

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la doctora Chamorro Vanasco, que tan inteligentemente abordó el tema de la diferencia entre la imprevisión y la frustración. La distinción es interesante, pero se me ocurre un poca académica, porque cuando hablamos del fin del contrato nos referimos al fin del contrato que quisieron las partes. Si éste se desnaturaliza, es un modo de frustrar el fin. Entonces, la causa sobreviniente e inculpable que desnaturaliza el equilibrio de las prestaciones es un modo - para una posición amplia, por supuesto - de frustrar el fin, porque desnaturaliza el fin que han tenido en cuenta las partes. Esto dicho sin dejar de reconocer que fue muy interesante su intervención, porque puso sobre el tapete la idea de que la imprevisión no es lo mismo que la caída de la pérdida completa del fin.

DOCTORA CASAS DE CHAMORRO VANASCO. - Porque en el caso de la imprevisión el contrato es salvable; en el otro no, porque la finalidad que se tuvo en mira no se puede cumplir.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - La imprevisión y la frustración tienen un parentesco muy claro. Los contratos son válidos inicialmente y después aparecen circunstancias externas que las partes no han podido prever, lo que trae como consecuencia que el contrato sufra en su aspecto funcional. La consecuencia en un caso es que lo hace excesivamente oneroso para una de las partes, lo desequilibra. Pero en el otra caso no lo vamos a poder resolver. El rey se enfermó.

Volvemos un poco al tema de la causa; en el caso de la revista naval no estaba en juego la finalidad de las partes; la presencia del rey no era esencial.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Si no hay más preguntas que formular, daré por cerrado el acto, haciendo llegar mi agradecimiento a los expositores.

Tema: LA HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA

Relatoras: PROFESORAS DOCTORAS MARINA MARIANI DE VIDAL Y ANA R. NUTA
Participantes: DOCTORES GUILLERMO ALLENDE, FEDERICO N.VIDELA
ESCALADA Y LUIS ALVAREZ JULIÁ

Fecha: 20 DE JUNIO 1990

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO,
DOCTOR ROBERTO M. LÓPEZ CABANA. - La mesa redonda de esta noche va a estar a mi cargo, por un problema transitorio de salud del doctor Jorge Alterini.

A quienes tengan interés en conocer su pensamiento en relación con el tema de la convocatoria de hoy, les recomiendo la lectura del artículo de su autoría titulado "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", que fue

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

publicado en la revista La ley, tomo 1987 E, página 873.

Serán expositoras las doctoras Mariani de Vidal y Nuta.

Omito por ociosa la descripción de la mecánica de estas mesas redondas, pero sí quiero destacar la presencia de un profesor emérito de esta casa de estudios, que, a la vez, lo es de la de La Plata, el doctor Guillermo Lorenzo Allende, que se desempeñó como titular regular de Derechos Reales durante muchísimos años, cuyas clases he aprovechado como su alumno en esta Facultad. Confío en que se entusiasme y participe al final de la mesa redonda diciéndonos algo de lo que tanto sabe y tan bien explica.

Ahora pasamos a escuchar a la doctora Mariani de Vidal.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL.

En primer lugar agradezco que hoy nos acompañe el doctor Allende, cuya presencia mucho me conmueve porque es nuestro maestro. Es un honor y una gran emoción el tenerlo con nosotros.

Hemos sido convocados para tratar el tema de las hipotecas en moneda extranjera, pero el verdadero título que le corresponde es el de las hipotecas que garantizan obligaciones en moneda extranjera.

En oportunidad de considerar la distribución de los temas de esta mesa redonda con mis amigos, la doctora Nuta y el doctor Alterini, cuya ausencia mucho lamento, yo elegí la parte introductoria, es decir, la parte del planteo de los problemas, porque siempre he pensado que plantear con corrección los problemas en cierto modo posibilita avanzar en su solución.

Antes de entrar en el meollo de las cosas, recordemos que el derecho es una herramienta que sirve para regular la vida de la sociedad. Esa herramienta a veces se pone obsoleta y parece no satisfacer las necesidades de la sociedad en una época determinada. Y si quien nos debe proporcionar una nueva herramienta, que es el legislador, no nos la provee, es a la doctrina y a los jueces a los que nos toca tratar de establecer si esa herramienta vieja puede tolerar un empleo nuevo para satisfacer las necesidades que la sociedad presenta en un momento determinado.

Considero, y lo digo en cada oportunidad de tener una charla como la de hoy, que el jurista tiene que mirar la realidad y tratar de extraer de las normas - las normas son marcos abiertos a varias posibilidades - aquello que satisfaga las necesidades de la sociedad en un momento determinado, porque si no sigue a la realidad, indefectiblemente la realidad lo abandona.

Dicho esto, recordemos que la hipoteca es un derecho real sobre cosa inmueble ajena, constituido en seguridad de un crédito en dinero y permaneciendo la cosa en poder del constituyente. Es un derecho real de garantías sobre una cosa inmueble ajena, con lo que estamos apuntando a uno de sus caracteres esenciales, la accesoriedad.

En nuestro derecho no hay hipotecas del propietario como, por ejemplo, las que existen en el derecho alemán; en el nuestro solamente hay hipotecas accesorias de créditos, es decir, de derechos personales o de obligaciones. Este derecho accesorio de obligaciones otorga al acreedor hipotecario dos ventajas muy importantes: el ius perseguendi, propio de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todos los derechos reales, y un privilegio, el *ius preferendi*, que no se concreta sólo en el *priori in tempore potior in iure* sino también en un verdadero privilegio, es decir, en una importante preferencia de cobro. El *ius persecuendi* permite al acreedor hipotecario perseguir la cosa en cualquier mano que se encuentre y lo puede hacer valer frente a otros acreedores, sean hipotecarios de ulterior grado o no, o frente a los adquirentes de la cosa inmueble afectada por la garantía, aunque no hayan asumido la deuda; vale decir, aunque no hayan asumido la deuda tienen que soportar la acción hipotecaria del acreedor hipotecario. El *ius persecuendi* es fuerte en el acreedor hipotecario.

La otra ventaja es el privilegio. La preferencia de cobro de que goza el acreedor hipotecario es fortísima. Es uno de los privilegios ubicados entre los primeros rangos, casi diría que sólo es preferido por los gastos de justicia que lo hayan beneficiado, si es que no aparece por ahí un derecho de retención que se haya comenzado a ejercer con anterioridad a la constitución de la hipoteca; pero de lo contrario, creo que vence a todos los créditos.

Estas dos grandes ventajas de la hipoteca, la persecución y el privilegio, como son oponibles frente a terceros necesitan publicitarse, lo cual se logra a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Nuestro Registro es para publicidad. Ya sabemos que en nuestro sistema la ley 17801 no otorga a la inscripción aptitud para modificar los títulos, o sea, todo defecto que tenga un título lo sigue llevando a pesar de la inscripción, que no lo purifica, como sí hacen otros sistemas.

Tenemos, pues, la hipoteca, derecho real de garantía, accesorio de crédito en dinero. Vale decir, hay que separar muy bien, por un lado, el derecho real de hipoteca, y por otro, la obligación, derecho personal o creditorio que esta garantiza.

Así, hay que estudiar los problemas referentes a las obligaciones y los problemas referentes al derecho real de hipoteca.

