

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

HIPOTECAS REAJUSTABLES. PRESTACIONES DINERARIAS Y NO DINERARIAS. CLAÚSULAS DE REAJUSTE. PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ESPECIALIDAD Y ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA(*) (424)

CARLOS ALBERTO RAGGI, MARÍA INÉS RAGGI y MARÍA ELENA RAGGI

SUMARIO

I. Introducción. I - a. La inflación y alguno de sus efectos. I - b. El derecho real de hipoteca. I - b.1. Antecedentes históricos. I - b.1.1. Evolución. I - b.2. Definición. I - b.3. Caracteres. II. Hipotecas reajustables. III. Deudas de dinero y deudas de valor. IV. Cláusulas de estabilización. IV - a. Breve análisis de las cláusulas de estabilización más usuales. IV - b. características de las cláusulas de reajuste. V. Problemas vinculados con la accesoriadad. V - a. Postura restrictiva. V - b. Postura restrictiva que avala la extensión. V - c. Postura amplia. V - d. Nuestra opinión. V - d.1. Circunscripción del problema. VI. Problemas vinculados con la especialidad VI - a. Un poco de historia. VI - b. La especialidad en la ley 21309. VI - b.1. Requisitos exigidos. VI - b.2. Análisis de cada uno de ellos.

I. INTRODUCCIÓN

I.a. La inflación y alguno de sus efectos

El problema inflacionario no es exclusivo de nuestro tiempo y de nuestro país; encuentra antecedentes, por ejemplo, en Francia, con la emisión de "asignados" ordenada por la Convención y el Directorio, en agosto de 1789; y en épocas más recientes, en cualquiera de los países intervinientes en las dos grandes guerras, y, aunque por distintas causas, esto también ocurre en naciones en vía de desarrollo y en aquellas consideradas como desarrolladas y sin problemas bélicos.

En la Argentina, el proceso que veníamos viviendo se agudizó con el "rodrigazo". La poca seguridad de la moneda y su escasa estabilidad afectaron la equivalencia de las prestaciones, ya no sólo en las obligaciones de dar sumas de dinero (donde el problema se plantea más notoriamente) con vencimiento a largo plazo, sino también en aquellas con vencimiento cercano, debido al efecto principal de la inflación, que es: la desvalorización monetaria, traducida ;en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, lo que determina la especulación y la inseguridad sobre los créditos, con la consiguiente retracción de éstos. Así se crearon diversos sistemas legales para paliar el desequilibrio existente, tales como la "teoría de la imprevisión", el uso, en estos casos, del viejo principio del "enriquecimiento sin causa"; en forma convencional, por su parte, vemos la inclusión dentro de los acuerdos de voluntades de las "cláusulas de reajuste", el pacto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intereses a la manera de prima de desvalorización, etc. Pero, como bien dice José P. Chiaramonte, ". . .de poca valía en la práctica, cuando instrumentos valiosos para garantizar obligaciones, como la hipoteca, la prenda o el pagaré, quedaban marginados. . ."

I. b. El derecho real de hipoteca

Habida cuenta que dentro del tema planteado se mencionan "problemas vinculados con la especialidad y la accesoriedad de la hipoteca", y salvando su tratamiento in extenso para no perder el sentido global, hemos decidido hacer esta breve introducción a la historia, concepto y caracteres de este derecho real.

I.b.1. Antecedentes históricos

El derecho real de hipoteca tuvo su origen en Grecia y su desarrollo en Roma. El término hypoteca fue usado sólo por los posclásicos, aunque, debido a las interpolaciones justineanas, aparece con anterioridad.

I.b.1.1. Evolución

Comenzó a aplicarse sobre muebles, sin desplazamiento del bien y como acción privada (sin garantía otorgada por el derecho civil). A fines de la República se le otorgó al acreedor el llamado interdicto salviano, que otorgaba la posesión, pero guardando aún el carácter de acción personal, carácter que perdió con la actio serviana, convirtiéndose así en una acción in rem, que fue codificada por el Edicto de Adriano.

