

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**CLÁUSULAS DE REAJUSTE EN OPERACIONES GARANTIZADAS CON
HIPOTECA(*) (410)**

Coordinador JOSÉ M. R. ORELLE

Colaboradores JULIO A. AZNÁREZ JÁUREGUI, GUIDO BERMAN KAHN, CRISTINA M. CHIQUITTI, ORLANDO LEONEL ESPINACO, MARÍA DEL PILAR JORGE DE NAZER, EDUARDO BLAS DE MIGUEL, JOSÉ M. R. ORELLE

INFLACIÓN

Guido Berman Kahn

SUMARIO

I. Inflación. - II. Teorías de algunas escuelas económicas. - III. Efectos de la inflación. - IV, Efectos sobre el crédito, el capital y su rentabilidad. - V. La hipoteca y la ley 21309.

I. INFLACIÓN

1.1. Este fenómeno, mundialmente conocido desde antigua data, se origina por causas muy diversas, que han sido profundamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estudiadas por los economistas.

1.2. La inflación se conoció en la antigua Grecia; en la República Romana, durante la vigencia del Imperio Romano; en la época del Renacimiento y guerras napoleónicas; en España después del descubrimiento de América, tras la enorme afluencia de oro y plata, que inclusive trascendió sus fronteras expandiéndose por toda Europa; y en el siglo actual, después de las dos últimas guerras mundiales, especialmente en Alemania, Hungría, etc.

1.3. Según Hutton(1)(411), "un incremento rápido y continuado de los precios es la más clara «manifestación de una inflación progresiva».

1.4. En general, existe coincidencia de criterio entre los economistas, en cuanto a que la afluencia excesiva de circulación de divisas, cuando excede la producción de bienes y servicios, provoca una desenfadada inflación, que sólo puede ser detenida mediante la adopción de drásticas medidas tendientes a atacar las causas específicas que la provocan.

1.5. Como hecho anecdótico, muchos habrán de recordar la enorme circulación del marco alemán después de la primera guerra mundial, que llegó a tener un costo de impresión superior al valor que representaba como unidad seguida de múltiples ceros, y que al momento de ser desmonetizado, sólo sirvió para empapelar paredes.

II. TEORÍAS DE ALGUNAS ESCUELAS ECONÓMICAS

2. Las teorías de las distintas escuelas económicas que tratan de explicar los efectos socio - económicos que apareja la inflación, en cierto modo coinciden en cuanto a que la ley de la oferta y la demanda tiene vinculación con la fluctuación del valor de la moneda (Corrency y School). Es decir que: el valor de la moneda varía en razón inversa de la cantidad (teoría cuantitativa)(2)(412).

2.2. Expresa Keynes que: "Cuando un crecimiento en el volumen de la demanda efectiva no produce ya un aumento más en la producción y se traduce sólo en un alza de la unidad de costos, en proporción exacta al fortalecimiento de la demanda efectiva, hemos alcanzado un estado que podría designarse apropiadamente como de inflación auténtica"(3)(413).

2.3. En cambio, Nusbaum sostiene que "la inflación es un fenómeno que se produce como consecuencia de la abundancia de circulante «que tiene como efecto un continuo y gran aumento de precios» (available cash) ". Vale decir que el resultado inmediato de la abundancia de dinero en circulación se traduce en disminución de su valor adquisitivo y correlativamente en el aumento de costo de todos los productos (bienes y servicios)(4)(414).

2.4. Por su parte, Oyarzun sostiene que "la inflación no se produce porque haya aumentado el número de medios en circulación, sino porque se ha desplazado la relación existente entre la cantidad de mercaderías y cuantía del poder adquisitivo"(5)(415).

2.5. Los factores que se traducirían como desencadenantes del fenómeno inflacionario, entre otros, serían los siguientes:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2.5.1. a) Emisión de moneda (generalmente para enjugar déficit presupuestario) .

2.5.2. b) Aumentos de sueldos otorgados a las clases activas y pasivas.

2.5.3. c) Aumento desmesurado de los impuestos y tasas (con el mismo objetivo que el indicado en a]).

III. EFECTOS DE LA INFLACIÓN

3.1. Los efectos inmediatos de la inflación, en sentido económico, provocan de inmediato la inestabilidad del mercado

3.2. El envilecimiento de la moneda, cuyo poder adquisitivo disminuye día a día a través de la emisión desmesurada del Estado, se traduce también en alza desmedida de los precios.

3.3. Otro de sus efectos es la expansión desmedida del crédito que empobrece al acreedor en beneficio del deudor, que al liquidar la deuda paga con moneda envilecida.

3.4. El fenómeno inflacionario obra en detrimento de la producción en los sectores agropecuarios, industriales, comerciales y mineros, que obligan a la inversión de enormes capitales inmediatos y con perspectivas inciertas en cuanto respecta a su rentabilidad y poder adquisitivo al momento de la recolección de sus frutos.

IV. EFECTOS SOBRE EL CRÉDITO, EL CAPITAL Y SU RENTABILIDAD

4.1. La industria, el comercio, la agricultura, la ganadería y la explotación minera, incluso el desarrollo de las empresas ferroviarias, marítimas, terrestres y de aeronavegación, requieren del crédito (préstamo de dinero) - mutuo a título oneroso - que proveen los particulares, bancos e inclusive el Estado, que obtiene esos capitales mediante la obtención de empréstito, cuya devolución se opera a través de largos años, asegurando al inversor una renta determinada durante el tiempo de imposición de su capital.

4.2. Es indudable que el crédito ofrece riesgos, que no siempre el capitalista desea correr. De ahí que muchos inversores prefieran invertir sus capitales asegurando la devolución de su crédito afianzando con hipoteca sobre bienes inmuebles, buques, aeronaves, que por otra parte contribuyen al desarrollo de las industrias de la construcción, navegación y aeronavegación.

4.3. El receso de inflación introduce el desequilibrio de los valores y actúa como un factor distorsionante que impide recuperar el capital real prestado, en relación al tiempo de su imposición y la rentabilidad del mismo respecto de un determinado patrón (oro, dólar, plata, mercaderías, etcétera).

4.4 La rentabilidad de los capitales impuestos a largos plazos, se resiente y agrava con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ya que el interés obtenido a través del tiempo, sufre la misma incidencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto desalienta al inversor grande, mediano o pequeño, especialmente a este último, generalmente constituido por ahorristas de escasos recursos (empleados, obreros y jubilados), cuyos ahorros así invertidos les permitieron una excelente fuente de ingresos extras, para satisfacer necesidades o bien para incrementar su inversión.

4.5. Con la inflación desenfadada en nuestro país (por algunos llamada hiperinflación), especialmente durante el año 1975 y lo que va del año 1976, el préstamo con garantía hipotecaria, respecto de bienes inmuebles, prácticamente desapareció, provocando como consecuencia la disminución de la venta de viviendas a la vez que el receso de la industria de la construcción y muchos otros gremios vinculados a la misma.

4.6. No sin fundamento, el señor Secretario de Comercio afirmó en su exposición del día 29/4/76: "En un año aquí habíamos tenido el mes de marzo el 566 %; es decir, lo que costaba un peso en marzo de 1975, costaba casi 6 pesos. Y esto medido a través del tantas veces vilipendiado índice de costo de vida del Instituto Nacional de Estadística y Censos"(6)(416).

V. LA HIPOTECA Y LA LEY 21809

5.1. El requisito de especialidad de la hipoteca, conforme a las normas del Código Civil que exigía declarar el valor estimativo del crédito, bajo apercibimiento de nulidad de la escritura, fue una seria valla para los inversores, por cuanto no les permitía pactar cláusulas de reajuste sobre el capital adeudado, el que permanecía invariable a través del tiempo de su imposición hasta el de su pago, no obstante sufrir los efectos de la inflación. Ello no obstante, los inversionistas recurrieron a muy diversas tónicas que, sin perder de vista el principio de especialidad de la hipoteca, les permitió en alguna manera cubrirse de los efectos de la inflación.

5.2 La ley 21309 sobre Hipotecas y Prendas, recientemente sancionada, pone coto a esta situación, y al modificar el Código Civil, la Ley de Prendas con Registro, el Código de Comercio e incluso el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, permite ahora aplicar fórmulas determinadas, que las partes pueden pactar al efecto de reajustar el capital en el tiempo, conforme al impacto inflacionario que el mismo pueda sufrir.

