

- FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS -
- COMITÉ LATINOAMERICANO DE DERECHO BANCARIO -
- CONCURSO DE MONOGRAFÍAS JURÍDICAS - 2005 -

OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS, TÍTULOS VALORES E HIPOTECA CAMBIARIA BANCARIA.

**APUNTES ACERCA DE LA
EVOLUCIÓN NORMATIVA,
DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL
EN URUGUAY.-**

por

Dr. JUAN JOSÉ MARTÍNEZ MERCADAL.-

26 de Julio de MMV.-

Florida, República Oriental del Uruguay.-

- S U M A R I O -

- I. Introducción.-
- II. El "Derecho Jurisprudencial" Nacional.-
- III. El objeto de nuestro estudio.-
- IV. La apertura de crédito.-
- V. Breve referencia al sistema hipotecario uruguayo.-
- VI. La accesoriidad de la garantía hipotecaria.-
- VII. Vinculación de la accesoriidad con la especificidad. La posición del Dr. Gamarra.-
- VIII. Títulos valores y derechos accesorios de garantía.-
- IX. Alcance de los derechos accesorios en la redacción original del Art. 10 de la Ley 14.701. Posiciones doctrinarias.-
- X. La posibilidad de la Hipoteca Cambiaria en el régimen legal del Art. 10 de la Ley 14.701.-
- XI. La ley 16.906 y la modificación legal del Art. 10 de la Ley 14.701.-
- XII. La invalidez de la Hipoteca Cambiaria Bancaria como Hipoteca Abierta o Genérica de obligaciones futuras. La posición del Prof. Roque Molla luego de la modificación del Art. 10.-
- XIII. La validez y admisión en nuestro ordenamiento de la Hipoteca Cambiaria Bancaria como hipoteca abierta o genérica de obligaciones futuras. La posición del Dr. Isaac Gorfinkiel.-
- XIV. La Jurisprudencia Uruguaya respecto de la Hipoteca Cambiaria Bancaria de obligaciones futuras o eventuales.-
- XV. La excepción de prescripción de los vales y su incidencia en la Hipoteca Cambiaria Bancaria.-
- XVI. Reflexiones Finales.-

I - Introducción.-

Los apuntes respecto de la evolución que pretendemos ilustrar se inician en el año 1977 con el Decreto Ley N° 14.701 mas conocido como ley de títulos valores, el cual contiene la regulación de las disposiciones generales y particulares de los títulos valores, (letra de cambio, vale, pagaré y conforme); derogando así el régimen vigente en dicha época, es decir el establecido por el Código de Comercio del año 1866.-

Serán objeto de posteriores regulaciones legislativas otros títulos valores, ensanchándose cada vez más ese concepto, que excede el ámbito señalado, llegando incluso a crearse la propia categoría de “valores”, distinta de la originalmente propuesta denominación “títulos valores”, como omnicomprensiva de un cúmulo de títulos de crédito que la propia doctrina comercialista aún no se ha puesto de acuerdo en su determinación, y que por razones de espacio, no serán objeto del presente trabajo¹.-

Desde un punto de vista doctrinario la evolución se extiende, en primer lugar desde la posibilidad de admitir o no a las garantías extracartulares como derechos accesorios de los títulos valores, y en especial la denominada “hipoteca cambiara bancaria” (principal modalidad bancaria de garantía en nuestro país), discusión instalada desde la vigencia del Decreto Ley 14.701, hasta el presente, donde encontramos posiciones fuertemente enfrentadas; aunque la jurisprudencia al respecto se ha mantenido conteste en admitir - desde siempre - su validez.-

Es en ocasión de la imaginación de los deudores sometidos a procesos de ejecución por las Instituciones Bancarias, que le habían concedido un crédito, o mejor dicho la imaginación o habilidad de sus propios abogados, ya sea como forma de frenar o detener, al menos por un tiempo, lo que en ocasiones puede presentarse como inevitable, es decir la ejecución, o como una ultima esperanza de no pagar lo que realmente se debe; que ha llevado a que se interpongan excepciones, contra dicha ejecuciones, las que han motivado los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales que se analizaran.-

¹ Teresita Rodríguez y Alicia Ferrer, “Las Obligaciones Negociales, ¿son títulos valores?”, en Anuario de Derecho Comercial Tomo X, Pág. 385 y sgtes.-

Si bien la Jurisprudencia siempre ha sido prácticamente, pacífica y uniforme en admitir la validez de la garantía hipotecaria cambiaria bancaria (conocida por unos como hipoteca abierta o genérica, y por otros como hipoteca de obligaciones futuras o eventuales, denominaciones que sustentan las críticas entre las posiciones doctrinarias en pugna), lo cierto es que la discusión planteada no es de menor importancia, a la hora de que lo que se está cuestionando es la principal garantía real en base a la cual se sustenta el sistema bancario.-

En efecto, si bien - reitero - la jurisprudencia es pacífica en admitir, prácticamente en forma unánime, su validez, es precisamente en el ámbito doctrinario donde se señala que, de aceptarse su invalidez, se puede correr el riesgo de dejar al propio Banco desprovisto de su único respaldo para hacer efectivo el crédito que había concedido, es decir su garantía hipotecaria.-

Sin pretender crear con el presente trabajo un caos institucional, el que por cierto no existe, lo cierto es que, a mi humilde entender, la importancia del tema que se analizará no es menor. Es por ello que resulta interesante analizar la evolución, en primer lugar normativa que sustenta este tipo especial de garantía real, para ingresar luego a los planteos doctrinarios en pugna y analizar cuales han sido las soluciones jurisprudenciales de los últimos tiempos.-

Señala Isaac Gorfinkiel que, en virtud de que en nuestro sistema bancario, casi todo el régimen de garantías reales descansa sobre hipotecas cambiarias como las que analizaremos, y de resultar éstas inválidas (es decir las denominadas "hipotecas abiertas") todas las previsiones sobre el riesgo de las colocaciones efectuadas sobre la base de dichas garantías, según la normativa bancocentralista, estallarían, obligando a categorizar los créditos correspondientes como desprovistos de garantía real, con las graves consecuencias que ello aparejaría; por lo que el tema objeto de estudio se presenta en forma "casi institucional"².-

² Roque Molla, "La Ley 16.906 de Promoción y Protección de Inversiones y el régimen hipotecario uruguayo" en Anuario de Derecho Civil Uruguay (en adelante, A.D.C.U.), Tomo XXIX, Pág. 516 e Isaac Gorfinkiel, "La Hipoteca Cambiaria en Uruguay" Revista La Justicia Uruguaya, Tomo 119, Pág. 97.-

Por su parte, el Dr. Roque Molla, uno de los principales contendores de este tipo de garantía, prefiere eliminar el “casi”, y señalar que a su entender el tema es absolutamente institucional.-

Pero, y reitero una vez más, si bien no podemos dejar de negar la importancia del tema en cuestión, no es menos cierto que los desarrollos doctrinarios tendientes a desterrar a este tipo de garantías, no han tenido eco en nuestra jurisprudencia, hecho reconocido por los mismos doctores que sostienen la invalidez de este tipo de garantías; y ello no es un tema menor.-

Claro que, aún aceptando aquellas opiniones acerca de la invalidez de este tipo de garantías respecto de los títulos valores librados en cumplimiento de un contrato de apertura de crédito anterior, tanto una como otra posición doctrinaria admiten la circunstancia de que la garantía continúe accediendo a la relación de base o principal, respecto de la cual será solo procedente la acción causal correspondiente.-

Finalmente, y volviendo sobre el carácter institucional del objeto de este estudio, haremos también referencia a la opinión jurisprudencial, que en forma minoritaria, y en contra de lo sustentado por la mayoría doctrinaria, sostiene el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, que entendió que la prescripción de los títulos valores, librados en ocasión del contrato de apertura de crédito y que estaban siendo objeto de ejecución, era extensible a la hipoteca; dejando allí si desprovisto al Banco de su garantía.-

Como bien dice, Roque Molla, debemos asignarle al tema la importancia que el mismo merece³; por lo que esperamos poder dar cumplimiento al objetivo propuesto en el subtítulo de la presente monografía.-

II - “El Derecho Jurisprudencial Nacional”.

Ahora bien, el presente trabajo no pretende innovar científicamente en el derecho comercial, ni menos aún en el bancario, sino simplemente procurar un recorrido por la normativa aplicable y las posiciones doctrinarias respecto al objeto del mismo, en especial

³ Roque Molla, en A.D.C.U. Pág. 516).-

cuando ellas nos han colocado ente el típico caso de las “dos bibliotecas”; motivo por el cual adquiere vital importancia el consultar cual ha sido la actitud de nuestra Jurisprudencia al respecto.-

Consulta que se presenta como inevitable a la hora del ejercicio de la profesión de los diversos operados jurídicos (abogados, escribanos y los mismos magistrados) que inevitablemente siempre recurrimos a ella.-

Se ha señalado que el “Derecho Jurisprudencial” es aquel creado por los jueces en sus sentencias en ejercicio de la función jurisdiccional. En la teoría General es conocido como “Derecho Judicial”. “La expresión por otra parte no es nueva, la emplea Jossierand en su “Derecho Civil” Tomo I Vol.1 N° 87; y es por ello que el reconocimiento de tal derecho “implica una toma de posición sobre el modo de abordar la temática jurídica”⁴.-

“Los precedentes jurisprudenciales tienen, en cualquier orden jurídico, una importancia que a menudo es prácticamente decisiva. Si bien no cuentan con una autoridad vinculante (salvo los países anglosajones y aún en estos con ciertas limitaciones...) su reiteración en circunstancias similares les trasmite un efecto persuasivo digno de estudio”⁵.-

De esa manera, y alternando con las posiciones doctrinarias vernáculas, en el presente trabajo hemos procurado, en todo momento, el relevar las opiniones jurisprudenciales, en virtud de que “... la trascendencia de dicho quehacer está fuera de toda duda, y por supuesto, que el avance del Derecho como disciplina reguladora del obrar humano, se asienta tanto en los textos positivos afortunados, como en la inteligencia y sensatez de los Jueces que deben aplicarlos...”⁶

“No corresponde entrar a aquí a debatir si la actividad jurisdiccional es creativa o no de derecho, pero es incuestionable lo enriquecedor que resulta su lectura, y lo provechosas que son sus conclusiones para mixturarlas con la teoría general y el derecho positivo, y relanzar nuevas aproximaciones e ideas”⁷.-

⁴ Cuadernos de Derecho Jurisprudencial, Tomo 1, 1981, Ed. Acali, Pág. 7.-

⁵ Cuadernos de Derecho Jurisprudencial, Ob. Cit. Pág. 9.-

⁶ Anuario de Derecho Comercial Uruguayo, Tomo V. Gastón Iturralde. Pág. 183.-

⁷ Anuario de Derecho Comercial, Tomo 5. Gastón Iturralde. Pág. 183.-

De esa manera, y considerando por un lado la evolución normativa respecto del objeto del presente trabajo, procuraremos mostrarle al lector las consideraciones de la Doctrina que acompañaron dicha evolución y cual ha sido la interpretación de quienes tienen la ardua tarea de aplicar el Derecho al caso concreto.-

Si logramos cumplir con la carga de ilustrar al lector acerca de cual es el panorama normativo y doctrinario, y como ha respondido nuestra jurisprudencia al respecto, habremos logrado nuestro objetivo y nos daremos por satisfechos.-

III - El objeto de nuestro estudio.-

Como podrá apreciar el lector, no es nuestro propósito el estudiar la teoría general de las operaciones bancarias (sean estas activas o pasivas), ni de los títulos valores ni de las garantías extra-cartuales de los mismos, sino simplemente presentar a nuestro auditorio, el análisis de una situación jurídica particular, que involucra la más típica operación bancaria de todos los tiempos y que frecuentemente suele plantear en nuestros foros inquietudes, verdaderamente interdisciplinarias, algunas de ellas sin solución de continuidad.-

Nos referiremos a las operaciones bancarias activas, la constitución de garantía hipotecaria en ocasión de la misma, y el libramiento de títulos valores en cumplimiento de aquellas.-

Habremos de referirnos a las denominadas “hipotecas Cambiarias Bancarias”, como un tipo de garantía otorgada a favor de las Instituciones de Intermediación Financiera para garantizar operaciones bancarias activas, que al decir de Gorfinkiel “... son estas hipotecas las que en las dos últimas décadas han martirizado a los operadores jurídicos generando una rica Jurisprudencia sobre el tema”⁸; motivo por el cual hemos orientado el presente estudio - reiteramos - a mostrar la Jurisprudencia existente al respecto, sin perjuicio de considerar las dos bibliotecas doctrinarias aún hoy existentes, luego de ciertas modificaciones legales.-

⁸ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 92.-

Tenemos así a las denominadas hipotecas abiertas, o genéricas, otorgadas en garantía de una operación bancaria activa, principalmente una apertura de crédito (por ser esta la operativa activa más difundida, sin perjuicio de que pueda garantizar otra forma de mutuo), y respecto de la cual, con posterioridad, en el futuro, e independientemente, se librarán títulos valores en cumplimiento del crédito otorgado.-

La cuestión a dilucidar, y que motiva el enfrentamiento de la doctrina, versa sobre la vinculación entre dichos títulos valores y la garantía hipotecaria otorgada en forma previa e independiente de los mismos; vinculándose así el derecho cambiario con el hipotecario.-

La determinación de si la garantía hipotecaria (hipoteca cambiaria) garantiza a dichos títulos valores, derivados de la relación crediticia anterior (que puede ser la apertura de crédito señalada), motivo por el cual los mismos no pueden estar individualizados en el contrato de hipoteca, es el *leit motiv* del enfrentamiento de la doctrina, y a la hora de determinar las vinculaciones entre la obligación principal (apertura de crédito y títulos valores, ya sean individual o conjuntamente considerados) y lo accesorio (garantía hipotecaria cambiaria), la jurisprudencia no ha vacilado en admitir la validez de dicha relación.-

Es esta variedad de hipoteca, y en especial el *modus operandi* del libramiento de títulos valores en ocasión de la entrega del crédito anteriormente concedido, la única que prácticamente se ha de encontrar en la práctica bancaria nacional.-

En cambio la hipoteca celebrada “garantizando exclusivamente títulos valores emitidos simultáneamente con el contrato de hipoteca e individualizados en el mismo, no es un tipo de contratación hipotecaria habitual o corriente en Uruguay”⁹, ni menos aún en el ámbito bancario nacional.-

Como señala Gorfinkiel “es la validez de este tipo de hipoteca cambiaria la que ha sido puesta en duda por calificada doctrina y también la única que ha motivado opuestas decisiones judiciales respecto del régimen de excepciones aplicables, en caso de ejecución

⁹ Ídem.-

del título cambiario al que accede la hipoteca en la que se ha pactado la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo”¹⁰.-

“Cualquiera sea la opinión que se adopte sobre las cuestiones que desarrollaremos, esto es, el concepto de obligación eventual o el grado de futuridad que se requiera que tenga el crédito para admitir que el mismo sea garantido hipotecariamente, si es el principio de especialidad o el de accesoriedad el que se desconoce en caso de que el crédito no este suficientemente determinado o individualizado, si en las hipotecas de obligaciones eventuales o futuras rige o no el inc. 2 del Art. 2334 CC¹¹ (determinación o individualización del crédito garantizado) y si lo dispuesto en el Art. 2326 del CC¹² valida en nuestro país la cláusula de garantía general por la que se establece que la hipoteca cubre o asegura todas las obligaciones que contraiga el deudor con el acreedor – que no son mas que distintos enfoques de este único tema –...”¹³ se puede apreciar que toda la Jurisprudencia nacional, ha sido, desde antaño, conteste en aceptar la validez de este tipo de garantía.-

Es por ello que Gorfinkiel, cuyos desarrollos doctrinarios son recogidos en los casi la mayoría de los fallos más recientes, ha sostenido que “...en la hipoteca cambiaria bancaria que se practica en el Uruguay, pues, vinculada normalmente a una apertura de crédito que se documenta en el mismo instrumento, no pueden existir obstáculos dogmáticos ni de derecho positivo que impidan reconocer su admisibilidad”¹⁴.-

¹⁰ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 92).