Existieron en Roma hipotecas legales y judiciales que fueron dejadas de lado por Vélez Sársfield, quien en nuestro Código Civil sólo aceptó el tipo convencional (art. 3115 y su nota).

I.b.2. Definición

El Código Civil define la hipoteca en su artículo 3108, que reza: "La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor".

Sentando el principio de especialidad y aclarando el de accesoriedad, encontramos el artículo 3109: "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 las hipotecas".

I.b.3. Caracteres. Breve definición de cada uno de ellos

Se reconocen como caracteres de la hipoteca: 1. Que es un derecho real. 2.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Accesorio. 3. Indivisible. 4. Convencional. 5. Registrable para su publicidad y oposición a terceros. 6. Especial en cuanto al inmueble y en cuanto al crédito.

DERECHO REAL: Conforme surge de los arts. 2503 inc. 5º y 3108 del Código Civil, considerándose como tal, según definición de Lafaille, a "...aquellas relaciones jurídicas de orden patrimonial donde la ventaja o el emolumento que el derecho comprende se obtiene directamente por el titular"; y, según Planiol, "Hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona en virtud de una relación inmediata o posible a toda otra persona". La consecuencia de este carácter la encontramos en los derechos de preferencia y persecución que le otorga al acreedor hipotecario.

ACCESORIO: De acuerdo con lo dispuesto por la nota al art. 3112 y en forma normativa por el art. 524 del cuerpo legal antes citado, en su última parte, "accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o la hipoteca", constituyéndose así en seguridad de un derecho personal que debe consistir en un crédito, en cuanto al crédito que garantiza puede consistir en una obligación pura y simple, condicional, eventual, en especie. De este carácter, resulta de aplicación el principio por el cual el accesorio debe seguir al principal (*accessorium sequitur principale*).

INDIVISIBLE: Este carácter no es esencial y puede ser modificado en el contrato. Se encuentra plasmado en el art. 3112, parte 1ª, y surge de las enseñanzas de Dumoulin, que señaló el principio siguiente: cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella (*est tota in toto et tota in qualibet parte*).

CONVENCIONAL: Es decir que sólo puede constituirse por acuerdo de partes. Desterrando, con su art. 3115, el codificador, las hipotecas tácitas o legales y judiciales, como ya habíamos adelantado.

REGISTRABLE PARA SU PUBLICIDAD Y OPOSICIÓN A TERCEROS: O sea, que debe cumplir con el requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción que corresponda, para ser oponible a terceros, de acuerdo con lo estatuido por el art. 3134 y 3135, y después de la reforma de la ley 17711, también por el art. 2505 de aplicación general a todos los derechos reales.

ESPECIAL EN CUANTO AL INMUEBLE Y EN CUANTO AL CRÉDITO: De conformidad con el ya transcrito art. 3109, sólo puede constituirse hipotecas sobre inmuebles expresamente determinados, fórmula que dejó de lado las hipotecas generales y por una suma de dinero también

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinada y cierta, que conste en el acto constitutivo (conf. art. 3131 Cód. Civil).

II. HIPOTECAS REAJUSTABLES

La ley 21309 amplía el principio de la especialidad en cuanto al crédito a aquellas hipotecas en las que las partes acuerden cláusulas de estabilidad o reajuste del signo monetario. Así, en el art. 1º dice: "Si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituir para garantizar obligaciones de 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 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 este artículo se desprenden dos requisitos para que las hipotecas sean reajustables: 1. Que estas hipotecas sean "a constituir", es decir, que continuando el principio de Rubier plasmado en el art. 3º del Código Civil, después de la reforma legal de 1968, en lo que respecta a la irretroactividad de la ley, estas hipotecas serán válidas desde el momento de entrada en vigencia de la ley respectiva.

" El artículo 5º de la ley 21309 autoriza a que las partes pacten cláusulas de estabilización en los créditos hipotecarios y conforme a las cuales deberá reajustarse el capital debido" (C.N.Civ., Sala A, 2/12/78, Murocca c/Da Rosa, E.D., 19/6/79). 2. Que garanticen "obligaciones en dinero". Este punto será desarrollado más adelante al tratar el problema que se plantea con la accesoriedad, pero adelantamos nuestra opinión adherente a la del Dr. Alterini, la que fundamenta que cualquier obligación de las mencionadas en el art. 3109 es factible de ser reajustada por acuerdo de partes, en lo que respecta a su garantía hipotecaria.

