

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

921

JULIO | SEPTIEMBRE 2015

REVISTA del **NOTARIADO**

Las opiniones vertidas en los artículos de la *Revista del Notariado* son de responsabilidad exclusiva de sus autores y su publicación no es vinculante ni constituye opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone.

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

<http://www.revista-notariado.org.ar>

<http://www.colegio-escribanos.org.ar>

Nº de Registro DNDA: en trámite

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

Presidente	Carlos Ignacio Allende
Vicepresidente	Esteban Enrique Ángel Urresti
Secretaria	Rita Josefina Menéndez
Secretario	Santiago Joaquín Enrique Pano
Prosecretaria	Ana Lía Díaz Prandi
Prosecretario	Juan Manuel Sanclemente
Tesorero	Jorge Andrés De Bártolo
Protesorera	María Eugenia Diez
Vocales titulares	Eduardo Héctor Plaetsier Jorge Horacio Armando Víctor Manuel Di Capua Paula María Rodríguez Foster Mauricio Feletti Francisco Massarini Costa Silvia Impellizzeri Norma Haydée Padovani Juan Carlos Forestier Carlos Ignacio Benguria (h.)
Vocales suplentes	Tomás Pampliega Marta Inés Cavalcanti Ernesto Mario Vicente Marino Alejandra Graciela Vidal Bollini María Ivana Pacheco de Ariaux Ricardo Carlos Alberto Blanco
Decano	R. Gastón Courtial <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>
Presidente honorario	Julio A. Aznárez Jáuregui † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)</i>

Comisiones

Actividades Deportivas
Acuerdo entre AAEF y el CECBA
Análisis y Control Previsional
Asesora de Arancel
Asesora de Informática
Asesora de Inspección de Protocolos
Automotores
Congresos, Jornadas y Convenciones
Consejo Consultivo AFIP
Consultas Jurídicas
Criterios Uniformes IGJ
Cultura
Defensa del Escribano
Disciplina y Protección Jurisdiccional
Enlace con la AGIP
Ente de Cooperación con la IGJ
Escribanas Verificadoras
Escribanos Jubilados

Escribanos Referencistas
Integración Profesional
Ley 17.050
Orientación al Público
Portal de Enlace con los Organismos Públicos
Registro de Actos de Autoprotección
Registro de Actos de Última Voluntad
Seguimiento de Proyectos Legislativos

Institutos

Derecho Civil
Derecho Comercial
Derecho Notarial
Derecho Procesal
Derecho Registral
Derecho Tributario
Filosofía
Investigaciones Históricas Notariales

Tribunal de Ética

Presidente: Jorge Enrique Viacava. **Vicepresidente:** Carlos Alberto Guyot. **Secretario:** Alfredo Daniel López Zanelli. **Miembros titulares:** Jorge Alberto Ricciardi, Eduardo Héctor Plaetsier. **Miembros suplentes:** Daniel Augusto Ferro, Marta Esther Goldfarb, Carlos Alberto Ortega, Adriana Patricia Freire.

Revista del Notariado

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone.

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Editorial | 6

Doctrina

Obligaciones en moneda extranjera y el Código unificado, por *Jorge Horacio Alterini, Norberto Rafael Benseñor, Juan M. Diehl Moreno y Martín Esteban Paolantonio* | **9**

El poder al servicio del derecho de autoprotección, por *Maritel Mariela Brandi Taiana* | **28**

Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312, por *Natalio Pedro Etchegaray* | **44**

Hipoteca en moneda extranjera. Hipotecas de curso legal o de monedas que no lo tienen. El monto en las hipotecas, por *Rubén Augusto Lamber* | **54**

De qué hablamos cuando hablamos del artículo 2189, por *Gonzalo Ignacio Toro* | **97**

Jurisprudencia comentada

Comentario a “Fau”, por *Mariana Claudia Massone* | **105**

Internacional

Tanteo y retracto legales en las cuerdas del Código Civil cubano, por *Leonardo B. Pérez Gallardo* | **115**

El año 2015 ha sido un año distinto, un año electoral y, como consecuencia de las elecciones nacionales, ha habido un cambio de gobierno. Este cambio nos obliga a volver a mencionar la existencia de artículos en el Código Civil y Comercial que pensamos se deben modificar; en algunos casos, aclarando sus alcances y, en otros, modificando su contenido.

El nuevo Código trae adelantos, pero también puntos oscuros. A modo de ejemplo, hay artículos que denotan una fuerte voluntad de impedir las donaciones, sin una razón concretamente jurídica –lo que ampliaremos en un próximo trabajo–. Asimismo, su sistema de protección de incapaces con inscripción ha dado lugar a distintas interpretaciones y, en este sentido, esperamos que se mantengan las conclusiones¹ a las que se arribó en la XLI Convención Notarial de nuestro Colegio (junio 2015). En este punto y especialmente respecto de los artículos 39 al 46, preferimos el sistema del Código Civil anterior, con las reformas que se incorporaron en 1968.

En la última reunión y asamblea de la Academia Nacional del Notario (noviembre 2015), se destacó la disertación ofrecida por un miembro de número sobre los conjuntos inmobiliarios y la necesidad de adecuarse o no a las nuevas normativas del Código Civil y Comercial. La Academia ha trabajado intensamente en la interpretación de diversos institutos del Código: entre otros, la capacidad restringida, la anotación marginal de la sentencia de incapacidad en la partida de nacimiento y el artículo 291, sobre prohibiciones al notario cuando participa por sí o por un pariente en una persona jurídica. Se encontró también una contradicción en el artículo 456 en relación con el asentimiento en la venta de la vivienda familiar y la prohibición de apoderar al cónyuge y si esa prohibición se extiende a los demás casos de asentimiento por imperio de una remisión del artículo 470.

También se analizaron temas vinculados con el registro de fideicomisos. Hubo incluso un informe sobre la intrusión del Estado a través de las Resoluciones IGJ 7 y 9 de 2015, respectivamente, que han dispuesto un avance estatal sin un marco legal que lo apoye con la imposición, por primera vez en la historia del país, de una fiscalización del contrato de fideicomiso, cuando la Ley 22315 no autoriza a la Inspección General de Justicia ni a inscribir ni a fiscalizar fideicomisos. Si un contrato asociativo que se inscribe en el Registro no se fiscaliza, menos aún podría fiscalizarse un contrato de fideicomiso, mientras que la Resolución IGJ 9/2015 menciona la conveniencia de extender el registro de fiduciarios de modo que van a ser entidades inscriptas y controladas.

Uno de los académicos opinó que el registro creado por la Inspección General de Justicia debe ser ignorado, ya que la Ciudad de Buenos Aires ha creado su propio registro, en ejercicio de facultades no delegadas al gobierno central. Se considera

* [N. del E.: Por su trascendencia institucional, el editorial del n° 921 hace referencia a hechos sucedidos posteriormente al trimestre julio-septiembre 2015].

1. [N. del E.: el lector podrá acceder a las conclusiones [aquí](#)].

que los únicos contratos que habrá que inscribir en el registro de la Inspección serán aquellos que como patrimonio fideicomitido tienen participaciones societarias, respecto de los cuales la competencia del organismo de alguna manera tiene sentido. Se señaló también que para otorgar la CUIT, a la Administración Federal de Ingresos Públicos le basta con la inscripción en el Registro de la Ciudad. Como veremos más adelante, la Ciudad es la que tiene el derecho y tiene que reivindicar que pase a su órbita el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia y que se debe trabajar desde el punto de vista del derecho en contra de la excesiva intromisión del Estado.

Entre los aspectos destacados de la reforma constitucional de 1994 hay una disposición en el artículo 129 que le otorgó a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo. En dicha reforma también se estableció que los representantes elegidos por la ciudadanía son los que deben dictar el estatuto organizativo de sus instituciones. Esta autonomía equipara la Ciudad de Buenos Aires con una provincia y permitió que se sancionara la Ley 404 del año 2000, que establece los derechos y obligaciones del Colegio de Escribanos de la Ciudad y la de los escribanos que pertenecen al Colegio. Por esta norma cambiamos también nuestro nombre: hoy somos escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y no escribanos nacionales. Este estado de autonomía deberá ser mantenido aunque la Ciudad dejara de ser la capital de la república. No debería, bajo ningún concepto, volver a formar parte del territorio de la provincia de Buenos Aires. Su nueva situación es definitiva.

La reforma constitucional previó en el artículo 129 de la Constitución que “Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”. Con este fin se sancionó la Ley 24588, que estableció en su artículo 1 que garantizará los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la república, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación. Esta ley dispone que el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continúen en jurisdicción nacional (art. 10).

Esto es injusto y no se entiende salvo que se tenga el deseo de controlar todo, que generalmente termina cuando las cosas pasan a pertenecer a los controladores. Estos organismos están a cargo de las provincias. Tienen que pasar a la Ciudad, con más razón ahora que se han nombrado funcionarios reconocidos como expertos y estudiosos de los temas y funciones de ambos organismos, que demuestran con su accionar que los van a manejar con equidad y sin presiones de grupos que puedan pretender que se pierdan documentos.

Hay también otros puntos de la reforma que generan dudas. Esto se ve claramente en algunos de los artículos de doctrina que publicamos en este número de la *Revista*: “De qué hablamos cuando hablamos del artículo 2189”, de Gonzalo Toro, que realiza un análisis detallado de este artículo, especialmente la relación o nexo que lo vincula con el artículo 2187; “Hipoteca en moneda extranjera...”, de Rubén Lam-

ber; la mesa redonda que se realizó en el Colegio en el mes de septiembre, sobre obligaciones en moneda extranjera, con la participación de los doctores Jorge Alterini, Juan Diehl Moreno y Martín Paolantonio, y la coordinación del escribano Norberto Benseñor (el artículo condensa las opiniones vertidas por los panelistas); el comentario al fallo “Fau”², previo al levantamiento del cepo cambiario, de Mariana Massone; “Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial...”, del por todos conocido escribano Natalio Etchegaray –escribano mayor de Gobierno durante los últimos treinta años–, que analiza los artículos del nuevo Código referidos a las escrituras y actas; y “El poder al servicio del derecho de autoprotección”, de Maritel Brandi Taiana.

En la sección “Internacional”, publicamos un artículo sobre un tema que siempre nos interesó, algo que nosotros no tenemos y consideramos mejor no tener, pese a que en un momento lo estudiamos a fondo porque existía en otros países. Tenemos que eliminar burocracia y los papeleos innecesarios. El autor es Leonardo Pérez Gallardo, notario y profesor titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho en la Universidad de La Habana, Cuba.

Agradeciendo los mensajes recibidos sobre el n° 920, me despido afectuosamente.

EL DIRECTOR

2. CNCiv., Sala E, 25/8/2015, “Fau, Marta René c/ Abecían, Carlos Alberto y otros s/ Consignación” (Expte. n° 79776/2012) y “Libson, Teodoro y otros c/ Fau, Marta René s/ Ejecución hipotecaria” (Expte. n° 76280/2012). [N. del E.: el comentario al fallo incluye el texto completo de la sentencia. Podrá acceder también [aquí](#)].

Obligaciones en moneda extranjera y el Código unificado*

Jorge Horacio Alterini

Norberto Rafael Benseñor

Juan M. Diehl Moreno

Martín Esteban Paolantonio

RESUMEN

El 9 de septiembre de 2015 se realizó en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires una mesa redonda, que contó con la participación de los doctores Jorge H. Alterini, Juan M. Diehl Moreno y Martín E. Paolantonio, bajo la moderación del escribano Norberto R. Benseñor, para abordar los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial con respecto a las obligaciones en moneda extranjera. El presente artículo condensa las diferentes opiniones doctrinarias vertidas por los panelistas durante su exposición, a cuyo fin se han mantenido los nombres de los expositores, para que puedan ser identificados con claridad. Con ese mismo objetivo, se han diferenciado a través de subtítulos los aspectos más relevantes tratados en esa sesión.

Sumario: **1.** Introducción. El equilibrio contractual. **2.** La opción contenida en el artículo 765 in fine, ¿es imperativa o supletoria? **3.** Sobre la incongruencia de hablar de obligación de dar cantidades de cosas cuando estamos hablando de obligaciones de dar sumas de dinero. **4.** Instrumentación del contrato. ¿Qué herramientas o modos alternativos se aconsejan a quienes deben instrumentar un contrato –generalmente alguna hipoteca en dólares o compraventa, o documentar saldos de precio–, para asegurarse, si no la misma moneda convenida en especie y cantidad, al menos la mejor cotización? **5.** Hipotecas en dólares y principio de especialidad registral. **6.** Subasta en moneda extranjera o en pesos. **7.** Preguntas del auditorio.

* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, n° 239, 22/12/2015, Suplemento “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”, cita on line AR/DOC/4376/2015. Los hipervínculos fueron agregados especialmente para la publicación en la *Revista del Notariado*.

1. Introducción. El equilibrio contractual

Paolantonio: Básicamente, el problema con la moneda extranjera se plantea cuando se da un escenario de inflación, que puede ser más o menos importante según las épocas. La única excepción para esta idea serían las operaciones genuinamente internacionales, en las cuales sí hay un interés particular en la moneda extranjera. Sin embargo, si no es este el caso, se sabe que el recurso de la moneda extranjera se ha utilizado generalmente como un mecanismo para paliar el problema del envilecimiento de la moneda nacional. Este es un concepto que los argentinos aprendimos durante mucho tiempo, que en algún momento se creía superado, pero al que hemos vuelto.

La contratación es un instrumento de planificación, desde el punto de vista empresarial e incluso desde el personal. Lógicamente en toda operación hay riesgos y, si a ellos se les suma la incertidumbre que puede generar la situación de inflación, es necesario generar cláusulas contractuales y mecanismos paliativos con el fin de arribar a un esquema que permita contener las circunstancias inmanejables producto de las variables macroeconómicas que controla el poder público. El individuo en sí mismo dispone de muy poco poder para contener lo que implica la inflación. El problema se plantea en casi todas las contrataciones, particularmente en el contrato que no es instantáneo, es decir, el contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo. Ante cada contrato que requiere, después del “apretón de manos” o de la firma, un hacer en el futuro, se plantea la incertidumbre que genera la circunstancia del pago.

Lo que se persigue, desde el punto de vista de las partes, es mantener en el tiempo la situación de equilibrio contractual del momento inicial. Que eso suceda depende de que la moneda, como medio de pago, cumpla la función que le corresponde. Frente a una situación de envilecimiento de la moneda –como la que se ha vivido durante muchos años en la Argentina–, obviamente se presenta un problema serio a la hora de determinar la equivalencia de las prestaciones.

Cabe destacar aquí que las alternativas teóricas para mantener el equilibrio contractual no son demasiadas: se puede establecer un esquema de precio variable para las diferentes etapas del contrato; se puede establecer un mecanismo de renegociación a través del cual se ajuste el precio periódicamente; se puede dolarizar; incluso se puede indexar –pero no según la ley vigente–. Este último punto es muy importante, porque si se tienen problemas en la contratación en moneda extranjera y no se cuenta con el escape de las cláusulas de indexación, tenemos claramente un escenario de incertidumbre.

Desde el punto de vista de los costos de transacción, los esquemas son diferentes. Si se pone un precio variable, la discusión se dará en el momento inicial del contrato: cuánto será el precio en el contrato de tracto sucesivo durante los diferentes períodos. Los costos son altos, pero se tendrán menores problemas porque ya han sido fijados inicialmente. Ello prescindiendo de la posibilidad de que después se discuta alguna cuestión vinculada a la imprevisión y, de alguna manera, el acuerdo esté cerrado y haya que atenerse a él.

Es difícil en muchos casos establecer un precio variable, porque se carece de capacidad de predicción efectiva para mantener el equilibrio contractual. Si se habla de renegociación, es sencillo establecer en un contrato un plazo de seis o doce meses para hacerlo; pero ante la falta de acuerdo se plantean los siguientes interrogantes: ¿nos quedamos sin contrato?, ¿se resuelve? En lo que a seguridad jurídica respecta, es claramente una materia complicada.

La posibilidad de la indexación también sería potencialmente fácil, suponiendo que estuviera permitida y que, además, reflejara la ecuación económica del contrato. Lo que las cláusulas de indexación dicen es: ajustamos el valor por un índice determinado, que puede o no tener que ver con la ecuación económica del contrato. Con los años ha habido desfases y diferentes mecanismos para tratar de evitarlos, tales como el *desagio*, la desindexación o, en el terreno del derecho privado monetario, en la Argentina, cualquier otra pauta que las partes establezcan.

En cuanto al tema de la dolarización, los costos de transacción son bajos y habría un menor riesgo de comportamiento oportunista posterior. No obstante, el problema se plantearía en que la dolarización puede tener que ver o no con la ecuación económica del contrato. Si el bien es transable en dólares, como suele ocurrir en la parte del mercado secundario en materia de inmuebles, probablemente la dolarización sea un mecanismo adecuado. Si no lo es, puede haber claramente un desfase en lo que respecta a la ecuación económica del contrato.

El problema en materia contractual no es solo la moneda extranjera, sino la obstinación del poder público de, a pesar de la inflación, haber mantenido la prohibición de indexación, alternativa que sería incluso más sana para muchos contratos.

Para contextualizar el tema, la última cuestión a mencionar es la época en la que el Poder Ejecutivo Nacional [modificó](#) la redacción del artículo 765 del Código Civil y Comercial [propuesta](#) por la Comisión –la época del cepo “full”–. El dólar era una mala palabra y se hablaba de forzar la “pesificación” de la economía –escenario que nunca se va a alcanzar, porque el día que logremos la pesificación en materia de inmuebles sería probablemente porque no habría inflación, en cuyo caso tampoco mucho interés debería haber por la dolarización–. Claramente era un problema que en ese momento se tomó como una decisión vinculada con la lucha contra la dolarización de la economía. Por ello, cabe dudar que un año y medio después se hubiera tomado una decisión como la que se tomó.

Benseñor: El anteproyecto presentado por la Comisión establecía las mismas pautas que la reforma introducida al Código Civil por la [Ley 23928](#); es decir, las obligaciones contraídas en moneda extranjera eran consideradas obligaciones de dar sumas de dinero. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional –más concretamente el Ministerio de Justicia– alteró la frase final del artículo 765. Como expresa el doctor Paolantonio, ese era el momento más álgido del cepo y en el que la tentativa de pesificar la economía era más fuerte. Difícilmente se adoptaría hoy esta alteración a la norma, introduciendo la posibilidad supletoria de cancelar con la moneda extranjera.

2. La opción contenida en el artículo 765 *in fine*, ¿es imperativa o supletoria?

Alterini: La redacción *final* del artículo 765 –que seguramente no introdujo la Comisión– generó sorpresa y creó algunas dudas interpretativas. Pasado el tiempo, se perfila la convicción de que **esta norma es supletoria**; no imperativa.

Para fundamentar este criterio, es necesario partir de la base de que, según el artículo 962 del *Código Civil y Comercial*, las normas de los contratos son en principio supletorias, salvo que lo contrario surja del modo de expresión, del contenido o del contexto. Ninguna de estas opciones indica que el artículo 765 sea imperativo, ni surge de las palabras que la norma sea tal. Podrá tener varias lecturas, pero una pista importante es que la norma dice que se “puede” hacer esa conversión, no que se “debe”, lo que le quita el carácter imperativo. El contenido del artículo 765 no desmiente el carácter supletorio, porque no hay nada que revele que la norma es imperativa. El contexto confirma que no es imperativa, porque salvo que uno sea un lector apasionado y nada objetivo si a una norma se la puede interpretar en un sentido o en el otro dejamos abierto el interrogante para no ser autoritarios al sostener una idea, no debe omitirse el mensaje del artículo siguiente, el 766, que dice que hay que pagar en la moneda convenida. Pero no solo el artículo siguiente: el contexto se reconstruye con otras varias normas que llaman a pagar en la moneda convenida. Esto ocurre en el artículo 1390, en materia de depósito bancario; en el artículo 1408, para los préstamos bancarios; en el artículo 1409, en los descuentos bancarios; y en el artículo 1410, para la apertura de crédito.

En este punto, debe destacarse una peculiaridad: en los artículos 1408, 1409 y 1410 se pone énfasis en lo pactado; dicen “conforme a lo pactado”. O sea, se jerarquiza lo pactado. Estas son las propias palabras de la ley. Incluso el artículo 1525, en materia de mutuo, hace pensar en la misma solución; pero allí no aparece la expresión “conforme a lo pactado”. En definitiva, el contexto es de una elocuencia absoluta para desmentir una pretendida interpretación de que el artículo 765 es imperativo.

Recordemos, jugando con los principios, que no son permitidas las renunciaciones generales a la ley. Lo dice el artículo 13 del *Código Civil y Comercial*. El artículo 13 admite renunciaciones cuando sean en casos particulares. No juega tan claramente como el gran Vélez Sársfield con aquello del interés general y del interés particular, pero esa pauta subyace, sobre todo si se conecta el artículo 13 con el artículo 12, que dice que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes de orden público. Quiere decir que las que no respondan al interés general se pueden dejar sin efecto por convención y, entonces, se pueden renunciar. Como nada establece que el artículo 765 sea de orden público, se puede renunciar a sus implicancias.

Una lectura posible del artículo 765, que es factible si se atiende a las palabras de la ley y que sería escandalosa, nos confirma que hay que interpretar congruentemente todo, hasta las palabras. El artículo dice: “La obligación es de dar dinero si el

deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación”. Y sigue:

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 como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Si nos atenemos a la letra, la conversión en moneda nacional habría que hacerla al momento de constitución de la obligación. Leído así sin los prejuicios que generan las lecturas previas, sería absolutamente extraño fijar una cantidad al momento de la constitución y después convertirla en moneda nacional al momento del pago pero calculándola a la fecha de la constitución, porque entonces el envilecimiento de la moneda sería doblemente pernicioso. No dice “a la fecha del vencimiento de la obligación”, como lo hacía el artículo 619 de Vélez. Entonces, hay que interpretarlo así, elásticamente, pero de la letra surge lo contrario. De manera que tampoco hay que apegarse sin más a las palabras de una norma equívoca.

Algunos podrían pensar que el artículo 765 no es imperativo en los contratos paritarios, o sea, donde los contratantes actúan en un pie de igualdad, pero sí en materia de consumidor. Las normas acerca del consumidor no son renunciables en cuanto los favorezcan; es decir, se tiene por no escrita una renuncia que lo perjudique. Esto surge del artículo 988 del Código Civil y Comercial y del artículo 37 de la [Ley de Defensa del Consumidor](#), por la remisión que realiza el artículo 1117 del Código a esas normas generales, en materia de contratos de consumo, ante cláusulas predispuestas que impliquen cláusulas abusivas. Por tal motivo, alguien podría decir que si hay un consumidor de por medio, la renuncia no sirve para nada.

Tampoco es convincente renunciar a través de fórmulas elípticas. Hay que ponderar si abiertamente se puede renunciar o no se puede hacerlo. Si no es posible, no podríamos disimularlo con elipsis lingüísticas, sin perjuicio de que acaso sea prudente acudir a esas redacciones. No hay que perder de vista que, según el artículo 12 del Código Civil y Comercial y fue siempre así, si uno elude una ley imperativa, se configura un fraude a la ley y, por lo tanto, se aplica igualmente la ley imperativa que se quiso eludir. El Código lo dice claramente.

Una salida consistente sería vincular la temática en todos los casos, y en especial si hay un consumidor, con la posibilidad de excluir el estigma de cláusula abusiva, a pesar de que estemos en el ambiente del consumidor. Lo prevé el artículo 1121, punto a, cuando la cláusula atañe a una relación entre el precio y el valor del bien o de la prestación debida. Por ello, recomendaría hacer alusión al artículo 1121, inciso a, para que ni siquiera en el caso del consumidor se pueda decir que el artículo 765 resulta ser imperativo.

Diehl Moreno: Estamos frente a un tema interpretativo, por lo que corresponde dirigirse al artículo 2 del Código, que establece cómo debe interpretarse la ley. Ello

debe hacerse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Entonces, deberíamos no solo analizar las palabras del artículo 765, sino también la finalidad o intención del legislador.

Deben preguntarse, entonces, las razones por las cuales el procedimiento legislativo por el cual se insertaron en el artículo 765 en la misma cláusula a) la calificación de la obligación de moneda extranjera como obligación de dar cosas y b) la facultad del deudor de cancelar en moneda local, se llevó a cabo sin tener en cuenta el resto de las normas previstas en el Código. La Comisión Redactora, en concordancia con la línea de la política monetaria y los principios monetarios que se seguían desde el año 1991, había mantenido el mismo régimen: obligaciones de dar dinero. Pero luego se introdujo intempestivamente la modificación del proyecto de artículo 765, sin que en este caso particular el legislador se detuviera a pensar en el impacto que aquella podría tener.