¹¹ 2334 del Código Civil. La inscripción de la hipoteca deberá contener :

1. El nombre, apellido y domicilio del acreedor y las mismas designaciones relativamente al deudor y a los que en representación del uno o del otro requieran la inscripción.
2. La fecha y la naturaleza del contrato a que acceda la hipoteca y el archivo en que se encuentre.
3. La situación de la finca hipotecada y sus linderos o si es nave, aeronave o dique flotante, las designaciones específicas de ella.
4. La suma determinada a que se extiende la hipoteca 5º. La fecha de la inscripción y la firma del Escribano encargado del registro respectivo.

¹² 2326 del C.Civil. La hipoteca podrá otorgarse bajo condición y desde o hasta cierto día.

Otorgada bajo condición suspensiva o desde cierto día, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción. Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda y correrá desde que se inscriba.

¹³ Gorfinkiel, pág 104.-

¹⁴ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 104.-

IV - "La Apertura de Crédito".-

Dentro de la intermediación en el crédito, como principal actividad bancaria, encontramos las denominadas operaciones bancarias activas, y que constituyen las clásicas operaciones por medio de las cuales los bancos colocan dinero entre el público en general; es decir conceden crédito, valga la redundancia.-

No vamos a ingresar a analizar todas y cada una de las operaciones activas, pues ello excedería el objeto del presente trabajo, sino que simplemente nos limitaremos a repasar la más común de ellas en nuestro medio: "la apertura de crédito"; contratación no regulada en nuestro sistema jurídico pero pacífica y unánimemente admitida tanto por la doctrina comercialista como por la propia Jurisprudencia.-

En efecto, la misma ha definido a dicha estructura negocial señalando que: "Es un contrato definitivo, cuyo perfeccionamiento requiere del solo consentimiento de las partes. Su objeto no es otro que el crédito que el Banco concede al acreedor, y que Messineo denomina disponibilidad de la suma de dinero establecida en el contrato, pudiendo el acreditado hacer actuar la obligación del acreditante siempre que lo desee, dentro del monto del crédito y en la forma que se pactó la utilización del mismo (utilización de la provisión). Es en definitiva un contrato comercial (Art. 7 Num. 2 del C. Comercio) como todo contrato u operación bancaria, consensual, bilateral (de prestaciones correlativas, ya que impone obligaciones a las dos partes, por más que estas puedan nacer en tiempos sucesivos), oneroso, de ejecución continuada, innominado (en nuestro derecho carece de disciplina legal, rigiéndose como todo contrato innominado por los principios generales aplicables a todos los contratos: Art. 1260 C.C.¹⁵ y por las estipulaciones que las partes establezcan a su celebración y en su defecto, por los usos bancarios".-

"Generalmente los bancos para conceder el crédito exigen el otorgamiento de garantías (personal o real) debiéndose precisar que la apertura de crédito con garantía no es una

¹⁵ 1260 del Código Civil. Los contratos, ya tengan o no, denominación particular, están sujetos a unos mismos principios generales. Las reglas particulares a los contratos nominados se establecen en los títulos respectivos y las peculiares a las transacciones mercantiles en la ley comercial.

modalidad o tipo especial de apertura de crédito puesto que la garantía es un accesorio de la obligación contraída por el acreditado de restituir las sumas utilizadas”¹⁶.-

Asimismo, por otra parte se señala que “...el contrato de apertura de crédito, reforzado con un pacto accesorio de garantía abierta, es un instituto generalmente utilizado en la actividad bancaria y que tiene la consagración de la doctrina. En general, se trata de una operación que consiste en la concesión de un crédito al cliente, de naturaleza irrevocable, hasta determinada cantidad y que se mantiene vigente por cierto tiempo. Es evidente su utilidad a los efectos de la financiación de las actividades de los particulares, con la amplia y sencilla concesión del crédito y es razonable que el Banco exija también medios de garantía para asegurarse el cumplimiento del deudor. A las sucesivas operaciones se las conoce como “renovaciones” que nada tienen que ver con la novación como instituto del derecho civil para la extinción de las obligaciones.”

“Esta figura de la actividad bancaria se ha desarrollado fundamentalmente a expensas de los usos y costumbres del medio en el que se ponen de manifiesto. Y no es justa la crítica de la recurrente. Porque si bien la costumbre es solo una fuente mediata de derecho – en cuanto toma su autoridad de la ley que la autoriza – también es verdad que el Derecho Comercial es especialmente amplio para su recibo. Y que esta permisión tiene al fin de cuentas su apoyo en la norma escrita, que es el Art. 296 inc. 6to del Código de Comercio”.-

“En la especie la apertura de crédito se ha garantizado con una llamada carta de garantía solidaria que, a su vez apoya su responsabilidad en una garantía hipotecaria”.

Como dice Gorfinkiel: “La carta de garantía solidaria, comúnmente utilizada e impuesta por la práctica bancaria, es ...una fianza de obligaciones futuras... que se dirige más bien a la relación fundamental en que aquellas tiene su origen; el firmante de la carta garantiza las obligaciones de su fiado emergentes de prestamos, adelantos, descuentos y en general toda

¹⁶ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno. Sentencia 31 / 95, Harriague (redactor) Rodríguez Caorsi, y Troise; en Anuario de Derecho comercial Tomo VIII, Caso 48, Pág.283.-

clase de operaciones bancarias o celebradas por el Banco acreedor (“Las cartas de garantía en la picota”, Anales del Foro 1981, Nos. 23-24, pág.48)”¹⁷.-

Y finalmente respecto a la documentación de las entregas de las cantidades prometidas en la apertura de crédito, la Jurisprudencia es pacífica en sostener que “en un contrato de apertura de crédito, el Banco es el deudor porque se obliga a conceder ese crédito. Recién después de hacer uso del mismo, el Banco pasa a ser acreedor por la cantidad prestada que se documenta en el título valor, que luego habrá de ser el instrumento en que habrá de basar el prestamista su reclamo de restitución, si el deudor no paga lo debido y aún cuando exista un contrato accesorio de garantía. (...)”¹⁸.-

Ahora bien, en ocasión del cumplimiento por parte del Banco de las entregas de las sumas prometidas en crédito, el cliente libra a favor de la Institución Bancaria, títulos valores dinerarios no causales (principalmente vales, pagares o conformes, pudiendo también librarse letras de cambio, pero no ello no es lo frecuente en la practica bancaria uruguaya).-

Concedida dicha apertura de crédito, que parte de la Doctrina la rotula como “la relación de base, principal o fundamental” y otorgada las garantías reales (hipotecarias o prendarias) o personales para garantizar la misma, será el libramiento de los títulos valores, conjuntamente con la entrega de las sumas concedidas en crédito, lo que instala la polémica acerca de la validez de la “hipoteca cambiaria bancaria”.-

La pregunta que inquieta a la Doctrina, no se hace esperar; ¿puede acceder dicha garantía hipotecaria (o prendaria) a los títulos valores librados en ocasión de la referida apertura de crédito?.-

Algunos entienden que la denominada “hipoteca Cambiaria” solo garantiza la señalada apertura de crédito o relación de base o principal y no así a los títulos valores librados, en consideración de los principios de accesoriedad y especialidad que rigen el

¹⁷ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 31/87, 25.2.87, Nicolliello (redactor) García Otero, Balbela, Addiego, Tommasino, en Anuario de Derecho Comercial Tomo IV Caso 45, Pág. 188. También en ADCU Tomo XVIII Caso 531 Pág 94.-

¹⁸ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Burella (r), Catalurda, Sentencias 88/85, 97/ 85, 168 / 85; en Anuario de Derecho Comercial Tomo IV, Caso 52, Pág. 21.-

sistema hipotecario uruguayo y las peculiares características (autonomía, abstracción, literalidad, etc) de los títulos valores.-

Otros afirman que lo único garantizado es la relación cambiaria, y que no es posible un cúmulo. Y finalmente hay quienes (y así lo ha entendido nuestra jurisprudencia) incluyen a los títulos valores como integrantes (en forma conjunta con la apertura de crédito) del cúmulo garantizado por la hipoteca, cúmulo que integra el título de que se someterá a ejecución (es decir apertura de crédito y títulos valores por un lado, e hipoteca en garantía de ellos por otro).-

Adelantemos, desde ya el criterio mayoritariamente recogido por nuestra Jurisprudencia y que señala Gorfinkiel en su trabajo doctrinario: "Entendemos por nuestra parte que en la hipoteca cambiaria bancaria uruguaya la relación subyacente está constituida, en la generalidad de los casos, por el contrato de apertura de crédito y por los contratos y negocios solutorios (mutuos, etc.) que se otorguen en cumplimiento de aquella, por lo que, salvo manifestación expresa de las partes, en sentido contrario, naturalmente la garantía cubriría la relación base y también los títulos creados en cumplimiento o en ejecución de la misma"¹⁹.

Analizada la operación bancaria típica que motiva el otorgamiento de este tipo de garantía real, señalaremos brevemente, y antes de ingresar a exponer las posturas doctrinarias respecto de la validez de la misma, cuales son las bases del sistema hipotecario uruguayo y las reglas que sobre derechos accesorios encontramos en nuestra regulación de títulos valores.-

V - Breve referencia al sistema hipotecario uruguayo.-

Señala el Prof. Gamarra que un primer significado doctrinario, muy amplio de garantía comprende cualquier medio para asegurar el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho²⁰.-

¹⁹ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 108.-

²⁰ Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo II, Ed. 1989, Pág. 9.-

Específicamente, tomando la definición de Rotondi, señala que las garantías específicas son “medios especiales para dar a determinados acreedores una mayor seguridad de que serán satisfechos” y en especial, “mediante la garantía real se afecta una cosa, señalándola como objeto del ejercicio (futuro o eventual) de la acción ejecutiva, gravándola con un vínculo que la liga al acreedor, independientemente de las mutaciones que puedan producirse en el derecho de propiedad sobre el bien”²¹.-

Ahora bien, no es el objeto del presente trabajo exponer la teoría general de las garantías reales, pero a los efectos de ingresar al caso particular planteado, conviene repasar principalmente lo atinente a los principios de accesoriedad y especificidad de los contratos de garantía real, y en especial en la hipoteca.-

Reviste especial importancia dicho estudio en virtud de que ello será decisivo para justificar la conclusión a la que arriba la Doctrina y la Jurisprudencia que, admitirán o no, que los títulos valores librados en ocasión de la apertura de crédito bancaria y con posterioridad al contrato y al nacimiento del derecho real de hipoteca (oponibilidad e inherencia erga omnes) se encuentran o no respaldados por la referida garantía.-

VI - La accesoriedad en la garantía hipotecaria.-

Como bien señala el Art. 1251 del CC²²., dentro de la teoría general de las obligaciones, la función de garantía de este tipo de contratos, le confiere el carácter de accesoriedad, por lo que, tanto la prenda como la hipoteca, necesitan de una obligación principal cuyo cumplimiento asegurar.-

Al respecto, Gamarra señala que debe rectificarse un error que, a su entender es moneda corriente en el Uruguay, “ni la prenda ni la hipoteca confieren acción ejecutiva; las garantías reales solo vuelven mas intensa y eficaz la acción ejecutiva, que proviene de un crédito principal cuya satisfacción aseguran; la obligación principal, a la que se agrega una

²¹ Gamarra, Ob. Cit. Pág. 10.-

²² 1251.-El contrato se llama principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

garantía real, continúa siendo tal cual era antes; simplemente: se aumentan las posibilidades de que el crédito sea satisfecho”²³.-

“Al respecto Barbero aclara que la garantía no confiere derecho de expropiación (derecho de promover la ejecución) sino solamente la preferencia en casos de expropiación, para la satisfacción del crédito. En otros términos: el derecho de hacer expropiar no nace de la garantía, sino del derecho de crédito insatisfecho”²⁴

“Este principio puede decirse que ha pasado desapercibido por la doctrina nacional y ello provoca errores y confusiones, el mas común de los cuales consiste en creer que la hipoteca se ejecuta (ejecución de hipoteca es una expresión tan corriente como impropia)”²⁵.-

Es decir que el carácter de accesoriedad determina que el contenido de la garantía real nada agrega al contenido de la obligación principal, de la que tan solo asegura su ejecución, aumentando simplemente sus posibilidades de cumplimiento.-

Ahora bien, al respecto, esa característica de la accesoriedad, que según dijimos en ocasiones no ha sido correctamente entendida, ni aún en el lenguaje jurídico, ha determinado, una doble confusión, señalada por el tratadista Gamarra, la cual implica:

“a) colocar lo que llaman “derecho de ejecutar” o “derecho de ejecución”, que es un derecho de naturaleza eminentemente procesal como formando parte del contenido de un derecho sustancial (el derecho real de prenda e hipoteca), y b) creer que es la hipoteca o la prenda la que confiere ese “derecho de ejecutar” cuando éste ya existe, antes de la garantía real y sin necesidad alguna de la misma, puesto que toma su origen en la obligación principal garantida (obligación que, generalmente, proviene de otro contrato: un préstamo). El derecho de ejercitar la acción ejecutiva corresponde, por otra parte, a todo acreedor simple o quirografario, o privilegiado. No integra pues el contenido del derecho real”²⁶.-

²³ Gamarra Ob.Cit. Pág. 32-33.-

²⁴ Barbero, Sistema Instituzionale del Diritto Privato Italiano, Vol. II, n.677, p.138, citado por Gamarra en Ob.Cit. Pág. 33.-

²⁵ Gamarra Ob. Cit. Pág. 33.-

²⁶ Gamarra Ob. Cit. Pág. 34.-

Es por ello que la accesoriidad de las garantías reales deriva pura y exclusivamente de su función de garantía (accesoriidad), la que queda siempre circunscripta a los límites de ésta, es decir los límites de la garantía de la obligación principal, sin la cual no puede subsistir (Art. 1251 CC)²⁷, en virtud de que lo “accesorium sequitur principale”.-

VII - Vinculación de la accesoriidad con el principio de especialidad según el Prof. Gamarra.

Atento a lo manifestado en carácter general, la existencia de un crédito cuya satisfacción la hipoteca tiende a asegurar es de consiguiente un elemento constitutivo de la hipoteca (o requisito de validez) que debe colocarse en el mismo plano que el título (contrato de hipoteca en escritura pública), el objeto idóneo (bien inmueble de regla) y la publicidad (inscripción en el registro)²⁸.-

En principio, agrega el tratadista, la hipoteca “... puede asegurar el cumplimiento de cualquier crédito, sea cual fuere su origen, según la amplia definición del Art. 1251 C.C., en virtud de que basta que exista la obligación principal, cuyo cumplimiento se asegure, siendo indiferente la fuente (origen) de la misma”²⁹

Ahora bien, y vinculándolo con el caso práctico que motiva la presente obra, conviene que nos detengamos en dos tipos de obligaciones principales muy particulares: los créditos eventuales y los créditos futuros.-

Al respecto, es inevitable recurrir una vez más a lo expresado por el principal tratadista de nuestro país, el Dr. Gamarra, quien (según se señalará más adelante) niega expresamente la posibilidad de la hipoteca cambiaria bancaria, denominada como hipoteca “abierta o genérica”.-

²⁷ Art. 1251 del Código Civil. El contrato se llama principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

²⁸ Gamarra, Ob. Cit. Pág. 205.-

²⁹ Ídem.-

Curiosamente, la jurisprudencia bebe de sus desarrollos doctrinarios para aceptar pacíficamente el referido tipo de garantía de las operaciones bancarias activas y de sus títulos valores.-

En efecto, “aplicando el Art. 2295³⁰, dictado para la prenda, puede admitirse la hipoteca accediendo a un crédito eventual; aunque, como en ésta se requiere también aquí una relación base. Ejemplos: hipoteca para asegurar el saldo de un cuenta corriente; hipoteca constituida por el vendedor para asegurar el pago en caso de evicción. En estos casos, como el principio de la especialidad abarca también al crédito, y atento a lo dispuesto por el Num. 4to. del Art. 2334, debe fijarse necesariamente “la suma determinada a que se extiende la hipoteca” so pena de nulidad.”

