

Hipoteca en moneda extranjera. Hipotecas de curso legal o de monedas que no lo tienen. El monto en las hipotecas

Rubén A. Lamber*

RdN 921

RESUMEN

Se analizan dos temas fundamentales relacionados con el crédito, conforme a la nueva legislación Civil y Comercial. Por un lado, las hipotecas en moneda extranjera, con la debida interpretación de los arts. 765 y 766 del CCCN, avalada por fallos anteriores y contemporáneos a la sanción del Código; la declaración de no ser de orden público el art. 765 y la posibilidad de renunciar a la opción de pago en moneda nacional marcan un hito importante en la autonomía de la voluntad. Por otro lado, la confusa redacción de los arts. 2187 y 2193. El primero, comprensivo de créditos puros y simples de monto preciso y determinado y de los que lo son a plazo condicional o eventual, pendientes de nacimiento al momento de su constitución y, por tanto, indeterminados, con respuesta uniforme para ambos supuestos mediante la fijación de un monto estimado en todos los casos, comprensivo de capital, intereses, daños y perjuicios etc. El segundo, referido únicamente a las de monto determinado, generalmente provenientes de mutuos o saldos de precio de compraventa, que se registran por su valor real, pero que en forma accesoria garantizan igualmente los intereses compensatorios y punitivos, daños, etc., diferenciado de las llamadas hipotecas abiertas en que necesariamente el monto fijado debe involucrar todo y lo que excede queda sin garantía.

Sumario: **1.** Hipotecas en moneda extranjera. **1.1.** Primeras consideraciones. **1.2.** El principio de la buena fe. **2.** Moneda de curso legal y extranjera. **2.1.** Introducción. **2.2.** Evolución histórica. **2.3.** Naturaleza jurídica del dinero. **2.4.** Análisis del artículo 765 CCCN. **2.5.** Primer fallo de Cámara sobre moneda extranjera. **3.** Especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito. Interpretación del monto en la extensión de la garantía. **3.1.** Introducción. **3.2.** Esquema interpretativo. **3.3.** La discusión en el esquema velezano. **3.4.** La invalidez por falta de especialidad en cuanto al crédito. **3.5.** La validez de las hipotecas abiertas en la doctrina anterior al nuevo CCCN. **3.6.** La interpretación del artículo 2189 del nuevo CCCN. **3.7.** Hipotecas de monto cierto y determinado. **3.8.** Conclusión. **4.** Reflexiones finales.

* Información sobre el autor en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>.

1. Hipotecas en moneda extranjera

1.1. *Primeras consideraciones*

Cuando hablamos de hipotecas en moneda extranjera, nos referimos principalmente al contrato de mutuo con la mentada garantía real, como cuando lo hacemos con las hipotecas en moneda de curso legal, pero con la consabida diferencia interpretativa que mereciera en nuestro derecho a través de largos años de vigencia del Código Civil velezano (CCIV). Si era moneda extranjera, no tenía curso legal en la República y, por tanto, no se regía por el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, sino de dar cantidades de cosas. Pero con el tiempo, y tras la sanción de la Ley 23928, quedaron ambas equiparadas bajo un mismo régimen, es decir, como obligaciones de dar sumas de dinero, que ahora –con la sanción del nuevo Código (CCCN)– vuelven a separarse. Sin embargo, ello no tiene gran incidencia en cuanto al mutuo, porque a este contrato (tanto en el Código velezano como en la actual legislación) poco le importa la diferencia, por cuanto la moneda no hace a su esencia.

Ya decía Borda en relación con la definición del artículo 2240 del Código velezano que la médula del mutuo es un préstamo y, como tal, se entiende de uso. Pero como comprende cosas consumibles, el uso no permite su devolución, debiendo restituirse otra cosa de la misma especie y calidad. Incluso, si no fuera consumible, sino simplemente fungible, equiparado a aquellas, siendo las cosas fungibles idénticas unas a las otras, “siempre que una persona ha entregado una cantidad de ellas, sea a título de préstamo, depósito, mandato, etc., sólo puede exigir que se le devuelva otra de la misma especie y calidad”¹.

La nueva legislación pone el acento, en materia de mutuo, en las cosas fungibles, por cuanto la diferencia no afecta a la naturaleza del contrato y en ambos casos no se restituye la misma cosa, sino otra de la misma especie y calidad. Las cosas consumibles, según el artículo 231 CCCN son “aquellas cuya existencia termina con el primer uso”, mientras que las fungibles son aquellas en que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y puede sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad” (art. 232 CCCN). Por tanto, la naturaleza del mutuo está determinada por el compromiso del mutuante a entregar al mutuario en propiedad (dado que la cosa dada ya no se devuelve en su propio ser) una determinada cantidad de cosas fungibles, y el mutuario se obliga a devolver, no la misma cosa, sino igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie. Si la cosa entregada es trigo, se le deberá restituir la misma cantidad de trigo y de la misma especie y calidad. Y si es moneda, de curso legal o extranjera, el deudor debe reintegrar, como ya lo señala el artículo 766 CCCN, “la cantidad correspondiente de la especie designada”.

La posibilidad del mutuo en dinero resulta no solo de la naturaleza expresada, sino de la propia expresión del artículo 1527 CCCN, cuando en su segundo párrafo establece que “si el mutuo es en dinero, el mutuario debe intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada”. Tiene igual tratamiento la moneda extranjera, a pesar de la diferencia que resulta del artículo 765 CCCN en cuanto a sus efectos, propios de las de dar sumas de dinero cuando lo es de curso legal o de las

1. BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1987, p. 862.

de dar cantidades de cosas, cuando no lo es. Se desprende claramente de la lectura de esta norma, que dinero es tanto la moneda de curso legal como la extranjera, por cuanto diferencia esta última por una asimilación a las de dar cantidades de cosas, reguladas con toda prolijidad por el Código velezano, pero omitidas en el actual, salvo esta referencia meramente comparativa. En la legislación velezana, ambas obligaciones estaban comprendidas en el tratamiento de las obligaciones con relación al objeto, específicamente en el Título VII “De las obligaciones de dar” (arts. 574-624), dividido en cuatro capítulos: “De las obligaciones de dar cosas ciertas”; “De las obligaciones de dar cosas inciertas”; “De las obligaciones de dar cantidades de cosas”; “De las obligaciones de dar sumas de dinero”.

En la primera etapa de nuestra legislación civil, al no darse a la moneda extranjera el tratamiento igualitario con la de dar sumas de dinero de curso legal, se aplicaban las normas sobre obligaciones de dar cantidades de cosas del Capítulo 3 (arts. 606 a 615 CCIV), a los que se remitía el artículo 2253 CCIV. Hoy se vuelve a esta separación en el tratamiento de las obligaciones de dar sumas de dinero para las referidas a las de curso legal, y de dar cantidades de cosas a las de moneda extranjera, a través de la distinción que hace el artículo 765 CCCN, con un limitado tratamiento de éstas últimas. En el Código velezano tenían una perfecta regulación, que hoy puede servir de fuente interpretativa de los casos implicados.

Si no hay normas expresas sobre esta materia, basta la sola remisión que hace el artículo 765 CCCN, ratificada por el artículo 766 CCCN, cuando expresa “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada”, que coincide con artículos más precisos de la anterior legislación, como lo eran el 607 y 608 CCIV, en cuanto establecían que el deudor debe dar –en lugar y tiempo propio– una cantidad correspondiente al objeto de la obligación de la misma especie y calidad. Y teniendo por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, con el derecho del acreedor de exigir del deudor igual cantidad de la misma especie y calidad (con los perjuicios e intereses), o su valor corriente en el lugar y día de vencimiento de la obligación.

1.2. *El principio de la buena fe*

Tanto en el Código velezano como en el actual queda establecido un concepto básico, que es –bajo el principio de la buena fe, que implica los principios romanos de vivir honestamente– no dañar a los demás y dar a cada uno lo suyo, de no cambiar los fines mediante opciones normativas que pueden provocar efectos contrarios a los previstos. Y, justamente, el artículo 765 CCCN da la opción de poder liberarse el deudor dando el equivalente en moneda de curso legal. Si la regla es dar la misma cantidad de la misma especie y calidad, no puede disponerse como obligatoria el uso de la opción, porque indudablemente favorece siempre al que debe pagar, generando un desequilibrio.

Sabemos que rara vez en la historia política y económica de la Argentina las cotizaciones oficiales se corresponden con las cotizaciones internacionales, con lo que dar en moneda de curso legal, la cantidad de moneda necesaria para adquirir los dólares o euros (o lo que fuera pactado) difiere en muchos casos, que genera grandes pérdidas al que recibe a valores locales.

Por tanto, ninguna norma puede ampararse en la buena fe para respaldar una conducta que va a ser propicia para una sola de las partes, según ya lo desarrollamos en el comentario a estos artículos del Código Civil y Comercial². Por tanto, la opción es perfectamente renunciabile en respeto a la autonomía de la voluntad, que debe estar protegida por ese principio rector de la buena fe.

Y como sostuviera el reciente fallo que más adelante comentaremos (ver 2.5), en autos “F. M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación” y “L., T. y otros c/ F. M. R. s/ ejecución hipotecaria”, fechado en el mes de agosto de 2015, la deudora que pretende pagar a una cotización inferior (a la que resulta del valor de mercado al momento de pago) conocía los riesgos del mercado al momento de contratar y no puede alegar imprevisión, y aun cuando hubiere dificultades para adquirir la divisa elegida,

... existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida.

Como sostiene el voto del doctor Galmarini, en acuerdo con los doctores Zannoni y Posse Sagüier, la imposibilidad debe ser probada. Pero además, el artículo 765 del CCCN “no resulta ser de orden público” y, en tal caso, rige la autonomía de la voluntad y no habría inconvenientes en que las partes pacten –como dice el artículo 766 CCCN– que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada. Conforme con ello, la regla es dar la misma cantidad de la misma especie y calidad, pero si ello no fuera posible por circunstancias efectivamente acreditadas, la entrega de moneda de curso legal debe tener una equivalencia genuina con la realidad del mercado. Esta conclusión es la tradicional de la doctrina y jurisprudencia anterior, que resumía Busso³ de esta forma:

Ha de pagarse la misma cosa recibida (art. 740) y debe responder el deudor de las consecuencias de su mora (art. 508). En consecuencia, si en el tiempo posterior a aquel en que la obligación venció y debe pagarse, el cambio se modificara en forma que perjudique al acreedor, el deudor, aparte de pagar la deuda al cambio del día del vencimiento, tendrá que indemnizar la diferencia de cambio operada.

Arribamos así a la otra problemática que plantea la nueva legislación, cuando se hubiera garantizado con hipoteca, en la diferencia existente entre el monto de constitución y el que corresponde al momento de pago, porque en la interpretación que se diera en los artículos 2189 y 2193 del CCCN, aun para quienes sostenemos que regulan dos situaciones distintas –el primero para las hipotecas abiertas de monto indeterminado y el otro para las de monto fijo y determinado–, se podría sostener que la cobertura y el privilegio tendría que estar dentro de un monto prefijado, y todo lo que excede quedaría fuera de ella. Pero resulta que el monto de esta hipoteca es indudablemente fijo y determinado, que es el establecido al momento de la consti-

2. Ver CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea - FEN, 2015, t. 3, pp. 265 y ss.

3. Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1958, t. IV, p. 263.

tución, pero en moneda extranjera; y aunque por alguna razón se hubiera fijado la equivalencia para la inscripción registral en moneda de curso legal (en tanto resulte claramente que se dio moneda extranjera perfectamente individualizada y hasta se pactó la plaza que se tomará como referencia para determinar la cotización al momento del pago) no hay indeterminación, por cuanto, como plantea el artículo 2193 CCCN, el valor del cálculo de intereses se determina por un simple cálculo.

Indeterminado es el valor que se desconoce totalmente al momento de la constitución y, tratándose de moneda extranjera, podría ser el caso de una cuenta corriente bancaria en dólares o un acuerdo indemnizatorio por daños cuya cuantificación al momento de pago autoriza el artículo 772 CCCN:

Si la deuda consiste en cierto valor, el momento resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero, se aplican las disposiciones de esta Sección.

En tales supuestos, el monto es indeterminado al momento de constitución de la garantía y, por tanto, no queda otro remedio que aplicar el régimen del artículo 2189 para las llamadas hipotecas abiertas, con una estimación del valor, que es hasta donde responde la garantía. Pero en los supuestos de deudas por un mutuo o un saldo de precio de una compraventa de un inmueble, el monto en moneda extranjera –al tiempo de la constitución de la hipoteca– es indudablemente cierto y determinado y, por tanto, la garantía cubre incluso los daños (art. 2193 CCCN). Y el privilegio comprende tanto el monto resultante, que no es más que el del momento de la constitución en la citada moneda, así como los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art. 2583, inc. b), y 2582, inc. e) CCCN).

Seguidamente, desarrollaremos la historia y evolución de las problemáticas de la moneda de curso legal y extranjera en nuestro país, y luego, el tema del monto de las hipotecas, según se trate de las de monto fijo y determinado y o de las llamadas abiertas.

2. Moneda de curso legal y extranjera

2.1. Introducción

El Código Civil y Comercial nos obliga a replantear temas tan urticantes como lo son las obligaciones de dar sumas de dinero o las de dar cantidades de cosas. Estas últimas son casi ignoradas en la nueva legislación, pero existen por la sola remisión que se hace a ellas al tratarse de obligaciones en las que se estipulara dar moneda que no sea de curso legal en la República (art. 765). En todo caso, lo no regulado tiene recepción a través de los usos y costumbres derivados de la vieja legislación. Desde esta óptica, podemos considerar a nivel interpretativo los efectos de aquellas obligaciones de dar cosas que consten de número, peso o medida (art. 606 CCIV). Las dos últimas expresiones están referidas a cosas materiales sólidas, como el trigo, el maíz, etc., que no se cuenta por grano sino por peso, y de cosas líquidas, que se individualizarán por

litros o sus múltiplos, mientras que el número es afín con la moneda, teniendo como tal a las que no son de curso legal (moneda extranjera).