Lo que quiso hacer el Poder Ejecutivo es enviarle un mensaje a la sociedad, tratando de pesificar la economía y desalentar el uso de la moneda extranjera. Sin embargo, la realidad es que, tal como está redactado y teniendo en cuenta sus antecedentes el legislador ha incurrido en una contradicción dentro del propio artículo 765: establece en primer lugar el principio de la identidad del pago, disponiendo que las obligaciones en moneda extranjera serán consideradas como obligaciones de dar cosas si uno se compromete a dar una cosa, pues debe entregar la misma cosa, y, a continuación, la facultad del deudor de cancelar en pesos, en una moneda distinta, es decir, sosteniendo el principio de la equivalencia. Esto es, principios absolutamente contradictorios en la misma cláusula. Ni siquiera hay que remitirse al artículo 766 para advertir la contradicción; está en el mismo artículo 765.

¿Cómo se resuelve esto? Siguiendo el principio de conciliación reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que exige darles a las normas el sentido que permita su mantenimiento y subsistencia. Entonces, **una interpretación razonable** del artículo 765, con una contradicción ínsita y también respecto del artículo 766, podría ayudar a sostener que la facultad de cancelar en pesos establecida en el artículo 765 es **precisamente una norma supletoria o disponible**. Por otro lado, si el principio general en materia de obligaciones dinerarias es entregar la misma cosa o moneda comprometida, cualquier excepción a este principio lo que ocurre en materia de moneda extranjera debería ser interpretada al menos restrictivamente. **Y si se la interpreta restrictivamente, también** podríamos entonces decir que **es una norma supletoria**.

Con respecto al principio de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de renunciar en la medida en que no haya abuso de derecho o si se afectara el orden público puede verse además al analizar el contexto normativo, como decía el doctor Alterini. Se encuentran muchas normas dentro del propio Código Civil y Comercial que exigen cancelar en la moneda pactada, en la misma especie: son los casos del

préstamo bancario, el depósito bancario y otros contratos en particular. Entonces, no es razonable permitir la división del orden público dependiendo de la situación en la que nos encontremos: en el caso de depósito bancario, sí, pero en el caso de cualquier otro tipo de contrato que no sea depósito bancario, no. El orden público es uno. Dividirlo no es posible.

Tenemos conocimiento del fallo de la Cámara Nacional en lo Civil “Fau”, dictado con fecha 25/8/2015 y publicado en todos los diarios, que establece el carácter supletorio del artículo 765. No ofrece demasiados fundamentos, pero allí se ve una sana tendencia en esta materia.

Otros interrogantes que se plantean respecto de los cuales no hay respuesta son los siguientes: si lo que en realidad buscaba el legislador era establecer una norma de orden público y procuraba precisamente que el dólar desapareciera de los negocios en la Argentina al menos en los contratos domésticos, ¿por qué no prohibió directamente su uso?, ¿por qué en lugar de decir “puede” no dijo “debe”? Establecer o determinar que el artículo 765 es una norma imperativa implicaría necesariamente que aun cuando pactemos dólares, el deudor debe cancelar en pesos y el acreedor tendrá que aceptar esos pesos. Si es obligatorio aceptar la cancelación en pesos de las obligaciones en moneda extranjera, podría entenderse que ello implica aceptar la moneda dólar como cláusula de ajuste: ¿y no sería esto contradictorio con el artículo 7 de la [Ley de Convertibilidad](#), que prohíbe la indexación? Todos estos argumentos nos van llevando a la conclusión de que se trata de una norma de orden supletorio.

Paolantonio: Cabe agregar una referencia más con respecto a la renuncia.

El problema del consumidor no consiste en si es de orden público o no, porque ciertamente si la norma es de orden público, no puede renunciarla ni el consumidor ni nadie. El problema es que, en teoría, en el contrato de consumo no se pueden renunciar ciertos derechos que en otro ámbito serían disponibles. Más que plantear el tema de la renuncia a la facultad de pagar en moneda nacional, lo prudente y que no es solo un recurso de redacción es, sencillamente, no renunciar a nada, sino establecer efectivamente que se va a pagar en la moneda de origen o que se va a pagar según diferentes tipos de cambio que se puedan establecer.

El concepto de consumidor (p. ej., en materia de pagaré) es un tema complicado. Hay jurisprudencia que dice que básicamente el consumidor no puede ser ejecutado sobre la base de un pagaré, por lo que, más que ingresar en la discusión respecto de la renuncia, es preferible determinar cuál es el objeto de la obligación. Tal como planteó el doctor Alterini, no hay cláusulas abusivas sobre precio. Este no es un tema menor, porque se podría decir que la cláusula es abusiva. Claramente, la parte de precio está protegida del concepto de cláusula abusiva. Y es mejor plantearlo como una determinación del objeto de pago y después ver las opciones de tipo de cambio.

Alterini: En su [discurso](#) del 7 de octubre de 2014, con motivo de la promulgación del Código Civil y Comercial, la señora Presidenta de la Nación expresó:

La derogación de la Ley de Convertibilidad dejó pendiente el restablecimiento pleno del peso como moneda de los argentinos. Esto bastó para que algunos comenzaran a decir, sobre todo en los medios de comunicación, que con las modificaciones que se introducían en el Código no se iban a respetar los contratos hechos en pesos, los depósitos. Bueno, vamos a aclarar punto por punto y artículo por artículo, para que mañana nadie pueda poner un titular extraño en ningún diario. El Código establece en su artículo 765, en el capítulo de las obligaciones, la distinción de moneda de curso legal y de las cosas, de que uno puede realmente pagar las cosas con moneda de curso legal. Pero el artículo 958, y quiero leerlo expresamente, establece bajo el principio de la autonomía de la voluntad (un principio para nosotros los abogados muy especial, que es el *pacta sunt servanda*, que viene del latín, somos siervos de nuestros propios actos, pactos o contratos), establece bajo el principio de la autonomía de la voluntad que las partes son libres de contratar y lo que establecen en el contrato tiene fuerza de ley para las partes, con lo cual esto no resulta, por lo tanto, violatorio de la voluntad de aquellos que quieran hacer contratos en moneda extranjera y de la exigencia. Y para mayor claridad, todavía, en los artículos 1408 y en el 1390, perdón, contratos bancarios, 1390, depósito bancario, depósito en dinero, dice: “Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”. Lo mismo, a continuación, el artículo 1408, que establece la contrapartida del depósito, el préstamo, o sea, cuando la entidad presta. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero, obligándose al prestatario (obligándose al prestatario, o sea, el que lo tiene que devolver) a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie conforme lo pactado. Por lo cual todas esas afirmaciones, títulos para asustar a la gente, de que los depósitos no iban a tener ningún valor, se iban a devolver en pesos, si no se podía hacer ningún contrato, por favor, esto queda absolutamente fuera de lugar y dejado de lado. Estoy leyendo el Código [...] Esto lo dice el Código Civil Argentino...

Estas palabras constituyen una directiva de interpretación muy fuerte. En aquel momento se quiso dejar en claro que las normas en cuestión no descartaban la virtualidad de los pactos en sentido contrario.

Diehl Moreno: Una tercera posición con respecto a si es imperativa o supletoria sostiene que puede ser una u otra dependiendo de cuál haya sido la intención de las partes. Como es sabido, la moneda extranjera puede ser utilizada en ocasiones como objeto esencial del contrato (es decir, el objeto comprometido) o como unidad de cuenta o ajuste; por ejemplo, un contrato de locación en el que las partes fijan el dólar como modo de afrontar la inflación o, por lo menos, la devaluación, sin que sea su

intención recibir dólares sino pesos al tipo de cambio oficial o a un tipo de cambio distinto.

En el pasado, la jurisprudencia le ha dado algún tono distinto a las sentencias dependiendo de la intención de las partes. Esta posición es discutible porque la norma es supletoria o imperativa dependiendo de cómo esté redactada, su contexto y su situación, pero no de la intención de las partes. Simplemente hay que saber que cuando se trata de un contrato donde la moneda extranjera es utilizada como unidad de cuenta al solo efecto de ajustar una obligación, hay que tomar mayores prevenciones.

Alterini: Lo importante es la idea de contexto, y este tiene un especial valor interpretativo. Hay que interpretar haciendo mérito del contexto, como lo ha dicho la Corte Suprema. Y el contexto del artículo 765 es totalmente contrario a su lectura como si fuera un texto imperativo.

3. Sobre la incongruencia de hablar de obligación de dar cantidades de cosas cuando estamos hablando de obligaciones de dar sumas de dinero

Alterini: Cuando el artículo 765 habla de obligaciones de dar cantidades de cosas, alude a las obligaciones de género. Vélez llamaba “cantidades de cosas” a lo que el Código Civil y Comercial, en seguimiento del [Proyecto de 1998](#), llama “obligaciones de género”. En las obligaciones de género se pacta entregar determinada especie y cantidad. O sea que también hay que respetar la identidad del pago en las obligaciones de género, que son las de cantidad, mal denominadas así, según la terminología adoptada por el propio Código.

Cuando escribimos por primera vez sobre esta cuestión en 1987,¹ defendimos ideas paralelas: decíamos que el dinero es una cantidad como afirmaba Vélez en la nota al artículo 616, pero, aunque sea una cantidad o se rija por su género, no se puede eludir el principio de identidad del pago. Ese principio era el del artículo 740 de Vélez y está ahora en el artículo 868 del Código Civil y Comercial. Vélez decía que el dinero es una cantidad pero que ello no lo priva de su condición ontológica. El acreedor solo puede reclamar aquello a lo que se comprometió el deudor y este no puede pagar sino eso.

Paolantonio: La crítica fácil al artículo 766 probablemente no aporte demasiado. La cuestión final es si le aplicaremos las normas de las obligaciones de género o no, porque, en definitiva, lo que terminará sucediendo es que tendremos un régimen de obligaciones de dinero que no es dinero al menos en la definición que quisiera haber

1. ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1987-E, pp. 873 y ss.

dado el legislador pero al que después le aplicaremos el régimen normal que tienen las obligaciones de dinero, por ejemplo, en cuanto a intereses y a consecuencias de la mora. En su momento se discutió profundamente no solo sobre cuál era el problema del tipo de cambio (la cláusula de tipo de cambio), sino, en definitiva, cuál es el momento en el que uno hace la conversión a moneda de curso legal, cuándo hacerla. El tipo de cambio puede haber estado a \$ 10 el día del vencimiento de la obligación y a \$ 15 sesenta días después, o también podría estar a \$ 9.

Hubo fallos plenarios de la Cámara Comercial en los que se establecía este tema de la lógica de que las consecuencias de la mora se las está llevando el deudor, con idéntica doctrina a la de la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario “[La Amistad SRL c/ Iriarte, Roberto](#)”², tales como el [plenario autoconvocado](#) de fecha 13/4/1977³ y “[Papelería Alsina](#)”, del 22/12/1977⁴, con lo cual, se vuelve a plantear la disyuntiva: obligaciones de género o de cantidades de cosa. En cuanto al régimen, da la impresión de que no se le van a terminar aplicando las normas propias de esta categoría.

Diehl Moreno: Es más fácil decir cuál es el régimen que no aplica que el que sí aplica en materia de obligaciones en moneda extranjera. Se habla de las obligaciones de dar cosas, de las de género y de las de valor: lo más sencillo es dirigirse directamente al [Código Civil y Comercial](#).

En lo que hace a obligaciones de dar cosas, lo único que está previsto en el propio Código son los párrafos que están incluidos en el Capítulo 3 del Título I, donde se establecen las clases de obligaciones y las obligaciones de dar. Por ejemplo, el [Parágrafo 2º](#) habla de “obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales”, y habrá coincidencia en que la obligación de dar moneda extranjera no tiene nada que ver con este supuesto. También incluye la “obligación de dar cosa cierta para transferir el uso o la tenencia”, supuesto que tampoco aplicaría. El [Parágrafo 3º](#) refiere a las “obligaciones de dar para restituir”, que serían, por ejemplo, contratos de locación donde uno da una cosa para que luego, después de su uso, sea restituida; tampoco este supuesto aplicaría a una obligación de dar moneda extranjera.

Caben estas aclaraciones porque hay doctrina que sostiene que existe un régimen de obligaciones de dar cosas y que este debería ser aplicado; sin embargo, no hay un régimen que pueda ser de utilidad y aplicación a las obligaciones de dar moneda extranjera.

En el [Parágrafo “Obligaciones de género”](#), el artículo 762 (2º párr.) dice “Las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas”. No hay forma de individualizar el dólar; el dólar es el dólar. El párrafo sigue: “La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes” –no

2. *La Ley*, t. 1977-D, p. 1.

3. *La Ley*, t. 1977-B, p. 186. [N. del E.: el lector podrá consultar el plenario [aquí](#)].

4. *La Ley*, t. 1978-A, p. 267. [N. del E.: el lector podrá consultar el plenario [aquí](#)].

agrega demasiado hasta aquí–; y finalmente: “La elección debe recaer sobre cosa de calidad media” –salvo que el dólar esté gastado, pero el dólar es el mismo– “y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita”. El segundo artículo de este párrafo, el 763, dice: “Antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas”. No hay motivo por el cual las obligaciones de género deban aplicar o de qué modo este artículo puede establecer un régimen sobre las obligaciones de dar cosas.