Se ha señalado que “No puede asegurarse un crédito futuro, vale decir, no solo que puede o no nacer, sino que carece de una relación base actual, de donde pueda emerger. Pero esta afirmación no es incuestionable y el problema aparece como de dudosa solución en nuestro derecho positivo donde el inc. 3ero del Art. 2326 del C.C. dice: “Podrá asimismo (la hipoteca) otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba”.-

Por lo pronto, señala el tratadista las dificultades que le plantea dicha norma; y la resolución de dicha cuestión es fundamental a la hora de determinar si los títulos valores librados en cumplimiento de la apertura de crédito, gozan de dicha garantía o no.-

El propio Gamarra señala que: “...tomada al pie de la letra, conduciría a admitir una hipoteca autónoma (no accesorio) pues no otra cosa significa una hipoteca otorgada antes del contrato a que acceda (o sea: antes del nacimiento de la obligación principal)”.-

Agrega que: “este inciso proviene del Art. 2413 del Código Civil Chileno. Y en base al mismo Somarriva Undurraga sostiene: 1º) que la hipoteca puede garantizar: a) obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto; b) obligaciones futuras, “que no se sabe cuáles y de que naturaleza van a ser esas obligaciones”, y 2º) que sería admisible la llamada “cláusula de garantía general hipotecaria”, que frecuentemente establecen los

³⁰ Art. 2295 del Código Civil. La prenda puede ser constituida por una deuda eventual o condicional, siendo a cargo del acreedor la prueba de haberse cumplido la condición.

Bancos: “el deudor hipoteca un predio como garantía no sólo de la obligación que actualmente contrae, sino también de todas sus deudas futuras a favor del Banco “.-

Ahora bien, no obstante reconocer la fuente de nuestro Art. 2326 inc. 3º del C.C., en el Derecho Chileno, y en especial las conclusiones a las que arriba la Doctrina de aquel país (Tratado de las Cauciones, Santiago de Chile, 1943), terminantemente señala el Dr. Gamarra que: “...estas conclusiones parecen excesivas; no debe olvidarse que son de aplicación al caso dos principios esenciales de la hipoteca: la accesoriedad y la especialidad”³¹

No obstante ello, en Chile, la jurisprudencia mayoritaria e importante doctrina acepta en base a esa norma legal, la validez de la cláusula de garantía general: “si la hipoteca puede otorgarse antes que el contrato a la que accede, la norma del inc. 2 del 2334 del C. Civil, única sobre la cual se ha construido el principio de la especialidad referido al crédito y en cuanto a su naturaleza o causa-fuente, resulta inaplicable ³².-

“Por lo que podemos adelantar desde ya que dicha fundamentación será la base para admitir que el contrato de hipoteca pueda otorgarse antes de que exista la obligación garantizada o sea que la garantía nacería antes que la obligación principal”³³.-

Asimismo, “...la especialidad se refiere también (además del bien) al crédito; el Núm. 4º del Art. 2334 exige que la inscripción contenga “la suma determinada a que se extiende la hipoteca”.

“Si la especialidad de la hipoteca se concreta exclusivamente al bien, se producirían casi todos los perjuicios de las hipotecas ocultas, porque el adquirente no estaría en condiciones de saber cual es la suma que se debe deducir del precio, para el caso de que la hipoteca se ejecute y tenga que pagar el crédito”.-

“Sin embargo, conviene aclarar que este aspecto de la especialidad no impide que la hipoteca pueda asegurar obligaciones futuras, y aún indeterminadas, pero como es necesario fijar una suma determinada, al inscribir, la garantía no puede sobrepasar ese

³¹ Gamarra Ob. Cit. Pág. 207.-

³² Cfe. Somarriva Undurraga, citado por Gorfinkiel en Ob.Cit. Pág. 103).-

³³ Gorfinkiel, Pág. 103.-

tope, en ningún caso. Me explico: si las partes no saben en el momento de constituir la hipoteca, el monto total de la obligación han de fijar una suma aproximada (estimativa) en la inscripción (Art. 2334 Nral. 4º) y la hipoteca asegura solo hasta esa cantidad, aunque el crédito fuera luego mayor. Claro está, por el contrario, que si el crédito resulta menor, el acreedor sólo puede exigir su pago, sin que pueda pretender cobrarse según la suma fijada en la inscripción”³⁴

“En esta zona encontramos la hipoteca para asegurar el cobro del saldo deudor de la cuenta corriente, o el caso de una hipoteca constituida por un usufructuario para garantizar los derechos del nudo propietario”. “Pero conviene advertir que en estas hipótesis existe siempre una relación base donde la hipoteca (negocio accesorio) se inserta. Esto ha llevado a decir, a algunos autores, que no se trata de un crédito futuro asegurado por una hipoteca, sino de un especial modo de ser de la actualidad, porque actual es la relación patrimonial que deriva de la apertura de crédito, por ejemplo. De donde: no es que la hipoteca “pueda otorgarse... antes... de los contratos a que acceda...” (Art. 2336) sino que puede constituirse la hipoteca para asegurar un crédito (emergente de una relación actual)”³⁵

Se señala que la redacción del inc. 3º del Art. 2326, es pues, defectuosa y además comete el error de hablar de contratos, cuando el Art. 1251, definiendo al negocio accesorio, se refirió a la obligación principal, vale decir, a cualquier crédito, independientemente de su fuente.-

“Estas observaciones sirven también, para resolver el caso de la llamada cláusula de garantía general: la hipoteca se extiende al crédito emergente de la relación patrimonial originaria, pero no a otros créditos que tengan diverso origen, porque de lo contrario, estaríamos admitiendo una hipoteca autónoma (sin obligación principal) que nuestro derecho positivo no conoce. No obstante la defectuosa formulación legal puede servir de apoyo para quienes defienden la validez de la cláusula.”³⁶

³⁴ Gamarra Tomo 2 Pág 207.-

³⁵ Gamarra Tomo 2 Pág 208.-

³⁶ Gamarra Tomo 2. Pág 208.-

Para concluir, señala el tratadista que debemos tener presente que la especialidad señalada, integra las bases del sistema hipotecario uruguayo que el propio codificador, Tristán Narvaja, señaló. Ellas son: Convencionalidad (es decir que el único título necesario para constituir la hipoteca es el contrato), Publicidad (inscripción en el registro público correspondiente, necesaria para el nacimiento del derecho real de hipoteca) y especialidad (no solo referida al objeto de la hipoteca, sino además al crédito, y nos remitimos a lo señalado respecto del Art. 2334 Nral. 2 y 4).-

8. Títulos valores y derechos accesorios de garantía.-

Señalamos anteriormente que a los efectos de poder comprender el caso práctico objeto del presente estudio, se hacía imprescindible armonizar las normas sobre el sistema hipotecario nacional con las que rigen en el derecho cambiario, y con ellas determinar la viabilidad jurídica de la denominada hipoteca cambiaria bancaria, y si realmente dicha hipoteca ingresa en la categorías de hipotecas abiertas o genérica o de máximo, como suele denominarle la doctrina, y fundamentalmente el alcance de dicha garantía a los títulos valores librados en ocasión de una operación bancaria activa previa.-

Enseña el Dr. Pérez Fontana, en su carácter de integrante y co-redactor del proyecto de ley de títulos valores (materializado en la ley 14.701) que: “La importancia de la función económica que desempeñan los títulos valores fue destacada con toda brillantez por Ascarelli, diciendo: “Sin nos preguntasen cual es la contribución del derecho comercial en la formación de la economía moderna, tal vez no podríamos apuntar otra que haya influido más en esa economía que la institución de los títulos de crédito (...) Gracias a los títulos de crédito, el mundo moderno puede movilizar sus riquezas, gracias a ellos el derecho puede vencer el tiempo y el espacio transportando con mayor facilidad, representados en esos títulos, bienes distintos y materializando en el presente riquezas futuras”³⁷

³⁷ Pérez Fontana, S. Títulos Valores. Tomo I Pág. 86 y 87.-

Ahora bien, “Los títulos valores requieren siempre de la existencia de un documento que es el sostén del derecho que, utilizando una metáfora, se considera incorporado en el mismo de tal manera que sin el documento es imposible ejercitar el derecho del que el titular está investido. De ello se deduce que todo título valor se compone de dos elementos: uno incorporal, material, el corpus que es el documento y otro inmaterial, el derecho que en él se menciona o sea la declaración cartular, declaración unilateral de obligarse hecha por el creador del título” (Pérez Fontana, pág. 15. Tomo I).-

Entre las características y efectos de los títulos valores, la doctrina nacional es pacífica en admitir: a) la incorporación del derecho en el documento, b) la literalidad, entendida como el contenido y el límite de la obligación cartular, c) la investidura a su tenedor del derecho a exigir el cumplimiento de la obligación contenida, d) la legitimación para el ejercicio del derecho, e) la pretendida autonomía, que señalada por Vivante integra la nuestra definición legal de títulos valores³⁸, y la misma deberá entenderse como una referencia a la inoponibilidad de excepciones oponibles a los anteriores tenedores, entre otros.-

Ahora bien desde el punto de vista de nuestro estudio, y en especial en ocasión de librarse los títulos valores por el adquirente del crédito concedido por el Banco, y a efectos de poder comprender la vinculación entre dicha relación crediticia (apertura más títulos cambiarios) y la garantía real (hipoteca) que le accede, interesa adentrarnos en los conceptos de causa y abstracción de los títulos valores regulados por el sistema de la ley 14.701 (en especial en relación a los títulos que contienen obligaciones dinerarias no causales, entre las cuales el vale, es la figura típica para la operativa bancaria descripta).-

Expresa el recordado profesor que “... cuando la doctrina estudia los elementos integrantes de los títulos valores, refiriéndose a la obligación en ellos incorporada o sea la

³⁸ Recordemos brevemente que la pretendida autonomía de los títulos valores no existe, que la misma fue un invento de la doctrina para justificar la inoponibilidad de excepciones contra anteriores tenedores; circunstancia que motivara que se señalara que la adquisición de los títulos es originaria, cuando ello tampoco es así (salvo las contadas excepciones vinculadas a los modos de adquisición del dominio originario como la ocupación, la prescripción, etc). La adquisición es siempre derivada según Pérez Fontana (Tomo I Parte General).-

obligación cartular, se enfrenta con el problema de si esa obligación debe tener causa o si puede faltar en forma absoluta es decir, si se trata de una obligación abstracta.³⁹

Actualmente la doctrina admite que estos títulos son abstractos, aún cuando no esté de acuerdo sobre el concepto de abstracción, concepto que se lo vincula estrechamente con la literalidad de los títulos valores.-

La literalidad de los referidos títulos de crédito, "... fija el contenido y los límites del derecho del tenedor impidiendo que el deudor invoque elementos extraños al título, es decir, convenios extracartulares que modifiquen su contenido", operando así la literalidad a favor exclusivo de su tenedor. Por el contrario la causalidad de la obligación incorporada en el título valor permite que el deudor se refiera a la causa, que es un elemento interno de la obligación misma y por lo tanto a favor del suscriptor o deudor exclusivamente."- (Pág. 152)

"La influencia de la literalidad con respecto a la causa consiste en que el reclamo a la causa por parte del suscriptor solamente puede hacerse cuando está mencionada en el título o se desuma de él. Por el contrario, la abstracción de la obligación o el título abstracto, tiene la eficacia de reforzar el valor de la obligación y por tanto del título"-.-

"La abstracción impide que el deudor recurra a las excepciones fundadas en la causa. La abstracción opera a favor exclusivo del tenedor del título. La abstracción junto con la literalidad confieren máxima eficacia al derecho incorporado al título."

En opinión de Pérez Fontana, tratándose de títulos valores estrictamente abstractos o sea los que incorporan obligación de pagar una suma de dinero, la causa no es un elemento de la obligación incorporada en el documento. La obligación cartular que es originada por una declaración de voluntad unilateral, se rige por disposiciones especiales, excepcionales con relación del derecho civil o común "⁴⁰

Señala Messineo que "... la abstracción de los títulos valores es una manifestación del formalismo y de la literalidad, desde que la ley solamente exige que se cumplan con esas exigencias para que el título valor sea completo sin necesidad de que exista la causa

³⁹ Pérez Fontana, Títulos Valores, Tomo I Pág. 145.-

⁴⁰ Pérez Fontana, Ob. Cit. Pág. 153.-

de la obligación. (...) Tiene sus antecedentes en la antigua stipulatio romana, forma de obligarse mediante una declaración verbal y solemne hecho por el deudor a su acreedor. Como consecuencia de esa declaración, el deudor quedaba obligado con prescindencia de toda causa, concepto este último que era desconocido o por lo menos irrelevante para el nacimiento y validez de la obligación⁴¹

IX - Alcance de los derechos accesorios en los títulos valores.-

Señalaba el Prof. José Ferro Astray, en su calidad de integrante de la comisión designada por el Poder Ejecutivo de la época, para la redacción de un proyecto de ley de “títulos de créditos” o “documentación comercial” (que luego dicha comisión designó como “títulos Valores”) que “...nuestra ley se inspira fundamentalmente en el proyecto INTAL y se separa en esta materia de la ley argentina, por cuanto establece un capítulo primero de Disposiciones Generales que estaban en el proyecto Intal,” a diferencia de otras legislaciones que entraban de lleno a estudiar la letra de cambio, y demás títulos de crédito⁴².-

Siguiendo al proyecto para América Latina (INTAL), nuestra legislación tiene un capítulo de disposiciones generales aplicables a todos los títulos valores, y es dentro de la misma que ahora nos interesa analizar su Art. 10, referente a la transmisión de los títulos valores regulados por dicho cuerpo normativo.-

Establecía originariamente el Art. 10: “La transmisión de un título valor implica no sólo la del derecho principal incorporado, sino también la de sus derechos accesorios”.-

Dicho artículo se nos presenta como uno de los claros ejemplos que nos da la ley acerca de la conocida – y útil – metáfora de la “incorporación” del derecho al documento.- Pero ahora nos interesa, en virtud de que el mismo será el punto de partida para la determinación si la garantía hipotecaria que se analiza integra la categoría derechos accesorios de los títulos valores.-

⁴¹ Pérez Fontana, Ob. Cit, Pág. 157.-

⁴² Anuario de Derecho Comercial Tomo VIII “A veinte años de la ley de títulos Valores”, Pág. 14.-

En efecto, y principalmente desde el punto de vista bancario, para nada nos interesa la transmisibilidad de estos títulos que no tienen vocación circulatoria (salvo las eventuales crisis económicas bancarias o de liquidación de las mismas, pero ello es un tema aparte). Lo que aquí si importa, y mucho, es determinar cuales son esos derechos accesorios.-