Al hablar de moneda, debemos señalar la diferencia con la expresión *dinero* y, para ello, recurrimos a Busso, quien –siguiendo a Nussbaum– señala que el dinero tiene un alcance abstracto. Para señalar los cuerpos materiales que sirven como instrumento concreto de intercambio, se utilizan las expresiones *moneda*, *signo monetario*, *especie monetaria*, *pieza monetaria* o *billete*, reservada esta última exclusivamente para la moneda papel⁴. Concretamente, el dinero comprende tanto la pieza de metal como un trozo de papel. Pero mientras la primera –si es de oro o plata– tiene un valor intrínseco, que es el del metal que lo conforma, la de papel tiene un valor representativo: allí puede diferenciarse la moneda de papel –que descansa en la obligación de reembolso o conversión a metal que asume el emisor (poder público)– del papel moneda, sin respaldo de conversión, que vale simbólicamente, por la confianza que merezca según el cuidado del emisor en mantener su equivalencia o la desvalorización que resulta de la excesiva emisión, acompañada por la falta de respaldo.

En cuanto a la moneda extranjera, Busso⁵ señala que no es dinero fuera de los límites de su soberanía, y por ello se lo considera como mercadería; no obstante, puede tener el carácter de dar sumas de dinero, si así se lo atribuye normativamente, como sucediera con la Ley 23928 del año 1991, que modificó los artículos 617, 619 y 623 del CCIV, ratificada con la Ley 25561, hasta la actual reforma del Código Civil y Comercial.

La moneda deja de ser entonces obligación de dar suma de dinero y retorna al criterio de dar cantidades de cosas. En mérito a ello, y ante la futura interpretación de las nuevas normas, conviene recordar los artículos 607 y 608 del CCIV, por cuanto –como dice el primero de ellos– el deudor debe dar, en lugar y tiempo propios, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad, que concuerda con la referida actualmente a las obligaciones de dar dinero. Allí, el artículo 766 establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada y con los actuales principios de identidad, integridad, puntualidad y localización del pago (art. 867), y en particular, la de no dar el deudor ni recibir el acreedor una prestación distinta a la debida (art. 868). Debe recordarse también que si la obligación (art. 608 CCIV) tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad, con los perjuicios e intereses o su valor según el valor corriente en el lugar y día de vencimiento de la obligación.

Con cita de Savigny, Luis De Gásperi⁶ diferencia respecto del dinero el valor nominal del valor metálico y del valor corriente. Define el valor nominal como el atribuido a cada pieza de moneda por voluntad del Estado emisor, que, según su forma, puede serlo por la simple amonedación o por una notificación pública hecha por ley. Se lo llama también valor externo o valor legal⁷, que connota

4. Ídem, p. 211.

5. Ibídem.

6. DE GÁSPERI, Luis, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, TEA, 1964, t. II “Obligaciones en general”, p. 538.

7. Ídem, p. 539.

... la idea de que el valor nominal supone una prescripción legislativa en virtud de la cual los súbditos de un Estado deben tener este valor por verdadero en sus relaciones jurídicas...

Valor metálico, en cambio, es el atribuido a la moneda en consideración al peso de plata u oro puro que entre en ella⁸ y valor corriente es el que la opinión pública atribuye a una cierta especie de moneda⁹.

Si partimos del principio establecido por De Gásperi, de que el dinero es una cantidad¹⁰, es difícil establecer la sutil diferencia que pudiera resultar de las obligaciones de dar cantidades de cosas de las de dar sumas de dinero. Solo el oportunismo legislativo –según las circunstancias predominantes– diferencia cuando se trata de cosas (trigo, vino, etc.) calculadas por peso o medida, de la moneda de curso legal o la moneda extranjera, que confiere a su dueño el poder de adquirir riqueza. Diferenciadas hoy en el artículo 765 como obligación de dar dinero, si el deudor debe cierta cantidad de moneda (determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación), si se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

De lo expresado resulta que si se trata de moneda de curso legal –y ante la imposibilidad de indexar sus valores, salvo supuestos excepcionales de deudas de valor–, el criterio para utilizar es el del nominalismo. Es decir, se debe tanta cantidad de la moneda de curso legal como se hubiera establecido en el acto constitutivo, aunque deberán diferenciarse las obligaciones de restituir de las que resultan de la transferencia de derechos reales, que pueden estar sujetas a convenios especiales. Mientras que cuando se trata de moneda extranjera (equiparable a la mercadería, pero con la particularidad de que lo es como moneda y no de otra especie), al aplicar las reglas de las obligaciones de dar cantidades de cosas, nos encontramos con la duda ante la alternativa normativa de dar el equivalente si el mismo es al momento de la constitución o al momento de pago, en cuyo caso estaríamos apelando al valor corriente.

Remitiendo la cuestión al artículo 610 del CCIV, debemos recordar que cuando la obligación tuviese por fin constituir o transferir derechos reales y la cosa ya individualizada se perdiese (semejante a la prohibición de la circulación de esa moneda en el país) o se deteriorase en su totalidad por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, con más lo perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses.

Parece ser que el tratamiento de estas obligaciones difiere de las de dar sumas de dinero, porque en estas circunstancias el cálculo de valor se aproxima al valor corriente, o sea, el del momento de pago, y no al valor nominal pactada en la constitución de la obligación. Al efecto, sostiene Salvat¹¹ que si resultare imposible la entrega

8. Ídem, p. 540.

9. Ídem, p. 542.

10. Ídem, p. 543.

11. SALVAT, Raymundo L., *Tratado de derecho civil. Obligaciones en general*, Buenos Aires, TEA, 1963, t. I, p. 375.

por el deudor de la misma especie y calidad de la cosa debida, el acreedor tendría que conformarse en tal caso con el pago del valor de la cosa, con los daños e intereses calculados en la forma común.

2.2. Evolución histórica

Siguiendo los pasos de la lenta organización institucional del país, la moneda pasó por distintos períodos, desde su inexistencia total como moneda de curso legal, en cuyo caso circulaban libremente monedas extranjeras de oro o plata, sin que ninguna norma haya podido fijar su valor, ni establecer cuáles eran de curso legal.

Después de la Constitución de 1853, comenzó a organizarse un sistema monetario propio y por la Ley 32 del 21/5/1863 se atribuyó curso legal al papel moneda de Buenos Aires. No obstante, por Ley 71 del 26/10/63 se dio curso legal a monedas de oro extranjeras, al tiempo que se sancionaba el Código Civil¹².

Por Ley 733 del 23/9/1875, se creó el peso fuerte en monedas de oro y se estableció la forma de acuñación y equivalencias con monedas extranjeras. Sus múltiplos fueron el medio colón, el colón y el doble colón, que eran de 5, 10 y 20 pesos fuerte, respectivamente. Teníamos, entonces, moneda metálica, con valor intrínseco, pero como circulaban billetes emitidos por el Banco Nacional y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se dictó la Ley 773 para legalizar esas emisiones pero al mismo tiempo para autorizar a los bancos a suspender la conversión de sus billetes.

Con la Ley 974 del 16/9/1879, se creó el peso plata, para circular juntamente con el peso oro y el peso papel de curso legal. Se autorizó a cancelar las obligaciones con la consigna de que el acreedor recibiera la misma cantidad absoluta de oro o plata que representara la obligación al tiempo de sanción de la ley. No se consideraba el valor nominal, sino que las deudas pecuniarias correspondían al valor metálico de la moneda pactada.

El 5/11/1881 se dictó la Ley 1130, bajo la unidad monetaria de oro o plata, disponiéndose su acuñación y el carácter forzoso en toda la Nación y se prohibió la circulación legal de monedas extranjeras de oro o plata. Cuando en los contratos se hubiere estipulado moneda extranjera en el exterior para cumplirse en el país, debía exigirse en moneda nacional por su equivalente.

Hasta aquí, el sistema monetario no generaba conflictos mayores, por cuanto todas estas monedas (nacionales o extranjeras) tenían un valor intrínseco –como ya se señalara– por su contenido metálico, hasta que la Ley 1734 del 15/10/1885 dispuso la *inconversión* de los billetes emitidos por los bancos autorizados. Pero se regularon las obligaciones contraídas en pesos moneda nacional oro, para ser pagados en billetes inconvertibles, con lo que desapareció la garantía del valor metálico y se estableció que las pactadas en moneda especial –diríamos hoy moneda extranjera– debían cancelarse teniendo en cuenta el valor de esos billetes en plaza el día de vencimiento, con lo que estaríamos asignando al supuesto, el valor corriente. Sin embargo, la falta de conversión del billete, por más curso forzoso que la ley haya establecido para su circulación, cae el valor nominal mismo, a contrario de lo que sucede con el valor

12. Busso, Eduardo B., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 215.

metálico, tal como ocurriera con los *assignes* o *mandats* en Francia en la época de la Revolución de 1789, que perdieron todo valor en poco tiempo mientras desaparecía la moneda metálica preservada para asegurar riqueza, como sucede hoy mismo con el recurso de ahorrar en moneda extranjera, ante su mayor estabilidad y no ya por la garantía metálica¹³.

Ante estos peligros y las consiguientes crisis económicas, en 1899 se dictó la Ley 3871, por la que se dispuso que se convertía la emisión fiduciaria de curso legal que estaba circulando en moneda nacional de oro; es decir, moneda papel que podría convertirse en metálico al valor dispuesto, una vez organizada la forma de hacer efectiva la conversión, dificultada por la falta de oro y la fijación de una relación de equivalencia que, de ser aplicable a las relaciones entre particulares, era inferior en la cantidad necesaria para adquirir el oro, salvo que se interpretara que esa relación estaba limitada a las relaciones de conversión que la caja cumplía, sin afectar a los particulares¹⁴.

En medio de estas disputas, entre la letra fría de la ley y la realidad económica cambiante, llegamos a la gran crisis provocada por la guerra de 1914, desapareciendo la posibilidad de conversión con los consiguientes efectos devaluatorios de los billetes.

Por la Ley 9478 del 8/8/14, se acordó una prórroga de 30 días para el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero y las pagaderas a oro quedarían prorrogadas por tiempo indefinido. Perdía toda efectividad la Caja de Conversión (Ley 9481) y se generalizaba la prórroga, autorizando al Poder Ejecutivo a suspender por el término de 30 días en forma sucesiva (Ley 9506 del 30/9/14), para, finalmente, disponer la prórroga *sine die* por el Poder Ejecutivo, hasta nueva disposición. Se recuperó la conversión en un corto plazo (entre el 25/8/1927 y el 16/12/1929) en que desaparece definitivamente, con la consiguiente inestabilidad en el valor de la moneda.

En 1935 se produjo la explosión regulatoria del sistema monetario argentino, con la creación del Banco Central (Ley 12155), la sanción de la Ley de Bancos (Ley 12156), la creación del Instituto Movilizador de Inversiones Bancarias (Ley 12157) y la modificación de las leyes orgánicas del Banco Nación (Ley 12158) e Hipotecario (Ley 12159), culminando con la Ley 12160, que otorgaba funciones monetarias al Banco Central. Desparecía la Caja de Conversión, cuyo oro pasaba al Central y este se ocupaba de la emisión de billetes. Todas del 28 de marzo de 1935.

Comienzan entonces las disputas entre particulares, para defenderse del grave daño que les causa el impropio tratamiento del Estado en materia de política monetaria. Y ante la debilidad del billete, se establecieron cláusulas de pago en oro o en moneda de oro, o en pesos oro, como moneda de cuenta. Esto generó un conflicto legal, por cuanto el cumplimiento de la obligación no puede serlo sino en la moneda de curso legal, no obstante lo cual, se giró la solución a la implementación de una cláusula valor oro, cuya aceptación se fundaba en no negar el medio de pago a los billetes de curso legal, sino de establecer la cantidad que se necesitaba de los mismos para hacer efectivo el valor que resultaba del patrón de valores.

13. DE GÁSPERI, Luis, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 543.

14. BUSSO, Eduardo, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 217.

Ratificando este concepto, Busso¹⁵ señala que

... la cláusula oro constituye un recurso difundido en todo el mundo para asegurar la estabilidad de las transacciones, y que su supresión podría significar un grave quebranto a los intereses comerciales en juego.

En esta lucha que continúa hasta los momentos actuales, lo que se trata de defender es el *valor corriente* antes que la precariedad generada por el nominalismo, aprovechado por el Estado para hacerse de contribuciones de los particulares, no regladas por ley alguna. Como sostuviera De Gásperi,¹⁶ siguiendo a Savigny,

... ningún poseedor de oro está obligado a venderlo contra entrega de billetes, a la paridad del artículo 7º de la Ley 3871, dentro de un régimen de libertad civil y política.

En la misma forma, hoy podríamos decir que nadie está obligado a cambiar los dólares que guardara para preservarse de los errores de la política económica, y menos dejar de garantizar sus transacciones, en la forma que mejor le convenga a sus intereses, más cuando ellos no representan otra cosa que mantener la equidad entre lo dado y lo recibido.

Viejos fallos citados por De Gásperi¹⁷ dan fundadas razones a las conclusiones precedentes, como aquel que establece que tratándose de una obligación convenida en moneda extranjera y en la que el actor exige la cantidad necesaria de moneda argentina para adquirir el total de dólares del crédito, la conversión debe hacerse al tipo de cambio del día de pago¹⁸. En otro se declaró la validez de los contratos en moneda extranjera, estableciendo que la indemnización de que se trataba debía ser abonada en la divisa convenida¹⁹.

