

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PAGARÉS HIPOTECARIOS E HIPOTECAS CAMBIARIAS

JORGE HORACIO ALTERINI(*) (1089)

SUMARIO

I. Función e importancia en los ámbitos jurídico-notarial y económico argentinos. - II. Metodología expositiva. - III. Delimitación temática. - IV. Naturaleza jurídica. - V. Terminología. - VI. La movilización del crédito hipotecario: 1°) En el derecho comparado. 2°) En el derecho argentino y en los proyectos de reforma. Normas involucradas: en especial el art. 3202 del Cód. Civil y su fuente. Remisión. - VII. Pagarés. Definición y análisis: del Cód. Civil y su fuente. Remisión. - VII. Pagaré. Definición y análisis: ejercitar el derecho. 6°) Literal. 7°) Autónomo. 8°) Abstracto. 9°) Promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero. 10°) A persona individualizada o a su orden. 11°) Que circula comúnmente por doso. 12°) Concede al titular una acción cambiaria. 13°) Que puede dirigir contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente. 14°) Sujeta a prescripción. 15°) O caducidad. 16°) Ejecutable ante el fuero comercial. 17°) Acción causal. 18°) Acción de enriquecimiento. - VIII. Hipoteca. Definición y análisis: 1°)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Derecho real. 2º) Accesorio. 3º) Constituido por convención formal. 4º) En seguridad de un crédito estimado en una suma determinada de dinero. 5º) Sobre cosas inmuebles individualizadas. 6º) Que continúan en poder del constituyente. 7º) Naturalmente indivisibles. 8º) Que previa publicidad puede oponerse incluso a terceros interesados. 9º) Derecho de persecución. 10º) Derecho de preferencia. 11º) Extinción. 12º) Puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial. - IX. Pagaré hipotecario. Definición y análisis comparativo con el pagaré: 1º) Documento. 2º) Privado auténtico. 3º) Formal. 4º) Con intervención registral aun en las renovaciones. 5º) Incompleto. 6º) Necesario para ejercitar el derecho. 7º) Literal. 8º) Autónomo. 9º) Abstracto. 10º) Promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero. 11º) A persona individualizada o a su orden. 12º) Garantizado con derecho real de hipoteca. 13º) Que circula comúnmente por endoso. 14º) Concede al titular una acción cambiaria. 15º) Que puede dirigirse contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente. 16º) Sujeta a prescripción. 17º) O caducidad. 18º) Ejecutable ante el fuero civil. 19º) Acción causal. 20º) Acción de enriquecimiento. - X. Hipoteca cambiaria. Definición y análisis comparativo con la hipoteca: 1º) Derecho real. 2º) Accesorio. 3º) Constituido por convención formal. 4º) En seguridad de un crédito por una suma determinada de dinero. 5º) Sobre cosas inmuebles individualizadas. 6º) Que continúan en poder del constituyente. 7º) Naturalmente indivisible. 8º) Que previa publicidad puede oponerse incluso a terceros interesados. 9º) Derecho de persecución. 10º) Derecho de preferencia. 11º) Extinción. 12º) Puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial, o directamente ante el Registro con la presentación de los pagarés hipotecarios.

**I. FUNCIÓN E IMPORTANCIA EN LOS ÁMBITOS JURÍDICO-NOTARIAL Y
ECONÓMICO ARGENTINOS**

En la dinámica del crédito, que tantas proyecciones asume para los distintos ámbitos de la comunidad(1)(1090), "la expectativa de dinero futuro" que envuelve el pagaré(2)(1091), tiene características particulares cuando en su garantía se constituye un derecho real de hipoteca. El objetivo de movilizar el crédito hipotecario encuentra una herramienta eficaz en el pagaré hipotecario, tal cual lo revelan la doctrina judicial(3)(1092) y notarial(4)(1093), verdaderos intérpretes del derecho vivo.

No obstante lo expuesto, el juicio sobre la verdadera importancia y utilidad de este instituto no ha sido pacífico, bien que algunas de esas afirmaciones deban computarse cuidadosamente porque se remontan a cerca de una década, lapso insignificante para la historia de una sociedad, pero suficiente para que durante su transcurso pueda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modificarse la operatividad de una institución jurídica y ello aunque se mantenga inmutado el esquema normativo que le da sustento.

Según Allende "el pagaré hipotecario configura un instituto de antigua aplicación en la práctica notarial, caído en desuso en nuestro país, ha surgido sin embargo con vigor en la provincia de Mendoza"(5)(1094). Argeri Iriart nos dice que dichos pagarés "han caído en desuso" y que son de "carácter excepcional"(5bis)(1095), y Calandra y Smith que al no existir "poderosas razones de orden teórico y práctico. . . no se justifica. . . la exhumación de este tipo de documento"(6)(1096), y para Romero "por no existir uniformidad de criterio en doctrina y jurisprudencia acerca de la transmisión del pagaré hipotecario, su prescripción y demás modalidades que hacen a la vida del mismo, no puede jugar como un título de crédito que ofrezca todo tipo de garantía"(7)(1097) y es contundente Sanabria al expresar: "en cuanto a las ventajas, de acuerdo a la actual legislación, no las hay", aunque aspira a una reforma legislativa, con la cual el pagaré hipotecario adquiriría "un indudable valor"(8)(1098). En la línea tendiente a la modificación normativa debemos ubicar también a Glasman(9)(1099), Rodríguez(10)(1100), Yorio de Brusa(11)(1101).

En posturas que pretenden ser objetivas, Pelosi, importante artífice de la relativa difusión en la doctrina de esta temática, con miraje a la situación del obligado, advierte que "la principal ventaja, y acaso la única, que los pagarés hipotecarios reportan al deudor, proviene de que, una vez pagados, puede obtenerse la cancelación de la hipoteca de un modo expeditivo, sin depender de la voluntad del acreedor y libre de los riesgos o dificultades que nacen de su ausencia o fallecimiento"(12)(1102) y Bonfanti y Garrone puntualizan que "la hibridez de estos institutos, implica un retroceso (por lo menos en doctrina) en la marcha conceptual de los títulos de crédito, que dentro de determinados límites y con las necesarias precauciones pueden ser funcionables, sin perjuicio que el legislador, en fecha no lejana, salde su deuda normativa con la comunidad"(13)(1103).

Otros estudios se han mostrado firmemente partidarios de los pagarés hipotecarios. Entiende Vivanco que con determinados requisitos "puede considerarse como el instrumento de crédito más eficaz por la solidez de su garantía real y la agilidad de su negociación"(14)(1104). Expresa García Coni: "No dudamos que con un buen respaldo normativo se difundirán los pagarés hipotecarios y que éstos tendrán la virtud de evitar algunos problemas relacionados con la cesión de créditos como la inhibición del cedente o la ulterior presentación por el deudor de recibos de pagos adelantados, etc. Por otra parte muchas personas que hoy no colocan dinero en hipoteca para evitar trámites sucesorios a sus herederos, no tendrán inconveniente en dejar pagarés hipotecarios que pueden endosar en cualquier momento y sin requisitos previos"(15)(1105). Piensan Clariá, Fernández Sáenz y Scarano que "se trata de un sistema optativo que, hasta el presente, sólo ha ofrecido en nuestro derecho una dificultad si bien importante, perfectamente obvia"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la escritura: la caducidad de los plazos, pues las demás relativas a la transmisibilidad, prescripción, competencia, ausencia del acreedor, etc., son más bien originadas en la negligencia de las partes para ejercer las acciones legales que en defectos de la ley"(16)(1106). Es todavía más terminante Colombo: "Se advierte, por tanto la trascendencia que en la órbita de los negocios inmobiliarios y de los valores que le son inherentes es susceptible de alcanzar el sistema aludido. El acreedor se halla frente a la posibilidad de disponer del dinero dado en préstamo antes del vencimiento del plazo pactado para su devolución; le basta, para conseguirlo, negociar los documentos entregados por el deudor. Este, a su vez, con prescindencia de la escritura hipotecaria, puede ir disminuyendo paulatinamente su deuda al levantar esos documentos a medida que vayan venciendo. Las ventajas son evidentes para las dos partes, el prestamista y el prestatario, con notorias repercusiones sobre los terceros, que intervienen así, aunque sea de soslayo, en el círculo crematístico que entraña cualquier capital en giro"(17)(1107). En un reciente trabajo al aludir a la realidad mendocina dice Juárez de Zubía: "en nuestra provincia tienen gran difusión estos instrumentos de crédito, que son fácilmente negociables y son preferidos ante todo otro tipo de título circulatorio, ya que está en el consenso popular la seguridad que brindan por llevar ínsitos en ellos la garantía hipotecaria. Incluso se descuentan más ventajosamente en instituciones financieras"(18)(1108). A esa gran difusión en Mendoza alude Zannoni: "Ya provenga de un mutuo, de un saldo de precio en un contrato de compraventa u otro acto jurídico o negocio que determine para el acreedor un crédito en dinero (conf. art. 3108), es frecuente - sobre todo en ciertas provincias, como Mendoza - que el deudor, amén de afectar un inmueble de su propiedad en garantía mediante la constitución de la hipoteca a favor de aquél, libre pagarés por el importe de la deuda. A este arbitrio se recurre cuando las amortizaciones están sujetas a plazos de vencimiento sucesivo, lo que, a través del libramiento de tales títulos, permite al acreedor una fácil y rápida movilización de su crédito a través de la transmisión de los títulos"(19)(1109).

Las proyecciones del pagaré hipotecario fueron abordadas por simposios notariales en distintas oportunidades; así la VII Jornada Notarial Bonaerense reunida en Azul del 25 al 27 de abril de 1963 reseñó en el Despacho respectivo las principales ventajas(20)(1110) y los inconvenientes generalmente invocados(21)(1111), e insistió en la necesidad de intensificar los estudios sobre el tema(22)(1112). La X Jornada Notarial Argentina (San Salvador de Jujuy del 13 al 17 de octubre de 1964)(23)(1113) destacó a través de la Comisión encargada del tópico: "que son indudables las ventajas que originan los pagarés hipotecarios para la movilización y el fraccionamiento del crédito, así como para la simplificación de la cancelación de la garantía" (apartado 6º), pero "que no obstante las ventajas apuntadas, corroboradas por la experiencia de la provincia de Mendoza, respecto de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires que integran el ámbito territorial de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

utilización del pagaré hipotecario, puede afirmarse la existencia de serios motivos de preocupación en lo que hace a la aplicación de esta figura" (apartado 7º). Afirmó luego, dentro del criterio de la reforma legislativa, "que por todo lo expresado, debe estructurarse un régimen legal que contenga las previsiones tendientes a lograr su adecuado y útil empleo acorde con las ventajas que se le reconocen, como también a resolver las diferentes cuestiones que en la actualidad se suscitan y a asegurar la protección de los interesados, especialmente del deudor" (apartado 8º). Se ocupa posteriormente de las bases que debería acoger la regulación legislativa que propicia(24)(1114).

La II Jornada Notarial de Cuyo (San Juan del 14 al 16 de agosto de 1971) también se inclinó a través del Despacho elevado al Plenario por el dictado de un nuevo ordenamiento jurídico: "es necesario para concluir con las divergencias de opiniones sobre este tema se dicte una legislación adecuada que expresamente contemple el nacimiento, circulación, efectos y cancelación de los pagarés hipotecarios" - conclusión primera -(25)(1115).

Se ha puntualizado la relevancia del pagaré hipotecario en materia de prehorizontalidad(26)(1116) y de operaciones de ahorro y préstamo(27)(1117).

En el trabajo que presentáramos con Gatti sobre "Protección legal a los titulares de boletos de compraventa de inmuebles. Antecedentes. Fundamentos y Anteproyecto de régimen legal", que obtuviera el Primer Premio compartido en Concurso Público auspiciado por el Ministerio de Justicia de la Nación(28)(1118), al igual que en el proyecto de ley que concibiéramos originariamente(29)(1119), se le reserva a los pagarés hipotecarios función trascendente para facilitar al propietario-vendedor la financiación de la construcción del edificio a comercializarse por el régimen de la propiedad horizontal. En el sistema propuesto, que con el propósito de procurar al adquirente en forma inmediata un derecho real, impone como presupuesto de la comercialización que se concierte un contrato de compraventa de parte indivisa del terreno donde ha de construirse, que lo convertirá al adquirente en condómino de aquél, es probable que el propietario-vendedor ejercite su facultad de exigir que en el acto de la venta de la parte indivisa el adquirente grave con hipoteca esa parte para asegurar el cumplimiento de sus restantes obligaciones. Va de suyo, que ese condominio por su carácter de indivisión forzosa no está supeditado a las alternativas de una inexistente partición, ya que la única partición que se concretará, de pleno derecho y en especie, acaecerá con la terminación del edificio y el nacimiento del derecho de propiedad horizontal, y en tal oportunidad por vía de subrogación real la unidad ocupará la situación jurídica de la respectiva parte indivisa del desaparecido condominio. La financiación se alcanza ágilmente mediante la emisión de pagarés hipotecarios por el adquirente-deudor, que a su tiempo la empresa endosará a los Bancos o entidades autorizadas, para la obtención de los capitales requeridos.

De lo expuesto se infiere que creemos en la utilidad de los pagarés

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipotecarios, creencia que no se desvanece ante los diferentes enfoques interpretativos nacidos en su torno, puesto que tal contenido polémico no es exclusivo de este instituto y en todo caso una interpretación armonizadora puede superar los problemas mayores. Seguramente una atinada reforma legislativa podría ser provechosa, en tanto estructurara un régimen coherente, pero quienes vivimos la función judicial estamos persuadidos que antes que de una hipotética nueva legislación, debemos tratar de elaborar una interpretación que tienda a explicitar el sentido del ordenamiento vigente.

Lo significado sobre las repercusiones del pagaré hipotecario (crédito cambiario con garantía hipotecaria), es válido también para la hipoteca cambiaria, en tanto con ella se referencia nada más que el derecho real constituido en garantía del crédito cambiario.

II. METODOLOGÍA EXPOSITIVA

Luego de hacer tema con la necesaria delimitación temática y con la naturaleza jurídica, que surgirá con mayor precisión del desarrollo posterior, de ocuparnos de la terminología seguida y de la movilización del crédito hipotecario en el derecho comparado y en el argentino, brindaremos sucesivas definiciones analíticas del pagaré, de la hipoteca, del pagaré hipotecario y de la hipoteca cambiaria. Dichas definiciones armadas sobre pautas similares no tendrán la pretensión de la pureza técnica, sino responderán simplemente al propósito de describir los rasgos más característicos de esas figuras, en lo que interesa al tema, para que a través de la comparación de la conceptualización de los pagarés con la de los pagarés hipotecarios y de la hipoteca con la de la hipoteca cambiaria, se exhiban sus identidades y se exalten las diferencias. Los distintos vocablos o expresiones incluidos en las definiciones, servirán de acápite y darán contenido a tópicos especiales, pensados al servicio del tratamiento del problema que abordamos. Tal es el sentido de la metodología expositiva innovadora de este aporte.

III. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El fenómeno económico-jurídico de derechos reales constituidos en garantía de títulos circulatorios⁽³⁰⁾(1120), no se agota con los pagarés hipotecarios. El art. 3202 del Cód. Civil, el precepto fundamental en la materia que tratamos, se hace cargo también de la posibilidad de hipotecas en seguridad de letras de cambio; a ese respecto debemos tener presente que en nuestro país, como en otros, la difusión de los pagarés es muy intensa, lo que no ocurre con las letras, en gran medida refugiadas en las relaciones internacionales y no responde a la realidad el decreto-ley 5965/63 al contemplar en general la letra de cambio y reservar sólo normas especiales al pagaré⁽³¹⁾(1121). Los 100 primeros

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículos de ese cuerpo legal son destinados a la letra de cambio y los 4 últimos (del 101 al 104) al pagaré, tanto que uno de ellos (el art. 103) realiza numerosas remisiones a la regulación de la letra, preceptos aplicables "en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título" y tal postura que se justifica en la Ley Uniforme de Ginebra y aún se explica entre nosotros por razones históricas, está alejada del derecho vivo.

Lo expuesto sobre la notoria primacía de los pagarés sobre las letras, todavía más palpable en este ámbito por ser prácticamente desconocidas las letras hipotecarias, conduce a que organicemos este trabajo sobre la base de los pagarés hipotecarios, con la salvedad de que la mayoría de las aseveraciones son válidas para aquéllas, más allá de la diferencia que media entre la "orden de pago" que encierra la letra y la promesa de pago propia del pagaré, pues de cualquier modo, si el girado no acepta dicha "orden", responderá directamente al librador de la letra. En un pagaré el suscriptor "queda obligado de la misma manera que el aceptante de una letra de cambio" (art. 104 del decreto-ley 5965/63).

La exclusión de los "pagarés prendarios" obedece a estas razones de delimitación temática, figura en la que también está en juego la propia licitud de su emisión(32)(1122).

IV. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica del pagaré hipotecario, las opiniones reflejan notorias discrepancias. Es rotundo el juicio de Alegría sobre su identidad con los clásicos pagarés regulados por el legislador comercial: "no aparece en la ley civil que se restrinja la naturaleza o caracteres de los pagarés, de manera de modificarse su estructura típica que halla plasmada en el Código de Comercio (hoy decreto-ley 5965/63 que lo modifica)... su naturaleza típica... permanece invariada por la ley civil. Esta, en efecto, regula los que llama «pagarés hipotecarios», de tal manera que para su estructura y circulación debe estarse a lo que, sobre el punto, prevé el Código de Comercio. Si otra intención hubiera tenido el legislador, que ya había redactado el Código de Comercio, al hacerlo con el Civil seguramente o bien hubiera denominado de manera diversa a la institución o bien hubiera regulado cuidadosamente en sus aspectos diferenciales con la de igual nombre que ya se encontraba en el Código mercantil(33)(1123). Coincidió con este enfoque el despacho aprobado por mayoría en la comisión respectiva de la II Jornada Notarial de Cuyo y luego retirado(34)(1124), pero el despacho elevado al plenario se inclinó por la solución opuesta, al decir que "no es el pagaré legislado en el decreto-ley 5965/63"(35)(1125).

Con miraje cercano al de la primera posición expuesta, hay quienes como Glasman(36)(1126) y Richard(37)(1127) hablan de un pagaré "calificado" por la garantía hipotecaria; Clariá, Fernández Sáenz y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Scarano insinúan la existencia de una "figura específica"(38)(1128)y Juárez de Zubía de un "pagaré sui generis"(39)(1129).

El pronunciamiento sobre este tema nos impone adelantar conclusiones que contendrán apartados posteriores, donde quedará fundamentado por qué entendemos que en los pagarés hipotecarios al igual que en los pagarés simples - así los llamamos para facilitar la exposición, más allá del acierto técnico de tal denominación - se dan las notas de la necesidad del documento (infra VII, 1º y IX, 1º) y de la literalidad (infra VII, 6º y IX, 7º) y autonomía (infra VII, 7º y IX, 8º) del derecho incorporado, pero los pagarés hipotecarios a diferencia de los simples, son documentos "incompletos" (infra VII, 4º y IX, 5º), lo que sin embargo no impide catalogarlos como "abstractos", al igual que los pagarés simples (infra VII, 8º y IX, 9º). La importante diferencia indicada, de la que no hemos encontrado antecedente y otras que surgirán de la comparación que realizaremos, condicionan consecuencias disímiles, que sustentan nuestra tesitura en el sentido de enfrentarnos con un título circulatorio con notas típicas. La tipicidad del pagaré hipotecario como título circulatorio, no debe hacer perder de vista la identidad con los pagarés simples, que surgirá cada vez que el carácter "incompleto" de los pagarés hipotecarios no impida aplicar las disposiciones atinentes a aquéllos.

También veremos que el derecho real de hipoteca que va unido al pagaré, para dar nacimiento a la "hipoteca cambiaria", traduce ciertos rasgos propios que la distinguen de la hipoteca común.

V. TERMINOLOGÍA

La tradicional denominación de "pagarés hipotecarios" ha sido reemplazada por algunos autores por otras paralelas como las de "pagaré con garantía hipotecaria"(40)(1130), o la genérica de "pagaré con derecho real de garantía accesorio", comprensiva también de los pagarés prendarios(41)(1131). En las conclusiones de este apartado inciden directamente las vertidas en el anterior, dado que las denominaciones referidas parten de la premisa de que el instituto analizado no es más que un clásico pagaré, en cuya seguridad se ha constituido un derecho real hipotecario.

La postura que adoptáramos sobre la presencia de un nuevo título circulatorio, aunque con numerosas notas comunes con el pagaré simple, nos conducen a pensar como más adecuada con dicho esquema la designación de "pagaré hipotecario", que está abonada por su gran difusión, e incluso por quienes no comparten necesariamente la postura que sentáramos sobre su naturaleza.

Cuando apuntemos al derecho real hablaremos de hipoteca cambiaria, ya que de tal modo se pone el acento en que esta hipoteca garantiza un crédito de peculiares características: el crédito cambiario.

VI. LA MOVILIZACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

1º) En el derecho comparado

En la visión panorámica de la actitud que la legislación comparada muestra en torno de la agilización del crédito con garantía hipotecaria, nos detendremos en el sistema francés, en el español, en el alemán y en la prolija normación italiana.

Desde antaño se ha procurado en Francia la movilización hipotecaria(42)(1132); a ese respecto ya la Ley del 9 de Messidor del Año III intentó un esquema, que en definitiva no fue exitoso. Se facultaba a los dueños de inmuebles para constituir hipotecas sobre sí mismo hasta por las tres cuartas partes del valor de las cosas y justificados ante el Registrador la titularidad y ese valor real, el constituyente recibía cédulas hipotecarias negociables por endoso a la orden, lo que le brindaba la posibilidad de obtener capital. Quizá, la pesada responsabilidad que recaía sobre el Registrador haya sido el principal motivo de su fracaso.

La innecesidad de determinar en la escritura el nombre del acreedor, dio lugar a actos constitutivos redactados en instrumentos privados autenticados, concebidos a la orden o al portador, y en la práctica a hipotecas en favor del portador de la primera copia, quien adquiría el crédito con la seguridad real por la mera entrega de la copia de la escritura.