Otra alternativa citada por la doctrina es la de entender las obligaciones de dar moneda extranjera como obligaciones de valor. El artículo 772 dispone:

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 [–el dólar–] que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

¿Por qué no entender como obligación de valor una obligación en moneda extranjera, donde alguien se compromete a entregar un valor equivalente en dólares, estableciendo “me comprometo a entregar una cantidad de pesos equivalente a 10.000 dólares o 10.000 dólares que serán pagaderos en pesos al tipo de cambio oficial”, donde al momento de pagar se debe calcular el valor, es decir, el monto resultante sobre la base del **valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda**? Ello, más allá de la discusión de que el reconocimiento de esta obligación de valor pueda implicar de forma implícita una derogación del artículo 7 de la [Ley 23928](#), que prohíbe la indexación. Lo dejo como pregunta.

Alterini: Es importante enfatizar que, aunque fuera una obligación de género, la solución sería paralela. Es una obligación de dar sumas de dinero; moneda sin curso legal, pero dinero. En 1986, en el caso “Salomone”, cuando era Presidente de la Cámara Civil y, con los dos Vicepresidentes, integraba el Tribunal de Superintendencia de la Cámara, que resuelve los problemas de competencia, sostuve esta posición en un juicio de naturaleza civil vinculado con la restitución de moneda: si la moneda era cosa, debía radicarse en el fuero civil y comercial especial de aquella época –el viejo fuero de paz, que después se llamó civil y comercial especial y que finalmente se incorporó al fuero civil con la unificación general–. Entonces dijimos no es una cosa, es dinero, y por ello la causa debía radicarse en el fuero civil ordinario. En aquel momento fue una posición inédita. Ya Vélez hablaba de monedas con curso legal y de monedas sin curso legal; las dos son monedas. La moneda extranjera es moneda sin curso legal. En la raíz de todo esto está la asimilación de los conceptos de moneda y de dinero.

El [Proyecto de 1998](#) puntualizaba expresamente que “moneda” y “dinero” eran sinónimos (art. 712), y en el entramado que nos ocupa no se desmiente esa sinonimia. En este sentido, es significativo destacar que el 78% de las normas del Libro Tercero “Obligaciones en general” del Código Civil y Comercial tuvo como fuente inmediata el Proyecto de 1998, motivo por el cual ese proyecto puede orientarnos en la problemática.

Aunque el artículo 765 del Código Civil y Comercial se refiera a obligaciones de género, de cantidad, siempre hay que pagar en la moneda convenida. Hay que individualizar y, recién cuando la moneda está individualizada como cantidad y especie, el caso fortuito tiene una incidencia determinada. Antes de ello, el caso fortuito es asumido por la otra parte, pero tal circunstancia no genera contradicción con el hecho de que también aquí hay que respetar la identidad del pago.

4. Instrumentación del contrato. ¿Qué herramientas o modos alternativos se aconsejan a quienes deben instrumentar un contrato –generalmente alguna hipoteca en dólares o compraventa, o documentar saldos de precio–, para asegurarse, si no la misma moneda convenida en especie y cantidad, al menos la mejor cotización?

Paolantonio: Con respecto a la cotización, en el supuesto de que se quiera mantener la ecuación económica del contrato, cabe comenzar por lo que no se puede hacer. Al respecto, hay muchos años de jurisprudencia; la más valiosa y reciente, en materia de lo que fue la interpretación del cepo. En este sentido, debe analizarse cuáles han sido los lineamientos tradicionales de esta jurisprudencia, que en definitiva mantiene lo que se ha dicho casi siempre: lo que no se puede hacer es una referencia directa –efectivamente en algunos fallos se menciona esto–, porque algunos contratos han incorporado lo que se denomina dólar “*blue*” –antes “negro” o “paralelo”–. Definitivamente, ese es un no rotundo; nadie debería ponerlo en una cláusula, pero vale la advertencia porque en algún contrato, con un asesoramiento menos profesional, probablemente pueda aparecer.

Aclarado ello, con respecto a la pretensión de obtener una valoración de la moneda nacional, yendo por ejemplo a lo que es el valor implícito que se puede determinar en títulos de deuda pública emitidos en dólares o en títulos de deuda privada, conocida en su momento como cláusula Bonex en todas sus variantes, una cláusula redactada razonablemente lleva a que, en definitiva, si se van a dar pesos, se van a dar pesos a un tipo de cambio que esté reflejado sobre esa base. Esto resuelve la determinación del tipo de cambio y qué cosas se pueden hacer al respecto, porque se estará en un escenario en que hay que respetar lo pactado. Y se está determinando cuál va a ser el tipo de cambio, en el entendimiento de que no se pagará en dólares, de que se va a interpretar que efectivamente el dólar no es moneda y que no hay que respetar la

especie. Esto siempre tiene importancia práctica en un contexto que presenta problemas de acceso al mercado de cambio y cotizaciones diferenciadas.

Otra cosa que no creo conveniente respecto de las cláusulas usuales, por lo menos no lo creo cuando se plantea de una manera individual, son las declaraciones de que el deudor tiene la moneda extranjera y de que no la va a gastar, por lo cual luego no podrá invocar la imposibilidad de obtenerla. Si se trata de un contrato que se va a cumplir dentro de los treinta días, todavía le doy alguna posibilidad. Si se trata de un contrato de tracto sucesivo en el cual hay una prolongación en el tiempo, esa cláusula tampoco será de utilidad, porque si el deudor ya incumplió la obligación de pago, que además haya incumplido la obligación de quedarse con el dinero, de no gastarlo, no aporta demasiado, excepto que alguien interprete que hay una figura penal.

La cláusula que apunte a reflejar una actualización de la cláusula Bonex es suficiente para mantener la ecuación económica del contrato.

Diehl Moreno: Tal como expresa el doctor Paolantonio, se presenta un escenario en el que se recibirán pesos por el motivo que sea, porque se han agotado las instancias para poder ejecutar la sentencia en moneda extranjera o el crédito en moneda extranjera, tratando de embargar cualquier tipo de activo dolarizado que pueda tener el deudor, una caja de seguridad, un crédito, etc.

La pregunta que surge al redactar un contrato es si al incluir un tipo de cambio en pesos no se está debilitando la postura de que la obligación es en moneda extranjera. Si se es coherente con la posición de que es una obligación en moneda extranjera y que el objeto debido son dólares, se debería sostener esa línea. No obstante, en virtud de la ausencia de jurisprudencia sobre el tema, un abogado o un escribano deberían prever una situación subsidiaria, como los tipos de cambio. Cualquier alternativa prevista en el contrato que permita cobrar un tipo de cambio distinto del oficial será razonable.

Hay cláusulas Bonex en las que se establece que el deudor deberá comprar con pesos los bonos necesarios para poder, una vez vendidos en el exterior, obtener los dólares comprometidos. Se establece una obligación de hacer. Si el deudor original no quiso o no pudo pagar en dólares, tampoco querrá hacer una operación de bonos –o al menos podría negarse a ello–. Es por tal motivo que podría redactarse la cláusula directamente con el tipo de cambio al valor implícito, resultante de esa operación hipotética. De la misma manera, jamás debe redactarse una cláusula donde figure el tipo de cambio “blue”. Sin embargo, no sería un objeto ilícito, ya que esa redacción no diría que se hará una operación “blue”, sino que fija un tipo de cambio que utiliza como parámetro de cálculo el de las operaciones “blue”. No significa que la operación sea realizada efectivamente ni que alguna de las partes se comprometa a hacerla.

5. Hipotecas en dólares y principio de especialidad registral

Benseñor: La hipoteca debe estar bien documentada, bien cubierta con una armadura que la proteja de la posibilidad de que se pueda pagar a la cotización oficial. Con posterioridad a la instrumentación del “cepo”, los escribanos imaginamos cláusulas protectoras mediante cotización de bonos y describimos en las escrituras el procedimiento del contado con liquidación como medios alternativos para que se pueda realmente realizar. Es necesario buscar todas las posibilidades para que en el momento en que el acreedor ejerza su derecho y pretenda mantener la equivalencia de su contrato tenga, para no perjudicarse, una salida de una mejor cotización.

Alterini: Es común la idea de que si se pacta en moneda extranjera y después no se la consigue tendría que pagarse necesariamente en moneda nacional. La inferencia no es inconsistente y puede aplicarse en diversos casos, pero ello no implica que el pacto en moneda extranjera no pueda llegar a hacerse efectivo.

Como se dijo previamente, por ejemplo, si el deudor tiene un depósito en moneda extranjera, el acreedor agredirá ese depósito para cobrarse en especie. Pero aunque no se diera ese caso u otros alternativos para descargar la ejecución sobre el deudor en moneda extranjera, también es cumplimiento específico de la obligación –no por equivalente sino específico, ya que el equivalente son los daños– cuando el acreedor se cobra haciéndose procurar lo debido por un tercero. Un tercero que tiene dólares los aporta y después reclamará al deudor. Ante ese cumplimiento específico tampoco habrá conversión en moneda nacional (art. 730).

Con respecto al interrogante sobre la posibilidad de expresar el principio de especialidad registral en una divisa que no cotiza en el país, se dictaron fallos (de la Sala C de la Cámara Civil, entre otros) después del caso “Salomone” (1986) de los que se infería que se podía inscribir en moneda extranjera. El Registro manifestaba que no inscribía en moneda extranjera y, cuando se le señalaba que había salas que permitían esa inscripción, la respuesta era que se esperaba un plenario. El condicionamiento era de cumplimiento prácticamente imposible. La Cámara Civil cuenta con trece salas; para llegar a un fallo plenario efectivo tiene que mediar una contradicción nítida entre ellas y, para lograr un plenario virtual, tenía que alcanzarse una mayoría, que implicaba fallos coincidentes de siete de ellas.

Hasta una reforma de la reglamentación local de la Ley Registral previó que no se podían inscribir las hipotecas si no se expresaban en moneda nacional. Siempre se creyó que la moneda extranjera es dinero. Lo que exigía el *Código de Vélez* es la estimación en dinero, y el Código Civil y Comercial reitera que la estimación debe ser en dinero.

La moneda extranjera es dinero. Esa es la conclusión que defendemos desde 1986 y en 1987 en el trabajo citado⁵. Corresponde entonces pasar revista a las nor-

5. Cfr. nota 1.

mas del Código Civil y Comercial que conducen a pensar que la moneda extranjera es dinero. Este sigue al Proyecto de 1998, que presentaba los vocablos “moneda” y “dinero” como sinónimos. Tal sinonimia se aprecia concretamente en el artículo 1527, en materia de mutuo; en el artículo 1390, en el depósito bancario; en el artículo 1408, para los préstamos bancarios; y en el artículo 1410, en materia de apertura de crédito. Incluso, hay otras normas, como el artículo 1405 (respecto de la cuenta corriente), que plantea la compensación entre distintas monedas, lo que induce a pensar que no solo es moneda la de curso legal. Esta es la única interpretación razonable. Sin embargo, si hubiera dos interpretaciones posibles, ¿por qué privar a los derechos reales de la garantía de un resguardo estable que lamentablemente no les puede conferir la moneda nacional por su incerteza, pero sí la moneda extranjera, que aporta certidumbre? ¿Por qué una actitud contraria cerrada e irreal? Si no hay ningún rechazo del Código Civil y Comercial a la moneda extranjera y hasta se puede modular una obligación de valor, estimándolo en una moneda extranjera de uso frecuente (art. 772), no media ningún obstáculo serio para rechazar esta postura.

La estimación en moneda extranjera podría darle estabilidad a la cuantía del gravamen, sobre todo porque todavía no se ha dejado de lado la interpretación que no comparto acerca de que todos los derechos reales de garantía tendrían que expresar un techo insuperable que debería fijarse en su origen. Si no podemos descartar el obstáculo potencial de la interpretación que rechazamos, agregar la trabazón de no poder expresar la cuantía del gravamen en moneda extranjera implicaría una mirada con ceguera funcional.

Paolantonio: Cabe reiterar un tema que se planteó cuando a la moneda extranjera, al menos en el Código, no se la calificaba nominalmente como dinero, y no habría ninguna razón para diferenciar la interpretación actualmente. En ningún momento se prohíbe contratar en moneda extranjera ni tampoco se hace una suerte de diferenciación jurídica con respecto a las obligaciones en moneda extranjera. Simplemente le da una calificación muy opinable, pero ello no debería reflejarse en la hipoteca; al margen del juicio, llamémosle no jurídico, que sería un verdadero disparate, porque si en materia de hipoteca, que uno la tiene esencialmente como un mecanismo vinculado al crédito de mediano o largo plazo, no tenemos indexación, no tenemos moneda extranjera, entonces no tendremos una garantía efectiva.

