



CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ACERCA DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO. ANALISIS DEL NUEVO ART. 2189 Y CONCORDANTES. UNIDADES DE MEDIDA ACTUALIZABLES: UVIS Y UVAS

Por Escribanos Sebastián Bermúdez y Leandro Posteraro
(Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires)
Segundo Premio XIX Jornada Notarial Cordobesa (2017)

Introducción

A partir del primero de Agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual en su libro IV legisla sobre los Derechos Reales, y mas específicamente en su TITULO XII sobre los derechos reales de garantía.- En el Capítulo I de dicho TITULO donde se establecen las disposiciones comunes a todos esos derechos reales se encuentra el artículo 2189 que lleva como epígrafe Especialidad en cuanto al crédito.

La redacción confusa y deficitaria del artículo 2189 cuando se sancionó el Código Civil y Comercial inmediatamente despertó inquietudes justificadas entre los distintos operadores del derecho, los bancos y la doctrina.

Algunos autores interpretaban que ese artículo se aplicaba en su totalidad a los derechos reales en garantía tanto respecto al monto de la garantía o gravamen de máximo como con relación al plazo de duración de diez años. En efecto Puerta Chacon y Bono manifiestan: “este es el aspecto mas novedoso en materia de garantías en el régimen proyectado, porque consagra para todos los derechos reales de garantías la fijación del monto como `tope máximo´ sin distinguir los créditos determinados de los créditos

indeterminados en su causa-fuente, ni tampoco establece diferencia alguna con relación al objeto de la obligación, sea de una suma de dinero o cualquier otra prestación”¹.

Otros (Alterini) en cambio establecieron mayores precisiones respecto de la cuantía del gravamen y limitaron el plazo de diez años que establecía el Código Civil y Comercial para el acto constitutivo, a los derechos reales de garantía de créditos indeterminados (hipotecas abiertas) dejando el plazo de veinte años para las hipotecas cerradas tal cual lo disponía el artículo 2210 del mismo cuerpo legal.

El propósito del presente trabajo es analizar detenidamente el artículo 2189 mencionado, su modificación posterior y sus artículos concordantes, las fuentes que se tuvieron en cuenta para su redacción y las distintas opiniones que se han vertido en la doctrina, para luego brindar nuestras conclusiones dando una interpretación armónica con los demás artículos del mismo cuerpo legal e integrada a la realidad negocial de nuestro país.

Principio de accesoriadad y de especialidad

El artículo 1888 del Código Civil y Comercial establece que “los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales” y el siguiente artículo establece que “los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. SON ACCESORIOS LA HIPOTECA, LA ANTICRESIS Y LA PRENDA”. Esta mención que realiza el Código Civil y Comercial nos lleva a la conclusión que la determinación o in-

¹ BONO, Gustavo A. Puerta de Chacon, Alicia, “*La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código*” pag 2, cita online AR/DOC/4997/2012, publicado en LA LEY, 2012-E, 1233.-



determinación del crédito garantizado es extraña a la accesoriedad, y es específica de la especialidad en cuanto al crédito.

El artículo 2186 al referirse al principio de accesoriedad establece que “los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran... excepto en los supuestos legalmente previstos”. La excepción es la novación del crédito prevista en el artículo 940 del mismo Código.- De esta manera queda claro que no se concibe una garantía de manera autónoma, o sea la hipoteca del propietario de rango fijo registral.

Autores como Boretto, Mauricio estiman que “La consecuencia de la admisión de las garantías reales abiertas de máximo y, por ende, de la posibilidad de garantizar créditos indeterminados (que no se pueden individualizar al momento del nacimiento del gravamen) radica en que, desde que éste se constituye y hasta que cobra existencia el acto jurídico del cual nacerán los créditos inciertos que se ampararán con la garantía, ésta subsiste como derecho autónomo al no haber un crédito coexistente (ni siquiera futuro o eventual individualizaba) al cual accede. Así el principio de accesoriedad, como carácter tradicional aparece debilitado, admitiéndose la existencia autónoma de los derechos reales de garantía”.² Lo mismo piensan otros autores que consideran que “la solución de la norma se inscribe en la tendencia del derecho patrimonial actual que propicia flexibilizar el carácter accesorio de las garantías a fin de adecuarlas a las necesidades del tráfico.

Con la fórmula recetada, los créditos amparados por la “garantía de máximo” pueden o no existir, sustituir, rotar, ampliar, variar y se pueden ex-

² BORETTO, Mauricio “Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: las garantías patrimoniales. Reflexiones sobre los `derechos reales de garantías´ (accesoriedad, especialidad y garantías de `máximo´”, JA, 2012-III-1434

tinguir sin que ello impida la subsistencia de la garantía con su rango originario, por el lapso temporal pactado, a favor del acreedor para quien fue constituida, acercando el régimen proyectado al de las garantías de máximo del derecho germano”³.