El decreto del 14 de octubre de 1955, dictado a los efectos de la aplicación del decreto-ley del 4 de enero de 1955(43)(1133), previó en su art. 60 la emisión de billetes o bonos negociables con determinados requisitos formales, cuyo endoso o tradición importaría la transferencia de la garantía.

En España se asistió al interesante fenómeno de que no obstante el rechazo originario del legislador de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador y en especial de letras de cambio, la realidad se impuso a lo normado; así, distintas sociedades de crédito emitieron obligaciones transmisibles por endoso o al portador garantizadas con hipoteca, modalidad que se difundió, en especial respecto de los concesionarios de ferrocarriles al amparo de autorizaciones expresas en ese ámbito. De tal suerte al repudio de estas figuras por la Ley Hipotecaria de 1861(44)(1134), siguió la reforma de 1869 que permitió hipotecas en seguridad de títulos endosables e incluso al portador y nominativos, tendencia legislativa que se perfiló más nítidamente en la Ley de 1909 y se prolongó en el sistema posterior hasta llegar al ordenamiento hipotecario de 1944 -1946. Sin embargo, el sistema español legisla en forma conjunta las hipotecas en garantía de títulos emitidos al público en masa y las hipotecas en garantía de letras de cambio y títulos a ella asimilables, lo que dificulta su comprensión(45)(1135). Frente a ese contexto legal, la doctrina asume posiciones diversas; González y Martínez es contrario a esta modalidad:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"A pesar de que la letra de cambio es el tipo, por excelencia, del papel a la orden, se resiste la técnica hipotecaria a protegerla con sus principios. Una letra garantizada con hipoteca, afirma Hachenburg, es una contradicción. No se acostumbra, asegura Biermann, a garantizar letras con hipoteca... Estos problemas no han sido planteados con claridad en nuestra legislación. . ." (46)(1136). Roca Sastre, que reconoce que no son comunes las hipotecas constituidas en garantía de una letra de cambio, argumenta, que "la ley debe prescindir de la frecuencia en que es utilizada una figura legal, ya que su misión es regular las más numerosas posibles, y con la máxima perfección, dejando a la voluntad de los particulares que escojan la que más convenga a sus intereses" (47)(1137). Sapena asume una postura similar: "Aunque lo ordinario, lo frecuente, sea la hipoteca de máximo en garantía del descuento de letras durante un cierto plazo, y lo raro, lo excepcional, la hipoteca por letra determinada..., no por tratarse de una figura que no se prodiga, el jurista - legislador o intérprete - ha de cerrar los ojos ante ella, cuando precisamente esa penuria existencial puede ser debida al olvido en que se la tiene" (48)(1138).

En Alemania las hipotecas en seguridad de títulos endosables o al portador nacieron unidas a los empréstitos de las compañías de ferrocarriles, sociedades industriales e institutos financieros, con la emisión de títulos en masa. Las normas atinentes están contenidas en el 1187 del B. G. B., que también son aplicables a las hipotecas en garantía de un crédito cambiario (49)(1139).

Esta última manifestación, que es la que nos interesa, no ha encontrado eco en el mundo comercial germano; Wolff sostiene que es "poco frecuente" (50)(1140) y según Nussbaum, "estos casos son rarísimos, en la práctica..., la incorporación de la hipoteca a los créditos nacidos de un contrato de cambio es más perjudicial que provechosa para el acreedor, puesto que la hipoteca - que, por su carácter de hipoteca de seguridad, está llamada a compartir todas las vicisitudes del crédito - se expone, de este modo, a los grandes riesgos que supone el «rigor cambiario»... la hipoteca cambiaria es uno de esos conceptos forjados por el Código Civil sin base en la realidad viva" (51)(1141).

El Código Civil Italiano de 1942 trata con cierto detalle las hipotecas en garantía de obligaciones a la orden y al portador; por su valor técnico y su directo interés para este trabajo, nos particularizaremos en los preceptos vinculados con la hipoteca que garantiza obligaciones a la orden. El art. 2839 en torno de las "formalidades para la inscripción de la hipoteca", dice: "En cuanto a las obligaciones a la orden o al portador, se deben observar las normas del art. 2831. En cuanto a las obligaciones a la orden, se debe además exhibir el título al conservador, el cual anota en él la inscripción practicada de la hipoteca". A su vez el segundo párrafo del art. 2831 norma que: "En cuanto a los títulos a la orden la hipoteca se inscribe a favor del actual poseedor y se transmite a los posteriores poseedores; éstos no están obligados a efectuar la anotación prevista por el artículo 2843" - la disposición citada trata de la anotación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al margen de la inscripción de la hipoteca, de la cesión, subrogación o de otros actos dispositivos del crédito -. El último párrafo del art. 2844 que se ocupa de "acciones y notificaciones", dispone que "Si se trata de juicio promovido por el deudor contra su acreedor para la reducción de la hipoteca o para la cancelación total o parcial de la inscripción, el acreedor debe ser citado en los modos ordinarios establecidos por el Código de Procedimientos Civil" y a ese respecto el art. 2845 sobre "notificaciones relativas a inscripciones a la orden y al portador", preceptúa: "Si la inscripción se toma por obligaciones resultantes de títulos a la orden, las citaciones y notificaciones previstas por el artículo anterior deben hacerse respecto de quien ha tomado la inscripción a tenor de los artículos 2831 y 2839, salvo que de los registros resulte la anotación a favor de un poseedor posterior". También es relevante el art. 2887, que en materia de "cancelación de las hipotecas en garantía de los títulos a la orden", expresa: "El acto por el cual se consiente la cancelación de la hipoteca constituida en garantía de la obligación resultante de un título a la orden se debe presentar al conservador (registrador de la propiedad) juntamente con el título, el cual es restituido una vez que el conservador ha practicado en él la anotación de la cancelación. La cancelación de la hipoteca importa la pérdida del derecho de repetición contra los endosantes anteriores a dicha cancelación".

2°) En el derecho argentino y en los proyectos de reforma. Normas involucradas en especial el art. 3202 del Cód. Civil y su fuente. Remisión

Se ha procurado concretar la aspiración señalada de movilizar el crédito hipotecario(52)(1142)por diferentes vías, una de ellas, otrora de bastante acogida, fue la emisión de cédulas hipotecarias dirigidas al público, técnica a la que recurriera el Banco Hipotecario Nacional(53)(1143), institución que encuentra paralelo en el Crédit Foncier de France(54)(1144). Esta forma operativa excede los alcances de este trabajo, que se conecta con modalidades distintas, en parte con la del art. 1359 del Cód. de Comercio, que al tratar el contrato de hipoteca naval dispone que "después de registrado podrá transferirse por medio de endosos, que importarán transferencias del derecho hipotecario", pero fundamentalmente con la de los pagarés hipotecarios.

Los pagarés hipotecarios datan de épocas anteriores al dictado del Código Civil, tanto que la provincia de Buenos Aires por ley del 5 de julio de 1852 autorizó al Banco de Depósitos a adelantar dinero por el descuento de tales pagarés; se utilizaron también en los contratos sobre venta de tierra pública concertados por la Nación y por dicha provincia(55)(1145).

La consagración de los pagarés hipotecarios por Vélez Sársfield se revela en el art. 3202 del Cód. Civil: "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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

firmados 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"; también deberemos contemplar los alcances del art. 813 del Cód. Civil, por el cual: "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".

El análisis en particular del art. 3202 y aun del art. 813 lo haremos en los diferentes apartados especiales.

Por razones de un mejor ordenamiento expositivo, también nos ocuparemos aquí de aludir a la fuente del art. 3202 y de las posturas asumidas por los proyectos de reforma, textos que luego serán meritados.

Vélez denuncia como fuente del art. 3202 a los art. 3340 y sgts. del Código de Luisiana (nota respectiva) y su cotejo indica que los arts. 3340 (infra X, 4º y X, 12º), 3341 (infra X, 12º), 3345 (infra X, 12º), 3346-3347 (infra IX, 4º y X, 12º)) y 3348 (infra X, 12º) deben ser computados en este trabajo porque guardan relación directa o indirecta con los problemas atinentes a los pagarés hipotecarios, mientras que de los restantes artículos aludidos, el 3342/3343(56)(1146)es una norma genérica que sirvió de fuente al art. 3203 del Cód. Civil - nota del Codificador - y el art. 3344(57)(1147)no tiene interés para esta investigación.

El Anteproyecto Bibiloni destinó al tema los arts. 2775 y 2818. Art. 2775: "Al constituirse la hipoteca pueden otorgarse letras o pagarés a la orden, y pagarés simples, por el importe de la deuda, siempre que ésta no sea condicional ni eventual. Estos documentos serán anotados en el Registro de la hipoteca, y firmados por el Registrador sin cuya formalidad no serán tomados en cuenta del crédito hipotecario: se expresará en ellos el Registro y menciones del instrumento constitutivo. Pueden transmitirse por endoso. Si fuesen a la orden les serán aplicables las responsabilidades y efectos legales del endoso. Si no lo fuesen, se aplicarán las disposiciones de la cesión de créditos. Podrán constituirse por contrato posterior hecho en escritura pública e inscripto en el Registro. Constituyen título ejecutivo" (infra IX, 4º, IX, 13º, X, 4º). Art. 2818: "Cuando se hubieran otorgado letras o pagarés por el importe de la deuda, y hubieran sido registrados, el deudor o un tercero, pueden solicitar la cancelación de la hipoteca entregándolos al Registrador que los archivará, poniendo en ellos constancia de que su importe es el total de la deuda hipotecaria; mencionará, además, en el Registro esa circunstancia, el instrumento e inscripción de que derivan, y la fecha de la entrega. Cuandolos documentos que se entreguen no sumen el total de la deuda, no cancelará la hipoteca, pero podrá inscribir el valor de ellos en la inscripción inicial, con referencia a los instrumentos presentados que archivará como está prevenido" (infra X, 12º).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Proyecto de 1936 trató los pagarés hipotecarios en los arts. 1729 y 1758. Dice el art. 1729: "Al constituirse la hipoteca podrán otorgarse letras o títulos a la orden, o pagarés simples, por el importe de la deuda, siempre que ésta no sea condicional ni eventual. Dichos documentos se anotarán en el Registro, y serán suscriptos por su encargado. Sin esa formalidad no se los tomará en cuenta. Deberá constar en ellos la inscripción del documento originario, así como los datos suficientes para individualizarlo. Estos papeles son transmisibles por endoso y tendrán fuerza ejecutiva. Si fueren a la orden, serán regidos por el Código de Comercio y en los demás casos, por los preceptos de la cesión de créditos. Podrán constituirse por contrato posterior, extendido en escritura pública, e igualmente registrado" (infra IX, 4º, IX, 13º, X, 4º). Según el art. 1758, en materia de cancelación, "Cuando se hubieren otorgado letras o pagarés por el importe de la deuda y éstos se hallaren registrados, el deudor o un tercero, podrá solicitar la cancelación de la hipoteca entregándolos al registrador, quien al archivarlos hará constar en ellos que representan el importe íntegro de la deuda hipotecaria. El oficial anotará en el Registro esta circunstancia, consignando el instrumento o inscripción de que derivan, y la fecha de la entrega. Si las letras o pagarés representasen sólo parte de la deuda no se cancelará la hipoteca; pero el registrador que los reciba anotará el valor de ellos en la inscripción inicial, archivándolos como está prevenido" (infra X, 12º). El Anteproyecto de Código Civil para la República del Paraguay de 1964, redactado por Luis de Gásperi, contiene un artículo - el art. 3041- (infra IX, 4º, IX, 13º, X, 4º) que reproduce textualmente el art. 2775 de Babiloni y otro - el art. 3079 - igual al art. 1758 del Proyecto de 1936 (infra X, 12º).

VII. PAGARÉ. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS

El pagaré es un documento privado, formal y completo, necesario para ejercitar el derecho literal, autónomo y abstracto mencionado en el mismo, que contiene la promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero a persona individualizada o a su orden, que circula comúnmente por endoso, y que concede al titular una acción cambiaria que puede dirigir contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente, sujeta a prescripción o caducidad, ejercitable ante el fuero comercial, lo que no obsta, en su caso, para la promoción de las acciones causal o de enriquecimiento.

1º) Documento

El pagaré en su condición de título circulatorio es ante todo un documento con el carácter de cosa mueble representativa de una declaración - hecho -(58)(1148)y como tal documento declarativo. La declaración representada está destinada a crear o modificar determinada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situación jurídica, ya que el derecho contenido en el título "se constituye con el mismo título, nace con él y viene dentro de él", por ello se trata de un documento constitutivo o dispositivo(59)(1149). Es indudable que el pagaré cumple una función "probatoria", pero su misión es mucho más trascendente, porque a través de él se "constituye" el derecho cartular y es imprescindible para "disponer" de dicho derecho (infra, 5°).

2°) Privado

El encasillamiento del pagaré dentro de los instrumentos privados (arts. 1012 y sgts. del Cód. Civil), es evidente, en tanto es extraño a la intervención de un oficial público y vincula a su suscriptor a través de la firma del documento. Carece de autenticidad, que recién la alcanzará según los arts. 1026 y 1028 del Cód. Civil, por el reconocimiento de la firma por quien la estampara o por declaración judicial. Dicho reconocimiento le adjudica al instrumento "el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores" y también con respecto a terceros, con la particularidad que frente a estos últimos ha menester de fecha cierta (art. 1034), que la adquirirá por alguno de los medios previstos en el art. 1035, o por otros de valor semejante.

3°) Formal

La nota del carácter "formal" del documento, que ya resaltara Vivante(60)(1150), implica la obligatoriedad de ciertos requisitos mínimos para la configuración del título circulatorio(61)(1151). Las enunciaciones que "debe contener" el pagaré surgen del art. 101 del decreto-ley 5965/63, en su correlación con el art. 102, textos de los cuales se deriva la existencia de requisitos "esenciales", sin los cuales no es factible hablar de "pagaré" y de otros de menor significación que de no ser incorporados canalizan una solución legal subsidiaria.

Son requisitos esenciales del pagaré "la cláusula «a la orden» o la denominación del título inserta en el texto del mismo y expresada en el idioma empleado para su redacción" (inc. 1° del art. 101)(62)(1152)"la promesa pura y simple de pagar una suma determinada" (inc. 2°) - infra 9° -; "el nombre de aquel al cual o a cuya orden debe efectuarse el pago" (inc. 5°) - infra 10° -; "indicación del lugar y de la fecha en que el vale o el pagaré han sido firmados" (inc. 6°)(63)(1153); "la firma del que ha creado el título (suscriptor) " (inc. 7°) - supra 2° -. La esencialidad de esos requisitos nace del art. 102, que ante la falta de alguno de ellos dispone que el título "no es válido como pagaré" (art. 102, primer párrafo) .

No son requisitos esenciales la determinación del "plazo de pago" que impone el inc. 3° del art. 101, pues si "no se ha indicado el plazo para el pago se considera pagable a la vista" (art. 102, segundo párrafo) - infra 9° -, ni tampoco "la indicación del lugar del pago" (inc. 4°), desde que ausente, "el lugar de creación del título se considera lugar de pago y,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también, domicilio del suscriptor" (art. 102, tercer párrafo) -infra 9º-(64)(1154).

De la correlación de los arts. 11 y 103 se extrae que en nuestro derecho están permitidos los pagarés no completados "al tiempo de la creación", por ejemplo, sin indicación de la cantidad a pagar, sin el nombre del tomador, que según el art. 11 deben ser completados de conformidad con los acuerdos que los determinaron, pero la inobservancia de tales acuerdos no puede oponerse al portador, a menos que hubiese adquirido el pagaré de mala fe o que hubiera incurrido en culpa grave. Agrega el art. 11, que el derecho del portador para llenar el pagaré "en blanco" caduca a los tres años del día de la creación del título y que "esta caducidad no es oponible al portador de buena fe, a quien el título le hubiese sido entregado completo"(65)(1155).

4º) Completo

El pagaré como la letra de cambio son títulos completos, en el sentido de que su régimen no está influido por constancias extracartulares, por oposición a otros títulos que como la carta de porte (título representativo de mercaderías transportadas por tierra) y el conocimiento (título representativo de mercaderías transportadas por vía marítima) remiten al contrato de transporte en lo que hace al flete y a las estadas; la acción, que remite al acto constitutivo o al estatuto social; el debenture, donde la remisión es al contrato preliminar y al manifiesto de emisión(66)(1156). Volveremos sobre el tema al tratar la literalidad (infra 6º).

5º) Necesario para ejercitar el derecho

Hemos encasillado al documento cambiario como representativo de una declaración constitutiva o dispositiva y de allí imprescindible para ejercitar el derecho respectivo. La "necesidad" del documento, fue exaltada por Vivante en su clásica definición del título de crédito como "documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo mencionado en el mismo"(67)(1157).

Si bien no debe perderse de vista que documento y derecho son distintos, pues como dice Zavala Rodríguez: "a) el deudor puede, en algunos casos, oponer excepciones, y se advierte entonces que el documento subsiste, pero el derecho creditorio no; b) en el caso de pérdida del título no existe el documento - se perdió -, pero en cambio el derecho no se ha extinguido y la ley indica el trámite y procedimiento para que con la recuperación del título o la creación de un título duplicado... se unan de nuevo derecho y título"(68)(1158), tampoco debe olvidarse, y allí está expresada la relevancia de la nota de la necesidad del documento, que mientras dicho documento exista, el ejercicio del derecho está subordinado a su detentación y presentación(69)(1159).

6º) Literal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El derecho mencionado en el pagaré es literal, porque en el decir de Vivante "existe según los términos del documento"(70)(1160), rasgo que se mantiene incluso en los títulos incompletos, pues en ellos la relación extradocumental incide sobre la suerte del título circulatorio sólo en la medida en que surja del documento(71)(1161). Yadarola al tratar la acción - que ubica como título de crédito(72)(1162), pero causal - con propósito ejemplificador afirma: Esta vinculación con la causa tiene como límite la literalidad, de tal manera que ningún acto o resolución de la sociedad que no esté de acuerdo con el estatuto mencionado en la acción, no obliga al poseedor del título. Así por ejemplo, si después de una reforma del estatuto que impone restricciones al derecho del accionista a cobrar los dividendos o para actuar en las asambleas, se emite una nueva serie de acciones en las cuales se menciona el primitivo estatuto sin mención alguna de las reformas, los adquirentes de estas acciones no quedan obligados por aquellas restricciones; los ampara el tenor literal del título que sólo menciona el antiguo estatuto y es en base a éste que se rigen sus derechos en la sociedad"(73)(1163).

7º) Autónomo

El documento menciona un derecho autónomo, que es tal para Vivante porque "el poseedor de buena fe ejerce un derecho propio, que no puede ser restringido o destruido por las relaciones existentes entre los precedentes poseedores y el deudor"(74)(1164).

Se ha dicho que así como la literalidad impide la invocación de las excepciones de carácter objetivo basadas en relaciones no mencionadas en el título, la autonomía impide las excepciones personales a los poseedores precedentes(75)(1165).

El concepto de autonomía no debe ser confundido con el de abstracción, que apunta a la independencia de la relación fundamental o extracartular, puesto que aun en los títulos causales aparece la autonomía(76)(1166).

Es evidente que resulta más fácil concebir a la autonomía si se piensa que la adquisición por el endosatario es originaria(77)(1167), pero incluso quienes creen que la adquisición es derivada la explican como expresión de la voluntad del legislador por la significación de los intereses comprometidos(78)(1168).

Es clara recepción de la autonomía el art. 18 del decreto-ley 5965/63, aplicable al pagaré por el art. 103: "Las personas contra quienes se promueva acción en virtud de la letra de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador, o con los tenedores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la letra, hubiese procedido a sabiendas en perjuicio del deudor demandado".

8º) Abstracto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El carácter abstracto del derecho cambiario no es esencial para los títulos circulatorios(79)(1169), pero su presencia le da al título el rasgo singular de la imposibilidad de invocar la inexistencia o nulidad de la causa de la obligación cambiaria frente al tercero portador del documento(80)(1170). La letra y el pagaré son títulos abstractos(81)(1171), en cambio, otros títulos como las acciones, las cartas de porte, los conocimientos, los debentures, etc., son causados y para ellos la suerte del derecho en sede del tercer portador está unida a la realidad y validez de la causa, pues de acreditarse su inexistencia o nulidad caería la obligación del librador del documento(82)(1172). No obstante que algunos conceptos sobre la abstracción, como la intrascendencia a esos efectos de la mención o no de la causa, el concepto de causa, su presunta invocabilidad entre contratantes inmediatos, hacen en general al pagaré, los abordaremos en los pagarés hipotecarios (infra IX, 9º), pues una de las tesis sentadas en este trabajo destaca que si bien los pagarés hipotecarios son incompletos, el derecho cambiario respectivo es abstracto.

9º) Promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero

El decreto-ley 5965/63 acude en los pagarés a la fórmula de la "promesa pura y simple de pagar una suma determinada" (art. 101, inc. 2º); optamos por la empleada en el inc. 2º del art. 1º para la letra de cambio: "promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero", pues al ser pura y simple la promesa se convierte en "incondicionada" y por ser más esclarecedora la referencia a que la suma determinada es "de dinero".

En lo que respecta al plazo para el pago, el art. 103 declara aplicables los arts. 35 a 39, el primero de los cuales prevé que el pagaré sea pagable "a la vista", "a un determinado tiempo vista", "a un determinado tiempo de la fecha", o "a un día fijo". De todos modos, y a pesar de lo que parecería indicar el inc. 3º del art. 101, la determinación del "plazo de pago" no es esencial y si nada se especificó el pagaré es pagable "a la vista" (art. 102, párr. 2º).

