

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modificatoria de la existencia, que no haga admitir duda alguna respecto a mi tesis enunciada y desarrollada precedentemente, pero con la más profunda sinceridad y convicción, sostengo que:

EN LA REPÚBLICA ARGENTINA LAS OBLIGACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES PUEDEN SER CONCERTADAS VÁLIDAMENTE EN MONEDA EXTRANJERA.

Abrigo la esperanza de que mi modesto trabajo pueda ser de utilidad a algún país que no posea una legislación progresista como la nuestra y aspiro que la IV Jornada Notarial del Cono Sur, sirva a mi patria para dar y brindar a todos mis connacionales la ansiada seguridad jurídica tan familiar a nuestra noble función de notarios.

LAS HIPOTECAS Y PRENDAS CON REGISTRO "ABIERTO" Y LA CLÁUSULA DE REAJUSTE (LEY 21309)(*)(522)

JUAN M. OLCESE

1. La protección de las partes contratantes y de los terceros de buena fe(1)(523)ha hecho incorporar al sistema hipotecario y prendario(2)(524)el principio de la especialidad(3)(525), con el que se pretende determinar los alcances del gravamen tanto en cuanto al bien (que se denomina asiento del privilegio) cuanto a delimitar perfectamente la obligación principal a la cual accede la garantía.

Nuestro sistema legal positivo ha sido particularmente enfático en observar la aplicación de este principio, a punto tal que ha rechazado las hipotecas judiciales y legales (tácitas) establecidas en otros regímenes(4)(526)pues tienen, sobre todo las segundas, el defecto de la clandestinidad respecto a los terceros.

El art. 3109 del Código Civil contiene el requisito de la especialidad en su doble faz: exige que las cosas inmuebles sobre las que recae (asiento del privilegio) "sean especial y expresamente determinadas" y que el crédito al que garantice tenga, por declaración de las partes, "un valor estimativo" en dinero.

Lo mismo surge de la ley que regula a la Prenda con Registro (ley 12962 - XI) que reclama se fijen en el contrato respectivo las "particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados" (art. 11, inc. a, y art. 15, inc. d) y también que la obligación que se garantice debe tener fijado "un valor consistente en suma de dinero" (art. 1º).

2. El fenómeno de la depreciación monetaria puso en crisis el segundo aspecto de la especialidad, es decir, el relativo a la determinación del valor monetario que ineludiblemente deben contener ambas garantías, y, cuando se estudió el problema de las cláusulas de indexación, se llegó a soluciones diferentes sobre su admisibilidad en nuestro derecho positivo, aun cuando, es forzoso reconocerlo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia preponderaban las tesis que negaban su posibilidad, según puede verse en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Borda(5)(527).

Para suplir esa falencia, y ante el embate de las necesidades económicas, el legislador argentino se vio en la obligación de dictar una norma permisiva, lo que quedó plasmado en la ley 21309, cuyo art. 1º dispone: "Si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar prendas en dinero, sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste, 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 la expresa mención de los números índice de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste, y el tipo de interés pactado".

3. Las cláusulas de estabilización se aplican tanto en las hipotecas que tienden a garantizar un mutuo (que es el caso común) como a las otras que persiguen garantizar otro tipo de obligaciones(6)(528).

Este instituto no plantea problemas en cuanto a aquellas hipotecas o prendas que, al mismo tiempo, determinan en el propio instrumento la obligación principal a la que acceden, pues es sabido que tales garantías requieren la existencia de una obligación principal que les sirva de sustento, de forma tal que son claramente distinguibles ésta y el derecho real de garantía.

Pero la práctica comercial, y especialmente la bancaria, suelen presentar el caso de hipoteca o prendas(7)(529) que son exclusivamente derechos reales de garantía; son las denominadas usualmente como "hipotecas o prendas abiertas" que se dan para cubrir las contingencias de créditos eventuales.