5.3. Entendemos que las partes están en libertad de convenir cual habrá de ser el patrón a aplicar para efectuar el reajuste - conforme a las normas legales -, índices oficiales, cotización oficial de determinadas divisas, precios de ciertos productos, etc., con lo cual quedará cumplida la exigencia del art. 1° de la ley, que dispone: "Art. 1° . . . 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pactado".

5.4. Matemáticamente, el capital podrá variar en función del índice adoptado mientras que el interés no podrá ser alterado. Determinado el importe del capital reajustado, sobre el mismo se cancelarán los intereses estipulados.

5.5. El Instituto Argentino de Racionalización de Materiales (IMRA) sugirió la adopción de la siguiente fórmula:

$$M_o = M_b = \frac{P_o}{P_b}$$

siendo:

M_b = Valor monetario básico del módulo monetario fijado en \$ 1.

M_o = Valor monetario actualizado del módulo monetario.

P_b = Índice de precios mayoristas no agropecuarios (al momento de la imposición = 1).

P_o = Índice de precios mayoristas no agropecuarios al momento de efectuarse el reajuste y publicado por la Dirección Nacional de Estadística y Censos.

5.6. Otra fórmula que también puede utilizarse, es la siguiente:

$$D = C \frac{C_r}{C_o} - 1$$

siendo:

D = el reajuste por desvalorización monetaria.

C = el valor del capital adeudado al momento de realizarse la imposición.

C_o = el índice de precios mayoristas no agropecuarios dado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos al día 30 del mes posterior al que se celebró la operación.

C_r = el mismo índice al día 30 del mes inmediato anterior a aquel en que se abone el capital adeudado, y

1 = el índice 100.

5.7. La adopción de cualquiera de las fórmulas indicadas cumpliría los requisitos de la ley, pero reiteramos que en este sentido la norma legal es abierta y por lo tanto las partes pueden, a nuestro juicio, adoptar cualquier otra fórmula que libremente convengan, en tanto no se contraponga con las disposiciones legales actualmente en vigencia.

TEORÍA JURÍDICA DEL DINERO

Julio A. Aznárez Jáuregui

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

I. Introducción. - II. Diferentes teorías jurídicas sobre el dinero. Teoría de Savigny. Teoría estatista de la moneda.

I. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que la expresión "dinero" es usada de modo constante en nuestro Código Civil, en todo el campo de los derechos patrimoniales, en el obligacional y en el de los contratos, resulta inocultable la relevancia jurídica del término. De ahí que pretenda un acercamiento histórico y conceptual a la expresión "dinero", que, no obstante su primordial significado económico, tiene tremenda implicancia en las relaciones de derecho.

Los principios jurídicos están dirigidos necesariamente a la aplicación racional de la norma, para asegurar con su sistematización el mas óptimo grado de certeza del derecho. Es decir, que corresponde hacer totalmente inteligible el alcance de las reglas jurídicas, ya fueren producto del uso y la costumbre, ya fueren establecidas por el legislador, a fin de que el ciudadano se encuentre en condiciones de prever y estimar con posibilidades ciertas las consecuencias de sus propias acciones. La obra clarificadora de la doctrina jurídica debe consistir esencialmente en una lucha contra la arbitrariedad.

En razón de ello es que encuentro absolutamente necesario comenzar por una investigación relativamente precisa sobre concepto tan árido y abstracto como el dinero. Desde ya que el tema ha preocupado desde antiguo a juristas y economistas. Aquéllos tratando de desentrañar la misteriosa esencia del dinero como medio liberador o de pago, éstos tratando de implantar sistemas y arbitrios cada vez más alambicados que permitan adecuar con cierta permanencia una medida de valor o unidad de cambio. Cabe destacar que las investigaciones se han profundizado cada vez que la humanidad se ha visto convulsionada por calamidades y guerras o simplemente abusos del poder estatal que anarquizaron los sistemas monetarios vigentes.

Puede decirse que la expresión dinero configura un concepto relativamente reciente. Nace a medida que las monedas van independizándose de su real valor intrínseco, para finalmente, a través de un verdadero proceso de abstracción, constituirse en un signo de valor o en una unidad ideal de cambio.

Las cosas que no son dinero se llaman corrientemente mercancías. La moneda como tal no es dinero necesariamente; puede también ser simple mercancía. El hecho real e histórico de la creación de la moneda no se conoce exactamente. Su origen posible radicó en la necesidad de salvar las incomodidades del trueque en las comunidades primitivas. En ellas, las reses, alhajas, metales, conchas, armas, pieles, cereales, etc., según el tipo de organización productiva, se fueron constituyendo en símbolos de valor por sus especiales propiedades para el uso y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consumo. Se erigen así en la medida estimada para pagar.

Estos bienes naturales determinan la necesidad de calcularlos en promedios, ya que por su propia conformación, siempre difiere una pieza de otra, en sus cualidades y medidas. Comienza así un proceso de abstracción sobre la mercadería en sí, para aceptarla como elemento representativo de un valor convencional y llegar a determinar una relación estable de equivalencias. Así, por ejemplo, un caballo podrá ser igual a seis cerdos, o una libra de oro valer 24 fanegas de cebada o 16 de trigo, etc. Esta es la escala de valores en la moneda natural o en especies.

Naturalmente, también se produjo el desplazamiento de unas especies por otras, hasta que finalmente los metales nobles tuvieron definitiva preponderancia. Durante el período de trueque con bienes de uso y consumo, no existe cabalmente la moneda, sino la utilización de determinados productos en función de moneda.

Los metales llamados preciosos, como el oro y la plata, resistentes a las influencias deteriorantes de los elementos de la naturaleza, favoreciendo su conservación por largo tiempo y su misma posibilidad de fraccionamiento, manteniendo su valor proporcional o relativo y la consecuente facilidad de su transporte o manipuleo y aun su posibilidad de volverlos a fundir, son las especiales cualidades que le han dado preponderancia como moneda en relación con otros bienes.

Durante mucho tiempo estos metales se entregan al peso en el momento de pago. El vendedor o acreedor, provisto de una balanza, pesa el metal ante los ojos del comprador o deudor. Es fácil imaginar el grado de dificultad que este procedimiento ofrecía para las transacciones y, sobre todo, la posibilidad de alterar la composición del metal que se ofrecía en pago. De ahí deviene la moneda propiamente dicha, o sea, el fraccionamiento de los lingotes de metal en trozos pesados y sellados, es decir, acuñados y con verificación estatal en cada pieza de su calidad y ley. De este modo surge la moneda como medio de pago. El peso es sustituido por el cálculo ya efectuado. El príncipe o el soberano - es decir el Estado - proclama los trozos de metal de determinado tipo, dotados de una fuerza igual a un cierto número de unidades de valor que toman su nombre definido y permanente, libra, franco, marco, peso, etc., y cuyo traspaso a los terceros le concede capacidad cancelatoria hasta ese número de unidades de valor que representa.

Las informaciones más antiguas sobre moneda acuñada proceden de Lidia (Asia), de Siglo VII A.C. (650).

Lógicamente, desde la creación de moneda hasta la constitución de verdaderas estructuras económicas de cálculos monetarios pasan largos siglos en correspondencia con la complejidad y desarrollo de las comunidades y pueblos. La Teoría Estadística de la moneda, del profesor alemán G. F. Knapp, desarrollada en el año 1920, afirma que la esencia de la moneda pertenece al Orden Jurídico: "La moneda es una creación del orden jurídico". La constituye históricamente la función del medio de pago, pasando, como hemos visto, de las formas más groseras y simples hasta las más complejas y elaboradas estructuras actuales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comúnmente se define el medio de pago como un bien de cambio. En consecuencia, en el campo obligacional la moneda es sólo uno de los tipos o unidades o bienes de cambio que sirve como medio de pago.

Nuestro Código Civil en su artículo 740 cuando legisla sobre lo que se debe dar en pago, confirma - "el deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor".

Resulta así, insoslayable la importancia jurídica que tiene el concepto de moneda o dinero para la correcta evaluación e interpretación de todas las disposiciones del Cód. Civil y del orden normativo general.

