneda extranjera debe ser cumplida en la especie pactada, pero el art.64 del decreto-ley 5965 sigue dando al obligado cambiario por un título circulatorio expresado en moneda extranjera la opción de pagarlo en esa moneda o de hacerlo en moneda nacional al tipo de cambio vigente.

Esta previsión del decreto-ley 5965 no es absolutamente incompatible con la vigencia del 619, de modo que no autoriza a sostener la tesis de derogación tácita de esta facultad del obligado cambiario. Todos los comentaristas de la ley 23928 señalaban la subsistencia del obligado cambiario de pagar en moneda nacional. En consecuencia, tratándose de un título circulatorio que se rige por el decreto-ley 5965, si la letra hipotecaria emitida en dólares no contiene expresamente la cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, podría ser cancelada por el deudor en moneda nacional al tipo de cambio vigente. Por esta razón, reitero la recomendación clara de agregar esa cláusula prevista en la última parte del art. 44. La ley prevé que la circulación de la letra hipotecaria se lleva a cabo a través del endoso nominativo. No cabe el endoso en blanco o al portador. Y en el caso en que la letra hipotecaria fuera escritural, la reglamentación deberá prever cómo se inscribe la transmisión del crédito escritural.

En esta hipótesis, y mientras no haya reglamentación, parecería aplicable por analogía la regla del art. 215 de la Ley de Sociedades que prevé la notificación a quien lleve el registro de los títulos escriturales a efectos de que tome debida nota.

El endoso es sin responsabilidad, lo cual ha llevado a señalar -creo que acertadamente- que la novación extingue solamente la obligación causal del negocio fundamental entre librador y beneficiario de la letra hipotecaria. Pero el endoso de la letra hipotecaria no extingue el negocio jurídico fundamental existente entre endosante y endosatario. Vean ustedes que si por cualquier circunstancia el endosatario no pudiese hacer efectiva la letra hipotecaria o si, por ejemplo, ella fuese declarada nula, no tendría tampoco acción causal respecto del endosante. Y no sólo eso, sino que tampoco tendría acción cambiaria contra el endosante, porque la ley expresamente dice que el endoso es sin responsabilidad. Es decir que no tendría acción cambiaria ni acción causal, con lo cual el efecto novatorio no afecta la relación fundamental entre endosante y endosatario.

¿Cuáles son las acciones que emanan de la letra hipotecaria? El tema es bastante simple, porque habiendo endoso sin responsabilidad, la única acción cambiaria que emana del título circulatorio es la acción directa, es decir, aquella que vincula librador y beneficiario o librador y portador legitimado, en razón de una serie ininterrumpida de endosos nominativos.

En razón de no existir acciones del endosatario respecto de los endosantes anteriores no hay acción de regreso. Ello es así además porque, si bien se la llama letra hipotecaria, ella responde a la estructura bilateral del pagaré y no a la trilateral de la letra de cambio, en la cual la acción del girado es una acción de regreso.

Puede haber en cambio acciones extracambiarias, que son las mismas previstas por el decreto-ley 5965. Ustedes recuerdan que las acciones extracambiarias, en este decreto son la de reembolso, la causal y la de enriquecimiento.

La acción de reembolso es la que existe entre los coobligados cambiarios que están en una misma situación jurídica, es decir, los colibradores o los coavalistas. La relación entre colibrador o coavalista no se rige por las reglas del derecho cambiario sino que está sometida a las reglas de las obligaciones solidarias y, por lo tanto, a las reglas del Código Civil. Es decir que, en definitiva, si hubiera colibradores o coavalistas que hubieran pagado la letra hipotecaria la acción entre ellos se regiría por las reglas ordinarias del Código Civil. La acción de enriquecimiento del art. 62 del decreto 5965 parece ser un instrumento puesto para torturar a los estudiantes. En 25 años de ejercicio de la profesión en materia comercial nunca vi una, aunque de todos modos está prevista en la ley. Es una acción que podría eventualmente ejercerse para la hipótesis de pérdida de la acción cambiaria. Además en este caso puede tener más posibilidades de aplicación que en el derecho cambiario ordinario porque la acción de enriquecimiento funciona por la pérdida de la acción cambiaria y de la acción causal. Acá no hay acción causal, razón por la cual la pérdida de la acción cambiaria habilitaría eventualmente la posibilidad de la acción de enriquecimiento. En cambio, por lo menos entre librador y tomador legitimado por una serie ininterrumpida de endosos, o entre librador y beneficiario, no habría acción causal que pudiera ejercerse en razón del efecto novatorio al que aludíamos hace instantes.