En primer lugar, debemos señalar que el texto del Art. 10 del D.Ley 14.701, fue tomado, al igual que toda la parte general del decreto-ley 14.,701 del proyecto de ley uniforme de títulos valores para América Latina elaborado por el profesor mejicano Raúl Cervantes Ahumada a pedido del Instituto para la Integración de América Latina, conocido como Intal. Dicho proyecto recogía además las sugerencias y colaboraciones de comercialistas de varios países latinoamericanos.-

El Art. 10 de dicho proyecto Intal tiene exactamente la misma redacción (además del mismo número) con la única diferencia de que nuestra ley le agregó el vocablo “valor” al sustantivo “título”.-

“Y el Profesor Cervantes Ahumada redactó ese Art. 10 tomando en cuenta el Art. 10 del Proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de títulos valores preparado por el Instituto Centroamericano de Derecho Comparado (también redactado por Cervantes Ahumada) que tiene idéntica redacción a la del Proyecto INTAL y el Art. 18 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito de México de 1932 que establece lo siguiente: “La transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado y a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios”.⁴³

La ley mejicana no deja dudas y lo ratifica Cervantes Ahumada: “el tenedor endosatario adquiere la propiedad del documento, y al adquirir tal propiedad, adquiere también la de todos los derechos inherentes al documento. Por tanto, con el documento se transmiten las garantías y los derechos accesorios”.⁴⁴-

En nuestro país, parte de la doctrina comercialista, y en especial Nicolás Herrera, analizando el derecho comparado, y en especial la legislación argentina, cuya parte

⁴³ Anuario de Derecho Comercial Tomo II, Pág. 126 y 127.-

⁴⁴ Ídem.-

especial es la fuente en la cual se encuentra inspirada nuestra ley de títulos valores, y que además recoge la Ley Uniforme de Ginebra, señala que "... Héctor Cámara ya advierte respecto del pagaré hipotecario, que "una de sus notas queda algo desdibujada - la literalidad - no en cuanto al derecho sino a la garantía - elemento extracartáceo - desde que no reproduce íntegramente las cláusulas del contrato hipotecario al cual sólo hace alusión concreta el documento.⁴⁵.-

"En otras palabras el comercialista argentino nos está diciendo que la garantía real se trasmite con el título valor independientemente de que dicha garantía esté efectivamente mencionada en el mismo. Implícitamente además nos está diciendo que ese traspaso operó de pleno derecho, por efecto de la accesoriedad que caracteriza a toda garantía real o personal extracambiaria (lo accesorio sigue la suerte de lo principal) ⁴⁶.-

"Además es útil la posición de Cámara para referirnos al punto de la literalidad. Cámara sostiene que se trasmite la garantía incluso cuando el título valor no la menciona y acepta el desdibujamiento del carácter de literal del título. Concordamos con esta opinión y creemos que la accesoriedad prevalece sobre la literalidad como algo necesario, inevitable y que de todas formas no perjudica al deudor ni a futuros tenedores."⁴⁷

Señalaba Herrera, antes de la modificación actual del sistema de cláusula de los vales, pagares y conformes (el que actualmente por la ley 16.788, es absolutamente amplio, y se ha optado por dar primacía a la autonomía de la voluntad en las cláusulas admisibles, sin establecer taxativa y únicamente las admisibles, como sucedía antes) parece claro, que en el caso, por ejemplo, de letras de cambio (ya que en dicha época están limitadas las cláusulas de los vales), se puede incorporar una referencia a una garantía extracambiaria. Esta referencia no obligatoria, reforzaría la literalidad del documento; la ausencia de esta referencia sin embargo, no incide en las conclusiones a las que arribamos en este trabajo.⁴⁸.

⁴⁵ Ídem, Pág. 128.-

⁴⁶ Nicolás Herrera, "La transmisión del título valor y la transmisión de las garantías" en Anuario de Derecho Comercial Tomo II, Pág. 128.-

⁴⁷ Ídem.-

⁴⁸ Nicolás Herrera, Ob. Cit. Pág. 129.-

Razonando por descarte el Art. 10 no admite otra interpretación que aquella que incluye las garantías reales o personales.-

Finalmente, señala Herrera: “En principio no es aplicable a las garantías genéricas lo expresado en esta nota siempre y cuando no se pueda determinar con precisión la obligación principal a la cual acceden (es decir, en este caso, el título valor al cual acceden). Se trata de un problema relacionado con la accesoriedad; si ésta es indiscutible, la garantía sigue al título valor. Pero si por ejemplo una hipoteca garantiza una apertura de crédito y este crédito se puede documentar en títulos valores o de otra forma, en estos casos solo la cesión expresa de la hipoteca harán inequívoca la vinculación entre la obligación principal (título valor) y la garantía que le accede.⁴⁹-

Ahora bien, por otro lado, y en contra de lo antes afirmado, se encontraba la posición del Dr. Pérez Fontana, también co-redactor del proyecto de ley, quien señalaba lo siguiente “En mi opinión, como el derecho accesorio de garantía a que se refiere la ley es el que resulta del título, no de otro documento distinto, los únicos derechos accesorios que se transmiten son los intereses pactados cuando ese pacto es procedente...”⁵⁰; por lo que niega toda posibilidad del tipo de derechos de garantía que analizamos.-

No obstante, curiosamente en el Tomo III de dicha obra, contradiciéndose expresó que: “El pago de la letra de cambio además de la garantía típica cambiaria de naturaleza personal o sea el aval puede serlo por otras garantías. Puede ser garantido por una finaza, lo que no es frecuente y por garantías reales, una hipoteca o una prenda. Son los accesorios a que se refiere el Art. 10. Nuestra ley no ha previsto la constitución de estas garantías por lo que su validez y efectos se rige por lo dispuesto en el Código Civil.⁵¹

En la misma línea de pensamiento encontrábamos a la Prof.. Dra. Nuri Rodríguez, quien manifestó: “Nosotros interpretamos que el artículo 10, al referirse a los derechos accesorios, aludía, en los títulos dinerarios, por ejemplo, a los intereses, gastos de protesto o gastos de avisos, esto es, importes que el portador del título podía reclamar en ocasión de

⁴⁹ Nicolás Herrera, Ob. Cit. Pág. 129.-

⁵⁰ Pérez Fontana, Ob. Cit. Tomo II Pág. 183)

⁵¹ Pérez Fontana, Ob. Cit. Tomo III Pág. 97.-

exigir el derecho incorporado y además de éste. En nuestro concepto las garantías no son derechos accesorios del título valor, sino que son contratos accesorios celebrados por separado y para garantizar las prestaciones debidas por el título valor.⁵²

X.- La posibilidad de la Hipoteca Cambiaria en el Art. 10 de la Ley 14.701.-

Dentro del régimen legal del Art. 10, en su redacción original, debemos señalar la posición contraria a la admisión del tipo de garantías hipotecarias que analizamos, del Prof. Roque Molla, no obstante reconocer que la Jurisprudencia ya en dicha época se mostraba pacífica en admitir la ejecución de créditos garantizados con este tipo de hipotecas (impropiamente denominada “ejecución hipotecaria”).-

En un trabajo doctrinario, compartido con su hermano el Dr. C. Molla, expresan que en materia negocial podemos apreciar “... la profusión de hipotecas que garantizan supuestamente títulos a la orden o al portador o si se quiere el pago de sumas de dinero referidas en dichos títulos valores. La jurisprudencia por su parte ha aceptado pacíficamente las ejecuciones hipotecarias promovidas en mérito a dichos negocios”⁵³

Recordando las bases de nuestro sistema hipotecario, que contiene el famoso tríptico ya señalado: convencionalidad, publicidad y especialidad, señalan que “... en atención al tema en estudio, es el último de los nombrados el que debe merecer mayor atención.-

De esa manera concuerdan con las ideas antes expuestas en cuanto el principio de especialidad de la hipoteca, “solo puede entenderse en consecuencia, de una manera, esto es abarcando tanto a la fuente cuanto al monto”.

“La cuantía se refiere a la hipoteca y no al crédito (puede éste ser superior al garantizado por la hipoteca), incluso puede ser estimado por no conocerse el monto del crédito. Esta situación se da en hipótesis de hipotecas que garantizan obligaciones eventuales. Este tipo de obligación a diferencia de la obligación futura tiene relación de base actual, siendo

⁵² Rodríguez Olivera, Nuri. Derechos accesorios y garantías (Títulos Valores, Art. 10, D.Ley 14.701) en: Rodríguez Olivera, Nuri; López Rodríguez, Carlos Eduardo; Bado Cardozo, Virginia; & Armellini Di Santi, César Alejandro. Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial, <http://www.derechocomercial.edu.uy/>, 2.004.

⁵³ Roque, Molla, “La hipoteca Cambiaria. Un problema de Lege Ferenda”, en Anuario de Derecho Civil Tomo XXI, Pág. 478

contingente la verificación del evento que la haga exigible; el caso más común es la hipoteca que garantiza el pago de la pena pactada para el caso de incumplimiento (evento) de las obligaciones” (...) ⁵⁴

En consecuencia la hipoteca uruguaya es la normal, aquella que tiene naturaleza accesoria, constituida en garantía de un crédito cuyo titular está identificado en la relación obligatoria principal.-

Ahora bien, definen a la hipoteca cambiaria, como aquella “... hipoteca constituida en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador”. “La doctrina comercialista más recibida tanto nacional como extranjera, define al título valor a la orden o al portador como una promesa unilateral, una declaración de voluntad unilateral no recepticia, por la cual el firmante contrae una obligación. No supone la recepción de la voluntad, esto es otro contrayente. La figura del acreedor no es de la esencia del título valor, éste existe por la sola manifestación de voluntad del librador. Por ello, señala Messineo, que en realidad el deudor no contrae con el acreedor sino que destina al acreedor su promesa⁵⁵

“No cede la argumentación por el hecho de que la hipoteca se constituye en garantía de obligación contraída con una persona determinada, estableciéndose en la escritura que el crédito se instrumenta en un vale. La situación es clara: existe una hipoteca que está garantizando la relación fundamental o causal y un título valor que por definición es literal, autónomo, abstracto e independiente. No solamente la inexistencia del contrato impide la admisión de las hipotecas cambiarias en nuestro derecho. En efecto, la característica de abstracto del título valor inhibe su vinculación con el derecho real de hipoteca. Es imposible establecer una relación de dependencia, de accesoriedad, con un papel que no tiene ni puede tener por su naturaleza ninguna referencia en cuanto a su causa.- (...)”

Por otra parte, el D.Ley 14.701 opera en el mismo sentido, desde que su Art. 121 establece taxativamente las menciones o cláusulas que pueden contener los vales, conformes o pagares, por lo que toda referencia a situaciones jurídicas diversas a las por él

⁵⁴ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXI Cit. Pág 480.-

⁵⁵ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXI Cit. Pág. 480

enumeradas deberán tenerse por no puestas según la posición jurisprudencial dominante, o en su caso, derivar en la desnaturalización del documento como título valor y en su transformación en título ejecutivo común.- (pág.481).-

Recordemos que dicha norma fue derogada, y el actual sistema de cláusulas que pueden contener los vales, es amplio, la enumeración que hace la ley no es taxativa, y se concede primacía a la autonomía de la voluntad; y deberá darse prioridad al interés del comercio y la seguridad jurídica frente a la nulidad e ineficacia del acto jurídico.⁵⁶

Continuando con el planteo de los Dres. Molla, ellos se cuestionan “¿Son existentes las hipotecas constituidas en garantías de obligaciones documentadas en títulos valores en nuestro país? (...) ¿existen hipotecas cambiarias en el Uruguay?”⁵⁷.-

A lo que contestan que “con carácter general, diremos que las hipotecas existentes reconocen una relación de base o causal a la que se le agrega el libramiento de un título valor. Por lo tanto habrá que distinguir aquellas situaciones en que se ha mantenido la relación fundamental la cual sí accede la hipoteca, de aquellas que novación mediante se hayan extinguido aparejando por supuesto la extinción de la garantía. La hipoteca tendrá viabilidad si accede a la relación base o causal; si se estableció en garantía del título valor es inexistente”.-

“En nuestro ordenamiento, jurídico, el principio de especialidad que rige el sistema hipotecario atañe al crédito y al bien gravado. (...) La hipoteca no puede acceder a un papel que por esencia es abstracto y circula solamente con el traslado material. Menos aún en nuestro derecho positivo donde por un lado se impone al registrador en el acto de inscripción de la hipoteca (constitutivo) la carga de asentar “la fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentre” (C. civil Art. 2334 n° 2) y por otro lado se veda al librador de un título valor asentar toda referencia al negocio causal (por Ejemplo Art. 121 D.Ley 14701), por atentatoria del principio de abstracción; consecuentemente no existe posibilidad jurídica de vincular un vale, conforme o pagaré al

⁵⁶ Claudia Vallarino Berretta, Cláusulas facultativas en los vales, pagares, y conformes; otras reflexiones, en Anuario de Derecho Comercial, Tomo IX, Pág. 369 y sgtes.-

⁵⁷ Molla en A.D.C.U. Tomo XXI Pág. 482

negocio causal que accede la hipoteca (préstamo, apertura de crédito, etc.) y menos aún si aquel es de fecha posterior al contrato de garantía: el título valor al ser abstracto, puede responder a aquella relación base asentada en la hipoteca o a cualquier otra que las partes puedan haber celebrado”⁵⁸.-

XI.- La ley 16.906 y la modificación legal del Art. 10 de la Ley 14.701.-

Algunos, con la norma que se comentará, darán por satisfecho el reclamo de una regulación legal respecto a la garantía en examen, otros señalarán la necesidad de una solución legislativa expresa y responsable dado el carácter institucional, a su entender, del tema en cuestión.-

Fue en ocasión de la ley 16.906, denominada “ley de promoción y protección de las inversiones”, entre otras modificaciones, establece la nueva redacción del Art. 10 de la ley 14.701. Así el Art. 30 de la Ley 16.906 dispone:

“Artículo 30. (Transmisión de títulos valores y facilitación de la circulación de las garantías que les acceden). Agregase al artículo 10 del Decreto-Ley N° 14.701, de 12 de setiembre de 1977: "Los derechos emergentes de las garantías reales o personales que accedan a un título valor, se transferirán de pleno derecho por la sola transmisión del título valor en el que conste la garantía que le accede, sin necesidad de inscripción alguna. Para la transmisión de garantías que respaldan títulos valores objeto de oferta pública se estará a lo que disponga la legislación específica en la materia”.-

“Las garantías reales que se constituyan para asegurar el cumplimiento de obligaciones cartulares se inscribirán en los Registro Públicos correspondientes individualizando el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás elementos que correspondan a su naturaleza. A los efectos de la referida inscripción registral no será necesario identificar a los sucesivos tenedores del título garantizado”.

