

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO(*) (281)

JOSÉ GUGLIETTI

SUMARIO

I. La moneda: 1. Numerario y moneda. 2. Moneda de cuenta. 3. La primera moneda. 4. La primera moneda de Buenos Aires. 5. Moneda verdadera. 6. Moneda falsa. 7. Moneda fiduciaria. 8. Moneda mercadería y moneda signo. 9. Variaciones del valor de la moneda. 10. Efectos económicos de la inflación. 11. Límite máximo de la inflación. 12. Variación de las costumbres

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

monetarias. II. El valor de la moneda: 1. Nominalismo. 2. Valorismo. Deuda de valor. 3. Novación. 4. Nuestro sistema legal. III. Soluciones jurídicas al fenómeno inflacionario: 1. Teoría de la imprevisión. 2. Enriquecimiento sin causa. 3. Cláusulas de reajuste. IV. Hipotecas con cláusula de reajuste: 1. Situación anterior a la ley 21309. 2. Hipotecas posteriores a la ley 21309. 3. Requisitos exigibles para extender el principio de la especialidad hipotecaria. Y. El pagaré hipotecario. Su vinculación con el ajuste de los préstamos. VI. Propuesta.

I. LA MONEDA

La moneda, por ser uno de los capitales cuyos servicios son esenciales a la producción y a las finanzas públicas, es cosa importantísima para los empresarios y para el Estado.

Los derechos patrimoniales tienen la particularidad de poder ser objeto de valuación pecuniaria, y es en esta interrelación del fenómeno económico (cambio) y del fenómeno jurídico (obligación) que se emplaza ese elemento singular e indispensable que es el dinero. La moneda, como expresión objetiva y concreta de este concepto, es aquella cosa que por sus caracteres de fungibilidad, consumibilidad relativa, divisibilidad ideal sirve a las funciones económicas del intercambio de bienes y servicios y establece la medida de sus valores relativos.

1. Numerario y moneda

Suelen distinguirse numerario y moneda: ésta interviene materialmente en los cambios; aquélla no. Si un agricultor estima que un hectolitro de trigo vale \$ 10 y un ganadero, que 50 kilogramos de lana valen, asimismo, \$ 10, estarán dispuestos a permutar y tal vez permuten efectivamente un hectolitro de trigo por 50 kilogramos de lana. En este caso particular, la expresión \$10 denota la existencia de un numerario.

En otros casos no es tan clara la diferencia entre numerario y moneda, verbigracia, en el de los pagos por compensación, en los que la moneda no interviene materialmente, y en los que se trata de moneda y no de numerario. En general, moneda y numerario, así en la jerga de los negocios como en el vocabulario de la nomenclatura científica que tiende a reflejarla con la mayor exactitud, son fenómenos equivalentes.

2. Moneda de cuenta

Distínguese también la moneda de cuenta de la moneda propiamente dicha. La expresión peso moneda nacional oro sellado, que se usaba en muchos contratos, es, en realidad, una moneda de cuenta. Lo son también la guinea, libra de 21 chelines, y el conto de reis, como lo fue en la antigüedad el talento griego (60 minas igual 6000 dracmas). La moneda de cuenta, hoy extremadamente rara, usóse con frecuencia en otras edades. En las ferias medievales empleábase una moneda de cuenta denominada escudo de marco. Las ferias, de las que apenas queda hoy el recuerdo, fueron durante la Edad Media la forma casi exclusiva de los comercios más importantes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debido a los peligros y dificultades de las vías de comunicación, por ejemplo, las famosas ferias de Leipzig, Lyon, París, y, particularmente, las de la Champaña, durante los siglos XIII y XIV.

La moneda de cuenta es la palabra o título que corresponde a la moneda propiamente dicha. Desde los tiempos prehistóricos, antes que existiese la moneda propiamente dicha, los hombres sintieron la necesidad de fijar índices o medidas para el intercambio de cosas y servicios. Determinaron, pues, ciertos tipos o unidades que constituían monedas de cuenta. Por ejemplo, la relación "un buey igual diez ovejas", cuya existencia se comprueba en los orígenes de los pueblos indoeuropeos, es una moneda de cuenta.

La introducción de la moneda de cuenta da origen, según Keynes, a dos categorías derivadas, a saber: listas de precios, que son ofertas de contratos, y reconocimientos de deudas, que son contratos de cumplimiento diferido, por una parte, y moneda propiamente dicha, por otra, cuya entrega resuelve el contrato y cancela la deuda.

3. La primera moneda

La primera moneda realmente acuñada lo fue por los reyes de Lidia, en el siglo VI antes de Jesucristo. Según Keynes, tal forma de acuñación fue un hecho de vanidad de campanario, de orgullo de aldea, desplante de autoridad u otro motivo análogo. No admite que aquella fuese realmente una moneda, ya que no podía responder a los fines comerciales que tuvo con posterioridad. La verdadera moneda, la moneda representativa, nace más tarde, cuando la autoridad se atribuye el monopolio del cuño, la facultad de fijar la base de la moneda existente, tanto de la moneda - mercadería como de la moneda de cuenta.

La conjetura es muy discutible. Parece más probable que el monopolio público del cuño rasgo característico de la invención de la moneda resultase de la preferencia que los particulares, en sus cambios empezaron a mostrar por los lingotes que sellaba la autoridad pública, y que respondiera, en definitiva, a fines políticos, financieros y comerciales: a la necesidad de impedir el fraude, garantizando una correspondencia perfecta entre la moneda de cuenta y la moneda mercadería. El monopolio del cuño transformó pues, la moneda verdadera en moneda de Estado. Pero más tarde los gobiernos encontraron conveniente también el monopolio del fraude o falsificación de la moneda. El mismo Keynes recuerda que la primera modificación de la base o patrón monetario efectuada con el fin de beneficiar al Estado, en perjuicio del público, data de la segunda guerra púnica (218 a J.C.). Fue Roma la primera en incluir tal instrumento entre las armas del arte del gobierno.

4. La primera moneda de Buenos Aires

Las primeras transacciones comerciales que se realizaron en Santa María del Buen Ayre, en 1539, de que ha quedado recuerdo, fueron las ventas hechas por el genovés León Pancaldo a Juan de Espinosa, Hernán Báez, Maestre Angulo y otros. Ya se hacía sentir intensamente la escasez de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

moneda. En todas esas ventas de mercaderías, obligaciones y reconocimientos de deudas, y en las que se continuaron en Asunción, hasta 1550, la moneda estipulada era mero numerario, vale decir, medio de estimar valores, que no intervenía materialmente en los cambios, y se trataba siempre de maravedíes, reales de plata, ducados de 375 maravedíes y, mucho más frecuentemente, de "pesos de oro de justa y perfecta ley de 450 maravedíes cada uno".

Los ejemplos históricos precedentes prueban que, en la mayoría de los casos conocidos, es difícil y, por otra parte, superfluo establecer una distinción entre moneda de cuenta o numerario y moneda propiamente dicha. Una y otra son instrumentos de cambio equivalentes. De la primera se pasa insensiblemente a la segunda.

5. Moneda verdadera

Moneda verdadera o numerario perfecto es aquella en cambio de la cual se obtienen, de las otras mercaderías, cantidades iguales (aproximadamente iguales) a las que se obtienen en cambio de la cantidad o peso de la materia de que está hecha. La moneda verdadera tiene utilidad propia, independientemente de su función monetaria.

6. Moneda falsa

Moneda falsa es la que sólo se mantiene en circulación por el fraude o la violencia, aunque sean impuestos por la ley. Se emplea el fraude cuando se falsifica materialmente la moneda, sea rebajando su título, ley o quilate, sea disminuyendo su peso. Esta falsificación puede ser hecha por falsarios privados. Fue siempre poco importante y, en nuestros días, es insignificante. Puede ser obra de los gobiernos, y en tal forma fue muy importante en tiempos pasados. Se emplea la violencia cuando se obliga al particular, al acreedor, por ejemplo, a recibir mala moneda en restitución de la buena que dio en préstamo.

7. Moneda fiduciaria

Moneda fiduciaria es la que puede cambiarse por su equivalente en verdadera moneda sin pérdida ninguna y sin mayor molestia. Si este cambio de la moneda fiduciaria o billete convertible sólo puede hacerse con pérdida, o si el billete se vuelve inconvertible, aquélla deja de ser tal y se trueca en falsa moneda o moneda de papel.

Si un campesino - dice Pareto - tomó prestado un buey, no se exime de su obligación restituyendo la fotografía del buey, sino un buey. Si un individuo tomó prestado un kilogramo de oro de título 0,900 de fino, debe restituir un kilogramo de oro de dicho título; y no se exime de su obligación devolviendo un papel en el que se halla escrito \$ 620 o/s. (precio fijado en el art. 1º de la ley 1130) si con ese papel no puede adquirirse un kilogramo de oro de título 0,900.