El pago de la obligación cambiaria está regulado en los arts. 41 a 43 de la ley. Seguramente ustedes recordarán los principios básicos de identidad e integridad del pago. Al tema de la identidad ya nos hemos referido al tratar la obligación en moneda extranjera. El tema de la integridad tiene en materia de derecho cambiario una excepción muy importante, porque el art. 42 del decreto-ley 5965 autoriza al obligado cambiario a efectuar pagos parciales, y el tenedor de la letra no puede rehusar el pago parcial so pena de perder la acción de regreso contra los endosantes.

Esta previsión del pago parcial se considera que no rige cuando se trata de una letra hipotecaria, justamente porque la finalidad de admitir los pagos parciales en materia de títulos circulatorios está en facilitar la liberación de los obligados de regreso, que no hay en la letra hipotecaria, en donde sólo existe la acción directa, con lo cual el portador de una letra hipotecaria puede rehusar el pago parcial de acuerdo con el principio ordinario del Código Civil.

Con respecto al lugar de pago, la ley establece una regla en el art. 42 que es realmente excepcional. Se trata de la posibilidad de modificar unilateralmente el lugar de pago por parte del tomador o tenedor de la letra. Esto se vincula con la finalidad explícita de que las carteras o paquetes de créditos hipotecarios puedan ser transmitidos libremente y con toda facilidad. Pero a la vez hay que garantizar al obligado cambiario que pueda efectuar el pago de manera simple, es decir, que no constituya el cambio del lugar de pago un obstáculo para el deudor. En consecuencia, la ley admite la modificación unilateral del lugar de pago bajo dos condiciones: que sea dentro de la misma ciudad donde estaba previsto el pago originariamente y que sea notificado el obligado cambiario de esta modificación. Mientras no sea notificado el cambio, queda suspendida la exigibilidad de la cuota de capital o de interés que emana del título circulatorio.

Con respecto al tiempo del pago, naturalmente debe figurar en el documento. Dentro de los registros formales está la fecha de vencimiento del capital y de los intereses. La ley no ha hecho modificaciones en este aspecto respecto del sistema del derecho cambiario, razón por

la cual el mero vencimiento se constituye en una causal objetiva de devengamiento de los intereses. En realidad debo señalar que la ley contiene un defecto de técnica bastante notable en el art. 43, cuando dice que la mora se producirá en forma automática por el vencimiento. La mora es una idea virtualmente ajena al sistema de los títulos circulatorios. Cualesquiera sean las circunstancias en que se produzca el vencimiento, el mero retardo, aunque no sea imputable, es fuente objetiva de devengamiento de los réditos y de los demás efectos que el vencimiento produce.

De todos modos, como la ley ha vinculado la mora con el vencimiento de manera inexcusable, más allá del defecto de técnica no parece que hubiera consecuencias importantes.

Sí es significativo señalar que lo que la ley elimina implícitamente -y esto debió haberlo dicho en realidad- es el requisito de la presentación del título. En este sentido debe interpretarse que la norma del art. 43 importa excluir la carga de la presentación. La regla ordinaria ha de ser que el título circulatorio está siempre expuesto al cobro en el lugar de pago. Por eso se supone que la presentación está hecha de manera permanente para el deudor.

Por otra parte, en materia de plazos, es evidente que aquí no existirían letras hipotecarias susceptibles de ser presentadas a la vista por regla general, porque la ley exige que haya indicación expresa de los plazos de pago. Así lo dispone en el art. 39, inc. d). Parecería entonces que la ley también excluye la posibilidad del vencimiento a la vista o a cierto tiempo vista, con lo cual -reitero- el vencimiento del plazo cierto produce el devengamiento automático de los intereses, suponiendo que la letra está siempre presentada al cobro. Con referencia a la prueba del pago, ustedes saben que la letra puede emitirse con cupones o sin ellos, según haya o no vencimientos periódicos de intereses. Si la letra tiene cupones la acreditación del pago del servicio correspondiente debe hacerse a través de la tenencia de cupones, con lo cual el portador legitimado debe entregar el cupón a quien efectúa el pago. Si se trata de una letra sin cupones, el pago debe ser inscrito en la letra. Esto de la inscripción de los pagos en la letra está previsto explícitamente en materia cambiaria. Cuando el deudor efectúa un pago parcial tiene derecho a que sea inscrito en el mismo cuerpo del título o en su prolongación.

