

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LOS PAGARÉS HIPOTECARIOS (Algunos de sus aspectos teóricos y prácticos)

OMAR ANDRÉS ASCUA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. INTRODUCCIÓN

Indudablemente, estamos en presencia de un instituto que enfrenta dos valores igualmente trascendentes de la axiología jurídica, la seguridad y la celeridad, y que, congruentemente con la hibridez que en tal sentido lo caracteriza, toma elementos de figuras negociales naturalmente creadas y desarrolladas en disciplinas o ramas jurídicas que, generalmente, dan preponderancia a uno sobre el otro.

No es casualidad, entonces, que cuando comercialistas y civilistas - de tales ramas jurídicas se trata - estudian instituciones que, como la que estamos estudiando, tienen puntos de contacto en sus respectivas especialidades, se provoquen posiciones doctrinarias irreconciliables y, lo que es peor aún y como consecuencia de tal mentalización, pronunciamientos judiciales encontrados que matan en estado embrionario institutos jurídicos que nacen con el signo que nacen todos: el de su necesidad social.

Muchos ejemplos podemos enumerar de negocios o figuras del derecho que han pasado y pasan por esas vicisitudes, pero uno de los más lamentables es precisamente el del pagaré hipotecario al que, nos animamos a afirmarlo, solamente le falta asunción y desarrollo normativo - legal para que adquiera vigencia práctica y cumpla la función económico - jurídica para lo que fue concebido.

Y este pesar no es nuestro y de ahora. Cámara nos enseña que el pagaré hipotecario es conocido y admitido expresamente en el derecho comparado, y aun cuando los cuerpos legales ignoran esta figura, la doctrina la ha desarrollado otorgándole caracteres y elementos que le brinden una fisonomía extremadamente peculiar al entrelazar principios cambiarios e inmobiliarios. Y pone en evidencia la discordancia axiológica apuntada cuando dice: "armonizando la fácil negociabilidad del crédito con la individualización del titular para no afectar al deudor que debe satisfacer la obligación"(1)(503).

Destacan también su importancia práctica en el campo económico, autores como Colombo(2)(504), Pelosi(3)(505), y muchos otros, cuyo pensamiento ha quedado resumido en el despacho producido por la Comisión II de la VII Jornada Notarial Bonaerense que trató el tema, y especialmente por las palabras de García Coni que le atribuye importancia capital en las operaciones de ahorro y préstamo cuando dice: "...se aumenta el mercado de capitales atenuando el efecto del plazo fijo y subdividiendo el crédito entre pequeños ahorristas"(4)(506).

Y nos aventuramos a opinar que solamente hace falta la recepción legal del instituto, porque la doctrina - en especial los notarialistas, aceptando el reto de Pelosi(5)(507)-, si bien no ha agotado el tratamiento de todos los aspectos de su problemática, se ha preocupado por el estudio de los más importantes con mentalidad práctica y constructiva. Ello, a no dudarlo, es básico para la labor jurisprudencial y legislativa, y de allí nuestro optimismo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Seguidamente y tratando de seguir el ejemplo de quienes nos han precedido en esta tarea, pasaremos al tratamiento de algunos de dichos aspectos.

II. a) EL PAGARÉ HIPOTECARIO: NOCIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

No se efectúa ningún esfuerzo lógico - conceptual para comprender a primera vista que estamos en presencia de un instituto perfectamente conocido en el ámbito notarial, en cuanto a sus elementos conceptuales, naturaleza y caracteres: el pagaré. Hay que agregarle a su noción, para perfilar la figura compleja que estudiamos, un elemento básico y que le otorga un color particular y efectos singularísimos: La garantía hipotecaria teórica constituida en seguridad de la obligación contraída por cualquiera de los obligados cambiarios que en tal carácter han suscripto el pagaré.

Y destacamos esta aclaración en forma previa porque por la forma de ser tratado el tema por todos los autores cuyos trabajos conocemos, pareciera que la garantía real solamente pudiera constituirse en seguridad de la obligación del librador, y ello no surge de norma legal alguna ni de un enfoque conceptual correcto. De cualquier manera, dejaremos de lado un desarrollo pormenorizado de la distinción efectuada, para tratar los temas y aspectos comunes a todas las obligaciones cambiarias emanadas del pagaré.