El principio de especialidad en cuanto al crédito esta contemplada en el art. 2189 primera parte cuando dispone: “Especialidad en cuanto al crédito. En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa”.- Además se refuerza esta postura cuando el artículo 2187 del Código Civil y Comercial se refiere a los créditos garantizables establece la segunda regla del principio de especialidad en su segunda parte al establecer que “el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, **con las excepciones admitidas por la ley**. Dentro de esta segunda regla están incluidos los créditos determinados y dentro de las excepciones admitidas por la ley están los créditos indeterminados garantizados (abiertos) ya que en estos últimos la individualización no podrá hacerse sino posteriormente.-

Esta última excepción esta regulada en el tercer y último párrafo del artículo 2189 modificado objeto de este trabajo el cual establece: “Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años.” El crédito puede

³ Op. cit BONO, Gustavo A. Puerta de Chacon, Alicia, “La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código” pag 5, cita online AR/DOC/4997/2012, publicado en LA LEY, 2012-E, 1233.-



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.

En consonancia con lo expuesto, el art. 2190 cuando se refiere a los defectos en la especialidad la misma es aplicable a los derechos reales de garantía de créditos determinados (cerrados). Es decir que son saneables como consecuencia de la especificación. Esto se explica ya que para las garantías de créditos indeterminados el principio de especialidad en cuanto al crédito si esta cumplido o no es irrelevante ya que lo que importa es que cumpla con el monto máximo del gravamen al momento de su constitución, que Alterini denomina principio de especialidad en cuanto al gravamen, indicando que así debió denominarse al epígrafe del 2189 del Código Civil y Comercial.- Sino esta el monto máximo la hipoteca es nula de nulidad absoluta (art. 387 del Código Civil y Comercial) por no cumplir con el principio de especialidad en cuanto al crédito para los derechos reales de garantía de créditos indeterminados.

También es distinta la aplicación respecto de la cuantía del gravamen en los créditos determinados y los indeterminados sobre obligaciones dinerarias.

El art. 2193 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”, o sea que sino se previo los montos coinciden.- En el proyecto del 98 su

art. 2093 establecía: “El monto del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito si éste no es dinerario”. A contrario sensu, en caso de créditos dinerarios, el monto del gravamen debe coincidir con el del crédito.- En la redacción actual el art. 2189 reformado establece que “El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito”, o sea que se corrigió esa cuestión.

Alterini Jorge Horacio e Ignacio Ezequiel expresan que: “Tratándose de créditos determinados en dinero la cuantía del gravamen se estima **provisionalmente**, tanto es así que el art. 2193 da cuenta de la movilidad de esa cuantía cuando establece que: “La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y las costas posteriores que provoca el incumplimiento”⁴.

En cambio en los derechos reales de garantía de créditos indeterminados (abiertos) la estimación del gravamen es definitiva. Así lo disponía el art. 2189 segundo párrafo cuando establecía que “el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto”.- Este monto juega a favor del deudor quien tiene la certeza de hasta donde responderá con su garantía y a favor de los demás acreedores del deudor que sabrán que dicho gravamen se extiende con privilegio hasta dicho monto. Así la última parte del mismo párrafo del art. 2189 establecía que “cualquier suma excedente es quirografaria”.- Es decir que el monto del crédito es indiferente al monto del gravamen en los derechos reales de garantía de créditos indeterminados.- Esta cuestión quedo confirmada con la reforma del art. 2189 al prescribir: “Que se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si

⁴ ALTERINI, Jorge Horacio e Ignacio Ezequiel, “Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”)”, publicado en LA LEY 05/10/2015, I.



la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados,... siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado por todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años”.

Esta reforma fue importante porque si se hubiera pretendido aplicar la primera parte del viejo artículo 2189 a todas las garantías abiertas como a las cerradas, debería concluirse como dijo Zulma Dodda “Finalmente nadie resultará beneficiado y, por el contrario, el deudor será el principal perjudicado”⁵.

Mario Zinny realizó una descripción muy acertada de las hipotecas desde las cerradas a las muy abiertas en su libro “Casos Notariales”⁶ que vale la pena mencionar. El interpretaba que: a) hipoteca cerrada, es la que se constituye en garantía de un derecho personal nacido de un contrato ya celebrado o se que celebra en forma simultánea con la hipoteca, o sea el crédito esta determinado de entrada; b) hipoteca cerrada en garantía del derecho a exigir el cumplimiento de obligaciones eventuales o hipoteca de máximo o con techo. En este caso el derecho real de la hipoteca se constituye hasta un determinado monto máximo, en garantía de un derecho personal no existente (eventual o futuro) pero cuya existencia ha sido prevista o regulada mediante un contrato ya celebrado o que se celebra en forma simultánea con la hipoteca; c) hipoteca abierta, es la que se constituye, hasta un determinado monto máximo, en garantía de derechos personales todavía no existentes cuyas causas fuentes no han sido todavía celebrados ni se celebran al momento de constituirse la hipoteca, aun cuando se lo determina