Los gobiernos han sustituido el procedimiento anticuado de la falsificación de la moneda por la inflación de la falsa moneda, billete inconvertible o moneda de papel. Como se verá, este procedimiento: a) es un medio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

irregular de obtener empréstitos internos, que sólo se justifica en el estado de guerra y en otros igualmente excepcionales; b) es, a veces, en la peor de las formas, un impuesto al capital, que suele llegar hasta el extremo de la confiscación total.

No deben confundirse moneda de curso legal y moneda en curso forzoso. El curso forzoso implica el curso legal. La recíproca no es exacta, en cuanto el billete de curso legal es recibido sin dificultad alguna. Su tenedor sabe que puede cambiarlo por su equivalente en moneda verdadera, sin pérdida y sin mayor incomodidad.

8. Moneda mercadería y moneda signo

La moneda verdadera es una moneda - mercadería, esto es, una moneda con utilidad propia independiente de su función monetaria: cancela sin fraude la obligación monetaria contraída por el deudor. La moneda fiduciaria suele denominarse también billete convertible o moneda regulada, esto es, moneda emitida no sólo a cambio de moneda verdadera, sino también a cambio de títulos de crédito, públicos o particulares, según designio regulador de la institución emisora o banco central de emisión.

La moneda fiduciaria, la moneda regulada y la moneda de curso forzoso forman en conjunto la moneda representativa y, con la moneda - mercadería o moneda verdadera, la moneda de Estado, según la clasificación de Keynes. Moneda corriente, según el mismo autor, es la moneda poseída por el público, sea directamente o en forma de depósitos bancarios. A su vez, la moneda de los depósitos bancarios, juntamente con la moneda poseída por el banco central o instituto emisor, forman la moneda bancaria.

Las teorías científicas, dice Pareto, son de dos clases: en una las teorías se aproximan indefinidamente a un límite: puede decirse en lenguaje matemático que ellas tienen asíntota. Tales son, en nuestro tiempo, casi todas las de las ciencias naturales. En la otra clase, las teorías, en vez de aproximarse a un límite, oscilan perpetuamente entre dos polos o puntos extremos. Tales son casi todas las teorías económicas y sociales.

La moneda tiene una tendencia milenaria hacia su deterioración. En todas las edades de la historia se hace sentir la tendencia de los deudores, particularmente, si su influencia es preponderante en el Estado, a despojar a sus acreedores. Por esto la teoría de la moneda oscila, según Pareto, del polo de la moneda - mercadería, donde es una teoría económica, hacia el polo de la moneda regulada o moneda signo, como Aristóteles la denomina, donde más que teoría económica, es una teoría sociológica que contribuye a explicar la renovación y decadencia de las aristocracias o clases gobernantes.

En este sentido, no es exagerada la estimación de Keynes: el nominalismo o papelismo de Knapp, según el cual la moneda es todo objeto que el orden jurídico del Estado reconoce como medio de pago, ha imperado en el mundo por más de cuatro mil años.

Cuando la influencia preponderante dentro del Estado corresponde a los deudores, la teoría monetaria se aproxima indefinidamente hacia el polo de la moneda regulada. En otros términos, la moneda se falsifica: la moneda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fiduciaria se transforma en moneda falsa; y, por tal medio, los deudores despojan a sus acreedores, o, como ahora se dice, se transfieren consumos de las clases inactivas a las clases activas. Cuando, por el contrario, la influencia corresponde a los acreedores, la teoría monetaria se aproxima indefinidamente hacia el polo de la moneda - mercadería; y se respeta o estabiliza el valor de la moneda. El cálculo de conveniencia - cálculo hedónico - del punto de vista de la colectividad es un complejo problema histórico, que sólo puede resolverse después de largos períodos históricos.

9. Variaciones del valor de la moneda

Las variaciones del valor real de la moneda se producen por disminución o aumento de su cantidad, provocando los fenómenos que suelen denominarse, respectivamente, contracción e inflación monetaria, de los cuales el segundo se presenta con mayor frecuencia y gravedad.

Sólo por excepción, como lo prueba la historia económica del mundo respecto a la plata, puede producirse un aumento súbito y violento de la cantidad de la mercadería - moneda. El caso más frecuente, mejor dicho, el caso único de inflación es el que provocan la voracidad financiera de los gobiernos y la influencia política de la clase de los deudores, mediante la falsificación de la moneda metálica, o la inflación de la falsa moneda de los billetes inconvertibles. Desde que la moneda existe, los gobiernos, directa o indirectamente, con el beneplácito, si no con el apoyo de la clase de los deudores, han rebajado la ley o quilate y el peso de la moneda.

En nuestro país, particularmente, la influencia política de los deudores ha sido preponderante. En más de una ocasión ha motivado reformas monetarias, sentencias jurídicas y otros actos convalidantes.

La inflación ha sido, para los gobiernos - beneficiarios del monopolio del cuño - un medio impositivo fácil y económico; y para los deudores, un medio de pagar en moneda depreciada los préstamos cuyo importe recibieron de su acreedor en buena moneda.

La crisis del 30 quiebra el esquema del patrón oro que es mundialmente abandonado. Tras un período intermedio de patrón cambio oro, donde el dólar estadounidense era la moneda pivote del sistema, convertible a oro, a partir de la década del 60 ya no queda moneda convertible a oro o ningún otro metal.

A diferencia del dinero metálico o el convertible, el papel moneda inconvertible es dinero voluntario. Es decir, es dinero porque la autoridad así lo decreta, y el público así lo acepta.

El papel moneda argentino

La historia monetaria argentina permite observar momentos de profundo desorden. Hasta 1881 no existía en el país una única moneda, sino que circulaban monedas y billetes de diferentes países y, a su vez, cada banco en el país emitía su propio billete. La ley del 5 de noviembre de 1881 estableció la primera moneda nacional, unidad monetaria que existió hasta la sanción de la ley 18188. Esta moneda era convertible a oro, aunque la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

emigración del metal obligó a declarar la inconvertibilidad en diferentes períodos a causa, a veces, de factores exógenos, pero también del desorden monetario interno. Aún no existía el Banco Central, y la Caja de Conversión, junto con el Banco de la Nación, creado en 1891, constituían la autoridad monetaria del país.

Como dijimos, la moneda nacional fue declarada inconvertible en 1885, ante la permanente desvalorización, que se prolongó hasta la ley de conversión de 1899. El exceso de emisión había despojado a la moneda de su valor de paridad 100, en 1881, a 44, a fines del siglo. Sigue ahí el período de mayor prosperidad de la economía argentina, y la moneda es convertible hasta la Primera Guerra Mundial.

Este hecho obliga a suspender la conversión, suspensión que se mantiene hasta 1927. El último período de moneda argentina convertible iba a ser muy breve. La crisis del 30 la interrumpe. En 1935 se crea el Banco Central de la República Argentina. Nuestro país, siguiendo la tendencia mundial, abandona definitivamente el patrón oro.

En 1940, la circulación monetaria alcanzable (en millones \$m/n) a 1446. En 1969, en la misma unidad, a 780.000, es decir 540 veces superior. El PBI se había triplicado en el período y la población ha crecido en un 55 por ciento. En 1969, el dólar se cotizaba a \$m/n 350. En 1970 comienza a utilizarse el peso ley 18188. Ese año, la circulación alcanzaba a 9142 millones de pesos. A fines de 1982, a 115 billones 950.000 millones de pesos, o sea 12.600 veces superior. El PBI de 1982 es superior en un 11 por ciento al de 1970. La población creció en el período un 19 por ciento.

Actitud inflacionaria en la República Argentina

En este sentido, la virulencia de la inflación en el país y su constante permanencia en la historia permiten interrogarnos hasta qué punto cada argentino no es en parte responsable del fenómeno generalmente atribuido exclusivamente a la ineptitud del gobernante de turno. ¿No habrá alguna suerte de actitud inflacionaria colectiva inconsciente? La facilidad y el entusiasmo con que la población acepta las políticas facilistas que sólo saben dar subsidios lo permite sospechar. Subsidios a los endeudados, promoción a la industria, a la exportación, a todo. ¿Pero quién paga esos subsidios? Realmente, ¿es posible subsidiar todo, sin emitir, y emitir sin generar inflación? La teoría económica permite responder negativamente a esta pregunta.

10. Efectos económicos de la inflación

El empeoramiento de la moneda se hace presente desde los tiempos más remotos, en la historia económica del mundo.