Diehl Moreno: Es importante retomar el análisis del mecanismo mediante el cual se modificó el artículo 765 del Código Civil y Comercial, para precisar que no es factible considerar que el legislador, que modificó el artículo 765 para darle el carácter de obligación de dar cosas a las obligaciones en moneda extranjera y establecer la facultad del deudor de cancelar en pesos, tuvo la intención de sostener el requisito de contraprestación en “dinero” en ciertos contratos y que por eso no lo modificó.

Las hipotecas se están haciendo en moneda extranjera cuando la obligación es en moneda extranjera. Para el caso en que se rechazara la inscripción en el Registro,

o existiera una modificación o aclaración normativa que exigiera que la hipoteca fuera expresada en pesos, se podría otorgar la facultad de establecer un monto en pesos a un tipo de cambio implícito, conveniente para el acreedor, tomando tipos de cambio alternativos, como el del contado con liquidación o, eventualmente, alguno de la compra de dólares en Montevideo, Nueva York, etc., otorgando al mismo tiempo un poder irrevocable al acreedor para poder modificar la hipoteca en esta línea y poder registrarla debidamente, conforme al nuevo escenario.

6. Subasta en moneda extranjera o en pesos

Diehl Moreno: No hay prohibición para pactar el precio de la subasta en moneda extranjera de hecho, se han realizado subastas en dólares sin ningún problema. Tampoco hay motivo por el cual el Código Civil y Comercial tenga que modificar esta posición.

Hace algunos meses, la Cámara Nacional en lo Civil dictó un **fallo** que recepta la posibilidad de establecer subastas en moneda extranjera (Sala I, 31/3/2015).⁶ Uno de los potenciales candidatos a ofertar había sostenido que fijar el precio de la subasta en dólares y exigir el pago en dólares representaba una discriminación respecto de aquellas personas que no tenían moneda extranjera atesorada. Este argumento fue rechazado.

También puede darse el caso de subastas fijadas en moneda extranjera aunque pagaderas en pesos a un tipo de cambio oficial o haciendo, por ejemplo, un promedio entre el tipo de cambio vendedor y comprador.

Paolantonio: Será fundamental la claridad con la que se establezcan las obligaciones contractuales, considerando que la subasta tenga como antecedente una relación contractual. El tratamiento que se le quiera dar es el más parecido a las obligaciones de dinero. No se descarta que, en definitiva, las cuestiones terminen en algún momento decantando por el pago por equivalente, sobre todo si mantenemos un escenario de restricciones de acceso al mercado de cambios. En este sentido, será importante el establecimiento del tipo de cambio con el que se podría entrar a la subasta para pagar el precio fijado en moneda extranjera.

Alterini: Los Códigos Procesales indican que la ejecución debe despacharse en moneda nacional. Hay al menos dos planos posibles para el razonamiento. Uno, más lineal, que postula que se podría renunciar al trámite ejecutivo y hacerlo por la vía regular, con lo cual esa norma procesal no regiría. Al ir a un proceso de conocimiento, se renunciaría al trámite ejecutivo. Otra posibilidad es que al tiempo de la cons-

6. CNCiv., Sala I, “Michelucci, Tulio Manuel Juan c/ Alegre, Miriam Gisela s/ ejecución hipotecaria” (*Doctrina Judicial*, 14/10/2015, p. 70). [N. del E.: el lectro podrá consultar el fallo on line [aquí](#)].

titución del derecho real de garantía se pacte que el mandamiento de ejecución se dictará en moneda extranjera.

En el antecedente jurisprudencial referido por el doctor Diehl Moreno la Cámara dijo:

... el que haya personas que no dispongan de dólares estadounidenses o de la cantidad suficiente de esa moneda extranjera para adquirir el inmueble de autos no es indicativo de que se los esté discriminando.

Y suma un argumento sugestivo:

Aceptar un razonamiento semejante llevaría al absurdo de considerar que la subasta de cualquier bien, aun cuando se la haga en moneda nacional, vulnera la igualdad de quienes no tienen lo suficiente para participar en ella...

7. Preguntas del auditorio

- 1) *El artículo 2189 del Código Civil y Comercial dice “la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen”. ¿El monto total del gravamen tiene que estar expresado en pesos o puede ser expresado en dólares? Se teme que por falta de especialidad se declare que no hay hipoteca.*

Alterini: No hay duda de que la estimación en dinero puede hacerse en moneda sin curso legal, en dólares, yenes, rublos, etc. Si los funcionarios del Registro fueran cerrados, cabría replicar que la cuantía del gravamen puede estimarse en argentinos oro.

El argentino oro es una moneda que se implantó en la Argentina por la Ley 1130 del año 1881 y todavía conserva su condición de moneda de curso legal. La moneda tiene 22 milímetros, una pureza de 0,9; en su anverso aparece el escudo de la Nación y se lee “República Argentina”, y en el reverso, un rostro femenino y la alusión a la Libertad, mientras que en el canto consta “Igualdad ante la ley”. Actualmente se calculan en argentinos oro las deudas por daños de las empresas aéreas y marítimas. El Proyecto de 1998, cuando estableció límites para la responsabilidad, lo hizo en argentinos oro. No lo hace el Código Civil y Comercial, pero bien pudo haberlo hecho, porque indudablemente es una moneda de curso legal en la Argentina. ¿A cuánto se cotiza el argentino oro? Hay cotizaciones trimestrales del Banco Central y la correspondiente a una unidad en el tercer trimestre de 2015 es de \$ 2.462,93.

El argentino oro tiene proyección numismática, porque oportunamente el Banco Central vendió los argentinos oro que conservaba. Si la estimación sin duda puede realizarse en argentinos oro, no es realista impedir que se lo haga en moneda extranjera.

- 2) *En virtud de que, por su naturaleza, un inmueble es una cosa, y de que también lo es la moneda extranjera, habría dos cosas: ¿cambiaría entonces el contrato?, ¿dejaría de ser compraventa para ser permuta?*

Alterini: Cuando se entregaba una cosa y se pagaba en dinero, como el dinero era también una cosa, Llambias veía allí una permuta. Pero no. La moneda siempre fue una cosa, porque el papel es una cosa; no obstante, además de ser cosa, es dinero. La moneda extranjera es dinero y no debemos pensar que se presente una permuta.

- 3) *El artículo 2189 del Código Civil y Comercial establece que el privilegio se agota con el monto del gravamen, mientras que el artículo 2193 dispone que el monto del gravamen cubre intereses, costas, etc. ¿Cómo se interpreta esa aparente contradicción?*

Alterini: El Código Civil y Comercial tiene contradicciones que deben ser resueltas. Cuando la cuantía de la cobertura es definitiva y rígida, debe interpretarse que solo resulta operativa para los derechos reales de garantía “abiertos”. Por otra parte, y más allá del ámbito que le confirmamos al artículo 2189, no armoniza con el artículo 2193 ni con el privilegio especial que resulta de la correlación del artículo 2582 (inc. e) con el artículo 2583 (incs. b y c).

El juzgamiento de los Códigos no se debe hacer únicamente desde la ideología, sino desde la técnica jurídica. En ocasiones no es relevante la adopción de un criterio o de otro, pero sí es necesario que se establezca uno certero y a veces no lo hay.

Benseñor: En la última reunión plenaria de la Academia Nacional del Notariado los miembros de número abordaron la problemática que origina la redacción del artículo 2189. En principio se pensó que estaba previsto para las hipotecas abiertas, en las que necesariamente hay que fijar el monto máximo, porque en ellas no hay otra forma de determinar el principio de especialidad. Pero el segundo párrafo del artículo 2189 dice: “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”. Quienes apoyan la postura de que siempre debe haber una determinación del máximo se valen de esta frase: “mas en todos los casos”. Efectivamente el artículo 2193 lo contradice. Entonces, quienes apoyan la teoría del monto máximo sostienen que este artículo es entre partes. Se puede respetar esta postura, pero, ¿qué parte del articulado dice que el artículo 2189 es *erga omnes* y el 2193 entre partes? No existe tal posibilidad.

Alterini: La especialidad de un derecho real de garantía atañe tanto a las partes como a los terceros, porque el deudor tiene que saber lo que habrá de pagar, y los terceros, tener en claro cuál es la cuantía del gravamen sobre el objeto respectivo. La especialidad es un todo que no se desdobra entre las partes y los terceros.

Diehl Moreno: Esto debería exigir un asesoramiento a los clientes con respecto a la existencia de una contradicción que no se ha podido resolver y que, por lo tanto, será una cuestión comercial a resolver entre las partes. El acreedor tratará de incluir dentro de ese monto máximo la mayor cantidad de conceptos y por el monto estimado más elevado; el deudor, lo contrario. Como consecuencia de ello, la tendencia a incrementar el monto máximo hará que los costos impositivos y registrales aumenten.

Benseñor: En materia de técnica notarial, se sugiere dedicar un artículo de la hipoteca al monto máximo del principio de especialidad, diferenciado de cuando se constituya el derecho real de hipoteca y demás. Con respecto a la cuestión fiscal, no es tan definitivo que el impuesto recaiga sobre el monto del gravamen y sí, más bien, sobre el monto del crédito. El tema debe ser estudiado en profundidad.

4) *¿Se puede seguir con la redacción que se venía utilizando hasta ahora, es decir, dejar constancia de que el monto de la hipoteca comprende los intereses y accesorios que correspondan como consecuencia de la ejecución, o es inconveniente?*

Diehl Moreno: El tema de los intereses variables tiene la misma dificultad que cualquier otro concepto que no sea de fácil determinación al momento de celebración de la hipoteca. Una alternativa sería pactar que los intereses sean calculados teniendo en cuenta el interés variable determinado al momento de la celebración de la hipoteca y que, frente a la variación de esa tasa de interés variable por arriba del porcentaje determinado, en un plazo determinado esto implicará incertidumbre, se pueda exigir el ajuste del monto garantizado. Para ello, el acreedor podría tener poder irrevocable para modificar la hipoteca incrementando el monto sobre la base de ese aumento de la tasa variable. Los otros conceptos de difícil determinación deberán ser analizados con más detalle.

El poder al servicio del derecho de autoprotección

Maritel Mariela Brandi Taiana

RESUMEN

El derecho de autoprotección puede ser abordado desde diferentes planos y en su ejercicio alcanzar distintos objetivos. El poder preventivo es la herramienta más concreta, eficiente y efectiva para poner en marcha y asegurar aquel ejercicio del derecho y sin necesidad, además, de exponer frente a los terceros con quien el apoderado contrate –en cumplimiento de lo que se le ha encomendado– intimididades o circunstancias personales del poderdante que prefiera mantener en reserva o que simplemente carezcan de relevancia. La clara diferenciación que el Código Civil y Comercial establece en cuanto a representación y mandato admite sin dudas su implementación y permite dotar a este especial derecho personalísimo de la herramienta precisa para su correcto andamiaje.

Sumario: 1. Problemática. 2. Mandato preventivo. 2.1. Antecedentes cercanos. 2.2. Sugerencias de la doctrina nacional. 3. A vueltas con el poder, el mandato y la representación. 4. Poder preventivo. 5. Renuncia y revocación del poder preventivo. 6. Finalmente, ¿para qué un poder preventivo?

1. Problemática

Gracias a los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos veinte años que han luchado por el reconocimiento del derecho de autoprotección como un instituto con entidad propia, receptor de la preocupación de un sector muy importante de la comunidad –antes completamente silenciado y hasta ignorado–, podemos decir a estas alturas que cuando hablamos de la “problemática” de la discapacidad, todos sabemos perfectamente a qué nos referimos. Se trata de una cuestión que requiere del análisis científico multidisciplinar y que presenta tantas variaciones en su abordaje como individuos alcanzados por la preocupación y la necesidad de respuestas y soluciones.

Desde el punto de vista específico de la previsión de la propia eventual discapacidad, la legislación nacional e internacional reconocen paso a paso mayores herramientas para que los individuos puedan autogestionar su futuro: la designación del propio curador, la posibilidad de otorgar directivas anticipadas comprensivas de aspectos sanitarios y patrimoniales, los contratos de renta vitalicia, etc. Sin embargo,

en ocasiones, esas herramientas presentan básicamente dos inconvenientes prácticos: a) para su completa operatividad se requiere la intervención judicial, con la consecuente falta de inmediatez; b) suponen la adopción, en el presente, de decisiones anticipadas sobre cuestiones futuras concretas cuyo alcance los individuos desconocen al momento de asumirlas. Lo anterior no pretende minusvalorar el alcance de lo conseguido hasta ahora, sino poner de manifiesto la necesidad de profundizar acerca de herramientas que puedan colaborar a minimizar los inconvenientes planteados y a dar cumplimiento, además, a lo dispuesto en el artículo 12¹ de la [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#).