Por ejemplo, el precio en la compraventa (art. 1323, Cód. Civil) debe ser "cierto en dinero", o sea el pago por la transferencia de la propiedad de una cosa. Lo mismo en la locación, donde por el uso, goce. obra o servicio corresponde el pago de un precio determinado en dinero (art. 1493, Cód. Civil). La hipoteca es un derecho real de garantía constituido en seguridad de un crédito en dinero (art. 3108, Cód. Civil). Ello quiere decir que, si bien el concepto jurídico del dinero puede ser polivalente en cuanto a sus diferentes formas según el sistema monetario vigente, no cabe duda que se trata de un concepto unitario cuyo contenido esencial es el de constituir un medio de pago reconocido por el derecho. El dinero como género pertenece a las cosas fungibles. Se trata de una particularidad que no surge sino de su propia naturaleza. Todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, pudiendo sustituir el uno por el otro de la misma calidad e igual cantidad.

En el artículo 616 del Código Civil se aplican a las obligaciones de dar sumas de dinero lo dispuesto sobre obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y de dar cantidades de cosas no individualizadas. Sigue así el codificador el criterio de Savigny, que transcribe en la nota al mencionado artículo.

Sin embargo, siguiendo el curso histórico de los hechos, vemos que la moneda usada en el tráfico comercial pierde parte de su materia, o sea, se desgasta. No obstante su signo o nombre, subsiste inalterable en cuanto a unidad de valor, aun cuando la pieza acuñada se hubiere deteriorado - respecto de su conformación externa, material, quilate o ley; es decir, que paulatinamente la moneda ha ido adquiriendo su condición funcional de medio de pago, con abstracción de su calidad sustancial o intrínseca. El cuño, en definitiva, o sea la autoría legítimamente proclamada por el príncipe, soberano o Estado, determina su poder cancelatorio en los pagos. El proceso de abstracción material culmina con la creación de la moneda de papel y el papel moneda.

II. DIFERENTES TEORÍAS JURÍDICAS SOBRE EL DINERO

La doctrina sobre la deuda pecuniaria es considerada como el más antiguo y fundamental problema del derecho monetario.

El desorden monetario de la Edad Media y la inconducta generalizada entre los señores feudales de alterar el valor de las monedas que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acuñaban, modificando su ley o asignando diferente valor nominal a las que se encontraban en circulación, colocaban al deudor en la situación jurídica de cumplir su obligación con arreglo al valor metálico que tenían las monedas prometidas al constituirse la obligación.

La concepción metalista de la deuda pecuniaria era opuesta al interés de los señores feudales que, naturalmente, trataban de imponer el reconocimiento de la norma del valor impositus en contra de la norma conocida como de bonitas intrínseca.

Así nace la doctrina nominalista que se afirma fundamentalmente en Francia y en Italia. En Alemania, por el contrario, en los siglos XVI a XVIII se mantiene el criterio de los postglosadores que afirmaban el principio de la bonitas intrínseca.

La falta de una organización monetaria territorial y la variedad y fraccionamiento de monedas, originaron por esa época el empleo y la aceptación en todas partes de monedas extranjeras.

Los juristas alemanes, siguiendo la interpretación de usos y costumbres con que en el comercio se trataba de cubrir las consecuencias de semejante anarquía monetaria, tomaron en consideración la obligaciones pecuniarias de modo particularmente diferencial con relación a los otros tipos de obligaciones.

Teoría de Savigny

El ilustre jurista austríaco toma como objeto de análisis la deuda de dinero en sí, más precisamente el "contenido de la deuda de dinero". En esta formulación gravita la doctrina del derecho común anterior al Siglo XVIII, sustentada, como ya hemos dicho, por los postglosadores partidarios de la concepción metalista bonitas intrínseca de pleno rigor en Alemania, o sea que el deber del deudor consistía en cumplir la obligada prestación al valor metálico tal como éste aparecía en las monedas prometidas al pactarse el negocio jurídico.

Savigny hace objeto de su investigación a la deuda de dinero en sí o según su expresión, "el contenido de la deuda de dinero". En tal sentido se plantea el problema si la deuda de dinero se ha de entender referida al "valor nominal" o al "valor metálico" o "al valor en curso", respecto de la suma de dinero expresada en la obligación. Así, el valor en curso de toda clase de signo monetario, incluido el papel moneda y la moneda fraccionaria, será su valor en oro o su valor en plata de acuerdo al patrón metálico que rija en cada territorio. De tal modo, el valor en curso y no el valor metálico ni el valor nominal es el que se ha de tener en cuenta para precisar el contenido de la deuda de dinero.

Es decir, que Savigny sigue la teoría de la bonitas intrínseca pero referida a la equivalencia con el patrón existente, y ése es el valor en curso.

Savigny trata de crear un principio jurídico formal respecto del dinero partiendo del concepto del patrimonio, concebido como "el poder de derecho privado o señorío del individuo sobre parcelas o porciones del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mundo concreto".

El patrimonio se presenta a priori como una diversidad de cosas que puede reducirse a un todo homogéneo, representado por una cantidad líquida que constituye el concepto abstracto del patrimonio. Así, el dinero no sólo será "medida del valor" sino que tendrá una segunda y más elevada función: "encerrar en sí mismo" el valor por él medido y, consecuentemente, "representar el valor aplicable a todos los elementos del patrimonio". El dinero, por tanto, concede a quien lo posee un poder patrimonial genérico, aplicable a todos los objetos de libre comercio jurídico privado.

Sigue sosteniendo Savigny que el fundamento del dinero radica en el necesario reconocimiento público y la aceptación general de su valor basado en que todo adquirente de dinero tiene la convicción de que luego podrá entregarlo a otro con idéntico valor.

De la doctrina del poder patrimonial abstracto representada en la esencia del dinero, se desprende la función normativa del valor en curso, que será la medida para apreciar el contenido de la deuda pecuniaria, como una consecuencia inmediata y necesaria de la naturaleza general del dinero. El propio autor de la teoría, en el prólogo a su tratado de las obligaciones, declara que no se siente muy seguro en la doctrina del dinero, y al comienzo de la sección dedicada a esta materia habla de la "propiedad casi misteriosa" que distingue al dinero de las otras cosas.

Lo principal de la teoría del poder patrimonial abstracto es la convicción de que, dadas las alteraciones de la moneda, el objeto de la deuda dinero debe determinarse por el valor en curso.

Teoría estatista de la moneda

El principio de la absoluta soberanía del Estado sobre la moneda no es más que el resultado de la evolución de una doctrina de siglos que los tratadistas remiten a Molinaeus, y en cierto modo a Santo Tomás de Aquino, teniendo su expresión más fuerte en la Francia del Siglo XVIII. La jurisprudencia de esta época rechazaba por contrarias al orden público todas las cláusulas contractuales que tendiesen a proteger al acreedor contra las alteraciones de la ley ordenadas por el Soberano y sus consecuencias.

En la época moderna la doctrina conocida como teoría estatista de la moneda está unida al nombre de Jorge Federico Knapp, quien en síntesis afirma que la nominalidad de la unidad de valor es creación propia del Estado. Knapp descubre el valor de la moneda en su estructura jurídica y en la creadora actividad del Estado. La moneda, dice, a través de la historia de las distintas vinculaciones jurídicas se constituye en medio de pago. La función de medio de pago domina el concepto de la moneda. La aptitud de un objeto para servir de medio uniforme de pago es establecido por el poder estatal o soberano. El orden jurídico establece cuántas unidades de valor posee cada medio de pago (poder cancelatorio). La naturaleza jurídica del medio de pago debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser clara. El orden jurídico del Estado, exclusivamente, establece qué cosas integran la categoría de los medios de pago, determinando en virtud de su imperio la unidad de valor, así como su nombre. En cada país, pues, según Knapp, los pagos se expresan en unidades de valor que llevan una cierta denominación. Al realizar los pagos resulta indispensable, por tanto, conocer la fuerza cancelatoria del medio utilizado. El orden jurídico monetario indica cuántas unidades de valor contiene cada medio de pago. Impónese dicha medida por leyes, decretos y disposiciones en general del poder público. En consecuencia, la unidad de valor no es definida metalísticamente, sino por el poder del Estado que lo hace autoritariamente. Esta es la esencia del principio nominalista, puesto que el poder estatal establece la unidad de valor, su nombre, y fija su fuerza cancelatoria.