En tal sentido, y siguiendo con la noción que pretendemos perfilar, podemos afirmar que es ese elemento real, inmobiliario, con sus caracteres particulares, el que hace poner en crisis la noción del pagaré que conocemos en su manifestación simple. Ello hace necesario estudiar a éste, aunque someramente por conocido, y comprobar luego en qué medida y con qué alcances ese elemento real se constituye en extraño y perturbador.

Con respecto al concepto y caracteres del pagaré, la doctrina es pacífica. Muñoz, citado por Pelosi(6)(508), lo define como "el título valor de contenido crediticio de dinero en virtud del cual el suscriptor o librador promete pagar incondicionalmente a la fecha de su vencimiento una determinada cantidad de dinero al tenedor". Es como dice Messineo, una atribución patrimonial, una promesa de pago(7)(509), que cumple una función crediticia, en tanto y en cuanto con su libramiento, el suscriptor trata de conseguir crédito, es decir, trata de cambiar deuda presente y exigible por obligación de cumplimiento futuro. Esta es la noción normal del pagaré y su función práctica y económica más común, pero no la única como lo destaca Messineo con la genial sistemática que lo caracteriza(8)(510).

Los caracteres que conforman la naturaleza del pagaré, citados y sistematizados por la inmensa mayoría de los especialistas en la materia, son:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Necesidad. Significa que el pagaré en su aspecto documental, físico - material, es un elemento esencial de su existencia. El derecho que representa el documento no existe sin él.

b) Literalidad. Expresa que la naturaleza, extensión y modalidad del derecho del tenedor del documento se rigen exclusivamente por las expresiones literales de su grafía.

c) Autonomía. Manifiesta la circunstancia de que cada poseedor del documento queda totalmente desvinculado de la situación jurídica que correspondía al trasmittente.

d) Completividad. El pagaré es completo en el sentido de que el tenor literal del documento no puede completarse con otras.

e) Solemnidad. El pagaré es un negocio jurídico formal y de forma tasada por la ley. Si no se dan los requisitos mínimos que exige la ley, el documento no constituye pagaré.

f) Legitimidad. La posesión del documento origina legitimidad activa para quien lo detenta, ya sea como adquirente en virtud de un endoso completo o en blanco, convirtiéndolo en acreedor de la promesa de pago que representa.

g) Abstracción. Como se dejó entrever al tratar sintéticamente la función económica primordial del pagaré, su libramiento tiene en la gran mayoría de los casos un nexo causal con un negocio o relación jurídica preexistente, simultánea o futura que le sirve de base, y como consecuencia de la cual el librador es, se convierte o será, sujeto pasivo de una obligación de dar suma de dinero a favor del primer acreedor o tomador del pagaré. O sea que su libramiento presupone - no necesariamente debe existir al momento de constituirse entre librador y primer tomador - una relación extracartular de deuda que nace ordinariamente de un contrato y que depende de un negocio de crédito, generalmente una compraventa a término o un mutuo. Pues bien, la abstracción del pagaré significa que la promesa de pago que contiene, se desvincula totalmente de la suerte que corra la relación fundamental y extracambiaria(9)(511).

Más ampliamente aún, la abstracción significa que, ya sea que el pagaré se libere con una finalidad de cumplimiento (pro soluto), función accidental del pagaré en la práctica, o con la finalidad de reforzar el crédito nacido de la relación fundamental (pro solvendo), implica para el deudor únicamente la obligación de pagar una suma de dinero contra la presentación del documento, pero el título jurídico por el cual tal pago se efectúa o promete es totalmente indiferente y no declarado. Ese título, que puede ser cualquier relación atributiva de crédito (compraventa a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

plazos, mutuo, fianza, donación, garantía personal, etc.), y ser preexistente, simultánea o futura con relación al momento del libramiento del pagaré, origina situaciones y relaciones jurídicas con respecto a las cuales el tenedor del pagaré, acreedor legitimado por su tenencia, deviene tercero extraño, no pudiendo asumir las obligaciones y derechos que emanen de ella.

Estos caracteres, que conforman el llamado "rigor cambiario", significan una especial sistematización de la obligación extracambiaria que, una vez documentada en el pagaré, deja de estar regida por el derecho común, se aparta momentáneamente de él, y pasa a ser regida por el derecho cambiario, dominado por los principios y caracteres esbozados. Así, por ejemplo, de un contrato de compraventa de inmueble surge la obligación de entregar la cosa a cargo del vendedor y para el comprador, la obligación de pagar el precio, entre otras; y son obligaciones regidas por el derecho común - el Derecho Civil en este caso -, y en caso de incumplimiento por parte del comprador de pagar el precio, el vendedor o acreedor tiene la posibilidad de iniciar la acción judicial correspondiente, en la que se ventilarán todas las cuestiones relativas al contrato, como las nulidades formales, la ilicitud de la causa o el objeto, el incumplimiento o cumplimiento parcial o defectuoso de la entrega de la cosa por parte del vendedor, etc. Pero, si para evitar todos estos inconvenientes, el comprador documenta el saldo o el total del precio adeudado en pagaré, la obligación sale del ámbito del derecho común en que nació o a que pertenece originariamente y pasa a regirse por la sistemática del derecho cambiario.