⁵ DODDA, Zulma “Proyecto de unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca.”, JA-2012, tomo IV, 1308.-

⁶ ZINNY, Mario A., *Casos Notariales*, segunda reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 98 y ss.

enunciándolos en cada uno de los probables tipos y d) hipotecas muy abiertas, son iguales a las anteriores pero los contratos destinados a dar de vida al derecho garantizado no se enuncian en forma especial sino genérica como serían todas las obligaciones que resulten de todos y cada uno de los actos y contratos a celebrar entre los otorgantes.

El Código Civil y Comercial admite todas estas garantías pero tanto los Alterini, como Bono y Puerta de Chacón no comparten la posibilidad de las hipotecas muy abiertas ya que entienden que se trata de proteger “créditos indeterminados” de una “determinada relación negocial” que vincula a las partes, y no de proteger absoluta o totalmente a un determinado acreedor frente a un determinado deudor. Constituye un peligro tanto para el deudor como para cualquier acreedor dando la posibilidad de dar paso al abuso y al perjuicio de la regla y principio cardinal de la igualdad de los acreedores. Esta es nuestra postura también que acompañamos incluso con la actual redacción del art. 2189.

Plazo de Garantía

La otra cuestión que se suscitaba con el anterior art. 2189 era respecto al último párrafo el cual establecía: “El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”.

Este artículo fue criticado y analizado utilizando como fundamento la fuente del mismo que fue el artículo 2093 del Proyecto de 1998 el cual se refería a los derechos reales de garantía de créditos indeterminados cuya re-



dación fue la que adoptó el Congreso a través de la ley 27.271 para el nuevo art. 2189 ya transcrito.- Los Alterini trataban de armonizar el viejo 2189 con su fuente diciendo que cuando el antiguo artículo 2189 ultimo párrafo del Código Civil y Comercial se refiere a “créditos nacidos” durante la vigencia del derecho real, se descartan los créditos nacidos antes de la constitución de la garantía o coetáneamente con ella, pero nunca después. Los únicos créditos garantizables nacidos en el curso de la vigencia del derecho real no pueden ser otros que los créditos indeterminados de los derechos reales de garantía “abiertos”.- Actualmente esta cuestión por suerte ha sido superada por la nueva redacción del 2189 donde establece que el plazo de diez años mencionado se circunscribe solamente a las hipotecas abiertas o mejor dicho créditos indeterminados.

Consideramos muy acertada la reforma ya que el plazo de diez años para los derechos reales de garantía de los créditos determinados (cerrados) por ejemplo un crédito para la adquisición o construcción de vivienda parecía poco comprensible cuando en la realidad suelen darse plazos mayores.- Era mas sensato ese plazo circunscribirlo a las garantías abiertas tal cual lo establecido la fuente inmediata anterior a dicho articulo cual fue el 2093 del proyecto de 1998, cuestión que tomo nota el congreso para la redacción del actual 2189.- Además esa reforma queda en armonía tanto con el viejo como con el actual artículo 2210 del Código Civil y Comercial que disponía que la inscripción de la hipoteca subsistía 20 años o sea el doble o como lo hace ahora por el término de treinta y cinco años o sea tres veces y media mas. Es decir, que el Código Civil y Comercial contemplaba plazos distintos para la duración de las garantías reales y para la duración de la inscripción. Hubiéramos tenido el caso de una inscripción de un derecho real en el Registro de la Propiedad con una garantía que expiro hace diez años, lo que ahora

hubieran sido veinticinco, un despropósito. Esa interpretación respecto del plazo de caducidad muy extenso podía afectar la inserción del inmueble en el mercado de créditos, por lo que luego de la reforma estimamos muy acertado el cambio en el sentido que el plazo de caducidad en una hipoteca abierta se reduce a diez años y en cambio en las hipotecas cerradas se extienden a treinta y cinco años.

La reforma es sensata también en no permitir que una hipoteca abierta este inscrita por mas de diez años ya que hubiera provocado una especie de hipoteca del propietario donde el deudor hubiera beneficiado por tener su inmueble hipotecado en forma abierta a favor de un determinado deudor por un gran periodo de tiempo imposibilitando a los demás acreedores poder ir contra la garantía.

Como corolario de lo expuesto nuestra Disposición Técnico Registral número 17/2016 dispuso en consonancia con lo anteriormente expuesto en su artículo 3 que: “Los efectos del registro de las hipotecas vigentes al 15 de septiembre de 2016 se conservan por el término de 35 años, según lo prescripto por el artículo 2210 del Código Civil y Comercial”. En los fundamentos la disposición establece que el plazo de caducidad debe entenderse como una consecuencia no agotada en el tiempo, de conformidad a las prescripciones legales que emanan del artículo 7 del Código Civil y Comercial en cuanto a la eficacia temporal de las leyes en relación a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por lo tanto el nuevo plazo establecido se aplica a todas las hipotecas vigentes excepto aquellas a favor de organismos que cuenten con regímenes de caducidad diferentes.