Knapp opone el concepto "proclamatorio" al "ponderal", en el que se atendía sustancialmente a la materia o contenido.

En los medios de pago proclamatorios es indiferente el contenido material de la moneda. Knapp llama cartales (Chartales) a estos medios de pago proclamatorios. En latín, "charta" significa ficha. Bajo el nombre de ficha o marca, Knapp comprende a la cosa que, asumiendo una forma determinada y con total prescindencia de su condición material, toma una valoración o significado jurídico, simbolizado por un signo o un número. Ejemplo: la contraseña del guardarropa del teatro.

Así también, los medios de pago morfo - proclamatorios son igualmente abstractos o inmateriales, toda vez que lo importante no es la condición o contenido material del signo monetario sino el hecho de representar un valor determinado por los símbolos descriptos y fijados por la ley.

Con la aparición de los medios de pago cartalistas, el contenido material de la moneda deja de ser esencial para atenderse exclusivamente al acto proclamatorio del poder público.

Toda organización del sistema monetario obedece al poder público de un Estado: éste elige la materia para la fabricación de la moneda, establece proclamatoriamente la unidad monetaria interna y la valutaria (externa) y mediante sus decisiones mantiene los niveles de sus valores. Naturalmente, tales disposiciones son válidas dentro de las fronteras de un Estado, pero carecen de eficacia en los Estados extranjeros. Fuera de las fronteras del Estado al cual pertenece, la moneda se convierte en mercancía. Las relaciones de valor entre la valuta de un Estado y otro, es un fenómeno puramente mercantil determinado por las condiciones generales del mercado y no por disposiciones legales.

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA DE ESTABILIDAD

Orlando Leonel Espinaco y Eduardo Blas de Miguel

SUMARIO

I. El problema. - II. Regulación legal y diferencias. - III. Análisis y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comentarios de la doctrina y jurisprudencia. - IV. Cláusulas de reajuste, concepto, finalidad, distintas cláusulas usuales, su validez por la ley argentina; derecho comparado. - V. Nuestra opinión.

I. EL PROBLEMA

Se genera la cuestión que se estudia, en un hecho económico que evidentemente trae aparejados efectos jurídicos, cual es el fenómeno endémico que se conoce con el nombre de inflación y que en un grado mayor o menor es preocupación constante del mundo contemporáneo.

A raíz de tal fenómeno económico se vive y contempla la realidad diaria del desfasaje que se produce en las obligaciones a plazo por la desproporción de contraprestaciones, cual es el cumplimiento de la misma en el plazo convenido, con una suma de dinero que no guarda relación adquisitiva con el monto pactado al tiempo de contraerse la obligación.

Va de suyo que lo anteriormente expuesto provoca una evidente falta de ecuanimidad o equidad en las contraprestaciones debidas, viéndose comprometido por tal circunstancia el principio de justicia que debe imperar en toda relación patrimonial.

II. REGULACIÓN LEGAL

Ubicados en el campo obligacional, se advierte en la hermenéutica del Cód. Civil y demás leyes positivas, una distinta regulación, ya se trate de obligaciones que instrumenten deudas de dinero o deudas de valor.

Vemos así que Vélez Sársfield fue un decidido defensor del sistema "nominalista" para la primera de las especies nombradas, regulando las mismas en su obra en base a lo dispuesto por el art. 1895 del Código Civil francés, exponiendo la razón de esta filosofía en la nota de nuestro art. 619 basando su criterio en lo que él consideraba algo casi "imposible", cual sería la alteración del valor intrínseco de la moneda; pero advierte que si ello ocurriera debía ser objeto de una reforma legislativa; se infiere de ello con el fin de poner las cosas en su lógico equilibrio.

Tal es la diferencia que Vélez Sársfield veía entre uno y otro tipo de obligaciones, que en la técnica del Código las reguló separadamente. A las primeras, deudas de dinero, las incluyó en los arts. 616 y sigtes., bajo el acápite "De las obligaciones de dar sumas de dinero" (Capítulo IV del Libro II); y a las deudas de valor las reguló a través de la teoría general de las obligaciones en diversos artículos de su obra, comprensivos de una teoría general sobre la materia. Además, a cada tipo de obligación le dio un régimen distinto, tanto en su cumplimiento como en su incumplimiento. Resulta evidente, pues, la diferenciación existente en nuestro Código entre las deudas de dinero (agrupadas separadamente) y las deudas u obligaciones de valor que encierra a todas las otras; esta diferenciación no puede negarse, es derecho positivo y obedece a una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinción ontológica, cual es el objeto de cada una.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta dispar también el tratamiento que Vélez Sársfield dispensa a ambas especies obligacionales en relación al incumplimiento de las mismas, disponiendo para las deudas de dinero una indemnización equivalente a la fijada en los intereses, ya sean éstos convencionales, legales o judiciales (art. 622, Cód. Civil), pero no más allá. En cambio, para las obligaciones de valor la indemnización derivada de su incumplimiento resulta ser integral, toda vez que su tratamiento legal así lo permite (lucro cesante, daños y perjuicios, etc.).

III. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Lo expuesto precedentemente ha dado lugar a la creación de distintas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, las que han tratado por medio de variadas interpretaciones de llegar a dar para ambos tipos de obligaciones efectos similares en caso de incumplimiento, a fin de afianzar aquel principio de justicia que resultaba vulnerado, según lo antedicho, por causas exclusivamente basadas en la desmonetización.

Bustamante Alsina interpreta al respecto que el incumplimiento de una obligación de dinero convierte a ésta, en cuanto a sus efectos, en una deuda de valor, por lo que cabría automáticamente el reajuste de los montos debidos a valores actuales. Mosset Iturraspe, por su parte, entiende que el distingo entre una y otra obligación "pierde eficacia" en razón de contrariar la equidad en la mayoría de los casos que se plantean. El doctor Jorge J. Llambías, si bien considera que es necesario un paliativo para las situaciones de injusticia creadas por el régimen actual frente a lo imprevisible que resulta el índice inflacionario, entiende que no pueden asemejarse por vía de interpretación ambas obligaciones en lo concerniente a las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, ya que las mismas se encuentran regidas por principios totalmente dispares. Vislumbra la posibilidad de obtener el reajuste para las obligaciones de dinero, siempre que en el incumplimiento de las mismas el deudor haya obrado con dolo obligacional, es decir, que pudiendo haber cumplido no lo ha querido hacer. Este incumplimiento obligacional, dice el autor, no debe ser confundido con el dolo delictual o criminal; de allí la inaplicabilidad del art. 1107 del Código Civil. Como este dolo obligacional no está contemplado en la regulación de la obligación de dar sumas de dinero, se crea una laguna legislativa, que el Dr. Llambías la remedia haciendo uso del principio de analogía que establece el art. 16 del Código Civil para llegar por este medio a la aplicación de lo regulado por el art. 521 del mismo ordenamiento legal en cuanto al resarcimiento de las obligaciones de dinero con lo cual el acreedor no sólo vería satisfecho su crédito con más los intereses correspondientes, sino que su reparación sería total o integral.

Entendemos del caso hacer algunas consideraciones sobre la evolución que en relación al tema que tratamos ha tenido la jurisprudencia en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuestro país. A fin de cumplir con el objetivo buscado en este trabajo que entendimos debía de ser eminentemente didáctico, hemos de englobar en dos grandes grupos las distintas corrientes jurisprudenciales concernientes a los distintos casos:

- a) Responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos; y
- b) Obligaciones contractuales. No consideraremos las obligaciones de valor típicas en razón de entender que ha quedado demostrado por todo lo expuesto anteriormente su régimen resarcitorio.

a) RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS ILÍCITOS

Sobre el particular ha existido unanimidad jurisprudencial en el sentido de tomar esta obligación, en cuanto a sus efectos, como una deuda de valor con su consiguiente reparación integral. Si bien en un primer momento existió un límite al tope o índice resarcitorio, nuestros tribunales extendieron esta apreciación hasta llegar al resarcimiento integral, salvo aquellos casos especiales en que mediara negligencia por parte del acreedor damnificado, considerando que su proceder no podía estar amparado por la justicia en detrimento del deudor, dado que si por ejemplo aquél no instaba las acciones y trámites procesales en plazos y/o términos adecuados, su lento accionar resultaría beneficioso para el mismo por el aumento de los índices inflacionarios.

b) RESPONSABILIDAD CIVIL POR OBLIGACIONES CONTRACTUALES

En este aspecto la evolución jurisprudencial ha observado un trámite más lento que en el visto anteriormente, ya que en un primer momento se aceptó que la indemnización de daños y perjuicios se calculara a la fecha del cumplimiento de la obligación, variándose luego este concepto por el que resulta más congruente con la realidad económica, cual es el de determinar el monto indemnizatorio a la fecha de la sentencia, buscándose en este aspecto llegar a una verdadera equivalencia entre las contraprestaciones.