Con respecto al pagaré "a la vista", el art. 36 norma que "es pagable a su presentación", pero "debe presentarse para el pago dentro del plazo de un año desde su fecha, pudiendo el librador disminuir o ampliar este plazo. Estos plazos pueden ser abreviados por los endosantes". El librador puede disponer que un pagaré a la vista "no se presente para el pago antes de un término fijado. En tal caso el plazo para la presentación corre desde este término". Según el art. 104, si se trata de un título "pagable a cierto plazo vista debe ser presentado para la vista del suscriptor en el plazo fijado en el art. 25", o sea "dentro del término de un año desde su fecha"; el art. 104 aclara luego que dicho plazo "corre desde la fecha de la vista firmada por el suscriptor en el mismo título" y que "si el suscriptor se negase a firmar esa constancia o a fecharla, se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formalizará el correspondiente protesto (art. 27), desde cuya fecha empieza a correr el plazo de vista".

Si el pagaré fue librado a día fijo o a cierto tiempo fecha o vista, debe ser presentado para el pago el día en que el pagaré "debe pagarse o en uno de los dos días hábiles sucesivos" (art. 40, al que remite el art. 103).

En cuanto al lugar del pago, en función del art. 41 (al que remite el art. 103), la presentación para el pago debe hacerse en el lugar y domicilio indicados en el título; si el lugar no fue determinado, tal cual lo quiere el inc. 4° del art. 101, jugaría la norma supletoria del art. 102 tercer párrafo: "el lugar de creación del título se considera lugar de pago y, también, domicilio del suscriptor". Si no se indicó la dirección, el art. 41 brinda diversas soluciones.

El suscriptor que ha abonado el pagaré puede "exigir" que "se le entregue con la constancia del pago que ha hecho, puesto en él" (art. 42); de igual derecho goza el endosante (art. 54). No obstante la generalidad de la remisión del art. 103 al art. 42, se llega a sostener que a diferencia del portador de una letra, el portador de un pagaré puede rechazar el pago parcial(83)(1173).

Por el art. 43, si el librador paga al vencimiento del pagaré "queda válidamente liberado, a menos que haya procedido con dolo o culpa grave; él está obligado a verificar la regular continuidad de los endosos, pero no a constatar la autenticidad de las firmas de los endosantes" (tercer párrafo) - infra 10° -; si paga antes del vencimiento, "lo hace a su riesgo y peligro" (segundo párrafo).

El art. 45 contempla la consignación judicial si el pagaré no se presenta para el pago en el plazo ya aludido del art. 40, desde que frente a ese supuesto "cualquier deudor tiene la facultad de depositar su importe en poder de la autoridad competente, a costa, riesgo y peligro del portador del título".

Los arts. 72 a 82 legislan el pago por intervención, que "puede hacerse toda vez que el portador pueda ejercitar la acción de regreso al vencimiento o antes de él"- art. 8°, 1er. párr. -(84)(1174). Dicho pago, agrega, "debe comprender toda la suma que hubiera debido abonar aquel por el cual tuvo lugar la intervención; y debe efectuarse, a más tardar, el día siguiente al último establecido para formalizar el protesto por falta de pago". Dispone el segundo párrafo de este artículo que el pago por intervención "debe resultar del acta misma del protesto, y si éste ya hubiese sido formalizado, debe anotarse a continuación del acta por el mismo escribano"(85)(1175). El portador está obligado a aceptar el pago por intervención, porque si lo rehúsa "pierde toda acción regresiva contra aquéllos que hubiesen quedado liberados con dicho pago"- art. 80 -(86)(1176).

Según el art. 48, la negativa del pago debe ser constatada mediante protesto. Si se trata de pagarés abonables en día fijo o a cierto tiempo fecha o vista, el protesto debe efectuarse dentro de los dos días hábiles siguientes al día en que debió pagarse; si el pagaré es a la vista, el protesto por falta de pago debe efectuarse dentro del plazo de un año

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desde su fecha, término que el suscriptor puede disminuir o ampliar (art. 48, 3er. párr. en su correlación con el art. 36) El protesto puede ser anticipado para abrir la acción de regreso (art. 47) si el librador estuviese en cesación de pagos o hubiese resultado infructuoso un embargo, pero si el librador cayó en concurso, "la presentación de la sentencia declaratoria del concurso basta para que el portador pueda ejercitar la acción de regreso" (art. 48, in fine).

Atento a que por el art. 104 el "suscriptor del vale o pagaré queda obligado de la misma manera que el aceptante de una letra de cambio" y que según el art. 57 el portador que no formalizó el protesto no pierde la acción cambiaria contra el "aceptante", debe inferirse que el protesto no es necesario para conservar la acción cambiaria directa contra el suscriptor y su avalista (arg. art. 34 del decreto-ley 5965/63), incluso por la vía ejecutiva, ni tampoco el reconocimiento de firma; la exigencia del art. 60 para abrir la vía ejecutiva de contar con un documento "debidamente protestado", sólo debe jugar si el protesto es necesario(87)(1177). El protesto sí es imprescindible para ejercitar la acción de regreso contra los endosantes y demás obligados al vencimiento del pagaré o antes de él, en función del art. 47.

El portador debe dar aviso de la falta de pago a su endosante dentro de los 4 días hábiles sucesivos al día del protesto, obligación que también alcanza a los endosantes precedentes para con sus respectivos endosantes, supuesto en que el plazo se reduce a 2 días hábiles (ver art. 49). El sistema sobre la prueba del aviso es liberal, ya que puede acreditarse de "cualquier forma, aún mediante el simple envío de la letra" - o del pagaré - y aunque quien envía el aviso debe probar que cumplió el término respectivo, "se considera que el término ha sido observado si se ha enviado por correo dentro de dicho plazo una carta dando el aviso" (art. 49 párrafos 5º y 6º)(88)(1178).

La omisión del aviso no genera la pérdida de la acción regresiva, pero quien incurra en ella "será responsable por su negligencia si hubiese causado algún perjuicio, sin que el monto del resarcimiento pueda exceder el valor" del pagaré (art. 49, último párrafo).

Si el librador, un endosante o avalista incluyó en el pagaré la cláusula "retorno sin gastos" o "sin protesto" o cualquier otra equivalente, el portador no está obligado a protestar el pagaré para ejercer la acción de regreso (art. 50, primer párrafo). Esa cláusula no libera al portador de la obligación de presentar el pagaré en los términos prescriptos(89)(1179), ni de dar los avisos. La prueba de la inobservancia de los términos incumbe a quien la invoca contra el portador, onus probandi cuyo sentido han explicado convincentemente Supino y De Semo(90)(1180). Por aplicación del nuevo texto del art. 50, según la redacción de la ley 19899/72, cuando la cláusula integre el texto impreso del documento será suficiente la firma de ésta por el librador; cuando se la inserte manuscrita o por otro medio, se requerirá que la cláusula sea especialmente firmada, sin perjuicio de la firma de creación.

Debe destacarse que el vencimiento del plazo para la presentación de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

letra para su pago no impide dirigir la acción cambiaria contra el suscriptor, sino tan sólo promover la acción regresiva (art. 57, primer párrafo, letra c), con el alcance antes expuesto, y que la falta de aviso solamente origina la indemnización de daños y perjuicios (art. 49, último párrafo).

La cláusula referida permitía prescindir del protesto aunque se acudiera a la vía ejecutiva, porque como dijimos ya, no se debía extraer argumento contrario del art. 60, pues el requisito del título "debidamente protestado", sólo era pertinente si el protesto era imprescindible(91)(1181). El texto del art. 50 introducido por la ley 19899 ha superado la controversia, pues en las condiciones indicadas precedentemente, el documento "es título ejecutivo hábil sin necesidad de protesto en los términos del artículo 60".

10º) A persona individualizada o a su orden

El pagaré como título a la orden es calificado como de legitimación nominal, porque es librado en favor de una persona determinada, lo que lo separa pronunciadamente de los títulos al portador, pero a diferencia del nominativo es pagadero no sólo a la persona individualizada en el título, sino también a la que ella o los sucesivos poseedores individualicen mediante el endoso, que se puede cumplir sin la cooperación ni el conocimiento del librador; en los títulos nominativos la sustitución impone trámites complejos que no pueden prescindir del conocimiento y de la cooperación del librador(92)(1182).

Está legitimado activamente para el ejercicio del derecho cartular quien acredite ser la persona indicada en el título como acreedor (tomador originario) o el tenedor del pagaré conforme a la ley de su circulación, o sea que justifique "su derecho por una serie ininterrumpida de endosos" (art. 17, primer párrafo)(93)(1183), siempre que la adquisición haya sido de buena fe. La necesidad de la buena fe surge de los arts. 17 y 18 del decreto-ley 5965/63 paralelos de los arts. 16 y 17 de la Ley Uniforme de Ginebra, que no protegen la adquisición por el tenedor cuando mediere "mala fe" o "culpa grave" (art. 17) o "hubiese procedido a sabiendas en perjuicio del deudor demandado" (art. 18); fórmulas aparentemente distintas, pero en realidad similares(94)(1184). Para apreciar la buena fe debe atenderse al título inmediato de la adquisición, no al mediato(95)(1185).

En lo que atañe a la legitimación pasiva, el que abona un pagaré "a su vencimiento queda válidamente liberado, a menos que haya procedido con dolo o culpa grave; él está obligado a verificar la regular continuidad de los endosos, pero no a constatar la autenticidad de las firmas de los endosantes" (art. 43, in fine). El pago es liberatorio, entonces, si se realiza al tomador originario del pagaré o al tenedor que al justificar una serie ininterrumpida de endosos satisface la ley de circulación del título y en tanto no pueda imputársele "dolo o culpa grave". Se interpreta que se presenta ese dolo o culpa grave, si el obligado paga no obstante contar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con pruebas seguras de que lo hace a un tenedor no legítimo (a pesar de su apariencia), o como dice el inciso 6° del art. 731 del Cód. Civil, si median "graves sospechas" de que el título no pertenece a su portador(96)(1186).

11°) Que circula comúnmente por endoso

La transmisión del pagaré se opera comúnmente con la tradición del documento y su endoso, que transmite todos los derechos resultantes del título (art. 15 del decreto-ley 5965/63). Por disposición de ese artículo, el endoso debe escribirse en el pagaré o en una hoja de prolongación debidamente unida a él (prolongación) y debe ser firmado por el endosante; el endosante puede omitir la designación del beneficiario o limitarse a poner su firma (endoso en blanco), pero en este último caso el endoso sólo será válido si fue puesto al dorso del pagaré o sobre su prolongación.

La fácil sustitución del acreedor en virtud del endoso, tiene para la opinión dominante la característica de que el endosatario adquiere originariamente el derecho cartular(97)(1187).

En el decir de Yadarola, "mientras en la cesión cada acto de transferencia aumenta las posibilidades de defensa del deudor que acumula excepciones oponibles al acreedor cesionario sin que para éste se aumenten las garantías, en los títulos de crédito se produce el fenómeno inverso, el de una dispersión de excepciones, y en los emitidos a la orden un aumento de las garantías con la firma de cada nuevo endosante"(98)(1188).

Por aplicación del art. 21 del decreto-ley 5965/63, aunque el endoso sea "posterior al vencimiento" del pagaré produce los mismos efectos que un endoso anterior. Por el contrario si el endoso es "posterior al protesto por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para efectuar dicho protesto", produce únicamente los efectos de una cesión ordinaria. Verdadera consecuencia del texto indicado, es el art. 22, que preceptúa que en la hipótesis de endoso posterior al protesto por falta de pago o al plazo para efectuarlo, o de cesión por "acto separado aun anterior al vencimiento, se transmiten al cesionario todos los derechos cambiarios del cedente, pero aquél queda sujeto a las excepciones oponibles a éste".

Si el suscriptor insertó en el pagaré "las palabras «no a la orden» o una expresión equivalente, el título sólo es transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria" (art. 12, 2° párr., aplicable en virtud del art. 103).

12°) Concede al titular una acción cambiaria

Además del tomador originario del pagaré y del tenedor que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos y de buena fe (supra 10°), deben puntualizarse otros titulares del derecho subjetivo cambiario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Así el que como consecuencia de la llamada acción de regreso (infra) reembolsó el valor del pagaré, puede reclamar de sus "garantes" - endosantes anteriores y sus avalistas - la cantidad que desembolsara con sus intereses y gastos (art. 53 del decreto-ley 5965/63). También es titular del derecho cambiario quien paga por intervención, desde que adquiere los derechos inherentes al pagaré contra aquél por el cual ha pagado y contra los obligados cambiariamente respecto de este último, pero no puede endosar de nuevo el pagaré (art. 82). El avalista que abona el pagaré adquiere los derechos que derivan de él "contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste" (art. 34). Son titulares del derecho, además, los endosatarios por las cláusulas "valor al cobro", "al cobro", "en procuración" u otras menciones que impliquen simples mandatos (art. 19), o por las cláusulas "valor en garantía", "valor en prenda" o cualquier otra que implique una caución (art. 20), pues estos endosatarios "impropios" pueden ejercitar todos los derechos que derivan del pagaré, pero no pueden endosarlo nuevamente sino con los efectos del mandato(99)(1189).

Según el art. 46 - de corte doctrinario -: "La acción cambiaria es directa o de regreso; directa contra el aceptante y sus avalistas; de regreso contra todo otro obligado". Quiere decir que la acción directa o principal en el pagaré es la que se dirige contra el suscriptor y sus avalistas y la indirecta o de regreso la promovida contra los endosantes y sus avalistas(100)(1190).

La acción cambiaria como proyección sustancial del derecho subjetivo cambiario, puede manifestarse extrajudicialmente(101)(1191) o judicialmente y en este último caso en cualquier clase de proceso, ya ejecutivo, ya "ordinario"(102)(1192).

13º) Que puede dirigir contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente

El art. 51 del decreto-ley 5965/63, aplicable a los pagarés en función del art. 103, establece una serie de principios que explican el título que sirve de acápito. El primer párrafo implanta la solidaridad cambiaria al decir que todos los que firman el pagaré como libradores, endosantes o avalistas, "quedan solidariamente obligados hacia el portador". Prevé luego el llamado ius electionis(103)(1193), ya que el portador puede elegir el o los destinatarios de la acción y dirigirla contra todos ellos "individual o colectivamente, sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas" (párrafo segundo). En el párrafo tercero extiende el derecho "a cualquier firmante que hubiese pagado la letra". Concluye el artículo con la afirmación de que "la acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aun cuando fuesen posteriores a aquél contra el cual se ha procedido primero" (párrafo cuarto); es la consagración del denominado ius variandi(104)(1194).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

14º) Sujeta a prescripción

El decreto-ley 5965/63 fija en su art. 96 plazos especiales para la prescripción de la acción cambiaria. Si se trata de la acción directa o principal del portador contra el suscriptor del pagaré, ella prescribe "a los tres años contados desde la fecha del vencimiento"; si la referenciada es la indirecta o de regreso del portador, la prescripción opera "al año, contado desde la fecha del protesto formalizado en tiempo útil o desde el día del vencimiento, si la letra contuviese la cláusula «sin gastos»". Por su parte la acción de regreso del endosante que reembolsó el importe del pagaré o que ha sido demandado por acción de regreso, contra todos los endosantes, "se prescribe a los seis meses, contados desde el día en que el endosante pagó o desde aquel en que se le notificó la demanda". Por lógica extensión, el plazo de prescripción de la acción cambiaria contra los avalistas es igual al que corresponde a la acción respectiva contra los avalados.

15º) O caducidad

Así como la prescripción opera sobre la acción directa y sobre la de regreso, la llamada caducidad de la acción cambiaria implica perjudicar la acción de regreso.

El portador pierde la acción de regreso contra los endosantes y sus avalistas si incumple alguna de las diversas cargas que le impone el art. 57 del decreto-ley 5965/63. Para conservar la acción regresiva el portador de un pagaré a la vista debe presentarlo para su pago dentro del plazo de un año desde su fecha (inciso a] del art. 57, en su correlación con el art. 36) y si el pagaré es a cierto tiempo vista debe presentarlo para la vista dentro del término de un año desde su fecha, de la que se dejará constancia con la firma del suscriptor en el mismo título (inciso a] del art. 57, en su correlación con el art. 104) y "si el suscriptor se negase a firmar esa constancia o a fecharla se formalizará el correspondiente protesto (art. 27)..." (art. 104); el art. 27 impone el protesto para conservar la acción de regreso.

Si el suscriptor no abona el pagaré, el portador debe levantar el protesto por falta de pago, so pena de perder también la acción de regreso (inciso b] del art. 57). Según el inciso c) del art. 57, también caducaría la acción de regreso del portador de un pagaré, si en caso de llevar la cláusula "retorno sin gastos", aquél no presentare el documento para su pago en los plazos fijados (el del pagaré a la vista ya se vio al ocuparnos del inciso a] y el correspondiente a los pagarés librados a día fijo o a cierto tiempo fecha o vista es el día de pago o uno de los dos días hábiles sucesivos - art. 40 -).

Aunque no se satisfagan las cargas descriptas, persiste la acción directa contra el suscriptor y sus avalistas (supra 9º).

La doctrina coincide en que la caducidad de la acción de regreso juega si pretende entablarla el último portador que incumplió las cargas legales,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero no si la promueve quien pagó la obligación cambiaria y recuperó el pagaré, pues esta última acción sólo es prescriptible(104bis)(1195). Debe insistirse una vez más que el incumplimiento del aviso que contempla el art. 49 no provoca la caducidad de la acción cambiaria sino únicamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

16º) Ejecutable ante el fuero comercial

El art. 8º del Código de Comercio declara como uno de los actos de comercio en general a "toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable, o al portador" (inciso 4º) y es evidente que los pagarés encuadran en la referencia a "cualquier otro género de papel endosable". Ese encasillamiento como acto objetivo de comercio, cualquiera fuese su causa(105)(1196), hace indiscutible que la competencia en las acciones cambiarias corresponde a la justicia comercial, claro está siempre que tal competencia no sea desplazada por el fuero de atracción. Este problema tiene relevancia en la Capital Federal, pero no en las provincias donde está unificada la competencia civil y comercial.

17º) Acción causal

Debe distinguirse la obligación cartular nacida con el pagaré de la relación que determinó la creación o transmisión del título (art. 61), relación extracartular, básica, fundamental, o causal como la llama esa norma, que explica la vida de aquél (mutuo, compraventa, donación, etc.).

Esa relación causal que está detrás del pagaré subsiste junto a él, desde que en principio su creación o transmisión no importa novación (art. 813 del Cód. Civil), y por aplicación del art. 61 del decreto-ley 5965/63 debe probarse "que hubo novación" (ver también art. 812 del Cód. Civil). Así, el tomador originario tendrá acción causal contra el suscriptor (obligados inmediatos) y el endosatario contra su endosante (también obligados inmediatos), pero el endosante carecerá de acción causal contra el suscriptor si no ha entablado relación extracambiaria con él.

Para acudir a la acción causal es menester que el portador del pagaré lo haya protestado por la falta de pago y que restituya el documento a los efectos de que el demandado pueda ejercer luego la acción regresiva. Es razonable entender que la exigencia del protesto no cabe si la acción causal se dirige contra el suscriptor (cuando la articula el tomador originario), pues en su condición de obligado directo carece de acciones cambiarias y por ello no es del caso que deba resguardarse una inexistente acción de regreso(106)(1197). Aunque la acción no se plantee contra el suscriptor, es obvia la innecesariedad del protesto frente a la cláusula "retorno sin gastos" o "sin protesto" (art. 50)(107)(1198), pero creemos que en este último caso es necesaria la presentación para el pago, porque de lo contrario el pagaré quedaría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjudicado (art. 57, inc. c) y no se habrían "cumplido las formalidades necesarias para que el deudor requerido pueda ejercer las acciones regresivas que le competan", que impone el art. 61 in fine.

Para la prescripción de las acciones causales debe estarse a los plazos que el derecho común contempla para cada una de ellas(108)(1199).

18°) Acción de enriquecimiento

Esta acción es excepcional, o como dice Vivante el *ultimum refugium* que tiene quien ha sufrido un daño no reparable por otra vía(109)(1200).

El art. 62 con los ajustes propios al pagaré, establece que si el portador hubiese perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no tuviese contra ellos acción causal(110)(1201), puede accionar contra el suscriptor o el endosante por la suma en que hubiesen enriquecido injustamente en su perjuicio. Quien intenta la acción de enriquecimiento debe carecer de acción cambiaria y de acción causal, y no le basta probar el "perjuicio" sino que además debe acreditar que el accionado se ha "enriquecido injustamente". La imposición de probar el enriquecimiento es de difícil concreción, pero se justifica porque el portador es víctima de su negligencia(111)(1202).

Para la prescripción de la acción de enriquecimiento es aplicable el art. 96 in fine, que prevé un plazo anual "contado desde el día en que se perdió la acción cambiaria".

VIII. HIPOTECA. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS

La hipoteca es un derecho real accesorio constituido por convención formal, en seguridad de un crédito estimado en una suma determinada de dinero, sobre cosas inmuebles individualizadas, que continúan en poder del constituyente, naturalmente indivisible, que previa publicidad puede oponerse incluso a terceros interesados, que otorga los derechos de persecución y de preferencia y que extinguida puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial.

1°) Derecho real

Se ha puesto en tela de juicio el carácter de derecho real de la hipoteca, con argumento en que la o las cosas inmuebles que son su objeto no se encontrarían sometidas al poder del acreedor hipotecario, desde que tal poder continuaría en sede del constituyente, consecuencia de no imponerse la tradición del inmueble. En fecha ya lejana nos abocamos a la naturaleza jurídica del derecho de hipoteca y defendimos su concepción como derecho real, trabajo al que nos remitimos(112)(1203). Es evidente que la inclusión de la hipoteca en la enumeración de los derechos reales (art. 2503 inc. 5°, del Cód. Civil), o la alusión a esa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

naturaleza en la definición del art. 3108, tienen decisivo valor en términos legislativos, pero no dogmáticos, sin embargo, la conclusión no debe variar en ese ámbito ante la circunstancia de que en definitiva el derecho se ejerce sobre la cosa, otorga el ius perseguendi y el ius preferendi y refleja el negado ejercicio del poder en manos del titular hipotecario y su sustantividad, aún antes de la ejecución, a través de las medidas conservatorias con efecto persecutorio autorizadas por los arts. 3157 y sgts. del Cód. Civil(113)(1204). El acreedor hipotecario es también titular de las acciones reales negatoria y confesoria(114)(1205).

