

Voces: HIPOTECA ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA

Título: Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca.

Autores: Alterini, Jorge Horacio

Publicado en: LA LEY 1987-E, 873

SUMARIO: I. Introducción.- II. Precisiones terminológicas.- III. La entrega de moneda extranjera como cláusula esencial.- IV. Tendencia jurisprudencial.- V. El dinero es siempre una cosa.- VI. Esquema del Código Civil.- VII. Incumplimiento del deudor.- VIII. Cumplimiento forzado.- IX. Indemnización de daños y perjuicios.- X. Cotización de la moneda extranjera.- XI. Especialidad de la hipoteca.- XII. Proceso de conocimiento.

I. Introducción

En el tema de las contrataciones que involucran a moneda extranjera, las soluciones jurídicas suelen estar influidas por prejuicios injustificados, pues el plausible sentimiento nacional que anida en el intérprete lo conduce a forzar criterios que desfiguran el recto sentido de las directivas que brinda al respecto la legislación vigente y que frenan la agilidad de las negociaciones o en definitiva las frustran.

En ocasiones, con la pretensión de una óptica más elástica, se formulan asertos equívocos, como el sostener que en determinadas operaciones la moneda extranjera es considerada como "cosa" y en ese sentido su tratamiento debería ser esencialmente distinto al del régimen del dinero, con olvido de que el dinero también es cosa. Mi intención es demostrar que la moneda extranjera no está privada en nuestro país de su condición dineraria, y que si se la encasilla como cosa, ello no implica su desmonetización.

II. Precisiones terminológicas

Las primeras aproximaciones conceptuales se facilitan si se parte de la base de la sistematización de las deudas que tienen por objeto cantidades de dinero que realiza Arthur Nussbaum (1), que vertiré con algunos ajustes para su mejor adecuación a la realidad jurídica nacional.

Las deudas dinerarias se clasifican en deudas pecuniarias, que son "las deudas de dinero propiamente dichas" y deudas monetarias, "que tienen por objeto primordialmente, no un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como moneda (signos monetarios)".

A su vez, las deudas pecuniarias se agrupan en deudas puras de dinero, que son en nuestro país las contraídas en moneda de curso legal, regidas por el art. 619 del Cód. Civil, y en deudas en moneda sin curso legal en la República, para las cuales una orientación doctrinario-jurisprudencial muy dominante entiende que la referencia a la moneda extranjera es con el alcance de moneda de cuenta, o sea como una cláusula estabilizadora implícita, que supone que la deuda se solventará en el equivalente en moneda nacional de la cuantificación en moneda extranjera (2). Tal interpretación podría ser discutible en virtud del art. 617 del Cód. Civil, pues no aplica las pautas allí fijadas para las monedas sin curso legal en la República y reenvía a las del art. 619, norma que fue pensada como alternativa de liberación para el deudor cuando la deuda fue contraída directamente en moneda nacional, pues puede optar entre pagar la especie de moneda nacional prevista en el contrato u otra especie en moneda también nacional, con la pertinente equivalencia. La advertencia mencionada no será profundizada en esta exposición, pues nos limitaremos ahora a poner el acento en las deudas monetarias, o sea en aquéllas en las cuales es esencial la entrega de determinadas unidades monetarias.

Las deudas monetarias se subdividen en deudas monetarias genéricas y específicas, en ambas es inexorable la satisfacción en la moneda sin curso legal convenida. Las deudas monetarias genéricas se configuran en supuestos de escasez de la moneda elegida" que por ello fue tenida especialmente en mira al contratar, o de adquisición de determinada moneda extranjera en una casa de cambio a los efectos de solventar un viaje al exterior -esta última modalidad no es lícita en la actualidad por las disposiciones impeditivas del tráfico de divisas-. Las deudas monetarias específicas imponen igualmente la entrega de cierta cantidad de moneda, pues ésta se encuentra individualizada al estar contenida, por ejemplo, en una determinada caja fuerte.

Previene acertadamente Nussbaum, que "no serán aplicables en modo alguno los principios de derecho monetario a aquellos casos en que, con arreglo a la voluntad de las partes, no se tiene en cuenta la naturaleza monetaria del objeto, especialmente cuando las monedas se utilizan por razón de su peso o como objeto de colección" (3). En esta modalidad se pondera exclusivamente el carácter de cosa del objeto, con prescindencia de su representatividad monetaria, extremo evidente en un coleccionista.

III. La entrega de moneda extranjera como cláusula esencial

De lo que llevo dicho se infiere que en el presente las contrataciones en moneda extranjera, importan deudas monetarias genéricas, pues dada la prohibición del tráfico de moneda extranjera, ella se ha convertido en un objeto escaso, de donde la previsión de su entrega en el contrato mueve a pensar que obedece a una condición esencial del mismo. Más allá de las reservas que formulara la difundida concepción de que en principio la referencia a la moneda extranjera debe computarse como una cláusula de estabilización, salvo que aparezca como cláusula esencial del contrato, entiendo que de cualquier modo en la actualidad la presunción debe ser la

opuesta, pues la mentada escasez hace suponer que si se contempló la entrega de moneda extranjera en el contrato, ello respondió a un designio central para la negociación concertada y a esa voluntad cabe sujetarse.