IV. CLÁUSULAS DE REAJUSTE. CONCEPTO. FINALIDAD

Sin pretender dar una definición acabada que contemple el problema en faz económica y jurídica, podemos sintetizar manifestando que tales cláusulas son aquellas que las partes contratantes prevén dentro del campo obligacional en lo relativo a deudas de dinero referidas a un patrón o módulo determinado, con el fin de preservar el equilibrio de las contraprestaciones vulnerado por la desmonetización.

DISTINTAS CLÁUSULAS USUALES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La fluidez del tráfico económico - jurídico, ya sea en el campo mercantil o en el civil, ha llevado a las partes contratantes a adoptar algunos módulos o cláusulas estabilizadoras que cumplan el efecto visto anteriormente; y en la práctica las más comunes son, a nuestro criterio, las siguientes:

Cláusula oro: Esta cláusula admite dos posibilidades: a) pago en oro: que tiene lugar cuando la deuda debe satisfacerse en esa moneda [si fuera de circulación corriente]; b) cláusula valor oro: es aquella, según Schoo, que tiene lugar cuando "el deudor debe abonar con una moneda de pago que tenga, exactamente, el mismo valor adquisitivo del oro, que tenía la moneda que recibió al momento de realizarse el contrato". En esta particularidad, cabe agregar que según el Dr. Alterini nos encontramos directamente ante una deuda de valor, desde que el deudor debe satisfacer al vencimiento de la obligación la suma de dinero equivalente al valor del oro tomado en consideración. Iguales consideraciones deben efectuarse con respecto a la cláusula plata o valor plata.

Cláusula en moneda extranjera: En primer lugar cabe advertir que esta cláusula sólo es posible en aquellas obligaciones en que se la indique en papel moneda extranjero, pues si se lo remite a moneda extranjera oro estaría regido por la cláusula valor oro.

También cabe en este tópico hacer dos diferenciaciones; así por ejemplo, si la obligación debe satisfacerse en la moneda extranjera indicada, estamos ante una obligación de valor, de acuerdo a nuestro Código Civil y si pudiera satisfacerse tal obligación con el equivalente en dinero nacional, nos encontraríamos frente a una obligación con cláusula de reajuste. Todo ello es así desde que la moneda extranjera no es considerada dinero en nuestro país, sino una cosa fungible; lo expuesto surge de las normativas que nuestro Código Civil impone para este tipo de obligaciones (arts. 617 y concordantes).

Cláusulas de reajuste sobre bienes o índices estabilizadores: Ejemplo: cláusula de pago en mercadería. Se tiene en mira como contraprestación de una obligación la suma de dinero suficiente para la adquisición de determinada mercadería a la fecha del vencimiento de la misma. Esta mercadería, por supuesto, no forma parte del objeto de la obligación, sino que actúa como módulo regulador para determinar el monto de la contraprestación. Con el mismo fin se usan también cláusulas que se remiten a índices generales, cual puede ser el de precio de ciertos productos, el salario correspondiente a distintos gremios, el índice del costo de la vida, etc.

VALIDEZ PARA LA LEY ARGENTINA

Si bien la normativa de nuestro derecho positivo se basa, como se ha dicho anteriormente, en el principio nominalista en el campo de las obligaciones de dinero, no se infiere de su articulado prohibición expresa para contratar en moneda extranjera; ello es así en razón de que pensar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo contrario sería vulnerar el principio de la autonomía de la voluntad consagrado expresamente por nuestro Código Civil (arts. 21, 953, 1167 y 1197). Sobre el particular, el Dr. Alberto G. Spota manifiesta que, si bien a primera vista aceptar tal concepto significaría de alguna manera, desde el punto de vista económico, afectar el simbolismo que la moneda implica, que es, en suma, representativa de la soberanía del Estado, jurídicamente tal concepto debe caer ipso jure por resultar atentatorio a los principios consagrados por nuestro derecho positivo, cual sería la buena fe - lealtad que debe primar en el cumplimiento de los contratos, tal como lo glosa el art. 1198 en su primera parte. Nuestra doctrina y jurisprudencia, unánimemente aceptan la validez de tales cláusulas estabilizadoras por nuestro derecho positivo, lo tenemos permanentemente vigente y confirma nuestra opinión sobre su vialidad en los bonos externos que emite el Estado Argentino pagaderos en divisa extranjera en el mercado que el acreedor elija (París, Berlín, Nueva York, etc.). Tan válidas resultan estas cláusulas, que nuestras leyes, cuando no han querido que las mismas se inserten en las convenciones entre particulares, las han prohibido expresamente, tal lo sucedido, por ej., en el art. 6º de la ley 20625.

DERECHO COMPARADO

Dentro del derecho comparado nos encontramos con disposiciones totalmente encontradas; al solo efecto de tomar conocimiento de ellas, enunciaremos someramente el régimen imperante en distintos países, concretándonos a manifestar si son aceptadas o no. Así, por ej.: las prohíben expresamente: el art. 1895 del Código Civil francés; se encuentra tácita la prohibición en la legislación norteamericana; sin reconocer expresamente la validez, tampoco la niega, además de nuestro Código como se ha dicho supra, la legislación inglesa; y la acepta expresamente la ley alemana, donde los arts. 157, 242 y 607 del Código Civil reconocen las cláusulas de valor oro.

V. NUESTRA OPINIÓN

Resulta aquí del caso hacer en forma previa a emitir nuestro criterio, una advertencia relacionada con la reciente sanción de la ley 21309; creemos que la misma sólo contempla aquellas obligaciones registrables (ej.: hipoteca y prenda), modificándose en tal sentido las normas de los códigos respectivos que se opusieran a la misma. Pero la mencionada ley no ha modificado en nada el sistema vigente con respecto a las obligaciones no registrables; por ello, la situación imperante en lo relacionado a este último tipo de obligaciones sigue sin modificaciones que hagan variar nuestro criterio y el sentido de este trabajo. Consideramos que una obra de la magnificencia de nuestro Código Civil, columna en la que se basa el quehacer jurídico del país, no puede ser cambiado arbitrariamente o por razones circunstanciales, pero cuando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

surge una razón de peso que afecta en lo económico y jurídico el equilibrio transaccional que debe imperar en las relaciones patrimoniales, queda expedita la acción para que el legislador obre en consecuencia, poniendo coto a tal situación. Por ello estimamos que una reforma legislativa se impone en este campo, tal como lo expresa Vélez Sársfield en su nota al art. 619, dado que opinamos que el incumplimiento de una deuda de dinero debe producir los mismos efectos (reparación integral) que el incumplimiento de una deuda de valor. Si bien la jurisprudencia ha tratado de equiparar ambos regímenes de compensaciones, entendemos que la sanción de una ley pondría fin a las disquisiciones e interpretaciones diversas que sobre el particular existen. Por todo ello, consideramos que podría reformarse el art. 622 del Código Civil derogando el agregado efectuado por la ley 17711 (el que resulta inconstitucional, según el Dr. Jorge J. Llambías, por vulnerar el art. 108 de la Constitución Nacional en concordancia con lo dispuesto en el art. 67, inc. 11 de nuestra Carta Magna), dejándose sin efecto dicha reforma, redactándolo, en consecuencia, del siguiente tenor: "Los jueces deberán estimar el daño causado por la mora, imponiendo al deudor el pago de una suma equivalente al mismo".