“Las garantías se cancelarán por declaración unilateral del deudor y la exhibición del título valor. En defecto de la exhibición del título, para obtener la cancelación de la garantía

⁵⁸ Idem.-

deberá acreditarse ante el Registro, o ante el depositario, en su caso, la consignación judicial de los importes". (Ley 16.906 de 7 de Enero de 1998).-

Ahora bien, dicha modificación ¿realmente cambia el panorama en lo que a la práctica de la hipoteca cambiaria bancaria se refiere?-

Señalan las comercialistas Teresita Rodríguez y Alicia Ferrer que "Con esta nueva redacción nos encontramos en primer lugar con la aseveración de que la transmisión del título valor comprende las garantías extracambiarías que pudieren exceder al derecho consignado en el título y esto de por sí ya es un punto debatido largamente por doctrina y jurisprudencia. En efecto, el termino derechos accesorios contenido en la redacción originaria del Art. 10 de la ley fue entendido por calificada doctrina como el Dr. Pérez Fontana y la Dra. Nuri Rodríguez como comprensivo únicamente de los intereses pactados cuando el pacto es procedente, no incluyendo las garantías extracambiarías"⁵⁹.-

"Por el contrario en la otra posición que hoy se recoge en la nueva redacción de este Artículo, la doctrina comercialista estimaba que el ámbito de aplicación de dicha norma era precisamente el de las garantías extracambiarías y por ende el sentido de dicha norma era el establecer que la transmisibilidad de la titularidad del derecho crediticio consignado en el título valor conllevaba a la transmisión automática de las garantías extracambiarías constituidas en el refuerzo del crédito aludido y que acceden al título valor citado"⁶⁰.-

Agregan categóricamente las autoras señalan que "Esta solución a la que arriba hoy el legislador a veinte años de la ley de TV no es mas que la reiteración del principio común en nuestro derecho positivo de que la adquisición de un derecho conlleva la transmisión automática al nuevo titular, de las garantías que acceden al derecho principal" solución que a entender de las mencionadas autoras era la única interpretación correcta de lo que ya establecía el proyecto INTAL, fuente directa de nuestra ley de títulos valores".-

Ingresa así a nuestro derecho cambiario "... los denominados "títulos valores prendarios o hipotecarios" cuya peculiaridad consiste en que debe existir la pertinente

⁵⁹Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer Montenegro. "La ejecución de las garantías reales cambiarías en la nueva redacción dada al Art. 10 de la Ley de Títulos Valores", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 4 / 1997, Pág. 539 y sgtes.-

⁶⁰ Ob. Cit. Pág 540.-

correlación documentada formalizada entre los respectivos instrumentos, conforme lo exige la legislación. Así debe constar en el propio título cambiario la existencia del derecho real de garantía y en el documento constitutivo de este, el libramiento del aquel⁶¹.-

El vale prendario o hipotecario, como la figura más usual, debe considerarse para todos los efectos como un título cambiario. A tales efectos, señalan las autoras que "... los vales y las letras prendarios o hipotecarios poseen los caracteres de los documentos cambiarios a cuya categoría pertenecen: necesidad, literalidad, autonomía y complejidad, con la única diferencia sobre el título valor común de un plus, en el cobro asegurado por una garantía real con constancia puesta en el tenor del propio documento. (...) Así "el título valor de contenido dinerario así garantizado mantiene su carácter de abstracto en tanto la mención referida a la hipoteca o prenda nada tiene que ver con la relación causal, pero sí amplía su literalidad lo que repercute en cuanto a las eventuales defensas a oponer por un tercero tenedor del título"⁶²

Como vemos, la posición de las comercialistas señalada dista bastante de la defendida por los Hnos. Molla, quienes en atención a las características de la declaración unilateral de los títulos valores, prohíben cualquier referencia a la relación causal subyacente.-

Ahora bien, es importante señalar que estas autoras, siguiendo la posición de Cámara en Argentina, señalan que lo que la hipoteca cambiaria bancaria está garantizando no es el cúmulo que emerge de la relación de base (operación que puede ser una apertura de crédito) y los títulos valores, sino simplemente a éstos. Es decir que con el libramiento de los vales, por ejemplo, la hipoteca se vuelve cambiaria y pasa a garantizar exclusivamente la relación cambiaria.-

Por su parte la Prof. Dra. Nuri Rodríguez, que se había opuesto terminantemente a que una hipoteca pueda acceder a un título valor, según se señalara anteriormente, con la nueva redacción del Art. 10 de la Ley 14.701, manifiesta que la incorporación de los nuevos

⁶¹ Ob. Cit. Pág 540

⁶² Ob. Cit. Pág 541.-

incisos se hace en la tesitura de la posición doctrinara favorable a la admisión de las garantías extracambiarias, sean éstas reales o personales.-

Señala que en los incisos de la nueva redacción: "... se establece que los derechos emergentes de garantías reales o personales que accedan a un título valor se transferirán por la sola transmisión del título valor, con la condición de que en él conste la garantía que le accede sin necesidad de inscripción alguna. También, se establece que en las garantías reales que se constituyan se debe individualizar el título valor garantizado. Además, se dispone que no es necesario identificar a los sucesivos tenedores del título garantizado. Por fin, se dispone que las garantías se cancelan por la sola declaración unilateral del deudor y la exhibición del título valor o la consignación judicial de los importes. De manera que si se constituye una hipoteca para garantizar el pago de un vale, en éste debe constar que existe hipoteca y los datos de la misma que sirvan para individualizar los bienes hipotecados, la inscripción en el registro, etc. A la vez, en la hipoteca se deberá individualizar el título valor garantizado (art. 10, inc. 2). Trasmitido el título valor, según establece la Ley, queda transmitida la garantía sin necesidad de inscripción alguna. No habrá entonces publicidad registral sobre el cambio de acreedor (inc. 3, art. 10) ⁶³

XII.- La invalidez de la Hipoteca Cambiaria Bancaria como hipoteca abierta o genérica de obligaciones futuras. La posición del Dr. Molla luego de la modificación del Art. 10.

Ahora bien, no obstante la modificación legal reclamada por parte de la doctrina, el Dr. Molla acepta que la Ley 16.906 (que modificara el Art. 10 del D. L. 14.701) instituya la denominada hipoteca cambiaria pero la misma no es la que habitualmente se practica en nuestro país, es decir la hipoteca cambiaria bancaria otorgada en ocasión de una apertura de crédito con posterior cumplimiento de la misma mediante el libramiento de títulos.-

En un trabajo publicado con posterioridad a la nueva ley, y criticando la posición de Isaac Gorfinkiel, quien acepta la validez de este negocio en nuestro sistema, según se

⁶³ Rodríguez Olivera, Nuri. Derechos accesorios y garantías (Títulos Valores, Art. 10, D.Ley 14.701) en: Rodríguez Olivera, Nuri; López Rodríguez, Carlos Eduardo; Bado Cardozo, Virginia; & Armellini Di Santi, César Alejandro. Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial, <http://www.derechocomercial.edu.uy/>, 2.004.

expondrá, señala las siguientes conclusiones que se pueden extraer de la reforma legislativa:

“1) la ley 16.906 disciplina la hipoteca cambiaria, esto es la constituida en garantía de un título valor determinado, de acuerdo a lo que establece indiscutiblemente su Art. 30⁶⁴”

“2º) La llamada “hipoteca abierta” técnicamente hipoteca en garantía de obligaciones futuras no está regulada por el ordenamiento jurídico uruguayo, con carácter general (...).”

“3º) El tema merece una decisión legislativa expresa, por la importancia de la situación aún para quienes sostienen la viabilidad actual de la hipoteca abierta”⁶⁵ (Molla A.D.C.U. Tomo XXIX).-.

En efecto, son los ya señalados principios de accesoriedad y principalmente el de especialidad (tanto en cuanto al crédito como al objeto de la hipoteca) los que se estarían violentando con la hipoteca en estudio: “la garantía real no puede acceder a un crédito que aún no ha nacido, no puede garantizar una obligación futura que es lo que ocurría en este caso...”.-.

Ahora bien, el esfuerzo doctrinario elaborado por Molla, recibe el actual respaldo – no menor – del Tratado de Derecho Civil Uruguayo de Gamarra, el cual en su 4ta Edición (2003) reciente actualizada por los Dres. Arturo Caumont, Andrés Mariño, Gerardo Caffera, y el propio Molla; quienes se pronuncia expresamente en contra de la viabilidad jurídica de la hipoteca abierta y excluyen de la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, la modalidad en estudio⁶⁶

En efecto, señala el propio Roque Molla: “... la hipoteca introducida por la ley 16.906 es únicamente la cambiaria en su acepción técnico-jurídica esto es, aquella que garantiza un título valor actual y no futuro. El Art. 30 de la ley citada es terminante ya que exige la individualización del título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás elementos que correspondan a su naturaleza. La ley, y solamente la ley puede

⁶⁴ Es decir que exige, a su entender, la precisa determinación del título valor al tiempo del libramiento de la hipoteca. Hecho imposible en la operativa bancaria que se analiza.-

⁶⁵ Molla Ob. Cit.-

⁶⁶ Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo II Vol. “ 4ta Ed. 2003, Pág. 28.-

hacerlo, modificó el sistema hipotecario uruguayo en el sentido apuntado, no estableció la posibilidad de la llamada hipoteca abierta”⁶⁷.-

A lo que le agrega que la hipoteca abierta que otros reconocen, no es la que considera el Art. 10, en sus nuevos incisos en los que se exige una individualización impracticable dado el modus operandi de la garantía⁶⁸.-

Asimismo, señala que la definición de la hipoteca de obligación futura o eventual como aquella que se otorga generalmente en garantía de una apertura de crédito, en la que se establezcan en sus “líneas fundamentales” las obligaciones que quedarán garantizadas por la misma, pero sin que exista crédito actual a favor del titular del derecho de hipoteca y sea por lo tanto contingente su nacimiento, es, a su entender, absolutamente “equivoca”.-

En efecto, en el contrato de apertura de crédito, siguiendo el modelo del Código Italiano de 1942, “...el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un cierto período de tiempo o por un tiempo indeterminado”. “En opinión de Ernesto Eduardo Martorell, el elemento al cual el legislador italiano ha privilegiado es la puesta a disposición por el banco a favor del cliente de sumas de dinero -si gusta más- de medios de pago, en general, compartiendo con una vasta serie de contratos bancarios un concepto tenido por fundamental, “la disponibilidad” (Tratado de los contratos de empresa. Tomo II, Pág. 456). Más adelante agrega el autor argentino citado: ¿en que momento se perfecciona el contrato? Cuando se concede el crédito, lo que ocurre cuando el banco - aceptando la solicitud del acreditado - le manifiesta que los fondos se hayan a su disposición, pasando a ser la entidad deudora dentro de los límites del monto otorgado y por el plazo convenido”⁶⁹

“En todos los casos, de admitirse su viabilidad, la hipoteca que se constituye garantizará el reintegro de los fondos a acreditar en cumplimiento del contrato de apertura de crédito, esto es la relación causal, no las obligaciones contenidas en los títulos valores”⁷⁰

⁶⁷ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXIX Pág. 517.-

⁶⁸ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXIX Pág. 517.-

⁶⁹ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXIX Pág. 517.-

⁷⁰ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXIX Pág. 517.-

Distingue Molla entre eventual y futuro: para agregar que lo eventual, recordando lo señalado por Gamarra cuando pone el ejemplo de la hipoteca para el saldo de la cuenta corriente, es la que responde a una relación actual ya existente, por lo que puede garantizarse hipotecariamente; lo que “no ocurre con los que en el futuro puedan otorgarse ... más aún si se trata de obligaciones instrumentadas en títulos valores, dada la imposibilidad, mas que jurídica, materialmente de establecer la relación entre el vale (literal, autónomo abstracto e independiente) con la relación accesoria de hipoteca.-

“No se trata de una mera cuestión terminológica ... sino sustancial: la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, también llamada hipoteca de máximo y la hipoteca cambiaria son dos tipos diferentes. (...) La hipoteca cambiaria hoy, al decir del Prof. Emérito Jorge Gamarra, tiene carta de ciudadanía en el derecho positivo uruguayo, definitivamente a partir de la ley 16.906. Si se legisló en vano, por tratarse de una cuestión puramente teórica o de laboratorio ... es harina de otro costal”⁷¹ por lo que “la aseveración ... de que el tema de las garantías corrientemente denominadas genéricas o abiertas debe considerarse zanjado en el sentido favorable a su admisibilidad con la sanción del Art. 10 del D.Ley 14701 no es de recibo”.-

Como podemos apreciar, Molla continúa en su posición y se pronuncia categóricamente sobre la nulidad de este tipo de hipotecas antes de la modificación legal. Operada la misma, solo levantan la impugnación respecto de las hipotecas en garantía de títulos valores que se individualizan y se determinan en la propia hipoteca, pero su crítica se mantiene respecto de las hipotecas otorgadas para garantizar el pago de títulos cambiarios futuros, aún no creados; y cualquier referencia en dichos títulos implicaría su causalización, lo cual no es admisible en nuestro ordenamiento.-

⁷¹ Molla, en A.D.C.U. Tomo XXIX Pág. 518.-

XIII.- La validez y admisión en nuestro ordenamiento de la Hipoteca Cambiaria Bancaria. La posición del Dr. Isaac Gorfinkiel.-

El Dr. Isaac Gorfinkiel, en un extenso y prolijo trabajo, con importante bibliografía nacional y extranjera, señala que primeramente "... algunas precisiones semánticas se imponen: la doctrina comercialista y los estudiosos del derecho hipotecario excluyen en general de lo que denominan hipoteca cambiaria al tipo de garantía que analizamos, consideran bajo dicha denominación solamente las hipotecas que se otorgan en garantía de títulos valores determinados, esto es creados antes o simultáneamente con la garantía real en cuestión y que por lo tanto pueden ser individualizados en la respectiva escritura del modo previsto en el Art. 10 inc.3º D.Ley 14.701."

"En cambio la garantía que analizamos y que en nuestro país se denomina comúnmente hipoteca cambiaria es considerada como hipoteca de obligación futura o eventual y será generalmente en una apertura de crédito ... sin perjuicio de que también pueda acceder a otro tipo de negocio o relación jurídica coetánea con la hipoteca, en la que se establezcan en sus "líneas fundamentales" las obligaciones que quedarán garantizadas por la misma, pero sin que exista crédito actual a favor del titular del derecho de hipoteca y sea contingente su nacimiento..."⁷².-

"Por nuestra parte creemos que no se trata de denominaciones incompatibles o excluyentes: ocurre que al principio lo garantizado es la apertura de crédito o el negocio o la relación jurídica prevista como generadora de las obligaciones futuras o eventuales, pero no bien éstas comienzan a surgir la hipoteca se hace cambiaria, ya que, por lo general, las obligaciones garantizadas adoptarán la forma o estarán incorporadas a títulos valores cambiarios."⁷³

"En la practica bancaria de nuestro país el vale ha pasado a ser el denominador común al que se reducen toas las operaciones activas (mutuos, descuentos, anticipos, avales o garantías, créditos documentarios, tarjetas de crédito, etc.) por la mayor solidez que

⁷² Gorfinkiel Ob. Cit. Pág 72.-

⁷³ Ídem.-

confiere al acreedor la presunción de autenticidad de este tipo de documentos, su literalidad, la abstracción procesal,”⁷⁴

Señala que quizás, prima facie, deberían rechazarse algunas denominaciones utilizadas por la doctrina vernácula, entre ellas: 1º) la expresión “hipoteca genérica”, primeramente se rechaza a efectos de evitar confusiones con la cláusula de garantía general hipotecaria, que no admitida en nuestro país no obstante si en Chile de donde proviene la norma nuestra, 2) hipoteca abierta, según el lleva a confusiones con la posibilidad de que se puedan constituir otras hipotecas de grado preferente como sucede en Alemania o en Argentina con la posibilidad de que el acreedor permita compartir su mismo rango con otro, 3) hipoteca de máximo, ella no molesta aunque solo se hace referencia a uno de los aspectos de la hipoteca el que es que se determine al “suma a que se extiende la hipoteca” (art. 2334 Nral. 4º),.-

“La hipoteca que se impugna es la que pretende garantizar una relación futura y no eventual (que serían conceptos distintos), pues carece de existencia actual o en su caso la necesaria consistencia requerida para que el orden jurídico la admita como para servir de obligación principal a la que le acceda el contrato de hipoteca”.-