III. DEUDAS DE DINERO Y DEUDAS DE VALOR

Las doctrinas italiana y alemana estructuraron esta clasificación, que fue receptada por la doctrina y jurisprudencia argentinas, por las que deudas de dinero serían aquellas en las que la moneda cierta y determinada sería el objeto; y en las deudas de valor, en cambio, lo pretendido sería una utilidad, y el dinero funcionaría con carácter sustitutivo y sería la medida de lo debido.

En períodos inflacionarios, ajustarnos rígidamente al nominalismo y decir que las deudas de dinero no son reajustables es alejarnos de la equidad.

Acordándonos que en cualquier acuerdo de voluntades se pacta una relación de paridad de prestaciones, paridad que desaparece con la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, fundamenta lo dicho la ideología que nos lleva a apoyar la "indexación" en las deudas dinerarias - salvo excepciones, como, por ejemplo, culpa del acreedor -, evitando así la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especulación. Postura acorde con la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional Civil y Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial.

Con esto queremos expresar que en toda deuda de dinero existe una deuda de valor, lo que indirectamente está apoyando nuestra postura de aceptar el reajuste en las hipotecas, cualquiera que sea la obligación que garantice.

IV. CLAÚSULAS DE ESTABILIZACIÓN

Como solución a la inflación, las partes suelen pactar cláusulas de estabilización, cláusulas que enmiendan el mencionado principio nominalista, modificando el valor nominal del dinero, pero no su valor económico (poder adquisitivo), asimilando de esta manera las deudas de dinero a las deudas de valor, como ya habíamos expresado.

Estas cláusulas, en principio, reconocen dos tipos: 1. Cuando modifican el signo monetario, ej.: moneda extranjera con mayor estabilidad (dólar estadounidense, marco alemán) o moneda oro (oro acuñado en alguna moneda metálica determinada, ej.: mejicano). 2. Cuando se usan índices correctores, ej.: cláusulas de valor en especie, cláusulas de escala móvil.

IV. a. Breve análisis de las cláusulas de estabilización más usuales

CLAÚSULAS DE MONEDA EXTRANJERA: Aunque tales obligaciones, por el principio del art. 617 del Código Civil, no son de dinero (así, una compraventa en moneda extranjera sería una permuta), de hecho la constitución de obligaciones de este tipo funciona como cláusula de estabilización de deudas dinerarias. Opinando sobre este particular en lo que respecta a la hipoteca, la jurisprudencia ha dicho: "En las hipotecas en moneda extranjera no es válido sostener que el privilegio hipotecario se extiende únicamente hasta la suma de pesos argentinos indicada en la escritura como equivalente en ese momento al importe en moneda extranjera por el que se constituyó la hipoteca" (C.N.Com., Sala B, set. 4/975, L.L" pág. 346).

CLAÚSULAS DE MONEDA ORO: Caben en este punto las mismas consideraciones que en el punto anterior, al que nos remitimos.

CLAÚSULAS DE VALOR EN ESPECIE: Encontramos este tipo de cláusulas cuando el precio al que asciende la deuda se ajusta al precio de ciertos productos, ej.: valor trigo, valor oro, etc. Así, la legislación de arrendamientos rústicos de España de 1942, donde el precio del arrendamiento de fincas rústicas debe fijarse con relación al valor trigo, sería una aplicación de este tipo de cláusulas, asociando la suerte del propietario al resultado económico de la explotación (conf. Llambías, J.J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, II).

CLAÚSULAS DE ESCALA MÓVIL: Mediante estas cláusulas, el importe de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la deuda se regula con relación al valor de un índice, que puede ser de los publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (ej.: precios mayoristas nivel general, consumidor, etc.) o por el Banco Central (conforme R.F. 1050 y respecto de las Sociedades de Ahorro y Préstamo, R.F. 687) e incluso se pueden pactar índices del Ministerio de Trabajo, de acuerdo con sueldos de empleados administrativos estatales de determinada categoría.