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, Atilio A. Curso de Obligaciones, t. II, págs. 109 y sigts.
Badaracco, Raúl A. "Cláusula de valor oro". Enciclop. Jurídica Omeba, t. III, pág. 31. Bustamante Alsina, Jorge. "Deudas de dinero y deudas de valor. Alcance de la distinción y posibilidad de suprimirla". La Ley, t. 149, pág. 952.
Colombo, Leonardo A. "La depreciación de la moneda y las deudas de dinero y las cláusulas de valor". Rev. Dcho. Comercial y de las Obligaciones, año I, t. II, número 161.
Chiaramonte, José Pedro. "Las monedas, los cambios, la inflación y las cláusulas de reajuste en moneda extranjera". La Ley, t. 146, pág. 1133.
Llambías, Jorge J.: "¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?", El Derecho, t. 63, pág. 871.
Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, t. I, N° 105 (d).
Spota, Alberto G. "Validez y alcance de la cláusula estabilizadora de la moneda". La Ley, t. 147, pág. 272.

Jurisprudencia: Nos remitimos a la mencionada por los autores en los trabajos indicados.

**ASPECTOS REGISTRALES DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE
OBLIGACIONES REAJUSTABLES**

María del Pilar Jorge de Nazer y Cristina M. Chiquitti

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A la obligación de inscribir la hipoteca, que surge de las obligaciones legales vigentes y de los requisitos establecidos además por las leyes de forma, debe agregarse lo dispuesto por la ley 21309, art. 1º, para los casos en que se garanticen obligaciones sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste.

Cabe señalar que no se modifica en manera alguna el régimen de las prioridades que en materia hipotecaria disponen los artículos 5º, 17, 19, 25 y concordantes del decreto - ley 17801/68.

Asimismo es propicio destacar, conforme al artículo 7º de la ley 21309, que sus normas son aclaratorias y complementarias de las pertinentes disposiciones del Código Civil, Código de Comercio y Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como podemos ver en el artículo 3º del nuevo texto legal, en lo referente al momento en que nacen los efectos frente a terceros ya sea que el contrato se inscriba dentro del término de 45 días, cuyos efectos serán retroactivos al día de la celebración del mismo, o que se proceda a su registración vencido dicho plazo, en cuyo caso los efectos nacerán con posterioridad al día de la toma de razón del contrato constitutivo.

Los requisitos que establece la ley citada son los siguientes:

- 1) Cantidad cierta de la deuda originaria.
- 2) Cláusula de estabilización o reajuste.
 - a) Números índices de actualización adoptados.
 - b) Período por los cuales se efectuará el ajuste.
 - c) Tipo de interés pactado.

Los requisitos establecidos en el punto 2 son los que deben consignarse en la minuta universal, en el rubro 17, dejándose además expresa constancia en el rubro 1, de que el derecho que se inscribe es: "Constitución de hipoteca... grado, sujeta a cláusula de estabilización o reajuste".

Sin entrar en los fundamentos, teorías y discusiones de los autores y la Jurisprudencia, respecto de la validez, facultades de transmisibilidad y cancelación de los pagarés hipotecarios, el régimen de inscripción no varía.

Sin embargo, la ley 21309 al introducir una variante en la contratación obliga a un paralelismo en la registración. Ello es así, pues dichos documentos hipotecarios se transmitirán por endoso o cesión, y es necesario que de los mismos surja en forma clara la obligación que representan. En consecuencia, creemos que en los pagarés hipotecarios se debe consignar, además de la nota de estilo que referencia la obligación a que acceden, la transcripción de las cláusulas de estabilización o reajuste, o, en el caso de que éstas sean extensas o de difícil transcripción, por lo menos los elementos fundamentales que la individualicen. Todo ello sin perjuicio del efecto que produzca este tipo de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cláusula en la estabilidad comercial de dichos documentos.

La documentación deberá hacerse en cuanto al monto consignado en la obligación principal, o sea, debe coincidir con la cantidad cierta de la deuda del contrato original.

Para el caso de cancelaciones o cesiones de los créditos hipotecarios constituidos bajo el régimen de la ley 21309, deberán referirse a la cantidad consignada en la obligación principal independientemente de las relaciones contractuales y de los efectos de la cláusula de estabilización o reajuste. Ello no quiere decir que en el instrumento de cesión o cancelación deberá figurar "solamente" el monto original, sino que la operación se instrumenta haciendo la cesión o cancelación de acuerdo al monto original; pero la transacción comercial se hace por el importe que resulte de aplicar el índice a la suma original. Y esto debe ser así por un principio de realidad jurídico - económica que el escribano no puede ni debe desconocer, y a los efectos fiscales que correspondan. Compete al Registro, en todas las certificaciones que expida, dejar expresa constancia que sobre el inmueble por el cual se solicita la certificación existe un gravamen, y que entre sus cláusulas relativas a la obligación que garantiza se encuentra la denominada "de estabilización o reajuste". Esta certificación expedida por el Registro contendrá sólo la existencia de la mencionada cláusula sin ningún otro dato característico de la misma. Frente a este simple informe, los escribanos nos encontraremos frente a diversos problemas: en caso de no informar la existencia del gravamen, estaremos frente a la consabida jurisprudencia que establece que el Estado es responsable; pero si informada la hipoteca, no lo es así la cláusula de estabilización o reajuste, creemos que sería extensiva la responsabilidad del Estado; sin embargo, pensamos que es el notario quien se ve frente a una nueva responsabilidad, que será la de referenciar todas aquellas escrituras hipotecarias que se hayan constituido con la mencionada cláusula, ya que el informe, como señalamos, se referirá simplemente a la existencia de la cláusula y no a las condiciones pactadas en las mismas, salvo el caso en que contemos con el testimonio a la vista. No podemos exigir al Registro que proceda a la transcripción de las dichas condiciones, ya que se vería desvirtuado el espíritu del mismo.

Estos principios básicos dados en cuanto a la forma de registración y expedición de certificaciones, están consolidados en la Disposición Técnico - Registral N° 8 del Registro de la Propiedad Inmueble, de fecha 31 de mayo de 1976, que transcribimos seguidamente.

Disposición Técnico - Registral N° 8

Buenos Aires, 31 de mayo de 1976.

VISTO:

La reforma introducida al Código Civil en cuanto al requisito de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"especialidad" por la ley 21309, y

CONSIDERANDO:

Que la mencionada reforma introduce en el panorama legislativo lo atinente a las "cláusulas de reajuste" utilizadas para evitar la pérdida del valor de la moneda en los préstamos o mutuos hipotecarios, o saldos de precio, para citar los casos más habituales;

Que se pone término así a la polémica existente sobre el particular y en especial respecto del principio "nominalista" que sentó el Codificador, cuanto menos mientras dure la comentada reforma;

Que por lo tanto, es menester adoptar las medidas registrales conducentes a una inmediata aplicación de la nueva normativa, y más aún cuando el mismo texto legal impone el deber registral de asentar las cláusulas de estabilización o reajuste y publicar las mismas;

Que, por su orden, también cabe dejar sentado que conforme lo señala el mismo art. 7° de la ley de reforma, ellas son aclarativas y complementarias del Código Civil por cuyo motivo no debe interpretarse el art. 3° que alude al momento desde el cual produce efectos el gravamen hipotecario frente a terceros, como modificador del sistema registral vigente;

Que por este último motivo, es propicia la instancia para dejar sentado que en el ámbito de esta Dirección General el régimen de las PRIORIDADES en materia hipotecaria se ha de seguir computando conforme señalan los artículos 5°, 17, 19, 25 y concordantes del decreto - ley 17801/68 resultando, en consecuencia, una expresión de tipo confirmatorio de la reforma que se introduce en los arts. 1° y 2°, la que contiene el art. 3° de la ley 21309;

Por ello, y en uso de las facultades que le confiere la ley,

EL DIRECTOR GENERAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE, DISPONE:

Artículo 1° - Cuando se ruegue la toma de razón de documentos portantes de derecho real de hipoteca, entre cuyas cláusulas relativas a la obligación que garantiza se encuentre la denominada de "estabilización o reajuste", se tomará razón de la misma consignando en la inscripción pertinente la citada circunstancia sobre la base del asiento y código que se establezca.

No obstante ello, en la minuta respectiva se indicará en el rubro 1, la existencia de la cláusula respectiva y en el rubro 17 las características de la misma (números índices de actualización adoptados, períodos en que se practicará el ajuste y tipo de interés pactado. etc.) para disponer así de dichos datos en forma complementaria al registro propiamente dicho.