Es que la contratación en moneda extranjera, respaldada por el art. 617 del Cód. Civil, sólo debe descartarse en los supuestos en que exista una norma especial prohibitiva. Así el art. 1º in fine de la ley de locaciones urbanas 23.091 (Adla, XLIV-D, 3712) dispone que: "Será nula, sin perjuicio de la validez del contrato, la cláusula por la cual se convenga el pago en moneda que no tenga curso legal. En este caso, el precio quedará sujeto a determinación judicial". Por el contrario, las limitaciones contempladas en la ley 21.037 (Adla, XXXV-C, 2717) para los pagos en moneda extranjera en el ámbito del contrato de mutuo, quedaron superadas a través de la derogación de ese ordenamiento por el art. 22 de la ley 21.382 (Adla, XXXVI-C, 2071).

Incluso existen previsiones en nuestro derecho positivo que habilitan a operar con moneda extranjera, tan elocuentes como la del art. 33 del decreto-ley 4776/63 (ratificado por ley 16.478 -Adla, XXIII-B, 844; XXIV-C, 1986-), que impone el pago de los cheques en determinada moneda extranjera, descartando la posibilidad de hacerlo en moneda del país, si "el librador hubiese establecido que el pago debe efectuarse en una determinada moneda (cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera)". De igual modo resuelve la cuestión el art. 44 del decreto-ley 5965/53 (ratificado por ley 16.478 -Adla, XXIII-B, 936; XXIV-C, 1986-) en cuanto a las letras de cambio, pues reproduce una directiva similar a la incluida para los cheques. Y no se piense que la mentada regulación para las letras obedece a que ese sustituto aparece en la trama del comercio internacional, ya que el art. 101 de dicho decreto-ley extiende esa solución al vale o al pagaré, al decir que: "Son aplicables al vale o pagaré... las disposiciones de la letra de cambio relativas ...al pago (arts. 40 al 45)...".

IV. Tendencia jurisprudencial

La tradicional postura de la doctrina y de la jurisprudencia, reacia a reconocer que los pagos convenidos en moneda extranjera deben efectuarse en la clase de moneda comprometida, o muy limitativa al efecto, fue contradicha en los últimos años por fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Así el 9 de marzo de 1984 la sala F, en los autos "Sciumbre, Pedro A. c. Dibar, Carlos M. s/ resolución de contrato" a través del interesante voto del doctor Jorge E. Beltrán, al que adhirieron los doctores César D. Yáñez y Pedro Rafael Speroni, al declarar la resolución de un boleto por culpa de la promitente de venta, dispuso que ésta debía reintegrar en dólares la cantidad recibida en esa moneda, y el resto en moneda argentina debidamente actualizada, invocando sin más para justificar el reintegro parcial en dólares los arts. 608 y 617 del Cód. Civil.

En una valiosa sentencia del 25 de setiembre de 1985, la sala G en la causa "Oks Silberman, Berta c. Achával y Cía., S.A. y otro", según el voto del doctor Roberto E. Greco, con la adhesión de los doctores Ricardo L. Burnichón y Leopoldo L. V. Montes de Oca, resolvió que al frustrarse la reserva de compra de un departamento porque la razón social ofertante no había actuado en nombre del dueño de aquél, correspondía que dicha firma restituyera los dólares anticipados con motivo de la reserva. Interpretó que se había configurado un depósito regular y que "los dólares no son dinero sino cantidades de cosas fungibles (arts. 606, 607 y concs., Cód. Civil), que imponen al deudor de la restitución la obligación de entregar específicamente otra cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad (su art. 608) y sólo por decisión del acreedor podrá optarse por su valor. Es el principio general, en cuya virtud el deudor no puede sustraerse del cumplimiento específico mediante el ofrecimiento del valor o de la indemnización de daños (4)". Se desliza la idea de que los dólares no son dinero, acaso porque la expresión haya traicionado las convicciones del distinguido magistrado preopinante, pero en el caso de ser tales, dejamos adelantada nuestra observación.