El primer interrogante que surge de la comprensión de esta especie de traspaso o transformación de sistema a que se somete la obligación, es si, como consecuencia de la creación del pagaré, la obligación subyacente queda borrada, extinguida, o si, por el contrario, ambas coexisten.

Siguiendo la sistematización de Dassen, mencionaremos las principales posiciones doctrinarias al respecto(10)(512).

A) Teoría de la novación. Para esta posición doctrinaria, con la emisión de la cambial la relación fundamental desaparece con todos sus accesorios, garantías reales y personales, y es reemplazada totalmente por el vínculo cambiario. En esta línea de pensamiento, el pagaré tendría función, no solamente de documento, sino y fundamentalmente de instrumento probatorio del cambio, constituyéndose en un subrogado de la moneda. En una palabra, el libramiento del pagaré equivale al pago.

B) Teoría del cambio en la relación fundamental. Para ella la relación fundamental no se extingue sino que cambia de forma. El libramiento del pagaré, si bien no produce novación, tampoco crea una nueva obligación; la obligación primitiva se traslada al pagaré con todos sus accesorios, asumiendo nueva forma y sometiéndose por voluntad de las partes al régimen cambiario, o sea que, si bien no se extingue la relación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

originaria, ella solamente puede ser exigida mediante la acción surgida del pagaré. Se explica conceptualmente diciendo que los derechos emergentes del pagaré y de la obligación originaria corresponden a una sola y única relación y que solamente pueden ser exigidos simultáneamente bajo la forma cambiaria. Explicando sus efectos prácticos, se dice que si el tomador diera recibo por la obligación principal u originaria, éste tendría validez solamente en el caso de que el pagaré se hiciera efectivo.

C) Teoría de la coexistencia de ambas obligaciones. Según se aprecia, es la antítesis de la anterior. Para ella, la creación del pagaré es un acto jurídico que comprueba la creación de una obligación a cargo de aquellos que lo suscriben, la que viene a agregarse a la antigua. No hay nada de extraño en que el acreedor tenga dos acciones con relación a una misma deuda. En la expresión italiana de la teoría, Benelli entiende que el libramiento de la cambial significa un pago condicionado o pro solvendo; la primera relación no se extingue pero su ejercicio queda en suspenso hasta que se extinga la acción cambial. Si ésta se paga, ambas relaciones se extinguen; en caso contrario el acreedor puede elegir entre la acción causal y la cambial con la posibilidad de que cada una sobreviva a la otra. Indudablemente, en ésta como en las demás teorías se encuentran variantes de matices. En este sentido, y fieles a la síntesis propuesta, solamente diremos que incluimos en esta teoría a Messineo, para quien el libramiento de la cambial tiene como función práctica y económica primordial el reforzamiento del crédito originario, es decir, que acepta y sostiene la coexistencia de ambas obligaciones, pero reconoce una especie de beneficio de excusión a favor del deudor, en tanto y en cuanto el acreedor debe petitionar el pago de la obligación a través de la cambial, y recién, luego de hacerlo sin resultado o con resultado incompleto, podrá ejercitar la causal. Ambas acciones coexisten y se influyen en el sentido de que la extinción de la acción causal no hace sobrevivir la cambial(11)(513).

Solamente hasta aquí llega nuestro interés en la exposición doctrinaria respecto de las relaciones originadas por el libramiento de la cambial, a fin de ubicarnos en el sistema adoptado por el derecho patrio. Claro está que nos referimos al sistema legal, dado que la voluntad de las partes pueden dar la función económico - práctica que deseen al libramiento del pagaré.