IV . b . Características de las cláusulas de reajuste

La determinación de suma cierta que corresponde al principio de la especialidad, por aplicación de la ley 21309, debe surgir de una operación aritmética, por eso es preciso que las cláusulas de reajuste sean pactadas en forma clara y precisa.

Esta cláusula no debe contrariar la moral, las buenas costumbres y la buena fe de las partes, conforme la aplicación genérica del art. 953 del Código Civil y concords. Así lo ha dicho la jurisprudencia en el fallo de la Cámara Nacional Civil, Salla A, de octubre 4/979, "Argos S.A. de Ahorro y Vivienda c/Oteiza, Justo A."

Es de aplicación analógica la prohibición de anatocismo para los intereses, por lo que no es admisible una indexación sobre lo ya indexado (conf. fallo mencionado en el párrafo anterior).

V. PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ACCESORIEDAD

Ante la redacción del artículo 1° de la ley 21309, la doctrina se plantea un nuevo interrogante: ¿Las hipotecas que acceden garantizando obligaciones que no sean en dinero escapan del ámbito normativo de la ley 21309? Ante esta pregunta, encontramos, en principio, tres posturas: 1. Las hipotecas que garantizan obligaciones no dinerarias están excluidas del marco de la ley. 2. Las hipotecas antes mencionadas están excluidas de la ley, pero debe aplicarse ésta en forma extensiva. 3. Dichas hipotecas se encuentran incluidas en la regulación de la ley 21309.

V. a. Postura restrictiva

Encontramos a José M. R. Orelle, quien dice: "El artículo 1° de la ley se refiere sólo a obligaciones en dinero. ¿Deberá entenderse esta expresión como excluyendo las demás hipotecas 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. Las restantes hipotecas, o sea las que se afecten en garantía de obligaciones que no sean en dinero, escapan del ámbito normativo de la ley 21309."

Este mismo autor plantea una solución para el reajuste de hipotecas en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligaciones no dinerarias: "Sin embargo, puede superarse el inconveniente en esta clase de obligaciones adoptando la previsión de pactar, en 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".

Consideramos que no se trata de una obligación alternativa, sino, como se desprende de la primera parte de la propuesta, de una cláusula penal, ya que no tendrían el mismo rango, ni habría elección. No vulnera esto el principio del art. 655 del Código Civil, ya que, según la jurisprudencia, se pueden pactar cláusulas penales con reajuste (conf. C.N.Esp. Civ. y Com., Sala VI, 15.316, "Murdoch, Juan Carlos c/Establecimiento Agrícola Ganadero Yuri S.C.A. y otros s/desalojo", 10/4/80 J.1).

En síntesis, podemos decir que este autor realiza una interpretación literal y, en consecuencia, sostiene una aplicación restrictiva.

V. b. Postura restrictiva que avala la extensión

Opina de esta manera Miguel Norberto Falbo, el cual sostiene: "...Aunque sólo se refiere a las cláusulas de reajuste que contengan los contratos de mutuo con garantía hipotecaria o prendaria, por extensión puede considerarse aplicable a otros contratos, como por ejemplo, la compraventa con saldo de precio aplazado y garantía hipotecaria. Aunque el saldo de precio no es, evidentemente, un mutuo, la similitud de las situaciones es tan grande que. . . no podría dejar de aplicarse la ley, por lo menos en cuanto a sus efectos registrables y procesales. . . "

En principio, podríamos decir que la mención de "obligaciones de dinero" no es exclusiva de los contratos de mutuo; si bien la forma más típica del mutuo es el préstamo de dinero, tampoco es el único caso de los contratos de mutuo, ya que, de acuerdo con el art. 2240, "Habrá mutuo o empréstito de consumo cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole, en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad".

Para no extendernos más de lo debido en esta discriminación que trataremos más adelante, podemos decir que este autor apoya una interpretación literal y una aplicación analógica.