El 26 de noviembre de 1985 la sala C en los autos "Vignola, Nidia A. c. Colombo Marchi, José" (Rev. LA LEY, t. 1986-B, p. 301) se expidió con apoyo en la ilustrada argumentación del doctor Agustín Durañona y Vedia, que contó con la adhesión tanto del doctor Santos Cifuentes como del suscripto. Se condenó a la promitente de compra reconvenida a abonar el saldo de precio en la cantidad de dólares prevista en el contrato. Aunque sin enfatizar que en verdad la obligación en moneda extranjera es dineraria, se hizo mérito de la escasez de la moneda pactada, que estaba dada "por la restricción impuesta por las normas que regulan el tráfico de divisas, que hace que no se puedan adquirir libremente los dólares estadounidenses, sino por el precio mayor que el oficial, ya sea en el mercado negro o paralelo o en plazas extranjeras... En el caso de autos no hay dudas que la gran diferencia entre el cambio oficial y el de otras plazas, confirma que respondió a un libre acuerdo entre las partes, la estipulación expresa de que debe pagarse inexorablemente en dólares. En esa estipulación que es ley para las partes (art. 1197, Cód. Civil), no puede verse ninguna lesión a principios de orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad (art. 17, Carta Fundamental). Si bien están restringidas las operaciones de cambio en el mercado financiero, las monedas extranjeras no son cosas fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ellas sus negocios y contratos dándoles el valor real que a sus intereses convenga"(5).

En el pronunciamiento del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Civil del 24 de octubre de 1986 en los autos "Salomone, Alberto s/ cobro de pesos s/ competencia", con el voto conjunto de los doctores Alberto J. Bueres, Mario P. Calatayud y del suscripto, por entonces presidente de ese tribunal, se decidió con motivo de un mutuo en dólares estadounidenses, que al legislar el art. 617 del Cód. Civil las obligaciones en moneda que no

tiene curso legal en la República entre las obligaciones de dar sumas de "dinero", tal condición dineraria determinaba la inaplicabilidad del art. 46, inc. g del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 22.093 (Adla, XVIII-A, 587; XXXIX-A, 3641), pues no se trataba de uno de "los juicios de naturaleza civil derivados de contratos sobre cosas muebles" y consiguientemente no correspondía desplazar la competencia hacia el fuero civil y comercial especial, sino aplicar la previsión genérica de competencia civil del art. 43 del citado decreto. Esta jurisprudencia ha sido recibida con beneplácito (6).

Según Alberto D. Schoo. "no es posible sostener como principio, que el codificador use la palabra 'dinero' como sinónimo 'moneda', y ello no permite dar un concepto único de aquella expresión a través del Código" (7), pero aun admitiendo esa multivocidad" es evidente, que el art. 617 lo hace con el alcance de signo monetario (8).

V. El dinero es siempre una cosa

La afirmación de que cuando se conviene expresamente el pago en moneda extranjera importa considerar a ese signo como una cosa, se ha llevado hasta el extremo de sostener que si en un contrato pretendidamente de compraventa se estipula como condición esencial el pago del precio de la transferencia del dominio de una cosa en dólares, en realidad se estaría concertando una permuta (9), pues la correspectividad no importaría la obligación de la transferencia del dominio de una cosa a cambio de la obligación de pagar un precio, como ocurre en la compraventa (arts. 1323 y 1356), sino que mediarían recíprocas obligaciones de transferencias de cosas (art. 1485), que derivarían en la transferencia del dominio de una cosa a cambio de la entrega en propiedad de otra cosa, los mentados dólares. Que se jerarquice en mayor medida en estas obligaciones dinerarias que en las contratadas en moneda nacional la condición de cosa de la moneda, no debe hacer olvidar que siempre el dinero es una cosa. Como todo dinero es cosa, en semejante línea de ideas habría que concluir que nunca habría compraventa, pues la contraprestación de pago de dinero por el comprador sería en definitiva la transferencia del dominio de otra cosa.

El dinero es sin duda una cosa, ya que importa uno de "los objetos materiales susceptibles de tener un valor" (art. 2311, Cód. Civil -Adla, XXVIII-B, 1799-) y a nadie escapa su carácter de mueble (arts. 2318, 2319 y 2323). Es una cosa fungible, pues es de aquellas "en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad" (art. 2324). Es consumible, habida cuenta que su existencia termina "para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad" (art. 2325), tanto que Vélez Sársfield en la parte final de su nota al art. 616 señala: "Bajo punto de vista jurídico, las monedas son cosas de consumo, en el sentido que su uso verdadero consiste en el gasto que se hace, gasto que hace tan imposible, como si la materia se hubiese consumido, toda reclamación ulterior de la propiedad". Igualmente es una cosa divisible en tanto pasible de fraccionamiento con los alcances que describe el art. 2326.

VI. Esquema del Código Civil

La ubicación del art. 617 en la metodología del Código Civil brinda contundente sustento al tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera entre las dinerarias. Efectivamente, aparece en el libro segundo: "De los derechos personales en las relaciones civiles", en el título 7º: "De las obligaciones de dar"; concretamente en su capítulo 4º: "De las obligaciones de dar sumas de dinero".

El art. 617 regula las obligaciones dinerarias contraídas en "moneda que no sea de curso legal en la República", por contraposición al art. 619 que se ocupa de aquellas que consisten en "entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional".