El Código de Comercio no resolvió el problema, pero la doctrina se inclinó por la tesis de la coexistencia, aplicando el art. 813 del Código Civil, cuando expresa: "Si el acreedor que tiene alguna garantía particular, o privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscriptos en pago de la deuda, no hace novación de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación". También el art. 812 es aplicable a la situación jurídica que nos ocupa. Pero si de la redacción de ambos artículos y de los términos de la nota al primero de ellos, la doctrina ha percibido alguna luz respecto del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rechazo de la teoría de la novación, entendemos nosotros que de ninguna manera nos contestan el interrogante sobre el tema de la coexistencia(12)(514).

En cambio sí es claro y terminante el art. 61 del dec. - ley 5965/63, que desde el 19 de julio de 1963 regula legalmente este instituto, y no solamente aclara la adopción del sistema de la coexistencia, sino que se refiere concretamente a la variante propuesta por Messineo. Dice así: "Si de la relación que determinó la creación o la transmisión de la letra de cambio derivara alguna acción, ésta subsiste no obstante la creación o la transmisión de la letra, salvo si se prueba que hubo novación. Dicha acción no puede ejercitarse sino después de protestada la letra por falta de aceptación o de pago. El portador no puede ejercitar la acción causal sino restituyendo la letra de cambio y siempre que hubiera cumplido las formalidades necesarias para que el deudor requerido pueda ejercitar las acciones regresivas que le competen".

Si asociamos los términos de la segunda parte del artículo con los caracteres de necesidad, legitimidad, literalidad, etc. del pagaré, y la naturaleza constitutiva y dispositiva de su elemento material, advertiremos claramente la verdad de nuestro aserto.

Pues bien, la noción de la figura compleja que buscamos se completa con la constitución del derecho real de hipoteca que cualquiera de los obligados cambiarios o un tercero efectúan en seguridad de la obligación que asumen.

La veremos seguidamente en su expresión sintética.

II. b) REQUISITOS CONSTITUTIVOS

Una sola norma legal del Código Civil nos habla del pagaré hipotecario en todo el derecho positivo argentino, y es el art. 3202, ubicado en el capítulo correspondiente a la cancelación de las hipotecas y dice: "Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmadas por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario; y con ellos el deudor o un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde se derivan esos instrumentos".

El primer interrogante que plantea el artículo es si la obligación garantizada debe tener necesariamente el plazo de vencimiento dividido en dos o más cuotas, por cuyos importes y vencimientos se librarán los pagarés o si, por el contrario, puede librarse un solo pagaré por el total de la deuda y con vencimiento único o varios pagarés con igual vencimiento. La interpretación gramatical de la norma nos induce a sostener el primer criterio, pero un comportamiento hermenéutico congruente nos lleva a desechar dicho sistema y a opinar, coincidentemente con la mayoría de los autores, que no hay razón

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valedera para sostener que únicamente cuando el plazo es divisible o dividido, se pueden librar pagarés hipotecarios(13)(515).

Seguramente Vélez, al redactar el artículo, pensó en el caso más corriente por el cual se libran pagarés para documentar una deuda. Pero es que, como ya se ha dicho, su emisión no sólo facilita el fraccionamiento del crédito, sino también y fundamentalmente su fácil negociabilidad. Por otra parte, no deben sacarse conclusiones referidas a un negocio que dicha norma no regula, cual es la relación fundamental. Sabiamente, Vélez deja que los requisitos y elementos de ella sean regulados por las instituciones legales respectivas, legislando en el artículo citado lo único que podía legislar al respecto: los requisitos y efectos registrales de la figura que analizamos; nada más.

Y precisamente del ámbito registral es otro de los requisitos constitutivos mencionados por la mayoría de los autores. En este sentido se entiende que del texto del artículo transcrito surge la inscripción registrada como exigencia formal ad solemnitatem del pagaré hipotecario y ello haría incurrir a Vélez en una incongruencia con el sistema de constitución y transmisión de derechos reales adoptado(14)(516).

Mucho se ha repetido y demostrado en relación al carácter declarativo de nuestros Registros, y ya hemos dicho que Vélez no fue más allá de lo que tenía que legislar en este artículo. En efecto, la exigencia de la firma del "anotador de hipotecas" y la necesidad de que éste haga constar la fecha del negocio constitutivo del gravamen real, no son más que resguardos en cumplimiento del principio de autenticidad registral, al efecto de proceder a la inscripción de la cancelación de la hipoteca; en una palabra, requisitos que le permitirán individualizar perfectamente los pagarés librados en documentación del crédito garantizado con la hipoteca que se pretende cancelar.