2º) Accesorio

Como derecho real de garantía la hipoteca es un accesorio de la obligación, pues como dice el art. 524 in fine del Cód. Civil, "Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca"(115)(1206). Efectivamente, la hipoteca es constituida "en seguridad" de un crédito y ese rasgo de accesoriedad incide sobre diversas normas del Código (arts. 3108, 1458, 3187, etc.), y según lo hemos sostenido en otro aporte(116)(1207), no se desvanece frente a lo dispuesto por el art. 803 del Cód Civil, a poco que se advierta el verdadero sentido de ese precepto.

3º) Constituido por convención formal

El art. 3115 del Cód. Civil dispone: "No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este Título" y paralelamente se negó la posibilidad de las hipotecas legales y aun de las judiciales (nota al art. 3115 y art. 4048 con su nota); en lo que hace a las hipotecas legales no podía invocarse como argumento favorable la protección de los incapaces, ante el instituto de la representación (art. 58 y su nota). El art. 3130 insiste en que la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor(117)(1208).

La necesaria convención que es fuente del derecho real de hipoteca es "formal", dada la imposición del art. 3128 de escritura pública o de "documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda" y aún por los requisitos imprescindibles en la escritura pública (art. 3131)(118)(1209).

4º) En seguridad de un crédito estimado en una suma determinada de dinero

La garantía hipotecaria alcanza a determinado crédito, que además debe estimarse en una suma determinada de dinero(119)(1210), ese es el carácter esencial de la llamada especialidad en cuanto al crédito. El art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3131 inc. 2º regla que la hipoteca debe contener: "la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra", y del art. 3109 y del inciso 4º del art. 3131 se extrae que no sólo se garantizan créditos que otorguen el derecho a reclamar el cumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero, pero siempre el crédito debe ser estimado en una suma determinada de dinero.

Es evidente que la garantía no debe comprender necesariamente la totalidad de un crédito, desde que no media reparo legal alguno para que la garantía sea parcial.

5º) Sobre cosas inmuebles individualizadas

El otro matiz de la especialidad de la hipoteca, también esencial, apunta a la cosa. Según el art. 3109 del Cód. Civil: "no puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas", de allí las precisas referencias que contempla el inc. 3º del art. 3131 y la inidoneidad de la "designación colectiva" (art. 3132), todo ello sin perjuicio de que eventualmente la omisión pueda quedar subsanada en los términos del art. 3133 del Cód. Civil. Como consecuencia de la especialidad en cuanto al objeto: "las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca".

6º) Que continúan en poder del constituyente

Vimos que la hipoteca no requiere la tradición y por tanto el inmueble continúa en poder del propietario que la otorgó. Reemplazamos la fórmula legal: "que continúa en poder del deudor" (art. 3108 in fine), por esta otra: "que continúan en poder del constituyente", ya que no es menester que coincidan el deudor de la obligación asegurada con el constituyente del derecho real (titular del inmueble a hipotecar - art. 3119 del Cód. Civil -), habida cuenta que la hipoteca "puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente" (art. 3121), lo que provocará los efectos previstos en el art. 3186 del Cód. Civil. La permanencia en poder del constituyente al tiempo del otorgamiento del gravamen, nada impide que éste se desprenda del poder a través de la enajenación del inmueble, pero el nuevo titular del poder podrá ser perseguido por el acreedor hipotecario (arts. 3162 y sgts. del Cód. Civil).

7º) Naturaleza indivisible

La indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito y en cuanto al inmueble surge del principio general del art. 3112 del Cód. Civil, con el que concuerdan los arts. 3113, 3114(119bis)(1211), 682 y 3188, que se expresa así: "La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella" (art. 3112, primer párrafo). Esa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indivisibilidad hace a la naturaleza de la hipoteca y no a su esencia, como lo confirma la nota al art. 3112: "El carácter de la indivisibilidad inherente a la hipoteca no es de su esencia, y por consiguiente se puede modificar por el contrato los efectos de la indivisibilidad". Como se trata de un carácter natural, las partes pueden pactar la divisibilidad del objeto (que los distintos inmuebles se enajenen separadamente, o que se divida en lotes el inmueble divisible - art. 2326 del Cód. Civil, según la redacción de la ley 17711 -), o la divisibilidad del crédito (que los pagos parciales permitan la extinción parcial del crédito y lleven a su cancelación parcial).

Sobre la base de tratarse de un requisito no esencial y meramente natural, en ausencia de acuerdo de partes, el art. 3112 incluye en su segundo párrafo incorporado por la ley 11725 importantes facultamientos a los jueces: "Sin embargo en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor" (concuerdan con este párrafo, las proposiciones finales de los arts. 682 y 3188, también introducidas por la ley 11726). El texto transcrito supone que la petición judicial de división la formula comúnmente el deudor y por ello la excluye cuando "se siga lesión al acreedor", pero es evidente que también puede impetrarla el acreedor, y se otorgará en tanto no le origine un perjuicio al deudor.

La parte final del nuevo art. 3113 que permite al juez, "por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados", es más bien una mera aplicación de la "divisibilidad judicial", puesto que admitida, su lógica consecuencia es la fijación de dicho orden. El art. 574 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que legisla la denominada "subasta progresiva", es también resultado de la invocada división judicial, dado que la división conduce a la determinación del orden para la venta y razones obvias hacen que esas ventas deban realizarse en fechas sucesivas, o sea a través de "subastas progresivas".

8°) Que previa publicidad puede oponerse incluso a terceros interesados

Ausente la publicidad posesoria, el art. 3134 impone la inscripción registral y en virtud del art. 3135 del Cód. Civil: "La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada".

Sobre este tema nos ocupamos detenidamente en otro trabajo(120)(1212)y ahora recordaremos únicamente algunas ideas centrales. La alusión del art. 3135 para la hipoteca a los herederos, al escribano y a los testigos, que generalizara para los otros derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reales el art. 20 de la ley 17801, es muy parcializada(121)(1213). Optamos por afirmar que la inscripción registral es declarativa, con el sentido de que antes de ella el derecho real es oponible a las partes del negocio jurídico fuente de la transmisión y a los terceros desinteresados(122)(1214). El derecho real recién será oponible a los terceros interesados con la inscripción registral; son terceros interesados, o sea con interés legítimo: los sucesores particulares, los titulares de otros derechos reales, la masa del concurso o de la quiebra, los acreedores privilegiados, retentores, simples quirografarios.

Vélez en el art. 3140 del Cód. Civil previó que la inscripción registral podía pedirse: "1° Por el que transmite el derecho; 2° Por el que lo adquiere; 3° Por el que tenga representación legítima de cualquiera de ellos; 4° Por el que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario"; enumeración que debía ampliarse con el escribano a tenor del art. 3141. Según el art. 6° de la ley nacional 17801: "La situación registral variará a petición de: a) el autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal; b) quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar...". Ya con los textos del Cód. Civil, se afirmaba que el Registrador no podía proceder de oficio a la toma de razón(123)(1215), lo que es indiscutible ante la consagración del principio de rogación en el art. 6° de la ley 17801.

9°) Derecho de persecución

El carácter de derecho real de la hipoteca encuentra argumento decisivo en el derecho del acreedor para perseguir la cosa si se encuentra en poder de nuevos titulares. Dice al respecto el art. 3162: "Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá seguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor. Pero, si la cosa enajenada fuere mueble, que sólo estaba inmovilizada y sujeta a la hipoteca, como accesoria del inmueble, el acreedor no podrá seguirla en manos del tercer poseedor".

10°) Derecho de preferencia

La hipoteca otorga privilegio: "los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con hipoteca" (art. 3934 del Cód. Civil); su consideración excede los alcances de esta visión panorámica de la hipoteca clásica con fines comparativos con la hipoteca cambiaria.

11°) Extinción

De las distintas normas atinentes a la extinción de las hipotecas (Libro III, Título XIV, Capítulo VII), o sea los arts. 3187 y sgts. del Cód. Civil, debemos detenernos en esta descripción de la hipoteca común, al solo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efecto de su posterior cotejo con la hipoteca cambiaria, en el art. 3196 del Cód. Civil: "La hipoteca se extingue aunque no esté chancelada en el registro de hipotecas, respecto del que hubiese adquirido la finca hipotecada en remate público, ordenado por el juez con citación de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas sobre el inmueble, desde que el comprador consignó el precio de venta a la orden del juez". Nos interesan aquí los medios a través de los cuales debe practicarse la notificación a los otros acreedores hipotecarios que exige el texto citado, problema que soluciona acertadamente Fernández, con las siguientes directivas: "Como hasta ese momento no son parte en la ejecución, debe notificárseles por cédula en su domicilio real o legal, e ignorando éstos o cuando se hallaren fuera de la república, por edictos, sin perjuicio en este último caso de efectuar también la notificación en el domicilio especial constituido en la escritura hipotecaria, para asegurar así la finalidad buscada con la notificación, es decir, que llegue a conocimiento del interesado: la notificación exclusiva en el domicilio especial sólo tendrá eficacia como tal cuando se hubiera fijado previendo expresamente el caso de ejecución del inmueble por otros acreedores. Debe tenerse en cuenta que resulta sencillo para el ejecutante constatar si se ha fijado domicilio especial y con qué alcance, pues basta la simple lectura de la escritura respectiva. Si los acreedores se hubieran apersonado a los autos por medio de un escrito, la notificación deberá hacérseles en el domicilio legal que necesariamente han podido constituir al presentarse..."(124)(1216).

12º) Puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial

Se llama cancelación de la hipoteca la constancia que el Registrador debe asentar de su extinción, a través de dejar sin efecto su toma de razón. La cancelación puede ser voluntaria o judicial, la primera modalidad es la que sobreviene si el acreedor prestó su aquiescencia manifestada por escritura pública o por otro instrumento público (arts. 3199, 3201 del Cód. Civil) y será judicial si medió sentencia porque el acreedor no prestó su colaboración, pese a estar extinguida la hipoteca (arts. 3200, 3201) . Como se advierte, y lo proclama el art. 3201: "El oficial anotador de hipotecas no podrá chancelarlas si no se le presentan instrumentos públicos del convenio de las partes, del pago del crédito, o de la sentencia judicial que ordene la chancelación"(125)(1217).

IX. PAGARÉ HIPOTECARIO. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL PAGARÉ

Enunciados y comentados los rasgos más característicos del pagaré simple, todo ello sobre la base de una definición analítica concebida con la finalidad de facilitar su posterior comparación con el pagaré

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipotecario, corresponde ahora formular la definición, también analítica, de esta institución. Si las notas son comunes a las del pagaré simple, nos remitiremos a lo dicho sobre el mismo, si muestran diferencias, las analizaremos detalladamente.

El pagaré hipotecario es un documento privado auténtico, formal, con intervención registral aún en las renovaciones, e incompleto, necesario para ejercitar el derecho literal, autónomo y abstracto mencionado en el mismo, que contiene la promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero a persona individualizada o a su orden, garantizado con derecho real de hipoteca, que circula comúnmente por endoso, y que concede al titular una acción cambiaria que puede dirigir contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente, sujeta a prescripción o caducidad, ejercitable ante el fuero civil, lo que no obsta, en su caso, para la promoción de las acciones causal o de enriquecimiento.

1°) Documento

Por las mismas razones expuestas para el pagaré (supra VII, 1°), el pagaré hipotecario es un documento declarativo, de tipo constitutivo o dispositivo.

2°) Privado auténtico

Así como el encasillamiento del pagaré como instrumento privado es indiscutible, el carácter del pagaré hipotecario es objeto de polémica doctrinaria.

Soarez interpreta que ante la intervención del Registrador se convierte en instrumento público(126)(1218), idea que se advierte también en Rotman(127)(1219). Para García Coni es un instrumento público por ser suscripto ante escribano público y tener la firma del librador certificada por la atestación notarial(128)(1220). Se concretan a afirmar que es un instrumento público Pérez Delgado(129)(1221)y el despacho elevado al plenario y aprobado en la II Jornada Notarial de Cuyo (San Juan del 14 al 16 de agosto de 1971)(130)(1222).

Bendersky(131)(1223)y Cámara(132)(1224)optan por el carácter de instrumento privado y según Fernández(133)(1225)y Diez Mieres(134)(1226)la firma del Registrador lo convierte en documento auténtico, extremo que niega Segovia(135)(1227).

Por nuestra parte pensamos que el pagaré hipotecario es un documento privado, pero dotado de autenticidad. Es sabido que en función del art. 979 del Cód. Civil los instrumentos públicos son en general aquéllos donde intervienen funcionarios públicos, salvo los supuestos especiales de los incisos 3, 8 y 9 del art. 979 del Cód. Civil, en los que el encuadre se realiza sobre la base del cumplimiento de determinadas formalidades(136)(1228). En torno del pagaré hipotecario, los argumentos en favor de su consideración como instrumento público

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estriban en la intervención del notario y del Registrador; creemos que tal intervención conduce a otorgarle autenticidad al instrumento, pero no lo ubica como público, pues en los pagarés hipotecarios, al igual que en los simples, la firma es el elemento esencial de su existencia (art. 1012 del Cód. Civil)(137)(1229).

Como veremos más adelante, según nuestra opinión, para que existan los pagarés hipotecarios debe constar su emisión en la escritura hipotecaria, con los datos suficientes para individualizarlos (infra X, 3º) y además deben ser anotados por el Registrador (infra 4º). Si bien creemos que los pagarés hipotecarios son instrumentos privados, porque se pone énfasis en la firma de sus otorgantes, la necesaria constancia en la escritura hipotecaria de su libramiento con sus datos individualizatorios, les otorga autenticidad; no parece razonable exigir el reconocimiento de la firma del suscriptor ante esa referencia en el cuerpo de la escritura de constitución del derecho real de garantía. Quizá también podría encontrar sustento corroborante la afirmación de que los pagarés hipotecarios son instrumentos privados auténticos, en la necesaria intervención registral, dada la solución jurisprudencial en problema con algún paralelo, el de la inscripción de las promesas de venta de inmuebles por mensualidades con arreglo a la ley 14005, ya que algunos pronunciamientos judiciales han admitido la autenticidad de los boletos, con la secueña innecesaria del reconocimiento de firmas, por virtualidad de su inscripción registral(138)(1230).

Un viejo fallo de la Cámara Civil 2ª vierte consideraciones, a través del voto de Tezanos Pinto, con la adhesión de Lagos, Salvat y Coronado, que pueden compaginarse en cierta medida con las nuestras(139)(1231) y también uno más reciente de la Sala "A" de la Cám. Nac. en lo Civ.(140)(1232).

Si en el propio pagaré hipotecario obra nota del escribano que lo correlaciona con la escritura hipotecaria, encontraremos un argumento más en torno de la invocada autenticidad, pero esto no es decisivo, porque no obstante la utilidad de dicha anotación, ella no es imperativa en el ordenamiento vigente (infra 4º).

En síntesis, los pagarés hipotecarios son instrumentos privados que adquieren autenticidad con los alcances del art. 1026 del Cód. Civil desde su propio nacimiento, y la misma constancia escritural que es decisiva para la autenticidad, es idónea para la atribución de fecha cierta frente a terceros, en los términos del art. 1034, dado que nos inclinamos por opinar que las hipótesis extrañas al art. 1035 del Cód. Civil deben ser de interpretación restrictiva, pero son admisibles en tanto exhiban peculiar fuerza de convicción, sin que corresponda aducir el presunto carácter taxativo de la enumeración del artículo citado, que rechazamos.

3º) Formal

El pagaré hipotecario, al igual que el pagaré simple, debe satisfacer ciertos requisitos mínimos para que el título adquiera la tipicidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respectiva.

Por de pronto, es aplicable a los hipotecarios lo que dijimos sobre los pagarés simples (supra VII, 3°), pero con algunas salvedades. Así, en lo que respecta al plazo de pago, que no es un requisito esencial del pagaré simple, no obstante lo dispuesto por el inc. 3° del art. 101, porque si nada se previó "se considera pagable a la vista" (art. 102 segundo párrafo), en los pagarés hipotecarios normalmente se determina ese plazo y se lo hace con las modalidades del día fijo o del tiempo fecha (infra 10°)(141)(1233). No caben los pagarés hipotecarios no completados "al tiempo de la creación", dado que lo dicho sobre los pagarés simples con apoyo en los arts. 11 y 103 del decreto-ley 5965/63 se contradice con las individualizaciones que impone la necesidad de la constancia de su emisión en la escritura hipotecaria y de su anotación registral(142)(1234).

Además los pagarés hipotecarios exhiben el requisito específico de su anotación por el Registrador (infra 4°). Las comunes referencias que realizan los notarios en el propio pagaré a la escritura hipotecaria, no obstante ser beneficiosas para la buena marcha del instituto, no son imprescindibles (infra 4°)(143)(1235). La anotación de los pagarés hipotecarios por el Registrador, si bien hace a su carácter formal, al implicar un requisito particularmente distintivo en el derecho vigente, corresponde su tratamiento en un apartado especial, el siguiente.

4°) Con intervención registral aún en las renovaciones

El art. 3202 del Cód. Civil dispone con relación a las letras o pagarés hipotecarios, que "estos documentos deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario", con lo que incorpora una exigencia formal importante para la configuración del instituto en estudio. La firma de los pagarés por el Registrador responde a la necesidad de identificar los títulos, o sea establecer el nexo con el derecho real de hipoteca que los garantiza, la falta de esa identificación en sus ordenamientos ha preocupado a cierta doctrina extranjera(144)(1236).

La fuente del art. 3202, los arts. 3346-3347 del Código de Luisiana, procura determinar la identidad de los títulos por intermedio de la anotación notarial y no registral: "El notario que reciba un acto por el que son dados en pago billetes a la orden debe rubricarlos e indicar la causa".

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la anotación registral es requisito esencial para la existencia de los pagarés hipotecarios. Así Llerena(145)(1237), Salvat(146)(1238), Cammarota(147)(1239), Prayones, Dassen y Laquis(148)(1240), Baldana(149)(1241), Pelosi(150)(1242), Bendersky(151)(1243), Cámara(152)(1244), Fontbona(153)(1245), Richard(154)(1246), Diez Mieres(155)(1247), Leonardo Colombo(156)(1248), Calandra y Smith(157)(1249), Romero(158)(1250), Clariá, Fernández Sáenz y Scarano(159)(1251),

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Carlos J. Colombo(160)(1252). En cuanto a las decisiones judiciales, tal es el criterio sentado por los tribunales capitalinos(161)(1253) y de las provincias(162)(1254). Es también la posición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal(163)(1255).

Esa exigencia persiste en los arts. 2775 de Babiloni, 1729 del Proyecto de 1936, 1709 del Anteproyecto de 1954 y 3041 del Anteproyecto De Gásperi.

Según el art. 2839 del Código Italiano de 1942, en "las obligaciones a la orden se debe... exhibir el título al conservador, el cual anota en él la inscripción practicada en la hipoteca". En torno de este requisito existen discrepancias en la doctrina italiana, algunos como De Semo y autores que cita(164)(1256) lo consideran no esencial, por oposición al criterio de la Corte de Casación que lo cataloga como requisito constitutivo exigible incluso en la relación entre las partes(165)(1257). Se sostiene por otros, como Angeloni(166)(1258), Messineo(167)(1259), Gallo(168)(1260), que la anotación por el conservador cumple una función de certificación de que el título anotado lleva como garantía la hipoteca inscrita.

Creemos que en el sistema argentino la anotación por el Registrador, además de obedecer a la necesidad de "certificar" en el mismo pagará la existencia del derecho real de hipoteca, reviste carácter esencial y obra como elemento "constitutivo" del pagará hipotecario, o sea que sin cumplirla los pagarés quedan reducidos a su condición de simples y privados de la garantía hipotecaria(169)(1261).

La inscripción es exigida aún para la relación entre los directamente vinculados por la emisión del pagará - librador y tomador - y aunque tal omisión pueda no acarrear perjuicios para el acreedor si dichos pagarés fueron emitidos al otorgarse un mutuo con seguridad hipotecaria o al venderse un inmueble con hipoteca sobre el saldo de precio, ya que el tomador de los pagarés y titular de la relación extracartular puede ejecutar la hipoteca con prescindencia de la anotación registral de aquéllos, de cualquier modo ello no desdibujará el fracaso de la acción hipotecaria que procure entablar sobre la base de los pagarés y no de la escritura hipotecaria que refleja la relación fundamental.

En el derecho vigente, la anotación de los pagarés por el notario no es imprescindible(170)(1262) y de existir no suple la anotación registral omitida, por lo menos en principio (infra)(171)(1263). Lo expuesto, no obsta para que pensemos en la conveniencia de la anotación notarial previa a la del Registrador(172)(1264), Continuación de nota(1265), pues ello facilita la tarea del último.

Si bien por un lado la anotación por el Registrador en los pagarés simplifica el trámite de la cancelación de la hipoteca (infra X, 12º) y de constar también en el Registro los endosos se superarían algunos problemas (infra 13º), por otro lado se presenta como más ágil la mera anotación notarial que liberaría de esa tarea a los sobrecargados registros inmobiliarios.

El sistema de la mención notarial que cuenta con el beneplácito de la legislación francesa(173)(1266), es auspiciado entre nosotros en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reemplazo de la notación registral por autores como Machado(174)(1267), Argañaraz(175)(1268), García Coni(176)(1269), Calandra y Smith(177)(1270), Rodríguez(178)(1271), Colombo(179)(1272).

En esa línea de ideas concluyeron la VI Reunión Interamericana de Ahorro y Préstamo (Río de Janeiro, marzo de 1968)(180)(1273) y el despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo(181)(1274).

Winizky interpreta que no es menester la anotación de los pagarés si se constituye la hipoteca con posterioridad a la puesta en circulación de aquéllos, porque sería prácticamente imposible dicha anotación cuando los pagarés están en manos de terceros y que sostener lo contrario implicaría consagrar "un despropósito económico y jurídico, y eso no puede quererlo la ley"(182)(1275), tesis con la que concuerda Yorio de Brusa(183)(1276) y que Bonfanti y Garrone califican como "crítica constructiva"(184)(1277). Pensamos que la ley no excepciona la anotación registral en el supuesto indicado, y que lo que "quiere" es que en el título conste la "certificación" de la existencia de la hipoteca. Va de suyo que las dificultades invocadas para la "certificación" registral, que hasta surgirían para la notarial, hacen que el pagaré no pueda ser encuadrado como hipotecario en el derecho argentino(185)(1278).