Monto expresado en moneda sin curso legal

Por ultimo el otro interrogante es respecto de la expresión del 2189 que establece que el monto de la garantía debe **estimarse en dinero**. Cierta parte de la doctrina establece la posibilidad de rechazar la estimación en dinero a través de una moneda sin curso legal.

Al respecto entra en juego el artículo mas polémico del Código Civil y Comercial, el 765, el cual regula las obligaciones de dar dinero y establece que “si se estipulo dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como dar cantidades de cosas”. El reenvío es improcedente porque el nuevo Código elimina la categoría de dar cantidad de cosas que tenía el Código Civil derogado, por lo que la remisión es al vacío.

Su fuente el art. 712 del Proyecto de 1998 concluía afirmando que “dinero y moneda son sinónimos”. El art. 772 del Código Civil y Comercial lo admite al establecer: “Si la deuda consiste en cierto valor, el monto 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 (dólares estadounidenses)**. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección (Obligaciones de dar dinero)”.

En efecto, varios artículos del Código Civil y Comercial vigente lo confirman como el art. 1390 para el depósito en dinero (establece “tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie”), el art. 1408 de préstamo bancario, el 1410 en cuanto a la apertura del crédito, y en ma-

teria de mutuo el 1527 que los utiliza como sinónimos al establecer “Si el mutuo es en **dinero**, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la **misma moneda** prestada”. Es más, el 1405 referido a cuenta corriente, plantea la compensación entre distintas monedas, lo que induce a pensar que no sólo es moneda la de curso legal.

Por otro lado podemos decir que el precio de una compraventa puede fijarse en dólares, dándose cumplimiento a la exigencia de contraprestación en dinero que impone el art. 1123 del Código Civil y Comercial por considerar que la moneda extranjera es dinero, aunque no tenga curso legal en el país.

Como dicen los Alterini “La moneda extranjera es simplemente moneda sin curso legal, pero dada su condición monetaria es también dinero”⁷. Además agregan que “el Código Civil y Comercial cuando identificó moneda con “moneda nacional”, lo hizo en términos explícitos; así, en el art. 195 para las fundaciones y en el art. 325 para la contabilidad y estados contables.

Modificación del Artículo 2189 del Código Civil y Comercial. Unidades de medida actualizables: UVIS y UVAS

El gobierno a fines de 2015 había anunciado el lanzamiento de créditos hipotecarios mediante un sistema de ajuste que reglamento el Banco Central a principios de 2016 utilizando el sistema de actualización creado en el año 2002 por el Decreto 214 comúnmente denominado CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia).- El Banco Central interpretaba que

⁷ ALTERINI, Jorge Horacio e Ignacio Ezequiel, “Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”)), publicado en LA LEY 05/10/2015, 1.-



no había impedimento alguno para tal reglamentación. Los bancos a través de sus asesores legales le exigieron al gobierno y al Banco Central una ley que modifique algunos artículos del Código Civil y Comercial y que de manera expresa permita la actualización por indexación o como luego ocurrió se permita excluir de la prohibición de indexar de la ley de Convertibilidad a estos créditos hipotecarios, para estar seguros de la no judicialización de dichos créditos. Finalmente después de casi un año de negociación entre los bancos y el gobierno nacional, el Congreso de la Nación, el primero de septiembre de 2016 sancionó con fuerza de ley el “Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión de Viviendas “CASA DE AHORRO“ ley n°27.271.

En dicho Sistema se crean instrumentos de ahorro, préstamo e inversión denominados en unidades de viviendas (‘UVIs’) destinados entre otros fines a financiar a largo plazo la adquisición, construcción y ampliación de viviendas en la República Argentina. Entre ellos los préstamos hipotecarios.

Las UVI están inspiradas en el sistema de Unidades de Fomento (UF) que funciona desde la década de 1960 en Chile y que también fue adoptada en otros países, por ejemplo Uruguay. Como dice en sus fundamentos el legislador Cobos es indispensable “ahorrar en ladrillos“, atesorar en una unidad de medida que mantenga su valor a lo largo del tiempo, que por el contrario se actualizará constantemente, como lo es el valor del metro cuadrado de la construcción.

En su artículo 6 el proyecto establece que “El valor del UVI será actualizado mensualmente a través del índice del costo de la construcción para el gran Buenos Aires que publica el INDEC para vivienda unifamiliar

modelo 6. El Banco Central de la República Argentina, publicará periódicamente el valor diario en pesos de la `UVI`.