Puede suceder entonces que el portador legitimado entregue el cupón, entregue un recibo, lo anote en el cuerpo de la letra o no haga nada de esto. Básicamente pueden presentarse múltiples circunstancias en las cuales rigen los principios ordinarios que la doctrina y jurisprudencia han elaborado en materia de prueba del pago respecto de títulos circulatorios. Es decir, que la tenencia del título o la del cupón, en este caso, es una presunción de que el pago ha sido efectuado. Si uno tiene un recibo emanado del acreedor, puede oponer la excepción de pago documentado cuando quien ejecuta es el mismo sujeto de quien emana el recibo. En cambio, no podría oponer la excepción de pago si quien ejecuta es un tercero que tiene el título circulatorio, es decir, ajeno a quien extendió el recibo. Sin embargo, la ley hace una excepción notable a este sistema. En efecto, establece que cuando haya cupones, el pago debe ser inscrito en la letra. En el último párrafo del art. 41 señala expresamente lo siguiente: "...sin perjuicio de lo cual serán oponibles aún al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscrito de esta manera". Es decir, que si el tenedor de la letra omitió asentar en ella el pago parcial pero otorgó un recibo, éste es oponible erga omnes, vale decir, a un portador de la letra que la hubiese adquirido de buena fe sin la constancia de pago.

La situación expuesta se constituye indudablemente en un factor limitativo de la circulación de los títulos. Al respecto debo decir que ella responde a las exigencias de alguna de las instituciones que opinaron con relación al tema, sobre la base de que era necesario establecer ciertos balances o contrabalances en el régimen que, como ustedes saben después de haber leído la ley, es bastante severo respecto del deudor. Digo esto más allá de la

existencia de algunos contrabalances, por ejemplo en el caso del pacto comisorio en materia de leasing, a los que hoy hacía referencia una colega, en los cuales la ley parece ser excesivamente protectora del deudor, tal como el que acabo de señalar o el contemplado en el art. 51 que autoriza la precancelación.

Considero, sin embargo, que esta limitación es muy importante y, probablemente, dificulte notablemente la circulación de las letras sin cupones. De todos modos lo razonable es pensar que si se emiten letras hipotecarias en negociaciones masivas efectuadas a través de grandes intermediarios financieros, ellas van a estar munidas de los correspondientes cupones y los pagos se acreditarán a través de la tenencia de los cupones.

Con respecto al plazo de prescripción podemos decir que se ha tomado el de tres años vigente en la ley cambiaria para la acción directa. El régimen de la suspensión y de la interrupción de la prescripción es el ordinario, es decir que respecto de este título circulatorio deben regir los arts. 845 y conscs. del Cód. de Comercio. Por estas razones, lo único que la ley ha hecho es reproducir en este caso todas las dudas que existen sobre los mecanismos de suspensión de la prescripción en materia comercial, es decir, si son aplicables las hipótesis de suspensión de la prescripción previstas en el Código Civil o no; en particular, ésta que ha dado lugar a tanta discusión relacionada con la constitución en mora que suspende la prescripción por el plazo de un año.

La ley no ha sido demasiado explícita ni clara respecto de la cancelación. Ustedes recuerdan que el art. 3199 del Cód. Civil prevé la cancelación por consentimiento entre las partes o por decisión judicial. Creo que esto rige absolutamente para la cancelación en materia hipotecaria. Dentro del capítulo de la cancelación de las hipotecas, el art. 3202 del Cód. Civil, que trata de los pagarés hipotecarios, establece cuál es el mecanismo de cancelación. Cabe señalar que el mecanismo que establece la ley no es distinto de éste.