Como conclusión, Borda –en calidad de juez de la Cámara Civil de la Capital (Sala A)– dijo que solo el Congreso puede fijar el valor del signo monetario. En consecuencia, los tribunales no pueden reconocer la existencia de una depreciación monetaria, sin que ello impida que cuando se trate de apreciar los daños y perjuicios emergentes de un incumplimiento contractual o de un acto ilícito, se tengan en cuenta los valores actuales y no los del momento de la mora o del acto ilícito.²⁰

Esta lucha por obtener la restitución al valor corriente no se logra en materia de obligaciones de dar sumas de dinero conforme a la definición de mutuo del CCIV, que en el artículo 2240 preveía la de devolver igual cantidad de dinero conforme al sistema nominalístico porque la igualdad en el número no lo es en el valor.

Mosset Iturraspe²¹ afirmaba que

15. Ídem, p. 238.

16. DE GÁSPERI, Luis, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 572.

17. Ídem, p. 586-587.

18. Sala B, 9/8/1961 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1962-I, p. 119).

19. *La Ley*, t. 93, p. 53.

20. *La Ley*, t. 98, p. 437.

21. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Indexación, abuso y desindexación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982, pp. 47-48.

La doctrina y jurisprudencia modernas, tanto nacionales como extranjeras, habida cuenta de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, desde el tiempo de la entrega al de la restitución, que conduce a que el dinero devuelto tenga un valor de cambio inferior al prestado, coinciden en que, en rigor, se conviene que el mutuario debe restituir, no la misma cantidad de dinero que obtuvo en préstamo, sino una cantidad de dinero que, al tiempo de la restitución, corresponda como poder adquisitivo, al dinero recibido al tiempo del mutuo.

La nueva política iniciada a partir de 1946 produjo la nacionalización del Banco Central (Decreto-Ley 8503 del 25/3/46) y la sanción de su carta orgánica (Decreto-Ley 14957 del 24/5/46, ratificada por Ley 12962 del 21/3/47), así como su reforma (Ley 13571 del 23/9/49), disponiendo para la institución una reserva del 25 % en oro y divisa de la emisión y circulación. Con la revolución de 1955, se trató de establecer cierta estabilidad, especialmente con el primer gobierno constitucional posterior a esta, pero el quiebre político de los golpes militares recrudesció la inestabilidad económica y se alcanzó el grado máximo de desequilibrio con el famoso Rodrigazo en junio de 1975, en que –amén de la notable devaluación– se resolvió indexar como remedio ante hechos extraordinarios e imprevisibles.

Comenzó entonces una nueva etapa en nuestra historia económica, en que se utilizaron formas de reajustes para el momento de pago, con el consiguiente desequilibrio tanto en la elaboración de los índices como en la aplicación separada en los distintos sectores de la sociedad, y se llegó así a la famosa Circular 1050 que, como dice Mosset Iturraspe,²² no es un índice de actualización sino de ganancia:

Se echa mano, hasta con la Circular, como con el dólar y otros como el costo de vida, a índices extraños a la situación económica de las partes, que no contemplan su realidad económica-financiera.

Se pasa entonces de la indexación al abuso, de tal modo que la indexación torna inconstitucional por la seria lesión al derecho de propiedad. Lo grafica Víctor Jortack en la citada obra de Mosset Iturraspe, explicitando a modo de una demanda la situación de quien era propietario de una vivienda al momento de tratar el crédito, habiendo realizado un mutuo por un valor inferior al de realización en el mercado, de su propiedad, y, al cabo de 14 meses de sacrificios para abonar en término las cuotas, que han cubierto hasta el 91 % de sus ingresos, el saldo de la deuda a la fecha es mayor que el valor de realización de la garantía. Ello indica que se ha avanzado sobre la propiedad, produciendo un despojo no solo de la vivienda, sino de una porción no comprometida de los sueldos, y del patrimonio restante, dado el saldo que indica el banco²³.

Llegamos así, entre indexaciones, abuso, reajuste de contratos, desindexación, al año 1991, cuando se resuelve reformar los artículos 617, 619 y 623 del CCIV con la Ley 23928 de Convertibilidad del Austral en una relación de paridad con el dólar estadounidenses de 10 mil australes por cada dólar. En el artículo 7 se establece

22. Ídem, p. 49.

23. Ídem, p. 188.

el principio nominalista por el cual el deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes cumple su obligación, dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. Seguidamente, se elimina toda posibilidad de actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° de abril de 1991.

Al modificar el artículo 617 del CCIV, se dio el carácter de obligación de dar sumas de dinero a las que se constituyeran en moneda que no fuera de curso legal en la República. Y en la reforma del artículo 619 del CCIV se establece que si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

La letra de la ley, ajena a la realidad social, no ha servido para resolver los problemas económicos que en gran parte generaba el propio Estado por el uso desmedido de sus reservas. Y al tiempo, se caería en una nueva crisis, mucho mas grave ahora, que se trató de resolver con la sanción de la Ley 25561 y del Decreto 214/2002, cuyo desarrollo –particularmente en relación con la creación del coeficiente de estabilización de referencia generado por la injusticia de la pesificación– tratamos en *La escritura pública*²⁴.

2.3. Naturaleza jurídica del dinero

Partiendo de la realidad actual, en la que prácticamente han desaparecido las monedas de oro o plata, sustituidas por billetes que carecen de conversión, pero que tienen un valor legal impuesto por el mismo Estado emisor, podemos decir genéricamente que son cosas de creación ideal. Como dice Borda²⁵:

Se toma un signo cualquiera al que se le atribuye la función de servir de unidad, se le da un nombre, independiente de sus cualidades y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya subdividido en múltiplos o submúltiplos, para que cumpla esa tarea de medir los valores.

Como tales, son cosas fungibles, como lo señala la nota al artículo 616 del CCIV, por cuanto “las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas”, y son consumibles por cuanto, aunque perduren materialmente, para quien las dio son un gasto que no permite recuperarlo en su materialidad. Coincidentemente con el artículo 2324 del CCIV, el artículo 232 CCCN dice que

... son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

Las cosas consumibles, que definía el artículo 2325 CCIV, son ahora, conforme al artículo 231 CCCN, “aquellas cuya existencia termina con el primer uso”. Estos carac-

24. LAMBER, Rubén A., *La escritura pública*, La Plata, FEN, 2003, t. II, pp. 193 y ss.

25. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, t. I, p. 317.

terres parecen contrarrestar la remisión que hace el artículo 616 CCIV a las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, solo determinadas por su especie y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas, para las obligaciones de dar sumas de dinero.

No obstante, el criterio no está referido a la contradicción con las cosas no fungibles, sino al principio de que el género nunca perece y, por tanto, antes de la individualización de la moneda con que va a pagarse, no puede excusarse el incumplimiento invocando el caso fortuito o fuerza mayor²⁶. Este principio queda ratificado por el artículo 763 CCCN cuando expresa que antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Es decir, que respeta el principio que en las obligaciones de género nunca perece.

En cuanto a las obligaciones de dar cantidades de cosas, Galli²⁷ sostiene que

... se aplicará todo el régimen en cuanto lo permitan las particularidades de la situación, tratándose de obligaciones en moneda extranjera (art. 617) o después de producida la individualización (art. 610 a 615).

Aunque el nuevo Código ha suprimido el capítulo dedicado a las obligaciones de dar cantidades de cosas, las tiene en cuenta al referirse a la moneda extranjera en el artículo 765 CCCN. Por tal razón, no podemos ignorar la regulación del Código vellezano contenida en los artículos 606 a 615, que tienen no solo el valor de doctrina caracterizada, sino que se debe considerar desde los usos y costumbres que son vinculantes como fuentes, cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1 CCCN).

La regulación que ahora tenemos tiene un efecto distinto, según se trate de moneda de curso forzoso y legal, o de la otra que, como moneda extranjera que es, no tiene ya –superada la especial consideración que le diera la Ley 23928 al art. 617 CCIV– el carácter de suma de dinero, sino que se debe considerar como de dar cantidades de cosas.

2.4. *Análisis del artículo 765 CCCN*

Este artículo, dividido en su tratamiento por dos obligaciones distintas, merece un especial análisis ante la alternativa que resulta del pago en moneda de curso legal y la moneda extranjera, dado que la opción puede significar importantes diferencias en perjuicio o a favor de alguna de las partes. El primer párrafo de la norma, regulando el primer supuesto como obligaciones de dar sumas de dinero, establece que “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación”. En esta primera parte estamos en presencia de la única moneda que es medio de pago en todas las obligaciones contraídas en el país, con carácter forzoso y dentro de un régimen no-

26. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Editora Platense, 1969, t. I, p. 566.

27. SALVAT, Raymundo L., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 393.

minalista, si es que se trata de una deuda pecuniaria, en que el objeto es el dinero. En tal sentido, Borda²⁸ sostenía:

El nominalismo es hoy principio de vigencia universal. Se expresa diciendo que un peso, vale siempre un peso; en otras palabras, que existiendo una deuda de dinero, se ha de pagar siempre la suma o cantidad que aparezca como debida, aunque la moneda en la cual esa suma se expresa haya sufrido variaciones en su valor [...] los jueces no pueden corregir esas fluctuaciones, por más que esa corrección conculque exigencias de la justicia conmutativa.

Distinto sería el supuesto de las deudas de valor, como las de alimentos, indemnizaciones por daños y perjuicios, etc., pero no es un problema de la moneda en sí, sino del objeto de la obligación, sujeto a variables contempladas expresamente según los casos. Como dice Bossert²⁹ en relación con la obligación de alimentos:

... no obstante que ésta tiene entidad económica, el derecho y la obligación alimentaria correlativas no tiene un objeto o finalidad de esa índole; es decir, no se pretende satisfacer un interés de naturaleza patrimonial sino que, fundado el vínculo obligacional alimentario en la relación de familia, su finalidad es permitir al alimentista, cónyuge o pariente, satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. En definitiva, tiene carácter asistencial.

Volviendo al nominalismo de las obligaciones de dar sumas de dinero, el gran riesgo que genera la necesidad de mantener normativamente un sistema estable, produce grandes desequilibrios económicos difíciles de subsanar (como se desarrolló en la relación de antecedentes históricos del punto 2.2 de este trabajo), dado que a la desvalorización de la moneda, le siguen sistemas de indexación por índices que no conforman a todas las partes involucradas, y terminan en ciertos casos con grave daño para la parte más débil, como sucediera con la Circular 1050 referida. Por ello, superada la etapa de las cláusulas oro por falta de estas monedas, se trató de encontrar cierta estabilidad en otras monedas, que para el caso, y atento a la legislación vigente, no son de curso forzoso.

La contratación en dólares estadounidenses prima en el país con este fin. Es por ello que debemos diferenciar bien entre el uso de esta moneda como cláusula de estabilización y como simple moneda de cuenta para pagar el equivalente en moneda de curso forzoso conforme a la cotización al día de pago. Porque estando prohibida la indexación, tal inclusión perjudicaría la relación contractual. Por ello, parece sensato el tratamiento que se da en el párrafo siguiente del artículo que comentamos, tomando la moneda extranjera como *mercadería* y no como suma cierta de dinero que caracteriza la compraventa. Por tal razón, hemos preferido caracterizar como permuta el contrato en que se entrega una cosa a cambio de moneda extranjera, no tomada ya como una cláusula de estabilización, sino como la cosa que se da a cambio, cualquiera sea el valor que la misma tenga.

28. BORDA, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 319.

29. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 3.

Sin embargo, una opción que da este artículo en su segundo párrafo genera dudas interpretativas que vamos a tratar de desentrañar. El segundo párrafo del artículo 765 CCCN dice:

Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse de dar cantidades de cosas, **y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.**

El artículo está diferenciando la entrega de moneda extranjera, como la de dar cantidades de cosas, con lo que debemos entender que está equiparando la misma a una mercadería. En tal caso, debemos diferenciar si esa mercadería –llamada moneda extranjera– se da para restituir o como contraprestación de otra cosa. En el primer supuesto, los artículos 759 a 761 CCCN regulan los supuestos de dar para restituir, y el primero de ellos establece expresamente que el deudor debe entregar la cosa (mercadería = moneda extranjera) al acreedor quien por su parte puede exigirla. En tal sentido, el tipo contractual afín es el mutuo, en el que, según el artículo 1525 CCCN, el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie. La especie podrá ser dólares estadounidenses, euros, etc., y la cantidad que se estableciera y que se caracterizan en las obligaciones de dar cantidades de cosas, por el número, a diferencia de las que lo son por peso o medida según su naturaleza: trigo, vino, etc.). Si en cambio se hubiere establecido que se daría la moneda extranjera = mercadería, en pago de otra cosa mueble o inmueble, estaríamos frente a una verdadera permuta, cosa por cosa. El artículo 1172 lo define como permuta: “si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero”.

Se plantea aquí un interrogante con relación a la expresión *dinero*, dado que siendo una expresión abstracta que se materializa en las monedas como cosas concretas, bien pueden incluirse como tales las monedas de curso forzoso de las monedas que no lo tienen más que en el país de origen, que las emite atribuyéndole un determinado valor. No obstante (con lo que no existiría mayor confusión), sería con las monedas de oro o plata extranjeras, que tienen un valor intrínseco, por su contenido metálico. Pero al desaparecer éstas, las únicas monedas que quedan en circulación en el mundo son las fiduciarias, que tienen el valor asignado por cada Estado emisor, y ninguno por su contenido material.

Si pudiéramos considerar dinero todo tipo de moneda extranjera, es decir, aquella cuyo valor está representado por el valor asignado por cada Estado emisor (incluyendo la que tiene curso forzoso en la República), podríamos decir en el supuesto planteado que se trata de una compraventa, dado que la definición que da el artículo 1123 CCCN es la de considerar tal tipo contractual “si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de un cosa y la otra a pagar un precio en dinero”. Sin embargo, al excluir el artículo 765 a la moneda extranjera de las obligaciones de dar dinero, y las incluye entre las de dar cantidades de cosas, no queda más remedio que aceptar la calificación de *mercadería*, que encuadra más en la norma.