V. c. Postura amplia

Hallamos avalando esta postura a Jorge H. Alterini, quien dice: "...si se profundiza el análisis atentado por la indudable conveniencia de que la regulación particular de las cláusulas de estabilización alcance a las distintas hipotecas permitidas por el Código Civil, es dable variar aquella impresión inicial... La accesoriedad de las hipotecas a obligaciones «en» dinero parecería limitar el ámbito de esas cláusulas a las hipotecas en seguridad de créditos dinerarios, correlativos de obligaciones de dar sumas de dinero". Esta referencia legal no es decisiva, ya que armoniza con la definición de la hipoteca que brinda el art. 3108, donde se alude a que es un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho real constituido en seguridad de un crédito "en" dinero, pese a lo cual el artículo siguiente, el 3109, aclara que pueden garantizarse obligaciones de valor indeterminado, o de hacer o de no hacer, y que para ello basta con que se declare "el valor estimativo" en el acto constitutivo de la hipoteca. El art. 1º menciona más adelante, al precisar los requisitos exigidos por la ley, que debe indicarse "la cantidad cierta de la deuda originaria"; y el art. 3º emplea la expresión análoga, "cantidad cierta inicial". Tampoco aquí hay nada concluyente en favor de la interpretación restrictiva, pues esas designaciones son iguales a las que aparecen en el art. 3131 inc. 4, cuando se alude a la especialidad con relación al crédito, pues allí se impone la determinación de "la cantidad cierta de la deuda". . . La concepción amplia que auspicio encuentra un fuerte apoyo, aparte de las prestaciones antecedentes, en reflexiones contenidas en el mensaje de remisión de la ley 21309, donde se lee: "deben superarse, sin embargo, los problemas que se presentan en lo que se refiere al modo como ha de darse cumplimiento al denominado requisito de la especialidad, que contiene la exigencia de que se declare el valor estimativo del crédito en el acto constitutivo de la hipoteca". Se habla de "valor estimativo" del crédito, y tal modalidad expresiva no es la característica para una obligación dinerada de cantidad cierta; muy por el contrario, es la que emplea el art. 3109 in fine para la obligación de valor indeterminado o para las obligaciones de hacer o no hacer. También dice este autor: ". . . El art. 6, al tratar de una limitación legal para la tasa de intereses, menciona a los que se pacten con relación a obligaciones de dinero: esta referencia legal apunta sí a la obligación de dar sumas de dinero, pero ello no implica que sean las únicas que dan lugar a hipotecas reajustables. Se ponen vallados a los intereses en las obligaciones dinerarias. porque es el terreno natural donde se liquidan y preocupa allí el tema de la usura. Las vías de ejecución de los arts. 4º y 5º de la ley 21309 tiene en mira a obligaciones de dar sumas de dinero: para las otras no es idónea esta mecánica, pero ello no implica que créditos de otra naturaleza no puedan ser asegurados por hipotecas reajustables." Haciendo un resumen de los fundamentos de su postura, podemos decir que son los siguientes: 1. Redacción semejante a la del art. 3108 del Código Civil, ampliado por el 3109, con el art. 1º de la ley 21309. 2. La utilización del término "valor estimativo" en el mensaje que acompañó el proyecto de ley, terminología nítida de obligaciones no dinerarias en los dichos del 3109.3. Interpretación contra sensu en materia de intereses del art. 6º.

Con todo lo antedicho, llega a la conclusión de que las cláusulas de reajuste son válidas a cualquier hipoteca. ya sea que ésta garantice obligaciones dinerarias o no dinerarias.

V. d . Nuestra opinión

Es adherente a la del Dr. Alterini, pero nos parece oportuno hacer algunas aclaraciones..

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

V. d. 1. Circunscripción del problema

Las hipotecas pueden ser accesorias de cualquiera de las obligaciones cuya mención realiza el art. 3109, 2ª parte, y así vemos distintas obligaciones garantizables:

1. Créditos condicionales: existen cuando la obligación está condicionada a un hecho incierto y futuro al cual se subordina la adquisición o extinción de un derecho; el importe puede resultar, desde el momento de la constitución, cierto y determinado, aunque su suerte quede librada al cumplimiento de la condición.