El art. 49 constituye el fundamento último dentro del régimen. Es el que prevé que las personas autorizadas a hacer oferta pública como fiduciarios o a administrar fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantías letras hipotecarias o constituir con ellas fondos comunes. Todo esto tiende a que cuando haya una masa significativa de títulos, ella pueda servir de fundamento para la emisión de títulos de participación que se ofrezcan a través del sistema de oferta pública.

En el art. 51 hay un aspecto que dio lugar a mucho debate, que está relacionado con la posibilidad de precancelar los créditos hipotecarios dados a través de estos sistemas. En realidad, este art. 51 no estaba originariamente en el Título IV del proyecto, que no existía, sino que se encontraba en el cuerpo del Título III, y preveía para todos los casos la posibilidad del deudor de precancelar. Esto dio lugar a cuestionamientos por parte de relevantes profesionales vinculados al quehacer bursátil y de estudiosos de los mecanismos de securitización, quienes señalaron que la posibilidad de la precancelación constituye un obstáculo para la securitización. Ello es así porque, por lo menos teóricamente, quien va a emitir un título público destinado a la oferta pública con su fundamento en una masa de créditos hipotecarios, tiene previsto su flujo de fondos de acuerdo con los plazos de funcionamiento estipulados. El derecho del deudor hipotecario de precancelar altera estos mecanismos.

Si bien es cierto lo que acabamos de manifestar, nosotros también señalamos que en los países en los que más se utiliza la securitización existe un mercado de crédito muy cristalino o, por lo menos, bastante transparente, que permite a los deudores hipotecarios que hayan tomado un crédito caro, precancelarlo y tomar otro más barato. Es decir, que el derecho a la precancelación estimula la competencia entre las entidades financieras para que el crédito se abarate. Veamos, por ejemplo, lo que hacen los norteamericanos. Si un día un banco ofrece un crédito al 18 por ciento anual y más adelante una entidad lo otorga al 14 por ciento, ellos toman el crédito al 14 por ciento y cancelan el anterior. Claro está que los bancos argentinos

no están demasiado acostumbrados a esta competencia tan feroz en el mercado de crédito, y por eso fue que protestaron por el derecho a la precancelación.

Por estos motivos el derecho a la precancelación apareció limitado en dos aspectos.

Primero, quedó limitado a las hipotecas constituidas para vivienda, lo cual introduce un factor de complicación porque hay que ver dónde va a aparecer explicitada esta finalidad o esta causa final del crédito. Parecería que en el mismo acto de constitución de la hipoteca.

En segundo lugar aparece limitado porque si se trata de precancelar antes de haberse cumplido la cuarta parte del total del plazo estipulado, el contrato puede prever alguna forma de compensación o de retribución del acreedor hipotecario, que puede consistir en algún plus de la tasa de interés o en mantener alguna parte del rédito final. Ese caso se daría, por ejemplo, si un crédito es a veinte años y el deudor pretende precancelarlo al segundo año. Esta situación deberá ser pactada por las partes.

En definitiva, el derecho a la precancelación queda bastante recortado en beneficio de los acreedores financieros y en desmedro del deudor hipotecario.

Quiero señalar también que en la discusión dada en la Cámara de Diputados un diputado por Santa Fe dijo que esta ley es una poderosa y siniestra maniobra para una gran concentración de fondos, a efectos de que sea manejada por un pequeño grupo de financistas. Si en alguna medida yo soy cómplice de esta poderosa y siniestra maniobra, lo soy a título culposo. Por suerte, en derecho penal la tipicidad comprende no sólo la conducta sino también la culpa.

De todos modos debo decir que no creo que ésta haya sido la finalidad de la ley, sino la de crear mecanismos que faciliten la instrumentación del crédito con destino a la construcción o a la vivienda y a otras operaciones, como decíamos al principio; tal el caso del leasing financiero mobiliario, el leasing operativo, el fideicomiso, etcétera.

En definitiva, lo que trata de hacer es agilizar los mecanismos que permanentemente crea la ingeniería financiera -las obligaciones negociables los fondos comunes, la securitización, etc.- en orden a generar un mercado de capitales genuino, con una base lo suficientemente amplia como para que realmente exista crédito y, dentro de lo posible, un crédito que resulte accesible de modo de facilitar la tarea de los constructores y de quienes desean acceder al mercado de viviendas.