Y aquí empieza la necesidad de deslindar perfectamente entre cláusulas de estabilización del crédito (generalmente caso de un mutuo), ya que no tienen por qué coincidir: en efecto, es posible que el derecho de garantía sea por una suma fija (por ejemplo: dos millones de pesos) y el crédito sea reajutable (con las diferentes variantes que suelen utilizar: índices del INDEC, valor dólar, valor oro, precio de mercaderías o de especies, etc.), o bien puede darse la inversa: que el monto de la garantía sea reajutable y el crédito no.

Si no se tiene en cuenta esto se correrá el riesgo que al momento de ejecutarse un mutuo que las partes concertaron con cláusulas de reajuste, se encuentre que la hipoteca o prenda sólo responda por una suma determinada que fue la fijada en origen porque, acabo de decir, no tiene por qué pasar a la hipoteca o prenda el carácter de "reajutable" del mutuo.

En consecuencia será indispensable que, en estos casos, al determinarse el monto de la garantía se establezca a continuación la base que se utilizará para reajustarlo. Repito que lo único que se pretende es que la hipoteca o la prenda que se dio por un monto específico (y que se evaluará generalmente de acuerdo a las necesidades crediticias de un deudor en determinado período) siga manteniendo su virtualidad operativa. De lo contrario se tendrá que, por obra del proceso de aceleración que caracteriza a la depreciación monetaria argentina pese a los anuncios que se vienen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formulando desde diferentes ámbitos políticos, y en los que lamentablemente ya no se puede creer, el monto por el que el acreedor quiso estar cubierto quedará rápidamente desactualizado con los montos que la realidad arroja. Se dirá que en estos casos el problema puede superarse con una escritura ampliatoria que ponga al día el monto de la garantía, pero las desventajas de tal sistema están a la vista (no sólo el costo de cada foja notarial), sino también los supuestos que en ellos se torna imposible, por ejemplo, porque el bien fue embargado o el deudor inhibido, o simplemente la demora con que llevan tales acrecentamientos que, a veces, es determinante de la posibilidad de un negocio.

No veo que en la propuesta haya nada opuesto al sistema legislativo, pues no hay ni impedimento gramatical ni finalista. La ley 21309 habla de que "el requisito de la estabilidad se considerará cumplido..." con el establecimiento de cláusulas determinadas de estabilización. En nada se modifica el sistema de ambas leyes básicas (Código Civil y ley 12962 - XI) sobre las características de las obligaciones que pueden ser garantizadas por dichas garantías: puede ser dada la hipoteca para garantizar un crédito condicional o indeterminada en su valor, o eventual, o aun cuando la obligación consista en hacer o no hacer o cuando tenga por objeto prestaciones en especie (art. 3109, 2ª parte, Código Civil) mientras que la prenda podrá otorgarse para asegurar el pago de cualquier clase de obligaciones (art. 1º, ley 12962 - XI).

La nueva ley simplemente lo que hace es autorizar que el valor estimativo en dinero, puede ser "elastizado" de conformidad al valor adquisitivo que tenga aquel monto estimado en origen.

4. Estimo que una cláusula apropiada para paliar el defecto que se apunta, podría ser la siguiente:

"La hipoteca se constituye por la suma de «x» pesos, suma que se reajustará según tal índice (aquí se colocarán los recaudos que exige la ley 21309). El reajuste que se establece precedentemente es de acuerdo a la ley 21309 y tiende exclusivamente a mantener la base monetaria del requisito de la especialidad, con prescindencia de que los créditos que otorgue el acreedor sean o no reajustables".

CONSULTAS **JURÍDICONOTARIALES**

I. ESCRITURACIÓN. INOPERANCIA DE LA OPOSICIÓN DE TERCERO. NECESIDAD DE TRABA JUDICIAL

DOCTRINA: Es inoperante la oposición de un tercero a un acto escriturario, sea éste otorgado por sí o por apoderado, cuando no medie orden judicial que trabe la disposición del bien.