Art. 2° - Las certificaciones que se expidan respecto de los asientos de gravámenes producidos en la forma señalada en el artículo precedente, reflejarán la existencia de la cláusula respectiva sin mención de los datos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indicados en el segundo párrafo de dicho artículo.

Art. 3º - A los fines relacionados con las prioridades registrales y su consiguiente asiento, los documentos que contengan el derecho real de hipoteca se han de seguir calificando conforme las variantes y posibilidades señaladas en los arts. 5º, 17, 19, 25 y concordantes del decreto - ley 17801/68.

Art. 4º - En los casos de hipotecas con pagarés hipotecarios que hubieren sido constituidas con "cláusula de reajuste", visto la naturaleza de los pagarés, ellos solamente se registrarán en cuanto a sus montos coincidan con el monto originario del gravamen, independientemente de las relaciones contractuales posteriores y los efectos de la citada cláusula.

En los casos de cancelaciones o cesiones de los créditos hipotecarios así constituidos, se deberá observar el mismo criterio y, en consecuencia, los documentos que se pretendan inscribir se referirán en cuanto a su monto al consignado como monto de la hipoteca inscrita a que acceden.

Art. 5º - Notifíquese y hágase saber a quienes corresponda. Cumplido, archívese. - Edgardo A. Scotti, Director General.

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LAS HIPOTECAS EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES REAJUSTABLES

José M. R. Orelle

SUMARIO

El tema. - I. Situación anterior a la entrada en vigencia de la ley 21309. Carácter de especialidad de la hipoteca, referido al crédito. Evaluación de la situación. - II. El principio de especialidad en la ley 21309. Principio básico. Hipotecas a constituirse. Obligaciones en dinero. Requisitos necesarios. Efectos de la hipoteca así constituida. Las cláusulas de estabilidad y el abuso del derecho.

EL TEMA

La ley 21309(1)(417)ha extendido el principio de especialidad en materia de hipotecas, de manera que se considera cumplido cuando esta garantía fuera constituida para garantizar obligaciones en dinero, sometidas a cláusulas de reajuste o estabilización.

La nueva legislación viene a satisfacer una acuciante necesidad comercial, debido a las circunstancias económicas vigentes en el país.

Para un mejor análisis de los nuevos preceptos, haremos una breve reseña de la situación vigente con anterioridad a las nuevas disposiciones.

I. SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 21309.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CARÁCTER DE ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA, REFERIDO AL CRÉDITO.

El artículo 3109 del Código Civil establece: "No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca".

Este principio aparece además ratificado en el artículo 3131, inc. 4°, en cuanto exige, como requisito al momento de constituirse la hipoteca, la expresión de la "cantidad cierta de la deuda".

¿Cuál es la finalidad de tan importante principio? La doctrina coincide respecto a dos objetivos fundamentales: a) La protección del deudor mismo, para que no quede desposeído, de un solo golpe, de la totalidad de su crédito(2)(418), o sea que en este aspecto, el principio de especialidad implica una verdadera valla al propio poder dispositivo del deudor. b) Respecto a terceros, pues mediante este requisito pueden conocer el límite del gravamen, la verdadera disminución patrimonial del deudor. Este conocimiento no sólo reviste importancia para los acreedores no privilegiados, sino también para el supuesto de acreedores hipotecarios de grado ulterior.

A tal punto ha considerado el legislador la importancia de este requisito, que su inobservancia trae aparejadas las más graves sanciones en el orden civil: el acto es nulo (art. 1044, Cód. Civil), y como afecta principios de orden público, la nulidad debe calificarse como absoluta (arts. 1047, 3133 y 3148, Cód. Civil)(3)(419).

El acto es además inconfirmable; y como el defecto no puede ser subsanado, es menester constituir una nueva hipoteca para garantizar la obligación(4)(420).

La nulidad puede ser opuesta por terceros (art. 3148) y puede asimismo ser declarada de oficio por el juez, aun sin petición de parte, e inclusive por parte del Ministerio Público (art. 1047, Cód. Civil).

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD

Conforme a las nociones antes expuestas, resulta claro que el principio de especialidad constituía una valla formidable para el caso de garantizarse con hipoteca, obligaciones sujetas a cláusulas de estabilidad o reajuste.

En efecto: si las disposiciones ya mencionadas exigen consignar la cantidad "cierta" de la deuda, resulta claro que en las obligaciones sujetas a reajuste no hay cantidad "determinada", aunque sí "determinable"(5)(421).

¿En qué situación se encontraban, entonces, las hipotecas constituidas respecto a esta clase de obligaciones? Debemos distinguir dos casos:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A) Cuando se constituía la hipoteca, respecto a obligación reajutable, con especial prevención que el reajuste se estimaba, como "techo máximo", en una cantidad determinada, que se consignaba conforme al art. 3109, 2ª parte.

Es el caso de las hipotecas, en las cuales las partes pactaban que el reajuste quedaría amparado por el privilegio hipotecario, hasta un monto máximo. Esta modalidad era perfectamente válida, y aún más, a nuestro juicio, la única manera posible de constituir esta clase de garantía real, sin sombra alguna respecto a su legalidad. Sobre este punto la doctrina es unánime(6)(422).

B) Cuando se constituía hipoteca, también respecto a obligación sujeta a reajuste o cláusula de estabilidad, pero sin hacer mención alguna respecto a tope estimativo.

Para estos casos, realmente muy frecuentes(7)(423), la doctrina presentó distintas y variadas posturas:

B.1: Quienes consideraban que estos actos eran radicalmente nulos(8)(424).

B.2: Quienes consideraban que estas hipotecas eran plenamente válidas(9)(425) y permitían accionar, no sólo entre las partes, sino respecto a terceros, por el monto de la obligación originaria, más el ajuste proveniente de la cláusula de estabilidad.

B.3: Por último, la tesis dominante asignaba a estas hipotecas pleno valor, pero limitando el privilegio hipotecario sólo hasta el monto de la cantidad originaria de la obligación, monto que funcionaba como estimación máxima, al efecto del art. 3109 del Código Civil(10)(426).

EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN

En resumen, tomando los necesarios recaudos, podían contratarse garantías hipotecarias, respecto a obligaciones sujetas a cláusulas de reajuste. Sin embargo, dicho régimen era poco práctico y no resolvía adecuadamente las necesidades comerciales.

Por una parte, porque como el valor de la hipoteca así constituida dependía de la estimación de un tope máximo, quedaba siempre el riesgo de excederse o de quedar por debajo de las fluctuaciones de valores durante el período de la obligación.

Por otra parte, porque dicho monto estimativo era el tomado por las leyes de tributaciones para el pago de los impuestos originados por la contratación.

Por último, porque la adopción de topes estimativos, si bien claro para el profesional o para quien tuviera experiencia en esta clase de negocios, resultaba irritante y hasta generador de recelos por parte del ciudadano medio. Si pensamos que muchas de estas hipotecas eran constituidas para facilitar la adquisición de viviendas económicas, resulta claro advertir el sinnúmero de angustias e inquietudes que sufrían los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modestos adquirentes al encontrarse con estos mecanismos jurídicos. Por todo ello es que consideramos, según ya lo hemos dicho al comienzo de este estudio, que la nueva legislación ha venido a llenar una acuciante necesidad.

II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA LEY 21309

PRINCIPIO BÁSICO

La nueva legislación comienza por extender el requisito de especialidad, respecto a obligaciones con cláusulas de estabilidad o de reajuste. Dice, en su artículo primero, que este principio se considerará cumplido respecto a las mismas, fijando luego los requisitos necesarios para tal fin.

De este modo deja definitivamente superado el estado de cosas que hemos descripto en los puntos que anteceden.

HIPOTECAS A CONSTITUIRSE

La ley se refiere, también en su artículo primero, a las "hipotecas (o prendas con registro) a constituirse. . ." A nuestro juicio, esta expresión no es casual, y fija con toda precisión, que las nuevas disposiciones y la admisión de esta clase de hipotecas se efectúan a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Esta afirmación se compadece con los principios generales en materia de irretroactividad de la ley, y el respeto a los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 3. Cód. Civil).

Tiene por consecuencia, que las hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen legal serán exclusivamente juzgadas con las disposiciones anteriormente vigentes.