Si a esto se redujera el párrafo transcrito, y atento al principio que en el pago se debe respetar el principio establecido en el artículo 865 como cumplimiento de la

prestación que constituye el objeto de la obligación, así como el objeto del pago (que a tenor de lo dicho por el artículo 867 debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización) no se plantearía ningún problema porque se daría la misma cosa recibida, concordante con los principios del mutuo o de la permuta ya señalados, salvo que de común acuerdo resolvieran modificar la prestación, como regla del principio de la autonomía de la voluntad. Pero hete aquí que el legislador ha introducido una opción a favor del deudor, para que este se libere de su obligación “dando el equivalente en moneda de curso legal”.

¿Puede el legislador cambiar la naturaleza del contrato equiparando mercadería = moneda extranjera a moneda de curso legal? ¿No estaría dando razón a los que interpretan que la moneda extranjera es también dinero? En tal caso, desaparece la discusión en la calificación *venta o permuta* cuando se entregara moneda extranjera, porque el deudor, si puede dar moneda de curso legal, es porque se permite la equivalencia y ésta es también dinero. Pero más grave es la interpretación de la equivalencia, por cuanto la cotización oficial de la moneda extranjera difiere sustancialmente de la cotización que la referida moneda tiene en otros países. Y si en el nuestro pudiera resultar ilegal tomarlas como válidas, se estaría destruyendo el efecto de los mercados sin ningún provecho para nosotros, por cuanto ellos seguirán actuando tal como resulta de las transacciones internacionales.

Es peligroso aceptar, como ya lo sostuviéramos en el comentario a este artículo del Código Civil y Comercial.³⁰ Porque si el deudor obra de mala fe (acogiéndose a esta opción, manifestando que no tiene ni puede conseguir los dólares o la moneda que se hubiere pactado) se beneficiaría destruyendo el principio que estableciera el mismo Código en el artículo 9.

Rescatamos las palabras de Alterini en una reciente publicación³¹ cuando se le pregunta qué principio esencial elegiría del nuevo Código y responde con toda elocuencia:

Sin duda optaría por el principio de la buena fe, recibido como directiva general por el artículo 9 del Código Civil y Comercial, que por cierto tiene antecedentes lejanos, pero ello no desvanece la importancia de su expresa proclamación.

Y remitiéndose a los romanos, cuyas comunidades debían organizarse sobre la base de la concurrencia de los objetivos de vivir honestamente, de no dañar a los demás y de dar a cada uno lo suyo, el autor rescata las ideas de “rectitud y honradez”.

Al celebrarse la operación en moneda extranjera, se tuvo en cuenta preservar el valor. Y si se trata de la venta de un inmueble, seguramente la necesidad para los supuestos de reemplazo de vivienda, o de cualquier otro negocio legítimo, sería contar con esa moneda. Sabemos que en el mercado la cotización oficial difiere sustancialmente y basta verlo en las publicaciones de los diarios para que no queden dudas. Fue por ello que se modificó el proyecto originario cuando se había establecido que

30. CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2).

31. ALTERINI, Jorge H., “Claves para tener en cuenta”, en AA. VV., “Empresa, negocios y el nuevo Código Civil y Comercial” (suplemento especial de La Ley - Thomson Reuters), publicado con el diario *La Nación*, Buenos Aires, 30/8/2015, p. 3. [N. del E.: accesible desde la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

el deudor podía liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial. Tanta incidencia política tenía el tema que esta expresión fue insertada por el propio Poder Ejecutivo. Dicha modificación fue afortunadamente abortada en la redacción definitiva, por la gravedad que la misma tenía.

Sin embargo, aun sin esa remisión a la cotización oficial, nos queda para el supuesto de que las partes nada hayan pactado conocer cuál debe ser el punto de referencia para establecer la equivalencia. Desde ya, la interpretación debe ser de cada caso particular, porque si del mismo contrato resulta el destino de esa moneda para otra operación o si el comprador ha asegurado tener disponible la mentada moneda, o de alguna manera hubiera tomado conocimiento del destino que dará al dinero el vendedor –como podría serlo utilizar el dinero para la operación de un familiar en los Estados Unidos–, la mala fe de cambiar el pago a efectuar por la moneda de curso legal a cotización oficial estaría poniendo de resalto la mala fe de quien así aprovecha la opción. En tal caso, serán los jueces los que deberán resolver el conflicto, no ya estableciendo una variable por equidad, sino contemplando la lesión que causa la conducta del deudor.

En su tiempo, Borda³² sostenía:

La cuestión se complica cuando se instaura oficialmente el sistema de control de cambios, con distintos tipos de cambio. ¿A qué tipo ha de liquidarse la deuda? Desde luego, si la obligación encaja claramente dentro de alguna de las categorías del sistema, debe admitirse el tipo de cambio correspondiente; de lo contrario, el Juez resolverá el problema con criterio circunstancial y teniendo en cuenta el principio del favor *debitoris*.

Para evitar estos conflictos, lo aconsejable es dejar previsto en el contrato la inaplicabilidad de la opción, por renuncia que de ella haga el deudor, y el acuerdo de una cotización en un mercado extranjero. La renuncia a la opción no dejaría más recurso que el cumplimiento en la moneda pactada, que es el principio esencial de identidad de pago.

En general, los autores han convalidado esta posibilidad, por cuanto no se trata de una cuestión de orden público. Bomchil³³ ha dicho que, en principio, todas las normas del CCCN que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas. Se funda en los artículos 958 (sobre libertad de contratación) y 962 (sobre el carácter de las normas legales), donde dice expresamente que las relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible. Y como ratificación de esta interpretación recuerda la norma expresa del artículo 944 CCCN, que admite la renuncia a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. En tanto, la misma norma analizada no establece carácter imperativo sino meramente supletorio cuando dice que el deudor puede desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal y no que

32. BORDA, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 337.

33. BOMCHIL, Máximo, “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera son supletorias y no imperativas”, en AA. VV., “Empresa, negocios y el nuevo Código Civil y Comercial” (suplemento especial de La Ley - Thomson Reuters), publicado con el diario *La Nación*, Buenos Aires, 30/8/2015, p. 6. [N. del E.: accesible desde la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

debe hacerlo. El autor recomienda pactar como obligación alternativa, a elección del acreedor (art. 780 CCCN), el pago en pesos a un tipo de cambio que le permita comprar la cantidad de moneda extranjera adeudada en una plaza del exterior donde tal adquisición no esté restringida. La jurisprudencia más reciente, antes de la reforma, ha convalidado estos acuerdos y así lo desarrollamos en el comentario al mentado artículo³⁴, con el objeto de evitar el abuso de derecho y la mala fe de la parte que, debiendo pagar en dólares y teniéndolos a su disposición, lo niega para beneficiarse con una cotización que –en ciertos momentos– lo beneficia ostensiblemente.

Es que la cotización oficial también es discutible, por no ser la única, y resulta dudosa a pesar de que a fines de 2001 y principios de 2002 (al dejar atrás el tipo de cambio fijo de la convertibilidad que regía desde 1991) el Gobierno creó el mercado único y libre de cambios, estableciendo que el mismo “resultará del libre juego de la oferta y la demanda”, como señala José Alfredo Nogueira³⁵. Dice el autor que los funcionarios de turno le sumaron el ya característico toque vernáculo a las políticas, cambiando su objetivo original. Y así, tras el anuncio de que el valor del peso flotaría libremente, se impuso un estricto control de las operaciones cambiarias que deberían realizarse sólo en un mercado de cambios que nunca fue único, ni libre. Al mismo tiempo, se dispuso que el Banco Central interviniera en el mercado para evitar una exagerada devaluación del peso aunque muy pronto resultó evidente que el ente monetario actuó para cumplir ese objetivo con impericia y falta de profesionalidad. Agrega el autor que a partir de 2011, ya con un tipo de cambio atrasado, comienza la pérdida de reservas y una escalada de la inflación, razón por la cual el Gobierno recurre a otra medida extrema como el cepo cambiario, que se fue agravando a medida que la situación empeoraba. Entre sus críticas a la política económica cambiaria, cita la restricción a la salida de dólares del país, que terminó limitando el ingreso de capitales, haciendo que las discusiones sobre la elección del sistema de tipo de cambio fijo o flotante, o si es necesario un mercado desdoblado, ya no tiene sentido ni vigencia alguna en el mundo.

Lo concreto es que todo lo que proviene de una cotización digitada desde las políticas de gobierno, buenas o malas para el país, no responden a la realidad que los particulares pretenden dar a sus acuerdos privados y que generan situaciones de desequilibrios. En estos trances, los jueces han tratado de poner el equilibrio que demanda su intervención en las controversias privadas donde, por un lado, se alega la imposibilidad de conseguir la moneda de pago pactada en razón de las normas de la AFIP o del Banco Central, olvidando que la situación económico-financiera del país hace dudoso pensar de que no pudieron prever, particularmente cuando se dio la opción al acreedor de percibir la cantidad de pesos necesarios para adquirir los dólares recibidos, por ejemplo en un mutuo, en la cantidad necesaria y suficiente para adquirir esa moneda extranjera en las plazas de Montevideo (Uruguay), New York o Zurich³⁶.

34. CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2).

35. NOGUEIRA, José A., “¿Por qué se debe abandonar la política cambiaria?”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 1/9/2015.

36. CNCiv., Sala E, 30/5/2013 (*La Ley*, t. 2013-E, p. 500).

Entonces, ¿es acaso obrar de buena fe conocer y regular esta circunstancia y después invocar una norma como la actual, que le permite al deudor pagar al cambio oficial?³⁷ En otro fallo que citamos en la misma obra se estableció que el deudor deberá abonar la deuda en la moneda pactada como condición esencial del contrato realizado. Se deberá respetar el acuerdo para el caso hipotético en que una norma futura desautorice o prohíba la tenencia o comercialización de dólares estadounidenses billetes para una eventual conversión del monto de la hipoteca o del préstamo en pesos, en que se tomará como base: a) cotización dólar turista para pasajes; o b) la cotización del dólar billete, tipo vendedor, en el mercado libre de cambios, ya que el préstamo hipotecario es en dólares estadounidenses billetes. Y de no existir mercado libre de cambios, el monto de la hipoteca o del préstamo en pesos será por la cantidad necesaria de pesos para adquirir bonos externos de la República Argentina, que –negociados en la plaza de New York (Estados Unidos), o Montevideo (Uruguay) a elección del acreedor, con su producido neto– permitan obtener la suma de dólares comprometidos. El fallo desestima los argumentos del deudor de inexistencia de bonos externos de la República Argentina (Bonex) para la época de celebrarse el mutuo, por cuanto cualquier bono emitido por la República Argentina, que cotice en los mercados internacionales, responde a dichas características.

Concluimos en la obra citada, que la nutrida jurisprudencia sobre este tema se pronuncia por la plena validez de toda cláusula que prevea cualquier modalidad para restablecer el equilibrio económico en la prestación, cuando ella no pueda cumplirse en la moneda pactada. De esta manera, deja inaplicable el último párrafo del artículo 765, que da una solución única para el caso de falta de previsión que, en definitiva, tampoco sería aplicable, salvo conformidad de partes³⁸.

Como ya se anticipara, es una norma supletoria y no imperativa, y la opción normativa puede ser renunciada por las partes al celebrar el contrato, para respetar a ultranza en primer lugar el pago en la moneda pactada, o como dice el artículo 766 CCCN: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”, cuya valoración crítica hacemos, dado que, al establecer el mismo legislador que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, no hace más que confirmar la regla de respetar no sólo la autonomía de la voluntad (cuando se ha pactado una solución) sino de hacer mantener el equilibrio de la prestación, ante el posible daño de una cotización ajena a los mercados³⁹.

En el primer mes de la entrada en vigencia del nuevo Código, tenemos el primer fallo sobre la materia, que comentamos seguidamente.

2.5. Primer fallo de Cámara sobre moneda extranjera

La Cámara Civil, Sala F, de la Capital Federal, ha tenido el privilegio –por la valoración que merece la sentencia– o la carga –si se considera el esfuerzo y la responsabilidad de afrontar una primera interpretación– de resolver, en el mes de agosto de 2015,

37. CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 267.

38. Ídem, pp. 268-269.

39. Ídem, p. 273.

uno de los temas vinculados a la moneda extranjera que estamos tratando, en autos “F., M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación” y “L., T. y otros c/ F., M. R. s/ ejecución hipotecaria”. La Sala está integrada por los doctores Galmarini, Posse Saguier y Zannoni, y en el sorteo resultó ese orden de votación.

Emergen aquí cuestiones que ya hemos considerado, y en este supuesto se plantea una hipoteca constituida el 15 de febrero de 2012 por la suma de USD 37900, pagaderos en treinta y seis cuotas mensuales y consecutivas de USD 1356, con un interés del 16% anual sobre saldos, de las cuales la primera cuota fue deducida del préstamo en el acto constitutivo. Luego del pago de las primeras seis cuotas, la parte deudora alegó la imposibilidad de obtener los dólares necesarios para los pagos siguientes, y por tal motivo ofreció dar moneda de curso legal equivalente a la suma de USD 1356, conforme a la cotización oficial del día anterior a la fecha de pago. La parte acreedora rechazó el ofrecimiento, desconociendo la existencia de disposición legal alguna posterior a la celebración del contrato, que configure un extremo de fuerza mayor o hecho del soberano que impida a la actora cumplir el mutuo en los términos pactados. Ofreció, a cambio, abonar en moneda de curso legal pero a la cotización del procedimiento denominado contado con liquidación.

Aparece aquí uno de los primeros problemas que resulta de la realidad económica argentina, cual es la diversidad de cotizaciones y la manifiesta diversidad de valores que no permiten ni recibir a cambio la misma moneda entregada, ni el valor que le permitiría adquirirla conforme a las cotizaciones que resultan de un mercado que el Gobierno desconoce. Dado que en la primera instancia el reclamo de la deudora fue rechazado, en los agravios de la apelación señala como factor definitorio de su conducta la imposibilidad de conseguir los dólares por el denominado cepo cambiario, y alega por ello la fuerza mayor. El acreedor demandado resalta en su contestación que la deudora conocía muy bien los riesgos del pago en moneda extranjera, “declarando haber ponderado con el debido asesoramiento y conocimiento las condiciones del mercado financiero y sus eventuales riesgos”, renunciando a la teoría de la imprevisión para la revisión del contrato hipotecario.