Si en la escritura hipotecaria se refiere la emisión de los pagarés, la anotación registral de ellos puede realizarse simultáneamente con la inscripción de aquélla o con posterioridad. Si en la escritura hipotecaria no se alude a esa emisión, el pagaré no podrá ser anotado registralmente para convertirse en hipotecario, y la omisión no podrá salvarse ni siquiera en el supuesto que invoca Colombo de la inscripción simultánea de la hipoteca(186)(1279); llegamos a esa conclusión, porque si de la escritura hipotecaria no surge el libramiento de los pagarés, los mismos no son beneficiados por el derecho real de hipoteca (infra X, 3º) y es insostenible entonces que se conviertan en hipotecarios por su anotación simultánea con una hipoteca que no los garantiza.

No existe en el Código ninguna norma expresa que indique quién o quiénes pueden pedir la anotación de los pagarés por el Registrador, pero es indudable que deben aplicarse analógicamente las disposiciones ya vistas (supra VIII, 8º)(187)(1280).

La Sala "B" de la Cámara Nacional en lo Comercial resolvió el 15 de abril de 1966 que si el pagaré tenía anotación notarial de la hipoteca, y su tomador lo endosó a un tercero antes de practicar la anotación registral, el endosatario puede ejecutarlo con la garantía hipotecaria, en tanto haga uso previo del derecho de solicitar la atestación registral que le atribuía el art. 3140, inc. 2º, del Cód. Civ.(188)(1281). Pensamos que este fallo asume proyecciones para los pagarés hipotecarios que la doctrina no ha destacado y que no es descartable que ni siquiera imaginaran los camaristas que lo suscribieran (Halperín y Sanserri). Adviértase que se reconoce en definitiva que el pagaré circule con el anexo de la hipoteca siempre que exista la anotación notarial y aunque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sólo se haya practicado la registral, con la salvedad de que antes de pretender ejercitar la acción hipotecaria con sustento en el pagaré se proceda a su anotación por el Registrador. Hacemos tal afirmación con fundamento en que si la construcción jurisprudencial aludida permite que la inscripción omitida se concrete a iniciativa del primer endosatario por ser una "facultad inherente al derecho adquirido", la misma solución cabría si el pagaré continúa su circulación, aparecen nuevos endosatarios y persiste la omisión de acudir al Registro, ya que el derecho de hacer anotar el pagaré por el Registrador del que gozaba el tomador del documento se trasladó a su endosatario y así sucesivamente. Para el criterio descrito lo decisivo es la "certificación notarial" del documento que traduzca la existencia de la hipoteca, pues a través de ella el endosatario se anuncia del gravamen que lo beneficia y la "certificación registral" requisito más que de la circulación con el accesorio de la hipoteca, de su ejecución hipotecaria. Por un camino indirecto se ha debilitado el requisito de la modalidad registral de la certificación.

La exigencia del art. 3202 del Cód. Civil de la firma por el anotador de hipotecas, no alcanza solamente a los documentos originarios, sino que se extiende además a "sus renovaciones". Ante el alcance de la disposición legal, la intervención registral aparece como obligatoria(188bis)(1282), pero en términos dogmáticos es cuestionable esa imposición.

La renovación del pagaré importa la emisión de otro documento que contiene una prórroga del plazo de vencimiento del primero. Por aplicación del art. 812 del Cód. Civil, esa modificación del plazo, o como dice el artículo - "con respecto al tiempo... del cumplimiento", no extingue la obligación primitiva y por ello no implica una novación, y por tanto el pagaré de renovación refleja la misma obligación cambiaria que fuera garantizada con hipoteca. Con argumentaciones de ese tipo, una importante corriente doctrinaria italiana concluye en la innecesariedad de la anotación por el Registrador, al interpretar un ordenamiento jurídico que a diferencia del nuestro no exige de manera expresa el cumplimiento del requisito en cuestión(189)(1283). Aclara Angeloni que la renovación no implica de por sí sustitución del documento, porque comúnmente la cambial originaria permanece en poder del tenedor, al cual se le entrega también la cambial de renovación y no importa sustitución del crédito, porque el emitente no ha pagado, o ha pagado sólo en parte la cambial originaria, continúa como deudor del débito originario en su totalidad, o por aquella parte en que no lo ha satisfecho(190)(1284).

Sostiene Cámara, que para que el pagaré de renovación esté garantizado con la hipoteca, "será necesario una nueva escritura hipotecaria por el carácter contractual y especialidad de este derecho real, salvo (que en) la originaria se haya previsto esta eventualidad, fijando concretamente el tiempo y demás detalles, lo que no es corriente(191)(1285). Opinamos que no es menester una nueva escritura; el argumento que se esgrime sobre la convencionalidad de la hipoteca

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no es convincente, ya que se cumplimenta ese requisito esencial de la hipoteca con la convención que garantizó el pagaré que ha de sustituirse; tampoco nos convence lo relativo a la especialidad, pues en nada se la conmueve si la modificación del plazo no importa novación de la obligación - en lo que coincide Cámara -(192)(1286)y como consecuencia el crédito cambiario contenido en el pagaré de renovación es el mismo originario que se garantizó con hipoteca, seguridad que deberá subsistir en favor del pagaré de renovación.

5º) Incompleto

Sostuvimos que el pagaré simple era un título completo (supra VII, 4º), desde que su régimen quedaba determinado por las indicaciones de su contexto, sin tener que acudir a referencias extracartulares, por oposición a otros títulos como la carta de porte, el conocimiento, la acción, el debenture, en los cuales su régimen debe integrarse con constancias ajenas a su contexto. Además expresamos (supra VII, 6º) que en los títulos incompletos el derecho contenido también era literal, ya que la relación extracartular trascendía a la vida del título solamente en la medida en que surgiera del documento. Debe puntualizarse que para la ubicación de un título circulatorio como incompleto, la referencia a la relación extracartular debe ser expresa y no basta que sea implícita(193)(1287).

Cabe que ahora nos pronunciemos sobre si el pagaré hipotecario es un título completo o incompleto. Ese encuadre tiene importantes proyecciones en la "praxis", habida cuenta que si el título es completo ciertas cláusulas de estilo contenidas en la escritura que formaliza la convención hipotecaria y/o el contrato a que ella accede (art. 3128 del Cód. Civil), como la mora automática, la caducidad de los plazos, domicilios especiales, no tendrían incidencia en la dinámica de los pagarés hipotecarios cuando ellos están en manos de personas distintas a la del primer tomador, y para este último sólo valdrían si se apoyara en la relación fundamental, pero no si ejerciese directamente la acción cambiaria; si el título es incompleto cabría invocar cláusulas de ese tipo.

Es relevante significar que aunque los ejemplos clásicos de títulos incompletos se correspondan con títulos causados, es concebible la existencia de títulos incompletos, pero abstractos. Una cosa es que el régimen del título se agote (completo) o no (incompleto) con las constancias del documento y otra cosa que no se pueda (abstracto) o se pueda (causado) invocar la nulidad o inexistencia de la causa de la obligación cambiaria frente al tercero portador del documento (supra VII, 8º), tópico en el que nos extenderemos luego (infra 9º).

La polémica doctrinaria sobre este tema no se ha trazado sobre la disyuntiva del carácter completo o incompleto, sino que en realidad ha girado en órbitas paralelas pero a veces un tanto indefinidas.

Sostienen con mayor o menor convicción el carácter completo del pagaré hipotecario, o por lo menos se pronuncian por efectos que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compaginan con ese punto de partida: (Calandra y Smith(194)(1288), Richard(195)(1289), Bonfanti y Garrone(196)(1290), Diez Mieres(197)(1291), García Coni(198)(1292). La VII Jornada Notarial Bonaerense (Azul del 25 al 27 de abril de 1963) sostuvo que implicaría "riesgos" en la circulación del título la invocabilidad de esas cláusulas(199)(1293); la X Jornada Notarial Argentina (San Salvador de Jujuy del 13 al 17 de octubre de 1964) rechazó la influencia de esas cláusulas(200)(1294), postura con la que concordó el despacho aprobado por mayoría en comisión y luego retirado en la II Jornada Notarial de Cuyo (San Juan del 14 al 16 de agosto de 1971)(201)(1295). Es el criterio sentado por la Corte de Justicia de San Juan(202)(1296). Pelosi(203)(1297), con la adhesión de Martínez Segovia(204)(1298), interpreta que esas cláusulas tienen virtualidad si constan "por extenso en el pagaré y no por remisión a la escritura", lo que, sin embargo, le restaría simplicidad al pagaré hipotecario e impondría por similares motivos no sólo la reproducción de esas cláusulas, sino también de por lo menos las fundamentales del derecho real de hipoteca(205)(1299). No obstante, Pelosi(206)(1300), a quien sigue Bendersky(207)(1301), parte de la distinción de las cláusulas atinentes al derecho personal asegurado, de las referidas al derecho real de hipoteca y concluye en la posibilidad de invocar, aunque no consten en el título, "las condiciones estipuladas en el instrumento público para el caso de hacerse efectiva la garantía, tales como la base de remate, designación de martillero, etcétera...". Es acertada la distinción de diferentes planos en el derecho hipotecario(208)(1302), pero la ingeniosa concepción de Pelosi deja en pie la circunstancia de admitir la integración del título con la referencia extracartular a ciertos efectos y negarla para otros, porque si juegan datos extradocumentales ante la individualización de la escritura hipotecaria en el pagaré hipotecario, no es fácil admitir que la integración extracartular del título se limite a lo estrictamente atinente al derecho real, máxime por la estrecha vinculación entre los diferentes planos del derecho hipotecario(209)(1303).

La postura más rotunda contraria a la completividad del pagaré hipotecario, es la adoptada por el despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo, que no sólo afirmó que el pagaré hipotecario es un título causado, lo que excluye la completividad, sino que ni siquiera es literal el derecho mencionado(210)(1304). Por lo que argumentaremos más adelante (infra 9º), el pagaré hipotecario es un título abstracto, pero aunque fuera causado, ello no obstaría para la literalidad del derecho (supra VII, 6º). Aunque concluiremos que el pagaré hipotecario es un título incompleto, afirmaremos que se mantiene el rasgo de la literalidad (infra 7º).

En cuanto a la jurisprudencia, es clara la orientación actual de los tribunales de Mendoza, que luego de algunos fallos contradictorios(211)(1305), se definió en favor de la vigencia de las cláusulas en cuestión, a través de decisiones de la Suprema Corte(212)(1306), con la posterior adhesión de tribunales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inferiores(213)(1307). Por esta corriente jurisprudencial se inclinan los fallos de la Cámara Nacional en lo Civil(214)(1308), que hasta afirman la innecesidad del protesto ante la cláusula de mora automática y se abre paso en otros tribunales del país, como la Cámara 1^a de Apelaciones de Mar del Plata(215)(1309).

En la doctrina invocan la actual jurisprudencia mendocina y coinciden con ella: Cámara(216)(1310), Juárez de Zubía(217)(1311) y Zannoni(218)(1312). Cámara, en su valioso aporte, sostiene la "completividad" del pagaré hipotecario(219)(1313), pero admite que se trata de un título "meramente literal en cuanto a la garantía" extracartular, complementado por la escritura hipotecaria; o sea que podríamos decir que para Cámara el pagaré hipotecario es un título "completo", pero "incompleto en cuanto a la garantía hipotecaria"(220)(1314).

La doctrina italiana es concluyente sobre que la hipoteca mantiene su régimen propio no obstante garantizar un pagaré. Según Angeloni, conserva su naturaleza de derecho real inmobiliario sujeto a las normas que disciplinan en el Código Civil las condiciones de validez y de eficacia, sea entre las partes, sea frente a terceros(221)(1315). Para Messineo la hipoteca "no se transforma en relación cartular y literal" y "queda regulada por el título que la constituye; en otras palabras, las cláusulas reguladoras de la hipoteca no adquieren carácter de literalidad, en cuanto el acreedor cambiario (e hipotecario) no puede valerse de la hipoteca sino en los términos y en los eventuales límites y con los presupuestos que el título constitutivo le imprime"(222)(1316). En similar tesitura, Gallo sostiene que el derecho de hipoteca permanece sujeto a sus reglas propias y no subsiste de conformidad con la literalidad del título(223)(1317).

Pensamos que si se admite, como lo hace Cámara, que una cláusula extracartular como la de la caducidad de plazos debe operar en los pagarés hipotecarios, no es porque este título circulatorio sea meramente literal en cuanto a la garantía, sino porque estamos frente a un verdadero título incompleto que ha menester integrarse con referencias extracartulares para quedar plenamente configurado. Es de resaltar que cláusulas como la de caducidad de los plazos no pertenecen al plano del derecho real de hipoteca, sino al plano del crédito que el mismo garantiza.

Creemos que si el derecho real de hipoteca se constituye únicamente en seguridad de las obligaciones cambiarias unidas a los pagarés hipotecarios, la presencia de cláusulas como las referenciadas lo convierten en un título "incompleto" y también es sostenible tal postura cuando el derecho real nace indistintamente en garantía del crédito extracambiario y del cambiario. Esa garantía hipotecaria alternativa es la que sobreviene con la modalidad comercial corriente, donde los pagarés hipotecarios son emitidos por la cantidad debida en un mutuo o por el saldo de precio en una compraventa. La indicada garantía indistinta, que por lo menos en nuestro derecho no violenta el carácter de especialidad en cuanto al crédito de la hipoteca (infra X, 4^o), hace que muchas veces

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las cláusulas mencionadas, aunque sea en la forma, aparezcan más unidas a la relación extracambiaria que a la cambiaria, pero una interpretación teñida de razonabilidad podría inferir que sería contradictorio admitir la incidencia de cláusulas de ese tipo en la órbita de la relación extracambiaria y negarlas en la relación cambiaria, desde que por lo menos económicamente se corresponden el crédito cambiario y el extracambiario.

Hay quienes niegan la invocabilidad de cláusulas como la de caducidad de plazos en el derecho vigente, pero destacan los inconvenientes que ello genera(224)(1318); otros que también niegan esa invocación manifiestan los riesgos que acarrearía(225)(1319); Pelosi en postura coherente con sus afirmaciones ya expuestas, considera que para que sobrevenga la caducidad de los plazos, "la cláusula debe constar en el pagaré"; no creemos que así se desvanezcan los riesgos que aduce el propio Pelosi, y en todo caso nos parece innecesaria esa mención en el título circulatorio, porque la individualización de la escritura sobre el título importa integrarlo con una referencia extracartular de simple acceso por estar contenida en un instrumento público inscripto en el Registro; tampoco debe perderse de vista que la previsión de la caducidad de plazos es de "estilo", lo que debilita aún más el extraer consecuencias de su presunto desconocimiento.

Sobre la cláusula de la mora automática y lo dispuesto por el nuevo texto del art. 509 del Cód. Civil, con sus proyecciones sobre el protesto, nos particularizaremos más adelante (infra, 10°).

6°) Necesario para ejercitar el derecho

Damos por reproducidas para el pagaré hipotecario las reflexiones vertidas en orden al pagaré simple (supra VII, 5°), también aquí el derecho y su ejercicio están unidos al título, adheridos a él: rei cohaerens(226)(1320).

7°) Literal

El derecho mencionado en el pagaré hipotecario es literal, como un símil con el pagaré simple y si bien en este último la literalidad asume su forma más pura en tanto el derecho queda limitado por el contenido del título, sin atender a remisiones extracartulares, y de allí que el pagaré simple sea un título completo (supra VII, 4°), el carácter de literalidad subsiste en los pagarés hipotecarios. La integración extracartular del título en el pagaré hipotecario que lo convierte en título incompleto, surge de una remisión que debe ser expresa y solamente podrá gravitar la relación extracartular de existir la indicada referencia. Sostuvimos que incluso en los títulos causales - el pagaré hipotecario no lo es para nosotros - el derecho mencionado es literal, pues la relación extracartular incide en la suerte del título únicamente en la medida en que surja del documento (supra, VII. 6°). Por las consideraciones antecedentes no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compartimos la postura del despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo que negó la literalidad de los pagarés hipotecarios(227)(1321).

8º) Autónomo

Entendemos que este carácter propio de los títulos de créditos subsiste en el pagaré hipotecario, en los términos que expresamos para el pagaré simple (supra VII, 7º) y en su consecuencia la adquisición del derecho por el tenedor del pagaré no está alcanzada por las excepciones personales a los poseedores precedentes(228)(1322).

La circunstancia de que en el pagaré hipotecario deba mencionarse necesariamente la existencia del gravamen hipotecario, no obsta para la autonomía del derecho cambiario. Con ese punto de partida, el despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo, también negó la autonomía del derecho que adquiere el tenedor del pagaré hipotecario(229)(1323). Para Colombo "es un poco forzado... aceptar la idea de una autonomía completa, tal como ocurre en las hipótesis generales. Quizá cuadraría mejor caracterizar el hecho como una «interdependencia o intercorrelación de obligaciones»... "(230)(1324). Ante todo, debe apuntarse que la autonomía del derecho cambiario es un rasgo esencial, que alcanza su plenitud si va acompañada de la abstracción, pero que subsiste aún en los títulos causados(231)(1325). La anotación sobre el pagaré se vincula más que con la autonomía, con la abstracción del pagaré, y parece contradictorio Colombo al reconocer el carácter abstracto del pagaré hipotecario(232)(1326) y debilitar la autonomía; los títulos de crédito reflejan siempre la autonomía, incluso los causados, pero es menos concebible que se cuestione la autonomía en un título que se admite como abstracto(233)(1327).

9º) Abstracto

Creemos que los pagarés hipotecarios conservan la condición de títulos abstractos que distingue con rasgos peculiares al pagaré simple y por tanto tampoco aquí es posible invocar la nulidad o inexistencia de la causa frente al tercero portador del título (supra VII, 8º).

Como primera aproximación es relevante significar que el carácter causal o abstracto de un título circulatorio no depende de la enunciación o no de la causa; puede ser abstracto un título que aluda a la causa, habida cuenta que no importa la expresión de la causa, sino la naturaleza del título(234)(1328). Esto sentado, la individualización en el pagaré de la escritura hipotecaria, no es suficiente para que se piense en el carácter causado de los pagarés hipotecarios(235)(1329). Si la hipoteca se constituye directamente en garantía de los pagarés hipotecarios, no es admisible que tenga alguna incidencia sobre este problema la referencia a ella en el documento; si la hipoteca surge en oportunidad de una compraventa o de un mutuo y garantiza indistintamente la obligación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extracartular y la cartular (infra X, 4º), tampoco debe computarse la individualización de la escritura en el pagaré como una conexión de su suerte con la de la causa de la relación extracartular que también garantiza la hipoteca.

Para aclarar este tema es imprescindible aludir al problema de la causa, por lo menos en los títulos circulatorios, por ser uno de los puntos claves para la configuración de los pagarés hipotecarios, ya que su tratamiento integral no cabe en este trabajo: a los efectos de su desarrollo en este ámbito nos basaremos fundamentalmente en el valioso estudio al respecto de Yadarola, que expondremos objetivamente.

Yadarola sostiene que la causa de la obligación es su "razón económico-jurídica"(236)(1330) y al tratar la causa de la obligación del suscriptor de un título de crédito, o en su caso de otro obligado cambiario, o sea la "razón económico jurídica", expresa "... mientras para unos la causa es el negocio jurídico en virtud del cual se entrega o transmite el título

(negocio de transmisión del título, pactum de cambiando), para otros la causa está en una convención ejecutiva mediante la cual se cumple o se ejecuta la relación jurídica fundamental u originaria; hay quienes - y yo estoy en esta posición - consideran que la causa de todo título de crédito es la misma relación fundamental que da origen al título... sea porque en más de una situación no existe negocio de transmisión ni convención ejecutiva, sea por el carácter accesorio que tiene, cuando existe, la causa de los títulos de crédito no se identifica en ninguno de tales negocios"(237)(1331). Aun cuando con miraje distinto al de Yadarola la convención ejecutiva respondiese algo más que a un "amor de simetría"(238)(1332) y tuviese la significación que le dan otros(239)(1333), de todos modos sí nos parecería convincente la afirmación de aquél de que la causa en los títulos de créditos es la misma relación fundamental.

Ya en el terreno de las ejemplificaciones(240)(1334), Yadarola piensa que la causa como razón económico-jurídica que justifica la obligación cambiaria - identificada con la relación fundamental - en un pagaré otorgado por el comprador a su vendedor por el importe del precio del contrato de compraventa, es precisamente esa compraventa; en la carta de porte la causa está en el contrato de transporte y en la acción de una sociedad anónima la causa aparece en el contrato o estatuto societario, pues en virtud de ese estatuto se ha creado el título. Para explicar mejor su concepción, dice que el contrato de adquisición en la Bolsa de Comercio de acciones de una sociedad anónima no es más que la "fuente" de esa adquisición, pero no su causa - concebida como razón económico-jurídica - que se halla en el estatuto. Richard sigue un interesante criterio paralelo, pues lo que él llama "causa-fin" se corresponde con la "causa" de Yadarola y su "causa fuente" con la "fuente" de Yadarola(241)(1335).

En el ejemplo de la compraventa, aunque Yadarola no lo destaca, parecería inferirse que el contrato de compraventa es por un lado la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"causa" de la emisión de los pagarés, como razón económico-jurídica que la justifica, y por el otro la "fuente" de dicha emisión. El contrato de compraventa como "causa" no tiene trascendencia para la vida posterior del título, en virtud de que el pagaré es un título abstracto; como "fuente" es invocable entre los contratantes inmediatos, en el caso librador y tomador, pero esa "relación personal" no gravita sobre los tenedores posteriores. Las nuevas obligaciones cambiarias sobrevinientes a la del suscriptor del pagaré (verbigracia la del tomador que endosa y que queda obligado como endosante), tendrán también sus "fuentes" en las relaciones jurídicas que las determinen y entre ellos será invocables dichas relaciones personales como contratantes inmediatos, pero incluso aquí carecerá de toda relevancia la "causa" de la obligación del suscriptor del pagaré (contrato de compraventa). Propiamente la llamada invocabilidad de la nulidad o inexistencia de la "causa" del librador frente al tomador no es tal, sino la invocación de la nulidad o inexistencia de la "fuente", de igual modo la nulidad o inexistencia de la "causa" entre endosantes y endosatarios inmediatos no es nada más que la nulidad o inexistencia de la "fuente"; así la nulidad o inexistencia de la "causa" no sería invocable ni siquiera entre contratantes inmediatos y aunque ellos fueran el suscriptor y el tomador(242)(1336).