El escritor argentino J. B. Alberdi fue uno de los primeros en examinar profunda y minuciosamente los efectos perniciosos de la inflación monetaria. Ahondando análisis iniciados por J. Stuart Mill sobre las crisis comerciales, y particularizándose en el estudio de las crisis argentinas, cuya significación histórica y cuyos trastornos políticos y sociales había explicado luminosamente, vio, desde luego, el carácter psicológico y moral del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fenómeno. "Las crisis, escribía, nacen del pánico y del escepticismo, más que de la destrucción de capital efectivo. Se curan naturalmente por el renacimiento de la confianza, es decir, de la creencia, del crédito [...] El mal - agregaba - está en la ignorancia del origen moral de la riqueza y de la causa moral de pobreza, que es el doble vicio del ocio y del dispendio." - Alberdi vio con claridad el carácter peculiar de las crisis en América del Sur. "Hay una riqueza y una pobreza que se pueden llamar sudamericanas [...] Tenemos suelo grande, fértil, variado, de buen clima - luego somos ricos -. Y vivimos y gastamos y nos endeudamos como ricos, aunque el suelo esté sin habitantes, es decir, sin sociedad civilizada [...] Nos dice la ciencia de la riqueza que la pobreza, su reverso, tiene por causas la ociosidad y el dispendio [...] Sin embargo, los mismos que repetimos a cada instante los teoremas de esa ciencia, nos creemos opulentos en medio de los andrajos de la miseria, de la deuda y de la insolvencia, si poseemos un territorio fértil, variado y de buen clima, sin advertir por un momento que la sociedad ociosa y disipada es origen y causa de la pobreza, aunque habite el suelo más privilegiado del mundo".

Tratando particularmente del curso forzoso y de la inflación, escribía: "Emitir billetes de circulación pública es levantar empréstitos públicos, que hacen los que reciben los billetes a los que los emiten [...] El curso forzoso es el crédito impuesto, el préstamo involuntario y arrancado del que es obligado a recibir un billete [...] Una vez establecido el papel - moneda, es difícil de suprimirlo, cuando es el Estado el que lo emite, porque suprimirlo es deshacerse del poder de levantar empréstitos ilimitados y sordos; es abdicar el poder omnímodo de disponer de la fortuna de todo el mundo [...] El vulgo, tomando el papel por moneda o medida de valor y el oro por mercancía cuyo valor variable se mide por el papel, incurre en el qui pro quo del que piensa que es la barranca la que sube o baja cuando el nivel del río baja o sube [...] Las crisis comerciales concóncense naturalmente por el instrumento soberano de los cambios - el medio circulante, el dinero, el crédito -. El barómetro de sus oscilaciones y movimientos es el descuento de los bancos. El aumento de su cartera revela el de la circulación. El exceso del préstamo engendra naturalmente el exceso de especulación. Puesto así el dinero en manos de todos, todos se creen ricos, aunque el dinero no sea propio. La mera posesión del dinero tiene la virtud de infundir confianza en el poder propio. Todos emprenden, y emprenden, sobre todo, sin más razón que la de poseer dinero para ello. Todo el mundo gasta como rico, no según sus entradas reales, sino según sus valores imaginarios. De ahí el lujo general que se ostenta en esas situaciones. Cada uno cree poder sostenerlo con el dinero que cree poder ganar. Para sostenerlo cada uno quiere ser más rico, y no hay negocio que no emprenda con el dinero facilitado por los bancos. Todos los precios y valores se levantan. Los salarios aumentan de más en más. La inmigración, atraída por ellos, aumenta a la par. El oro, depreciado, corre a torrentes por las calles. La sociedad rebosa de bienestar y progreso; pero en realidad es entonces cuando se encuentra al borde del abismo.

Repentinamente cesa ese movimiento, por una mala cosecha o por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

depresión de los productos del país. Las importaciones exceden a las salidas. Es preciso oro para pagar el déficit. El oro emigra y se encarece a medida que sale del país. El papel se deprecia a medida que el oro sube. La alarma se pronuncia. El crédito se contrae. Los vencimientos llegan. Todo dinero es imposible de obtener. Vienen los protestos, los embargos, las ventas forzadas, las quiebras, las ruinas, los suicidios las fugas, a pobreza general, la liquidación de todos". En materia de crédito como en materia de libertad, concluye sentenciosamente Alberdi, "el abuso no existe donde falta el uso"

Tal es el cuadro de la inflación monetaria, fiel y minuciosamente descrito por Alberdi. Como el Estado es de ordinario el más importante y poderoso de los malos deudores, y cuenta entre sus atributos y recursos de emergencia, como suele decirse, el monopolio del fraude monetario, se convierte con suma facilidad en cómplice o instrumento de los malos deudores. La historia monetaria argentina, cuyo reflejo teórico es el admirable estudio de Alberdi, comprueba la verdad de la observación paretiana tocante a las fluctuaciones de la teoría monetaria: desde 1810 hasta la fecha, la República Argentina ha vivido alternativamente años en el polo de la moneda - mercadería y años en el polo de la moneda - signo. La emisión, por desgracia, está como inserta en nuestras costumbres.

La inflación es equivalente, hasta cierto punto, a una operación de crédito, en unos casos; y, en otros, a un impuesto al capital, que puede llegar al extremo de la confiscación total, como ocurrió en Alemania y en Rusia, en 1919 y en 1923.

La inflación, como medio impositivo, es recurso de emergencia, explicable durante el estado de guerra, por ejemplo, cuando no puede hacerse uso de otros medios menos perjudiciales. Si los billetes vuelven a su valor anterior, esto es, si el gobierno retira los nuevos billetes de la circulación, se ha hecho, en definitiva, una operación de créditos la emisión equivale a un préstamo que no se restituye a los mismos que lo concedieron, y que, por consiguiente, perturba la distribución existente de la riqueza. Si los nuevos billetes no se retiran de la circulación, la emisión equivale simplemente a un impuesto.

Si el desorden financiero se prolonga, y el gobierno establece nuevos impuestos por medio de la inflación, lo que fue recurso transitorio o de emergencia, se transforma en recurso permanente.

11. Limite máximo de la inflación

¿ Hasta qué límite puede prolongarse el abuso de la inflación?

Hasta que, por haberse reducido al mínimo posible el uso de la falsa moneda por parte del público, el rendimiento de la inflación se anula casi totalmente. Si el público, como medio de defensa contra el impuesto de la inflación, modifica sus costumbres monetarias y bancarias, el rendimiento de aquél se reduce al mínimo; sólo una parte ínfima de las transacciones se realiza por intermedio de la falsa moneda; y, al disminuir su empleo, disminuye, asimismo, la materia sobre la cual incide el impuesto de la inflación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para que el gobierno pueda por medio de la inflación recaudar indefinidamente un impuesto, es menester, pues, que no varíen las costumbres monetarias y bancarias del público. Aun en tal hipótesis, hay un límite infranqueable, más allá del cual no puede prolongarse la inflación; límite que se alcanza cuando el precio de la falsa moneda en numerario es igual a su costo de fabricación. En ese punto, que se alcanzó en Alemania (en febrero de 1923), el producido de la inflación como medio impositivo es nulo.

12. Variación de las costumbres monetarias

En el primer momento, la variación de las costumbres monetarias es exigua. El público no reacciona contra el aumento de la emisión inconvertible; y recibe sin dificultad los billetes. Por el contrario, se ha observado que, al producirse la depreciación de la moneda, el público, en general, se muestra optimista: supone que la depreciación es transitoria y que a la baja actual sucederá de inmediato una valorización de los billetes. Los hechos demuestran muy luego que el optimismo es infundado; y la depreciación, lejos de desaparecer, aumenta y puede hasta terminar en una verdadera catástrofe.

Cuando el público advierte la inminencia del desastre, cambia sus costumbres monetarias; transforma sus ahorros en mercaderías, en valores industriales; restringe el uso de la moneda, limitándolo a las transacciones menores en que su empleo es inevitable; hace uso frecuente de las operaciones de compensación en cuenta corriente; y, señaladamente, emplea moneda extranjera. El recurso impositivo de la inflación pierde, entonces, toda su eficacia: su rendimiento llega a ser nulo. La demanda de moneda se torna inclástica, rígida: a descensos enormes en el precio de la moneda en numerario (oro), corresponden aumentos insignificantes, cada vez menores, de la cantidad de billetes en circulación.

Al mismo tiempo, disminuye considerablemente la tasa de recuperación de la moneda. Un ejemplo ilustrará el punto. Si un individuo conserva un billete durante un año, al cabo del cual el precio de la moneda en numerario desciende al 50 por ciento, aquel ha sufrido una pérdida del 50 por ciento. Si lo conserva tres meses, verá su pérdida reducida al 25 por ciento. Si lo conserva un mes, su pérdida es de 8,33 por ciento. En quince días se reduce a 4,165 por ciento; y en un día, a 0,277 por ciento. Cuanto más se acelera la inflación, tanto más rápidamente decrece la tasa de recuperación. Los individuos reducen al mínimo posible el tiempo durante el cual retienen los billetes. Desciende al mínimo, en consecuencia, la cuota de inflación que pagan.