El artículo 3109 del Código Civil establece que cualquier obligación se puede garantizar con hipoteca. Sin embargo, expresa: "No puede constituirse en hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada". Y cuando se garantiza otro tipo de obligaciones, dice: "... basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca". En otras palabras, por más que digamos que cualquier obligación se puede garantizar con hipoteca, esto es así siempre que esa obligación se evalúe en dinero.

¿Cuáles son las obligaciones que se pueden garantizar con hipoteca? Las de dar sumas de dinero. Vamos a ver qué pasa con estas obligaciones, para ir acercándonos al tema de la hipoteca en moneda extranjera.

Las obligaciones de dar sumas de dinero están tratadas por el Código Civil entre las obligaciones de dar. Bajo este título trata las obligaciones de dar cosas ciertas, de dar cosas inciertas no fungibles, de dar cantidades de cosas y de dar sumas de dinero (estas últimas en el artículo 616 y siguientes).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Antes de seguir adelante tenemos que hacer un pequeño paréntesis para recordar que el dinero es cosa en el sentido del artículo 2311 del Código Civil, porque es un objeto material susceptible de valor; y es cosa consumible en el sentido del 2325. Retengamos estas normas - el dinero es una cosa, cosa consumible - porque a ellas nos referiremos después.

El artículo 616, con el cual se abre el capítulo de las obligaciones de dar sumas de dinero, en sustancia dice que a las obligaciones de dar sumas de dinero les resultan aplicables las normas referentes a las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles y de dar cantidades de cosas.

Dentro de este capítulo - recordemos que a las obligaciones de dar sumas de dinero se les aplican las normas de las obligaciones de dar cantidades de cosas -, el artículo 617 se refiere a las obligaciones constituidas en moneda extranjera, y dice que se les aplicarán las reglas relativas a las obligaciones de dar cantidades de cosas. Esto es un poco curioso, porque con anterioridad el Código establece que rige esa norma para todas las obligaciones de dar sumas de dinero, y en este artículo lo repite cuando trata de la obligación de dar sumas de dinero en moneda extranjera.

Como luego hablaremos del reajuste, hago otro breve paréntesis sobre las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda de curso legal y forzoso.

Hasta hace aproximadamente quince años - época que hoy parece lejanísima, por lo menos para mí - las obligaciones dinerarias no se reajustaban. Sólo en 1976 la Corte, en los casos famosos de "Pietranera", "Camusso de Marino" y "Vieytes c/Provincia de Buenos Aires", entre otros, admitió, y lo fue haciendo en forma lenta y gradual, el reajuste como un castigo para el deudor moroso por los daños causados por su mora y que éste debía indemnizar. Con posterioridad, la Corte, y la jurisprudencia por supuesto, fueron evolucionando, y a partir de 1985 ya admiten el reajuste a partir del vencimiento. La mora sirve nada más que para desencadenar el reajuste.

El principio, nominalista asentado en el Código Civil - art. 619 -, siguió lo mismo, porque no se dictó ninguna ley - tema que abordará la doctora Nuta - que modificara ese criterio, pero, sin embargo, pudo lograrse una nueva utilidad de esa vieja herramienta que es tan maravillosa, el Código Civil.

Como podemos apreciar, con las viejas herramientas se logran nuevas soluciones, para satisfacer las nuevas necesidades originadas en la inflación.

En resguardo de la inflación, las partes comenzaron a pactar cláusulas de reajuste, según el índice de precios al consumidor o al mayorista, o combinados, o de la construcción, etcétera, y una de las cláusulas de estabilización utilizada era y es la de la moneda extranjera. Se contrata en moneda nacional de curso legal y forzoso - ahora el austral -, pero se sujeta el reajuste a la variación del valor de una moneda extranjera "equis" que las partes quieran elegir. La moneda extranjera actúa como cláusula de reajuste, es decir, en una de sus funciones, como unidad de cuenta, que así se llama cuando desempeña el papel de cláusula de reajuste.

La otra posibilidad - y cada vez más nos vamos acercando al tema que nos convoca - es que las partes contraten directamente en moneda extranjera,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que la moneda extranjera sea esencial, sea la moneda de pago. El deudor se desobliga entregando moneda extranjera, no australes reajustados según la variación del valor de la moneda extranjera, sino la moneda extranjera en sí misma.

El gran problema que plantean estas cláusulas reside en el tipo de cambio que se utilizará para ajustar el valor de la prestación convenida en moneda nacional.

En el momento actual existe un mercado libre en el que la oferta y la demanda regulan un único valor de la moneda extranjera, por lo cual no hay problemas. Pero los hubo en el pasado, y no sabemos si en el futuro volverá a haberlos, si llegara a regir el sistema de control de cambios con una moneda regulada, con un valor oficial y un mercado paralelo, que no podemos ignorar porque todos sabemos que existe. Hay títulos de la deuda pública que se reajustan según el mercado paralelo, y a su vez el mercado oficial tiene dólar financiero, dólar comercial y dólar turista. ¿A cuál de ellos vamos a acudir cuando tratemos de traducir en australes, en nuestra moneda, el reajuste pactado en moneda extranjera? Tengo para mí que habrá que atender a la voluntad de las partes. ¿Cuál es la voluntad de las partes? Mantener lo más estrictamente posible el valor intrínseco de la prestación. La Corte Suprema ha dicho que es la única interpretación que satisface la garantía constitucional de la propiedad, porque quien deba 10 y quiere desobligarse entregando 10 dentro de un año no satisface el valor intrínseco de la prestación, ya que su poder de adquisición es muchísimo menor.

La voluntad de las partes es conservar lo más posible el valor de la prestación frente a los embates de la inflación. Primero se dijo que ello se lograba con el dólar "financiero" y luego con el dólar "turista" porque es el que realmente más cerca está del mercado paralelo, negro, que es el que revela, más allá de lo que exprese el cambio oficial, el valor de la oferta y la demanda.

Se puede recurrir a títulos, por ejemplo, a los "Bónex", y de esta manera satisfacer la voluntad tácita o presunta de las partes, a la que hice referencia; sin perjuicio de que casi siempre las partes pactan la sujeción a un determinado mercado, como Zurich, Nueva York, Tokio, por citar los más comunes.

Ahora, ya más cerca del tema, vamos a considerar la moneda extranjera como medio de pago; o sea, cuando como única manera de desobligarse hay que entregar moneda extranjera.

En un régimen de libertad cambiaria como el actual, este problema se desdibuja porque si quien debe 100 dólares estadounidenses, por ejemplo, y debe pagarlos al día siguiente, los compra y los entrega; no hay problema ya que la cotización es única.

Pero, y repito, si hubiera un régimen de cambio controlado, con cambio oficial, con cambio paralelo, todos esos otros sucedáneos, ¿qué pasaría? Además de los problemas propios que he mencionado respecto del tipo de cambio al vencimiento, al que hay que estar para traducir el valor de la prestación, existe otro problema que algunos autores señalan: el de la licitud

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de esos pactos, porque si está prohibido comercializar divisas, ¿sería un acto ilícito el que realizaré el particular que tiene que r a escondidas, ocultamente, para adquirirlas, por ejemplo?

Este es un problema propio de la obligación que se garantiza con la hipoteca, no es un problema de la hipoteca.