Acaso el silenciar que las obligaciones en moneda extranjera son también dinerarias, obedezca a que es común exigir entre los caracteres del dinero tanto el curso legal, como el curso forzoso, que conducen a que no se pueda discutir el valor nominal certificado por el Estado y a que los acreedores deban recibir dicha moneda como medio de pago (10). Pero como vimos, en el sistema de Vélez Sársfield tanto es dinero la moneda concurso legal en la República, como la que no tiene ese curso legal (11).

No se piense que la consideración por el art. 617 de las obligaciones en moneda extranjera "como de dar cantidades de cosas" provoca una diferencia de esencia con las concertadas en "moneda corriente nacional" del art. 619, dado que el art. 616, norma general aplicable en subsidio también al supuesto legislado por el art. 619, dispone que: "Es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar "cantidades de cosas no individualizadas". Más aún, la correspondencia de todas las obligaciones dinerarias y no sólo de las estipuladas en "moneda que no sea de curso legal en la República", con las obligaciones de dar cantidades de cosas, es explicada por el codificador en la nota al art. 616 en los términos que siguen: "El dinero pertenece a las cantidades. Hay entre cada pieza de una determinada especie de moneda, una diferencia tan poco sensible como en cada grano de un montón de trigo, y las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas...".

Que la moneda extranjera sea dinero, aunque no tenga curso legal en el país, explica que el precio de una compraventa pueda fijarse en dólares, dándose así cumplimiento a la exigencia de contraprestación dineraria que impone el art. 1323 del Cód. Civil.

VII. Incumplimiento del deudor

Tampoco se crea que la argumentación desarrollada para respaldar la legalidad las contrataciones en moneda extranjera, se esterilizaría de no cumplir voluntariamente su compromiso el deudor de la prestación de dicha moneda, con la errada creencia de que si no mediare esa espontaneidad no existirían mecanismos para que el acreedor alcanzara a satisfacerse con una prestación idéntica a la debida. Claro está, que si el deudor pudiera liberarse a la manera de art. 619, mediante la conversión de la deuda, verbigracia en dólares, en moneda nacional, el resultado en la práctica sería disonante con los objetivos perseguidos, en la interpretación que adopto, disonancia más marcada todavía en tiempos en que la cotización oficial del dólar es inferior al verdadero valor de mercado. Por la vía de acudir a la conversión en moneda nacional el deudor violaría el principio de la identidad del pago, pues como lo dispone el art. 740 del Cód. Civil: "El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó y no son admisibles los pagos parciales (art. 742).

Con la óptica de la cuestión a la que conduce la remisión del art. 617 al régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas, no se arriba a las disvaliosas consecuencias mencionadas.

La primera directiva de alcance general para todas las obligaciones de dar cantidades de cosas, que por otra parte no es más que una resonancia del art. 740 referido, está contenida en el art. 607: "En estas obligaciones, el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad".

El art. 607 comprende a todas las obligaciones de dar cantidades de cosas, o sea que para él no se reproducen las dudas sobre la aplicabilidad a las obligaciones de cantidades de cosas para transferir la propiedad de ellas (ver art. 574, Cód. Civil) de la previsión del art. 608, que se verán más adelante. De allí que el art. 607 aprehenda tanto a las obligaciones de cantidad enderezadas a transferir la propiedad de las cosas que se entregan, (así, pago del precio en dólares en una compraventa), como también a las obligaciones de restituir cantidades de cosas (las propias de un mutuario o de un depositario que debe reintegrar los dólares recibidos en préstamo o depósito).

La genérica afirmación del art. 607 importa reiterar también la regla que prioriza el cumplimiento específico de la obligación con el alcance que traza el art. 505 del Cód. Civil. Descartado el cumplimiento voluntario de la entrega de dólares acordada, el acreedor de la prestación en dólares puede igualmente satisfacer su pretensión pues debe desecharse el pensamiento tan difundido de que tal alternativa es "legalmente imposible", con la consiguiente imposibilidad de pago (ver arts. 888 y sigts., Cód. Civil).

VIII. Cumplimiento forzado

Frente a la renuencia del deudor, en virtud del art. 505, inc. 1º del Cód. Civil el acreedor tiene "derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado". De tal suerte, cómo suponer la imposibilidad de pago en dólares por el deudor si éste, por ejemplo, tiene depositada esa moneda a interés en una entidad bancaria nacional; nada obsta a que por medio de acciones judiciales se provoque oportunamente el cumplimiento forzado.

Se dirá que ante el fracaso del cumplimiento voluntario o forzado por el deudor, el acreedor debería resignarse a ver insatisfecha su pretensión de cumplimiento específico; sin embargo queda en pie la posibilidad que reconoce el inc. 2º del art. 505. No encuentro obstáculos para que aquello a lo que se obligó el deudor, el acreedor pueda "hacérselo procurar por otro a costa del deudor". Desde la mira del acreedor ese es un cumplimiento específico de la prestación debida y es fácil comprender cuán factible resulta que un tercero allegue los dólares que el deudor no desembolsara. a cuyos efectos cabe la pertinente autorización judicial -arg. art. 630 del Cód. Civil-.