Ahora bien, habiendo ingresado en las clasificaciones de futuros y eventuales, aclara Gorfinkiel que, dichos términos solo se podrán utilizar indistintamente cuando se refieran solo a obligaciones que, al tiempo de creación de la garantía, tengan alguna consistencia, es decir una relación jurídica previa. Relación que para todos puede perfectamente ser una apertura de crédito, pero que para Molla ella no es suficiente para permitir que la hipoteca garantice vales librados en cumplimiento de ella.-

Señala el propio Gorfinkiel que “el derecho solo permitiría que se aseguren obligaciones que ya tengan alguna consistencia, que en el momento de convenirse la garantía ya exista una relación jurídica actual, aunque no se haya completado o perfeccionado y se encuentre en gestación o formación. Es pues tomando en cuenta esta afirmación que podrá hablarse indistintamente de derechos y obligaciones eventuales o

⁷⁴ Gorfinkiel Ob. Cit. Pág. 94 y 05.-

futuras - como se hace comúnmente- esto es, dando a este último termino el contenido precedentemente indicado, así es como ha estudiado y expuesto el tema en nuestro país Gamarra, con su habitual claridad”.-

Ahora bien, en lo que respecta al principio de especialidad, y la necesidad de la determinación no solo del objeto sino también del crédito (al respecto nos remitimos a lo señalado supra por el Art. 2334 Nral. 2 y 4); señala Gorfinkiel, que “las normas que permiten el otorgamiento de contratos de hipoteca en garantía de obligaciones futuras o eventuales (2336) demuestra que asiste razón a quienes señalan que la exigencia del Art. 2334 num. 4 de indicar la fecha y naturaleza del contrato o el archivo en que se encuentra es otra de las disposiciones que se explican teniendo en cuenta el tipo de hipoteca que tenía en mente el legislador: la común u ordinaria ...donde el crédito y la garantía surgen generalmente de la misma escritura de hipoteca. Pero tratándose de hipotecas ... cambiarias ... que garantizan variedad de obligaciones que aún no existen ni se sabe como, en caso de que surjan se han de configurar o que características tendrán, la disposición carece de aplicación.”⁷⁵

Pero la determinación no es sinónimo de individualización actual, pues alcanza con que se den los elementos para que ella pueda hacerse -el elemento debe ser determinable aunque no determinado- y ello es así en todos los contratos de garantía (fianza, prenda e hipoteca) por lo que los argumentos que desarrolla Gamarra para demostrar la validez de la fianza general bancaria, con apoyo en la doctrina italiana, también pueden esgrimirse para justificar la procedencia de la hipoteca cambiaria que garantiza obligaciones - eventuales o futuras- emergentes de relaciones crediticias...⁷⁶

Continua expresando Gorfinkiel que “...la hipoteca cambiaria contiene o suministra a todos a quienes pueda interesar los elementos necesarios para determinar la obligación

⁷⁵ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 101.-

⁷⁶ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 101.-

Por su parte Molla, le reprocha a Gorfinkiel que ello no es correcto por que en el campo de los derechos reales rige el numerus clausus, mientras que la fianza se desenvuelve en el campo de los derechos personales donde campea el principio de la autonomía privada, Molla, en A.D.C.U. Tomo XXIX Pág. 518).-

principal a la cual accede y para los que faltaren (obligación futura o eventual) de la misma hipoteca surgen los criterios que permiten identificar la obligación garantizada...”.-

Ahora bien, considerando el inc. 3 del Art. 2326 C.C., el cual como ya vimos tiene su fuente en el Código Civil Chileno, agrega que aún se “... permite considerar válida la hipoteca de obligaciones futuras aún cuando no existiere la obligación de base o vínculo jurídico presente requerido por la doctrina mayoritaria para configurar la obligación eventual o aún cuando no se indicaren todos los elementos que reclama la doctrina clásica para considerar cumplido el requisito de la especialidad en cuanto al crédito, postulado como un principio esencial del régimen hipotecario”

“Serían válidas entonces en nuestro ordenamiento, en virtud de dicha norma legal, lo que la doctrina chilena denomina “cláusula de garantía general o garantía general hipotecaria” mediante la cual se estipula que la garantía cubre todas y cualesquier obligación que llegare a contraer el deudor con ese acreedor, sea cual fuere su origen y naturaleza del crédito.”⁷⁷

Recordemos lo antes expresado por el propio Gamarra, quien si bien no aceptaba dicha interpretación extensiva del Art. 2326, sostenía que bien podía servir de base para quienes defiendan la validez de la cláusula; y ello es lo que hace Gorfinkiel.-

“En Chile en cambio la jurisprudencia mayoritaria e importante doctrina acepta en base a esa norma legal (que es el art. 2413 del C Chileno) la validez de la cláusula de garantía general: si la hipoteca puede otorgarse antes que el contrato a la que accede, la norma del inc. 2 del 2334 C. Civil única sobre la cual se ha construido el principio de especialidad referido al crédito y en cuanto a su naturaleza o causa-fuente, resulta inaplicable”.-

“En síntesis, es discutible que en la hipoteca cambiaria que se practica en nuestro país sea admisible la validez de la cláusula de garantía general, que se acepta mayoritariamente en Chile y minoritariamente en la Argentina, por lo que consideramos recomendable que en la redacción de los respectivos contratos de garantía se formule de la manera mas completa posible la descripción de la relación base de la cual podrán surgir las

⁷⁷ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 102.-

obligaciones futuras o eventuales que la hipoteca garantice y se prescinda de formulas demasiadas genéricas como lo es la cláusula de garantía general; no obstante la existencia de una cláusula de este tipo creemos que no provoca la invalidez de la hipoteca cuando además existe y se menciona como una relación de base – apertura de crédito u otra – de la que puedan surgir los créditos que se pretenden incluir en la garantía hipotecaria: la nulidad, en tal caso, sería parcial y solo afectaría a la cláusula de garantía general⁷⁸.-

“Pero la crítica formulada contra la validez de la hipoteca cambiaria apunta específicamente a uno de los actos o negocios jurídicos que pueden derivar de las relaciones jurídicas garantizadas: los títulos cambiarios librados por el acreditado – si en el caso, la relación de base fuere la apertura de crédito- en los que se instrumenta el deber restitutorio que asume frente al banquero al hacer uso del crédito o de la disponibilidad que el acreditante le confirió “⁷⁹

Se ha señalado que “la imposibilidad sería jurídica y material, ya que el vale es por definición literal, autónomo, abstracto e independiente, por lo que nunca podrá saberse si el mismo corresponde o no al crédito que en la hipoteca se convino garantizar” (...) Ahora bien, actualmente y considerando la nueva redacción del Art. 125 de la Ley 14.701⁸⁰, relativo a las cláusulas de los vales “nada impide que en el vale se establezca que el mismo corresponde o se imputa a una operación comprendida en la apertura de crédito o línea de crédito garantizada por la hipoteca que se individualiza a través de sus principales datos” “...esta cláusula incorporada al texto del vale, que refiere a la causa del mismo, no causaliza al título que mantiene su carácter de autónomo, abstracto y literal...”⁸¹.-

⁷⁸ .Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág.103-104.-

⁷⁹ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág.104.-

⁸⁰ Artículo 2. de la ley 16.788- Sustituyese el artículo 125 del Decreto-Ley N° 14.701, de 12 de setiembre de 1977, por el siguiente.

"Artículo 125.- Los vales, pagarés y conformes pueden ser extendidos a la vista, a cierto plazo desde su fecha y a fecha fija. Pueden asimismo, tener vencimientos sucesivos y en tal caso, podrá pactarse, expresamente, que el no pago de una o varias cuotas haga exigible el documento.

Podrán también incluirse en los vales, pagarés y conformes, otras cláusulas, tales como las que estipulan el pago de intereses corrientes o moratorios; la de constitución en mora por el solo vencimiento de los plazos estipulados para el pago de capital e intereses; la de constitución de domicilio y la de atribución de jurisdicción.

En lo no expresamente previsto, son aplicables a los vales, pagarés y conformes, en lo pertinente, las disposiciones generales de la presente ley y las especiales relativas a la letra de cambio".

⁸¹ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 105.-

“Pero incluso sin esa mención no creemos que pueda negarse o controvertirse la inclusión del vale o de la obligación cambiaria incorporada al mismo dentro de la cobertura referida por la garantía hipotecaria, cuando se ha previsto que ella se extiende a los títulos valores librados por el deudor garantizado en operaciones celebradas en cumplimiento de la apertura de crédito u otras relaciones jurídicas convenidas”.-

“La determinación surge como hemos señalado, siguiendo a Gamarra, de la individualización de los sujetos (banco acreedor y deudor acreditante y acreditado respectivamente en una apertura de crédito) y la naturaleza de la obligación a la cual accede la hipoteca ... en virtud de la previsión contenida en dicho contrato, en el que se expresa que la garantía hipotecaria cubre las operaciones que realice el deudor al utilizar el crédito o disponibilidad conferida por el acreedor y que ellas podrán documentarse en títulos valores librados o aceptados o avalados o endosados por el deudor”.-

“Con ello el nexo o vinculación reclamados entre el gravamen hipotecario y la obligación garantizada entendemos que queda asegurada (ver al respecto como ello ha sido recogido por nuestra jurisprudencia): la circunstancia de que tratándose de un título cambiario la obligación es abstracta u emerge de una declaración unilateral de voluntad no puede llevarnos a olvidar que en nuestro ordenamiento (...) la abstracción materia y absoluta no existe: siempre es procesal y relativa, porque implica solo descartar la admisión de la oposición causal por vía de la exceptio o defensa en el mismo proceso....”.-

Ahora bien, pero en definitiva ¿Qué relación garantiza la hipoteca, la principal o base o la cambiaria?.-

Al respecto contesta Gorfinkiel que, “debe distinguirse entre la hipoteca en garantía de las obligaciones emergentes de la relación subyacente, o relación jurídica originaria de base o causal, y la que garantiza el título valor, esto es la relación cambiaria o cartular.

La distinción es clásica en todos los estudios sobre hipoteca cambiaria y en general se admite que la garantía puede asegurar ambas relaciones la causal y la cambiaria y que ello depende de la voluntad de las partes, Camara en la Argentina y Teresita Rodríguez y Alicia

Ferrer en nuestro país, señalan que en principio, lo garantizado es únicamente la relación cambiaria y que no es conveniente o recomendable el cúmulo.”⁸²

“Entendemos por nuestra parte que en la hipoteca cambiaria bancaria uruguaya la relación subyacente está constituida, en la generalidad de los casos, por el contrato de apertura de crédito y por los contratos y negocios solutorios (mutuos, etc) que se otorguen en cumplimiento de aquella, por lo que, salvo manifestación expresa de las partes, en sentido contrario, naturalmente la garantía cubriría la relación base y también los títulos creados en cumplimiento o en ejecución de la misma”⁸³ y definitivamente ella es la posición constante en nuestra jurisprudencia.-

Asimismo agrega que: “... la creación o emisión del título cambiario no implica novación respecto del crédito causal: así lo decía ya el Art. 1000 del Código de Comercio y lo reiteró con mayor vigor el Art. 46 de la Ley 14412 y 25 del D.L 14.701” (...) “En realidad la novación no tiene nada que ver con el tipo de relación creado por la apertura de crédito - contrato autónomo que supone e implica una relación crediticia permanente, por lo que se le considera como de ejecución continuada - pero aún, cuando fuere así, la cuestión se resuelve recordando que este efecto de la novación puede dejarse sin efecto por reserva contenida entre las partes, que es lo que comúnmente se establece en las aperturas de crédito, conviniéndose que la garantía no solo cubre las prórrogas y renovaciones sino todas las nuevas utilizaciones del crédito: se trata de un efecto natural del contrato”⁸⁴.-

En conclusión, entiende Gorfinkiel “... que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, es válida la hipoteca en garantía de créditos futuros o eventuales ... considerando que la existencia actual de una relación de base que torne posible o probable el surgimiento de dichos créditos se cumple satisfactoriamente en los casos en que las partes se encuentren vinculadas por un contrato de apertura de crédito - contrato típicamente bancario, reconocido y admitido en nuestro régimen jurídico - o por otro tipo de negocio o

⁸² Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 108.-

⁸³ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 108.-

⁸⁴ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 109.-

relación jurídica en la que se determine en sus líneas fundamentales las obligaciones que quedarán garantizadas por la hipoteca..."⁸⁵

"Como consecuencia de esta premisa, sostenemos que los actos - negocios, contratos u operaciones- realizadas en cumplimiento de dicho contrato de apertura de crédito (también referido al otorgamiento de una línea de crédito) o emergentes de otras relaciones jurídicas generadoras de obligaciones futuras o eventuales consideradas, quedarán cubiertos por la garantía real"⁸⁶

"El vale o título cambiario librado por el deudor (...) es suficiente para establecer el nexo entre el crédito y su garantía accesoria aunque no surgiera del vale a texto expreso dicha vinculación"⁸⁷

XIV.- La Jurisprudencia Uruguaya respecto de la hipoteca cambiaria bancaria de obligaciones futuras o eventuales.-

Ya habíamos adelantado la importancia que le asignábamos a la jurisprudencia, en la tarea diaria de aplicar derecho; y que llevaban a Jossierand a hablar de un "Derecho Jurisprudencial".-

Recientemente, y en ocasión del bicentenario del "Code de Napoléon" (Código Civil Francés), el Anuario de Derecho Civil Uruguayo (Tomo XXXIV) para conmemorar el aniversario del cuerpo normativo que inició la modernidad jurídica, que fue calificado como "monumento en la historia del derecho", y que se erigió en antecedente del nuestro, publica fragmentos del discurso preliminar de presentación del proyecto de sus autores.-

De sus bases "...resulta que el Derecho, en el designio de los redactores del Código Civil Francés, no se reduce a la ley, la cual no puede contener todo aquel, confiriéndole participación imprescindible a la jurisprudencia en su construcción". Así el "discours préliminaire", en unos de sus párrafos reza: "Es imprescindible que el legislador vele sobre la jurisprudencia; puede ser iluminado por ella, y puede por su parte, corregirla; pero hace

⁸⁵ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 110.-

⁸⁶ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 110.-

⁸⁷ Ídem.-

falta que exista una jurisprudencia" (...) Corresponde a la experiencia llenar sucesivamente los vacíos que dejamos, los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo; pero en verdad, no los hacemos nosotros" ⁸⁸.-

A continuación y a modo de adenda, transcribiremos fragmentos de Sentencias que nos permitirán ilustrarnos sobre el objeto del presente trabajo:

1) Juzgado de Paz de la 1era Secc. de Salto. Sentencia de Primera Instancia de 20 de Setiembre de 1983. Dr. D. Borrelli Uberti⁸⁹

"Considerando: (...) III) Nexo entre los documentos de hipoteca de adeudo y el contrato de hipoteca (...) el ejecutante en el escrito que evacua el traslado, Nral. 4 (fs. 61 vto) admite que el tercerista (Banco) ha demostrado que existe una garantía hipotecaria a su favor: "pero no existen en autos recaudos o prueba alguna que demuestre que los créditos que denuncia están garantizados con la hipoteca referida. Debe naturalmente existir alguna ligazón documentaria entre el crédito y la garantía hipotecaria" y sigue expresando "Siendo como en el caso de autos la hipoteca una garantía genérica, tiene que existir la ligazón expresada, de lo contrario - o sea al no existir - cabe entender que se tratan de créditos sin garantía hipotecaria. No nos es dable apreciar que exista tal ligazón como de la Relación de deudas como de las Declaraciones de Aperturas de Cuentas Corrientes acompañadas".-

El sentenciante entiende equivocadas estos conceptos debido a que la llamada "ligazón" no es necesaria cuando existe como en el sub-judice una Escritura de Hipoteca que expresa en la cláusula décima y en su similar cláusula séptima de las Escritura de Ampliación: "La hipoteca constituida garantizará además: a) hasta los montos expresados cualquier deuda u obligación que el deudor haya contraído o contraiga en el futuro con el Banco acreedor ..." (fs.48) y sí a esta la armonizamos con la cláusula primera en tanto expresa: "El Banco ha concedido un crédito al Sr. H.S.S.P. ... del cual podrá hacer uso en vales, en cuenta corriente, documento de conformes o en cualquier otra forma a elección del Banco", tenemos que el nexo entre los documentos de adeudo y la hipoteca no tiene razón de ser.-

⁸⁸ Anuario de Derecho civil Uruguayo. Tomo XXXIV. Agosto 2004. Pág. 9 y sgtes.-

⁸⁹ Publicada en la JUSTICIA URUGUAYA Tomo XC. CASO 10347. PÁG. 255 y sgtes.-

Existe también fundamentos de derecho que avalan esta posición así el Art. 2326 inc. 3º del Código civil, admite que la hipoteca garantice obligaciones futuras, como también lo hace el Art. 769 del Código de Comercio. La hipoteca asegura obligaciones futuras que se determinaran luego, cuando el cliente bancario, dentro del crédito otorgado, vaya haciendo uso del mismo, mediante vales, cuenta corrientes, etc. Cuando el deudor hipotecario firma una hipoteca en garantía de las obligaciones contraídas por él o por un tercero, está garantizando todas las obligaciones que se contraigan dentro del límite otorgado.-

Se trata en estos casos de una verdadera "hipoteca ómnibus" (ómnibus debitis) para utilizar los términos que el Dr. Gamarra, cuando dice refiriéndose a tales hipotecas "no abarca una obligación futura singular, sino una pluralidad de obligaciones futuras" (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Año 1982, Tomo XI, Pág. 140).