Dejamos ya la obligación garantizada y vamos a la garantía, es decir, a la hipoteca.

La hipoteca afecta al inmueble por una suma de dinero cierta y determinada, expresa el Código Civil en su artículo 3109, y agrega, como dijimos, que de tratarse de otros tipos de obligaciones, en el acto constitutivo se debe establecer el valor estimativo en dinero.

Lo único que se puede garantizar con hipotecas son obligaciones en dinero por sumas ciertas y determinadas. Este es el principio de especialidad.

Vélez se preocupó por establecer como carácter esencial - no puede faltar, y si falta la hipoteca es nula y las partes no pueden convenir otra cosa; decimos convenir porque todos sabemos que el contrato es la única fuente de la hipoteca - la especialidad de la hipoteca, con su doble aspecto: especialidad en cuanto al inmueble y especialidad en cuanto al crédito.

En cuanto al inmueble, tiene que ser cierto y determinado; pero este aspecto no interesa considerarlo hoy. Acá se trata de examinar la especialidad en cuanto al crédito, es decir, suma cierta y determinada en dinero, y si es otro tipo de obligación la de expresársela en un valor estimativo en dinero en el acto de la constitución de la hipoteca. Esa estimación no consiste, como algunos creen, en dar las bases para la determinación en el momento de la ejecución de la hipoteca, sino en establecer el valor en dinero. Ese es el valor estimativo: suma de dinero cierta y determinada. Más allá de esa suma no hay hipoteca con sus grandes ventajas - el ius perseguendi y el privilegio - .

¿Por qué Vélez habrá legislado la especialidad en cuanto al crédito? La nota al artículo 3115 dice que "quedan concluidas todas las hipotecas tácitas o legales", porque Vélez examinaba un derecho en el cual había personas cuyos bienes estaban afectados por un tipo de hipoteca general que no se publicaba en ninguna parte, eran tácitas; por ejemplo, el marido para la restitución de los bienes dotales o el condenado por una sentencia judicial. Las personas que podían estar sujetas a este tipo de hipotecas tenían sus bienes prácticamente fuera del comercio porque todos temían que esa hipoteca general tácita, oculta, absorbiera el valor del inmueble. Demás está decir a esta audiencia que la hipoteca no le permite al acreedor quedarse con el inmueble, sino que afecta el valor obtenido en la ejecución forzada.

Como esas hipotecas podían absorber todo el valor del inmueble nadie contrataba con los afectados por ellas. Vélez puso punto final a este tipo de gravámenes: no hay otra hipoteca que la convencional, por una suma cierta y determinada en dinero.

¿Qué finalidad cumple la especialidad? Acoto que siempre hay que tener en cuenta la finalidad para no aferrarse a la letra de las normas, porque mientras la finalidad se satisfaga, la interpretación será buena.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿Cuál es la finalidad perseguida? En cualquier momento, conocer la relación deuda inmueble, es decir conocer qué parcela del valor del inmueble va a tomarla hipoteca y el resto va a quedar libre para los otros acreedores, para el tercer adquirente, para el tercer poseedor, para los acreedores hipotecarios de inferior grado o para acreedores cualesquiera del constituyente que pueden estar interesados en conocer esa relación deuda - inmueble.

Mientras esa relación pueda ser conocida, se cumple con el principio de especialidad. Se satisface así - este aspecto lo va a aclarar mejor la doctora Nuta - tanto a los acreedores como a los terceros adquirentes, a los terceros poseedores del inmueble hipotecado, a los acreedores del constituyente y al propio deudor para permitirle un mayor panorama en cuanto a su crédito se refiere, porque, ¿quién va a contratar sobre un inmueble afectado por una garantía que se queda con todo su valor o que no se sepa en definitiva cuál va a ser el valor a absorber por la hipoteca?

Si no se cumple con el principio de especialidad, la hipoteca es nula; así lo dice el artículo 3148 del Código Civil y, a tenor de su redacción, esa nulidad es absoluta.

Hace tiempo escribí que las hipotecas en moneda extranjera y con cláusula de reajuste eran nulas, a menos que se las valuase en una suma cierta y determinada en dinero. Era la única forma que yo pensaba y pienso que en ese momento se satisfacía el principio de especialidad, actuando esa suma de dinero como tope máximo a la responsabilidad hipotecaria.

En 1976, luego de la tremenda inflación que padeció el país en 1975, el legislador se decidió finalmente por darnos una nueva herramienta para satisfacer la necesidad generada por la inflación, la ley 21309. Esta ley, sin abdicar del principio de especialidad, estableció que "...el requisito de la especialidad se considerará cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria, y la cláusula de estabilización o reajuste, con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste, y el tipo de interés pactado". De esta manera, la finalidad perseguida por el principio de especialidad se cumple con esa escritura en la cual se ha especificado claramente cuál es la deuda, los números índices, las tablas, etcétera, y en cualquier momento puede calcularse la relación deuda - inmueble.

Una vez aceptadas por la ley 21309 las hipotecas para garantizar obligaciones con cláusulas de reajuste, por entenderse cumplido de esa forma el principio de especialidad, quiere decir que la moneda extranjera se acepta desde el punto de vista de la especialidad hipotecaria como unidad de cuenta.

Un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado el 2 de agosto de 1988, en los autos "Caja Nacional de Ahorro y Seguros c/Asociación Cooperadora de Permisarios Congreso, Feria Municipal Modelo N° 77 s/ ejecución hipotecaria", decidió un caso interesante. Las partes no se habían acogido al régimen de la ley 21309 y, al promover la ejecución hipotecaria, el acreedor pretendió que su crédito fuera reajustado. La Corte lo reajustó, porque la obligación es accesoria de la hipoteca y no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se identifica con ella, pero decidió que no habiéndose sujetado las partes a la ley 21309, el reajuste carecía de privilegio oponible a terceros, por no encontrarse satisfecho el requisito de especialidad.

Ese es un fallo muy interesante, no hay tiempo para analizarlo y tampoco es el tema, pero tengan presente quienes van a otorgar actos de constitución hipotecaria en estas condiciones que siempre hay que pactar la cláusula de reajuste, porque de lo contrario el reajuste no goza de las dos enormes ventajas de la hipoteca, el *ius persecuendi* y el *ius preferendi*.

La ley 21309 legitimó, pues, la moneda extranjera como unidad de cuenta, es decir, como cláusula de reajuste, desde el punto de vista hipotecario.

Y ahora ingresamos en nuestro tema: hipotecas que garantizan obligaciones en moneda extranjera - moneda extranjera como medio de pago.

Reiteramos que el artículo 3109 dice que la hipoteca puede ser constituida para garantizar obligaciones de dar una suma cierta y determinada en dinero. Pero aquí se plantean varios interrogantes.

Primera pregunta: ¿la moneda extranjera es dinero? La doctora Nuta va a responderla.

Segunda pregunta: ¿el principio de especialidad se satisface con esta obligación en moneda extranjera? Es decir, la finalidad, que es conocer en cualquier momento la relación deuda - inmueble, ¿se satisface o no?