IX. Indemnización de daños y perjuicios

Hay que hacerse cargo del supuesto en que se frustre toda posibilidad de cumplimiento específico de la obligación en moneda extranjera, o sea que el acreedor no tenga otra salida que la contemplada en el inc. 3º de art. 505, consistente en "obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

El cumplimiento por equivalente impone plantear el aspecto ya sugerido de la comprensión del art. 608 del Cód. Civil (12), con el sentido de si abarca exclusivamente a las obligaciones de restitución de cantidades de cosas (mutuo, depósito), como se inferiría de su literalidad, o también a las de transferencia del dominio de esas cosas (precio en la compraventa).

Creo que el interrogante del ámbito del art. 608 no es fecundado para este aporte, aunque no silenciaré mi opinión. Según dicha norma: "Si la obligación 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 del vencimiento de la obligación". No advierto cómo podría

prescindirse de las pautas del art. 608 para determinar cuál es el equivalente de la prestación específica insoluta, si la aplicación directa encuentra el escollo de la letra del art. 608, la cortapisa no existe para la aplicación analógica (art. 16, Cód. Civil). Aunque la opción en favor del acreedor que luce en el art. 608 cuenta

con la admisión de la mayoría de la doctrina (13), la minoría la considera inaplicable, porque en su enfoque el deudor siempre podría liberarse con el cumplimiento específico aunque el acreedor aspirara al equivalente (14). En tanto el objetivo que persigo tiende a demostrar la fuerza vinculante de las obligaciones contraídas en dólares para reclamar el cumplimiento en especie, al menos si ello importó una condición esencial del acuerdo, se capta sin esfuerzo que es inoficioso profundizar el análisis de la polémica descrita, pues por hipótesis el acreedor no habrá de resistir el cumplimiento específico por el deudor.

Si se parte de la suposición de que el acreedor habrá de aspirar con seguridad al cumplimiento de la prestación a través de la entrega de dólares, se concluye que se inclinará por el cumplimiento por equivalente, o sea por la indemnización de daños y perjuicios, sólo de ser inevitable hacerlo. Y si a tal secuela conduce la relación entre las partes, insisto que no hay elementos de juicio convincentes que justifiquen privar al intérprete de los caminos trazados por el art. 608, pues más allá del tema de la "opción" esa norma se limita a expresar en concreto la impronta del inc. 3º del art. 505, que faculta al acreedor para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

Las indemnizaciones a las que tiene derecho el acreedor se adicionarán al cumplimiento en especie si finalmente se concretara, a título de daño moratorio, o harán las veces de la prestación incumplida en concepto de daño compensatorio.

X. Cotización de la moneda extranjera

Sin perjuicio de la configuración de otros daños y perjuicios, el daño compensatorio en el cumplimiento anormal por equivalente se traduce a tenor del art. 608 en el valor de los dólares "según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación".

Es innegable que aplicar en el cálculo del valor de los dólares la llamada cotización oficial, puede importar un grave perjuicio cuando ella no se corresponde con el valor real de la moneda extranjera. Por ello en la actualidad se presenta como más ajustado a derecho y más razonable realizar los cálculos con apoyo en el denominado dólar turista, que como es sabido implica una estimación oficial del valor del dólar en el mercado paralelo, como paradójico reconocimiento de una realidad que se dice ignorar y repudiar, pero que se impone con la fuerza irresistible de las leyes económicas. Paradoja que se reitera en el mercado financiero, valen como ejemplo los Bonos en Australes del Gobierno nacional (Bagon), cuyo valor está unido al del dólar marginal.

Aunque se han expuesto opiniones diversas (15), la solución legal contenida en el art. 608 es inequívoca pues impone realizar el cálculo a la fecha del vencimiento de la obligación, lo que no obsta a su revalorización hasta la fecha del efectivo pago, por encuadrarse como obligación de valor. Para esa revalorización en principio corresponde hacer jugar una vez más la variación de la cotización del dólar turista entre la oportunidad de vencimiento y la del pago, pero con la salvedad de que esa modificación no debería perjudicar al acreedor, porque en la línea de ideas de Busso, "el deudor no podría invocar su propia mora para obtener ventajas, o para sustraer al acreedor beneficios que hubiera podido realizar, aprovechando -en otras operaciones- el cambio que regía el día indicado" -el día del vencimiento- (16). Si se visualizara el perjuicio para el acreedor la revalorización debería ajustarse a índices que reflejaran con mayor justeza la oscilación económica operada en el interregno mencionado, como el índice de precios a por mayor -nivel general-.

XI. Especialidad de la hipoteca

La tesis de que las obligaciones en moneda extranjera son obligaciones dinerarias tiene repercusiones muy importantes en el marco del derecho hipotecario.