Correspondiendo el primer voto al doctor Galmarini, partimos de la valoración que hace de las normas aplicables, desde su propia conciencia real, de la objetividad en la interpretación que traduce su vivencia de justicia y de orden, porque no se deja abrumar por la alegada imposibilidad de conseguir los dólares la deudora, y reconoce la responsabilidad de quien pacta en una situación de conocimiento de la realidad económica asumiendo riesgos. Si lo aceptara, da paso al abuso de derecho o a la mala fe, por cuanto luego demostrará en su argumentación, con cita de valiosa jurisprudencia, que

... existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida.

Con ello hace justicia, pero al mismo tiempo respalda el orden del sistema jurídico porque prioriza la autonomía de la voluntad, con lo que se cumplen principios de valoración jurídica, desde la justicia al orden, como lo sostuviera Carlos Cossio. El autor afirmaba que esta guía vivencial o realidad motora es con la que el juez, al des-

plegar su interpretación del caso mediante la ley, escoge dentro de las distintas posibilidades de la ley la especie dentro del género normativo; o decide, también con esa guía, que la vivencia sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una ley según traduzca o no el sentido vivenciado del caso de cuya comprensión se trata⁴⁰. Se rechaza así la demanda por consignación en la forma ofrecida por la deudora y se da curso a la ejecución hipotecaria, procediendo el juzgador –en esa búsqueda constante de justicia– a reducir los excesivos intereses pactados al 16% anual sobre saldos al 6% anual, dado que “no corresponde admitir cualquier tasa de interés por el sólo hecho de que se encuentre estipulada por las partes”.

No considera una cuestión –según advertimos de la lectura, seguramente por no haber sido planteada por las partes– como es la del pago de la primera cuota de capital e intereses en forma anticipada, dado que se está cobrando un interés por un dinero no utilizado, cuando el interés es la indemnización por ese uso. Desde ese punto de vista, que no fue materia de tratamiento, considero que la práctica de pago anticipado de la primera cuota de capital y, más aún, de los intereses correspondientes es francamente abusiva y contraria a la buena fe contractual.

Por análogas razones a las invocadas en su voto por el doctor Galmarini, votaron en el mismo sentido los doctores Fernando Posse Saguier y Eduardo A. Zannoni. El fallo respeta una corriente interpretativa de estas cuestiones, desarrollada a través de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, que Salvat⁴¹ también respaldaba, sin dejar de valorar a la moneda de curso legal, que debe ser la nacional, por cuanto es uno de los símbolos de la soberanía del país, pero no al punto de declarar su obligatoriedad o la prohibición del pacto en contrario:

... las partes pueden, a pesar de este principio, estipular que el pago de una obligación se verifique en moneda extranjera: esa clase de obligaciones no quedarán regidas por los principios y las reglas de las obligaciones de dar sumas de dinero sino por las referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas; sería el mismo caso de una obligación de entregar cien kilos de trigo.

3. Especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito.

Interpretación del monto en la extensión de la garantía

3.1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido nuevos institutos jurídicos, modificado otros y dejado sin efecto los que consideraba inútiles en nuestras costumbres. Pero al mismo tiempo ha generado cuantiosos planteos interpretativos que la doctrina y jurisprudencia, a su tiempo, deberán resolver.

Una de las tantas cuestiones que se presentan es en relación con las hipotecas, particularmente en relación con el principio de especialidad en cuanto al crédito. Algunos entienden, a partir de esta normativa –dada la lectura de sus normas– que to-

40. COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, pp. 173-174.

41. SALVAT, Raymundo L., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 407-408.

das la hipotecas deben tener una estimación del monto total por el que se publicita la extensión de la garantía, sin importar si se trata de hipotecas de monto cierto y determinado, o de las conocidas como hipotecas abiertas, o de máximo, para la cobertura de créditos condicionales, futuros o eventuales, de monto indeterminado.

La consecuencia de esta interpretación es que el monto por el que se constituye debe incluir no solo el capital, sino también intereses compensatorios, punitivos, costos y costas del juicio, o daños por el incumplimiento.

Toda suma que exceda al monto inscripto resulta quirografario y pierde el privilegio especial que otorga la hipoteca. A modo de ejemplo y en tanto se entienden comprendidas todas las hipotecas de cualquier naturaleza, si se trata de un mutuo en el que el acreedor entrega en préstamo una suma de dinero cierta y determinada, deberá dejar previsto todas aquellas contingencias que pudieran acrecentar la deuda de capital, como intereses, costas, daños, etc. y, por tanto, si se dieron 100 mil pesos, la estimación deberá quizá prever un monto posible de 400 mil pesos, con la consiguiente carga de gastos que tendrá por ello el deudor.

Distinto es el caso de las hipotecas en que no hay monto determinado, como sucede en las que garantizan obligaciones de dar, hacer o no hacer, o sobre obligaciones todavía no nacidas por tratarse de créditos futuros o eventuales, y de monto indeterminado, por cuanto la incertidumbre es parte del cálculo estimativo, y no hay certeza ninguna para prever su alcance.

En las de monto fijo y determinado, en cambio, hay certeza no solo en el monto, sino en los intereses que, pactados en el mismo contrato, pueden calcularse con poco riesgo de error, como las costas de juicio. Por tanto, parece injusto obligar a una determinación precisa en el acto constitutivo, ya que las estimaciones serán sobre bases serias y bajo control judicial en caso de ejecución.

En la lectura de las normas generales para derechos reales de garantía, el nuevo Código plantea estas dudas a partir de la lectura del artículo 2189, en donde se hace expresa referencia al principio de especialidad en cuanto al crédito, estableciendo que

... el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero [...] la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen [...] el crédito debe estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente...

Mas en todos los casos el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos.

Por su parte, el artículo 2193 se diferencia en cuanto a los efectos, dado que refiere expresamente a la “extensión en cuanto al crédito”. En este aspecto, señala que “la garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento”.

Los partidarios de la estimación del monto máximo en todas las hipotecas entienden que la lectura de este artículo se debe hacer con referencia y en los límites al monto máximo fijado. Todo lo que excede al mismo es quirografario. Otros en-

tendemos que se trata de una aplicación referida únicamente a las hipotecas abiertas o de máximo., mientras que en las de monto cierto y determinado no hay estimación alguna, en virtud de esa certeza en cuanto al capital, y la cobertura se extiende como privilegiada a intereses, costas y daños, por la posibilidad de calcularlo en todos los casos a través de la publicidad de los intereses y el conocimiento genérico de las regulaciones normales, todo lo cual queda avalado por la intervención judicial, que limitará todo lo que exceda el valor del dinero, limitando intereses o cláusulas abusivas, y regulando por su parte, lo que pudiera resultar de costos, costas y daños.

3.2. *Esquema interpretativo*

El artículo 2187 del nuevo Código incluye entre los créditos garantizables tanto los puros y simples como los a plazo, condicionales o eventuales, o por obligaciones de dar, hacer o no hacer. De esa manera, incluye tanto los que son por monto cierto y determinado como los que no lo son por estar pendiente su nacimiento al momento de la constitución de la hipoteca o, habiendo nacido, pueden resolverse (condición suspensiva o resolutoria) o no estar todavía determinado el monto por su indeterminación, como en los daños y perjuicios por incumplimiento o por estar pendiente en razón de su eventualidad. Esta comprensión de todos los créditos no implica negar la sustancial diferencia entre dos tipos de hipotecas perfectamente diferenciadas, como ser: a) las típicas, de monto cierto y determinado, que los españoles llaman “de tráfico”, caracterizadas por que el crédito es actual, de naturaleza dineraria, y el plazo suspensivo cierto; y b) las de seguridad, que conocemos mejor como abiertas o de máximo, que se caracterizan por ser de dar cosas que no sean dinero, de hacer o no hacer, o de monto indeterminado por ser créditos futuros o eventuales, etc.

En las primeras, el sustento causal es preciso, dado que se trata de un mutuo o un saldo de precio de una compraventa, que determina con precisión la causa fuente y el monto. Mientras que en las otras, lo único cierto y determinado es el monto de máximo establecido, con lo que se debilita la causa fuente, y por sobre todas las cosas, en el momento de la constitución, no existiría una verdadera causal fundada en un contrato autónomo, y con ello quedaría incumplido el principio de especialidad.

En el Código velezano, se daban los mismos tipos de hipotecas señalados a través del artículo 3109; y ellos fueron fuente de las grandes discusiones en la doctrina, porque si no se cumplía el principio de especialidad, la hipoteca era nula, de nulidad absoluta.

La doctrina discrepó en su momento si el Código velezano establecía el principio de especialidad con todo rigor, tanto con relación al objeto (inmueble gravado) como en cuanto al crédito (causa fuente y monto). Es necesario cotejar las nuevas exigencias que resultan de los artículos 2188 y 2189, por cuanto la doctrina había generalizado una interpretación mayoritaria respecto al rigor de la especialidad en relación con el objeto (según art. 3131 CCIV), que describía los cuatro requisitos que debe contener la escritura de hipoteca y la limitación de la nulidad en el supuesto del objeto, conforme a lo determinado en el artículo 3132 CCIV (“Una designación

colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque [...] no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado...”), refrendado por el artículo 3148 CCIV (“La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo”).

A contrario de tamaño rigor, cuando se trataba de la especialidad en cuanto al crédito, carecía de norma expresa, fuera de lo que establecía el inciso 2 del artículo 3131 CCIV, y que, a diferencia de lo resuelto en el artículo 3132 CCIV, rechaza la anulación y permite complementar aquello que era desconocido, condicional, impreciso o indeterminado al momento de la constitución, salvo el monto, que era esencial para su validez. (“La constitución de la hipoteca no se anulará por la falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte”, según el artículo 3133 CCIV).

Debemos desentrañar entonces que ciertas exigencias regulan ahora el derecho de garantía hipotecaria, que por su carácter de disposiciones generales comprende también la prenda y el anticresis. Y si se limita a la especialidad en cuanto al crédito con la sola designación del monto máximo, si éste está extendido a todas las hipotecas o limitadas a las que deba estimarse el monto (como dice el mismo artículo 2189 desde su inicio), o si es necesario también definir debidamente y con qué alcance la causa fuente.

3.3. *La discusión en el esquema velezano*

La dificultad que presentaban las hipotecas atípicas, abiertas o de máximo, nos hicieron –desde lo notarial– planificar escrituras en la que quedaba bien diferenciado el crédito de la hipoteca, con la intención de dar precisión tanto a la causa fuente como al monto fijado. Así, caracterizamos la fuente obligacional que sirve de base a la constitución del derecho real de hipoteca, convencidos por los serios argumentos de Mario Zinny⁴², haciendo asimismo distinción con la causa de la deuda.

En las hipotecas corrientes, la causa de la deuda es un contrato de mutuo o el saldo de precio de una compraventa. En las que entonces consideramos, puede ser una obligación condicional, eventual o futura, proveniente de una cuenta corriente, el incumplimiento contractual o la responsabilidad por daños por actos ilícitos, cuya satisfacción se garantiza con la hipoteca. En consecuencia, el contrato de hipoteca es uno de los contratos de garantía, que puede ser personal, como la fianza o caución personal; o puede ser real, como la hipoteca, la prenda y anticresis, tal como lo señala Spota⁴³.

Como dice Zinny, hay tanta diferencia entre el contrato de hipoteca y el derecho real de hipoteca, como entre la compraventa y el dominio. Prueba de ello es el conflictivo pacto de ejecutividad, que es de la naturaleza del contrato hipotecario, diferenciándose de la constitución del derecho real de hipoteca. Mientras parte de la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que el mismo es una exigencia tanto con

42. ZINNY, Mario A., *Casos notariales*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 91 y ss.

43. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1981, v. I, p. 123.

relación a la cosa hipotecada (sobre la que no hay discusiones) como con respecto al crédito, algunos han sostenido que para este último caso no se extiende el principio de especialidad. En esta última postura, José Luis Pérez Lasala y Benigno Martínez Vázquez⁴⁴ afirman:

Adelantamos nuestra opinión adversa a la admisión del pretendido principio de especialidad del crédito, como formando parte del derecho real de hipoteca, por no existir texto alguno que lo consagre con carácter de tal y ser contrario a la flexibilidad que el codificador dio a la abundante gama de hipotecas admitidas en el artículo 3109.

Los autores agregan que toda clase de obligaciones pueden ser aseguradas con hipoteca. Fundado en los artículos 518, 3109 y 3153, incluyen las obligaciones civiles y naturales: de dar (en dinero o en especie), de hacer o no hacer; actuales, eventuales o futuras; puras, condicionales o a término o de valor determinado o indeterminado. Seguidamente, luego de negar el principio de especialidad en cuanto al crédito, no hacen lo mismo con relación a la determinación de la obligación:

... la determinación del crédito no está fundada en ningún principio de especialidad, sino que surge como exigencia del carácter accesorio que la hipoteca tiene en nuestro derecho positivo⁴⁵.

Y concluyen afirmando que tanto el monto de la obligación como la causa fuente servirán como elementos individualizadores, pero estos deberán ser factibles de determinación:

... si se trata de obligaciones de origen contractual, no bastará afirmar que el contrato es su fuente; se necesitará indicar la naturaleza del contrato (3131). Si se trata de obligaciones cuasi contractuales, no será suficiente referirse en abstracto al origen cuasi contractual, que es la causa fuente, si con tal designación no se puede determinar la obligación garantizada. Lo mismo cabe decir de las obligaciones derivadas de hechos ilícitos o directamente de la ley.⁴⁶

El principio de especialidad en cuanto al crédito (tanto como a la cosa) preocupa, por cuanto, como dice Salvat, “faltando este requisito, la hipoteca sería nula”. Pero algunos autores entienden que el principio está cumplido con la enunciación del monto de la deuda garantizada, con lo que se da amplia acogida a las llamadas hipotecas “muy abiertas”, hasta un determinado monto pero, como lo señala Zinny⁴⁷,

... en garantía de derechos personales o creditorios todavía no existentes (eventuales o futuros) cuyas **causas** fuentes no han sido todavía celebradas ni se celebran al momento de constituirse la garantía...

44. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Benigno y PÉREZ LASALA, José L., “El principio de especialidad y la accesoriedad en la hipoteca”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 93, p.798.

45. Ídem, p. 808.

46. Ídem, p. 809.

47. ZINNY, Mario A., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 99.

Jorge Alterini, refiriéndose a las hipotecas abiertas en una disertación sobre la actividad bancaria⁴⁸, analiza la evolución jurisprudencial, con pronunciamientos por la validez (p.ej.: sentencia del Superior Tribunal de Salta de marzo de 1979, sentencia del Tribunal Supremo de la Provincia de Buenos Aires del mismo año), o por la nulidad (p.ej.: sentencia de la Cámara de Morón de 1980, o la de Mendoza, Sala III, del mismo año) y se pronuncia por la insuficiencia del monto máximo, debiendo estar individualizada la obligación que se garantiza, sin perjuicio de que esta pueda ser eventual, condicional o futura, porque lo autorizan los artículos 3109, 3153 y 3159 del CCIV. Por tanto, estando establecido el monto y siendo la obligación causal (p.ej., una cuenta corriente bancaria), estaría cumplida la especialidad, fundado en la cuenta corriente comercial, a la que el artículo 786 del Código de Comercio autorizaba a garantizar sus saldos con hipoteca. Y respecto de la cuenta corriente bancaria, manifiesta: “hay una conexión íntima entre las dos cuentas corrientes; que la cuenta corriente mercantil casi hace de la parte general de la cuenta corriente bancaria”.

Zinny⁴⁹ rechaza esta casi igualación de las cuentas, separando la bancaria porque:

... carece de autonomía para jugar el papel de **causa** fuente del derecho garantizado por traducirse tan solo en el esquema contable o reflejo aritmético de las operaciones, operaciones éstas que se constituyen en la verdadera **causa** fuente de aquel y que, en tanto no celebradas, pueden determinarse mediante la enunciación especial de sus probables tipos; y que los asientos de la cuenta corriente bancaria son el mero esquema contable o reflejo aritmético de las operaciones, lo prueba el hecho de que dichos asientos, a diferencia de los de la cuenta corriente mercantil, no tienen efectos novatorios; de donde resulta, en definitiva y como queda dicho, que las operaciones reflejadas en la cuenta conservan su autonomía y la consiguiente aptitud para jugar el papel de causa fuente del derecho garantizado.

El autor aconseja establecer la causa fuente verdadera, como en el caso de apertura de crédito celebrado con el banco, con indicación de fecha, partes, lugar de archivo y compromiso de entrega del banco.

Gómez Leo, luego de reseñar las posturas sobre el efecto novatorio de la cuenta corriente bancaria (admitida por Segovia, Rivarola y Malagarriga, y rechazada por Obarrio, Halperin, Nougués, Giraldi y Villegas), concluye afirmando que en realidad ni la cuenta corriente mercantil tiene verdadero efecto novatorio, sino una transformación de los créditos que ingresan en la cuenta en virtud de la indivisibilidad que es su característica esencial y fundamental. Como la misma no hace a la esencia de la cuenta corriente bancaria, el artículo 774 del Código de Comercio le es inaplicable y, por tanto, la cuenta corriente bancaria no solo carece de efecto novatorio como sostenía Zinny, sino que ve considerablemente menguada la individualidad⁵⁰. En

48. ALTERINI, Jorge H., “Hipotecas abiertas”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, n° 868, mayo-junio 1983, pp. 605-619.

49. ZINNY, Mario A., ob. cit. (cfr. nota 42).

50. FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado práctico de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. III, p. 279.

consecuencia, fundar una hipoteca en la sola cuenta corriente bancaria, puede ser motivo de ataques por considerarse que no existe la causa fuente de la obligación.

En cambio, la cuenta corriente mercantil es un verdadero contrato causal, independiente de los créditos y débitos que la forman, por cuanto una vez ingresados en la cuenta “pierden su individualidad para convertirse en simples elementos del crédito eventual del saldo”, conformando una indivisibilidad no como simple efecto, sino como característica esencial y fundamental del contrato⁵¹. Por ello, tiene importancia distinguir el contrato causal en el exordio de la escritura, que en materia bancaria puede ser el de “apertura de crédito” (en cuenta corriente o no), y el de “descuento”. Aunque en nuestro caso, tratándose de un obligación de hacer, lo es el contrato de locación de obra con todos sus antecedentes y cláusulas que determinan si la misma se ha cumplido o no.

Mario de Magalhaes⁵² define el contrato de *apertura de crédito* como el que celebra el cuenta correntista con un banco, con el fin de que éste último asuma el compromiso de poner a su disposición una suma precisa de dinero, autorizándolo a girarla en la cuenta corriente bancaria que tiene abierta en el banco a su nombre. Después de analizar este contrato, al igual que el descubierto bancario (adelantos transitorios en cuenta corriente), concluye que:

... es dable garantizar con hipoteca las obligaciones futuras o eventuales, que aún no existen y que incluso pueden no existir, **con la sola obligación de denunciar el tipo o naturaleza del contrato al cual va a acceder la garantía real** y fijando una **suma estimativa** como tope máximo de la garantía y, en su caso, el **plazo máximo de duración** [...] Así, resulta insoslayable denunciar la naturaleza y tipo del contrato al cual accederá la garantía real. Pero entendemos de gran utilidad, y a los fines de su irrefutabilidad, transcribir textualmente el contenido del contrato de apertura de crédito o de cuenta corriente bancaria, en su caso.⁵³

No obstante el celo puesto por el autor para mantener la precisa individualización de la causa fuente del crédito, consideramos que la sola agregación en la escritura de constitución de la hipoteca de la copia autenticada y demás documentación concurrente, cumple sobradamente esa función, ya que tiene el carácter fedante de esa actuación, utilizada para la acreditación de la representación voluntaria o legal, como un avance de la Ley 15875, modificatoria del artículo 1003 del Código Civil, a contrario de lo que decía su texto anterior, con exigencia de transcripción, circunstancia reforzada por la posibilidad de expedir primeras o ulteriores copias, conteniendo la documentación incorporada al protocolo.

La fe pública está dada por la cita y actuación del escribano, con la guarda protocolar y no con la transcripción que nada agrega y que no es exigida por ley alguna implicando, en cambio, una actitud contraria a los progresos logrados.

No obstante, si el contrato causal fuera una cuenta corriente comercial, más que agregar o transcribir el contrato, sería conveniente integrarlo en la propia escritura,

51. Ídem, p. 55.

52. DE MAGALHAES, Mario, “Hipotecas constituidas en resguardo de contratos de apertura de crédito y de adelantos transitorios en cuentas corrientes bancarias”, en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 154, p. 837.

53. Ídem, p. 841.

regulando detalladamente sus condiciones de funcionamiento, intereses, mora, cesación, etc., al igual que los efectos que pudieran producir la prórroga de plazos o modificación de condiciones. Esto último, frente al efecto novatorio del artículo 775 del CC y el asesoramiento que requieren sus otorgantes, quizá no preparados como las instituciones bancarias para la redacción de estos contratos, que generalmente están contenidos en cláusulas predispuestas exhaustivamente estudiadas y sin el control de documentación y archivos que los bancos tienen, dando mayores garantías para la regularidad de su operatoria.

3.4. *La invalidez por falta de especialidad en cuanto al crédito*

El problema se planteaba a la luz del Código velezano, partiendo de la reducción del *sujeto* de la hipoteca a una suma de dinero. “Si la prestación es de otra naturaleza, debe estimarse”, sostenía Héctor Lafaille⁵⁴, quien hace expresa referencia del carácter condicional de esos créditos que no torna de por sí la determinación en dinero. Con cita de Segovia, recuerda que en esta categoría se comprenden aquellas deudas que todavía no existen, pero que pueden surgir *ex post facto*.

La estimación propia de estos créditos indeterminados, tanto en su naturaleza como en su valor, pone en juego el principio de especialidad que no reúne los requisitos exigidos en cuanto a la causa fuente, como sucede con la cuenta corriente bancaria, que en su momento Julio César Rivera descalificara para acreditar la especialidad, por cuanto el contrato subyacente podía ser el depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, descuento de letras de cambio o depósito de valores. Allí sostenía que la mentada cuenta no constituye un contrato autónomo y los asientos en ella no importan novación. Concluye en que la cuenta corriente bancaria no es susceptible de ser objeto de la garantía hipotecaria, por no satisfacer el principio de especialidad y accesoria de la hipoteca.

Ratificando esta conclusión, señala que esta sería una hipoteca abierta

... reñida con nuestro sistema, ya que se permitiría al banco incorporar cualquier operación –mutuo, descuento, apertura de crédito, libranza de cheques atendidos por el banco sin autorización previa para girar sin provisión de fondos, intereses devengados por cualquiera de estos créditos, etc.– y todas ellas estarían garantizadas con la hipoteca por el solo hecho de un asiento contable.⁵⁵

En igual sentido se pronunciaban Adrogué, Amuy y Gutiérrez Zaldívar⁵⁶ sobre la consideración de no responder al principio de especialidad en lo referente al crédito de aquellas hipotecas en las que, por su carácter de inciertas, no queda precisado ni el objeto de la prestación ni la extensión o magnitud de las obligaciones futuras o

54. LAFAILLE, Héctor, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1945, t. V, v. III, p. 82. (Ver especialmente nota n° 97).

55. RIVERA, Julio C., “Contratos bancarios con garantía real”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-B, pp. 854 y 863.

56. ADROGUÉ, Manuel, AMUY, Juan Carlos y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “Notas relativas a las hipotecas de seguridad en el derecho argentino”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-B, p. 948.

eventuales. Resultan insuficientes las cláusulas genéricas relativas a las obligaciones pasadas, presentes o futuras entre las partes. Por eso, la cláusula de garantía general hipotecaria no es válida en nuestro derecho.

Los autores recuerdan lo resuelto en las VII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979), en las que concretamente se resolvió que la especialidad relativa al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada o, en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiera la constancia de la causa fuente, entidad (objeto de la prestación) de la obligación garantizada.

Adrogué, Amuy y Gutiérrez Zaldívar anticipan un problema a futuro, como es la posibilidad de considerar dentro de la garantía el tema de los intereses. Aquellas que la doctrina española llama de seguridad o abiertas, de distinta valoración que las de tráfico o típicas:

Un aspecto delicado referido a las hipotecas de máximo, por falta de norma expresa que resuelva el problema, es el atinente a si los intereses están comprendidos o excluidos del monto máximo de la responsabilidad hipotecaria⁵⁷.

Seguidamente, plantean un nuevo problema de futuro, como lo es el de la determinación del monto a ejecutar dada la incertidumbre inicial, en donde el crédito puede no haber nacido todavía e incluso no nacer jamás:

Debe tenerse en cuenta que para poder hacer valer el crédito hipotecario –en la hipoteca de seguridad– deberá el acreedor probar que efectivamente es titular de un crédito y que, además, dicho crédito es aquel a que se refiere la convención hipotecaria. No es por sí título ejecutivo, toda vez que no acredite de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda.⁵⁸

Como puede apreciarse con estas citas y jurisprudencia que las respalda, el tema de discusión es el de la validez de las hipotecas abiertas y su problemática. La conclusión para esta postura es que no sólo se requiere para cumplir con la especialidad en cuanto al crédito, con el monto máximo de la garantía, sino la enunciación precisa de la causa fuente de la obligación garantizada.

3.5. *La validez de las hipotecas abiertas en la doctrina anterior al nuevo CCCN*

La realidad, que no es doctrina de juristas sino fermento de seguridad en las transacciones económicas, ha movido a los autores a justificar su validez en razón de la evolución de las operatorias:

La estabilidad, junto con el proceso de bancarización de la economía, ha impulsado a los bancos a celebrar con sus clientes relaciones más estables y abarcadoras, en cuyo contexto se gestan y desarrollan diversas y múltiples operaciones por las cuales

57. Ídem, p. 965.

58. Ídem, p. 968.

se vehiculiza la asistencia crediticia. Esta modalidad de contratación sucesiva y variada torna antifuncional y onerosa la constitución de garantías singulares para cada una de las operaciones concertadas. Lo óptimo en estas circunstancias es disponer de garantías globales y permanentes, con márgenes técnicos de cobertura suficientes.⁵⁹

El autor clarifica la confusión sobre los principios de especialidad, accesoriedad y responsabilidad hipotecaria, haciendo perfecta distinción entre las hipotecas *típicas* (de monto cierto y determinado) y las *atípicas* (que amparan obligaciones futuras, eventuales, condicionales e inciertas), resolviendo la cuestión en estos términos:

La exigencia de individualizar en el acto de constitución la causa y demás elementos del crédito está referido sólo a las hipotecas típicas, es decir, aquellas que desde su origen garantizan una obligación cierta y determinada, pero no respecto a las hipotecas que amparan obligaciones condicionales, eventuales o futuras.⁶⁰

Luego de señalar como justificativo el artículo 3133 del CCIV para validar el acto insuficiente en su comienzo para conocimiento de la causa (acreditándolo por cualquier medio a posteriori), expresa que el único límite para el principio de especialidad es el establecimiento del monto máximo, que respalda tanto al deudor como a los terceros. Finalmente, plantea el tema de los intereses, desarrollando los distintos enfoques relativos a si el monto máximo de la cobertura comprende únicamente el capital, o si también incluye los intereses adeudados. Y citando un fallo que comenta, sostiene que la Cámara de Apelaciones de Neuquén los admitió como garantizados por la hipoteca abierta, aunque sumados al capital excedan el monto por el cual aquella se constituyó.