Estos son los problemas propiamente dichos de la especialidad hipotecaria, luego vienen los problemas que ya vimos referentes a las obligaciones en moneda extranjera y a la moneda extranjera como medio de pago. Es decir, primero, si estos pactos son lícitos en un régimen de control de cambios que prohíba la comercialización de divisas, porque en un mercado libre no hay ningún problema; segundo, cómo hace el deudor que quiere desobligarse, que quiere pagar y no tiene posibilidad de adquirir las divisas; y, finalmente, qué actitud puede adoptar el acreedor frente al incumplimiento del deudor.

El decreto ley 2080/80, que regula el régimen del Registro de la Propiedad Inmueble en la Capital Federal, contiene un artículo, que tuvo mucha resonancia - que luego va a decir la doctora Nuta -, el 125, que dice así: "No se registrará documento que constituya derecho real de hipoteca si no se consignare su valor en pesos argentinos". Esta norma constituye la sentencia de muerte de las hipotecas en moneda extranjera. No se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital, a menos que suceda lo que les va a decir la doctora Nuta. Les adelanto que algunas salas de la Cámara Civil de la Capital Federal lo han declarado inconstitucional.

En contraposición, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en virtud de una disposición técnico - registral de 1987, admite en forma expresa el registro de hipotecas para obligaciones constituidas en moneda extranjera como medio de pago.

En forma obligatoria tengo a esta altura que decir algo que siempre he manifestado en mis clases.

Antes de la sanción de la ley 21309 opiné, y lo repito, que las hipotecas en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

moneda extranjera con cláusulas de reajuste que no indicaran un tope máximo de dinero de curso legal y forzoso, es decir, moneda nacional, eran nulas, de nulidad absoluta, porque se violaba el principio de especialidad.

Actualmente, por la ley 21309 se considera cumplido el requisito de especialidad con la indicación de las pautas de reajuste, entre las cuales puede figurar la moneda extranjera.

Después de dictada esa ley, mi opinión cambió, como es lógico, porque no advierto ninguna diferencia esencial entre la hipoteca que garantice una obligación en moneda nacional - austral o la que fuere -, con cláusula de reajuste en moneda extranjera, y la hipoteca que garantice una obligación directamente contratada en moneda extranjera como medio de pago.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Pasamos a escuchar a la doctora Nuta.

DOCTORA NUTA.

Hablar después de la doctora Mariani me resulta difícil y fácil al mismo tiempo. Difícil siempre es hablar después de una brillante exposición, y fácil porque precisamente esa exposición abrió camino en sus mentes, de modo que lo que nos resta decir será de más sencilla comprensión.

La institución jurídica dinero pertenece al marco del derecho público en lo relativo a regularizar su denominación, su forma de emisión, su manera de convertibilidad, si va a ser de papel o de metal, su fracción; todo esto lo va a decidir el derecho público.

El concepto de dinero tiene importancia para poder resolver un problema de tipo jurídico, cual es si las hipotecas en moneda extranjera son válidas, y la doctora Mariani lo expuso muy bien respecto a darnos el marco obligacional y el marco de los derechos reales.

Ahora nos toca decidir qué quiere decir dinero para nuestro Código Civil, qué quiere decir moneda, si son o no términos sinónimos, en qué época y con qué marco jurídico lo redactó Vélez y, por tanto, cómo definió la situación desde el punto histórico a la luz de las leyes vigentes en ese momento.

Nosotros querríamos hacer una reflexión previa a nuestra disertación. En realidad, quizás sea un disentir formal de la doctora Mariani, nada más que formal, porque en el fondo creo que ambas opinamos de la misma manera.

Como en este salón veo a muchos alumnos, en su homenaje solicito a la mesa permiso para hacer esta reflexión.

Mucho se habla sobre la flexibilidad de las leyes, lo que me hace acordar a que mucho tiempo atrás, cuando era titular del Instituto de la Universidad Notarial Argentina, que actualmente dirijo, organizamos una mesa redonda llamada "Inflación y dólar", para la que convocamos al doctor Atilio Alterini, al doctor Luis Moisset de Espanés y al doctor Emilio Cárdenas, de quien recuerdo una frase que caló hondo en mí y quizás me hirió profundamente cuando dijo: "A los juristas el agua les llegaba al cuello y hoy día el agua los tapó". Pienso que en alguna medida estaba diciendo que la realidad superó

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la ley, y ante ello nuestra preocupación.

Queríamos aclarar esto de la ley flexible, porque nuestro sistema jurídico no es el de una ley flexible. El juez puede, sin lugar a dudas, elegir entre las varias interpretaciones que da la ley y a las cuales se refirió la doctora Mariani; pero no puede, a través de la interpretación, alterar el marco de la ley, si no la ley se transformaría en un continente sin contenido y los juristas y los jueces cambiarían lo que dice la ley a medida que las necesidades cambian. En todo caso, si la realidad cambia, breguemos para que se modifique la ley; pero mientras la ley rija, la que sirve y la que no sirve, la que nos gusta y la que no nos gusta, la que conviene y la que no conviene, no tenemos más remedio que aplicarla.

DOCTORA MARIANI. - Perdón, doctora. . . por eso mismo yo hablé de herramienta vieja, obsoleta, inventándole nuevos usos...

DOCTORA NUTA. - Exacto. Yo voy a hacer una intercalación exactamente donde la doctora Mariani dejó, que me parece impecable. Y es que quizás, porque no existía envilecimiento de la moneda hasta hace pocos años, esa cuestión no se nos planteó como gran interrogante y quizás no alentó a los juristas, no desafió la realidad a los juristas a que se investigase un poco más en el marco del Código Civil que se podía hacer.

Nosotros creemos que antes de la ley 21309 la hipoteca en moneda extranjera era válida y cumplía el principio de la especialidad.

No creemos que sea lo mismo utilizar la moneda extranjera como parámetro de actualización que utilizarla como medio de pago, y quienes piensan lo contrario traten de convencer a los acreedores, sobre todo a los inversionistas extranjeros, cuando quieren una hipoteca en moneda extranjera - yo he traído algunos fallos específicamente sobre este tema -, que nosotros no les vamos a pagar en libras esterlinas ni en marcos ni en dólares sino en australes, desde luego actualizados en el valor índice. Digámosle al mundo, al cual pretendemos abrirnos, que nuestra legislación no lo permite.

Yo creo que sí lo permite y que Vélez lo vio, y esto es lo destacable: que hoy podamos investigar la brillantez de Vélez que se adelantó en mucho a su época.

No quiero reiterar referencias a los artículos 616,617,618 y 619 del Código Civil porque ya lo ha hecho la doctora Mariani.

Si bien Vélez no da conceptos, para nosotros el concepto en el cual piensa cuando se refiere a la moneda o al dinero es el de que se trata de términos sinónimos. Así, en el artículo 616 utiliza la palabra dinero, en el 617 emplea el término moneda y en el 619 vuelve a referirse al dinero. Vélez habla de moneda y de dinero como términos sinónimos - lo enfatizo - ; en ningún momento habla de moneda nacional.

Deberíamos pensar por qué el codificador no se refiere a la moneda nacional. ¿Fue por capricho? ¿Trató de mirar hacia adelante avizorando nuestro futuro, el de hoy convocados aquí en la Facultad de Derecho? No; en el momento en que Vélez dibujaba fantásticamente el Código Civil no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

existía moneda nacional. Los bancos que trabajaban en nuestro país podían imprimir moneda, que llevaba distintos nombres, sin marco legal. Pero hay algo mucho más importante: A la fecha de la sanción del Código Civil no existía una moneda nacional - lo reitero -, sino siete monedas extranjeras que tenían curso legal en la Argentina: el Napoleón francés, el soberano inglés, el cóndor chileno, el doblón español, entre otras. Este era el panorama monetario que Vélez tenía al redactar el Código Civil. ¿Cómo iba a inclinarse por una moneda nacional, si en ese momento no la teníamos?