Es sabido (17) que la llamada especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito exige que la garantía hipotecaria alcance a créditos determinados. Tal determinación se infiere con claridad del art. 3131, inc. 2º del Cód. Civil, que impone entre los requisitos del acto constitutivo de la hipoteca que contenga: "la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra". Igualmente el art. 3139 exige que en la toma de razón se refiera "la calidad de la obligación o contrato".

Pero la manifestación de la especialidad en cuanto al crédito que más interesa al presente tema es la que se vincula con la determinación del monto del crédito. Si la hipoteca garantiza un crédito consistente en exigir la entrega de una suma de dinero, que es el supuesto habitual, debe precisarse su monto en una suma de dinero cierta y determinada (arts. 3109 y 3131, inc. 4º).

Cuando el crédito dinerario garantizado sea de valor indeterminado, o tratándose de obligaciones de dar distintas de las dinerarias, o de hacer o no hacer, se cumple con la especialidad declarándose "el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca" (art. 3109).

En definitiva, para cumplimentar el requisito de la especialidad en cuanto al crédito en el aspecto que atañe a la determinación de su monto, los alcances de la garantía hipotecaria deben traducirse en una suma determinada de dinero.

Aunque el Código Civil no brinda ninguna pauta de la cual pueda inferirse que la alusión a la determinación del "techo" hipotecario en una suma de dinero, apunta exclusivamente a una suma en moneda nacional, descartando a las monedas que no sean de curso legal, se ha dado por supuesta una inexistente limitación

normativa al respecto. Tan es así que el art. 125 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17.801 en el ámbito de la Capital Federal y Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, estableció en su art. 125 que: "No se registrará documento que constituya derecho real de hipoteca si no se consignare su valor en pesos argentinos (Adla, XL-D, 4126; XXVIII-B, 1929).

Esta orientación es extraña a la normativa del Código, que trata como deudas dinerarias también a las contraídas en monedas que no sean de curso legal en la: República (art. 617).

En consonancia con los desarrollos argumentales expuestos con anterioridad, pienso que en el sistema del Código Civil es irreprochable que la determinación del monto de la garantía se exprese en una moneda extranjera.

No obstaculiza la conclusión sentada la disposición del art. 125 del decreto 2080/80, porque se sostiene su inconstitucionalidad. El difundido consenso acerca de la inconstitucionalidad de dicho decreto, ha tenido eco en la jurisprudencia, que se hizo cargo de esa alternativa (18). Es que el cuestionamiento a tal decreto se asienta, por de pronto, en que se entiende como inconstitucional la pretensión de reglamentar por vía de decreto local la ley 17.801, cuando ésta reserva las precisiones fundamentales únicamente a las leyes provinciales o locales (arts. 2º inc. c; 6º in fine, 9º, inc. b, 30, inc. b, 43, 45). A todo evento, sería claramente inconstitucional modificar principios adoptados por la legislación civil nacional a través de una norma local; lo que no podría haber hecho ni siquiera una ley local pretende concretarlo repetidamente un simple decreto local, con olvido de esenciales preceptos de la Constitución Nacional (arts. 31, 67, inc. 11.108).

Si en un caso concreto se negare la "inscripción de una hipoteca en la cual la obertura se fijara en moneda extranjera, con sustento en el art. 125 del decreto 2080/80, el interesado tendrá abierta la vía del planteamiento de inconstitucionalidad de esa norma.

Acaso alguien arguya que con el esquema conceptual que propongo se podrían difundir determinaciones de techos hipotecarios no sólo en dólares, cuya cotización tiene una notoria difusión, sino en otras monedas extranjeras, con mayores dificultades para determinar su cotización, lo cual podría generar incertidumbres a los terceros sobre los alcances de la garantía hipotecaria.

Ante todo es improbable que la cobertura hipotecaria se determine en alguna moneda extranjera cuya cotización sea de difícil acceso, pues el constituyente del gravamen seguramente no lo aceptará. y el notario autorizante contribuirá con su asesoramiento a desalentar elecciones irrazonables. Pero aun en hipótesis en buena medida de gabinete de que el techo se determine en un signo monetario extranjero que presente las dificultades señaladas, las derivaciones serán semejantes a las que pueden resultar de la aplicación de la ley 21.309 sobre hipotecas o prendas con registro que garantizan obligaciones sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste (Adla, XXXVI-B, 1093). En virtud de lo que se extrae de la ley 21.309, no existe impedimento para que entre los diversos módulos estabilizadores posibles se opte por alguna moneda extranjera; amplia posibilidad electiva que también se presenta en el art. 15 de la ley de prehorizontalidad 19.724 (Adla, XXXIIC, 3368) en cuanto a las cláusulas de reajuste de precio (19).