La ley naturalmente da los instrumentos. No es una panacea universal. La creación del mercado de capitales y de una plaza en la cual sea accesible el crédito no es el resultado exclusivo de la voluntad de la ley. Es necesario que confluyan la voluntad de los operadores y las circunstancias macro y microeconómicas que permitan llegar a ese resultado. De todos modos la voluntad de la ley ha sido la de crear condiciones mínimas para que si las circunstancias macro y microeconómicas del mercado lo autorizan los operadores tengan a su disposición los elementos técnicos para poder aprovechar las oportunidades y realmente crear este mercado de capitales que en la Argentina todavía está ausente (aplausos).

ESC. HIRSCH.- De acuerdo con el procedimiento que hemos fijado estamos a disposición para recibir las preguntas que por escrito formulen. La primera de ellas dice: ¿Los cupones deben contener las especificaciones del art. 39 para ser identificados claramente? ¿No es pésima la redacción de la última parte del art. 39? ¿Cómo se entiende letras "escriturales"?

DR. RIVERA.- Suponemos que la reglamentación va a establecer en su momento qué deben contener los cupones, pero obviamente deben tener una clara correlación con la letra a la cual pertenecen para que el deudor pueda justificar el pago. De todos modos, si la letra prevé la emisión de cupones, la designación para el cobro del crédito dependerá de la tenencia del título circulatorio o de un cupón. Ese cupón debe tener clara correlación con la letra para después identificar cuál es el inmueble hipotecado, etc. Indudablemente el cupón debe contener un mecanismo o un modo de identificación o de correlación con la letra.

Con relación a las letras escriturales, no entiendo bien la pregunta. Obviamente puede haber letras escriturales como pueden existir acciones escriturales, obligaciones negociables escriturales o partes de interés de fondos comunes de inversión escriturales. En definitiva, lo que sucede es que el proceso de materialización del título es sustituido por la inscripción en un registro. Es la denominación corriente de los títulos que por desmaterialización se convierten en escriturales.

PREGUNTA.- ¿Qué sucede si el negocio causal presenta un capital variable además de una tasa variable? ¿Atentaría en el caso contra el principio de completividad alguna fórmula de variación que eventualmente sea admitida por la legislación vigente o futura?

DR. RIVERA.- Si lo admite la legislación futura puede ser, pero en la actual parecería que el capital tiene que ser una suma fija y determinada de dinero. No parecería que el capital pudiera fluctuar.

En este sentido, más allá de que, por supuesto, por la ley de convertibilidad, están vedados los mecanismos de ajuste o actualización, la ley exige -por remisión al sistema de la letra de cambio y del pagaré- que la letra contenga la promesa incondicional de pagar una suma cierta y determinada de dinero.

PREGUNTA.- ¿Es posible someter a un plazo previo de notificación el derecho del deudor a precancelar las obligaciones garantizadas con letras hipotecarias?

DR. RIVERA.- Me parece perfectamente posible porque forma parte de la reglamentación de los aspectos de derecho personal. La ley dice que el derecho es inderogable. Por supuesto que el plazo de preaviso no debe tener tal extensión que desnaturalice el derecho de precancelar. No se puede poner un año de preaviso por ejemplo, pero sí un plazo razonable. Creo que ningún tribunal diría que esto implica una derogación del derecho de precancelar.

PREGUNTA.- Solamente se puede omitir la emisión de cupones cuando las amortizaciones son variables. A criterio del expositor, ¿en qué consiste una amortización variable?

DR. RIVERA.- En la práctica comercial actual hay hipotecas o créditos en los cuales el deudor tiene derecho a cancelar el crédito en períodos generalmente extensos, que a lo largo de un año deben llegar a un determinado porcentaje. La idea es que el deudor pague, por ejemplo, en diez años. Es decir, que tiene que cancelar un 10 por ciento por año en pagos trimestrales. Estos pagos trimestrales pueden ser del 2.5 por ciento del crédito cada uno, o uno del 3, otro del 4, otro del 1.5 y otro del 1.5. La cuestión es que el deudor llegue a cancelar dentro del año el porcentaje convenido. No se trata de un porcentaje fijo de cancelación, sino que se trata de una facilidad que se da al deudor para amortizar en porcentajes con tal que cubra un determinado mínimo en un período de tiempo. Es un mecanismo muy utilizado en hipotecas en otros países.