Es importante que los individuos, amén de designar su propio curador y dar indicaciones sobre cómo creen que quieren vivir su propia eventual futura discapacidad, cuenten con la posibilidad de facultar a una persona de su confianza para que, llegado el momento y sin dilaciones, los represente y procure su bienestar de acuerdo con su voluntad, criterios y valores. Es cierto que la intervención judicial pretende garantizar la protección de las personas con discapacidad, pero a veces esperar los tiempos de la justicia o dar acceso a la opinión de terceros que nos desconocen constituye en sí mismo una desprotección. En todo caso, siempre podrán efectuarse los controles judiciales pertinentes.

Intentaremos analizar a lo largo de este trabajo la viabilidad del mandato preventivo, el poder preventivo, sus pros y contras.

2. Mandato preventivo

2.1. Antecedentes cercanos

Por las similitudes en el ámbito social, el derecho español es un referente para nuestro ordenamiento jurídico. La [Ley 41/2003](#) (de Protección Patrimonial de las Perso-

1. Art. 12 [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#): “Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

nas con Discapacidad y de Modificación del [Código Civil](#), de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad) fue revolucionaria para el propio sistema jurídico español y supuso, por parte de los operadores jurídicos, un verdadero desafío –que aún continúa– de cara a asimilar y a adaptarse a principios incluso contrarios a la tradición jurídica nacional.

Esa ley tiene cinco ejes temáticos de gran calado:

- 1) Da nacimiento a un patrimonio de afectación (patrimonio especialmente protegido), estructura normalmente rechazada por la comunidad jurídica ibérica, que únicamente receptaba, hasta ese momento, el “patrimonio separado” constituido por las fundaciones. (Téngase en cuenta que en España no ha tenido cabida, p. ej., el patrimonio fiduciario tal y como lo entendemos en Argentina, y eso, precisamente, por la desconfianza que la creación de patrimonios independientes despierta en el ámbito jurídico).
- 2) Regula expresamente la “autotutela”.
- 3) Reconoce como supuesto objetivo de protección a la “discapacidad natural” o simple falta de discernimiento, distinta de la “incapacidad judicialmente declarada”.
- 4) Modifica las causales de extinción del tradicional contrato de mandato, para dar cabida al “mandato preventivo”.
- 5) Permite establecer mejoras en el ámbito sucesorio, a favor de descendientes judicialmente incapacitados.

Mucho se ha estudiado y escrito acerca de esa ley, lo que ha dado lugar, incluso, a la modificación (a través de la [Ley 1/2009](#)²) de la [norma reguladora del Registro Civil](#), en la que se incorporó el artículo 46 ter:

En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.

Además, la disposición final primera de la [Ley 1/2009](#) insta al Gobierno a la revisión y modificación de los procedimientos de incapacitación de la persona:

... que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

2. [Ley 1/2009](#) del 25 de marzo, de Reforma de la [Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil](#), en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la [Ley 41/2003](#), del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del [Código Civil](#), de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad.

Uno de los aspectos que generó mayor discusión fue, precisamente, el mandato preventivo, sus alcances, la razonabilidad de suprimir como causal imperativa de su extinción la incapacidad sobrevenida del mandante y las consecuencias que ello deparaba en cuanto a su revocación y renuncia y hasta respecto de la rendición de cuentas del mandatario. Como bien señala el notario Federico Cabello de Alba Jurado³,

... la razón fundamental de este precepto –el que extinguía el mandato por la incapacidad sobrevenida del mandante en la versión modificada del Código Civil– era que puesto que la persona incapacitada perdía la facultad para revocar el poder, en aras de su protección, éste quedaba extinguido. Además, se entendía que puesto que la persona incapacitada no podía intervenir en la negociación, tampoco podría hacerlo a través de un mandatario.

No obstante, y más allá de las discusiones acerca de la conveniencia o no de tal previsión, lo cierto es que por mor de la Ley 41/2003, el Código Civil español cuenta con una nueva redacción de su [artículo 1732](#):

El mandato se acaba:

- 1.º Por su revocación.
- 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.
- 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a **no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.**

Como consecuencia de dicha redacción, en España puede otorgarse un mandato que continúe en caso de incapacidad sobrevenida si así expresamente se acuerda y también puede otorgarse un mandato sujeto a la condición suspensiva de que acaezca la incapacidad futura. Esto, a su vez, ha llevado a discutir si la incapacidad a la que se refiere el artículo es la declarada judicialmente o la natural, pero, teniendo en cuenta la previsión legal respecto a que la misma será apreciada conforme a lo dispuesto en el mandato y que la modificación de este artículo se gestó en la ley que con mayor nitidez introdujo en España el concepto de capacidad natural, parece claro que se refiere a esta última.⁴

3. CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, “La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención” (trabajo presentado en L Jornadas de la Fundación Aquitias, en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia [Madrid, 2013]).

4. En igual sentido, v. CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, ob. cit. (cfr. nota 4), p. 21; y RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel Ma., “Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos”, Vitoria, 2011, [s. e.].

Debemos aquí hacer un alto para referirnos someramente al concepto de **capacidad natural**. Cuando hablamos de la capacidad natural, nos referimos a la existencia de discernimiento por parte del otorgante de un acto al momento del otorgamiento. Se trata de una cuestión de hecho.

Somos conscientes de que algunos autores muy destacados consideran inapropiado el término e incluso afirman que

... no existe en nuestro ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido “incapacitado por sentencia judicial” o “beneficiado por un régimen de protección”...⁵

No obstante, por una parte, consideramos el concepto “capacidad natural” como un lugar común en donde la realidad y lo jurídico confluyen de manera de entenderse mutua y recíprocamente. Por otra parte, y precisamente por lo anterior, nos referimos a la existencia de discernimiento antes o después de una sentencia judicial que limite el ejercicio de la capacidad, circunstancia que es muy relevante, según recordaremos cuando analicemos la posibilidad de revocación de los poderes preventivos. Finalmente, se trata de una terminología utilizada en el ámbito nacional⁶ e internacional⁷, lo que también colabora en el entendimiento de la cuestión y en la armonización de los ordenamientos jurídicos. Sin perjuicio de ello, no vemos inconvenientes en incorporar también, como una propuesta de calado, el neologismo *disdiscerniente*⁸ si ello colabora a la construcción de un mejor lenguaje compartido.

Además de España, también han legislado sobre mandatos y/o poderes preventivos Alemania, el Código Civil de Quebec, Italia y Francia. Todos ellos de diferente manera y con distinto alcance pero siempre con la finalidad última de permitir que, mediante el otorgamiento de poderes, una persona capaz adopte decisiones para el caso de una eventual futura discapacidad que le impida manifestarlas o asumirlas.

A nuestro juicio, y por las razones que indicaremos más adelante, no es ni conveniente ni indistinto hablar de mandato y/o poder asimilando ambos institutos, y hasta consideramos poco afortunado recurrir al contrato de mandato para dar cabida a este derecho, inalienable y reconocido por la legislación local e internacional, de disponer en ejercicio del derecho de autoprotección. Sin embargo, en todo caso, a diferencia de la legislación extranjera citada, en el **Código Civil argentino vigente**, el mandato se extingue por la incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario, de conformidad con la letra expresa del artículo 1963. Asimismo, en el **Código Civil y**

5. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante”, pp. 21 y ss. (trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana [Madrid, 2012]).

6. Cifuentes y Neri (citado por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 5]).

7. RAMOS CHAPARRO, Enrique, “La persona y su capacidad civil”, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 284 (quien a su vez cita a Carnelutti).

8. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 14 y 45.

Comercial unificado que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015, el artículo 1329 establece igual previsión.

2.2. Sugerencias de la doctrina nacional

Pioneros como han sido en el estudio de la discapacidad en Argentina, los escribanos Taiana de Brandi y Llorens, ya en el año 1996 –mucho antes incluso de la ley española de 2003–, sugerían⁹ de *lege ferenda*:

Dar andamio –a las directivas anticipadas– por medio de la designación del mandatario, apoderado o no. El comienzo del mandato será: 1) actual, para que el mandatario acompañe al mandante en sus negocios desde el otorgamiento; 2) para que funcione sólo una vez declarada la incapacidad; o 3) para que empiece a tener vigencia luego de la pérdida de la aptitud del mandante y antes de su declaración judicial, cuando esa carencia fuese comprobada por dos médicos o en la forma prevista por el mandante. Será obligación del mandatario iniciar de inmediato la apertura del proceso de incapacidad.

Agregaban en ese momento los autores citados que

... no es de la esencia del mandato ni del poder su caducidad por la incapacidad del otorgante [...] Así como existen poderes y mandatos que subsisten luego de la muerte del poderdante o mandante, así también es posible que la ley permita la subsistencia del poder y del mandato, luego de la incapacidad del poderdante o mandante. De la misma manera, como existen poderes y mandatos destinados a ser cumplidos luego de la muerte del poderdante o del mandante (art. 1982 Cód. Civil), sorteando muchos inconvenientes menores la ley puede permitir la existencia de poderes y de mandatos destinados a ser cumplidos luego de la incapacidad del mandante o del poderdante.

En una ponencia presentada por los mencionados escribanos en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), propusieron precisamente, de *lege ferenda*, que se permitiera el ejercicio de la representación aun después de la incapacidad del mandante cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad o para subsistir a ella y la ponencia mereció aceptación unánime.¹⁰ En el trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana (Madrid, 2012), Llorens y Rajmil renovaron la propuesta originariamente postulada en 1996, y sostuvieron que, incluso de *lege lata*,

... una interpretación armónica de las disposiciones de nuestro Código Civil y la consideración de las normas constitucionales, de la más reciente legislación argentina y de los

9. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

10. [N. del E.: el lector podrá consultar las conclusiones de la Jornada [aquí](#)].

tratados internacionales aprobados por nuestro país nos permite afirmar, en determinadas circunstancias, la vigencia y eficacia de mandatos y poderes ante la “incapacidad” sobreviviente del otorgante.¹¹

En su análisis, los autores consideran no solo la legislación local vigente sino los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Equiparan el mandato y el poder y sostienen que el criterio que el Código prevé para mantener la vigencia del mandato tras el fallecimiento del mandante es aplicable para el caso de pérdida de capacidad. Entienden, además, que los artículos 1963, inciso 4, y 1984 del [Código Civil](#)

... se refieren únicamente a la incapacidad declarada del mandante o poderdante. Lo contrario podría tornar en absolutamente insegura la utilización de un poder. Así, afirmamos que el discernimiento del otorgante es necesario al tiempo del otorgamiento del apoderamiento y no al tiempo de su ejercicio.¹²

Más allá de que coincidimos con los mencionados escribanos en que es necesario que una persona pueda otorgar válidamente un poder como herramienta para autogestionar su eventual futura discapacidad, consideramos que el texto del Código Civil vigente y del Código Civil y Comercial unificado que entrará en vigor en breve es taxativo y no permite, de *lege lata*, la subsistencia del mandato ante la discapacidad sobrevenida del mandante. No coincidimos en que las personas que carecen de aptitudes psíquicas suficientes para otorgar actos jurídicos pero no se encuentran judicialmente incapacitadas

... más allá de la eventual anulación de los actos que otorguen por causa de su falta de discernimiento en el obrar [...] seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.

El artículo 897 del Código Civil velezano es claro al exigir, para configurar un hecho voluntario, la existencia de discernimiento, intención y libertad. Si dichos requisitos no se cumplen, no hay hecho voluntario. Igual disposición establecen los artículos 260 y 261 del [Código Civil y Comercial](#). Ello más allá de que se pueda o no probar o de que los intervinientes en el negocio jurídico, actuando con la debida diligencia, conozcan o puedan conocer la eventual falta de discernimiento del mandante.

Con esto no queremos significar que los escribanos y/o las partes deban verificar, en cada caso en que un mandatario represente a su mandante, si este mantiene o no el discernimiento al momento del otorgamiento del acto, pero sí consideramos que el mandatario es responsable del ejercicio del mandato una vez que este se ha

11. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 5.

12. Ídem, p. 22.

extinguido y también que si, por algún motivo, el notario interviniente o la otra parte contratante conociera o debiera haber conocido la pérdida de discernimiento por parte del mandante, el acto otorgado en esas condiciones no será válido. Lamentablemente, y a pesar de haber intentado *autoconvencernos* de lo contrario, consideramos que la pérdida de discernimiento del mandante produce la extinción del mandato por ser un requisito inherente y esencial del instituto. En todo caso, lo que queda claro es que es un tema controvertido y que los derechos reconocidos a las personas con discapacidad en la legislación local y en los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico¹³ requieren que los legisladores y los operadores jurídicos provean herramientas indubitables que garanticen el ejercicio válido y eficaz del derecho de autoprotección sin sujeción a diferencias interpretativas, a la vez que brinden seguridad jurídica al tráfico comercial en general.