Los requisitos y efectos de la hipoteca se legislan en los capítulos correspondientes, y en este sentido es útil destacar nuevamente el carácter declarativo de la inscripción registral, expresamente establecido por los artículos 2505, con relación a todos los derechos reales inmobiliarios, y 3135, 3136, 3149 y 3150, todos del Código Civil, con referencia específica al derecho real de hipoteca. Y para ir al terreno de las hipótesis concretas preguntamos: ¿Podría el deudor - librador, en el proceso de ejecución hipotecaria seguida por el tomador o un endosatario o cesionario, oponer la nulidad de la obligación por falta de inscripción? Evidentemente no. Y el art. 3135 citado es terminante hasta en su terminología cuando dice: "La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción. . ." En efecto, ¿cómo hablar de constitución de hipoteca si le faltara un requisito constitutivo? Y el párrafo siguiente da el exacto alcance de la inscripción: El gravamen constituido al que le falte el requisito de la publicidad registral, es inoponible al tercero perjudicado de buena fe, y en tanto y en cuanto lo perjudique.

En síntesis, entonces, los requisitos constitutivos del pagaré hipotecario están dados por los capítulos correspondientes del Código Civil en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relación a la hipoteca, y del dec. - ley 5965/63 para el pagaré.

II. c) TRANSMISIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

Este es uno de los temas que ha provocado grandes controversias doctrinarias y jurisprudenciales, por la oposición de principios inmobiliarios y cambiarios respecto a la forma y efectos de la circulación de los bienes.

Sabido es que el pagaré es naturalmente endosable, es decir, fue ideado y construido para su fácil transmisibilidad por medio del endoso. Ello surge además en nuestro derecho positivo, de toda la economía de su regulación a través del decreto - ley citado.

Los créditos más comúnmente garantizados con hipoteca, generalmente de carácter civil, por el contrario, se transmiten mediante un acto jurídico más lento y de mayores exigencias formales: la cesión de créditos, que en la específica situación que tratamos debería estar contenida en escritura pública por aplicación del artículo 1184 inc. 9º del Código Civil.

Esta influencia ha hecho pensar a algunos autores que la hipoteca no puede transmitirse mediante el endoso(15)(517).

Indudablemente, como lo destaca Pelosi, se pierde de vista el carácter accesorio de la hipoteca con relación al crédito, del cual es inseparable, y la ley consagra su transmisibilidad cuando éste se transmite (arts. 1458, 3877, 3417, 3786, 771 del Cód. Civil)(16)(518).

Pero combinando los términos de los arts. 1456 y 1458 ello es terminante. Dice el primero: "Cuando la cesión fuere hecha por instrumento particular, podrá tener la forma de un endoso; mas no tendrá los efectos especiales designados en el Código de Comercio si los títulos del crédito no fueren pagaderos a la orden". La interpretación a contrario sensu de esta norma, que debiera trasladarse al Código de Comercio, permite concluir que el endoso de los títulos de crédito pagaderos a la orden - los pagarés en nuestro caso - tienen el efecto traslativo que le asigna, y cuyas consecuencias principales se determinan en la segunda norma citada, que expresa: "La cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviere bajo firmas privadas, y todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, con la facultad de ejercer que nace del crédito que existía".

Y esto termina la polémica, porque aun cuando por concesión de hipótesis se aplicara el régimen de cesión de créditos esquematizado por el Código Civil para la transmisión del pagaré hipotecario, de su hermenéutica correcta surge que el endoso es la forma indicada.

Pero más interesante es el tratamiento del alcance de tal transmisión y los requisitos del endoso para que tal efecto se produzca.

El primer punto plantea el interrogante de si con el endoso de los pagarés hipotecarios se transmiten ciertas cláusulas del contrato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipotecario, como la de que en caso de falta de pago de una cuota han de caducar todos los plazos acordados, pudiendo ejecutarse la garantía por el total de la deuda, etc. Una respuesta afirmativa otorgaría un margen de seguridad trascendente a la negociación de estos papeles, pero a ello se oponen los caracteres de abstracción, literalidad y completividad que los informan y que, precisamente, diferencian al endoso con la cesión de créditos.

Por eso, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que estas cláusulas solamente pueden transmitirse por cesión del crédito originario. De lo contrario, los tenedores de pagarés no vencidos deben esperar el vencimiento de los mismos para demandar su pago(17)(519).

Pero la tesis contraria tampoco deja de tener sostenedores en la doctrina y jurisprudencia(18)(520), e inclusive, se sostienen posiciones eclécticas que entienden que con el endoso se transmiten ciertas cláusulas del contrato hipotecario y otras no(19)(521).