PREGUNTA.- De declararse la nulidad de la letra, ¿qué pasaría con los efectos cumplidos?

DR. RIVERA.- En ese caso regirán los principios generales en materia de nulidades. Si lo que se anula es la letra y se han efectuado pagos en virtud de la letra, por empezar habría que ver si no han habido confirmaciones parciales. En principio daría lugar a que todo vuelva a la situación originaria, pero también volvería a la situación originaria el nacimiento del crédito fundado en la relación causal, con lo cual renace el derecho de quien ha celebrado el negocio jurídico fundamental a percibir el crédito que estuviese contemplado en la escritura hipotecaria.

PREGUNTA.- ¿Cómo operaría la caducidad de los plazos de letras posteriores, en el supuesto de no pagarse una letra de fecha anterior?

DR. RIVERA.- Normalmente hay una sola letra.

El deudor libra una letra por el importe de la obligación hipotecaria, que puede tener varios cupones en función de vencimientos de capital o de intereses, salvo que el título hipotecario sea fraccionado en diversas letras.

PARTICIPANTE.- La pregunta apunta a lo siguiente: en el supuesto de que se fraccionara la hipoteca en varias letras con varios cupones, ¿cómo ocurriría la caducidad que se opera normalmente en todas las hipotecas que se constituyen por el trámite actual?

DR. RIVERA.- Si uno quiere fraccionar el crédito hipotecario y, a la vez, fijar una cláusula de caducidad de plazo, habrá que fraccionarlo en distintos vencimientos. Ello es así porque si se establecen vencimientos sucesivos, no va a poder atar el incumplimiento de una letra anterior que cause la exigibilidad de letras posteriores, toda vez que cada letra es un título circulatorio en sí mismo y un crédito en sí mismo, que no tiene por qué estar vinculado al negocio causal o a las otras letras.

Si quiero fraccionar créditos de 100 pesos en cuatro, tendré que establecer cuotas de 25, y no 100 un año y 100 al año siguiente.

Tenía que ser un amigo el que hizo esta pregunta (risas).

PREGUNTA.- ¿Qué quiere decir en el art. 39 que el Registro interviene?

DR. RIVERA.- Que toma razón. Es decir, que pone una nota en el título circulatorio, al igual que en materia de pagarés hipotecarios lo prevé el 3202. La expresión creo que ha sido tomada casi a la letra de dicho artículo.

PARTICIPANTE.- Los pagarés hipotecarios los "plancha", no los interviene.

-Varios participantes hablan a la vez.

PARTICIPANTE.- La intervención implica una actitud registral.

Una cosa es que yo mande un pagaré hipotecario con determinados gastos y el Registro los "planche" y otra es que el Registro me intervenga un documento que le estoy dando.

Existen algunos problemas registrales de la ley que no los entiendo. Por ejemplo, el del segundo testimonio que se puede pedir directamente al Registro, tampoco podría hacerse, ya que el Registro no tiene elementos necesarios como para expedirlo.

DR. RIVERA.- No sé lo que hace el Registro en la práctica porque hace muchos años que no presento un pagaré hipotecario, pero el art. 3202 dice que los pagarés y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomados en cuenta. Si no me equivoco, esto significa que el registrador les pone la plancha y los firma.

PARTICIPANTE.- ¿Pero es lo mismo "planchar" que intervenir?

ESC. HIRSCH.- Ni el art. 3202 del Cód. Civil ni el 39 de la ley dicen "planchar".

DR. RIVERA.- La idea que se tuvo al establecer que los interviene es que el registrador firma el título circulatorio dejando constancia de que ha tomado nota de él en el Registro.

PREGUNTA.- Con relación a la pérdida, sustracción y/o inutilización de las letras, ¿se aplican las normas del Código de Comercio según estén emitidas al portador o nominativas?

DR. RIVERA.- La letra es nominativa y se aplica la regla de la cancelación.

PREGUNTA.- ¿Resulta necesario inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble los distintos endosos? Si la respuesta fuera positiva...

DR. RIVERA.- No. Los endosos no se inscriben.

PREGUNTA.- En caso de ejecución de letras hipotecarias, ¿se requiere acompañar el testimonio de la escritura pública?

DR. RIVERA.- No. Claramente no.