2. Indeterminadas en su valor: por ejemplo, el crédito que resulte de servicios prestados, pero debe ser determinables, pues si no, no habría obligación, por falta de objeto.

3. Obligación eventual: La hipoteca puede constituirse en garantía de créditos eventuales (art. 3152), es decir, de créditos que no existen aún, bajo ningún aspecto, pero pueden llegar a existir.

4. Obligaciones de hacer o no hacer: El objeto de estas obligaciones consiste en una actividad o inactividad que, para la garantía hipotecaria, se valúa estimativamente.

5. Prestaciones en especie: Esta mención abarca varios tipos de obligaciones cuya ubicación legal la encontramos en los arts. 601, 606, 616, etcétera.

En resumen, cualquiera que sea la naturaleza de la prestación, es garantizable por vía de la hipoteca, es decir, que son garantizables las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Dentro de las obligaciones de dar, cualquiera que sea su objeto (cosas ciertas, inciertas, cantidad de cosas y sumas de dinero). Haciendo una discriminación, entendemos que el conflicto se encuentra en las obligaciones de hacer, no hacer y dentro de las obligaciones de dar; las de dar cosas ciertas, inciertas y cantidades de cosas; ya que modalidades tales como la condicionalidad pueden existir en cualquiera de ellas.

Y consideramos que cualquiera de estas obligaciones puede ser garantida con derecho real de hipoteca donde se pacte el reajuste, conforme los fundamentos a los que nos adherimos y ya están transcritos en el punto V. c. de este trabajo.

VI. PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ESPECIALIDAD

VI. a. Un poco de historia

Los fundamentos del principio de la especialidad los encontramos en la oponibilidad erga omnes de los derechos reales y la necesidad de asegurar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que esa afectación no sea usada para vulnerar los derechos de los otros acreedores del deudor, desprovistos de ese privilegio.

Ante las hipotecas con cláusulas de reajuste se presentaron en principio dos posturas: 1. Quienes opinaban que por violar el principio de la especialidad conllevaban la nulidad (M. Mariani de Vidal).

2. Quienes veían en él un acto válido, pero accediendo la garantía sólo hasta el monto original de la obligación (G. Borda; F. Trigo Represas).

Ante la realidad económica, la ley 21309/76 trajo la solución.

VI. b. La especialidad en la Ley 21309

La ley 21309 vino a solucionar el cumplimiento al denominado requisito de la especialidad. Así, M. Mariani de Vidal dice: "Esta ley ha venido a dar la razón a quienes sosteníamos la nulidad de las hipotecas en los casos de créditos determinables - sin perjuicio de la interpretación que diéramos hace un momento - ; es más, expresamente lo dice el mensaje con que se acompañó el respectivo proyecto de ley", y también la jurisprudencia. "El problema que la ley 21309 resuelve es el de la especialidad (arts. 3109 y 3148 Cód. Civil) que conlleva la necesidad de aclarar el valor estimativo del crédito garantizado con el derecho real" (Cám. C.C. La Plata, Sala I, fallo de marzo 15/979).

VI. b.1. Requisitos exigidos

Los requisitos que deben consignarse necesariamente para esta ley son: 1. Cantidad cierta de la deuda originaria. 2. Cláusula de estabilidad o reajuste. 3. Expresa mención de los números índices de actualización adoptados. 4. Períodos por los cuales se efectuará el ajuste. 5. Tipo de interés pactado.

VI. b.2. Análisis de cada uno de ellos

1. Cantidad cierta de la deuda originaria: La indicación de este valor fija el valor base garantido por la hipoteca, sin menoscabar por ello su posterior ajuste; fija así el capital sobre el cual se aplicará el índice corrector, permitiendo de esta manera que, por una simple operación aritmética, cualquier interesado conozca el monto de la cobertura hipotecaria.

2. Cláusulas de estabilización o reajuste: Nos remitimos a lo ya dicho en el punto IV.

3. Expresa mención de los números índices de actualización adoptados: Con respecto a este punto, la doctrina mayoritaria (Orelle, Berman Kahn, Alterini) opina que debe ser entendido como sinónimo de "módulo estabilizador", postura que nosotros también consideramos correcta.