En su artículo 7 expresa que “Las entidades financieras deberán dar a los tomadores de prestamos para la vivienda `UVIs` la opción de extender el número de cuotas originariamente previstas cuando el importe de la cuota a pagar supere en un 10% (diez por ciento) el valor de la cuota que hubiere resultado de haberse aplicado a ese préstamo un ajuste de capital por el Coeficiente de Variación de Salarios (`CVS`), desde su desembolso. Ante la solicitud expresa del ejercicio de la opción, la entidad financiera deberá extender el plazo originariamente previsto para el préstamo, observando que dicha extensión de plazos, la cuota no supere el 30% (treinta por ciento) de los ingresos computables”. - La intención es que la cuota siempre represente la misma porción que los ingresos del tomador del crédito hipotecario. El riesgo para el deudor es que la inflación se dispare. Para ello los bancos estarán obligados a ofrecer a los clientes extensiones del plazo del crédito en las condiciones mencionadas precedentemente con un tope máximo.

Esta ley en su Capítulo VI incluyó Adecuaciones normativas ya que varias de las cuestiones mencionadas no podían llevarse a cabo sin una reforma legislativa.

En su art. 21 manifiesta “Las disposiciones de la presente ley se encuentran exceptuadas de lo dispuesto en los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias, y de lo establecido en el artículo 766 del Código Civil y Comercial de la Nación”.-



El artículo 7 expresa que: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”. Y el diez expresa: “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”.

El artículo 766 del Código Civil dice: “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. - Se refiere a este artículo ya que por ejemplo en otro proyecto de ley de modificación del mismo (1513-d-16) se propone que: “Artículo 766.- Indexación. El deudor y el acreedor son libres de pactar cláusulas de indexación que consideren conveniente con el propósito de asegurar la equivalencia de las prestaciones en los contratos a plazos”. En efecto en las XXXI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA despacho de comisionó de obligaciones en moneda extranjera se sostuvo “*De lege ferenda*, propiciamos la posibilidad de pactar

cláusulas de ajuste o indexación que permitirían equilibrar con realismo la ecuación económica contractual, asegurando la inalterabilidad de su valor. La inserción de estas cláusulas procuraría mantener la equivalencia de las prestaciones y el principio de conmutatividad, y no supone, per se, un abuso. Por el contrario, consideramos que la prohibición de indexar deviene inconstitucional por lesionar los derechos de propiedad e igualdad, que impone mantener la paridad entre deudor y acreedor, para que ninguno se beneficie en desmedro del otro. En consecuencia, proponemos la derogación del art. 7 de la Ley 23.928 (Convertibilidad), puesto que entendemos que de esta manera se evitarían previsiones innecesarias y se facilitaría la contratación a largo plazo”.

Este texto se diferencia del propuesto en el proyecto original (S-976/16) que proponía agregar como excepciones al art. 7 de la ley 23.928 los instrumentos financieros previstos en el proyecto.

Posteriormente se suscitó una cuestión semántica entre el Banco Central con su reglamentación de las UVIS y el autor de la ley 27.271 Julio Cobos ya que ambos le asignaban el mismo nombre (UVI) a las unidades que habían creado cada uno de ellos a comienzo de año para actualizar por inflación. El senador reclamo los derechos de autor y el Banco Central se vio obligado a cambiar el nombre a UVA (Unidad de Valor Adquisitivo). Estructuralmente el funcionamiento de ambas Unidades de medida es prácticamente igual, la mayor diferencia está en el índice que se utiliza para su actualización. Mientras las UVIs se actualizan como vimos por el índice de la construcción, las UVAs se actualizan por el CER. El Banco Central mediante la COMUNICACIÓN A 6069 VINO A COMPLEMENTAR LA COMUNICACION A 5945 y regulo ambas unidades de medida. Otra de las



diferencias es el destino mientras las UVIS solo son para prestamos hipotecarios las UVAS se pueden aplicar para prestamos interfinancieros, de cartera comercial o de consumo o vivienda y comerciales asimilables a estos últimos y la otra diferencia esta en el porcentaje por el cual se puede extender el plazo en las UVIs es del 30 por ciento mientras que en las UVAs es del 25.- Por eso también optan por las UVAS porque son instrumentos financieros negociables que se ajustan por inflación otro de los requisitos de los bancos privados exigido como condición para poder volver a otorgar créditos hipotecarios.

Análisis

De esta manera las unidades indexadas bautizadas como Unidad de Vivienda (UVI) o Unidad de Valor Adquisitivo (UVA) no se verán afectadas por la cláusula de la ley de convertibilidad que prohíbe la indexación de los contratos ni limitadas por el art. 766 del Código Civil y Comercial que establece el principio nominalista donde la obligación pecuniaria se extingue de conformidad con su valor nominal.- Ahora a través de esta reforma para estos casos se adopta el principio del valorismo donde el valor de la moneda se altera en el intervalo que transcurre entre el momento en que la obligación es exigible y la fecha prevista para el pago.- De esta manera se mantiene el poder adquisitivo de la moneda.