De lo expuesto surge la posición del Juzgado frente a la exigencia del nexo de referencia.-

Sentencia confirmada en Segunda Instancia por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de 2do Turno, Sent. 10 de Setiembre de 1984. Carlos Baccelli.-

2) Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 102/96, Dres. Cafasso (redactor), Gutiérrez, Parga Lista ⁹⁰.-

El tema tiene relación directa con las garantías genéricas que son de estilo en las operaciones bancarias y aún con respecto a la llamada hipoteca cambiaria. Sin perjuicio de lo opinable que pueda resultar la posibilidad de que la accesoriedad abarque a obligaciones futuras indeterminadas, como expresa Gamarra, el obstáculo queda salvado fijando una suma determinada hasta la cual la hipoteca asegure, ello, en concordancia con el Art. 2334 Nral. 4 del CC (Tratado de Derecho Civil uruguayo Tomo II, Pág. 180). En el mismo sentido, entre otros pronunciamientos, se ubica el caso N° 85 en Anuario de Derecho Comercial Tomo 4º, en el que el Dr. Gutiérrez admite aún la hipoteca autónoma siempre que se fije la suma hasta la cual garantice (casos 151 y 151 de Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5º y 3º turno, respectivamente, extractados en Anuario cit. Tomo V, Pág. 281.-

⁹⁰ Publicada en Anuario de Derecho Comercial Tomo VIII. Caso 70 Pág 292.

3) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 13/94, de 21.2.1994, Dres. Bermúdez (redactor), Olague, Mercant ⁹¹.-

“La accesoriedad es un principio esencial de la hipoteca y es connatural a la función garantizadora de la misma, pues la existencia de un crédito cuya satisfacción aquella tiende a asegurar, es un elemento constitutivo de la misma o un requisito de validez. Pero en principio la hipoteca puede asegurar el cumplimiento de cualquier crédito, sea cual fuere su origen; según la definición amplia del Art. 1251 del código civil, para el contrato accesorio basta que exista una obligación principal cuyo cumplimiento se asegure siendo indiferente la fuente (origen) de la misma.-

Es más: la hipótesis puede acceder a un crédito eventual como ocurre con el conocido supuesto, de aplicación permanente en la practica bancaria, de hipoteca constituida para asegurar el saldo de un cuenta corriente, bastando con que se cumpla la exigencia el Art. 2334 N° 4 del C.C. fijación de una suma determinada a que se extiende la hipoteca. E incluso la hipoteca puede asegura obligaciones futuras y aún indeterminadas, no obstante el principio de especialidad; pero como es necesario fijar una suma determinada al tiempo de la inscripción, la garantía no puede sobrepasar ese tope en ningún caso, de modo que se fija una cantidad estimativa y a ella se limita la garantía hipotecaria aunque el crédito resulte en definitiva de mayor alcance.-

4) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 13/95, Dres. Bermúdez, Olague, Bossio ⁹².-

La “especialidad” y “accesoriedad” son dos principios esenciales de la hipoteca.-

La primera se refiere tanto al objeto como al crédito. Lo que es natural, porque interesa a los terceros conocer el monto del crédito para el caso en que se produzca la ejecución, así como también saber quien es el deudor y cual es la naturaleza de la deuda, para poder prever las posibilidades de pago o determinar si no existe algún vicio o modalidad que pueda determinar su extinción (Art. 2334, núms. 2 y 4 del CC).-

La segunda es connatural a la función garantizadora de la hipoteca; pues para la existencia de un crédito, cuya satisfacción aquella tiende a asegurar, es un elemento constitutivo de la misma o

⁹¹ Publicada en A.D.C.U TOMO XXV Caso 504.-

⁹² Publicada en Anuario de Derecho Comercial, Caso 72, Pág. 293.-

un requisito de validez. Pero en principio la hipoteca puede acceder a un crédito eventual, como ocurre con el conocido supuesto (de aplicación permanente en la “practica bancaria”) de hipoteca constituida para asegurar el saldo de una cuenta corriente, bastando con que se cumpla la exigencia del Art. 2334 num. 4 C.C.: fijación de “la suma determinada a que se extienda la hipoteca”. E incluso, la hipoteca puede asegurar obligaciones futuras y aún indeterminadas, no obstante el principio de “especialidad”, pero como es necesario fijar una suma determinada, al tiempo de la inscripción, la garantía no puede sobrepasar ese tope, en ningún caso, de modo que se fija una cantidad estimativa y a ella se limita la garantía hipotecaria aunque el crédito resulte, en definitiva, de mayor alcance”.-

“Como señala el Prof. Gamarra: “...en estas hipótesis existe siempre una relación base, donde la hipoteca (negocio accesorio) se inserta. Esto ha llevado a decir, a algunos autores, que no se trata de un crédito futuro asegurado por la hipoteca, sino de un especial modo de ser de la actualidad, porque actual es la relación patrimonial que deriva de la apertura del crédito, por ejemplo. De donde no es que la hipoteca pueda “otorgarse ... antes ... de los contratos a que acceda ...” (art. 2326), sino que puede constituirse la hipoteca para asegurar un crédito (emergente de una relación actual)” (Tratado de Derecho Civil Uruguayo tomo II, 1968, Pág. 180-181).-

Por ende la apertura de un crédito documentario irrevocable se erige, en la especie, como relación jurídica actual, como negocio jurídico base o principal, desde que la hipoteca garantiza el pago de obligaciones asumidas en virtud de dicho crédito documentario o que se derivaren del mismo. Sin perjuicio, de que aditivamente, respalde también el cumplimiento de otras obligaciones, estas sí indeterminadas en su fuente u origen y aún, futuras.-

Peirano Facio expresa que es posible que el contrato de hipoteca se realice antes que el contrato principal; señalando que en tal supuesto, en el cual generalmente no se puede determinar inequívocamente el monto de la obligación principal (“Curso de contratos”, tomo V) de C.E.D. 1962, Pág. 51-52. Coincidiendo así con Gamarra (Ob. y Tomo II Cit. Pág. 180-181-187 y sgtes).-

Y la Suprema Corte de Justicia ha señalado: “Las hipotecas de autos se constituyeron simultáneamente con el contrato de apertura de crédito y antes de asumirse las obligaciones concretas a garantizar (vales) y estaban destinadas a responder por obligaciones futuras y condicionales, cuya real existencia no se condicionó. Por tanto, no puede decirse que haya caducado

la obligación principal, y con ella, un contrato accesorio de hipoteca, al extinguirse alguna obligación concreta; la garantía no se refería a estas obligaciones particulares, sino a todas las que se asumieron en el futuro hasta cubrir la suma acordada en el contrato de apertura de crédito garantizado con hipoteca, a modo de fianza abierta, no son sino momentos de ejecución del mismo (sent. N° 31/87, t. XVIII, c.531, Pág. 94).-

Lo expuesto por la corporación, que incluso puede tener proyección sobre la aducida extinción de garantías, tiene plena aplicación en el ocurrente, desde que la hipoteca accede a un contrato de apertura de crédito documentario, contrato sobre el cual se ha extendido este Tribunal en sent. 241/89 (suma de ella en A. Derecho com. N° 5° c. 123, págs. 272,273) Y la operativa de este contrato comercial es lo que explica la existencia de garantías (hipotecas, finazas) y la indeterminación del origen y naturaleza y tipo de moneda de las obligaciones que asumiere el deudor o beneficiario, sin que ello implique, en modo alguno, indeterminación del contrato (negocio) principal.-

En suma: no existe indeterminación del contrato principal ya que el contrato principal, básico, y vinculante está perfectamente determinado: crédito documentario irrevocable, operación que consiste en general en la concesión de un crédito al cliente por cierto tiempo, haciéndose uso de ese crédito de muy diversa forma. Las obligaciones futuras y condicionales que allí se proveen están vinculadas a dicha operación o bien pueden desprenderse de ésta, pero en forma alguna afectan la determinación del contrato principal. Este tipo de cláusulas ya calificadas "de estilo" en la práctica bancaria, es justamente determinado por la modalidad del contrato de apertura de crédito.-

5) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 347/98, de 21.2.1994, Dres. Rochón, Van Rompey (redactor) Almiratti Cacheiro ⁹³.

"El contrato de Hipoteca puede perfectamente garantizar la satisfacción de un crédito emergente del libramiento de un título valor, por cuanto la amplitud de los términos del Art. 1251 del C.C. al definir al contrato accesorio como aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, no se compadece con interpretaciones restrictivas en punto a la naturaleza de la obligación garantizada.-

⁹³ Publicada en Anuario de Derecho comercial tomo V. caso 150, Pág. 281.-

En el caso la hipoteca garantiza amplia y válidamente la totalidad de las relaciones crediticias (“todas y cada una de las obligaciones ya contraídas o las que en el futura contraiga...”) formalizadas entre la institución bancaria actora y la demandada y efectivizadas mediante las diversas formas operativas propias de la actividad bancaria explicitadas en la referida disposición contractual. No existe trasgresión al principio de la especialidad, al existir una relación crediticia base (Art. 2326 in.3) y al estar fijada “la suma determinada a que se extiende la hipoteca” (art. 2334 inc.4°).-

Como enseña Gamarra (tratado de Derecho Civil Tomo II, Pág. 180) este aspecto de la especialidad del crédito no impide que la hipoteca pueda asegurar obligaciones futuras y aún indeterminadas, existiendo una relación base. “Pero como es necesario fijar una suma determinada al inscribir la garantía no puede sobrepasar ese tope”.-

6) Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo civil de 7° Turno, Sentencia N° 20/97.

Dr. Gutiérrez⁹⁴.-

Plantea el demandado una excepción basada en que la hipoteca de autos sería autónoma ya que el firmarse no había contrato base al que accediera; el título valor no era un contrato al que la hipoteca pudiera acceder.-

La Sede estima que: 1) debe aceptarse la hipoteca autónoma (no accesoria) Y no solo en virtud del texto del Art. 2336 inc. 3ero del Código Civil sino en que la especialidad de la hipoteca no impide que asegure obligaciones futuras y bastaría, para cumplir con el requisito del Art. 2334 nral. 4 que las partes al inscribir la hipoteca fijaran una suma estimativa del monto de la obligación; 2) La hipoteca puede garantizar cualquier crédito, sea cual sea su origen, según la amplia definición del Art. 1251 para el contrato accesorio. Importa que exista una obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza siendo indiferente la fuente u origen de la misma. La expresión “contrato” del inc. 3 del Art. 2326 es errónea, debiendo leerse “obligación principal” como dice el Art. 1251 al referirse al contrato accesorio.-

⁹⁴ Publicada en Anuario de Derecho Comercial Tomo IV. Caso 85, Pág. 199.-

7) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 82 /99, de 19.7.1999, Dres. Minvielle (redactor), Klett, Chalar ⁹⁵.-

..... Como ha sostenido el T.A.C. de 5º Turno en Sentencia N° 347 / 88 en términos trasladables a la especie “.... EL contrato de hipoteca puede perfectamente garantizar la satisfacción de crédito emergente del libramiento de un título, por cuanto la amplitud de los términos del Art. 1251 del C.C. al definir el contrato accesorio como aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal no se compadece con interpretaciones restrictivas en punto a la naturaleza de la obligación garantizada.... No existe transgresión al principio de la especialidad al existir una relación crediticia base (Art. 2326 inc. 3º) y al estar fijada la suma determinada a que se extiende la hipoteca (Art. 2334 inc. 4º) (Cf. Caso 150, Anuario Tomo V. p.281).-

8) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 126 /98, de 17.9.1998, Dres. Cafasso (redactor), Parga, Gutiérrez ⁹⁶.-

Se dijo en Sentencia 173 / 95 por este Tribunal, en expresiones que se revalidan en la presente, que: “ en autos la obligación fundamental está constituida por el crédito otorgado por el Banco a los demandados, que fue garantizado por un lado con la firma del pagaré y por otro con garantía hipotecaria sobre inmuebles. No se trata entonces de garantía hipotecaria de título valor sino que ésta accede en carácter de garantía al crédito bancario.... Entonces, si de prescripción se trata, habría que aplicar el término del Art.-. 1216 del Código Civil que consigna que “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por veinte años”. Lo que lleva a la conclusión de que el título valor en su caso poco importa en estos autos, en que no se ha incoado una acción cambiaria de ejecución del vale sino la acción ejecutiva hipotecaria con renuncia”.-

Es decir, en los hechos el título valor opera como un factor adicional de garantía del crédito hipotecario y no se puede erigir en sustituto del mismo. La garantía hipotecaria accede al crédito del que el título valor es una manifestación”.-

⁹⁵ Publicada en Anuario de Derecho Civil uruguayo Tomo XXX caso 424, Pág. 152.-

⁹⁶ Publicada en Anuario de Derecho Civil uruguayo Tomo XXIX Caso 363, págs 131 y 132.-

9) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 56/00, Dres. Turell, Larrieux, Tobía Fernández ⁹⁷ .-

La cuestión de la transmisibilidad de la garantía no es pues, tema relevante para la hipoteca cambiaria en la que como hemos expresado, la instrumentación de la operación mediante títulos cambiarios persigue otros objetivos a saber, beneficiarse con la presunción de autenticidad de los mismos, su literalidad, autonomía, y la abstracción que le confiere el régimen procesal privilegiado que tienen en caso de resultar necesario proceder a su cobro compulsivo (Gorfinkiel, La hipoteca cambiaria en el Uruguay, Pág. 39-40).-

Cuestión ahora expresamente regulado por la innovación introducida por la ley 16.906 al Art. 10 del D.L. 14.701.-

El tipo de crédito hipotecario de autos, responde a la modalidad de garantía de línea de crédito concedida al deudor, otorgada previa e independientemente de la creación del título valor en que se concreta y define el monto utilizado, también llamada "hipoteca genérica" o "abierta" o subtipo de "la hipoteca de máximo" o de una categoría mayor "las hipotecas de seguridad" (Ob. Cit. Pág. 8-9) que han sido criticada por la doctrina (C y R. Molla en Revista Asociación de Escribanos del Uruguay AEU N° 77 Pág. 218 y en A.D.C.U T.XXI Pág. 478 y A.D.C.U T.XXIX Pág 515-519) que admite su viabilidad si accede a una relación base o causal únicamente. (...)