Richard sostiene que si se prueba que es falso el reconocimiento de deuda indicado en la hipoteca "documentada" en pagarés, esa falsedad no será oponible a los terceros tenedores del pagaré, porque la falta de lo que él llama "causa fuente" (fuente), no los perjudicaría en virtud del principio de la autonomía; nos parece que en función del esquema expuesto esa falsedad no tiene proyecciones sobre los terceros tenedores, no sólo por el principio de autonomía, sino también por el de abstracción, porque ese reconocimiento de deuda es al mismo tiempo "causa" de la obligación del suscriptor y "fuente" de la misma.

A estar a las nociones precedentes, el pagaré hipotecario es un título abstracto, donde la mención de su "causa" carece de relevancia incluso entre contratantes inmediatos. Las aseveraciones sobre la invocación de la "causa" entre contratantes inmediatos que sostiene cierta doctrina(242bis)(1337), se relacionan con la invocación de la "fuente", pero todavía se discrepa sobre si estos temas pueden plantearse en el juicio ejecutivo(242 ter)(1338)

10º) Promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero

El sentido del título que sirve de acápite a este apartado es similar al que explicáramos para los pagarés simples (supra VII, 9º), a cuyo desarrollo nos remitiremos en todo aquello en que el régimen no cambie por la condición hipotecaria del pagaré.

En lo que atañe al plazo de pago del pagaré hipotecario, ya dijimos que en esta institución normalmente se determina el plazo con las modalidades del día fijo o del tiempo fecha (supra 3º).

Con relación al lugar del pago, a lo dicho en las pagarés simples debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

agregarse que para la determinación del lugar y domicilio a esos efectos, también debe atenderse a las previsiones de la escritura hipotecaria, por la condición de título incompleto del pagaré hipotecario.

En lo atinente a la constancia del pago y a su extensión y a su concreción al vencimiento del pagaré, o antes de él, debe estarse a lo manifestado para los pagarés simples.

Pensamos que la consignación judicial prevista en el art. 45 del decreto-ley 5965/63, aunque con algunas particularidades, debe subsistir si el pagaré no se presenta para el pago el día fijo o al tiempo fecha determinado. Cámara arguye en contra de esta posibilidad, que "no se da la imposibilidad de conocer el acreedor que presupone el texto precitado", ya que "el nombre del portador consta en el Registro inmobiliario, así como su domicilio" y concluye: "por ende, el tribunal previo informe registral tendrá que notificar al o a los portadores"(243)(1339). Es evidente que el nombre del tomador constará en el Registro, pero si aquél endosó el documento es improbable que del Registro surja el nombre de su endosatario o de los posteriores endosatarios, dado que la ley no impone la inscripción de los endosos y de hecho no se realiza (infra 13º). Es cierto, sin embargo, como dice Angeloni(244)(1340), que al tomador que recibiera una notificación judicial le interesará anotar a su vez a su endosatario en su condición de garante de la "existencia, validez y eficacia" del derecho. Quizá la solución más razonable sea admitir el depósito judicial previsto en el art. 45, pero requerir que por lo menos se lo notifique a quien aparece como titular registral del pagaré hipotecario. La notificación a los eventuales endosatarios desconocidos no es exigible, porque no puede imponerse la publicación por edictos - único camino posible por tratarse de personas inciertas (art. 145 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nac.) - en favor de quienes han dado lugar al depósito judicial por su incuria.

El propio Cámara, que sostiene la inaplicabilidad del pago por consignación, con fundamento en que no se da la imposibilidad de conocer al acreedor y que levanta conclusiones concordantes en orden a la citación prevista por el art. 3196 del Cód. Civil(245)(1341), debilita su construcción cuando afirma: "También se ha argüido en contrario que la transmisión de la hipoteca mediante endoso imposibilitaría la cancelación del gravamen por el tercer adquirente al ignorar él o los titulares del crédito y su o sus domicilios. Este argumento no resulta sólido, ya que en esa hipótesis la ley prevé un procedimiento especial de pago por consignación - art. 45, dec.- ley 5965/63 -"(246)(1342).

El pago por intervención, poco común en los pagarés simples, es improbable en los pagarés hipotecarios, pero de hacerse efectivo serán aplicables las previsiones ya computadas. Es importante resaltar que en el pago por intervención es necesario el protesto, porque su acreditación debe resultar del acta misma del protesto o a continuación de ella si el protesto ya se hubiera efectuado. Esta exigencia del protesto cabe también en los pagarés hipotecarios, no obstante lo que diremos a continuación sobre la innecesidad del protesto en distintos supuestos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pues el art. 78 del decreto-ley 5965/63 le ha dado tanta relevancia a ese acto, que aunque existiere la cláusula "sin gastos", dichos gastos serían exigibles a quien paga por intervención, en la inteligencia de que no se puede prescindir del protesto(247)(1343).

Con referencia al protesto, sostuvimos que en el pagaré simple podía prescindirse de él para el ejercicio de la acción cambiaria directa contra el suscriptor y su avalista, similar es la solución que cabe en el pagaré hipotecario. Para el ejercicio de la acción de regreso debe protestarse el documento en el pagaré simple y corresponde que nos pronunciemos aquí sobre la influencia que tiene sobre ese trámite la cláusula de la mora automática por el mero vencimiento del plazo sin necesidad de interpelación alguna, que suele acordarse en las escrituras hipotecarias. Algunos autores exigen el protesto sin formular distinciones expresas(248)(1344), otros conformes con la exclusión del protesto en la acción directa, lo imponen para la de regreso(249)(1345), hay quienes con distintos matices reconocen la prescindibilidad del protesto si los pagarés son conservados por el primer tomador y lo imponen si el documento fue transferido por endoso(250)(1346). Algún fallo ha sostenido que la cláusula de la mora automática sólo tenía vigencia entre deudor y acreedor originarios y que los nuevos tenedores del pagaré deben protestarlo(251)(1347); otro pronunciamiento se ha inclinado por exigir el protesto "para conservar las acciones cartulares correspondientes", pero no para la acción ejecutiva directa, pero en este último caso no porque el protesto no sea requerido contra todo suscriptor de un pagaré, sino porque el endosatario invocaría las cláusulas de la escritura(252)(1348).

La jurisprudencia de la Cámara Civil de la Capital Federal se inclina por elaborar una posición distinta tendiente a prescindir del protesto con argumento en lo pactado, postura adoptada por la Sala "B"(253)(1349), a la que parece adherir la Sala "A"(254)(1350) y en un supuesto especial en que había mediado cesión y no endoso, la Sala "F"(255)(1351).

El despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo, sostiene que el protesto no es necesario, e invoca en su favor el nuevo texto del art. 509 del Cód. Civil(256)(1352); alguna doctrina se muestra dubitativa(257)(1353).

La tesis de la innecesariedad del protesto para el ejercicio de la acción de regreso, de admitirse, debería fundarse en lo pactado y no en el nuevo art. 509 del Cód. Civil, que sin duda alguna - en las obligaciones a plazo cierto - establece que la mora se produce por su solo vencimiento. Es opinable que el mundo de los títulos circulatorios organiza un esquema distinto, donde el protesto asume el carácter de interpelación que es presupuesto de la constitución en mora y que la norma general del Cód. Civil no puede ingresar en este ámbito específico, ni siquiera en los pagarés hipotecarios, y menos para abrir la acción de regreso. Hemos sostenido que el pagaré hipotecario es un título incompleto, para la integración de sus requisitos debe atenderse también a las previsiones de las constancias extracartulares mencionadas expresamente en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento al individualizarse el gravamen hipotecario (supra 5º). En concordancia con lo allí expuesto con relación a la caducidad de los plazos, nos parece lógico concluir ahora en la vigencia de la cláusula de mora automática sin interpelación, o sea sin protesto, en el ámbito cambiario, en el supuesto de que la hipoteca se constituyese directamente en garantía del pagaré hipotecario, desde que las cláusulas de la escritura respectiva formarían parte del título circulatorio. También es sostenible igual conclusión si la emisión de los pagarés surge en oportunidad de un mutuo o de una venta con saldo de precio, hipótesis en la cual la hipoteca garantizaría tanto al crédito extracambiario como al cambiario, pues se darían las mismas circunstancias de razonabilidad que antes adujéramos. Ausente la cláusula de la mora automática, o sea no previsto ese efecto sin interpelación alguna, para la obligación extracambiaría jugará la disposición del art. 509 del Cód. Civil, pero para la cambiaria será imprescindible la interpelación unida al protesto, a los efectos de la acción de regreso y acaso hasta para la constitución en mora.

Presente la cláusula de la mora sin necesidad de interpelación alguna, su inclusión produciría los efectos de la cláusula "retorno sin gastos" o "sin protesto" analizada oportunamente (supra VII, 9º), y por ello es prudente incorporar directamente esta última cláusula para evitar cualquier duda sobre la necesidad o no del protesto(258)(1354). Quiere decir que la cláusula de la mora automática no liberará al portador de la obligación de presentar el pagaré en los términos previstos, ni de dar el aviso a su endosante; de cualquier modo la falta de presentación no impide la acción directa y la ausencia del aviso deriva únicamente en daños y perjuicios, temas que ya desarrollamos. Por otra parte, al igual que la cláusula sin protesto, habilita para ejercitar la acción cambiaria hasta por la vía ejecutiva.

11º) A persona individualizada o a su orden

Damos por reproducido lo que significáramos en derredor de la legitimación activa y pasiva en los pagarés simples (supra VII, 10º).

Debe atenderse a lo que diremos luego (infra 19º) a los efectos de prevenir que puedan verificarse dobles cobros de un crédito, lo que derivaría, por ejemplo, en el caso de que el deudor de una obligación extracartular garantizada con hipoteca y suscriptor de los pagarés hipotecarios garantizados por la misma hipoteca, abonase el crédito que se le reclamara por medio de acción extracartular y por no rescatar los documentos debiese afrontar también la acción de un endosatario de los pagarés, a quien no podría resistir con invocación del pago al endosante(259)(1355).

12º) Garantizado con derecho real de hipoteca

La garantía del pagaré con derecho real de hipoteca, que determina su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condición de hipotecario, con sus respectivas particularidades, da lugar al nacimiento de la hipoteca cambiaria, que también muestra rasgos distintivos de la hipoteca común, que estudiaremos más adelante (infra X).

13º) Que circula comúnmente por endoso

Lo aseverado en el pagaré simple sobre su común circulación por vía de endoso (supra VII, 11º), despierta polémicas en materia de pagarés hipotecarios.

En la doctrina comparada(260)(1356)autores como Supino, De Semo, Duvergier, Bedarride, Alauzet, Lyon-Caen et Renault, Gallabresi, Giorgi, Bonelli, Vivante, Bolaffio, Navarrini-Provinciali, Angeloni, Pellegrini, Caluci, Norsa, Sorani, Ramella, sostienen la transmisibilidad del pagaré hipotecario mediante endoso, aunque dicha hipoteca no surgiera del documento. La tesis de la intransmisibilidad del pagaré por endoso fue exitosa en Alemania, Inglaterra, Estados Unidos: Staub-Stranz, Quassowski-Albrecht, etc. Una corriente intermedia admite el endoso únicamente si en el propio documento consta la existencia de la hipoteca, expuesta por Vidari y que determinó la adhesión de Piccinelli, Marghieri, Calamandrei.

Entre nosotros es minoritaria la orientación que argumenta que no es factible que a través del endoso del pagaré hipotecario se transmita el crédito cambiario y la hipoteca que lo garantiza. Dice Baldana que el endoso del pagaré hipotecario "sólo transfiere el crédito que emana del documento, sin garantía hipotecaria, porque para que comprenda la cesión del derecho real anexo debe hacerse en escritura pública, por tratarse de un acto redactado en esa forma (Cód. Civil, art. 1184, inc. 9º), no siendo aplicable al caso el artículo 1458 del citado Código, que se refiere a la fuerza ejecutiva del título cedido, con independencia de la forma en que se hubiere hecho la cesión, que puede hacerse por instrumento privado (art. 1454) o público (arts. 1456 -1184, incs. 6º y 9º)"(261)(1357). En esa línea de ideas se ubican Romero(262)(1358)y el despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo, que arguye para fundamentar la cesión por escritura pública con los incisos 1º, 9º y 10 del art. 1184 del Cód. Civil(263)(1359).

La gran mayoría de la doctrina argentina, entre la que nos contamos, afirma que el endoso del pagaré hipotecario gravita tanto sobre el crédito cambiario como sobre el derecho real que lo asegura. Esta tesis que parecía sostener Lafaille, aunque con cierta oscuridad expresiva(264)(1360)y que adoptara Salvat(265)(1361), es seguida por Soarez(266)(1362), Argañaraz(267)(1363), Pelosi(268)(1364), Colombo(269)(1365), Cámara(270)(1366), Vivanco(271)(1367), Bendersky(272)(1368), Bruno Quijano(273)(1369), Richard(274)(1370), Rodríguez(275)(1371), Bonfanti y Garrone(276)(1372), Juárez de Zubía(277)(1373), Zannoni(278)(1374), etc. En lo atinente a los Congresos Notariales, se pronunciaron en este sentido la VII Jornada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Notarial Bonaerense (Azul del 25 al 27 de abril de 1963)(279)(1375) y en postura discrepante con el despacho elevado al plenario, el despacho aprobado por mayoría en comisión y luego retirado en la II Jornada Notarial de Cuyo(280)(1376).

Uno de los argumentos más repetidos en cuanto a la imposibilidad de que el endoso de un pagaré hipotecario transmita el derecho real, estriba en que ese instituto fue establecido para la transmisión de los derechos personales unidos a los títulos a la orden, pero es fácil rebatirlo si se piensa en la condición accesoria de la hipoteca (infra X, 2º), que en tal carácter debe seguir la suerte del crédito principal(281)(1377) y por ello no es compartible el desdoblamiento del medio de transmisión del derecho real accesorio de aquél adecuado para el crédito principal.

Si según el art. 1438 del Cód. Civil las disposiciones sobre la cesión de créditos no se aplican a títulos que como la letra de cambio y el pagaré tienen "un modo especial de transferencia", una interpretación sistemática permite afirmar que al contemplarse en el art. 3202 las letras o pagarés con garantía hipotecaria, debe habérselo hecho en la inteligencia de que su circulación era extraña a las normas civiles.

No es necesario abundar en la fundamentación para concluir en la muy relativa utilidad del pagaré hipotecario como instrumento de movilización del crédito, si su circulación se aletarga a través del procedimiento de la "cesión", circunstancia relevante para optar por la tesis de la circulación por endoso(282)(1378).

Lo expuesto también resta significación a los argumentos sobre la indeterminación del nombre del acreedor hipotecario, a pesar de lo dispuesto por el art. 3131 inc. 1º del Cód. Civil(283)(1379) y a ciertas dificultades para conocer el tenedor de los pagarés si el deudor desea pagar antes del plazo y cancelar anticipadamente la hipoteca o desea hacerlo el adquirente del inmueble que asumió la deuda (tercer poseedor obligado personalmente según la terminología del Código Civil en los arts. 3169 y 3172), y en general para la citación judicial de los endosatarios, de las que se hicieran cargo Supino y De Semo(284)(1380) y que recogieran la VII Jornada Notarial Bonaerense (Azul del 25 al 27 de abril de 1963)(285)(1381) y la X Jornada Notarial Argentina (Jujuy del 13 al 17 de octubre de 1964)(286)(1382), que hacen más a la publicidad de los endosos que a los endosos en sí.

Lo que llevamos dicho sobre la circulación del pagaré hipotecario con la garantía real respectiva, es válido cuando tal característica del pagaré aparece en su propio texto a través de la anotación registral, o según algún fallo de la anotación notarial(287)(1383) y no cabría si no consta esa "certificación" del gravamen hipotecario(288)(1384). En nuestro país, por la disposición del art. 3202, se adopta la que calificamos como doctrina intermedia inspirada por Vidari y con cierta adhesión. Uno de los argumentos fundamentales que sostuviera desde antaño dicho autor(289)(1385), consiste en el carácter formal de la letra de cambio y del pagaré, que impone que la garantía real del título también surja del documento, aserto que podrá ser controvertido en sus consecuencias a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la luz de sistemas foráneos, pero que armoniza con lo prescripto por el art. 3202 del Cód. Civil en torno de la certificación sobre el título.

No obstante que Soarez ha sostenido lo contrario(290)(1386), no creemos que deban autenticarse las firmas de los endosos por medio de la certificación notarial, habida cuenta que ese requisito no surge de ninguna disposición legal(291)(1387).

En virtud del art. 150 de la Ley Hipotecaria Española, el derecho hipotecario que garantiza obligaciones transmisibles por endoso se entenderá transferido con el título, "sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el registro"(292)(1388). Según el art. 2831 del Código italiano de 1942, en "los títulos a la orden la hipoteca se inscribe a favor del actual poseedor y se transmite a los posteriores poseedores; éstos no están obligados a efectuar la anotación prevista por el artículo 2843" (el artículo referido trata de la anotación al margen de la inscripción de la hipoteca, de la cesión, subrogación, o de otros actos dispositivos del crédito).

Es evidente que en el sistema argentino, aunque no exista norma expresa como la del art. 150 de la Ley Hipotecaria Española, no es necesario notificar al deudor del endoso del pagaré hipotecario, exigencia natural si mediara cesión (art. 1459 del Cód. Civil)(293)(1389) y no obstante que nada dice el art. 3202, y precisamente por ello, no es requerida la inscripción de los endosos, al igual que en España y en Italia(294)(1390). La publicidad de los endosos a través de su constancia en el Registro superaría problemas como los arriba apuntados para el pago de un pagaré no vencido y la cancelación anticipada de la hipoteca por el deudor, o por el nuevo dueño del inmueble gravado, o bien para la cancelación de la hipoteca luego de su pago al tiempo convenido, pues deben ser citados los endosatarios (art. 3196 del Cód. Civil), pero tampoco debe perderse de vista que ese requisito dificultaría la circulación del título(295)(1391) y complicaría la función del Registrador.

La transmisión de los pagarés hipotecarios por endoso es enunciada expresamente en los Proyectos de Reforma: art. 2775 del Anteproyecto de Bibiloni; art. 1729 del Proyecto de 1936; art. 1709 del Anteproyecto de 1954; art. 3041 del Anteproyecto De Gásperi.

En la jurisprudencia triunfa el esquema que seguimos, criterio hecho suyo hace bastantes años ya por la Suprema Corte de Mendoza, para la cual la transmisión de los pagarés hipotecarios opera por vía de endoso y no es necesaria la anotación en el registro para reconocer como titular al endosatario de aquéllos(296)(1392), postura que mantuvo en decisiones más recientes(297)(1393) y que acogen tribunales inferiores(297bis)(1394). También lo adoptaron la Corte de Justicia de San Juan(298)(1395) y la Cámara 1ª de Apelaciones de Mar del Plata(299)(1396). Es la postura aceptada con claridad por las Cámaras Civil(300)(1397) y Comercial de la Capital(301)(1398).

14º) Concede al titular una acción cambiaria

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Son aplicables aquí las reflexiones contenidas en el apartado VII, 12° sobre los pagarés simples. Son titulares del derecho subjetivo cambiario, por de pronto, el tomador originario del pagaré y el tenedor que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos y de buena fe. También son titulares de la acción cambiaria, el que pagó en virtud de una acción de regreso, el que pagó por intervención, el avalista que abonó el pagaré hipotecario y los llamados endosatarios impropios.

También debe distinguirse la acción directa o principal de la indirecta o de regreso y advertirse que la acción cambiaria unida al pagaré hipotecario puede exteriorizarse extrajudicialmente, o judicialmente en cualquier tipo de proceso, ejecutivo u "ordinario".

Para promover la acción cambiaria hay que acompañar el o los pagarés hipotecarios cuyo pago se reclame, juntamente con copia de la escritura hipotecaria respectiva; la presentación de los pagarés obedece al rasgo de "necesidad" estudiado oportunamente (supra 6°) y la escritura hipotecaria es requerida por ser el pagaré hipotecario un título "incompleto"(302)(1399). Si el ejecutante no es el tomador originario sino un endosatario, la individualización de la hipoteca sobre el pagaré hará factible su presentación sin la copia, que podrá obtenerse por vía judicial(303)(1400), dadas las posibles dificultades de conseguirla extrajudicialmente.

El protesto del documento será innecesario si se trata de ejercitar la acción directa o en el caso de la acción de regreso si se pactó la mora automática sin necesidad de interpelación - que repercute sobre el pagaré - o se incluyó la cláusula "retorno sin gastos" o "sin protesto" (Supra 10°).

Tanto en el supuesto en que los pagarés hipotecarios fueran conservados por el tomador, en que éste puede ejecutar todos, algunos o uno de ellos, o en la hipótesis de que la titularidad corresponda a un endosatario o endosatarios de algunos o uno de ellos, las acciones cambiarias hipotecarias son independientes entre sí.

Si se intenta accionar con apoyo en el crédito extracartular garantizado con hipoteca, no será la acción cambiaria sino la llamada "acción causal" y ello aunque dicho crédito determine una ejecución hipotecaria (infra 19°).

15°) Que puede dirigir contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente

Opinamos que también en el ámbito de los pagarés hipotecarios se aplican las pautas contempladas por el art. 51 del decreto-ley 5965/63 en cuanto a la responsabilidad solidaria, con los llamados ius electionis e ius variandi (supra VII, 13°).