PREGUNTA.- ¿Por qué no son nombrados los pagarés y sí únicamente las letras de cambio cuando éstas son difícilmente equiparables?

DR. RIVERA.- En realidad la ley remite a las disposiciones de la letra de cambio porque en el derecho argentino el pagaré no tiene un régimen autónomo. Tiene algunos pocos artículos que le son propios y después una norma que remite a las disposiciones de la letra de cambio. Por ello el cuerpo legislativo básico es el de la letra de cambio.

Es obvio, y así lo dijimos durante la exposición, que la letra hipotecaria responde a la estructura bilateral del pagaré y no a la trilateral de la letra de cambio. Con esto quiero decir que le serán aplicables las disposiciones que rigen para la letra de cambio en la medida en que respondan a esta naturaleza de instituto bilateral, entre comillas.

PREGUNTA.- El art. 37 parece no hacer distinciones y la novación parece extinguir la relación entre endosante y endosatario. Aclare, de ser posible, este artículo.

DR. RIVERA.- El art. 37 señala que la emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca. No lo dice respecto del endoso. Por otra parte recuerde que el endoso es sin responsabilidad. Si no fuera así, el endosante podría estar perseguido por una acción cambiaria o causal que lo inhabilitaría para cualquier posibilidad de endoso.

PARTICIPANTE.- Allí se dice que no hay responsabilidad de endoso. Entonces, Si no hay...

DR. RIVERA.- No dice eso, sino que el endoso es sin responsabilidad. Este es un concepto claramente definido en la ley cambiaria.

Además, la relación originaria entre endosante y endosatario no es similar a la relación originaria entre librador y beneficiario. Es otra la relación. Es decir, entre endosante y endosatario se habrá celebrado un contrato de cesión de crédito o cualquier otro tipo de contrato en virtud del cual el endosante transmitió al endosatario una cartera o un paquete de créditos hipotecarios y la parte podrá dar por extinguida la relación fundamental por el

endoso. Pero si no fuera así, la relación fundamental entre endosante y endosatario no está novada.

De ninguna manera esa ha sido la intención del texto. Además, reitero que el art. 37 señala que lo que causa novación de la obligación garantizada por la hipoteca es la emisión de la letra hipotecaria.

PREGUNTA.- En el régimen especial de ejecución de hipotecas, la excepción que puede oponer el ejecutado de no haber pactado la vía elegida (art. 64, inc. c), ¿se aplica también a hipotecas sin emisión de letras o rige la reforma del 598?

DR. RIVERA.- Me están preguntando otra bolilla (risas). En cualquier hipoteca, haya o no emisión de letras, se puede oponer la excepción del art. 164, inc. c). En ambos casos dijimos que debía estar pactada la ejecución hipotecaria especial.

PREGUNTA.- ¿La posibilidad de ejecución extrajudicial existe también para las hipotecas que no se otorgan con el fin de financiar la vivienda o su construcción?

DR. RIVERA.- Sí. En realidad esto no estaba contemplado en el texto originario del proyecto porque justamente la idea era que la ejecución extrajudicial beneficiase exclusivamente a las hipotecas que se constituyesen dentro del mecanismo de financiamiento de la construcción, etc. Pero como la ley fue tomando vida propia y fue desbordando los límites originarios, en definitiva terminó acordándose a cualquier hipoteca en la cual se pacte. Es decir que cualquier obligación, por ejemplo un mutuo, que se garantice con hipoteca puede pactar esta vía y por lo tanto ejercer la ejecución especial. Muchos de ustedes podrán pensar que esto constituye un desborde del sistema. Es posible que así sea. Habrá que ver cómo funciona en la práctica la ejecución hipotecaria extrajudicial y si no se constituye en una fuente de abusos. Yo no trabajé demasiado en este tema; hubo otros profesionales que lo hicieron. Han tratado de establecer mecanismos de control o de limitación, incluso poniendo contrabalances en beneficio del deudor, pero habrá que ver cómo funciona en la práctica.

PREGUNTA.- Parece ser bastante compleja la elaboración de la letra hipotecaria, ¿no sería prudente que se elaborara un modelo guía o formulario como oportunamente se hizo con los pagarés?