Evidentemente, el legislador no ha querido legislar con retroactividad, aun cuando en dicho caso tampoco hubieran sufrido menoscabo los derechos amparados con rango constitucional (art. 3, Cód. Civil).

OBLIGACIONES EN DINERO

Conforme hemos expuesto al tratar sobre el artículo 3109, la hipoteca puede constituirse para garantizar obligaciones en dinero (principio general), como asimismo para obligaciones de hacer, no hacer, créditos eventuales, etc. En este último caso, el modo para cumplir con el requisito de especialidad es la estimación prevista por el art. 3109, 2ª parte.

Sin embargo, en el artículo primero, la ley se refiere sólo a obligaciones en dinero. ¿Deberá extenderse esta expresión, como excluyendo las demás hipótesis, o sólo como una mención desafortunada?

A nuestro juicio, la expresión ha sido consignada ex profeso, y por ello entendemos que las hipotecas, con el beneficio de extensión de su especialidad, sólo pueden referirse a obligaciones en dinero.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las restantes hipotecas, o sea las que se efectúen en garantía de obligaciones que no sean en dinero, escapan al ámbito normativo de la ley 21309.

Por ejemplo: si se constituyera una hipoteca en garantía de la obligación de entregar determinado número de piezas por mes, para cumplirse con el requisito de especialidad debe establecerse un monto estimativo (art. 3109, Cód. Civil). Este monto estimativo, conforme a lo que estamos afirmando, no podría ser objeto de una cláusula de estabilidad o reajuste, pues la hipoteca en cuestión no se refiere a una obligación en dinero(11)(427).

Sin embargo, puede superarse el inconveniente en esta clase de obligaciones adoptando la previsión de pactar, con calidad de multa contractual, una suma de dinero (con cláusula de estabilidad o reajuste) que funcione como obligación alternativa, para el caso de incumplimiento de la obligación - principal.

REQUISITOS NECESARIOS:

Veamos ahora qué requisitos determina la nueva legislación para extender el principio de especialidad:

a) Cantidad cierta de la deuda originaria: La fijación de este valor permite, tanto al deudor como a los terceros, conocer a cada momento el monto de la obligación. Es una cuestión de simple operación aritmética. Este elemento adquiere la función de valor base.

b) Cláusula de estabilidad o reajuste: Es otro de los elementos necesarios para el cálculo a que aludimos.

Pero, además, este texto tiene especial importancia, pues importa la consagración legislativa de las cláusulas de estabilidad, cuya validez había sido una conquista doctrinaria y jurisprudencial(12)(428).

Es además esencial que la cláusula de estabilidad se pacte con claridad y precisión, pues de faltar este requisito no se producirá el objetivo previsto por la ley, y se cae en las sanciones por inobservancia del principio de especialidad.

c) Número índice adoptado: Este párrafo marca un especial problema. Al referirse al número índice, ¿el legislador habrá querido denotar que sólo se aceptaban como cláusulas de estabilidad aquéllas referidas a números índice, sean éstos oficiales o privados?, o sólo se trata de una expresión que debe interpretarse en sentido amplio?

Adviértase que las consecuencias que derivan de una u otra postura son extremadamente distintas. Si se adopta la postura amplia, quiere decir que cualquier cláusula de estabilidad es lícita y puede ser incorporada a esta clase de garantía. Si se adopta una posición restringida, sólo valdrán, en cuanto a la extensión del principio de especialidad, aquellas cláusulas referidas a números índice.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por nuestra parte entendemos que la expresión debe entenderse en un sentido amplio, y por ello, que admite cualquier tipo de cláusula de estabilidad; como ser cláusula oro, cláusula moneda extranjera, cláusula mercadería, cláusulas de escala móvil, etc.

La expresión números índice debe entenderse como sinónimo de módulo estabilizador.

El objetivo de las disposiciones que estamos estudiando no admite otra conclusión. Por otra parte, aun entendiendo en su expresión literal el párrafo en cuestión, permite entender que número índice refiere al valor base del módulo adoptado. Además, en cuanto a la finalidad de las nuevas normas, resulta claro que sólo se busca que el tercero (y el mismo deudor) puedan conocer a cada momento el monto de la obligación. Esta posibilidad, a su vez dependerá de la adopción de módulos suficientemente claros y precisos como para permitir el cálculo aritmético a que aludimos antes.

Por cierto que este objetivo de la ley desde ya nos indica que, cualquiera sea el módulo adoptado, deberá ser susceptible de un fácil conocimiento, y que si la elección recae en un módulo estabilizador que requiera complicados procedimientos e investigaciones, carecerá de legalidad para el fin de las normas objeto de este análisis.

De allí que, como carga contractual, queda establecida la obligación de adoptar módulos de fácil conocimiento o acceso, para que el requisito de especialidad pueda llenar su objetivo.

Con esta sola limitación, entendemos que cualquier módulo estabilizador es admisible, con entera libertad contractual.

d) Los períodos en los cuales opera el reajuste: Es otro de los elementos esenciales para el cálculo de la obligación.

Además, y conforme a los principios generales sobre la materia, resulta claro que si se garantizan obligaciones nacidas con anterioridad a la constitución de la hipoteca, habrá de consignarse el monto total (incluyendo capital e intereses, y todo otro rubro que corresponda) garantizado, para evitar infringir el principio de especialidad (arg. art. 3152 Cód. Civil).

Como aclaración final, diremos que el cumplimiento de los requisitos enunciados, cuyo propósito ostensible es el permanente conocimiento del monto de la deuda, reviste esencial importancia, pues su incumplimiento provocará la nulidad de la hipoteca, con todos los alcances que ya hemos explicado.

EFECTOS DE LA HIPOTECA ASÍ CONSTITUIDA

Entre las partes, la situación no ha variado con la nueva legislación, pues las obligaciones sujetas a cláusulas de estabilidad eran plenamente vinculantes, y el defecto de la hipoteca no afectaba la potencia obligatoria de la convención.

Respecto a terceros es donde se refleja el nuevo estado legislativo. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

art. 3º establece que las hipotecas así constituidas tendrán efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, o en su caso, desde que se hubieran registrado, no sólo por la cantidad cierta inicial de la deuda sino por la que corresponde adicionar como consecuencia de la cláusula de estabilización o reajuste, con más los intereses que se adeudaren, de conformidad a lo determinado en la escritura respectiva.

De esta manera, el legislador ha entendido como valioso extender el principio de especialidad, brindando a los terceros, a su vez, los elementos como para conocer el grado de afectación patrimonial de su deudor.

Es una solución acertada, que entendemos no ha desnaturalizado el principio de especialidad, sino sólo el modo en que había sido legislado en el Código. En efecto, si el principio de especialidad sólo tiene por objeto el permitir un permanente conocimiento del estado de la obligación garantizada con hipoteca (tanto para las partes, como respecto a terceros), vemos que dicho objetivo también se cumple a través de la nueva legislación.

En la manera que se encontraba legislado anteriormente, se había estructurado este principio a través de un "congelamiento" del patrimonio afectado a la garantía. Pareciera que esta manera de haberlo estructurado implicaba un exceso, debido a la típica "elasticidad" que supone el patrimonio(13)(429).

Conforme a la nueva legislación, se ha descomprimido esta concepción sin perderse los beneficios que proporciona el principio de especialidad.

LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD Y EL ABUSO DEL DERECHO

El fundamento para la recepción jurídica de las cláusulas de estabilidad e instituciones complementarias, como es la extensión del principio de especialidad en la forma que hemos estudiado, se encuentra en las alteraciones del valor de la moneda, que, sin estas correcciones, implicarían infringir la justicia conmutativa que debe reinar en las convenciones.

De allí que este fundamento obre a la vez como razón de ser y como límite de los institutos jurídicos que la contemplan.

Dicho en otras palabras, que estas cláusulas son válidas en la medida que los supuestos inflacionarios y de desvalorización siguen vigentes.

Pero de modo alguno puede utilizárselas para encubrir operaciones usurarias o lucros infundados, pues tal aplicación implicaría un claro abuso de derecho (art. 1071 Cód. Civil).

De allí que la utilización de las mismas debe hacerse teniendo en cuenta este fundamento, para las cuales han sido creadas y por ello, cuando su aplicación tenga por objeto obtener un lucro adicional no justificado, o encubrir ganancias usurarias, carecerán absolutamente de validez.