La Cámara 4ª Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, en sentencia del 30 de diciembre de 1971, sostuvo un criterio opuesto, que excluye la posibilidad de acumular la acción cambiaria hipotecaria directa contra el librador de un pagaré hipotecario y la acción de regreso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contra un endosante. Dijo, entre extensas consideraciones: "... Es evidente que la relación jurídica originaria (la de la hipoteca) sigue dominando en el presente caso, y de que ha conservado enteramente su naturaleza civil, y por ende, en el sub iudice, no se está frente a una obligación, estrictamente, cambiaria que permita ejecutar a todos los que suscriben el documento (tanto librador o extendedor y endosante), en forma conjunta, como si se tratase de un pagaré comprendido en el dec.-ley 5965/63 (arts. 51 y 103). Esto se verá con mayor claridad y precisión, a partir de lo que se vaya exponiendo. . . Debe señalarse, de acuerdo a lo que se lleva expresando, que el endosatario - actor, podría haber dirigido su acción también contra su endosante..., siempre y cuando que la ejecución promovida fuera de carácter cambiaria, es decir, que su derecho estaría amparado por la ley comercial (arts. 51 y 103, dec.-ley 5965/63) y por el trámite procesal del art. 260 y pertinentes del Cód. de Procedimientos, pero, para que esto hubiera ocurrido, debió única y tan sólo, basar su demanda en los pagarés hipotecarios endosados (sin valerse de la escritura de hipoteca), como si realmente la obligación fuera esencialmente de índole personal..."(304)(1401). Este fallo motivó una interesante nota de Zannoni, quien cuestiona la posición adoptada(305)(1402).

Nos parece claro que la circunstancia de que se endose el pagaré hipotecario con la secuencia transmisión del crédito cambiario con su garantía real, no hace más que sumar un obligado al pago de la suma indicada en el pagaré, el endosante, que en tal carácter garantiza con su firma el cumplimiento de dicha obligación, y entonces el titular del derecho subjetivo cambiario - el endosatario - puede dirigir su acción contra el librador o contra el endosante, o acumularlas contra ambos, sin que tenga relevancia para excluir esa acumulación, que se tenga como garantía, además de la genérica del patrimonio de los obligados, la específica sobre cosas inmuebles determinadas brindada por el constituyente que las gravó con hipoteca y que dota al crédito cambiario de los derechos del ius preferendi y del ius persecuendi.

16º) Sujeta a prescripción

Entendemos que si se trata de la prescripción de la acción cambiaria nacida del pagaré hipotecario, deben aplicarse los distintos plazos antes vistos (supra VII, 14º) que prevé el art. 96, o sea, de tres años desde el vencimiento del pagaré para la acción directa o principal del portador contra el suscriptor, contados desde la fecha del vencimiento, de un año para la acción indirecta o de regreso promovida por el portador a contarse desde la fecha del vencimiento, porque la cláusula de estilo de la mora automática sin necesidad de interpelación hace las veces de la cláusula "sin gastos" o "sin protesto" que genera esos efectos y de seis meses para la acción de regreso articulada por un endosante, contados desde el día en que aquel pagó o desde el día en que se le notificó la demanda. También aquí el plazo de la prescripción de la acción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cambiaría contra los avalistas se corresponde con el de la acción respectiva contra los avalados.

A este enfoque de la prescripción de la acción cambiaria en los pagarés hipotecarios y sobre todo en la acción directa, se ha concretado cierta doctrina(306)(1403) y jurisprudencia(307)(1404), que concluyen en el mismo sentido del texto. Otra corriente doctrinaria(308)(1405) y jurisprudencial(309)(1406), ha formulado un distingo que se nos ocurre trascendente, y que compartimos, pues diferencia la hipótesis en que esté en juego la que llamamos acción cambiaria hipotecaria directa, donde aplica el plazo de tres años, de aquel otro en el cual se despliegue la que denominamos acción causal hipotecaria con apoyo en la respectiva relación fundamental, donde regiría el plazo prescriptivo a ella correspondiente, en la realidad comercial generalmente el de diez años previsto por el art. 4023.

Hay quienes en la doctrina(310)(1407) y en la jurisprudencia(311)(1408) interpretan que aunque se ejecute directamente el pagaré hipotecario debe aplicarse el plazo de prescripción de la ley civil, o sea el ordinario previsto por el art. 4023 del Cód. Civil, afirmación con la cual no coincidimos, porque por un lado no formulan la necesaria distinción entre la acción causal y la cambiaria y por ello aplican el plazo de la primera cuando se ejercita la segunda y porque por otro lado hasta parecen olvidar que el crédito extracambiario (que en la modalidad común garantiza la hipoteca indistintamente con el crédito cambiario) no es siempre de naturaleza civil, pues bien puede revestir carácter comercial.

17º) O caducidad

La caducidad de la acción cambiaria sobreviene en el pagaré hipotecario al igual que en el simple por el incumplimiento de las cargas legales que se imponen para la conservación de la acción, que, sin embargo, son diferentes para ambos institutos, pero en los dos la caducidad opera sobre la acción de regreso, pues el incumplimiento de las cargas legales exigibles no provoca la pérdida de la acción cambiaria directa contra el suscriptor y su avalista.

Debe partirse de la base de que los pagarés hipotecarios se suelen emitir a plazo fijo o a tiempo fecha y también que generalmente en la escritura hipotecaria se conviene la mora automática, sin necesidad de interpelación alguna, con los efectos de la cláusula "retorno sin gastos" o "sin protesto" (supra VII, 3º y 10º). De estas premisas se extrae que normalmente no existe la carga legal del protesto y basta con presentar el pagaré hipotecario para su pago en los términos previstos, o sea el día del pago o uno de los dos días hábiles sucesivos (art. 40); el incumplimiento del aviso que prevé el art. 49 no incide sobre la acción cambiaria, sino que da lugar a la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

18º) Ejecutable ante el fuero civil

En el ámbito de los pagarés simples hay coincidencia en que es competente la justicia comercial (supra VII, 16º), pero la doctrina y la jurisprudencia han mostrado discrepancias sobre la competencia en cuanto a la materia que corresponde a la acción cambiaria hipotecaria y a la acción causal hipotecaria, tema que asume importancia en el ámbito de la Capital Federal donde la justicia civil y la comercial no están unificadas.

La disputa doctrinaria y jurisprudencial de la que haremos tema a posteriori tiene importancia sólo dogmática, porque luego de la sanción de la ley 16732 de 1965, debe concluirse en la competencia de la justicia civil para la acción cambiaria hipotecaria unida a los pagarés hipotecarios, pues se la atribuye el art. 1º inc. a) de esa ley en "los juicios por cobro de créditos garantizados con hipoteca, aunque el crédito fuere de naturaleza comercial", como ha tenido ocasión de resolverlo la Sala "B" de la Cámara Nacional en lo Civil(312)(1409), con la aquiescencia autoral(313)(1410). Igual solución cabe para la acción causal hipotecaria. Con anterioridad a la ley 16732, que parece haber superado la polémica, las posturas antitéticas se planteaban fundamentalmente en torno de la competencia en la acción cambiaria hipotecaria, y no en la acción causal hipotecaria. Efectivamente, si la acción referenciada era la causal hipotecaria se concordaba en que debía gravitar la naturaleza de la relación extracartular, pero mientras la jurisprudencia tenía ocasión de fallar en casos donde la relación causal era de naturaleza civil(314)(1411)y alguna doctrina parecía no hacerse cargo de la posibilidad de que esa relación extracambiaria fuese de naturaleza comercial, bien que normalmente resultase civil(315)(1412), otra admitía con acierto la alternativa apuntada que llevaba según los casos a la competencia civil o a la comercial(316)(1413).

Las opiniones no eran pacíficas en la jurisprudencia en lo que atañe al fuero competente en la ejecución cambiaria hipotecaria. La mayoría entendía que las razones que determinaban la competencia comercial en la acción cambiaria clásica, no se modificaban en el supuesto de una acción cambiaria hipotecaria derivada de un pagaré hipotecario. Así la Cámara Comercial, en fallos de antigua data(317)(1414)e incluso en más recientes(318)(1415); también la Cámara Civil 1ª(319)(1416)y la Cámara Civil 2ª(320)(1417). El carácter de acto objetivo de comercio que tiene la negociación de un pagaré (art. 8º inc. 4º del Cód. de Com.), era fundamento suficiente como para sostener que el fuero competente era el comercial, no obstante el gravamen real hipotecario y esto aunque el pagaré hipotecario no se hubiera negociado, ya que el distinguo que intentara al respecto Cammarota(321)(1418)era inconsistente(322)(1419). A pesar de la fuerza de convicción de los razonamientos antecedentes, cierta jurisprudencia civil se manejaba con pautas distintas y para determinar la competencia en un pagaré a la orden dijo de la necesidad de tener en cuenta la naturaleza de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación principal y la función que tales documentos cumplen al respecto, como asimismo la causa de su emisión(323)(1420)y con paralelo enfoque afirmó que "la competencia se determina por la naturaleza del crédito principal que en este caso es civil... no parece acertado interpretar que deba diversificarse la competencia según que se utilice la escritura hipotecaria o los pagarés hipotecarios, siendo que ambos responden, en definitiva, a un único negocio jurídico principal"; dicha postura, no se desdibuja con las alegaciones sobre que los documentos ejecutados no habían circulado, dada la irrelevancia del distingo, bien que se reconocía que "era dudosa la solución del asunto"(324)(1421).

19º) Acción causal

Según la modalidad negocial más difundida, la "creación" de los pagarés hipotecarios se realiza por la cantidad adeudada en un mutuo o por el saldo de precio en una compraventa y justamente esos contratos de mutuo o de compraventa conforman la relación extracartular, básica, fundamental, causal, que está en el trasfondo de aquéllos. Del mismo modo, el endoso de un pagaré hipotecario, o sea su "transmisión", puede concretarse en oportunidad de contratos del tipo de los indicados o de otros más o menos semejantes, que implicarán la respectiva relación causal. Esa relación causal subsiste con la "creación" o la "transmisión" del pagaré, aunque sea hipotecario, pues por aplicación de los arts. 812 y 813 del Cód. Civil y 61 del decreto-ley 5965/63 hay que concluir que en principio aquéllos no implicaron "novación" de la relación fundamental, que en todo caso debería acreditarse (supra VII, 17º), extremos con los que concuerda la jurisprudencia(325)(1422).

Quiere decir, que la acción cambiaria nacida del pagaré hipotecario, con sus distintas manifestaciones, no obsta para la promoción de la acción causal. La acción nacida del crédito extracartular asegurado con la hipoteca es causal aunque se intente por el procedimiento propio de la ejecución hipotecaria, y por ello debe meritarse lo dispuesto por el art 61 del decreto-ley 5965/63, prácticamente ignorado en sus proyecciones concretas sobre los requisitos de la acción causal hipotecaria.

Al igual que en los pagarés simples, la acción causal en los hipotecarios cabe solamente entre obligados inmediatos (tomador originario contra suscriptor) y no juega en favor de un endosatario contra el suscriptor por no haberse entablado entre ellos ninguna relación extracartular. No es admisible reconocerla aun en este último supuesto, como lo hace cierta doctrina(326)(1423), ya que el endosatario está ligado causalmente con su endosante, pero generalmente no con el suscriptor, y el endoso no transmite la relación causal entre suscriptor y tomador originario, como tampoco las relaciones extracartulares entre endosantes y endosatarios precedentes(327)(1424).

La jurisprudencia ha sentado en general conclusiones acertadas, aunque sin hacer mérito de las fundamentaciones que se nos ocurren decisivas,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

unidas al art. 61 del decreto-ley 5965/63. Como las ideas directrices coinciden, nos referiremos también a pronunciamientos tribunales dictados en torno de pagarés simples emitidos en oportunidad de mutuos o compraventas con garantía hipotecaria.

La Sala "A" de la Cámara Nacional en lo Civil, en sentencia del 28 de julio de 1961, sostuvo que no era procedente iniciar la demanda de la suma total garantizada con hipoteca sin acompañar todos los pagarés que la documentan(328)(1425), criterio que reiteró el 23 de agosto de 1966 en términos interesantes: "la escritura de mutuo con garantía hipotecaria es formalmente inhábil como título ejecutivo cuando el mutuo se ha documentado también en pagarés a la orden y los pagarés no se acompañan junto con la escritura al promoverse el juicio. El acreedor ha creado en su propio beneficio - o en el mejor de los casos para él, ha aceptado - un título de crédito complejo, integrado por la escritura y los pagarés, que le brinda la ventaja del posible descuento de las letras, pero que, correlativamente; debe sujetarlo a la necesidad de mostrar el título íntegro escritura y pagarés - para perseguir el cobro-. si así no fuera el deudor estaría en riesgo de pagar al mutuante y luego verse perseguido por los tenedores de los pagarés, a los que no podría resistir y tendría que pagar nuevamente para luego intentar una acción de repetición contra el prestamista. Salta a la vista la injusticia de agravar la situación del deudor sujetándolo a tan notorio riesgo"(329)(1426). La Sala "A" insistió en las mismas pautas en fallos posteriores(330)(1427). La Sala "B" se manejó - con líneas conceptuales paralelas(331)(1428), pero admitió que el depósito en una escribanía de los pagarés que documentan un mutuo garantizado con hipoteca, para que se entreguen a la deudora una vez efectuado el pago reclamado, equivale a la presentación en juicio(332)(1429). La Sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial de Rosario exigió que al ejecutar una hipoteca se acompañen los pagarés simples emitidos(333)(1430)y también la Corte de Justicia de San Juan, que aclaró que si el acreedor había retenido alguno o algunos de los documentos y había negociado los restantes podía limitar su ejecución al importe de los pagarés hipotecarios que había reservado(334)(1431).

La Sala "D" de la Cámara Nacional en lo Civil se ha inclinado por principios distintos, que llevan a consecuencias prácticas disímiles. En fallo del 28 de julio de 1964, revocatorio del de Primera Instancia(335)(1432), al que se remitiera en la sentencia del 11 de abril de 1969(336)(1433), sostuvo: "Se dirá, acaso, que la mención en la escritura hipotecaria de los pagarés emitidos resta ejecutividad al título, que estaría sometido así a una condición: que los pagarés no hayan circulado, pero tal conclusión es inexacta, porque parece claro que esta condición tendría carácter resolutorio y no suspensivo... Si el deudor, entonces, pretende enervar la eficacia del título a él le toca demostrar que se cumplió la condición resolutoria, o sea, que los pagarés circularon y que los levantó a su vencimiento, pago que en ninguna de las instancias afirma haberlo efectuado". No obstante, afirma más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adelante: "Desde luego que si el deudor hubiera cancelado los pagarés esta ejecución no podría prosperar... El tribunal está de acuerdo, entonces, en que el deudor no pague sino contra la entrega de los documentos todavía no exhibidos en el sub lite; pero no en que se enerve el progreso de la ejecución sobre la base de la simple posibilidad de que los mismos hubieran circulado, manifestación expresamente contradicha por el acreedor" y para sustentar la postura a la que arribara, invocó otros fallos en los que manifestara que "el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales", pues "no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte . . . ". La Sala "D" que discrepa con la jurisprudencia antes citada en el sentido de que para ella no es presupuesto de la habilidad del título en una ejecución hipotecaria que los pagarés emitidos sean acompañados con la escritura, no pierde de vista que al tiempo del cobro, el deudor no estará obligado a pagar sino contra entrega de dichos pagarés, aunque esta salvedad se hizo en los considerandos y no en la parte dispositiva(337)(1434).

La doctrina concuerda en que en el supuesto analizado es menester acompañar junto con la escritura hipotecaria los pagarés emitidos(338)(1435), o aquellos cuyo importe se reclama si la acción no alcanza al monto total(339)(1436).

Creemos que dada la condición de acción causal que asume la ejecución hipotecaria analizada, deben satisfacerse los presupuestos del art. 61 del decreto-ley 5965/63. Sostenemos que la obligación de acompañar los pagarés hipotecarios junto con la escritura hipotecaria, obedece a la fuerza imperativa del art. 61, porque si esos pagarés no fueran presentados con la demanda, no podrían ser "restituidos" al deudor, tal como lo dispone ese texto. Si bien en principio por aplicación del art. 61 también se requiere que los documentos hayan sido protestados por falta de pago, esa exigencia no cabe si el protesto es innecesario y lo es si el tomador primitivo ejerce la acción causal hipotecaria contra el suscriptor (supra VII, 17º).

Si se tratase de otras acciones causales unidas a la vida del pagaré hipotecario, pero distintas de la causal hipotecaria del tomador originario contra el suscriptor, dichas acciones causales, verbigracia de un endosatario contra su endosante, deberán satisfacer las directivas del art. 61, con arreglo a esa modalidad; así el protesto será innecesario si en la escritura hipotecaria se pactó la mora automática sin necesidad de interpelación - que gravita sobre el pagaré hipotecario - o más simplemente por la inclusión de la cláusula "retorno sin gastos" o "sin protesto". En esos casos será necesario que el pagaré acompañado con la documentación de la respectiva relación extracambiaria para ser restituido al deudor requerido haya sido presentado para su pago, desde que su no presentación a esos efectos lo habría perjudicado y no sería posible cumplir la preceptiva del art. 61 in fine sobre "las formalidades necesarias para que el deudor requerido pueda ejercer las acciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regresivas que le competan" (supra VII, 17°).

20°) Acción de enriquecimiento

En los pagarés hipotecarios también se hace presente la acción de enriquecimiento(340)(1437), en los términos y condiciones que expusimos al tratarla en el ámbito de los pagarés simples (supra VII, 18°).

X. HIPOTECA CAMBIARIA. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA HIPOTECA

A esta altura del trabajo, expuestos y comparados el régimen jurídico de los pagarés simples y el de los hipotecarios, corresponde que nos aboquemos a la hipoteca cambiaria, y, en función de la misma técnica de investigación, expondremos una definición de corte analítico que permitirá mostrar las analogías sustanciales y algunas diferencias con las notas fundamentales que oportunamente destacamos en la definición analítica y desarrollada de la hipoteca clásica (supra VIII).

La hipoteca cambiaria es un derecho real accesorio constituido por convención formal, en seguridad de un crédito por una suma determinada de dinero, sobre cosas inmuebles individualizadas, que continúan en poder del constituyente, naturalmente indivisible, que previa publicidad puede oponerse incluso a terceros interesados, que otorga los derechos de persecución y de preferencia y que extinguida puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial, o directamente ante el Registro con la presentación de los pagarés hipotecarios.

1°) Derecho real

Son aplicables las referencias puntualizadas al desarrollar la naturaleza de la hipoteca común (Supra VIII, 1°), que se reiteran en las distintas modalidades a través de las cuales entran en relación ese derecho real y el régimen cambiario(341)(1438).

2°) Accesorio

Creemos que el derecho real de hipoteca cambiaria mantiene su condición de accesorio de un crédito, que vimos era nota esencial de la hipoteca (supra VIII, 2°), puesto que lo principal es el crédito cambiario y lo accesorio la hipoteca(342)(1439).

Algunos fallos del fuero civil levantan ideas distintas. En sentencia del 29 de junio de 1961 la Sala "F" de la Cámara Nacional en lo Civil sostuvo que el pagaré hipotecario "no constituye una obligación autónoma, sino que representa solamente una de las sumas en que se fraccionó a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectos del pago, el monto total del mutuo instrumentado en la escritura pública" y que esos documentos "sólo han servido como comprobantes paralelos y accesorios de la deuda civil que ya estaba debidamente instrumentada en la hipoteca"(343)(1440). La Sala "D", que en fallo del 28 de julio de 1964 expresara que "tales documentos revisten carácter accesorio respecto de la obligación instrumentada en la escritura pública, desde que no hacen sino establecer una modalidad a los efectos del pago de la deuda"(344)(1441), afirmó el 24 de agosto de ese año "que tales papeles tienen un carácter doblemente accesorio - porque lo son de la hipoteca, la cual, a su vez, tiene carácter accesorio respecto del crédito - sino además que la ley - y la ley civil, conviene señalarlo - quiere que esa dependencia quede expresamente estampada en el documento bajo la firma de un funcionario público"(345)(1442). Esta corriente que tuvo poco eco doctrinario(346)(1443), no es seguida por otros fallos que participan de la posición que auspiciamos; así la Sala "B" de la Cámara Nacional en lo Civil expresó el 30 de marzo de 1967, aunque incidentalmente, que los pagarés hipotecarios "constituyen el título de crédito del que la hipoteca es un accesorio"(347)(1444), postura que es la que informa a la jurisprudencia comercial(348)(1445).

Si bien en pura técnica jurídica el crédito extracambiarío (relación fundamental) y el cambiario (relación cartular) importan nociones distintas, es innegable una correspondencia económica entre ambos, que traduce la conocida fórmula del "trasvasamiento" del crédito extracambiarío al documento cambiario, y aún con la premisa de la diferencia de esos créditos, la emisión del título circulatorio gravita de manera decisiva sobre la relación cartular, tanto que el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones extingue la otra y que la suerte de la acción causal está condicionada por el art. 61 del decreto-ley 5965/63 a determinados requisitos a cumplirse con relación al documento cambiario (supra IX, 19º). Ese esquema del emplazamiento de los créditos extracambiarío y cambiario se mantiene en el supuesto de emisión de pagarés hipotecarios al garantizarse con derecho real de hipoteca la cantidad debida en un mutuo o el saldo de precio en una compraventa, gravamen hipotecario que brindara seguridad indistinta al crédito extracambiarío y al cambiario, a la luz de la posición que le es atribuible al Código Civil en torno de la especialidad de la hipoteca (infra X, 4º).