En ningún momento Vélez discrimina entre moneda nacional y moneda extranjera, y mucho menos define la moneda de curso legal y forzoso. Además, no tenemos legislación que la defina, salvo la ley 1130, del 5 de noviembre de 1881, que entendemos esta derogada, pero de todos modos es el único marco de que disponemos para saber qué es el curso legal y forzoso.

Sabemos, y lo dijo muy bien la doctora Mariani, que el dinero es el parámetro de valor, es una unidad de valor, pero tiene algo fundamental: debe tener poder cancelatorio, es decir, que sea irrecusable por parte del acreedor; él no puede negarse a recibir el pago de dicho dinero. Esto es importante en el concepto de Vélez. Luego vamos a ver si la moneda extranjera tiene poder cancelatorio, y eso es lo que nos interesa porque, si no lo tuviera, de nada sirve que la hipoteca en moneda extranjera sea válida, si al momento de cumplirse la obligación el acreedor pide que no se pague en dólares, sino en australes...

Esta es nada más que una hipótesis, y como tal debe considerarse cierta para desarrollar una idea.

La ley 1130, que creó por primera vez la unidad monetaria de la Nación, en su artículo 7º, decía que la moneda de oro extranjera podía circular libremente hasta tanto se hubiera acuñado una determinada cantidad de moneda de oro nacional, circunstancia que sería dada a conocer por un decreto del Poder Ejecutivo, quedando luego de ese acto administrativo prohibida la circulación de la moneda extranjera.

El decreto por el que se dispondría que la moneda extranjera dejaría de circular se dictó nueve años después de la sanción de la ley 1130.

Querría que ustedes observaran la fecha en que se sanciona el decreto y la fecha en que se lo deroga: se dicta el 5 de diciembre de 1890 y se deja sin efecto el 22 de enero de 1891; rige apenas 45 días. ¿Por qué se lo derogó? Por la evasión de divisas que se produjo en ese brevísimo lapso.

Enfatizo en señalar que ese decreto de 1891 deroga la ley 1130, única norma que disponía el curso legal y forzoso de la moneda nacional.

Todos sabemos que por decreto dictado en 1985 el país tiene una moneda nacional de curso legal y forzoso, el austral.

No vamos a introducir en la consideración de si era viable modificar la moneda nacional por decreto, pero lo cierto es que el Congreso lo convalidó - si es que se puede decir así - al aprobar la ley de presupuesto de ese año en australes. Quienes entienden en el tema constitucional consideraron como que se convalidaba el cambio de moneda por decreto, no por ley como establece la Constitución Nacional.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hoy se habló de la finalidad. Desde luego, nosotros creemos que la finalidad que hoy nos convoca es saber si se cumple o no el principio de especialidad y saber si el pacto en moneda extranjera es válido.

Nosotros entendemos que sí porque cuando Vélez trata del mutuo habla de dinero, habla de moneda, y reitera la misma remisión que hace en el 617. Vélez tiene muy presente el mismo esquema de remisión al que se refirió la doctora Mariani.

¿Qué ley regía en la Argentina al momento de la sanción del Código Civil? La Novísima Recopilación.

Por estar presente nuestro maestro el doctor Allende, cuya presencia nos honra, como bien dijo la doctora Mariani, yo les puedo asegurar que después de veintidós años seguimos rindiendo examen, por lo que me cuidaré muchísimo de leer textualmente algunas normas de la Novísima Recopilación, dado que él nos enseñó a mencionar el origen de las citas. En este caso, en el Libro 10, Título 1, Ley 18 de la Novísima Recopilación se dice: "Sea permitido a los contrayentes especificar el valor de las monedas, y obsérvese inviolablemente lo convenido. Los deudores de moneda recibida por cualquier causa en plata u oro, están obligados a pagar en la moneda del mismo valor, peso y ley de la que recibieron y entonces corría. En los demás casos cumplen los deudores con pagar en la corriente al tiempo de la paga".

Con referencia al valor corriente, queremos señalar que quizás Savigny fue el primero en hablar del valor corriente, que es algo así como lo que hoy llamamos el valor adquisitivo. Cuando decimos mantener el valor adquisitivo, nos estamos ajustando a lo que se decía entonces: mantener el valor corriente.

Además, cuando Vélez estaba abocado a la tarea de redactar el Código Civil, estaban en pugna dos posiciones muy distintas en este tema del dinero. Una en la posición nominalista, inspirada en Pothier, del Código Civil francés, que en su artículo 1895 dice: "La obligación que resulta de un préstamo en plata. . ." - así lo traduce Vélez en la nota al artículo 619; nosotros diríamos "en dinero", no en plata, aunque bien podríamos haber dicho "en moneda" o monetario, pero esto es opinable - "...será siempre la de la suma numérica expresada en el contrato. Si ha habido un aumento o disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe volver la suma numérica prestada...".

Los códigos de Nápoles, de Luisiana, holandés y prusiano siguen este criterio nominalista; pero aquí aparece otro criterio, el del Código Civil de Austria, en sus artículos 988 y 990 - Vélez los menciona en su nota al artículo 619 - dicen algo más importante: "Si se ha alterado el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo". Esto sería lo que en aquella época se llamaba "el valor corriente" y que hoy diríamos "mantener el valor adquisitivo", o mantener el valor con algún parámetro de actualización.

Vélez se adelantó en años a su época. ¡Qué fantástico fue nuestro codificador! En la nota al artículo 619 hace referencia a una ley de actualización monetaria. La doctora Mariani dice que nosotros nos hemos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puesto a hablar del tema desde hace quince años. Vélez se refirió a la actualización monetaria en la nota al artículo 619. Calculen ustedes los años...

Esa nota dice que "si hubiese de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas (ya se está refiriendo a la actualización de los valores), nosotros aceptaríamos el artículo del Código de Austria".

Vélez se inclina por un criterio no nominalista en contra del Código Civil francés. De esos dos códigos que marcaban rumbos, Vélez se muestra partidario del austríaco.

¿Qué queremos simbolizar con todo esto? Que las fuentes tienen mucho que ver, que la época tiene mucho que ver. ¿Por qué la mencionamos?

La respuesta pasa por cuáles son los elementos que debemos tener en consideración para interpretar la ley.

Savigny nos enseñaba que debemos tener presente el elemento literal - aquél que surge del concepto de las palabras o de la realización sintáctica de las frases, de su ubicación dentro del contexto sintáctico - ; el elemento lógico - la ley debe ser lógica, no puede ser ilógica - ; el elemento sistemático - todo el contexto general normativo y no sólo una norma aislada - . Pero lo que engrandece a Savigny es cuando dice que hay que tener en cuenta el elemento histórico. Esto quiere decir que tenemos que averiguar qué quiso decir el legislador, cuál fue la voluntad querida del legislador.