Otro de los efectos de la inflación es el alza de la tasa del descuento bancario y la disminución del plazo de los créditos. Bajo el régimen de inflación, el banquero sabe lo que presta; ignora lo que recibirá en pago al vencimiento de la obligación. En consecuencia, recarga la tasa del descuento con una prima de seguro tanto mayor cuanto más rápidamente aumenta la inflación monetaria.

II. EL VALOR DE LA MONEDA

1. Nominalismo

Hemos dicho que la moneda no tiene sólo un valor sino que tiene siempre, por su carácter de moneda, o sea, por su curso legal, un valor extrínseco a la cosa misma, que es su valor nominal, atribuido por el Estado en ejercicio del poder soberano de emitir la moneda y fijar su valor. Pero el dinero también tiene un valor intrínseco, que, en el sistema metalista del dinero mercancía "de pleno contenido", es el que corresponde al metal oro o plata. Tiene también un valor en curso o de cambio, si la moneda es de papel "moneda signo", que expresa el poder adquisitivo o de compra, o sea, que es un valor reflejo derivado de la realidad económica.

Estos tres valores del dinero responden a otras tantas concepciones de la teoría del dinero: ;intrínseco y en curso son exponentes de una teoría realista o valorista; mientras que el valor nominal es exponente de una concepción estatal estrictamente jurídica o nominalista del dinero.

El nominalismo significa considerar como único valor del dinero, a los efectos del tráfico jurídico, el nominal: se ha de pagar la misma suma o cantidad debida con abstracción de que esa cantidad valga intrínsecamente o en curso más o menos en el momento del pago que en el de la constitución de la obligación.

Impuesto el curso forzoso de la moneda de papel sin respaldo en oro (papel moneda), la relación entre el valor nominal y valor en curso se quebró: el valor nominal inalterable, por un lado, y el valor real o en curso, por otro, experimentando éste las fluctuaciones económicas en un proceso de creciente depreciación, o sea, de pérdidas del poder adquisitivo.

La exagerada acentuación de las consecuencias del nominalismo, a impulsos del curso forzoso y de la depreciación de la moneda, inherente a los procesos inflacionistas, ha abierto cauces a la tesis valorista que, sin negar el principio nominalista, ha permitido corregirlo y moderarlo. Estas soluciones son universales y aparecen después de la Primera Guerra Mundial y se generalizan después de la Segunda Guerra, en períodos de total inestabilidad económica.

Como el fenómeno del cambio es también un fenómeno jurídico, la nota de singularidad se la da a la moneda el curso legal, que, a la vez que le asigna un valor que define los bienes del patrimonio, la constituye en instrumento irrecusable en los pagos de las deudas cuya prestación es una suma de dinero.

Está dicho con ello que las funciones de la moneda se cumplen por el valor que ella tiene, y, en virtud de ese valor, se miden los bienes para el intercambio. Es el valor de la moneda, como común denominador de los demás valores, el que permite instrumentar el cambio. Es también ese valor el que permite equilibrar las prestaciones en los contratos y aplicar la moneda al pago de las obligaciones.

2. Valorismo. Deuda de valor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las primeras manifestaciones de la tesis valorista aparecen en el reconocimiento de las deudas de valor como una categoría distinta de las deudas de suma o puras de dinero.

La doctrina clásica en esta materia señala que en la deuda de valor no se debe dinero, sino precisamente un valor que constituye la prestación (in obligatione), pero ese valor se mide y paga con dinero (in solutione). En tanto que en la obligación de dinero que nace como deuda de cierta cantidad de dinero la prestación está fijada en esa cantidad de dinero que permanece invariada (in obligatione) hasta el pago (in solutione).

Estudios más modernos sobre la materia permiten definir la deuda de valor no por la función que ella cumple o para qué sirve, sino conceptualmente como una categoría de obligación que tiene una naturaleza y una estructura particular, especialmente en cuanto a los caracteres de su objeto que permiten identificarla dentro de la teoría de las obligaciones. Para llenar su función, la deuda de valor tiene elasticidad y plasticidad en su monto, de tal suerte que permite una transferencia inalterable en el tiempo de valores reales mediante un mecanismo que le es propio y que está dado por su objeto como elemento variable en su expresión monetaria, computándose a tal fin el valor en curso de la moneda, lo que permite sustraerlo al nominalismo.

La noción de objeto es esencial, pues refleja el contenido de la obligación, y éste es directamente tributario de la función económica que ella cumple como medio de realización del intercambio de bienes y servicios. El objeto de la obligación, según la doctrina tradicional, es la prestación debida, sea ésta de dar, de hacer o de no hacer.

Se puede hacer otra distinción en cuanto al objeto: de un lado, la obligación de suma de dinero y, del otro, las obligaciones en natura, tal como a la economía en natura se opone la economía monetaria. Las obligaciones en natura tienen por característica ser insensibles a las variaciones monetarias porque el dinero es ajeno al objeto y, por lo tanto, la prestación no se altera por las variaciones de la moneda. Estas obligaciones en natura son todas las de dar que no sean de dinero, así como las de hacer y no hacer.

Las obligaciones de dinero son aquellas que consisten en la obligación de transferir la propiedad de cierta cantidad de unidades de moneda y que resultan invariables en su expresión monetaria porque se atienen al valor nominal de los signos con prescindencia de las alteraciones del valor en curso que deterioran el valor real de la prestación debida.

Tomando como punto de partida esta clasificación, se desarrolla una interesante doctrina. Al lado de las obligaciones en natura (de hacer) se sitúa una categoría intermedia que participa a la vez de las obligaciones en natura durante su existencia y de las obligaciones de suma de dinero en el momento de su ejecución: son las deudas de valor.

Se asemejan a las obligaciones en natura en cuanto la deuda es invariable en su contenido real en relación con los demás bienes, diferenciándose de ellos en que no se pagan como éstos en especie, sino que se pagan en dinero. Se asemejan, a su vez, a las deudas de dinero en cuanto se pagan en dinero pero se diferencian de éstas en que su expresión monetaria se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fija por un número variable de unidades en períodos de depreciación monetaria.

Se distinguen dos especies: a) deuda de valor que no tiene expresión monetaria en el origen; b) deuda de valor que tiene desde el origen expresión monetaria.

a) Es el supuesto de la reparación del daño. El responsable debe reponer los bienes del patrimonio que ha sufrido el daño. La deuda de resarcimiento carece de expresión monetaria desde el origen, pero constituye un valor económico que debe determinarse para el pago. El resarcimiento está referido al daño y éste tiene un valor económico, el dinero sirve para medirlo y la suma que se paga equivale al valor de aquél. El ideal del resarcimiento es la reposición, o sea, la reparación en natura que satisface exactamente el valor del daño, y, si se hace en dinero, debe darse la cantidad que representa ese valor. El daño es algo que en sí mismo permanece inalterado en el transcurso del tiempo y subsiste en el patrimonio del damnificado mientras no sea reparado. Si la moneda con que haya de repararse altera su poder de compra o, lo que es lo mismo, en este caso, su aptitud real de borrar el daño, éste, en cambio, no altera su entidad sino su expresión monetaria, que se traduce en el resarcimiento. Por ello debe variarse el monto nominal del crédito de indemnización, sumándose la cantidad de unidades necesarias para reparar el daño en el momento del pago para que no resulte deteriorada la capacidad de reparación de la indemnización.

b) Es el caso de las deudas que tienen una cantidad determinada desde el origen, pero expresada en poder de compra en virtud de la aplicación de un índice. La indexación la convierte en una obligación cuya prestación es en natura, pero, para su pago, es en dinero. Es en natura porque la prestación, como toda prestación en natura, es insensible a la alteración de la moneda, ya que no se deteriora su valor, y es en dinero porque no se paga en especie sino en unidades monetarias. Se diferencia de las anteriores (a) en que aquéllas se evalúan para fijar el monto a pagar y estas últimas se indexan con el mismo fin. La valuación se hace computando factores extrínsecos al vínculo y entre ellos, la depreciación monetaria. La indexación se hace computando un factor intrínseco, que es el índice que revela las variaciones del poder de compra del dinero.

Valuar es fijar la cuantía de una deuda que no tenía expresión en dinero.

Indexar es reajustar la cuantía originaria de una deuda en función de variaciones de indicadores de precios para recomponer su monto, de manera de mantener constante el valor real de la deuda. La indexación puede ser convencional o legal. La convencional supone la inclusión de una cláusula de reajuste.

Deuda de dinero: nominalismo. Deuda que se paga en dinero: valorismo. La deuda de dinero está expresada en una cantidad cuyo monto queda fijado invariablemente en la obligación hasta el momento del pago: rige el nominalismo de evaluación y el nominalismo de circulación.