Con esos puntos de partida, no nos parece compartible la posición que invoca simplemente la accesoriedad del pagaré hipotecario al crédito extracambiarío o una doble accesoriedad a ese crédito y a la hipoteca. O reconocemos que el crédito extracambiarío es en el fondo el mismo que el cambiario y entonces no cabe hablar de accesoriedad de uno al otro, o con la mirada puesta en una estricta técnica jurídica formulamos su distinción, pero de ella tampoco puede derivarse una relación de primacía de uno y de accesoriedad del otro, puesto que no sería concebible entonces que la extinción del crédito cambiario - que se dice accesorio - provoque la extinción del extracambiarío. La afirmación de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doble accesoriedad es más difícil de mantener todavía, porque un derecho real por esencia accesorio de un crédito como es el de hipoteca, no puede convertirse en principal con relación al pagaré hipotecario (crédito cambiario); no cabe sostener que lo principal es el derecho real y lo accesorio el crédito cambiario. Dicha concepción no podría explicar desde ningún concepto que el endoso de un pagaré hipotecario transmita el derecho real de hipoteca, cómo se podría concebir que la transmisión de un derecho que se dice accesorio - el crédito cambiario del pagaré hipotecario - opere la transmisión de lo principal, que se sostiene es el derecho real de hipoteca.

La necesaria "certificación" del gravamen hipotecario que debe estamparse en el pagaré para que sea hipotecario, no tiene otro alcance que revelar la existencia del derecho real accesorio y advertir que para la vida del título debe atenderse también a las previsiones de la escritura respectiva, atento a la condición de título "incompleto" que le atribuimos al pagaré hipotecario (supra IX, 5º), y de ningún modo establecer un vínculo de accesoriedad con el crédito extracambiario y menos con el derecho real de hipoteca. Si la hipoteca se constituye exclusivamente en garantía de los pagarés hipotecarios, la tesis opuesta sería insostenible.

3º) Constituido por convención formal

Interpretamos que al igual que en la hipoteca común, la fuente del derecho real de hipoteca cambiaria está dada por una convención formal, dado que persisten el carácter esencial de la convencionalidad y la imposición de requisitos formales (supra VIII, 3º). Si bien la hipoteca cambiaria refleja cierta indeterminación en su titular(349)(1446), no es dable afirmar que la constitución es unilateral, lo que violentaría el art. 3115 del Cód. Civil, pues en un pagaré hipotecario es perfectamente identificable su tomador(350)(1447), dado que no se da la imposibilidad a ese respecto que se advierte en los títulos al portador; la relativa indeterminación del titular a la que aludiéramos, o más bien su fácil sustitución, es consecuencia de la transmisibilidad del gravamen hipotecario por el endoso del pagaré hipotecario(351)(1448).

La convención que obra como fuente de la hipoteca cambiaria es de carácter formal, atento a la imposición del art. 3128 del Cód. Civil y a los requisitos del art. 3131. A dichos requisitos debe agregarse la imprescindible referencia en la escritura hipotecaria al libramiento de los pagarés hipotecarios y a sus datos individualizatorios. Si la escritura hipotecaria se otorga directamente en garantía de los pagarés, va de suyo que obrará en ella la constancia de la emisión de aquéllos, pero es del caso que también es inexcusable esa constancia si la hipoteca se otorga en oportunidad de un mutuo o de una venta con saldo de precio. La doctrina ha hecho tema con dicha referencia escritural a la emisión de los pagarés(352)(1449), pero no ha puesto de relieve toda su significación. El libramiento de los pagarés hipotecarios debe surgir del texto de la escritura, porque en caso contrario no serían alcanzados por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el beneficio del gravamen real, puesto que la ausencia de esa constancia importaría no satisfacer la determinación del crédito garantizado tal cual lo requiere la especialidad de la hipoteca, y de no procederse de ese modo la hipoteca aseguraría únicamente el crédito extracambiarario, pero no el cambiario (infra 4º). Al no conectar la constancia de la emisión de los pagarés con la especialidad de la hipoteca, se ha sostenido la mera "conveniencia" de que se haga alusión a ella en la escritura(353)(1450), o se ha destacado su importancia pero a efectos distintos(354)(1451), o directamente se ha interpretado que podía prescindirse de ella(355)(1452).

4º) En seguridad de un crédito por una suma determinada de dinero

Frente a los arts. 3131 inc. 2º, 3109 y 3131 inc. 4º del Cód. Civil, se concluye en el carácter esencial de la especialidad en cuanto al crédito de la hipoteca cambiaria - que reproduce el paralelo de la hipoteca clásica (supra VIII, 4) -.

A diferencia de la hipoteca común, donde el crédito garantizado puede no ser en dinero, ya que basta que se lo estime en una suma determinada de dinero, en la cambiaria, el crédito asegurado es en dinero, dado que por definición el pagaré hipotecario comporta una promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero (supra VII, 10º); de allí que reemplacemos la fórmula apropiada para la hipoteca clásica de constitución "en seguridad de un crédito estimado en una suma determinada de dinero", por la siguiente: "en seguridad de un crédito por una suma determinada de dinero".

En materia de especialidad en cuanto al crédito, el problema conceptual más importante se plantea en el supuesto de que la hipoteca no se constituya directa y exclusivamente en garantía de la obligación cambiaria, sino que nazca en oportunidad de negocios jurídicos como el mutuo o la compraventa con saldo de precio, en los cuales se emitan pagarés y se asegure la suma debida con hipoteca.

Autores como Gorla(356)(1453), Roca Sastre(357)(1454), sostienen que no es posible que la hipoteca garantice al mismo tiempo el crédito extracambiarario y el cambiario, porque no se cumplimentaría el carácter de la especialidad, tesis que comparte Cámara(358)(1455), para quien la garantía no puede ser conjunta, y que está presente en el razonamiento de Bendersky(359)(1456), que expresa la necesidad de que al constituir la hipoteca se opte por asegurar el crédito extracambiarario o el cambiario. No obstante reconocer la pureza del razonamiento precedente, pensamos que por lo menos en nuestro derecho debemos inclinarnos por una solución distinta. Por encima de las diferencias jurídicas que median entre el crédito extracambiarario y el cambiario, desde el punto de vista económico ambos revelan una identidad sustancial, económicamente el crédito es único(360)(1457). En nuestro Código la garantía conjunta e indistinta de los créditos extracambiarario y cambiario puede derivarse del propio texto del art. 3202 del Cód. Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Efectivamente, a esta altura de la investigación, parece evidente que los pagarés emitidos en la oportunidad y condiciones previstas en el art. 3202 llevan anexa la garantía hipotecaria, de otro modo el art. 3202 sería una norma incoherente porque aludiría en el marco hipotecario a pagarés sin ese carácter. Y esos pagarés hipotecarios, cuando satisfacen los requisitos para su configuración como tales, pueden cumplimentar el objetivo fundamental de su libramiento, o sea "ser tomados en cuenta del crédito hipotecario" (art. 3202), destacamos la expresión crédito hipotecario, o sea crédito con garantía hipotecaria, o en definitiva crédito extracambiarario con garantía hipotecaria, porque allí estriba el argumento decisivo para la tesis que sustentamos. La emisión de los pagarés hipotecarios permite tomarlos en cuenta en el crédito causal "hipotecario", precisamente porque está en la mens legis la circunstancia de que ese crédito extracambiarario también goza del gravamen hipotecario.

La tesis de la garantía indistinta en nuestro derecho del crédito extracambiarario, que acogemos, armoniza con la corriente firmemente mantenida por la jurisprudencia en materia de pagarés hipotecarios (supra IX, 19º), que sin plantearse el problema dogmático y llevada por la praxis arribó a la misma conclusión(361)(1458).

No hay obstáculo alguno para que la hipoteca cambiaria garantice parcialmente el crédito respectivo, al igual que la común (supra VIII, 4º), ni tampoco para que la hipoteca se otorgue en garantía de una obligación distinta de la del suscriptor, por ejemplo la obligación de un endosante(362)(1459).

La doctrina discrepa en torno a si la hipoteca cambiaria puede asegurar deudas pagaderas en diversos plazos que motivan pagarés de vencimientos sucesivos, como lo afirman algunos validos de la referencia a "diferentes plazos" que contiene el art. 3202(363)(1460), o si también es factible cuando aquélla debe ser pagada al vencimiento de un plazo único y los pagarés procuran fraccionar el crédito(364)(1461).

El art. 3202 denuncia como fuente a los arts. 3340 y sgts. del Código de Luisiana y precisamente ese art. 3340 parece haber determinado la alusión a "diferentes plazos" en el art. 3202, ya que expresa: "Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, o por la cual existe un privilegio, es pagable en diversos términos, el deudor podrá, en el momento del pago de cada uno de esos vencimientos, exigir del acreedor que le procure la cancelación de la hipoteca o del privilegio relativo al vencimiento o a los vencimientos que han sido así pagados, de la misma manera que se ha dicho en el artículo precedente". A pesar de que la doctrina no aduce este argumento, y sin desconocer su importancia, no alcanzamos a comprender en qué se comprometería el espíritu de la norma con la admisión de hipotecas cambiarias accesorias de pagarés de vencimiento único, o aún si la hipoteca cambiaria garantizara el único pagaré emitido por el total de la suma debida, ya que también aquí está presente la movilización del crédito, en tanto el tomador del documento podrá obtener el capital respectivo antes del vencimiento del pagaré, mediante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su endoso.

Por aplicación del principio de la especialidad hipotecaria, si al tiempo de constituirse el derecho real, la garantía se estableció en favor del crédito extracambiarario y luego se procura movilizarlo con el libramiento de pagarés, en esas condiciones estos títulos circulatorios no revestirán el carácter de hipotecarios. Al no contemplarse la emisión de los pagarés en la escritura hipotecaria, mal pueden ser beneficiados por el gravamen real, para lo que será menester acudir a la solución de los arts. 2775 in fine de Babiloni, 1729 in fine del Proyecto de 1936, 1709 in fine del Anteproyecto de 1954 y 3041 in fine del Anteproyecto De Gásperi, es decir un contrato posterior hecho por escritura pública y registrado, que comprenda a los pagarés en la garantía hipotecaria(365)(1462), con exclusión o no de la seguridad antes otorgada al crédito extracambiarario. Expresamos ya que en la renovación de los pagarés hipotecarios no es requerida una nueva escritura (supra VII, 4°).

5°) Sobre cosas inmuebles individualizadas

Es aplicable aquí lo significado en su momento sobre la hipoteca común (supra VIII, 5°), pues también la cambiaria recae sobre inmuebles que deben estar individualizados en términos tales que satisfagan el carácter de especialidad en cuanto al objeto.

6°) Que continúan en poder del constituyente

Una nueva similitud encontramos en este apartado con la hipoteca común (supra VIII, 69), ya que los inmuebles continúan en poder del constituyente titular del inmueble hipotecado (art. 3119 del Cód. Civil), principios de los cuales ha hecho aplicación la jurisprudencia(366)(1463).

7°) Naturalmente indivisible

La indivisibilidad en cuanto al crédito y en cuanto al objeto que es carácter natural de la hipoteca ordinaria (supra VIII, 7°), perdura en la hipoteca cambiaria, rasgo que no se conmovió frente a las modalidades de la cancelación de la hipoteca cambiaria (infra 12°).

8°) Que previa publicidad puede oponerse incluso a terceros interesados

Una vez más son adecuadas a la hipoteca cambiaria las reflexiones vertidas para la hipoteca común, que deben compaginarse con las atinentes a la oponibilidad de la hipoteca cambiaria con el endoso del pagaré hipotecario, sin necesidad de la constancia registral (supra VIII, 8°, IX, 13°).

9°) Derecho de persecución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El ius perseguendi propio del derecho real hipotecario (supra VIII, 9º), permanece inmutado en la hipoteca cambiaria.

10º) Derecho de preferencia

Esta nota hipotecaria (supra VIII, 10º) se exhibe también en este ámbito. Hemos sostenido que el endoso de los pagarés hipotecarios transmite el derecho real accesorio y como los endosatarios pueden ser distintos y en virtud de endosos de fechas diferentes, se plantea el problema de las preferencias respectivas. Si los endosatarios son de igual fecha es evidente que gozarán de similar preferencia, pero aunque las fechas de sus endosos fuesen distintas, la solución no debe variar, ya que la anterioridad de un endoso sobre otro no incide en la preferencia, tesis expuesta en la doctrina comparada(367)(1464), a la que adhirió la doctrina nacional(368)(1465).

Se ha afirmado que si el acreedor hipotecario, tomador primitivo de los pagarés hipotecarios, endosa alguno o algunos de esos documentos y conserva otros, la garantía hipotecaria anexa a esos documentos que retiene privará sobre la de los endosatarios parciales(368bis)(1466). No nos convence dicho razonamiento, en ese supuesto, el endoso de alguno o algunos de los pagarés hipotecarios traslada al endosatario de que se trate el derecho real accesorio con preferencia de igual grado a aquella de que goza el tomador primitivo por los pagarés hipotecarios que conserva; no debe olvidarse que la garantía hipotecaria es la misma aunque el endoso de los pagarés hipotecarios haya modificado su titularidad y provocado que se la comparta, existirá una coparticipación en el rango hipotecario(369)(1467).

11º) Extinción

Al ocuparnos de similar tema en la hipoteca común, dijimos que de los distintos medios extintivos interesaba en particular a esta investigación el previsto por el art. 3196 del Cód. Civil de la extinción de la hipoteca por venta en remate judicial y fundamentalmente los medios idóneos para notificarla a los otros acreedores hipotecarios (supra X, 11º). Las pautas expuestas por Fernández, que hicimos nuestras en la hipoteca común, deben modificarse para la cambiaria.

Las dificultades para efectuar las notificaciones previstas por el art. 3196 en la hipoteca cambiaria, arrancan de que no es obligatorio dejar constancia registral de los endosos (supra IX, 13º), que por otra parte los Registros muchas veces no admiten o directamente no se acostumbra hacerlo, bien que en Mendoza la realidad sea distinta.

Desconocido el actual tenedor legitimado de los pagarés hipotecarios, no quedaría más remedio que notificar a quien aparezca en esa condición en el Registro - por lo menos surgirá el tomador originario - quien seguramente procurará notificar a su endosatario y así sucesivamente para no verse alcanzado por la garantía de la existencia, validez y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eficacia del derecho que pesa sobre él, tal como lo presume Angeloni(370)(1468), pero de cualquier modo se nos ocurre imprescindible notificar por edictos a los eventuales tenedores de pagarés con garantía hipotecaria sobre el inmueble, porque su condición de personas inciertas debe conducir a ese modo de anotarlos (art. 145 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y arg. art. 3203 del Cód. Civil)(371)(1469).

12º) Puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial, o directamente ante el Registro con la presentación de los pagarés hipotecarios

Ante todo, como en la hipoteca común son idóneos para proceder a la cancelación de la hipoteca cambiaria los instrumentos públicos que traduzcan la cancelación voluntaria o judicial (supra X, 12º), pero además se discute sobre la posibilidad de determinar la cancelación con la mera presentación al Registrador de los pagarés hipotecarios.

La polémica aludida surge en derredor del significado de la previsión del art. 3202 del Cód. Civil, cuando afirma que "con ellos - los pagarés hipotecarios - el deudor o un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca". La fuente del régimen legal de los pagarés hipotecarios, el Código de Luisiana, norma en sus arts. 3346/3347 que el deudor que abonara los pagarés hipotecarios "puede hacerse entregar por el notario un certificado, en que conste su origen. Con la presentación de este certificado el conservador de hipotecas, debe cancelar la inscripción hasta lo que alcance el valor de la suma pagada".

Algunos autores interpretan que también en el ámbito de la hipoteca cambiaria solamente puede operarse su cancelación con apoyo en los instrumentos públicos necesarios en la hipoteca común. Sostienen que no es suficiente presentar la totalidad de los pagarés al Registro para obtener la cancelación, autores como Llerena, con apoyo en el art. 3201 del Cód. Civil(372)(1470), Machado(373)(1471), Prayones, Dassen y Laquis(374)(1472), Baldana(375)(1473), Diez Mieres(376)(1474) quienes piensan que la cancelación extrajudicial sólo cabe a través de la escritura pública y que el art. 3202 no incorpora una nueva modalidad; en esa línea de ideas se trae a colación el inciso 11º del art. 1184 del Cód. Civil(377)(1475) y algunos no dejan lugar a dudas que en esa escritura debe comparecer el acreedor(378)(1476). La II Jornada Notarial de Cuyo sostuvo en el despacho elevado al plenario por la Comisión 2ª la necesidad de otorgar la escritura de cancelación a iniciativa del deudor o tenedor de los documentos, sin requerirse la presencia del acreedor primitivo(379)(1477); el despacho que se aprobara en dicha Comisión por mayoría y posteriormente retirado, habló de la mera conveniencia de ese procedimiento(380)(1478), que también parece ser el criterio de la Comisión 3ª de dichas Jornadas(381)(1479).

La referencia a que con los pagarés puede solicitarse la cancelación de la hipoteca, la mantienen los arts. 2818 de Babiloni, 1758 del Proyecto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1936 y 3079 del Anteproyecto de De Gásperi, al expresar que esa cancelación puede solicitarse entregándolos al Registrador; el Anteproyecto de 1954 no prevé este modo de cancelación en el art. 1733. La mayoría de la doctrina sigue la postura que ya formulara en su glosa Segovia(382)(1480) y sostiene que con la presentación de los pagarés hipotecarios debe cancelarse la hipoteca, sin la necesidad de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial(383)(1481).

La corriente que se pronuncia en favor de la posibilidad de cancelar la hipoteca con la presentación de los pagarés, que compartimos, halla sustento en la propia letra del art. 3202 del Cód. Civil y debe correlacionarse con el reemplazo de la anotación notarial que contiene la fuente, por la anotación registral, pues del mismo modo que el Código de Luisiana es coherente en la cancelación al aludir al certificado que expida el notario en el que conste el pago de los documentos, el legislador argentino nada dice de esa certificación, lo que lleva a pensar que la considera innecesaria, en la medida que la detentación de los documentos hace presumir su pago (art. 878 del Cód. Civil). Esta postura es seguida también en la jurisprudencia(384)(1482), aunque se arguye que no es el criterio de la Corte de Justicia de San Juan(385)(1483), pero en la praxis mendocina se recurre al notario para que levante una escritura pública en la que conste la cancelación para ser acompañada al Registro junto con los pagarés hipotecarios(386)(1484).

Bendersky interpreta que la cancelación indicada sólo es factible si los pagarés anotados por el Registrador son conservados por el tomador, pero no cabe en el supuesto de que hubiera endosatarios y no se hubiera tomado razón de los endosos respectivos, puesto que tal cancelación se funda en el hecho de que a través de los pagarés anotados se exhibe un título emanado del propio Registro(387)(1485). Entendemos que es infundado el distingo de que los endosos consten o no en el Registro, pues si la cancelación de la hipoteca con la presentación de los pagarés hipotecarios halla sustento en que en su propio texto obra la certificación que los correlaciona con la escritura hipotecaria, la toma de razón de los endosos en nada incide sobre la "autenticidad" de aquéllos.

El art. 3202 habilita para provocar la cancelación con los pagarés hipotecarios al deudor o a "un tercero", criterio que se prolonga en los arts. 2818 de Babiloni, 1758 del Proyecto de 1936 y 3079 de De Gásperi, que por tanto se separan del art. 3346 del Código de Luisiana, que limita el facultamiento al deudor. La alusión al "tercero", es meritada en sentido más amplio(388)(1486) o menos amplio(389)(1487); nos parece que todo tercero que detente los pagarés hipotecarios con interés legítimo puede determinar la cancelación, atento a que la ley no hace distingos.

Si se hace uso de la posibilidad reconocida por el art. 3202 y se presentan los pagarés al Registrador a los efectos de la cancelación, es razonable la exigencia de los arts. 2818 de Babiloni, 1758 del Proyecto de 1936 y 3079 de De Gásperi en orden a que los pagarés hipotecarios sean archivados en el Registro, ya que ellos fundamentan dicha cancelación(390)(1488).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pensamos que en la hipótesis de pérdida, sustracción o destrucción de los pagarés hipotecarios deben aplicarse las disposiciones a ese respecto del derecho cambiario

- actualmente los arts. 89 y sgts. del decreto-ley 5965/63(391)(1489)- y no como sostiene aisladamente el art. 3203(392)(1490), por tanto y en función del art. 92, la "cancelación de la hipoteca" puede obtenerse con la constancia judicial de que no se dedujo oposición a la "cancelación de los documentos", o que ésta fue rechazada definitivamente.

En lo que hace a los requisitos a cumplir frente a la prescripción de la acción cambiaria, caben varias reflexiones. Si la hipoteca se constituyó exclusivamente en garantía del crédito cambiario - lo que no es común - la sentencia judicial que declare la prescripción de la acción cambiaria es suficiente para cancelar la hipoteca, sin que sea del caso plantearse la posibilidad de que no esté prescripto el crédito extracambiario o relación causal, puesto que no le alcanza la seguridad hipotecaria. Si los pagarés hipotecarios fueron emitidos en oportunidad de un mutuo o de un contrato de compraventa, la hipoteca garantiza indistintamente el crédito extracambiario y el cambiario y es viable entonces que prescripto el crédito cambiario subsista el causal, así en el caso de que el tomador originario no haya negociado los pagarés, donde la prescripción del crédito cambiario hipotecario no obsta a la exigibilidad del crédito causal hipotecario y por tanto ante la sola prescripción del primero no correspondería la cancelación de la hipoteca(393)(1491).

Hay autores que admiten que si se acompañan al Registro parte de los pagarés hipotecarios emitidos, el Registrador puede cancelar parcialmente la hipoteca hasta el monto de aquéllos(394)(1492) (394a)(1493) (394b)(1494)

Discrepamos con esa posición en virtud del carácter de indivisibilidad de la hipoteca, que si bien no es esencial y sólo natural, acompaña a la hipoteca en tanto no exista un acuerdo de partes en contrario(395)(1495), o se admita judicialmente la divisibilidad regulada en el art. 3112 del Cód. Civil (Supra VIII, 7º y X, 7º) y de allí que la cancelación parcial aducida no armonice con el derecho vigente(396)(1496).

Los arts. 2818 de Babiloni, 1758 del Proyecto de 1936 y 3079 de De Gásperi, que excluyen la cancelación de la hipoteca si los pagarés adjuntados no suman el total de la deuda, permiten que se tome razón del valor de ellos en la inscripción inicial. Creemos que con el sistema actual el Registrador no está obligado a dejar esa constancia de la presentación parcial de los pagarés que implicaría la reducción de la deuda, máxime que es discutible hasta la pertinencia de la recepción registral de esas modificaciones del crédito(397)(1497).