A veces en nuestras clases - desde luego para alumnos de posgrado -, nosotros decimos una frase que nos parece sumamente gráfica: que con el elemento histórico tratamos de averiguar qué quiso decir el legislador cuando dijo lo que dijo, aunque lo dijo mal.

Aquí no se aclaró si se trata de moneda nacional, de moneda extranjera, de moneda de curso legal y forzoso o no. Lo que nos va a traer la luz al respecto es el elemento histórico.

¿Cuál fue la voluntad de Vélez? Su voluntad surge quizá de lo que en derecho procesal se llaman los indicios graves, precisos y concordantes.

Quizá no tengamos un solo párrafo claro. Si lo tuviéramos no estaríamos aquí. Pero sí lo estamos porque no hay claridad, y Vélez no la puso a propósito. Nunca pensó que quizá nosotros estaríamos discutiendo respecto de moneda nacional o de moneda extranjera. Creemos que a él no se le ocurrió discriminar. Nunca pensó, por lo tanto, que nosotros lo haríamos.

Quiero hacer una aclaración, y en lo que voy a decir pienso que todos estamos comprometidos. Muchos se han opuesto a que el contrato sea celebrado directamente en moneda extranjera aduciendo razones de soberanía. Este argumento nos duele, porque si realmente hubiera una cuestión de soberanía ninguno de nosotros avalaría una postura semejante. Pero adviértase algo extraño: aquellos que dicen que atenta contra la soberanía el contrato en moneda extranjera, nos permiten actualizar los montos nominales por un índice, por un parámetro en moneda extranjera ¡qué ironía! Creo que los argentinos corremos el riesgo de caer en una postura hipócrita. Si está comprometida la soberanía, lo está tanto al contratar en moneda extranjera como al tomar un parámetro de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actualización en moneda extranjera.

Nosotros estamos convencidos de que no se atenta contra la soberanía. De sostener lo contrario, no estaríamos dictando clases en esta casa, ni siquiera tendríamos la audacia de hacerlo, no digo el valor de llevarlo a cabo. Hoy día se utiliza la palabra audacia por valor, pero no es lo mismo, porque ser audaz es mucho más peyorativo que tener valor. Valor tuvo la doctora Mariani, y también grandeza, cuando después de dar una opinión, creció y dijo que cambiaba de opinión. Es de grandes no aferrarse a errores que de pronto se dijeron.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Para mí, lo anterior no fue un error. Antes de la ley, esa opinión cabía, estaba bien; después, no.

DOCTORA NUTA. - La ley la hizo reflexionar; está bien.

La inflación nos hace reflexionar. El hecho de que vengan los acreedores y digan que quieren contratar en moneda extranjera nos hace reflexionar al respecto de averiguar si realmente se puede o no contratar en una moneda no nacional.

Nosotros estamos persuadidos de que es válido contratar en moneda extranjera. Pero no se interprete que nosotros creemos tener la verdad. De ninguna manera; si bien defendemos con mucho énfasis nuestra posición, respetamos las posiciones opuestas ya que ésta es materia opinable. Menos algo: que se atente contra la letra de la ley en su contexto histórico. Esto es importante a tener en consideración.

Si la letra de la ley se aparta de la voluntad querida por el legislador, se transforma, como decía Ihering, en el fin último, algo así como que la ley se desprende, se independiza toma mayoría de edad y dice: "Yo estoy aquí; no me importa lo que quisieron decir, yo digo tal cosa". La ratio iuris, la razón de ser, el fin último.

Nosotros no somos teleológicos, no creemos en el fin último de la ley, sino en la finalidad última que tuvo el legislador al hacer la ley. Y esto, aunque nos convenga o aunque no nos convenga; y en todo caso, si no nos conviene, tenemos que pelear para que la ley cambie. Si somos demasiado flexibles la ley jamás va a cambiar y ha de ser marco de cualquier circunstancia de la realidad. Aquellas palabras de Cárdenas me dolieron mucho: "Y el agua los tapó". Creo que no nos tapó; en todo caso, quienes querían que la ley fuera flexible no supieron gritar adecuadamente y dónde gritar. Le gritaban a los jueces, y los jueces no pueden constitucionalmente modificar o derogar la ley. Y mucho menos se puede pensar que la costumbre deroga la ley, como lo escucho decir con frecuencia y lamentablemente en muchos pasillos y en muchas universidades, y también en algunos no pasillos.

Decimos que la moneda extranjera es válida, ¿pero qué hacemos con su registración?

Al respecto, la doctora Mariani adelantó el tema que plantea el artículo 125 del decreto 2080/80. Por razones de tiempo no podemos entrar en el análisis de ese decreto. Nosotros creemos que es inconstitucional por su forma; no creemos que una ley nacional pueda ser reglamentada por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decreto sino por otra ley, desde luego local. Por lo tanto, con total seguridad afirmamos que es inconstitucional por defecto de forma.

Además, el artículo 125 está creando una obligación para la inscripción de la hipoteca ajena al texto del Código Civil. Esto más que audacia nos parece algo desesperante. Yo diría que es un delirio jurídico llevado a una gran audacia porque se enmarcó en un decreto.

De todos modos es muy difícil decir a un escribano que no es necesario que convierta en australes la moneda extranjera y que permita que se pacte en moneda extranjera.

Aquí el tema central es éste: no tenemos dudas de que el austral es moneda de curso legal y forzoso en cuanto a su poder cancelatorio final y último. La moneda extranjera podrá o no tener curso legal, pero no curso legal y forzoso. ¿Por qué? Por algo que también adelantó la doctora Mariani: si cambiaran las leyes, el juez jamás podría imponer en la condena la comisión de un delito. No le podría decir al deudor que tiene que ir al Uruguay a comprar los dólares y traerlos de contrabando - lógicamente, si los trae y los declara, se los convierten y le dan australes al momento de ingresar en el país - o comprarlos en el mercado paralelo. El juez no puede ordenar eso en la condena.

Entonces, ¿qué va a decir el juez? En este caso declarará la obligación de cumplimiento imposible; simplemente aplica el artículo 616 y siguientes, tal como lo dijo tan bien la doctora Mariani.

Al declararse la obligación de cumplimiento imposible, deviene en daños y perjuicios, y aquí sí la voluntad de las partes deberá prever en el mutuo hipotecario que la conversión se tomará en base a tal parámetro. Es bueno tener en cuenta qué parámetro es; por ejemplo, parámetro de la conversión austral - dólar a plaza Nueva York, a plaza Montevideo...

Si las partes no hubieran dicho nada, el juez tomará el parámetro más alto de los legales vigentes en el país, porque ése es el que más se acerca a la voluntad de aquéllas.

¿Qué hacemos nosotros? Le decimos al cliente que puede pactar una hipoteca en moneda extranjera, que no es necesaria la conversión, que puede inscribir válidamente, que el Código Civil no dice nada al respecto. Pero cuando va al Registro, no puede inscribirla. Para colmo, en pesos argentinos, dice el artículo 125. ¡Qué desactualizado está!

El austral tiene curso legal y forzoso; la moneda extranjera no tiene curso forzoso.

La moneda extranjera, salvo que se pacte en ella, es recusable en el hipotético caso de que haya un deudor que quiera pagar en moneda extranjera y no en moneda nacional y haya un acreedor que no quiera aceptar la moneda extranjera.