Cuando la deuda no es de dinero, pero se paga en dinero, se excluye el nominalismo de evaluación porque el valor se fija por el poder de compra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del dinero, o sea, rige el valorismo, aunque es inexcusable el pago en moneda de curso legal (nominalismo de circulación).

El valorismo se aplica en los siguientes casos:

a) deuda de valor sin expresión monetaria original (que lo es por su estructura), pero corresponde determinar el expresado valor en dinero para el pago, mediante un procedimiento de valuación de la deuda;

b) deuda de valor generada por el incumplimiento de una deuda de dinero. A la deuda de dinero se agrega la deuda de valor, que corresponde a los daños y perjuicios moratorios con fundamento en la responsabilidad civil del deudor que se pagan con los intereses moratorios. No es que la deuda de dinero se transforme, sino que, por la inejecución imputable, se crea una obligación nueva, que tiene por objeto el resarcimiento como deuda de valor. El monto originario se debe pagar por su valor nominal, y el plus resarcitorio, como deuda de valor, se fija en relación con el daño que experimenta el acreedor por la pérdida del poder de compra de las unidades monetarias que forman la cantidad debida. Esa deuda de valor que constituye el resarcimiento se calcula por una tasa que comprende, además del interés retributivo o puro, la tasa de inflación, o, tomando diferencias de indicadores de variaciones de precios más interés puro;

c) deuda de valor que tiene desde el origen expresión monetaria. Las partes pueden establecer cláusulas de reajuste o las leyes pueden ordenar reajustes de deudas originariamente expresadas en determinada cantidad de dinero. En tal caso, la deuda no es de dinero sino de valor, pero su cuantía para el pago no se valúa sino que se indexa por aplicación de los índices o indicadores establecidos para mantener constante el valor real de la prestación debida.

3. Novación

Siendo estructuralmente diferentes, una deuda de dinero siempre sigue siendo deuda de dinero, no se transforma nunca en deuda de valor. A la inversa, la deuda de valor siempre es deuda de valor y no se cristaliza sino para el pago. No existe novación en ningún caso.

De allí que un procedimiento de indexación en un momento dado de la vida de la obligación no fija definitivamente su monto, si no es seguido del pago, y lo mismo en la obligación de valor, una vez valuada, puede ser revaluada hasta el momento del pago.

4. Nuestro sistema legal

En relación con nuestro sistema legal (art. 619, Cód. Civil), rige el nominalismo absoluto (de evaluación y de circulación) para las deudas de dinero.

El valorismo se aplica en las deudas de valor sin expresión dineraria en origen y en las deudas de valor indexadas (con expresión de dinero en origen). El valorismo se aplica también como efecto del incumplimiento de una deuda de dinero en relación con la deuda de resarcimiento del daño moratorio que se adiciona a aquélla.

El valorismo prescinde del nominalismo de evaluación, pero respeta el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nominalismo de circulación para el pago como consecuencia del curso legal que el Estado atribuye a la moneda y que la hace irrecusable para el acreedor.

Nuestro codificador, al tratar las obligaciones de dar sumas de dinero en la nota al artículo 619, expresa que se abstiene de proyectar leyes para resolver la cuestión tan debatida sobre la obligación del deudor, cuando ha habido alteración en la moneda, porque esa alteración se ordenaría por el cuerpo legislativo nacional, y agrega: "Hoy, los conocimientos económicos dan a la moneda otro carácter del que se juzgaba tener en la época de las leyes que hicieron nacer las cuestiones sobre la materia [...] hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe sino por la sustancia, por el metal oro o plata, que contenga". A continuación señala las diferentes soluciones dadas por las leyes para los casos de alteración en el valor de las monedas y concluye expresando que si hubiera de legislarse sobre la alteración de la moneda aceptaría la norma de los artículos 988 y 990 del Código austríaco que, contrariamente al Código francés, dispone: "si se ha alterado el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo".

El artículo 616 dice: "Es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas". Y el art. 619, a su vez, expresa: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación". A través de estos artículos, el Código acepta el principio "nominalista", principio en virtud del cual el deudor cumple su obligación entregando una suma igual a la pactada sin atender a la posible depreciación. El principio "nominalista" tiene la ventaja de dar certeza y seguridad a los negocios jurídicos, pero, sin embargo, el fenómeno de la desvalorización monetaria ha hecho que nuestros jueces se fueran apartando de él, en busca de soluciones acordes con las circunstancias de la época dentro de las soluciones a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, la distinción entre obligaciones de numerario o monetaria y las obligaciones denominadas de valor han jugado un papel importante. Sostiene Guastavino que esta distinción entre obligaciones de valor y obligaciones de numerario es la base sobre la que la doctrina y la jurisprudencia han podido, en su momento, elaborar soluciones que posibiliten corregir las distorsiones de la inflación.

III. SOLUCIONES JURÍDICAS AL FENÓMENO INFLACIONARIO

1. Teoría de la imprevisión

Frente al deterioro de nuestra moneda, se arbitraron soluciones para paliar los efectos e injusticias producidas. La jurisprudencia comenzó a aplicar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principios como el de la teoría de la imprevisión y el enriquecimiento sin causa. La reforma del Código Civil (art. 1198) incorporó estos institutos en respuesta a una necesidad. Asimismo, comenzaron a incluirse en los contratos cláusulas de reajustes, las que fueron legalmente consagradas en la ley 21309.

Esta teoría tiene su origen en el derecho romano. Algunos textos aplicaban la cláusula rebus sic stantibus, la que se consideraba implícita en los contratos y por la cual se entendería que las cláusulas pactadas estaban vigentes, siempre que subsistieran las mismas condiciones del momento en que se pactó, y, si se diera una modificación en esas condiciones, el juez está autorizado a revisar el contrato. Esta teoría fue aplicada luego por los glosadores y por los canonistas, y mantuvo su vigencia hasta fines del siglo XVIII, en que cayó en desuso, como consecuencia del triunfo del capitalismo y del liberalismo en el terreno económico y jurídico. Las profundas alteraciones producidas en la economía mundial, luego de las dos guerras de este siglo XX, y la inflación que en algunos países ha tenido caracteres agudísimos, no pudieron dejar indiferentes a legisladores y jueces. Después de la Segunda Guerra Mundial, los jueces pudieron revisar todos los contratos de tracto sucesivo, reduciendo las obligaciones del deudor al límite indicado por la buena fe, pasando a ser de esta manera árbitros de las obligaciones. Esta solución sólo se acepta en épocas de crisis económica. sin embargo, pueden darse situaciones que justifiquen la intervención judicial para modificar prestaciones que resultaren desproporcionadas para una de las partes. La teoría de la imprevisión se aplica cuando se da un estado de conmoción o trastorno que los franceses llaman bouleversement y los italianos sconvolgimento.

Cuando la alteración imprevisible agrava las obligaciones del deudor de manera tal que su cumplimiento lo llevaría a sacrificios excesivos, se estaría contrariando de esa forma la intención de las partes, que ha sido realizar un convenio que imponía condiciones equitativas para ambas.

Vélez Sársfield, al redactar nuestro Código Civil, consciente de que una república joven y aun desorganizada requería un orden estable, decidió eliminar todo aquello que fuera factor de inseguridad, y por ello la teoría de la imprevisión sólo se introdujo en nuestra legislación luego de la reforma de 1968.

La primera parte del art. 1198 dice: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". La teoría de la imprevisión se aplica: a) a los contratos bilaterales conmutativos o unilaterales onerosos y conmutativos; no se aplica a los aleatorios, si la onerosidad sobreviniente es consecuencia del álea surgida, no así si es ajena a dicha álea; b) a los contratos de ejecución diferida o continuada (locación, compraventa a plazos); c) cuando la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente perjudicial, produciéndose una alteración en el equilibrio de las prestaciones; d) cuando el perjudicado no hubiera obrado con culpa y no estuviera en mora. Reunidas todas estas condiciones, la parte perjudicada puede pedir la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resolución del contrato, teniendo en cuenta que en los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos; además, la otra parte podrá impedir la resolución del contrato ofreciendo mejorar equitativamente sus condiciones. En esta materia se aconseja limitar la resolución o rescisión del contratos tratando de seguir el camino del reajuste o revisión.

2. Enriquecimiento sin causa

"Los desplazamientos patrimoniales, el traspaso de bienes de una persona a otra, deben tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa. Resulta contrario a la equidad que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra, sin ningún motivo legítimo". El ordenamiento jurídico confiere a la persona así afectada una acción restitutiva, denominada de enriquecimiento sin causa (in rem verso), que tiene por objeto remediar el desmedro patrimonial injusto.