Atendiendo a los caracteres cambiarios someramente expuestos, no tenemos dudas de que la posición de Pelosi, expositor de la primera tesis, es la exacta (op. cit., pág. 36). No se comprende cómo podría el tenedor del pagaré no vencido, aprovechar condiciones de una obligación para la cual es tercero extraño. Y en la situación inversa, el deudor no podría hacer valer contra el tercero poseedor de un pagaré hipotecario las cláusulas sobre descuentos, prórrogas o demás pactos favorables a su situación, porque para éste, tal relación es un res inter alios acta, por aplicación del principio de autonomía de las obligaciones cambiarias, consagrado expresamente por el art. 18 del decreto - ley 5965/63.

El autor citado hace una notable diferenciación entre aquellas cláusulas que son inherentes a la relación fundamental establecida entre deudor y acreedor originario (mutuo, saldo de precio, donación, garantía, etc.), y aquellas que hacen a la garantía real y a las seguridades establecidas para hacerla efectiva. El criterio distintivo es una pauta de necesidad. Así, la cláusula penal, los intereses punitivos, la mora automática, la caducidad de los plazos, etc., son inherentes a la obligación y hacen a la regulación del crédito, con prescindencia de que esté o no garantizado con hipoteca. En cambio la base del remate, la designación de martillero, etc., regulan la efectividad de la garantía y como accesorios inseparables, se transmiten con ella(20)(522).

Como ya adelantáramos, la tesis sostenida contiene un grado de inseguridad para el tráfico cambiario, pero como la no transmisibilidad de tales derechos o privilegios se basa en la naturaleza no cartular de los mismos, se ha propuesto convertirlos en cartulares mediante la transcripción de las cláusulas que los contienen en el tenor literal de los pagarés. En este sentido, Martínez Segovia ha realizado un insuperable trabajo de técnica de redacción escrituraria que, como experiencia piloto, nos advierte además de los inconvenientes prácticos y económicos surgidos, los que pueden servir de base para intentar las soluciones legislativas adecuadas(21)(523).

La situación de los terceros poseedores de pagarés hipotecarios no debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

verse tampoco como desventajosa, si consideramos las garantías y privilegios que les acuerda el régimen legal de la hipoteca. Efectivamente, los arts. 3157 a 3161 establecen la posibilidad de demandar la caducidad del plazo acordado en caso de que el deudor realice actos de desposesión material o jurídica que tengan como consecuencia disminuir el valor de la garantía, como solicitar las medidas tendientes a asegurarla. Y el art. 3934, ubicado en el capítulo de los privilegios, otorga preferencia a los acreedores hipotecarios sobre los inmuebles gravados.

El segundo interrogante nos plantea el tema de los requisitos que debe reunir el endoso para producir el efecto traslativo que nos ocupa. Por supuesto que descartamos los requisitos formales exigidos por la ley.

Hay doctrina en el sentido de que es indispensable la atestación notarial con la autenticación de firmas y su inscripción en el Registro de Hipotecas en forma marginal a la inscripción originaria, con designación del nombre y domicilio del endosatario(22)(524). Evidentemente, tales exigencias no surgen de la ley, pero no se nos escapa la utilidad de tal procedimiento, sobre todo el de la inscripción con las determinaciones aludidas, lo que permitiría la inmediata individualización de los acreedores, con las consecuencias prácticas consiguientes en cuanto a la prevención de la mora, la citación personal en caso de ejecución por parte de los tenedores, el pago anticipado en la hipótesis de venta del bien gravado, etc.

Desde el punto de vista práctico, el procedimiento es objetable actualmente, porque quitaría agilidad a la negociación; pero con un sistema registral moderno y cuya legislación sea previsoramente en cuanto a las exigencias que tornan útil y segura la circulación de estos papeles, ese obstáculo sería fácilmente salvado.

Pero cabe preguntarse si, dada la orfandad legislativa que se padece al respecto, no podrían pactarse estas disposiciones reguladoras de la seguridad en todo el ciclo de la negociación del crédito, y qué naturaleza y alcances tendrían tales cláusulas en cuanto a validez y eficacia.

Martínez Segovia no ha dudado en el valor jurídico de ellas, y en el esquema citado incluye la posibilidad de transmitir la garantía real por endoso, el reconocimiento de los endosarios en su calidad de acreedores por parte del deudor, los requisitos formales del endoso en cuanto a individualización del endosatario y su inscripción registral como forma solemne pactada para que dicha transmisión se opere. Estas y otras cláusulas reguladoras de la relación jurídica se transcriben en los pagarés hipotecarios por aplicación de los principios cambiarios expuestos(23)(525).