La libertad contractual plantea un problema en este aspecto: ¿Es válida la utilización de varios módulos dentro de los cuales el acreedor podrá optar? La doctrina hispana - conforme enseña Alterini - acepta esta inclusión, pero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

limitándola, de manera tal que hay un orden de prelación del que sólo se puede prescindir ante la imposibilidad de llegar a acceder al índice primero. Por su parte, Chiaramonte está por la afirmativa.

Consideramos que la inclusión de dos o más módulos afectaría la especialidad, pero no lo haría pactar juntamente con la cláusula de ajuste, una cláusula de sustitución del módulo por la que, según el INDEC, lo vaya a reemplazar, si el acordado, por cualquier razón, resulta inaccesible.

4. Períodos en los que se opera el reajuste: Es decir, la expresa mención de los intervalos regulares dentro de los que se irán aplicando las cláusulas de reajuste, por ej., trimestralmente, semestralmente, etcétera .

5. Tipo de interés pactado: El Código admite libertad para que las partes establezcan la tasa de interés compensatorio y punitivo que acuerden. El límite se da en forma jurisprudencial. La misma ley 21309, en su art. 6°, limita el interés para las personas o entidades no financieras, cuando dice: "Los intereses que se pacten en relación a obligaciones de dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste. . . no podrán ser superiores en más de un tercio al que cobren los bancos oficiales en préstamos concedidos con idénticas cláusulas de reajuste a la fecha del contrato . . . "

VII. CONCLUSIONES

I. Toda deuda de dinero conlleva una deuda de valor y, por ello, salvo excepciones, sería reajutable.

II . Las hipotecas que avalan obligaciones no dinerarias al igual que las dinerarias están regladas por la ley 21309.

III. Si bien es cierto que aplicar cláusulas de estabilización al principio rígidamente nominalista y convertir en determinable lo que el Código Civil exige "cierto y determinado" es afectar la especialidad de la hipoteca, no hay que olvidarse, tampoco, que el derecho asume un papel de regulador de la realidad. Ya nuestro codificador, en la nota al art. 619, pensaba en otra solución que no era el nominalismo para el supuesto de pérdida del valor adquisitivo de la moneda. La sanción de la ley 21309, con carácter aclaratorio y complementario del Código Civil, consagra el principio de la especialidad más flexible y adaptado a los tiempos de la inflación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini Jorge H., "Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca", E.D., 84/79.
Cammarota, Antonio, Derecho hipotecario argentino, Ed. 1929.
Clariá, Eduardo A., "Desvalorización monetaria", B.D.N. 770.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Chiaramonte, José P., "Hipotecas, prendas y créditos reajustables - Ley 21309", L. L., 12/12/77.

Falbo, Miguel N., "Reajuste de las obligaciones pecuniarias ante la devaluación monetaria", B.D.N.770.

Espinaco, Orlando L. y De Miguel, Eduardo B., "Obligaciones con cláusulas de estabilización", B.D.N. ,48.

Highton de Nolasco, Elena I., "Recientes fallos sobre actualización monetaria y medida de su aplicabilidad a los créditos hipotecarios", L.L., 9/3/78.

Llambías, .Jorge J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, t. II.

Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales III, e "Hipotecas y créditos reajustables - Ley 21309", E.D., 67/76.

Orelle, José M. R., "El principio de la especialidad en las hipotecas en garantía de obligaciones reajustables", B.D.N. 748.

Salvat, Raymundo M. y Argañaraz. Manuel J., Tratado de Derecho Civil argentino, Derechos reales, 1960.

Salvat, Raymundo M. y Galli, Enrique V., Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en general, 1952.

Valiente Noailles, Luis N. (h.), Derechos reales, 1958.

Videla Rojo, Luis M., "Propósitos de la especialidad de la hipoteca: su aplicación a las operaciones del trato bancario financiero", E.D., 5/5/80.

Zuccherino, Virginia A., "Algo más sobre depreciación monetaria", Rev. Notarial, N° 822.

Gide, Charles, Curso de Economía Política.