Este instituto jurídico es de vieja data, conociéndose ya en el derecho romano, el que concedía diversas acciones - en especial in rem verso - para poner coto al enriquecimiento patrimonial ilegítimo. Más recientemente, en las legislaciones contemporáneas, este principio jurídico ha sido adoptado sin excepciones, o bien haciendo numerosas aplicaciones de él a diversos casos particulares (Cód. Civil francés), dando origen a la creación de un principio general aplicable, aun a casos no específicamente previstos. Nuestro Código Civil, siguiendo al francés, adoptó este último criterio. No es del caso enumerar las aplicaciones de este instituto a las diversas circunstancias particulares contempladas en nuestro Código Civil, pero sí podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una teoría general del enriquecimiento sin causa, en virtud de la cual se otorga una acción de restitución en todos los casos (aún aquellos no previstos por el Código) en que hubiere un desmedro patrimonial sin causa.

De acuerdo con Borda, para que haya enriquecimiento sin causa es necesario que se den las siguientes condiciones: a) enriquecimiento del demandado: debe entenderse por tal cualquier tipo de beneficio de orden patrimonial por aplicación del principio nominalista de las deudas dinerarias en épocas de envilecimiento del signo monetario. Este enriquecimiento debe ser actual; es decir, a la fecha de la demanda; b) empobrecimiento del demandante: debe entenderse toda pérdida patrimonial derivada no sólo de un pago indebido, sino también de la prestación de un servicio no retribuido o de la desvalorización de la moneda; c) relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. No es necesario que el enriquecimiento patrimonial opere en forma directa entre el enriquecido y el empobrecido, sino que, por el contrario, los bienes que produjeron el enriquecimiento sin causa bien pudieron pasar por el patrimonio de un tercero; d) falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento; e) falta de otra acción: sólo podrá ser deducida cuando la ley no proteja al perjudicado con una acción específica; f) falta de culpa del empobrecido: no tiene lugar la acción en cuestión si ha mediado negligencia o mala fe del empobrecido. En los supuestos de deudas de dinero, por ejemplo, la jurisprudencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reciente hace lugar a la actualización monetaria siempre que no haya mediado mora por parte del acreedor.

Prescripción: al no tener estatuido un plazo especial, se le aplica la regla general del art. 4023, es decir, que la acción prescribe a los diez años.

Notas

Las normas que tienen por objeto permitir al juez alterar lo concertado libremente por las partes deben interpretarse de modo restrictivo.

Las fuertes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales contemporáneas que, proclamando su elogiada intención de hacer prevalecer la equidad y la justicia conmutativa, propician una interpretación generosa de los arts. 1197 y conchs. del Cód. Civil, no han logrado demostrar, en definitiva, que el daño que provocan al sistema jurídico mediante la violencia que muchas veces deben ejercer sobre sus textos deje un saldo final favorable a la justicia de la comunidad. La seguridad jurídica, hoy mirada con cierto desprecio, sigue siendo, un valor de primera jerarquía. No sólo los comerciantes e industriales se benefician de ella. Los ciudadanos que contratan, los abogados que asesoran y litigan, y los que ejercen la docencia universitaria requieren de certeza jurídica para llevar adelante sus actividades con un mínimo de confianza acerca de lo que puede esperarse de los jueces en la interpretación de leyes y contratos.

En relación con el tema de la inflación, corresponde a los jueces actuar con especial cautela. Los magistrados judiciales no pueden constituirse en árbitros o terceras partes de las convenciones. El examen de la equivalencia sinalagmática en épocas de hiperinflación es delicado. La formación jurídica de aquéllos no los habilita para ponderar el complejo conjunto de variables (económicas, políticas, sociales, externas e internas) que inciden sobre el valor de las prestaciones contractuales o sobre el modo en que la ejecución de un contrato determinado afecta la integridad de los bienes y relaciones económicas de las partes. No sólo delicados mecanismos macroeconómicos influyen en el valor de la moneda, sino que también es difícil determinar cuál es el verdadero perjuicio que ocasiona un mal negocio como resultado de la inflación.

Tanto la revisión de los contratos con un criterio amplio, para mantener la equivalencia de las prestaciones, como la indexación automática generalizada son procedimientos riesgosos cuya institucionalización puede agravar los males que con ellos se busca prevenir o aliviar.

La hiperinflación constituye un proceso económico objetivo que no puede convertir de por sí el ejercicio normal de un derecho en un mal uso de éste. Interesa a la justicia, al orden y a la seguridad jurídica el respeto a la palabra dada, que constituye una de las bases morales del entendimiento de los hombres.

El supuesto de abuso del derecho es de interpretación restrictiva, porque el acatamiento de las normas jurídicas representa de suyo valores fundamentales cuyo respeto confiere seguridad, afianza el orden y propende a la paz; crea, en fin, confianza dentro de un ordenamiento jurídico que se exhibe como inexorable.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley no ampara a quien utiliza torcidamente su derecho para perjudicar a otro con poco o ningún beneficio para sí.

El rigor en la aplicación del orden jurídico, a más del acatamiento a la distribución de poderes instituida en la Constitución, contribuye a fortalecer en los ciudadanos el respeto por la ley - condición indispensable para la vigencia efectiva del estado de derecho - y a facilitar a aquéllos el conocimiento del exacto alcance de sus derechos y deberes. Tanto la organización social como política y económica del país reposan en la ley.

El amparo judicial de los derechos es precisamente "judicial", es decir, el que se sustenta en la ley y en la prueba de los hechos pertinentes.

La seguridad jurídica es un aspecto esencial de la noción de lo justo.

No cabe invocar el enriquecimiento sin causa si en la especie en examen existe una concreta causa jurídica que determina el derecho y una imprevisión culposa que origina el empobrecimiento.

El principio del enriquecimiento sin causa cuyo campo de acción es limitado no constituye una regla generalizada, de pura equidad, que domina todo el ámbito del derecho. Es menester que no exista una razón que justifique el provecho o beneficio, esto es, que no exista una relación jurídica ya constituida que haga de causa que legitime el beneficio del enriquecido, pues de lo contrario, la generalización del mencionado principio podría llegar a constituir una amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad de las relaciones contractuales, al par que significaría una especie de panacea proyectada sobre todas las instituciones del derecho patrimonial, introduciendo el desorden y la confusión.

3. Cláusulas de reajuste

En época de estabilidad económica, la moneda mantiene un valor constante o sus oscilaciones son pequeñas. El dinero tiene un costo de uso que es el interés, y esa tasa o interés es producto del libre juego de la oferta y la demanda limitada por los principios de moral, buenas costumbres y de orden público. En casos de inflación y, por ende, depreciación monetaria, esas tasas se convierten en negativas.

Ya hemos visto que si los valores "reales" de la moneda se mantienen "constantes", la teoría nominalista es inobjetable, pero esta teoría es inaplicable en situaciones inflacionarias, en cuyo caso es necesario buscar soluciones jurídicas que equilibren los intereses de las partes. En estos casos se utilizan las "cláusulas de reajuste" o "cláusulas de garantía", que son aquellas que las partes contratantes prevén dentro del ámbito de las obligaciones y en relación con deudas de dinero referidas a un patrón o módulo determinado y con el objeto de asegurar el equilibrio de las contraprestaciones vulneradas por la depreciación monetaria. Estas cláusulas tratan de modificar el principio nominalista con el objeto de que el acreedor reciba el valor real y no un valor depreciado.

Estas cláusulas de garantía son numerosas:

a) cláusula valor oro; el deudor debe abonar con una moneda de pago que tenga el mismo valor adquisitivo del oro en el momento en que se realizó el contrato;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) cláusula valor en determinada moneda extranjera; en este caso, el deudor debe satisfacer la deuda con dinero nacional equivalente a la cantidad de moneda extranjera convenida en el contrato, ya que la moneda extranjera no es considerada dinero en nuestro país;

c) cláusula de reajuste sobre bienes o índices estabilizadores; se tiene en cuenta en este caso, como contraprestación de la obligación pactada, la cantidad de dinero suficiente para la adquisición de determinada mercadería a la fecha del vencimiento de dicha obligación. Por supuesto, esta mercadería no forma parte del objeto de la obligación, sino que se la ha tomado como módulo estabilizador o regulador. Asimismo, se utilizan cláusulas que se remiten a índices generales, como el precio de ciertos productos, el índice del costo de vida, etcétera.