El tema que es opinable es el referido a si la moneda extranjera tiene o no curso legal, si el curso legal lo tiene que determinar la ley, o las partes, o si es suficiente que la ley acepte la licitud de la circulación de esa moneda.

En el ya famoso fallo Santamarina, en el que fue preopinante el doctor Durañona y Vedia y al que adhirieron los doctores Santos Cifuentes y Alterini - en su homenaje quiero mencionarlo -, se dice que "las monedas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extranjeras no son cosas fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ellas su negocio dándoles el valor que a sus intereses convenga". El fallo trataba el caso de una inversión extranjera, realizada en dos monedas extranjeras, por inversores extranjeros. El Registro les dijo que no podían inscribir por no figurar en moneda nacional. El caso se recurrió, y se triunfó porque la Cámara civil declaró la inconstitucionalidad del decreto 2080 en su artículo 125.

No es deseable que el profesional tenga que decirle al cliente que si el Registro no quiere inscribir queda abierta la faz recursiva, porque ese trámite lleva mucho tiempo. Lo deseable es que la doctrina vaya cambiando y sobre todo se incluya una norma dirigida al Registro de la Propiedad Inmueble que determine que esto que hacen va mucho más allá de la calificación.

La ley civil no puede ser cambiada; podemos opinar o no a favor o en contra de una u otra posición en el derecho civil, pero lo que no podemos hacer es modificar la ley por un decreto local.

Aceptamos la inconstitucionalidad formal de todo el decreto 2080/80 y lógicamente lo inconstitucional de muchas de sus normas, entre las que se encuentra el artículo 125. Así lo expusimos en el VII Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en Córdoba en 1988. En esa Jornada, la postura mayoritaria resolvió hacer lugar no sólo a la inscripción de la hipoteca, sino también a la validez de las hipotecas en moneda extranjera y a la factibilidad de su inscripción registral.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Hemos escuchado con suma complacencia las exhaustivas exposiciones de las señoras profesoras titulares de Derechos Reales de esta Facultad.

El tema es inagotable porque tiene aristas que se nos van presentando con mayor frecuencia, y estimo que se vincula estrechamente con el derecho de los contratos, materia en la que sigue gobernando el criterio del profesor emérito de esta casa de estudios, doctor Videla Escalada.

Creo que la sanción de la ley 23091 con su prohibición de realizar ciertos contratos, de alguna manera deja en claro la factibilidad de poder hacerlos para las áreas en las que no están prohibidos, en función de la norma constitucional que todos recordamos.

Considero muy útil la aclaración hecha por la doctora Nuta de que los que sostenemos la validez de la contratación en moneda extranjera, de ninguna manera estamos pensando en violar la soberanía del país, ni nada que se le parezca sino tratando de sincerar, lo que a veces no es frecuente, este tema en nuestro derecho.

Supongo que los señores profesores tendrán algo que decir, con lo cual quedará abierto el debate y luego las expositoras contestarán las inquietudes que se formulen.

El doctor Allende solicita el uso de la palabra, y gustosamente se lo concedemos

DOCTOR ALLENDE

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No me voy a referir al fondo del problema, sino a un aspecto en el que ambas brillantísimas expositoras estuvieron en alguna medida en desacuerdo, el que creo ha pasado inadvertido, y ese aspecto se refiere a la interpretación de la ley.

Estimo que la doctora Mariani de Vidal, excelente alumna hace algunos años y hoy distinguida colega, y la doctora Nuta, no menos brillante, polemizaron sobre ese aspecto. De lo expuesto por ellas surgiría que la doctora Mariani de Vidal da al juez mayor importancia, mayor ámbito en la interpretación de la ley; en cambio, la doctora Nuta restringe la interpretación del juez

Si bien no me voy a expedir en esta cuestión, ambas conocen, por haber sido brillantísimas alumnas mías, mi pensamiento al respecto. No viene al caso que lo exponga aquí y ahora, pero considero que esta polémica entre las dos expositoras podría dar lugar a una mesa redonda más adelante

El desacuerdo al que aludo quedó un poco tapado en el desarrollo del tema y quizás algún alumno no se ha dado cuenta, pero la diferencia ha sido sustancial entre ellas

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Porque yo soy jueza. Risas.

DOCTOR ALLENDE. - No he querido opinar, sino hacer ver mi posición; y sobre este tema he tenido encuentros con la doctora Mariani de Vidal y palabras con la doctora Nuta. Risas.

No quiero hablar más al respecto, y reitero mi idea, doctor López Cabana: si fuera posible realizar en la Facultad una mesa redonda sobre esta importante cuestión, en oportunidad que el Departamento de Derecho Privado lo considere pertinente.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Tiene la palabra el doctor Alvarez Juliá.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ. - La inquietud que voy a exponer suele presentarse cuando las exposiciones han sido claras.

Pero hay algo que no me quedó demasiado claro, y es el famoso tema de si la moneda extranjera tiene curso legal o no

Conforme lo dicho por la doctora Nuta parecería que sí, que tiene curso legal, pero no curso forzoso. Sin embargo, hay determinados contratos que no pueden ser celebrados en moneda extranjera, con lo cual tendríamos una legalidad a medias.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Traslado la inquietud a la doctora Nuta.

DOCTORA NUTA. - Yo afirmé que éste es un tema muy opinable, ya que gran parte de la doctrina monetaria, económica, dice que el curso legal debe ser establecido por ley. Yo no estoy tan convencida de ello. Entiendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que la mera libertad de circulación y el convenio de partes otorga a la moneda extranjera poder cancelatorio, de manera que si el acreedor convino el pago en libras esterlinas, tiene que aceptar libras esterlina como efecto cancelatorio. Creo que esto es importante señalarlo.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ. - Sería de curso forzoso

DOCTORA NUTA. - Dije que es recusable o no; en este caso sería irrecusable por haber convenio de partes.

Señalé que quedaba en duda si era por ley o por convenio de partes ¿Le quedó claro?

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ. - Yo pienso que es por ley, y evidentemente es de curso legal. Usted está hablando de curso forzoso.

DOCTORA NUTA. - No, hablé de los dos tipos de cursos.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ. - Paso a otro tema que está relacionado con uno de los caracteres básicos de la hipoteca, que es el de la especialidad. Una cosa es que digamos que la obligación principal, a la cual la hipoteca accede, puede estar convenida en moneda extranjera, y entonces podemos llegar a compartir el criterio de que tiene curso legal o forzoso o por convención de partes y otra cosa es si se cumple con el principio de especialidad en cuanto a derechos reales. Son dos temas distintos, nada tiene que ver el uno con el otro.

También me pareció - por lo menos yo no lo veo claro - que en alguna medida quedó flotando la idea de que una cosa es la deuda, la obligación en el derecho creditorio; otra cosa es el límite de responsabilidad que se genera con el derecho hipotecario, y otra cosa son los caracteres que el derecho real de hipoteca debe tener para ser válido para terceros, porque a lo mejor la obligación principal a la cual accede puede tener curso legal, puede tener curso forzoso. Pero que eso no sea un requisito que la habilite para cumplir con la especialidad propia de la hipoteca. Ello así toda vez que el artículo 3109 dice con claridad que cuando se trata de obligaciones de hacer, de no hacer o de dar hay que establecer un valor estimativo

DOCTORA NUTA. - Usted no hizo una pregunta, sino una réplica, una afirmación.