Indudablemente, la posibilidad de endosar pactada tiende a evitar una solución jurisprudencial contraria y significa una renuncia del deudor a oponer la falta de notificación o aceptación, renuncia perfectamente eficaz por el carácter patrimonial del derecho renunciado y la circunstancia de estar concedido en el interés particular del deudor y no haberse prohibido tal renuncia (art. 19 del Código Civil).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En cuanto a los requisitos formales del endoso para que produzca los efectos traslaticios citados, sabemos que las exigencias formales requeridas por la ley son mínimas, y que las partes pueden pactarlas con mayores rigorismos, subordinando a su cumplimiento la validez y eficacia de sus negocios.

Es indudable que la mayor seguridad en este aspecto la ha de dar una legislación registral que recepte las inquietudes doctrinarias reseñadas, para cuya concreción nuestra provincia (Entre Ríos) está en inmejorable situación, por la inminencia de la reglamentación de la Ley Nacional Registral N° 17801, oportunidad que no debe desaprovecharse, y por la descentralización burocrática que caracteriza a nuestros Registros de la Propiedad, tan beneficiosa para concretar la agilidad ansiada.

II. d) CANCELACIÓN

Siguiendo con la biología del instituto, no nos avergonzamos en repetir conceptos ya vertidos por quienes nos han precedido en su tratamiento: Aquí tenemos una de las ventajas más trascendentes de la utilización del pagaré hipotecario, por la agilidad que presenta su esquema regulador de la cancelación del crédito. Veamos sus elementos:

En cuanto a legitimación activa, el art. 3202 del Código Civil es terminantemente claro al respecto. Dice: "...y con ellos (los pagarés), el deudor o un tercero cuando estuviesen pagados en su totalidad, pueden pedir la cancelación de la hipoteca..." Es notable la aplicación exacta del principio cambiario de la legitimación y del carácter dispositivo del pagaré que ha hecho Vélez Sársfield en esta norma, coincidente con el art. 878 que, refiriéndose a la remisión como modo de extinguir las obligaciones, la presume cuando el deudor está en poder del documento que la contiene.

Se ha dicho que la posibilidad de cancelar la hipoteca por parte del deudor o un tercero, con la sola tenencia del o los pagarés y su presentación al Registro, contraría los principios de convencionalidad y autenticidad formal consagrados en los arts. 3199 a 3201 del Código Civil(24)(526).

Pero ello es más aparente que real, como pasaremos a demostrarlo. Pero en forma previa es preciso aclarar que el capítulo respectivo al que pertenecen estos artículos legisla sobre la cancelación de la hipoteca, que no es otra cosa que el acto jurídico - registral de dar de baja la inscripción del gravamen, que no debe confundirse con la extinción de la hipoteca ni con la extinción del crédito garantizado.

También descartamos que el principio de convencionalidad es entendido en su expresión extradocumental, porque en caso contrario, la mayoría de las cancelaciones basadas en las escrituras de recibo y carta de pago que autorizamos serían improcedentes, dado que éstas representan un acto jurídico unilateral que, por mucho esfuerzo que realicemos, jamás será comprendido conceptualmente en la noción de convención. Y en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

este orden de ideas, así entendida la convencionalidad, ella no falta en la especie si atendemos a lo dispuesto por el citado art. 878 que dice: "Siempre que el documento original de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario".

Y en materia cambiaria, este principio es de un rigor tal, que se ha resuelto que el recibo, aun cuando haga referencia específica al crédito documentado en pagaré, no demuestra el pago de éste, que puede ser protestado a su vencimiento y ejecutado consecuentemente(25)(527).

En cuanto a la autenticidad formal, ya hemos dicho que el art. 3202 consagra precisamente una excepción a la norma del art. 3201, en mérito a los caracteres cambiarios que singularizan a esta figura. Si hasta los mismos términos utilizados por el codificador en el primero de ellos denotan ese significado cuando dice: "...el deudor o un tercero... pueden pedir la cancelación..." ¿Ello quiere decir, acaso, que pueden pedir al acreedor que otorgue la escritura de recibo a su favor? Evidentemente no. El concepto de cancelación perfilado y el efecto legitimante de la tenencia del pagaré demuestran lo contrario.