Ambas unidades de ajuste podrán usarse tanto para créditos como para depósitos bancarios. El sistema financiero en la práctica se inclinó por la adopción de las UVAs ya que consideran que el índice de la construcción es mucho mas volátil que el CER más teniendo en cuenta los plazos de estos contratos.- Solo verían razonable la utilización de las UVIs a casos puntuales

relacionados con alguna empresa desarrolladora de emprendimientos inmobiliarios o con la actividad de la construcción.

La ley 27.271 en su artículo 22 establece como se cumple el principio de especialidad en cuanto al crédito para estas hipotecas manifestando que se logrará individualizando el crédito garantizado e indicándose los sujetos, el objeto del crédito y la causa. Luego da instrucciones a los Registros de la Propiedad indicándole que inscribirán los gravámenes, dejando constancia que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de actualización del artículo 6, recaudos que deberán contener las certificaciones que al respecto se expidan por los indicados registros. Se refiere a que la cláusula de actualización del monto del gravamen deberá publicitarse en los informes y certificados que despachen los registros.

Luego aclara que esa publicidad tendrá efectos contra terceros interesados y de buena fe, no solo por la cantidad cierta inicial de la deuda, sino por la que corresponda adicionar como consecuencia de la cláusula prevista en el artículo 6, con más los intereses que se adeudaren, y los daños y costas posteriores que provoque el incumplimiento. Por último el artículo 22 de la ley establece que “En caso de procederse ejecutivamente al cobro del crédito, la ejecución deberá promoverse por la suma que, en definitiva, arroje su importe como consecuencia de la aplicación de la cláusula de actualización a la fecha de iniciación, sin perjuicio de la ampliación al día del pago”.

Sin embargo, lo más importante de esta ley para el notariado fue la modificación del artículo 2189 del Código Civil y Comercial reemplazándolo por su fuente el artículo 2093 del proyecto de 1998 con algunas diferencias. Lo más importante es que el monto del capital puede no coincidir con el del



crédito y que debe estimarse en dinero el monto de la garantía. Al no exigir la coincidencia de los montos flexibiliza el principio de especialidad en cuanto al crédito. El monto garantizado dependerá de la deuda originaria, la cláusula de actualización consignada en el instrumento y el tipo de interés pactado.

Luego realiza la diferenciación respecto del cumplimiento del principio de especialidad en cuanto al crédito respecto de los créditos determinados y los indeterminados. Tal cual nosotros lo manifestamos anteriormente.

Por último también modifica el artículo 2210 ampliando los efectos del registro de la hipoteca por el término de 35 años.

Apéndice práctico

A continuación proponemos las siguientes cláusulas para las hipotecas con cláusula de ajuste por UVA.

*“La presente hipoteca se constituye por el monto de capital de **\$xxx (Pesos xxx mil)** –que al día de la fecha equivale a **xxx (xxx) UVAs**, con más sus intereses y accesorios legales y convencionales, multas, daños, impuestos, costas y gastos de ejecución. En este orden, las Partes entienden que la garantía cubre no solo el capital adeudado, que se actualizará y reajustará según el valor de las UVAs, sino también los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoque el incumplimiento conforme lo estipula el art. 2193 del Código Civil y Comercial. En este sentido, no constituye un limitante para ello el monto de capital del Préstamo que se ha*

indicado precedentemente, sino que a dicho importe se le deben adicionar los que resulten de los demás conceptos cubiertos por la Hipoteca, los que son claramente identificables y determinables de acuerdo a los términos y condiciones que surgen del presente contrato. De este modo, el monto del gravamen hipotecario se integrará en cada momento con la suma que resulte de liquidar el valor de las UVAs adeudadas bajo el presente Préstamo (según el valor diario en pesos de la UVA publicado por el Banco Central de la República Argentina) así como todos y cada uno de los conceptos cubiertos por la presente hipoteca, de conformidad con lo estipulado en el presente acto constitutivo. El Deudor y/o el Hipotecante solicitan que así se registre”.