La generalización de este tipo de cláusulas podría llegar a convertirse en un factor de envilecimiento de la moneda, llevando a despertar la desconfianza sobre su estabilidad, si bien el Estado podría limitarlas o prohibirlas, como sucedió en los Estados Unidos, con la joint resolution, que suprimió la cláusula oro tanto en las obligaciones del Estado como en las de los particulares, y que la Corte Suprema de ese país declaró constitucional. En nuestro país no existe ley o disposición que altere o limite los efectos de este tipo de cláusulas; por otra parte, si el Estado admite las estipulaciones financieras de este tipo para atender sus propias necesidades, no podrían prohibirlas para los particulares. La jurisprudencia ha aceptado este criterio. La Sala F de la Cámara Nacional Civil en la Capital entendió que "el recordado nominalismo del codificador (art. 619 y su nota) no ha permitido hasta ahora la alteración del valor de las deudas de sumas de dinero, pero es indudable que, de proseguir y acentuarse el fenómeno de la desvalorización monetaria, habrá de contemplarse la necesidad de extender el criterio hoy admitido por la jurisprudencia para las indemnizaciones de los daños provenientes de actos ilícitos o deudas de valor, si una legislación oportuna no prevé el caso so pena de imponer en forma exclusiva al acreedor las consecuencias de un fenómeno económico al que es totalmente ajeno". La Sala A de la Cámara Nacional Civil de esta Capital expresó; "En virtud del principio nominalista las deudas de dinero son insensibles a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, no pudiendo el acreedor pretender un incremento en la cantidad adeudada por el hecho de haberse deteriorado, durante la vida de la obligación, la capacidad de compra de la moneda de pago. Frente a ese mecanismo de las obligaciones de dinero y ante sus consecuencias en épocas de intensa inflación monetaria, se han arbitrado ciertos correctivos del objeto debido tendientes a su reajuste en función de distintos factores, con la finalidad de mantener el inicial valor económico de la prestación, son las llamadas «cláusulas de estabilización de la prestación», denominadas también «cláusulas de seguro o de garantía». Estas cláusulas, que suelen disponer el reajuste conforme a los standards más variados - por ej.: el valor del oro sobre una moneda extranjera reputada estable, como el dólar -, tienen en común que persiguen el mantenimiento de la ecuación económica inicial existente entre las partes, procurando que el acreedor reciba y el deudor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entregue un valor real, y no nominal que sea equivalente al originario. Mediante su empleo se corrige el juego del principio nominalista en las deudas de dinero, las que, respecto de las partes, quedan asimiladas a deudas de valor". Por su parte, la Sala D de la misma Cámara dijo: "Resulta razonable y equitativo aceptar cláusulas de reajuste, con el fin de evitar los perjuicios derivados de las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, cuando se acuerda al deudor un plazo para el pago".

La ley 21309 ha aceptado expresamente la cláusula de reajuste, argumentando que sin estas correcciones se infringiría la justicia conmutativa que debe reinar en las convenciones. Además, estas cláusulas son válidas en la medida que los supuestos inflacionarios y las desvalorizaciones sigan vigentes. Pero de modo alguno puede utilizárselas para encubrir operaciones usurarias o de lucros infundados, pues tal aplicación indicaría un claro abuso del derecho.

El Código Civil francés, en el art. 1895, las prohíbe expresamente; de la legislación norteamericana surge tácitamente la prohibición, y la ley inglesa no la reconoce ni la niega expresamente; en cambio, en el derecho alemán es aceptada expresamente.

IV. HIPOTECAS CON CLÁUSULA DE REAJUSTE

Partiendo del principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, analizaremos a continuación los casos en que el crédito está sujeto a una cláusula de estabilización o reajuste.

1. Situación anterior a la Ley 21309

Aun cuando la jurisprudencia no era pacífica, se admitía la validez de estas cláusulas. El problema surgía al tratarse las distintas condiciones que debían reunir el crédito hipotecario garantizado con dicha cláusula, para ser válido.

Cuando se constituía hipoteca con relación a un crédito con cláusula de reajuste, estableciéndose, asimismo, el valor "estimativo" rígido de la cobertura hipotecaria, su validez era aceptada, en general, por la doctrina, basándose en el fuerte argumento que le otorgaba el art. 3109 del Código Civil, en su segunda parte.

Más controvertida era la situación que se planteaba cuando se había pactado una cláusula de estabilización de un crédito dinerario y no se había previsto el "valor estimativo" o dicho valor estimativo tenía carácter provisional. En estos casos, las soluciones variaban en forma radical, pasando desde la postura de aquellos que consideraban que dichos actos eran totalmente nulos a otros que le adjudicaban plena validez.

Una corriente doctrinaria, que llegó a convertirse en dominante, asignó a estas hipotecas plena validez; pero limitaba el privilegio hipotecario únicamente al monto del crédito que iba a ser sujeto a cláusula de reajuste. Es decir, el aumento que sufría ese crédito, como consecuencia de la aplicación de esa cláusula de reajuste, solamente revestía el carácter de quirografario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es interesante mencionar en este punto la opinión de Alterini quien tomando un criterio de interpretación amplio del art. 3133 del Código Civil, considera posible en estos casos la efectividad de la cláusula de estabilización, en la medida en que, a través del contenido de la escritura de la hipoteca, se pudiera llegar a un conocimiento positivo de la estimación faltante o del verdadero alcance de lo estipulado, cuando hubiere una estimación provisional.

Dicha cláusula de reajuste, expresada en esas condiciones, necesitaba para su validez respecto de terceros, ser publicitada registralmente; caso contrario, tendría validez solamente con relación a los intervinientes en la escritura hipotecaria y aun a los terceros que por distintas circunstancias la hubieran conocido o hubieren debido conocerla.

2. Hipotecas posteriores a la ley 21309

Esta ley, que ha surgido como consecuencia del grave problema inflacionario que padece nuestro país durante los últimos tiempos, ha llenado un vacío en nuestra legislación. Es importante mencionar que frente a situaciones inflacionarias similares, Alemania, en 1923, dictó la ley sobre hipotecas de valor estable a través del precio oficial de una cierta cantidad de oro, trigo o centeno. Asimismo, en España, en 1959, al reformarse el art. 219 del Reglamento Hipotecario, se aceptó que el Registro anotara cláusulas de estabilización.

Algunos autores han sostenido que la ley 21309 atenta contra el principio de la especialidad, criterio que no compartimos, en la medida en que la cláusula de estabilización o reajuste se establezca con suficiente claridad a los efectos de determinar la variación del monto nominal de la cobertura hipotecaria.

Uno de los aspectos de la ley que ha dado motivo a divergencias es el referente a las distintas clases de crédito que pueden garantizarse de acuerdo con el sistema por ella establecido.

Así, Orelle, basándose en el art. 1º de la ley, que dice: "Si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar a obligaciones en dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste [...]", considera ,que el beneficio de la ampliación del monto garantizado con hipoteca sólo se refiere a las obligaciones dinerarias.

Sin dejar de reconocer que los arts. 1º, 4 y 5 de la ley 21309 se refieren a hipotecas que garantizan obligaciones de dinero, consideramos que ello no implica que créditos de diferentes naturaleza no puedan ser garantizados con hipotecas reajustables. Este criterio amplio de interpretación de una ley de escasa técnica jurídica se encontraría sustentado en los términos vertidos en la exposición de motivos, al hablar del "valor estimativo" del crédito, y, asimismo, permitiría cumplir en mayor extensión con la finalidad que se tuvo en cuenta al redactarla.

3. Requisitos exigibles para extender el principio de la especialidad hipotecaria

De acuerdo con los términos de la ley 21309, es necesario:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) consignar la cantidad cierta de la deuda originaria. Este elemento permite fijar la base de la cobertura hipotecaria. En las obligaciones que tienen un objeto no dinerario, este recaudo se consideraría cumplido con la declaración del "valor estimativo";

b) consignar la cláusula de estabilización o reajuste con expresa mención de los números índices de actualización adoptados. Alterini expresa que "La referencia legal a «números índices» debe interpretarse [...] como sucedánea de números ,indicadores, de «módulos estabilizadores» y no restringirse a índices del costo de vida; por ello, tanto puede acudir al módulo del valor oro, de determinada moneda extranjera, de una mercadería de alguno de los índices del costo de vida, etcétera; c) períodos de reajuste. La determinación de los períodos en que se efectuarán los reajustes, juntamente con los otros dos requisitos previamente analizados, nos permitirán calcular cuál es el reajuste de la operación. d) tipo de interés pactado. El art. 6° de la ley 21309 establece las pautas a que deberán someterse los intereses que se pacten en las obligaciones hipotecarias sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste.

Es, asimismo, importante establecer si es posible indexar los intereses pactados. Entendemos que tal extremo no es posible. Nos basamos en el mismo texto de la ley, que en su artículo 69, precedentemente relacionado, limita la tasa de interés, y que dicha ley es complementaria y aclaratoria de las normas similares del Código Civil.

Asimismo, en su articulado se establece una y otra vez que el reajuste es del capital, mientras que los intereses son una renta o excedente que compensa la inversión, o sea que brindan una ganancia al acreedor.

Es más clara la redacción de la ley española, que limita la indexación pura y exclusivamente al capital adeudado. Ello no obsta, sin embargo, a que la tasa de interés pactado pueda variar si así se estableciera, en cuyo caso no estaríamos frente a una indexación de los intereses, sino a una variación de la tasa establecida.