Para mí quedó clara la postura de la doctora Mariani, y creo que también fue claramente expuesta la mía propia, pero esto no implica que la postura no sea controvertida.

Yo hice una referencia al VII Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en Córdoba en 1988, ocasión en que su titular, la doctora Highton, presentó al plenario la doctrina contraria a la que usted acaba de exponer, que es muy respetable, pero que no es la opinión de quienes hoy exponemos en esta mesa redonda. Esto quedó claro, ¿no es así?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Yo destaqué bien las diferencias existentes: por un lado la obligación, por el otro el derecho real de hipoteca, la especialidad, la accesoriedad.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ. - Lo que no veo claro es que entendamos lo que es el derecho creditorio y que podamos llegar a decir que tiene curso legal, que tiene curso forzoso, y que eso cumpla con la especialidad.

DOCTORA NUTA. - Es al revés.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - La cláusula de estabilidad que tiene como módulo la moneda extranjera cumple el principio de especialidad, conforme lo dispone el artículo 1° de la ley 21309.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ. - Respecto de esa ley, como usted recordará, en el VII Congreso Nacional de Derecho Registral...

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Yo no concurrí a esa jornada; no acostumbro ir a ellas.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ - En ese Congreso se designó una comisión que integraban los doctores Alterini, Adrogué y Molinario, que trató el tema de la ley 21309 como una normativa necesaria a los efectos de cumplir con el principio de especialidad.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Perfecto.

Si se cumple, no advierto la diferencia esencial entre decir cuando el dólar - lo tomo como moneda de referencia - es unidad de cuenta cumple el principio de especialidad y cuando es moneda de pago no lo cumple, porque la relación deuda - inmueble - para mí, por supuesto - satisface el principio de especialidad. Por supuesto usted, doctor, podrá opinar de otra manera. Siempre digo que el derecho es un marco abierto a varias posibilidades, y jamás he creído que lo que yo sostengo sea la única verdad porque sería una necia total, mucho más siendo jueza.

PARTICIPANTES. - Si me permiten.

Deseo formular la siguiente inquietud si el Derecho Marítimo acepta el argentino oro como moneda de curso legal y forzoso, ¿no se la puede usar en la hipoteca?

DOCTORA NUTA. - Considero que sí, y la doctora Mariani también.

Creo que es muy valioso lo dicho por el doctor Alvarez Juliá, pero lo invertiría.

El doctor acepta, y esto que quede como una gran inquietud, que se pueda discutir la viabilidad del contrato en moneda extranjera - parecería que esto fuera más flexible en su opinión -, pero de ninguna manera la hipoteca como garantía de ese crédito.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Con el doctor Alterini y la doctora Mariani hemos conversado mucho sobre este tema, pero casi es al revés de lo expresado por el doctor Alvarez Juliá, y lo dijo muy claramente mi colega de mesa redonda.

¿Qué se tiene en cuenta, cuál es el objetivo final del artículo 3109 que recordó el doctor Alvarez Juliá? El interés de los acreedores, el interés del propio deudor, y hay también un interés público en querer saber exactamente cuál es el valor patrimonial garantizado.

En este caso - y yo hablé de hipocresía genérica, incluyéndome -, para cumplir el principio de especialidad casi es preferible una mera cuenta matemática que nos da la moneda extranjera y la cotización al día de la fecha, que esos cálculos prácticamente imposibles hechos por actuarios, que a veces un actuario no los puede dilucidar, con cláusulas de reajuste de dos, tres y cuatro páginas, con índices combinados y opcionales, y aquí la doctora Mariani me recuerda la circular 1050, que tanto dolió a nuestro país ¿Cómo puede ser mejor garantizado el tope máximo para sapiencia del propio deudor, y de la sociedad toda y de los acreedores que quieran contratar con él? Sin lugar a dudas, la seguridad jurídica está mucho mejor garantizada, que es lo que Vélez pretende en el artículo 3109, con el parámetro en moneda extranjera.

En este caso, para nosotros podría llegar a ser opinable si el contrato puede ser hecho en moneda extranjera, pero no nos cabe la menor duda de que el principio de especialidad se cumple porque es un parámetro tope, y esto simplemente sí se cumple.

DOCTORA ALVAREZ JULIÁ. - Querría hacer una última consideración. Me parece que lo dicho por la doctora Nuta en su última intervención se contradice totalmente...

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Si me permite, doctor Alvarez Juliá...

Desde hace un rato le prometí al profesor emérito de esta casa de estudios, el doctor Videla Escalada, concederle la palabra.

Me permito reiterarles la sugerencia que formulé para que fructifiquen ponencias, ya que esta polémica promete mucho y querría que el tema no perdiera interés para las próximas jornadas nacionales.

Doctor Videla Escalada, lo escuchamos complacidos.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Quiero aclarar que aquí se ha hecho una pregunta sobre el argentino oro y lo que está en discusión es el tema de la hipoteca en moneda extranjera, y el argentino oro no es moneda extranjera. Por eso, tanto la legislación marítima como la legislación aeronáutica se refieren, en busca de un parámetro de estabilidad, al argentino oro.

También coincido totalmente con las expositoras en que el principio de especialidad, dadas las circunstancias que permiten la moneda extranjera, en manera alguna afecta la soberanía. Pero esto no me impide aclarar que el argentino oro es una moneda argentina, y bien argentina, respaldada por leyes argentinas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIPANTE. - Nunca se acuñó.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - El argentino oro, sí.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Tenemos el privilegio de que el doctor Videla Escalada haya sido uno de los codificadores aeronáuticos de la Argentina y con buen criterio incluyó el argentino oro en esa normativa, con lo cual resolvió el tema de la actualización, que tanto preocupa.

Se ha hablado del decreto 2080/80, que se refiere a pesos argentinos; podemos recordar que el artículo 1193 del Código Civil hace mención a pesos moneda nacional, pero la incorporación en el Código Aeronáutico del argentino oro cubre todo tipo de desactualización, y ello así gracias a esa inteligente inclusión, digna de recordar.

Los invito para la próxima mesa redonda, que tendrá lugar en agosto, después de un breve receso en el mes de julio

- Aplausos prolongados.

<p>Tema: LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO FRENTE A LA DROGADICCIÓN</p>

Relatores: PROFESORES DOCTORES NELLY MINYERSKY, ARTURO YUNGANO Y GUSTAVO ALBERTO BOSSERT

Participante: DOCTOR JORGE URIARTE.

Fecha: 8 DE AGOSTO DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Hoy trataremos el tema "La familia, la sociedad y el derecho frente a la drogadicción".

El doctor Yungano que, como ustedes saben, además de ser un distinguido jurista es también médico, hará un introito sobre aspectos de esta otra inquietud intelectual que el tiene atinentes a la drogadicción, aludirá a los defectos de la personalidad que llevan a la drogadicción, a las distintas drogas y a los efectos de cada una de ellas.

Luego, la doctora Minyersky abordará, entre otros, el tema de las proyecciones que tiene la legislación penal en esta temática del derecho de familia, y finalmente el doctor Bossert cerrará la mesa redonda con la jerarquía con que suele hacerlo.

Lo escuchamos, doctor Yungano.

DOCTOR YUNGANO

Voy a referirme a la personalidad y a la situación legal del drogadicto y el alcohólico.