DR. RIVERA.- Yo creo que sí; en realidad los formularios de los pagarés prendarios están reglamentados; los otros surgen de la invención de las librerías. Pero creo que probablemente en esta materia a partir de las reglamentaciones y de las disposiciones técnico-registrales se va a llegar a un modelo uniforme de letras hipotecarias, y creo que sería deseable para apuntalar la seguridad del tráfico.

ESC. HIRSCH.- Tenemos muchas preguntas pero ya hemos abusado mucho del doctor Rivera y deberíamos liberarlo...

DR. RIVERA.- No tengo ningún inconveniente en continuar (aplausos).

PREGUNTA.- Para ejecutar una letra hipotecaria por caducidad del plazo ante el incumplimiento de mantener la cosa asegurada contra incendio, ¿no sería necesario además probar el incumplimiento? En ese caso, ¿no se atenta contra el principio de autonomía?

DR. RIVERA.- Es cierto. Aquí hay que probar un acontecimiento que es absolutamente ajeno al vencimiento, que en principio es lo único que tendría que habilitar la ejecución de la letra cambiaria. Estoy absolutamente de acuerdo.

PREGUNTA.- El cambio del lugar de pago sólo tiene efectos entre el que notifica y el deudor. Si se transmite la letra, ¿se vuelve al lugar de pago original?

DR. RIVERA.- Aunque la letra se transmita sigue siendo el mismo mientras no se le notifique al deudor el cambio del lugar de pago.

PREGUNTA.- ¿Qué pasaría cuando hay varias letras garantizadas con una hipoteca sobre un mismo inmueble? ¿Cómo se ejecuta y qué garantías tienen las restantes?

DR. RIVERA.- Si hay varios coacreadores hipotecarios -puede haber varios cupones- sucede exactamente lo mismo que con cualquier crédito hipotecario o cuando ha habido emisiones de pagarés hipotecarios que han circulado. Cada uno de los acreedores hipotecarios puede promover la ejecución y naturalmente deberá tratar de citar a los restantes coacreadores hipotecarios para que hagan valer sus derechos sobre la cosa hipotecada.

PREGUNTA.- ¿El problema de la cancelación anticipada o del incumplimiento se podría solucionar al preverse la forma en que nuevos créditos hipotecarios o letras hipotecarias reemplacen a los caídos o cancelados?

DR. RIVERA.- Esto ya no es algo que tenga que ver con la letra hipotecaria sino con el régimen del procedimiento de securitización. Usted puede prever que en el fondo sobre el cual se emiten los títulos que se van a ofrecer en oferta pública puedan ser reemplazados o incorporarse nuevos títulos. Por eso se someterá a las reglas de la securitización o de los fondos comunes, etc. Evidentemente es posible reemplazar títulos o incorporar nuevos en ese caso.

PREGUNTA.- Las letras se transmiten por endoso nominativo con indicación del nombre del endosatario y la fecha del endoso sin responsabilidad del endosante. ¿Pero se puede pactar expresamente que el endosante asuma responsabilidad? ¿Este pacto en contrario es válido?

DR. RIVERA.- En materia cambiaria no es válido. No pueden insertarlo en la letra de modo de decir que puede haber una acción de regreso del endosatario respecto del endosante. Este pacto no podría hacerse valer. Sí son eficaces otros endosos o los endosos impropios, como el endoso en procuración. Este no está prohibido.

PREGUNTA.- ¿Cómo se libera el deudor que al vencimiento del plazo concurre al lugar de pago que le fuera notificado, donde se le comunica la transmisión de la letra a otro que no puede ubicar?

DR. RIVERA.- Ahí tiene el procedimiento de la consignación cambiaria regulado en el art. 45 del decreto-ley 5965, que es un procedimiento que incluso no tiene forma de juicio. Es un mero depósito del importe ante el juez del lugar.

ESC. HIRSCH.- Sólo una pregunta más que realizo a título personal, ya que a lo mejor puedo haber entendido mal.

Cuando se emiten letras hipotecarias ¿debe necesariamente utilizarse el procedimiento de ejecución establecido en el Título IV?

DR. RIVERA.- Es necesario que se pacte expresamente.

ESC. HIRSCH.- Sólo nos queda reiterar nuestro agradecimiento al doctor Rivera por su participación en esta reunión (aplausos).