V. EL PAGARÉ HIPOTECARIO. SU VINCULACIÓN CON EL AJUSTE DE LOS PRÉSTAMOS

Con respecto a este tema, se nos presenta como problemática, si es factible aplicar la ley 21309, cuando, al constituirse una hipoteca con cláusula de estabilización, simultáneamente se libran pagarés hipotecarios. No analizaremos aquí las características de estos últimos; simplemente recordamos que para que se consideren como tales, es imprescindible que se encuentren especificados en la escritura hipotecaria, a fin de individualizarlos perfectamente - lo que es aceptado por la generalidad de la doctrina -, así como también la posterior anotación en el Registro de la Propiedad, la que es establecida obligatoriamente, tanto para la constitución como para las renovaciones por el artículo 3202 del Código Civil.

Esta intervención registral es la que asegura la identificación de aquéllos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pues los vincula en forma precisa con la escritura hipotecaria que les dio origen.

Es conveniente citar - también la opinión de Alterini, quien basándose en su tesis de que el pagaré hipotecario, aunque literal, autónomo y abstracto, es, a diferencia del simple, incompleto, pues se integra con las especificaciones de la escritura hipotecaria respectiva - llega a la conclusión de que son plenamente operativas las cláusulas de estabilización en ellos. Coincidimos con esta opinión.

No vemos razón para negar la aplicabilidad de las cláusulas de reajuste a los pagarés hipotecarios, cuando ellos deben necesariamente remitirse a la escritura hipotecaria.

Esta misma relación entre el pagaré y la escritura es la que nos permite opinar que nos es necesario que la referencia a la cláusula de reajuste figure en el título de crédito, sin perjuicio de la conveniencia de su inserción en él, ya que facilita el conocimiento de esta circunstancia.

Por último, cabe señalar que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, en la disposición técnico - registral 8/76 ha receptado las disposiciones de la ley 21309, y, con referencia a las hipotecas constituidas en garantías de créditos con cláusula de reajuste y con pagarés hipotecarios, establece que éstos "solamente se registrarán en cuanto sus montos coincidan con el monto originario del gravamen, independientemente de las relaciones contractuales posteriores y los efectos de la citada cláusula".

Los pagarés hipotecarios y el reajuste han sido temas tratados por los notarios en sus reuniones y encuentros. Transcribimos a continuación distintos despachos producidos en los últimos años con motivo de estos encuentros.

IX Reunión Jurídico Notarial de Santa Fe, 12 y 13 de agosto de 1977, parte pertinente, correspondiente al despacho producido sobre el tema I: "Normativa sobre pagaré hipotecario. A nuestro juicio, bastaría una ley que establezca los siguientes puntos: 1. Su remisión expresa basada en un contrato tipo, sin perjuicio de las particularidades extracambiales que regirán entre el acreedor y el librador. 2. Que tal título esté regido por uno o varios índices oficiales preestablecidos con carácter taxativo. 3. Remisión a la legislación mercantil en lo concerniente a la cambial, y subsistencia de la civil para el negocio hipotecario. 4. Determinación de la competencia para los casos de ejecución y/o litigio. 5. Creación de normas de procedimiento y registrales, que si bien por integrar la figura jurídica misma serán susceptibles de regulación nacional, para evitar conflictos derivados de nuestra organización federal, deberán surgir de acuerdos interprovinciales o recepción del modelo central. Que hasta tanto se modifique la legislación positiva vigente, sólo cabe la posibilidad brindada por la ley 21309, con relación al crédito que, instrumentado en pagarés, se garantiza con el derecho real de hipoteca, no significando esto, en manera alguna, que tal situación se pueda reflejar en los pagarés, los cuales sólo circularán por el importe original y determinado que ellos consignan, quedando el crédito que pueda resultar como consecuencia de aplicar la cláusula de estabilización o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reajuste en cabeza del primitivo acreedor, quien, para lograr su transmisión, deberá recurrir a la cesión en la forma que prevé la legislación civil".

Posición de los escribanos Farini y Garrone: 1. Que, dado el estado actual de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, se considera válido y favorable a la dinámica de la contratación la emisión de pagarés derivados de una hipoteca con cláusulas de reajuste. 2. Que las dificultades y desencuentros que se plantean a la doctrina y a la jurisprudencia son debidos a la manifiesta hibridez de la naturaleza jurídica de este título de crédito, al que puede definirse como pagaré "calificado o derivado". 3. Que toda la experiencia aprehendida en el uso del «pagaré hipotecario» sirve de abono para un manejo solvente de este nuevo instrumento nacido a la luz de la ley 21309. 4. Que la ley 21309 modifica en aspectos importantes los Códigos Civil y Comercial, pero de su contexto no puede inferirse la prohibición de instrumentaciones de deudas derivadas de mutuo hipotecario, con pagarés de valor reajutable".

VII Jornada de Derecho Civil, del 26 al 29 de setiembre de 1979, parte pertinente, correspondiente al despacho producido por la Comisión IV, Recomendación N° 5, punto quinto: "A los pagarés hipotecarios, ingresados con la escritura, les son aplicables las cláusulas de estabilización regidas por la ley 21309".

VI Jornada Notarial de Entre Ríos, del 15 al 18 de mayo de 1980, parte pertinente, correspondiente al despacho producido por la comisión que trató el tema II, punto séptimo: "Pagaré hipotecario con cláusula de reajuste: no existe inconveniente legal en librar un pagaré hipotecario de valor reajutable. Es aconsejable la inserción en el mismo documento de la cláusula estabilizadora pactada en la obligación a los efectos de una mejor información para su ulterior negociación o circulación. Asimismo, se aconseja que en el documento se permita la posibilidad de incluir la constancia del saldo actualizado cuando se pactan reajustes antes del vencimiento de la obligación general o cuando se negocia o transmite por endoso".

Finalmente, en la IX Convención Notarial de la Capital Federal, del 29 al 31 de mayo de 1980, también se pronunció sobre el particular, el despacho aprobado por la comisión número 1, en su última parte, que dice: "En materia de pagarés hipotecarios, se considera que la cláusula de estabilización que contiene la hipoteca tiene aplicación en dicho documento. Es aconsejable que la mención de la cláusula o su transcripción conste en el texto del pagaré".

VI. PROPUESTA

No derogar el nominalismo absoluto, porque en períodos de estabilidad, la relación valor real valor nominal de la moneda no se altera. y, además, porque el principio mantiene la convicción de que sin moneda sana no hay economía sana.

Para períodos de inestabilidad o depreciación monetaria auspiciamos las soluciones valoristas analizadas, mediante cláusulas de reajuste que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deberán registrarse.

Si hubiere pagarés, ellos deben remitirse a la escritura hipotecaria no siendo necesario que la referencia a la cláusula de reajuste figure en el título del crédito, ello, sin perjuicio de la conveniencia de su inserción. Se registrarán por el monto originario del gravamen.

BIBLIOGRAFÍA

Alberdi, J. B., Escritos Póstumos, y. I. - - Obras completas, vs. VI y VII.

Alterini, Jorge Horacio, "Las cláusulas de estabilización y principio de especialidad en la hipoteca", E.D. 4773/74, año 1979.

Bustamante Alsina, J. H., "Indexación de deudas de dinero", L.L., 1975 - D, pág. 584.

- "Nominalismo", Rev. Not. Convención Notarial Colegio de Escribanos de la Capital Federal, temas III y VIII.

Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Contratos.

- Tratado de derecho civil, Derechos reales, t. II, pág. 261.

Cauzeaux, Pedro N. y Tejerina, Wenceslao, "Ajuste de las obligaciones dinerarias".

Gide, Charles, Principios de Economía Política.

Gondra, L. R., La teoría cuantitativa de la moneda. Las ecuaciones dinámicas de J. M. Keynes, Buenos Aires.

Guaglianone, Aquiles H., Obligaciones.

Guastavino, Elías P., El derecho Civil ante la inflación.

Keynes, J. M., The general theory of employment interest and money, London. 1936. Hay traducción española, México, 1943.

Mariani de Vidal, "Hipoteca y créditos reajustables. Ley 21309", E.D., 67 - 769 y siguientes, pág. 774.

Mosset Iturraspe, "El precio en la compraventa inmobiliaria", R. del Not. 744, pág. 1859.

Orelle, José M. R., "El principio de la especialidad en las hipotecas en garantía de obligaciones reajustables", Revista del Notariado 748, pág. 938.

Pareto, y. I. Ray, José D., "Obligaciones de valor y de dinero", L.L., 1975 - B, pág. 368.

Rezzónico, Luis María, Obligaciones.

Salvat, Raymundo L., Derecho civil argentino.

Trigo Represas, Félix, Obligaciones de dinero y depreciación monetaria, Ed Platense 1965, pág. 217.

Von Mises L., Teoría del dinero y del crédito, Madrid.