Pérez Lasala y Martínez Vázquez, en el artículo ya citado, rechazan la aplicación del principio de especialidad con relación al crédito. Y la única nulidad aceptable lo es en cuanto al verdadero principio que resulta de la determinación del inmueble gravado. Solo esta insuficiencia sería motivo de nulidad, en atención a lo establecido por el artículo 3132 y 3148 del CCIV, mientras que el establecimiento del monto y causa fuente solo son exigibles como elemento individualizados de la obligación garantizada. Es el resultado del principio de accesoriedad de la hipoteca en cuanto al crédito, dado que no la hay cuando se pretende garantizar cualquier obligación o cuando se intenta crear el gravamen con prescindencia de “toda obligación”⁶¹.

Diferencian claramente el trato que corresponde con relación a las hipotecas típicas que con respecto a las de valor indeterminado, y señalan:

Lo que resulta inaceptable es pretender sin norma legal alguna que lo autorice y con un rigorismo esquemático, extender el modo de precisar la obligación principal en la hipoteca típica por crédito dinerario, a todas las otras formas atípicas de hipotecas autorizadas expresamente por la ley, mutilando su naturaleza propia, o simplemente restando

59. GÓMEZ, Jorge A., “La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/11/1999, n° 218.

60. Ídem, p. 2.

61. PÉREZ LASALA, José L. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Benigno, ob. cit. (cfr. nota 44), p. 808.

validez legal por vía de derogación lisa y llana de normas vigentes. Tal ocurre con el sector de la doctrina que exige, conjunta e ineludiblemente, la expresión de la causa-fuente y del objeto de la prestación, como condición esencial para que la hipoteca tenga validez.⁶²

Mario Arraga Penido⁶³ comparte estas conclusiones sobre la validez de las hipotecas abiertas y profundiza en el tema de la causa fuente, para descartarla como expresión contenida en el acto constitutivo apoyado en el principio de presunción de la causa que resultaba del artículo 500 del CCIV:

... no resulta imprescindible que provenga de una fuente contractual, ya que podría acceder inclusive a un reconocimiento incausado, en tanto se acredite la existencia de la obligación, toda vez que la causa fuente es presumida (art. 500 CCiv.) a pesar de que no esté expresada la obligación en él.

El autor justifica este avance en la doctrina, en razón de no estar comprometido ni el principio de especialidad ni el de accesoriedad, sin que les pueda caber por este motivo la grave sanción de nulidad, y consiente en la revisión de los conceptos negativos. Extiende así la interpretación causal, tanto de la cuenta corriente comercial como de la bancaria, recogiendo la previsión normativa del entonces vigente Código de Comercio, cuando en el artículo 786 establecía que el saldo puede ser garantido con hipoteca, fianza o prenda, según la convención celebrada entre las partes. Con respecto a la cuenta corriente bancaria, es un hecho generador de derecho creditorio:

... es uno de los contratos consensuales, bilaterales, típicos, conmutativos, no formales, normativos, de ejecución continuada y autónomos que revisten mayor importancia dentro de la actividad financiera.

En el análisis que hace del proyecto de reformas de la legislación civil y comercial de 1998, valora el reconocimiento que hace el artículo 2093, párrafo 3°, de las hipotecas abiertas por créditos indeterminados, “lo que constituye una notable innovación, requerida por las modernas necesidades crediticias”. En la referida norma queda claro el cumplimiento del principio de especialidad en cuanto al crédito, sea que la causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto –por lo que se incluyen los intereses y las costas–, que la garantía que se constituye es de máximo y el plazo a que se sujeta no puede exceder de diez años.

3.6. *La interpretación del artículo 2189 del nuevo CCCN*

De la lectura precedente, que resume las distintas discusiones a que dieran lugar las hipotecas abiertas, de seguridad, de máximo o atípicas, puede extraerse una intere-

62. Ídem, p. 809.

63. ARRAGA PENIDO, Mario O., “La hipoteca abierta por créditos indeterminados y el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Jurisprudencia Argentina*, 8/11/2000, n° 6219, p. 22.

sante conclusión: el nuevo Código legitima las mismas, toda vez que limita el principio de especialidad en cuanto al crédito, en los requisitos allí establecidos. Dejamos de lado la especialidad en cuanto al inmueble, que se atenúa en el rigor determinante de nulidad de los artículos 3132 y 3148 del CCIV. Y el artículo 2188, si bien exige que el objeto debe ser actual y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo –cuestión casi superada con las exigencias registrales que para dar publicidad establecen los datos esenciales del inmueble– permite, a través del artículo 2190, superar los defectos de especialidad, declarando válida la constitución de la garantía aunque falte alguna de las especificaciones del objeto. En cuanto al crédito, también protegido por el 2190, tiene una expresa referencia en el artículo 2189 que comentamos al único requisito necesario, que es el del monto de la garantía o gravamen y su estimación en dinero.

La norma marca también la diferencia de naturaleza, en tanto se refiere la estimación a las hipotecas abiertas, como resulta de la doctrina y jurisprudencia antes desarrollada, por cuanto la hipoteca típica o de monto cierto y determinado, no tiene estimación alguna. Cuando alguien entrega por un mutuo una suma de dinero, o queda adeudando el saldo de precio por la compra de un inmueble, negocios causales perfectamente individualizados, no hace estimación alguna, y marca la diferencia con las de valor indeterminado.

Queda superada la exigencia de la relación causal en las hipotecas abiertas o de máximo, con la expresión del segundo párrafo, cuando expresa que “la especialidad queda cumplida por la expresión del monto máximo del gravamen”.

También quedan superados los inconvenientes de créditos inexistentes al momento de la constitución, sea porque son futuros o eventuales, o porque siendo condicionales, si lo son bajo condición suspensiva, no nacen hasta el cumplimiento de la condición; y si lo son bajo condición resolutoria, a pesar de haber nacido, pueden resolverse posteriormente por el efecto de la misma. Hay una perfecta separación entre la hipoteca constituida en tales condiciones, a diferencia de las típicas en que nacen simultáneamente con la constitución, sea que el contrato esté integrado en la misma escritura, o lo sea en documento separado pero debidamente relacionado.

En estas hipotecas atípicas o abiertas, dice el párrafo siguiente del artículo: “El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente, mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto”, aclaración que no era necesaria, si se refería a hipotecas típicas.

Pero vamos a suponer que la pretensión del legislador fuera la de incluir en esta norma ambas hipotecas, y que la estimación estuviera referida a los intereses, costas y daños que pudieran resultar del incumplimiento en una hipoteca típica, en cuyo caso se estaría aplicando el criterio de máximo para cubrir todo, como en las abiertas. Si así fuera, qué razón tiene el párrafo siguiente a la expresión de que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, cuando señala “de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos”.

La hipoteca típica, o de monto cierto o determinado, en modo alguno podría no tener cubierto el capital, dado que él es el monto de su propia constitución, y lo que podía discutirse era la cobertura de los demás rubros.

En cambio, en la hipoteca abierta, el capital puede resultar de tal modo gravoso, que exceda en mucho al monto de máximo, como podría ser en el incumplimiento de una obligación de hacer, o la que garantiza los daños y perjuicios por un accidente, o cualquier otra de valor indeterminado.

Solamente a las hipotecas abiertas puede aplicarse el criterio de que si excede el monto máximo, el capital que lo exceda, será quirografario. También resulta incongruente pensar que el último párrafo del artículo se está refiriendo a las hipotecas típicas, por cuanto ninguna limitación, más que la convención de las partes, puede impedir que excedan los diez años desde el acto constitutivo. Ya el mismo Código, en materia de hipotecas, establece la duración de la inscripción por el término de 20 años, si antes no se renueva (art. 2210 CCCN).

¿Qué sentido tiene establecer que “el acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de 10 años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en garantía de los créditos nacidos durante su vigencia”? No solamente sorprende pensar en que una hipoteca de valor cierto y determinado, que nace con su misma constitución, pueda limitarse a 10 años, sino, más aún, que vencido el plazo subsista la garantía de los créditos nacidos durante su vigencia. ¿No es que el crédito es cierto y determinado, y que ello resulta de la hipoteca típica? ¿Y qué créditos pueden nacer durante su vigencia que no sean aquellos que resultan de una hipoteca abierta, en la que se garantizan los que sucesivamente en el tiempo van alimentando una cuenta corriente, o una operatoria bancaria garantizada con una extensión –como la que pretendía validar Arraga Penido– en medio de la complejidad financiera?

El movimiento derivado directa o indirectamente del uso de cheques, comisiones y gastos, alquiler de cajas de seguridad, servicios de cobranza por cuentas de terceros para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes, resúmenes de tarjetas de crédito, truncamiento de cheques, avales, (arts. 1.1, 1.44, 2.4, 4.4., 5.6, Circular OPASI-2-229 de reglamentación de la cuenta corriente bancaria, con vigencia a partir del 1/3/2000, Comunicación “A” 3075 del Banco Central de la República Argentina) o de adelantos sin cobertura, cartas de crédito, operaciones de prefinanciación de exportaciones o financiación de importaciones, descuento de documentos, créditos otorgados o a acordarse en adelante entre otros y que refleja la cuenta corriente, es unitario y por tanto, completamente indivisible.⁶⁴

Únicamente en tamaño instancia financiera, propia de la operatoria de hipotecas abiertas o de máximo, puede comprenderse tanto la limitación en el tiempo, para poner fin a la incertidumbre de cuentas que van evolucionando paulatinamente, como el respaldo dado a las operaciones celebradas en el mismo, aún después de su vencimiento. Respaldando esta operatoria, dice Arraga Penido:⁶⁵

Es más, si se está indicando en el acto constitutivo que la hipoteca cubre todas las obligaciones y deudas que existan con la entidad financiera, no puede haber duda de que la

64. Ídem, p. 26.

65. Ídem, p. 27.

referencia es concreta, porque tales operaciones a concertar no pueden ser otras que las delimitadas por la señalada ley financiera que las gobierna.

Indudablemente, el artículo 2189 se está refiriendo única y exclusivamente a las hipotecas atípicas, de máximo, abiertas o de seguridad; y en tal caso, la limitación al monto de garantía establecida deja fuera de ella todo excedente, que pasa a ser quirografario.

A través de esta norma, se define también el cuestionamiento sobre los intereses devengados y no pagados, estableciendo que en la medida que excedan el monto de máximo, pasan a ser quirografarios, pero no aquellos otros que se devengan con motivo de una hipoteca de monto cierto y determinado, en las que la extensión del crédito resulta del artículo 2193 CCCN.

3.7. *Hipotecas de monto cierto y determinado*

Del desarrollo que diéramos a las hipotecas, en particular con relación a las clásicas y típicas de monto cierto y determinado, y las que a contrario presentan una incertidumbre (sea en su nacimiento y permanencia, como en el monto indeterminado, y que se denominaran abiertas, de máximo o de seguridad), solo estas últimas fueron materia de evolución en la doctrina y jurisprudencia, para su justificación y validez plena. Fueron estas las que necesitaron del aporte doctrinario para acreditar que no eran nulas, en unos casos justificando su especialidad mediante la acreditación de la causa fuente y monto máximo, o por el desconocimiento de que se tratara de una exigencia esencial para tenerlas como válidas y oponibles a terceros.

Poco a poco se fue sentando el criterio de que las mismas podían carecer de una causa fuente actual, en el momento de la constitución de la hipoteca, sea porque la condicionalidad (si lo era bajo condición suspensiva) les daba nacimiento en el momento futuro de su cumplimiento, o porque estando creadas con la constitución bajo condición resolutoria, podían perder entidad si la misma resolvía sus efectos.

La otra forma que la alejaba de la causa fuente era la causa futura o eventual, donde prácticamente no existía la mentada causa, sino que podía señalarse con el mismo grado de incertidumbre que tenía el monto, cuando se trataba de obligaciones de dar, hacer o no hacer, ya que dependía del resultado de los actos humanos y la forma de su ejecución. La indemnización del daño por incumplimiento, o la garantía por lo que pudiera resultar de hechos ilícitos u otras relaciones jurídicas de determinación futura, quedaron justificadas únicamente en la sola determinación del máximo de garantía que permitiría la cobertura hipotecaria. Ni qué decir de operatorias bancarias o comerciales que se suceden a través del tiempo, hasta llegar a un cierre de una cuenta corriente bancaria o comercial como única determinación por el saldo pendiente, y que el nuevo Código legitima ahora a través de los artículos 1407 y 1439, para que el saldo deudor pueda ser garantizado con hipoteca.

Toda la discusión a la fecha fue con estas hipotecas, desde su validez hasta el efecto del monto de cobertura, o el tiempo en que se pudiera sostener la incertidumbre, materia ésta que claramente resuelve –como ya se sostuviera– con el último párrafo del artículo 2189 CCCN: allí las admite hasta 10 años, pero extendiendo la co-

bertura en todas aquellas causadas en el período referido para su ejecución fuera del mismo.

3.7.1. *El contenido de la reforma*

De lo expuesto resulta entonces que solamente las hipotecas abiertas eran motivo de tratamiento especial, por cuanto las típicas o de monto cierto y determinado no ofrecían ningún inconveniente, ni en la causa fuente, que siempre tenía y tienen un negocio jurídico causal (mutuo, saldo de precio, etc.) y un monto que no necesita de estimación alguna, por cuanto es el del contrato que le sirve de base. Parece totalmente contrario a las reglas de interpretación que el mismo legislador estableció que se regulen, entonces, ambas en conjunto, con todas las diferencias apuntadas, y sin dar ninguna justificación.