Por lo demás, ¿qué razón de existencia tendría dicha norma si no contiene tal significación? En efecto, para la interpretación contraria sería mejor que no existiera.

En este orden de ideas, entendemos que la garantía perseguida por la autenticidad registral no se ve menoscabada, porque, como apunta Lafaille, el Registro recibe documentos emanados de él mismo(26)(528). Por supuesto que en este aspecto, la legislación registral tiene muchas lagunas que llenar y la doctrina señala algunos requisitos formales de la inscripción que tiende a lograr una perfecta individualización de los documentos, la relación fundamental y la garantía hipotecaria. Por ejemplo, la necesidad de que la atestación del registrador relacione no solamente la fecha de la escritura, como pide el art. 3202, sino también el monto total del crédito y el rango hipotecario de la garantía constituida(27)(529).

También la atestación notarial tiene gran importancia para determinar perfectamente el nexo con la relación originaria, como asimismo para asegurar los beneficios de la autenticidad registral y ciertas consecuencias tributarias. Y ello, no solamente con relación a este tema de la cancelación, sino también, y en mayor medida, con respecto a la transmisibilidad de la garantía hipotecaria por endoso, si es que la necesidad de su inscripción tiene recepción legal o si, como exigencia formal paccionada, no es rechazada en los registros respectivos por falta de previsión legal.

III. CONCLUSIONES

A) Coincidimos con los autores que destacan la importancia del pagaré hipotecario en el ámbito económico social, dado que facilita el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fraccionamiento y la negociabilidad del crédito hipotecario, aumenta considerablemente el mercado de capitales y brinda seguridad y aliento a los pequeños inversores.

B) La hibridez del instituto, al combinar principios cambiarios e inmobiliarios, no ocasiona obstáculos insalvables, y los presentados por parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales son fruto de una excesiva especialización en las distintas ramas jurídicas, lo que provoca una ceguera lógico - jurídica, si se nos permite la expresión, cuya consecuencia es que cada especialista interpreta la realidad social, económica y jurídica basándose en las pautas axiológicas que informan su disciplina.

C) El concepto de pagaré hipotecario se integra con la noción de pagaré, en su expresión común, con sus notas y caracteres peculiares con relación al crédito común extracambiario, y la de su garantía hipotecaria, constituida en seguridad de cualquiera de las obligaciones emergentes del pagaré.

D) Con respecto a la relación existente entre el negocio causal y la obligación cambiaria, el decreto - ley 5965/63 adoptó el sistema de la coexistencia de ambas obligaciones, con la específica variante propuesta por Messineo, es decir, que la acción causal podrá intentarse luego de ejercitada la cambial sin resultado o con resultado incompleto.

E) A pesar de los términos del art. 3202 del Código Civil, sostenemos que pueden librarse tanto un solo pagaré hipotecario cuanto varios de igual carácter y un único vencimiento.

F) La inscripción registral de los pagarés hipotecarios tiene efectos declarativos, en consonancia con el sistema de constitución y trasmisión de los derechos reales adoptado por el derecho positivo patrio.

G) La obligación cambiaria y su garantía hipotecaria son transmisibles por endoso. El carácter accesorio de la hipoteca lleva directamente a esta inteligencia. Además, una interpretación armónica y sistemática de la normación de nuestro Código Civil con relación al régimen de la cesión de créditos, permite concluir que, respecto de los títulos de crédito pagaderos a la orden, el endoso es la forma transmisiva indicada.

H) Los caracteres cambiarios del pagaré impiden que se transmitan con el endoso las cláusulas inherentes a la obligación fundamental que no se transcriban en el tenor literal del mismo. No obstante ello, el endosatario, como acreedor hipotecario, goza de los derechos, acciones y seguridades que el Código Civil establece en su favor.

I) La atestación notarial y la inscripción registral del endoso no son exigencias formales determinadas legalmente como requisitos de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transmisibilidad de la garantía hipotecaria, a pesar de la gran utilidad que representan. Es conveniente entonces que sean previstas legalmente, tanto en lo que se refiere al derecho de fondo cuanto al de forma.

J) Esas exigencias formales pueden ser válidamente pactadas en el contrato originario y transcritas en el o los pagarés, dado que las partes pueden adoptar formalidades más rigurosas que las exigidas legalmente, en la formación de sus relaciones jurídicas.

K) La cancelación de la inscripción de los pagarés hipotecarios puede ser solicitada por el propio deudor a un tercero, con la sola presentación al registrador de la totalidad de los pagarés abonados.