Si por la vía de la ley 21.309 puede constituirse una hipoteca reajutable en función de alguna moneda extranjera, que presente los inconvenientes antes mencionados, mal podría criticarse que ese efecto pueda lograrse directamente en el marco del Código Civil con la determinación del techo hipotecario en esa misma moneda. Importaría una incoherencia del derecho vigente aceptar la base de alguna moneda extranjera en el ámbito de la ley 21.309 y negar que pueda acudir a ella para determinar la cobertura hipotecaria en cumplimiento de la exigencia de satisfacer la especialidad en cuanto al crédito.

Si bien se mira la cuestión se comprenderá que la fijación del techo hipotecario en moneda extranjera, con los consiguientes efectos estabilizadores, tiene para las partes de la convención hipotecaria y para, los terceros interesados, una transparencia mucho mayor que la revalorización de ese techo con el mismo módulo pero por medio de las cláusulas previstas en la ley 21.309.

XII. Proceso de conocimiento

Sería errado pensar que la construcción interpretativa que expongo queda esterilizada en la regulación del juicio ejecutivo, en atención a lo dispuesto por el art. 520 in fine del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (Adla, XLI-C, 2975). Según ese precepto: "Si la obligación fuere en moneda extranjera, la ejecución deberá promoverse por el equivalente en moneda nacional, según la cotización del banco oficial que corresponda al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago", tal norma es extensible a las ejecuciones especiales, como la hipotecaria, a tenor del art. 596 de dicho ordenamiento.

Tampoco el art. 520 del Cód. Procesal resta aplicabilidad a la interpretación que sostengo, pues el art. 521 regula la opción por el proceso de conocimiento, donde naturalmente no juega la limitación del art. 520 in fine. Expresa el art. 521: "Si en los casos en que por este Código, corresponde un proceso de ejecución el actor, optare por uno de conocimiento y hubiese posición del demandado, el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, resolverá cuál es la clase de proceso aplicable".

El Código no se ha inclinado ni por aceptar irrestrictamente que el actor renuncie al trámite ejecutivo por suponérselo estructurado en su beneficio, ni por negar esa posibilidad; en la alternativa entre esas soluciones extremas, "ha concedido al juez la atribución de resolver cuando media oposición del demandado. Es la solución, sin duda preferible y coincide con la orientación general del Código... La oposición del demandado debe ser seria y fundada, pues, salvo casos excepcionales, aparece como beneficiado"⁽²⁰⁾. Hasta se ha dicho que: "No se advierte en efecto, qué motivo fundado podrá invocar el demandado para oponerse a que se adopte un procedimiento más lento que el ejecutivo, en el que se le garantizará igual y aun mejor su derecho de defensa..."⁽²¹⁾. Y que "la renuncia al juicio ejecutivo, optando por la vía cognoscitiva plena, lejos de violentar el principio de defensa, lo favorece"⁽²²⁾.

Si bien la doctrina coincide en que de la oposición del demandado debe conferirse traslado al actor por 5 días (arts. 150 y 180, Cód. Procesal), discrepa en torno a la oportunidad para plantear la oposición, ya que mientras algunos piensan que cabe hacerla "antes o al tiempo de contestar la demanda"⁽²³⁾, otros consideran que antes del traslado de la acción debe abrirse una vía incidental al efecto ⁽²⁴⁾.

Es presumible que los jueces se inclinarán por aceptar la renuncia al procedimiento ejecutivo y la elección del proceso de conocimiento en supuestos como los que abordo, puesto que de otro modo se desvirtuaría la verdadera naturaleza de la negociación efectuada. Tampoco aquí vislumbro obstáculos para la plena operatividad en la praxis de un esquema conceptual, que pese al silencio doctrinario, es plenamente armónico con el ordenamiento legislativo vigente.

Especial para La Ley, Derechos reservados (ley 11.723).

(*) Sobre las bases de la conferencias pronunciadas el 16 de diciembre de 1986 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y el 2 de junio de 1987 en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

(1) "Teoría jurídica del dinero (El dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero)", ps. 141 y sigts. y 152 y sigts., traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral, Madrid, 1929.

(2) Ver MOISSET DE ESPANES, Luis, PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Inflación y actualización monetaria", ps. 365/366 y sus citas, Buenos Aires, 1981.

(3) Op. cit. en nota 1, ps. 153/154.

(4) E.D., t. 117, p. 483.

(5) Rev. LA LEY, t 1985-B, p. 301.

(5) En ese sentido la XV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (6 al 8 de noviembre de 1986), en uno de los pronunciamientos en torno del tema II: "Hipotecas que garantizan créditos en moneda extranjera", ha hecho suyo el dictamen de Comisión concebido al respecto en los siguientes términos: "Por unanimidad, la Comisión entiende que merece un caluroso apoyo, la tendencia jurisprudencial que ha reivindicado la utilización del pacto en moneda extranjera para ser cumplido en especie. Esta orientación responde adecuadamente a la intención de los contratantes en sus operaciones y evita el divorcio entre lo normativo y la realidad económica".