“OPCION DE EXTENDER EL PLAZO: Procedimiento del ejercicio de la opción de prórroga de Plazo. Cuando el importe de la cuota a abonar supere el 10% (diez por ciento) del valor de la cuota que resulte de haber aplicado al crédito un ajuste de capital por el Coeficiente de Variación Salarial (CVS), el DEUDOR podrá solicitar expresamente al ACREEDOR el ejercicio de la opción de extender el número de cuotas originalmente pactado, no pudiendo extender más del veinticinco por ciento (25%) el plazo del préstamo originariamente previsto. El ACREEDOR, notificará al DEUDOR tal circunstancia por correo electrónico a la siguiente dirección: **sebastianbermudez@gmail.com** de titularidad del DEUDOR, pudiendo también el ACREEDOR notificarlo a otro correo electrónico que el DEUDOR denuncie expresamente. EL DEUDOR tendrá 5 (cinco) días hábiles para optar por extender en un veinticinco por ciento (25%) el plazo originariamente previsto para este préstamo, es decir, en xxx meses, mediante comunicación expresa y fehaciente dirigida al ACREEDOR. Dicha opción podrá ser ejercida por el DEUDOR por una única vez durante toda la vigencia del Crédito. En caso que el DEUDOR ejerciera la opción de prórroga de plazo, el ACREEDOR procederá a recalcular el importe de las cuotas, y a tal



fin, utilizara el sistema de amortización previsto en la cláusula III.2 del presente contrato.

CLAUSULA SOLICITANDO PRORROGA: *Texto modelo de la Solicitud de Prórroga- Addenda:* “[Lugar y Fecha] Señores Banco xxx S.A. – Presente – Ref.: Préstamo con Garantía Hipotecaria – Unidades de Valor Adquisitivo – Solicitud Prorroga. De mi consideración: Tengo el agrado de dirigirme a Banco xxx S.A. (en adelante el “Banco”), en relación con el Préstamo con Garantía Hipotecaria celebrado entre el Banco y el suscripto (en adelante el “Deudor” y conjuntamente con el Banco denominados las “Partes”) mediante Escritura Nº*, de fecha * pasada ante el Escribano*, Titular del registro notarial * de la Ciudad de*, en los términos del Art. 1048 y concordantes del Código Civil y Comercial en los términos del Art.2205 y concordantes del Código Civil y Comercial y de las normas sobre “política de Crédito” (sección 6 – Prestamos de Unidades de Valor Adquisitivo) dispuestas por el Banco Central de la República Argentina (“BCRA”), mediante comunicación “A” 5945 (sus normas complementarias y modificatorias) (en adelante el “contrato de Préstamo”). Al respecto, por medio de la presente les comunico mi decisión de ejercer la opción prevista en la cláusula III.18, a los fines de extender el número de cuotas originariamente previstas bajo el contrato de Préstamo por haberse verificado las circunstancias establecidas en la normativa del BCRA anteriormente mencionada. En virtud de lo cual se acuerda la extensión de la cantidad de cuotas allí estipuladas en un ...% (* por ciento) del plazo original, lo que equivale a la cantidad de * cuotas adicionales. El Deudor reconoce que la aceptación por parte del banco de la presente Solicitud de Prórroga no implica ni deberá interpretarse como novación de las obligaciones de pago asumidas por el Deudor bajo el Préstamo, y se conservará con todos sus efectos el origen de los créditos y la antigüedad de las obligaciones del Deudor, manteniéndose vigente

la garantía hipotecario y cualquier otra garantía constituida en protección del mismo. Asimismo, tampoco serán considerados causales de novación, los débitos que el Banco efectuó en las cuentas del Deudor ni las modificaciones que sufrieren el número, denominación o cualquier otro procedimiento que empleare el Banco para identificar el crédito en sus sistemas contables e informáticos con motivo de la presente Solicitud de Prórroga. En este sentido, el Deudor acepta expresamente que, si por la naturaleza del caso se interpretara que existió novación, subsistirá plenamente la garantía hipotecaria, puesto que el Banco se reserva expresamente dicha subsistencia en los términos del art. 940 del Código Civil y Comercial. En caso de corresponder, el impuesto de sellos aplicable a la presente Solicitud de Prórroga será abonado por el Deudor. Por último, la aceptación por parte del Banco de la presente Solicitud de Prórroga, implicará la ratificación de la totalidad de los términos y condiciones del Contrato de Préstamo, en todo aquello que no fuera de expresa modificación a través de la presente Addenda. Aceptación: la presente Solicitud de Prórroga se entenderá aceptada por parte del Banco en caso de que este último proceda al cobro efectivo de las cuotas del Préstamo ajustadas de acuerdo a lo establecido en la presente.”

CREDITO EN DOLARES ESTADOUNIDENSES:

Moneda de Pago: Todos los pagos correspondientes a las obligaciones precedentemente citadas, se efectuarán exclusivamente en dólares estadounidenses y en los términos del art. 766 y art 1408 del Código Civil y Comercial de la Nación ya sea en billetes o mediante transferencia a exclusiva opción del Banco.- Es condición esencial del mismo que la deudora se obligue a pagar en la misma moneda en la que le será otorgado (especie designada), a cuyo efecto la Deudora renuncia expresamente a invocar la teoría de la imprevisión y/o todo evento de caso fortuito o fuerza mayor y/o frustración de la finalidad del con-



trato (Art. 1090 del Código Civil y Comercial de la Nación), a invocar cualquier derecho que pudiera entenderse le correspondiere de cancelar con una moneda distinta al dólar como así también renuncia a ejercer cualquier defensa derivada de las posibles variaciones de la cotización del dólar estadounidense adeudado.