El principio de la buena fe, que marca el artículo 9 para el ejercicio de los derechos, avalado por el artículo 961 para la celebración de los contratos, tanto en su interpretación como en su ejecución, establece las diferencias de tratamiento separado entre dos hipotecas de contenido sustancialmente diferentes; no solamente por lo que formalmente esté establecido en el contrato hipotecario (unión de crédito y garantía) sino a sus consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos: por un lado, las que garantizan el monto cierto y determinado, en que el capital está expresamente comprendido en la garantía desde su constitución, diferenciado de las abiertas en que todo es incierto, desde su constitución y que prácticamente desconoce la certeza sobre el nacimiento de la causa fuente; por otro, como en cuanto al monto resultante al que se extiende la garantía al momento de su ejecución.

No pueden considerarse iguales una y la otra, por más que no se diga expresamente en las disposiciones generales que merecen tratamiento igualitario. Y no pueden serlo, porque la propia enunciación del artículo 2189, “Especialidad en cuanto al crédito”, muestra la diferencia, porque solo desde la falta de la especialidad precisa de las hipotecas de monto cierto y determinado, sin objeciones en su causa fuente y monto, resulta la palmaria diferencia con las hipotecas abiertas que, como ya se dijo, deben estimarse porque no hay ninguna certeza en el monto o en el nacimiento y eficacia inicial; cosa que no ocurre con las típicas.

Parece inapropiado decir que en una hipoteca típica, la especialidad queda cumplida con la expresión máxima del gravamen –cuando lo tiene indudablemente– y sin vacilación en el acto constitutivo. Y más inapropiado parece ser el párrafo siguiente del artículo 2189, cuando señala que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, o puede nacer posteriormente, cuando en las típicas lo está por su propia naturaleza (y salvo algún dato secundario sin trascendencia para la certeza de la constitución), que podría ser completado, por defecto de la especialidad, cuando falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo, como dice en forma genérica el artículo 2190, aunque sin perder de vista la existencia plena de la causa fuente que nace con la garantía. Por el contrario, de lo que se trata en este artículo es de la diversidad de supuestos en las hipotecas abiertas, en que lo que se va a individualizar es nada menos que el valor real

que resulte en definitiva de la incertidumbre inicial, o el tipo de causa fuente que la justifica.

Por tanto, que el gravamen constituye el máximo de la garantía solo puede interpretarse como aplicable únicamente a estas hipotecas de máximo, abiertas o de seguridad (único caso, además de los antes señalado) en que el capital podría superar al monto máximo fijado en el contrato hipotecario, dado que en las hipotecas típicas ya lo está con la propia constitución.

Decir que es quirografaria toda suma que lo exceda, no puede en las hipotecas típicas justificar que se incluya el capital, cuando este es el monto que inicialmente ha conformado la garantía. Es razonable decirlo en las hipotecas abiertas, donde se desconoce tanto en la incertidumbre sobre la existencia de la obligación, como en el monto al que la misma pueda elevarse. Y en medio de esa incertidumbre, es razonable extenderla en una previsión inicial, teniendo en cuenta un capital estimado, así como lo que pudiera resultar sobre intereses, costas, multas u otros conceptos.

Esa es la única interpretación posible, hecha sobre la base de la buena fe y el realismo de las palabras utilizadas, de sus finalidades, así como de los principios y valores jurídicos a que se refiere el artículo 2 del CCCN. Y teniendo especialmente en cuenta “los usos, prácticas y costumbres” como vinculantes, cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas, siempre que no sean contrarias a derecho, como dice el artículo 1 CCCN.

3.7.2. *El alcance del artículo 2193*

Cuando la norma referida establece la “extensión en cuanto al crédito”, parece en abierta contradicción con las limitaciones establecidas por el artículo 2189 CCCN. A diferencia de un monto estimado, nos enfrentamos ante un monto cierto y determinado, en cuyo caso es por demás razonable y propio tanto de la legislación antecedente como de la doctrina y jurisprudencia firme que la garantía se extienda no solo al capital adeudado –conocido por su inserción en el contrato hipotecario–, sino a los intereses posteriores a su constitución, que resultan del mismo acuerdo celebrado, así como los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento.

Ya se analizaba en la obra de Salvat⁶⁶ el tema de los intereses:

El pacto sobre intereses que contenga la escritura hipotecaria puede versar sobre los compensatorios, como sobre los moratorios y aún los punitivos (art. 1197), siempre que lo elevado de la tasa fijada no los convierta en usurarios y como tales, por la inmoralidad que implican, ser reprobados y sancionados con la nulidad del pacto (953). Lo mismo ocurrirá si se conviniere la acumulación de intereses que importe el anatocismo prohibido por el artículo 623.

En igual sentido se ha pronunciado el nuevo Código a través de los artículos 767 sobre intereses compensatorios, 768 sobre moratorios, 769 sobre punitivos y 770 sobre anatocismo. Y en particular con el artículo 771 CCCN, cuando establece las faculta-

66. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1960, t. IV, p. 186 (ver nota 385).

des judiciales para reducir intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede –sin justificación y desproporcionadamente– el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación⁶⁷. Esta cobertura de la garantía no necesita ninguna estimación en realidad, por cuanto tiene su tasa establecida en el contrato, pero por sobre todas las cosas, su limitación por los jueces en caso de ejecución.

En cuanto a los daños y costas, ya estaban cubiertos por la garantía (al igual que los intereses) conforme al artículo 3111 del CCIV. Y con referencia al derecho francés, se trataba el tema de su publicidad:

En el derecho francés se exige la inscripción en el registro del importe de los gastos una vez realizados, pero eso es la consecuencia del sistema de liquidación que en el procedimiento francés se sigue [...] En nuestro derecho, ese requisito no es necesario pues la ley no lo exige y considera extendida a los gastos, a título de accesorios del crédito, la garantía de este último.⁶⁸

En cuanto a los intereses, con cita de Machado, se sostiene que

... también se cumplirá la especificación del monto cuando se indique la manera de determinarlos con certidumbre, como sería si se expresara que se debe el capital de tanto y los intereses de tales años al tanto por ciento de cuanto, pues en estos casos, solo restaría hacer la liquidación de ellos⁶⁹.

Como en el nuevo Código no se establece límite alguno en las hipotecas típicas o de monto fijo o determinado, es perfectamente aplicable la reflexión final de Salvat, cuando señala que estos casos son accesorios de la obligación principal y en este carácter quedan incluidos en la garantía hipotecaria. La única limitación normativa es la del segundo párrafo del artículo 2193, cuando establece que “los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”.

Es un respaldo de seguridad, para evitar la mala fe del que pretende ampliar indebidamente la garantía, que concuerda con el tratamiento de los privilegios especiales en materia de hipotecas.

3.7.3. *Los privilegios especiales en relación con la hipoteca*

Contradiendo aquel principio que resulta del artículo 2189 con respecto a las hipotecas abiertas (en que la garantía se limita al máximo establecido en el contrato constitutivo, resultando quirografaria cualquier suma que lo exceda), ya en el Código velezano se establecía en el artículo 3936 que “la hipoteca garantiza a más del prin-

67. Nuestro comentario a estos artículos puede verse en CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 275-284.

68. SALVAT, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 66), p. 189 (especialmente nota 392).

69. Ídem, p. 187, nota 386.

capital, los intereses o rentas debidas de dos años, y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago”.

Siguiendo esta corriente, el artículo 2582 CCCN establece que tienen privilegio especial los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, *warrant* y los correspondientes a *debentures* y obligaciones negociables con garantía especial o flotante. La norma no se refiere solamente al capital, por cuanto en el artículo siguiente referido a su extensión, si bien lo limita al capital en principio, establece seguidamente las excepciones. Y para el caso de la hipoteca, no solamente lo amplía a los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art. 1583 inc. b), sino también a las costas correspondientes a las ejecuciones hipotecarias (art. 2583 inc. c).

3.8. Conclusión

Llegamos así a la conclusión de que el nuevo Código trata en forma totalmente diferenciada las hipotecas típicas de las abiertas, único caso este en que se debe estimar el monto máximo al que se extiende la garantía.

En las hipotecas de monto cierto y determinado –siguiendo la corriente legislativa anterior, así como la doctrina y jurisprudencia firme para este tipo de actos–, las mismas se extienden en los términos del artículo 2193, comprendiendo además del capital que resulta publicitado al inscribir el contrato hipotecario, también a los intereses, daños y costas posteriores a su constitución. La excepción sería que se hubiera pactado expresamente los que fueran anteriores, en cuyo caso deben estar determinados y previstos en la convención.

En cuanto a las hipotecas abiertas, y como bien lo señala el artículo 2189, la extensión de la garantía no debe superar el monto máximo por el que se constituyera la hipoteca, incluso por excedente de la deuda de capital del monto registrado. Esto es para que los intereses, costas y daños que resulten de una hipoteca abierta estén cubiertos por la garantía. En cambio, en las de monto cierto y determinado no solo se extienden a intereses, daños y costas, sino que conservan el privilegio especial de los acreedores hipotecarios.

Queda claro entonces que la reforma ha dado solución a los problemas que se plantearan en la legislación anterior, resolviendo el tema de la especialidad con la sola limitación al monto estimado en cuanto al crédito, pero convalidando con ello la eficacia de las hipotecas abiertas y sus distintas modalidades, en particular, con el gran desarrollo de los negocios financieros y bancarios, con la consiguiente economía de gastos y seguridades implementadas.

Donde no había conflicto –como en las hipotecas de monto cierto y determinado– dejó vigente los principios desarrollados en la doctrina, jurisprudencia y legislación precedente, dando el debido reconocimiento en virtud de la existencia cierta de un negocio causal y un monto que forma parte del mismo. Que, además, quedó ratificado con el sustento de los privilegios que no los limita al capital de la hipoteca, sino que los extiende a los intereses correspondientes a los 2 años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio y a las costas de estos créditos. Responde así a una jurisprudencia antigua que perdurara en el tiempo, respaldada

entonces en el artículo 3152 CCIV y ahora en el artículo 2193 CCCN y que ya por el año 1952 afirmara un fallo de la Cámara Nacional Civil Sala D, del 7 de julio de 1952:

El privilegio hipotecario tiene extensión no sólo respecto del capital, sino también de los intereses, costas y gastos de la ejecución, que como accesorios del crédito principal participan de las seguridades constituidas a favor del mismo (LL 67. 326).

4. Reflexiones finales

- La nueva legislación no prohíbe ni limita en modo alguno las operatorias en moneda extranjera. Por el contrario, recepta la realidad económica nacional y sin perjuicio del curso legal o no que tenga la moneda dada, en todos los supuestos puede garantizarse el cumplimiento en la misma moneda pactada, al momento de cumplimiento, así como los pactos sobre la posible derivación que pudiera tener alguna circunstancia de fuerza mayor que impida su ejecución con la misma cosa prometida.
- Las partes tienen todo el derecho de renunciar al pago con otra moneda y a establecer, para el caso de imposibilidad, la determinación del valor de mercado, conforme a cotizaciones de otros países, como sucede con las ya clásicas estipulaciones sobre la cantidad de moneda de curso legal necesaria para adquirir los mismos valores recibidos por su equivalente al momento de pago.
- La publicidad registral no puede impedir estas regulaciones, dado que la permisión en moneda de curso legal o extranjera es absoluta. Y pretender establecer un monto en moneda nacional de la que no lo es, es como cambiar la autonomía de la voluntad, cuando la misma ha sido reflejada y defendida por el mismo Código, cuando en el artículo 958 CCCN asegura la libertad de contratación, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y buenas costumbres.
- El artículo 960 establece que los jueces no tienen las facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea pedido por una de las partes cuando lo autoriza la ley o de oficio cuando se afecta el orden público –de modo manifiesto–, tal como lo plantea el artículo 961 sobre el principio de la buena fe en los contratos, que ya estableciera como principio general en el artículo 9 CCCN para el ejercicio de los derechos.
- Al publicitar el monto de la deuda en moneda extranjera, se refleja con todo rigor el contenido y alcance de la obligación, que no genera indeterminación, por cuanto basta tomar la pauta de cotización aplicable al momento de cumplimiento en pos de conocer el verdadero valor de mercado. Por ende, se trata de una hipoteca de monto cierto y determinado en moneda extranjera, como pudiera serlo la que está pactada en moneda de curso legal.
- También pueden pactarse –como ya lo anticipamos– hipotecas abiertas de monto indeterminado al momento de su constitución, en cuyo caso se deberá publicar la suma estimada para el momento de pago, con una cobertura limitada por todo concepto a lo estimado únicamente.

- En estos supuestos, será necesario –previa a la ejecución– la preparación de la acción ejecutiva, determinando el valor por el que se ejecuta el bien gravado, por cuanto el monto máximo no acredita la legitimidad del reclamo. Cabe destacar que es un valor de referencia que limita, pero no garantiza el derecho del acreedor para exigir su crédito. Por ello, si se tratara de una operatoria en moneda extranjera que resultara como en una cuenta corriente bancaria en dólares, debemos indicar que: del saldo final, el mismo se deberá acreditar en la acción preparatoria. Pero si se trata de una suma de moneda extranjera perfectamente determinada en el contrato constitutivo, ya estamos con una hipoteca de monto fijo y determinado, y por tanto, de una cantidad de dinero genuina, que no debe ser liquidada, porque la obligación es la de restituir igual cantidad de la misma especie y calidad.
- El recurso de la sustitución de esa entrega por moneda de curso legal integra una segunda etapa de la obligación, para el caso de imposibilidad de cumplimiento en la forma pactada. Y como sostuviera un viejo fallo de la Cámara Federal de La Plata del 25 de abril de 1935⁷⁰ citado por Busso, procede el juicio ejecutivo porque se trata de una cantidad de dinero que no debía ser referido exclusivamente a la moneda de curso legal, sino que también alcanzaba a la moneda extranjera. Y agregaba que el dinero es un género, siendo las distintas clases de moneda especies dentro de él.⁷¹

70. *Jurisprudencia Argentina*, t. 50, p. 41.

71. Busso, Eduardo, ob. cit., cfr. nota 4, p. 263.