"... en la hipoteca cambiaria bancaria uruguaya la relación subyacente está constituida, en la generalidad de los casos, por el contrato de apertura de crédito y por los contratos y negocios solutorios (mutuos, etc) que s otorguen en cumplimiento de aquella, por lo que salvo manifestación en contrario, naturalmente la garantía cubriría la relación base y también los títulos creados en cumplimiento o ejecución de la misma" (Gorfinkiel Pág. 32).-

10) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 4/98, Dres. Klett, Chalar, Ruibal ⁹⁸.-

"... podemos concluir que entre la Institución Bancaria y los demandados existieron varios contratos de mutuo, perfeccionados por la entrega del dinero que fueron documentados en vales y garantizados con una hipoteca."

⁹⁷ Publicada en Anuario de Derecho Comercial uruguayo Tomo X, Caso 52, Pág 296 y 297.-

⁹⁸ Publicada en Anuario de Derecho Comercial Uruguayo. Tomo VIII. Pág. 263 y 264.-

“De modo que a la fecha de creación de los documentos coexistían: la obligación proveniente del mutuo; la documentaria y la garantía hipotecaria. Ello en aplicación del Art. 25 de la Ley 14.701 y la inexistencia de pacto expreso en contrario. Esto es la creación de los documentos individualizados no supuso la extinción de la obligación derivada del mutuo. Y ésta justamente, es la que está garantizada con la hipoteca que se pretende ejecutar.

En estos términos, estando integrado el título de crédito por un crédito (mutuo y documento) y una garantía hipotecaria, según el Nral 2 del Art. 377 C.G.P. resulta irrelevante que la prescripción invocada como excepción hubiera extinguido “toda acción” derivada de los documentos (vales) que documentaron el crédito original. Y ello porque la obligación derivada del mutuo sigue existiendo y accesoriamente, también la garantía hipotecaria”.

11) Juzgado Letrado de Primera Instancia de Florida de 2do Turno, Sentencia de Primera Instancia N° 158/2003, Dra. Burgos Oyarzum⁹⁹ .-

“Considerando III) Siendo hábiles los títulos valores cuya ejecución se pretende, el contrato de hipoteca – accesorio – conserva su vigencia.-

Si bien el tipo de préstamo hipotecario de autos responde a la modalidad de garantía de línea de crédito concedida al deudor, otorgada en forma previa e independiente de la creación de los Títulos Valores en los que se concretaron y definieron los montos utilizados, contrato denominado por la doctrina como “hipoteca genérica” o “abierta” o “hipoteca de máximo” o “hipoteca de seguridad”, y si bien es cierto que solo admite su viabilidad si accede a una relación de base únicamente (C y R. Molla en AEU N° 77 Pág 218, y en A.D.C.U T XXI Pág. 478 y 482 y Tomo XXIX Pág 5151-519) no menos cierto es que no se extingue hasta que se extinga la relación base.-

Como viene de decirse, como los Títulos valores no han prescripto, tampoco puede ser inhábil el contrato de préstamo hipotecario de seguridad.-

Atento a que la solución a la que se llega puede resultar ser opinable, no se efectuarán condenaciones especiales en la instancia”.-

⁹⁹ Sentencia Inédita.-

12) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 54/2001, de 16.5.2001, Dres. Hounié (redactor), Bossio, Olague ¹⁰⁰.-

“Validez de la hipoteca cambiaria”. No es de recibo el agravio relativo a la admisión de la excepción de inhabilidad del título que los apelantes relacionan con la forma en que se documentó el crédito garantizado con hipoteca, porque el contrato de hipoteca perfectamente puede garantizar la satisfacción de un crédito emergente del libramiento de un título valor, por cuanto la amplitud de los términos del Art. 1251 del C.C. al definir el contrato accesorio como aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, no se compadece con la interpretación restrictiva en punto a la naturaleza de la obligación garantizada. No existe trasgresión en principio a la especialidad, al existir una relación crediticia base (Art. 2326 inc. 3º CC) y al estar fijada la suma determinada que se extiende a la hipoteca (art. 2334 inc. 4º). (Anuario Derecho Comercial, Tomo 5 c. 150 p. 281) Anuario de Derecho Civil. Tomo XXX, c. 424, p. 152; Gorfinkiel, La Hipoteca Cambiaria en el Uruguay, LJU Tomo 119, Sección Doctrina, p. 91 y sgtes, en especial, ps. 107 y 110).-

Proclamada entonces la validez de la hipoteca cambiaria, la excepción de inhabilidad del título basada en el supuesto desconocimiento del carácter accesorio de la hipoteca (en función de que la obligación principal fue documentada en un título valor) no puede prosperar.”.-

XV.- La excepción de prescripción de los vales y su incidencia en la hipoteca cambiaria bancaria.-

Sabido es que, uno de los corolarios principales del principio de accesoriedad de la hipoteca, tantas veces mencionado en el presente trabajo, implica que lo “*accessorium sequitur principale*”.-

En efecto, señala el Art. 2347 inc.1 del Código Civil y el Art. 786 del Código de Comercio que “*la hipoteca se extingue con la obligación principal y por todos los medios porque se extinguen las demás obligaciones*”.-

¹⁰⁰ Publicada en Anuario de Derecho civil Uruguayo Tomo XXXII Caso 419, Pág 199 y 200, y en Revista Uruguay de Derecho procesal 4/2002 Caso 758, Pág.667.-

Nuestra Jurisprudencia ha señalado que cuando se verifica la prescripción de los títulos valores garantizados con hipoteca, al constituir los mismos la única obligación principal, con ellos se extingue también la hipoteca.-

Ahora bien, pero en el caso a estudio, en el que tenemos presente esa relación, digamos triangular, entre la Operación Bancaria Activa, la Garantía hipotecaria, y los títulos valores librados en ocasión de aquella, se impone, más que necesariamente, determinar cual es la obligación principal, si es que podemos identificar una sola.-

Ya vimos la posición doctrinaria de Gorfinkiel, frecuentemente citada en los fallos jurisprudenciales, y que afirma que la hipoteca garantizaría tanto al crédito emergente de la operación bancaria activa originaria como también a los títulos valores librados en ocasión de la misma. También, de la recopilación jurisprudencial podemos extraer fallos que sostienen que el crédito estaría integrado por la operación bancaria activa originaria (apertura de crédito u otro tipo de mutuo, por ejemplo) y los vales o pagarés librados; y por otro lado la garantía hipotecaria. En otras ocasiones, se ha sostenido que el título valor, simplemente refuerza, por sus caracteres, el crédito anterior que es el principal.-

Lo cierto es que ya sea de una u otra interpretación, que en realidad son variantes de la ensayada por Gorfinkiel, nuestra Jurisprudencia, ha señalado que la obligación principal la encontramos en la operación bancaria activa originaria, y es en relación a ella que debemos aplicar el principio de accesoriedad ya señalado (“accessorium sequitur principale”).-

Por otro lado también se ha sostenido que una vez admitida la prescripción, “...si la prescripción alcanza a la totalidad de los títulos valores garantizados, en la medida que éstos constituyen efectivamente la obligación garantizada por la hipoteca, ambas se extinguen totalmente, y el título de ejecución resulta inhábil no siendo válido argumentar ni la existencia de una obligación natural ni la subsistencia de una “relación de base”. Por el contrario si la prescripción no es total, el título de ejecución no será totalmente inhábil y dará lugar a la ejecución por el monto al que asciendan los títulos valores no prescriptos”¹⁰¹

¹⁰¹ Santiago González Miragaya, “La excepción de prescripción en una ejecución de títulos valores con garantía hipotecaria” en Revista de Derecho Procesal N° 3/ 2003, Pág. 375.-

Así nuestra Jurisprudencia ha sostenido:

A) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 4 de 12.2.1998, Dres. Klett, Chalar, Ruibal Pino.¹⁰²

“Entre la Institución bancaria y los demandados existieron varios contratos de mutuos perfeccionados por la entrega del dinero que fueron documentados en vales y garantizados con una hipoteca.-

A la fecha de la creación de los vales coexistían la obligación proveniente del contrato de mutuo, la documentaria y la garantía hipotecaria.-

En aplicación del Art. 25 de la ley N° 14.701 y la inexistencia de pacto expreso en contrario, los vales no sustituían la obligación consignada en el contrato de mutuo persistente.-

Esto es, la creación de los documentos individualizados no supuso la extinción de la obligación derivada del mutuo y esta, justamente, es la que esta garantizada con la hipoteca que se pretende garantizar, lo cual surge del propio contrato de hipoteca y de la demanda de ejecución.-

En estos términos, estando el título integrado por el crédito (mutuo y documentos) y una garantía hipotecaria, según el N° 2 del Art. 377 del C.G.P. resulta irrelevante que la prescripción (invocada ahora como excepción) hubiera extinguido toda acción derivada de los documentos (vales) que documentaron el crédito original y ello porque la obligación derivada del mutuo sigue existiendo y accesoriamente también la garantía hipotecaria.-

Por consiguiente se rechazará la excepción de inhabilidad del título por prescripción extintiva de los vales dado que la obligación garantizada (mutuo) subsiste”.-

B) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Sentencia de Segunda Instancia N° 34 / 98 de 24.6. 1998, Dres. Larrieux, Turell, Hounié, Parga (discorde), Van Rompaey (Discorde)¹⁰³

¹⁰² En A.D.C.U Tomo XXIX caso 364, pág. 132.-

¹⁰³ Por medio de la presente Sentencia el Tribunal, cambiando su posición anterior, acoge la excepción de prescripción de los vales y la hace extensible a la hipoteca.Publicada en Anuario de Derecho civil uruguayo Tomo XXIX (1999) Caso 366, Pág. 133 y en LJU Tomo 118.Pág. 122.-

“Por la recurrida se acogió la acción de prescripción del vale y se desestimó la ejecución hipotecaria levantando los embargos trabados respecto a los vales en que se instrumentó la obligación principal.-

Como relaciona el Sr. Juez de primer grado los documentos adeudados son dos vales suscriptos por el ejecutado, habiéndose constituido en garantía de los adeudos de hipoteca sobre los bienes padrones rurales Nros....”.-

La mayoría legal que acuerda este pronunciamiento estima que si la garantía hipotecaria garantizó la satisfacción de un crédito emergente del libramiento de un título valor, prima la norma que edicta el Art. 108 del D. Ley 14.701 en cuanto a las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo cambiario, sobre el Art. 379.2 del C.G.P.-

En sentencia N° 2 de 7 de febrero de 1997 la mayoría de la Sala entendió que: “...la excepción de prescripción está fuera del marco legal restrictivo que corresponde aplicar a la situación sub exámine” entendiéndose que “...la finalidad perseguida fue la de limitar el excepcionamiento a los casos taxativamente enumerados”. En decir el pago o la inhabilidad del título por falta de los requisitos esenciales para su validez (Art. 379.2 del C.G.P.), sin embargo, las razones por las cuales se ha limitado las excepciones oponibles en la ejecución hipotecaria (privilegiando la hipoteca, la celeridad en el proceso, etc.) no se dan cuando, como en el caso, la defensa ha sido admitida formalmente por el accionante en la sustanciación respectiva, lo que explica el apartamiento del Sr. Ministro Turell del criterio sustentado.-

Se dijo en la discordia suscitada en esta Sentencia que: “No nos encontramos en la hipótesis pura del Art. 377 Nral. 2° del C.G.P. cuando la hipoteca se constituye en garantía de un título valor o de otras obligaciones cuya exigibilidad no resulta del propio contrato de hipoteca y pueden requerir una constatación del incumplimiento”.-

Agregándose: “En el caso la deuda no surge de la escritura pública de hipoteca sino del título valor y se argumenta que éste está prescripto, la inhabilidad del mismo se transmite a la hipoteca (Teltelbaum, Juicio Ejecutivo Cambiario, 2da Ed. 1986; “Proceso de ejecución y vía de apremio” en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 4 / 95 pág. 518/519).-

La tesis contraria conduciría a: “...eliminar todas las formas de extinción de las obligaciones en general y de las hipotecas en particular ya directas o indirectas (cf. Gamarra, Tratado ... T. II,

Pág. 317 y ss. Ed. 1982) – salvo el pago – extendiendo la renuncia procesal a situaciones sustantivas lo que estimo inadmisibile... tratándose de un medio extintivo sus efectos se proyectan sobre el proceso de ejecución que como medio instrumental está al servicio del derecho sustancial”.-

Conclusiones que comparte el Sr. Ministro Hounié al expresar en el acuerdo que el Art. 2347 inc.1º del C.C. contiene una aplicación del principio “lo accesorio sigue a lo principal”, esto es, que la extinción de la obligación principal, sea cual sea el modo de su extinción, aparece como consecuencia la extinción del derecho real de garantía (Gamarra, Ob. Cit. Pág. 325). Si el acreedor hipotecario no tiene otra acción ejecutiva que aquella que provenga de la obligación principal a que el derecho real de garantía accede (Cf. Gamarra, Op. Cit. P. 326), resulta natural que si la obligación está contenida en un título valor el ejecutado pueda oponer la excepción de prescripción prevista expresamente en materia cambiaria.-

(...) “Esa inhabilidad no se limita a la falta de requisitos esenciales para la validez de los contratos, se trata de la validez de un título de ejecución” (Cfe. Teitelbaum, Problemática de la Vía de Apremio. Excepciones a la ejecución de Hipotecas).-

Por ende, por la mayoría legalmente asignada se confirmará la Sentencia recurrida.-

XVII.- Reflexiones finales.-

No dudamos que en nuestro sistema las denominadas hipotecas cambiarias bancarias son perfectamente válidas y admisibles, y que perfectamente garantizan tanto la denominada relación de base o principal, como así los títulos valores librados en ocasión de la misma, y así lo ha entendido unánimemente la Jurisprudencia Nacional.-

Y estamos absolutamente convencidos que no caben ningún tipo de impugnaciones, por lo que no compartimos las distinguidas opiniones del Dr. Molla, de que estemos ante un problema institucional, por lo que la discusión debería quedar zanjada tal y como sucedió en su momento con los cuestionamientos de las fianzas bancarias genéricas.-

Por ello, permítasenos recordar una vez más lo señalado por el Dr. Gorfinkiel, cuando afirma que “...en la hipoteca cambiaria bancaria que se practica en el Uruguay, vinculada normalmente a una apertura de crédito que se documenta en el mismo

instrumento, no pueden existir obstáculos dogmáticos ni de derecho positivo que impidan reconocer su admisibilidad”¹⁰⁴.-

Dr. Juan José Martínez Mercadal¹⁰⁵.-

26 de Julio de MMV -

Florida, República Oriental del Uruguay.-

jjmartinezmercadal@adinet.com.uy

¹⁰⁴ Gorfinkiel, Ob. Cit. Pág. 104.-

¹⁰⁵ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Abogado) egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay) el 12 de Junio de 2003; y habilitado por la Suprema Corte de Justicia para el ejercicio liberal de la profesión el 15 de Marzo de 2004. Inscripto con el N° de Matrícula 10.671 y Carné S.C.J. 6453.-