(7) En sus notas al "Derecho monetario nacional e internacional. Estudio comparado en el linde del derecho y de la economía" de Arthur Nussbaum, cuya traducción a cargo de aquél se publicara en ps. 26/27 en Buenos Aires, 1954.

(8) Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Obligaciones de dinero y depreciación monetaria", p. 47, La Plata, 1978.

(9) Es la opinión de LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. II-A, en nota 152 de p. 251, Buenos Aires, 1975. Dice: "En efecto, estipulado el precio de una compra en dólares, no se tratará de una compraventa (que requieren precio en dinero: conf. arts. 1323 in fine y 1356), sino de una permuta (conf. art. 1485)".

(10) Op. cit. en nota anterior, núm. 891, ps. 182/183, con citas de su nota 23.

(11) SALVAT, Raymundo M., nos recuerda al comentar el art. 617: "Cuando el Código Civil se dictó carecíamos de una moneda nacional; tenían entonces el curso legal algunas monedas extranjeras, como el napoleón francés, el soberano inglés (libra esterlina), el doblón español, el cóndor chileno, etc., y por consiguiente, a los efectos de la aplicación de este artículo había que distinguir según se tratase de moneda extranjera con curso legal en la República o sin él...". "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", t. I, núm. 465, p. 409, 6ª ed., actualizada por Enrique V. Galli, Buenos Aires, 1952.

(12) Ver BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", anotación al art. 608, t. IV, p. 196, apart. 14, Buenos Aires, 1951, Enrique V. Galli, en su actualización al "Tratado" de Salvat cit. en nota 11, sostiene que no se debe "tener por excluida una situación que no se repitió por razones técnicas pero que estaba prevista. El art. 608 reproduce el art. 921 del Esboço, pero Freitas no se propuso excluir de tal solución a los supuestos en que se prometía la constitución de derechos reales. Su art. 919, que no figura en el Código argentino, dispone que antes de individualizada la cantidad, se aplican las disposiciones sobre obligaciones de cosas inciertas no fungibles sólo determinadas por su especie, y entre esas disposiciones, se encuentra el art. 914, inc. 1º, que acuerda al acreedor la rescisión en todos los supuestos. Como el Código argentino ha reproducido el art. 914, inc. 1º, de Freitas, en el art. 605, la posibilidad de rescindir, se debe entender acordada también en los casos en que la obligación de dar cantidades de cosas, tiene por fin transferir o constituir derechos reales".

(13) SALVAT, op. cit. en nota 11, núms. 414-16 y sigts., ps. 371 y sigts.; BUSSO, op. cit. en nota anterior, p. 195, en apart. 2 y sigts.; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", t. I, redactado por Cazeaux, p. 751, 2ª ed., La Plata, 1975.

(14) LLAMBIAS, op. cit. en nota 9, núm. 873, ps.155/157.

(15) Ver estado de la cuestión en AMEAL, Oscar J., en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", director Augusto C. Belluscio, coordinador Eduardo A Zannoni, t. 3, anotación al art. 617, ps. 84/85, en núm. 4 y sus citas, Buenos Aires, 1981.

(16) Op. cit. en nota 12, comentario al art. 617, p. 263, en núm. 32, postura a la que Trigo Represas califica como "quizá más exacta", op. cit. en nota 8, p. 362.

(17) Ver mi trabajo "La cláusula de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca", E. D., t. 84, p. 799.

(18) Cámara Civil, sala C, marzo 2 de 1982, R. 277.347, mayo 14 de 1987. R 28.800.

(19) Op. cit. en nota 17, p. 812.

(20) COLOMBO, Carlos J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado", t. III, ps. 841/842, Buenos Aires, 1969. En el t. II de la 4ª ed. actualizada de 1975, puntualiza: "Entre los móviles que pueden inducir a la opción por el proceso de conocimiento pueden contarse el de tratar de obtener una decisión favorable a pretensiones que no siempre pueden ser examinadas en el juicio ejecutivo" (p. 28). También Santiago C. Fassi aprecia que el adoptado por el art. 521 es "el mejor de los criterios" ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes, comentado, anotado y concordado", t. II, núm. 1841, ps. 239/240, Buenos Aires, 1975.

(21) BUSTOS BERRONDO, Horacio, "Juicio ejecutivo", ps. 17/18, 3ª ed. actualizada, La Plata, 1981.

(22) FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", t. 2, p. 671, Buenos Aires, 1983.

(23) MORELLO, Augusto M., PASSI Lanza, Miguel A.; SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados", t. VI-1, p. 170, Buenos Aires, 1975.

(24) PALACIO, Lino Enrique, "Derecho procesal civil", t. VII, p. 348, 1ª reimp., Buenos Aires, 1984; FALCON, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado, comentado", t. III, p. 612, Buenos Aires, 1982.