3. A vueltas con el poder, el mandato y la representación

Si hay un tema que ha sido estudiado, analizado, discutido, aprendido y enseñado, ese es el del poder, el mandato y la representación. Sin embargo, y a pesar de todo lo que se ha hablado al respecto, creemos que el eje de la cuestión que nos permite afirmar hoy por hoy, de *lege lata*, la posibilidad válida y eficaz de otorgar poderes preventivos –no así mandatos preventivos– reside en esta materia.

Nos enseña Negri Pisano¹⁴:

Es sabido que corresponde a Laband el mérito de haber puntualizado por primera vez la distinción conceptual entre mandato y representación. Sus reflexiones abrieron el camino para el reconocimiento del poder como acto autónomo e independiente de la relación básica de gestión. A continuación de algunas consideraciones reveladoras de Ihering, Laband **sostuvo que mandato y poder pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental, no necesaria**. Pueden celebrarse mandatos que no faculten para representar, como sucedía en el derecho romano y sucede en el caso del comisionista “y en otros muchos y frecuentes casos”; **hay poderes independientes de la existencia de un mandato**. “De donde se deduce que mandato y poder no son el lado interno y el lado externo de una misma relación jurídica, **sino dos relaciones jurídicas diversas entre sí, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos**. Constituye por tanto una necesidad jurídica hallar la separación rigurosa entre estos dos conceptos. Se trata de dos negocios jurídicos completamente distintos, basados en supuestos diferentes y de conte-

13. En especial: Ley 26657 de Salud Mental; Ley 26529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (y su modificación introducida por la Ley 26742); Ley 26378 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; Ley 23849 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

14. NEGRI PISANO, Luis E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 133.

nido y efectos diversos”. Aclara Laband que cuando el mandatario actúa en nombre del mandante, no puede hablarse de “mandato con facultad de representación” sino simplemente de “conurrencia de un mandato con un poder”, pues siempre la facultad de representar proviene del poder, acto distinto del mandato. Laband no inventa la figura del poder sino que la descubre, guiado en parte por indicios que le suministran autores anteriores. **El poder estaba ahogado por la unión de la representación y el mandato. Desvinculados estos conceptos, el poder pasó a ocupar su sitio como fuente de la representación voluntaria.**

Informa Negri Pisano que esta teoría fue admitida en Italia y en España, y que en nuestro país “el primero en acogerlas fue Bibiloni y las exponen Fontarrosa, Masnatta y Spota”.¹⁵ El estudio realizado por Negri Pisano es extenso y riguroso y a él nos remitimos en cuanto a los antecedentes y posiciones existentes a este respecto para nutrir aún más los fundamentos que nos hacen afirmar la clara, útil y necesaria separación que existe entre mandato y poder. En sus conclusiones, señala:

Por consiguiente, nos parece que en medio de tan apasionadas discusiones emerge una conquista positiva, que consiste en el reconocimiento de que el mandato y la representación “implican nociones diversas”, como decía Bibiloni, el primero que lo advirtió entre nosotros [...] En cuanto al poder [...] su independencia con respecto a la relación básica de gestión es real, pero no siempre absoluta a nuestro juicio. Debe reconocerse la posibilidad de que exista un poder eficaz, y que produzca efectos, sin que haya negocio de gestión entre las partes. **Serán casos anómalos o de excepción, pero bastan para dar testimonio de que el poder goza de una vida propia. Cuando la relación básica existe, que es el caso más corriente, sirve para determinar la razón por la cual se otorgó el poder y el fin que con éste se persigue. El poder es el instrumento para cumplir la finalidad perseguida por la relación de gestión, pero no forma parte de ésta ni puede confundírsele con ella. La relación básica origina el derecho del apoderado para actuar y generalmente su obligación de hacerlo. Pero su facultad de actuar proviene del poder...**¹⁶

También el notario Rubén Lamber¹⁷ expuso en 1988 la postura mayoritaria respecto de la independencia entre poder y mandato:

... en la relación entre poderdante y apoderado deberá recurrirse al negocio base que determinó el otorgamiento del poder, y tampoco en este caso tiene que ser exclusivamente un mandato. La sola presencia del factor de comercio, del gerente de una

15. Ídem, p. 141.

16. Ídem, p. 159.

17. LAMBER, Rubén A., “Representación, poder y mandatos”, Bahía Blanca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires - Delegación Bahía Blanca, 1988 (trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 1988]). [N. del E.: el lector podrá acceder a la conclusiones de la Jornada [aquí](#)].

sociedad, del apoderado judicial, nos coloca frente a situaciones bien diferenciadas: locación de servicios, de obra, etc.

Igual criterio expusieron los notarios Andrés y Rey¹⁸:

Caracteres del poder: Independencia y abstracción. El otorgamiento del poder de representación o acto de apoderamiento suele encontrar su justificación en una relación que puede ser de la más variada índole (mandato, locación de servicios, de obra, sociedad, contrato de trabajo, compraventa, etc.), manteniendo no obstante netamente diferenciada la situación subyacente al apoderamiento de éste en sí [...] En este sentido, el poder es negocio abstracto apto para operar en las relaciones externas hacia los terceros con independencia de las vicisitudes que puedan afectar a la relación interna.

Castán Tobeñas y Pérez Fernández del Castillo, autores españoles que hemos citado cuando expusimos por primera vez, de forma incipiente, la propuesta que se desarrolla aquí,¹⁹ también sostienen que el negocio subyacente en el poder no siempre es el mandato, aunque sea el más frecuente, y son dos institutos de grandes diferencias entre sí.

En relación con la representación, nos propone Negri Pisano²⁰ como definición la siguiente, que consideramos clara y conforme a la opinión mayoritaria:

Una persona actúa por representación cuando, investida de una facultad apropiada y suficiente, realiza un acto en nombre de otra, produciéndose los efectos del acto directa o inmediatamente en la esfera jurídica de la persona representada.

Sostiene Lamber²¹:

La representación es un efecto de los actos celebrados por quien, invocando el poder de otro para actuar en su nombre y de su cuenta, acredita esa circunstancia ante el tercero con el que contrata, trasladando la relación en forma directa al representado. El poder es la facultad, concedida por una persona a otra, para que celebre actos jurídicos con la

18. ANDRÉS, Antonio y REY, Norberto J., "Representación, poder y mandatos", Bahía Blanca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires - Delegación Bahía Blanca, 1988 1988 (trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 1988]). [N. del E.: el lector podrá acceder a la conclusiones de la Jornada [aquí](#)].

19. Ver BRANDI TAIANA, Maritel M., "Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino", Madrid, [s. e.], 2002 (trabajo presentado en el marco de la beca otorgada por el Consejo General del Notariado de España; obtuvo el I Premio de Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes y Refugiados, otorgado por la Fundación Aequitas de España el 19/12/2002); [publicado](#) en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 954, mayo-agosto 2006, pp. 431-512.

20. NEGRI PISANO, Luis E., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 81.

21. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 17).

autorización expresa de representarla. Conforme con la extensión de facultades acordadas, establece la medida de la representación.

Finalmente, consideramos de gran importancia señalar los requisitos de la representación, claramente expuestos por Negri Pisano:

... los requisitos indispensables que debe reunir el acto cumplido por representación, que algunos llaman condiciones, son tres: que el representante realice una manifestación de voluntad propia, que actúe en nombre del representado y que esté provisto de la facultad de representar.

Con todos estos argumentos podemos llegar a algunas conclusiones:

- 1) El poder puede tener como negocio subyacente un **acto o contrato distinto del mandato**.
- 2) El acto o negocio jurídico subyacente al apoderamiento deberá reunir las condiciones y requisitos exigibles al mismo y **no los correspondientes al contrato de mandato**. Lo contrario sería extender caprichosamente las características del contrato de mandato a los restantes actos o negocios jurídicos que puedan ser vehiculizados a través del poder.
- 3) En especial en cuanto al requisito de la capacidad exigible para contratar en cada momento, deberá estarse a los **requisitos propios del negocio subyacente**.
- 4) **No es requisito esencial de la representación la capacidad del representado al momento de su ejercicio**.

Debemos subrayar que el nuevo [Código Civil y Comercial](#) recoge todos estos conceptos al regular tanto la representación como el mandato:

- “Artículo 362. Caracteres. La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo...”. En este sentido, y en el ámbito que nos convoca, toda persona puede otorgar actos de autoprotección.
- “Artículo 364. Capacidad. En la representación voluntaria el representado **debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento**, para el representante es suficiente el discernimiento”.
- “Artículo 380. Extinción. El poder se extingue [...] h) **por la pérdida de la capacidad exigida** en el representante o **en el representado**”.

Se deduce de los artículos transcriptos que la capacidad del representado debe existir al momento del otorgamiento del poder y que este se extingue por la pérdida de la capacidad exigida al representado, que no es más que la necesaria al momento del otorgamiento del poder. A decir verdad, incluso la previsión del apartado h) del artículo 380 no es del todo correcta, porque lo cierto es que en caso de que el representado no tenga capacidad suficiente al momento del otorgamiento del poder este no se extinguirá sino que será inválido. A su vez, el regular el contrato de mandato, entre las causales de su extinción, el artículo 1329 dispone: “El mandato se extingue [...] e) por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario”.

Evidentemente, las causales de extinción del poder y del contrato de mandato son diferentes. La incapacidad del mandante extingue el contrato de mandato y ello es lógico porque la regla de que nadie puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí mismo es esencial al contrato de mandato. Sin embargo, el poder, como herramienta independiente del contrato de mandato y que puede tener origen en un acto o negocio subyacente diferente, no se extingue por la incapacidad sobrevinida del poderdante sino por la falta de esta al momento del otorgamiento de dicha herramienta.

4. Poder preventivo

A partir de los conceptos y argumentos expuestos, estamos en condiciones de justificar y concretar nuestra opinión. El contrato de mandato no es el instituto idóneo para servir al derecho de autoprotección por cuanto, como contrato, se extingue en nuestro ordenamiento jurídico por la discapacidad sobrevinida del mandante y, teniendo en cuenta la tradición jurídica latina, consideramos que es correcto que así sea. Esto lleva aparejados, además, graves inconvenientes a la hora de su eventual revocación o de la renuncia del mandatario y/o su rendición de cuentas.

Sin embargo, el poder como instituto abstracto independiente del contrato de mandato es una herramienta eficaz que **puede otorgarse con causa en un acto de autoprotección**. En este caso, la extinción del poder se regirá por las reglas de su causa subyacente y, por tanto, nacerá a la vida jurídica ante la existencia de la discapacidad. De esta manera, evitamos forzar la letra expresa de nuestras normas vigentes y conculcar principios esenciales del contrato de mandato con el fin de coadyuvar a la autogestión de una eventual futura discapacidad.

Lo anterior no obsta que puedan otorgarse poderes que tengan como negocio subyacente un contrato de mandato y, además, un acto de autoprotección, razón por la cual, a pesar de la extinción del mandato por la discapacidad sobrevinida, el poder seguirá vigente con motivo del acto de autoprotección que también le subyace. Ello nos permitirá, en la práctica, contar con un medio legítimo indubitable de actuación frente a terceros que, a la par que protege a la persona con discapacidad, protege la seguridad jurídica del tráfico negocial. Esta interpretación está amparada en la autonomía de la voluntad, la legislación local vigente y en los tratados internacionales, pero, además, está expresamente admitida a tenor del artículo 19²² de la [Constitución Nacional](#) y, ahora, en la letra expresa del Código Civil y Comercial de la Nación de inminente vigencia.

22. Art. 19 CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

El poder preventivo así entendido es, además, una forma concreta de hacer efectivo el sistema de apoyos y salvaguardias adecuadas establecido en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En un primer momento nos pasó inadvertido que no estamos hablando de un proyecto que requiera la aprobación o previsión legislativa expresa, sino que era viable de *lege lata* ya con el Código vigente. En efecto, en 2012, si bien defendimos la postura de que es necesario diferenciar el mandato del poder preventivo y su utilidad para vehicular la voluntad en previsión de la propia eventual discapacidad, lo consideramos un instituto de *lege ferenda*.²³ No obstante, profundizando luego en el estudio y análisis del tema, expusimos ese mismo año²⁴ que si bien el poder preventivo no se encuentra expresamente regulado, no está prohibido y, por tanto, puede ser utilizado sin más trámite que la correcta redacción causal que justifica su otorgamiento para impedir su extinción ante el supuesto de discapacidad del otorgante.