*La parte deudora, **xxx S.A.** a través de su representante, en garantía del pago del préstamo descripto precedentemente, sus intereses y demás obligaciones emergentes y sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada y solidaria que contrae con todos sus bienes, en adelante denominada simplemente “La parte hipotecante”, GRAVA con DERECHO REAL DE HIPOTECA en primer grado de privilegio en favor del “BANCO XXX S.A.”, por la expresada suma en dólares estadounidenses XXX (**U\$S XXX**) en los términos del art. 766 del Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente inmueble de su propiedad”.*

Ponencias

El principio de accesoriedad deja de ser un elemento esencial del contrato hipotecario, por lo que el crédito al cual accede la hipoteca no necesariamente debe existir al momento de su constitución.

El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales de garantía de créditos determinados se cumple con la expresión de los sujetos, el objeto y su causa en el contrato hipotecario.

El principio de especialidad en cuanto al crédito o “al gravamen” en los derechos reales de garantía de créditos indeterminados, se cumple con la expresión del monto máximo del gravamen garantizado por todo concepto.

La reforma del art. 2189 recepta de manera categórica a las “hipotecas abiertas”, permitiendo al mercado crediticio abaratar sus costos e introducir una pluralidad de operaciones o contratos bancarios (cuenta corriente, apertura de crédito, tarjetas de crédito, etc) que se convengan entre el acreedor y el deudor bajo la órbita de una sola garantía real .

Respecto del alcance de las hipotecas abiertas estimamos que no están incluidas aquellas hipotecas que garantizarían todas las obligaciones que resulten de todos y cada uno de los actos y contratos a celebrar entre los otorgantes, ya que no es esa la intención del legislador.

La cuantía del gravamen en los créditos determinados coincide al principio con el monto del capital del crédito aunque puede variar posteriormente. Mientras que en los créditos indeterminados la cuantía del gravamen es independiente del monto del capital de crédito. Al no exigir la coincidencia de los montos flexibiliza el principio de especialidad en cuanto al crédito.

El plazo de diez años mencionado por el art. 2189 del Código Civil y Comercial se circunscribe solamente a las hipotecas abiertas, dejando para las hipotecas cerradas el plazo de 35 años.

Negar el carácter de dinero, a la moneda extranjera que no es de curso legal en el país, llevaría a impedir la constitución de la garantía en moneda extranjera ya que la única sería la nacional de curso legal y forzoso. Ello reflotaría tanto la doctrina como la jurisprudencia que ha tratado el tema en extenso en la década del 70 y del 80 y al efecto es importante reproducir lo manifestado en la XV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de



la Capital Federal (6 al 8 de noviembre de 1986), que expresó: “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 (cuando hay un proceso inflacionario)”.

El monto garantizado dependerá de la deuda originaria, la cláusula de actualización consignada en el instrumento (UVIs o UVAs) y el tipo de interés pactado.

Ponencias de carácter registral

El monto registrado y publicitado puede ser realizado en moneda extranjera.-De hecho en la actualidad los registros provinciales inscriben los mutuos en dólares garantizados con hipoteca también en dólares.

En el caso de hipotecas abiertas deberá publicitarse que se constituyen por el plazo de diez años contados a partir de su constitución aunque subsistirá en garantía de los créditos nacidos durante su vigencia.

Las partes podrán fijar un monto del gravamen mayor que el capital (los bancos lo denominan aforo) lo cual no constituye una irregularidad y es razonable ya que el acreedor no podrá cobrar mas de lo que efectivamente se le deba.

El Código modifica el plazo a 35 años para la extinción de los efectos de la registración de la hipoteca, si antes no se reinscribe.

Bibliografía consultada

- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO, ALTERINI Jorge, pag. 453 y ss, Ed. Di Lalla, Edición 2015.
- ALTERINI, Jorge Horacio e Ignacio Ezequiel, “Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”), publicado en LA LEY 05/10/2015, I.
- BORETTO, Mauricio, “*Hipotecas Abiertas*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, s.l., s.f..-
- BORETTO, Mauricio, “Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: las garantías patrimoniales. Reflexiones sobre los ‘derechos reales de garantías’ (accesoriedad, especialidad y garantías de ‘máximo’, JA, 2012-III-1434.
- BONO, Gustavo A. Puerta Chacon, Alicia, “La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código” pag. 5, cita on-line AR/DOC/4997/2012, publicado en LA LEY, 2012-E, 1233.
- DODDA, Zulma “Proyecto de unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca”, JA-2012, tomo IV, 1308.
- ZINNY, Mario A., “Casos Notariales”, segunda reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 98 y ss.