La idea originaria del mandato preventivo fue en su momento muy útil como disparador de *lege ferenda*. En el año 1996 poco se había dicho aún sobre la discapacidad e incluso intuimos que en la interpretación de alguna legislación extranjera problemas de traducción pueden haber incidido en la automática equiparación doctrinaria del mandato y el poder preventivos. En efecto, Morón Kavanagh²⁵, al analizar la representación en el derecho civil alemán, señaló:

De acuerdo a la doctrina moderna y a la ley, el apoderamiento debe distinguirse claramente de la relación contractual que le sirve de base y en virtud de lo cual el apoderado tiene frente al poderdante la facultad y, por lo general, también el deber de actuar en asuntos del poderdante, usando para ese fin el poder de un modo determinado. Es obvio que semejante obligación sólo puede crearse por contrato, en tanto que el poder puede descansar en la voluntad unilateral del poderdante, porque no tiene mayor efecto que conferir el poder de representación sin imponer obligaciones al representante.

Surge con evidencia que la doctrina que nosotros sugerimos parece ser la misma que recoge el ordenamiento jurídico alemán. Por lo tanto, en Alemania, ¿el poder preventivo es asimilable al mandato preventivo? Ciertamente es que en la doctrina que nosotros hemos podido consultar los equiparan y tratan de manera indistinta, pero a lo mejor una incursión profunda en dicho sistema jurídico nos lleve a la conclusión contraria.

23. BRANDI TAIANA, Maritel M., “El poder preventivo. Una buena herramienta de autoprotección”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, año IV, n° 5, junio 2012, pp. 210-215.

24. BRANDI TAIANA, Maritel M., “El poder preventivo, posible en el marco del Código Civil vigente y proyectado”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 25-36.

25. MORÓN KAVANAGH, Ma. Liliانا, “La representación en el derecho civil argentino y en el derecho civil alemán”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 892, abril-junio 2008, pp. 95-155.

Andrea Tietze, licenciada en Ciencias Jurídicas, profesora asistente de Derecho Civil (Universidad de Göttingen, Alemania), publicó en 2003 un artículo que tituló “La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán”²⁶ y, al comentar las distintas herramientas jurídicas existentes en ese ordenamiento, señaló:

El poder preventivo representa un negocio jurídico mediante el cual el poderdante faculta a una persona, en forma anticipada, para que ésta pueda actuar en su lugar en caso de incapacidad.

Parece reconocerse la existencia de un “negocio” subyacente que, por sus características, supone un acto de autoprotección.

La interpretación correcta de un derecho extranjero no es fácil, más aún si hay diferencias de idioma y tradición jurídica. Es posible que en el derecho alemán se distinga el poder del mandato y precisamente por ello se hable de poder preventivo en lugar de mandato preventivo. En todo caso, excede nuestras posibilidades determinar a ciencia cierta el criterio seguido en el derecho germano. Lo expuesto no es más que un llamado de atención frente a las cuestiones que en algunos momentos damos por ciertas.

En otro orden de ideas, no sabemos si, como dice Morón Kavanagh, es tan obvio que esa obligación subyacente al poder solo pueda crearse por contrato, dado que, a nuestro entender, en estos casos subyace un acto de autoprotección que no es en sí mismo un negocio, por lo que cabría enfrentar la circunstancia que reconoce Negri Pisano de “poder eficaz que produzca efectos, sin que haya negocio de gestión entre las partes”²⁷. Si bien se trata de una idea que no profundizaremos en este trabajo, no subyace en esta categoría de poderes un contrato o un negocio sino un acto de autoprotección cuyas obligaciones respecto del apoderado nacen como consecuencia del ejercicio, por parte de este, de las facultades que le fueron conferidas en tanto asume, voluntariamente, el deber de cuidado de una persona.

En definitiva, en lo concerniente a la legislación extranjera actual, especialmente en España, está expresamente legislado el mandato preventivo mediante la modificación de los principios tradicionalmente reconocidos al contrato de mandato y –se esté o no de acuerdo– lo cierto es que se trata de derecho positivo. En nuestro ordenamiento, en cambio, no tenemos una norma similar y, si bien solicitamos desde hace tiempo que se dicte una ley expresa en este sentido, no hay visos de que eso ocurra. No obstante, “como no hay mal que por bien no venga”, como dice el refrán popular, esa demora del legislador nos ha permitido seguir pensando soluciones para facilitar la eficiente estructuración del derecho de autoprotección de manera que pueda implementarse de forma sencilla y rápida y que sea realmente operativo. Así, hemos podido advertir que tuvimos siempre la solución al alcance de la mano y que

26. TIETZE, Andrea, “La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, Universidad Austral de Chile, v. 15, n° 2, diciembre 2003, pp. 113-130.

27. NEGRI PISANO, Luis E., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 159.

su hallazgo solo requería modificar el enfoque desde el que leíamos el derecho vigente. Y ahora, con el nuevo Código Civil y Comercial, no hay duda alguna respecto de su viabilidad.

5. Renuncia y revocación del poder preventivo

Evidentemente, resulta difícil admitir la posibilidad de que un mandato sea revocado por una persona con posterioridad a su discapacidad sobrevenida. No obstante, ello es perfectamente admisible en el marco del derecho de autoprotección y hasta resulta imperativo a la luz de los tratados internacionales que obligan a respetar la autonomía individual de la persona con discapacidad, más allá de que deba tenerse en cuenta su discernimiento, su comprensión del acto o negocio que otorgue en cada oportunidad.

Uno de los inconvenientes que enfrenta la previsión de la propia eventual discapacidad es la toma de decisiones sobre cuestiones futuras que se desconocen y el eventual peligro de que, llegado el momento, la voz propia no sea escuchada. Es así que nosotros entendemos que, más allá de cualquier sentencia que pudiera limitar la capacidad de obrar de un individuo, este podrá, en todo caso, formular manifestaciones contrarias a las indicadas en un momento anterior cuando aún gozaba de plena capacidad, y si el tercero a quien va dirigida la manifestación se persuade que la misma ha sido adoptada con suficiente discernimiento, deberá aceptarla y, en lo posible, darle cauce. Con igual criterio, la designación de apoderado podrá ser revocada por la misma persona discapacitada, siempre que no se encuentre privada de discernimiento al momento de manifestar su voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que dentro del marco del derecho de autoprotección los individuos cuentan con mayor libertad a la hora de gestionar su futuro, podrán preverse mecanismos ágiles que, no obstante estar sujetos en su caso al control judicial, permitan dar soluciones inmediatas a cuestiones como la necesidad de revocación de un poder o recibir su renuncia e incluso aceptar la rendición de cuentas del apoderado. Una persona puede disponer que la revocación del poder que otorga sea decidida en el futuro por otras personas de su confianza o que ante la renuncia del apoderado asuma la responsabilidad de su representación otra persona previamente designada, y todo ello con la necesaria consulta previa al interesado disponente. También podrá acordar la persona o personas encargadas de verificar, controlar y aprobar las cuentas.

6. Finalmente, ¿para qué un poder preventivo?

Se dijo al principio de este trabajo que las herramientas al servicio de la autogestión de la eventual futura discapacidad suelen presentar dos inconvenientes: a) la ha-

bitual necesidad de intervención judicial para su total aplicabilidad y, el que es tal vez más grave, b) la adopción de decisiones sobre cuestiones que, al momento de tomarlas, desconocemos. Suele suceder que los seres humanos tengamos ideas claras sobre cuestiones que no hemos experimentado personalmente pero, llegado el momento, esa claridad se diluye y cambiamos de idea. El poder preventivo permite que la persona con discapacidad designe a alguien de confianza para ayudarla a tomar decisiones inmediatas que resuelvan con agilidad problemas importantes, aun de índole patrimonial: por ejemplo, la conveniencia de alquilar sus propiedades y destinar el producido de esos negocios al fin último que persigue, mejorar la calidad de vida del poderdante. A su vez, nos permite dejar en manos de alguien que nos conoce la adopción de decisiones que, por ser futuras, resulta aventurado disponer de antemano.

No es fácil pensar y tomar decisiones en consideración de la propia eventual futura discapacidad. Sin embargo, si podemos gozar de la paz de saber que nuestra decisión, en definitiva, se limita a unas cuantas pautas generales y a la designación de esa persona leal y confiable que con suerte todos encontramos en la vida, para que adopte por nosotros las decisiones que desde lo humano y desde nuestros valores, obrando con buena fe y con afecto, entiende que nosotros mismos adoptaríamos en esas circunstancias, la presión e incluso la angustia seguramente disminuyan. Para eso es el poder preventivo.

Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312

Natalio Pedro Etchegaray

Con paciencia [...] enhebrando los rústicos y finos hilados de su trama.

Edgardo JORDÁN, *Mi telar de fina urdimbre**

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Excelente enfoque sobre la función notarial. **3.** Reconocimiento de la división fundamental de los documentos notariales. Escrituras y actas. **4.** Novedades del Código. Requisitos de las escrituras. **4.1.** Protocolo. **4.2.** Obligaciones funcionales del escribano. **4.3.** Excepción a la obligación de que las escrituras se extiendan en un único acto. **4.4.** Idioma de las escrituras. Posibilidad de que el escribano designe un intérprete ante la falta de un traductor público. **4.5.** Abreviaturas y números. **4.6.** Otorgante con discapacidad auditiva. **4.7.** Contenido de la escritura. **4.8.** Justificación de la identidad de los comparecientes. **4.9.** Documentos habilitantes. **4.10.** Copias o testimonios. **4.11.** Nulidad. **4.12.** Requisitos de las actas notariales. **4.13.** Valor probatorio de las actas notariales.

1. Introducción

Dije en el prólogo de la colección “Función notarial”¹:

En tanto operador jurídico, al notario se le presenta reiteradamente una tarea nada fácil: aplicar el derecho en cada caso real, que aunque resulte similar a muchos otros por haberse producido en el ámbito común de una situación socio-económica generalizada, requiere un enfoque singular frente a la específica “circunstancia” de cada requirente.

La idea fue

... ayudar al notario a “tejer la fina urdimbre” del complejo universo de conceptos doctrinarios y preceptos legales de fondo y de forma que se entrecruzan en el ejercicio cotidiano de su función, a partir del diseño de los requirentes.

* JORDÁN, Edgardo, *Mi telar de fina urdimbre*, Buenos Aires, Alambique, 1993, p. 50.

1. Ver CAPURRO, Vanina L. y ETCHEGARAY, Natalio P., *Derecho notarial aplicado*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 8, colección “Función notarial” (Dir.: Natalio Pedro Etchegaray), v. 1.

La aplicación del nuevo [Código Civil y Comercial de la Nación](#), a partir del 1 de agosto de 2015, puso al notariado en “estado de alerta y movilización” –dicho así para utilizar metafóricamente el lenguaje de los sindicalistas–, al entender que se encontraba frente a un fuerte impacto profesional, producto de la reforma y unificación de leyes esenciales para la vida corriente del ciudadano y su lógico e inmediato reflejo para nuestra tarea, tan ligada a la actividad de cada habitante en particular y a las diversas formas en que se asocia para desarrollar su vida social y económica. Transcurrido el primer semestre de vigencia de esta norma, las expectativas de los notarios se aplacaron sensiblemente gracias al trabajo de análisis y divulgación de las nuevas normas que realizaron los colegios de escribanos y la Universidad Notarial Argentina especialmente y, en general, la producción bibliográfica de los diversos sectores que integran, con el notariado, el universo jurídico nacional: doctrinarios, docentes, jueces, registradores y abogados.

Considero, entonces, que es un buen momento para sobrevolar las normas de la nueva legislación y expresar el punto de vista del notario en ejercicio acerca de la novedad legislativa en cuanto se trate de escrituras y actas, en una forma tan breve como se pueda por la índole de este trabajo.

2. Excelente enfoque sobre la función notarial

Es oportuno destacar que ya desde los fundamentos expresados por los autores de la reforma se evidencia un excelente enfoque sobre la función notarial, que será sin duda de suma utilidad para orientar la jurisprudencia. En los [fundamentos](#) del Título IV “Hechos y actos jurídicos”, Capítulo 5 “Actos jurídicos”, Sección 5ª “Escrituras y actas”, se hace una interpretación de la función y del documento notarial que se emparenta con la más pura doctrina:

... [el notario] “debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente” por los siguientes motivos: (i) la intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los

controles que corresponda aplicar. Este conjunto solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) **todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones...**²

Es de gran importancia para el derecho notarial que estas apreciaciones se encuentren en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, pues constituyen un recibo de la doctrina básica del notariado latino, del que el notariado argentino fue pilar fundador.

3. Reconocimiento de la división fundamental de los documentos notariales. Escrituras y actas

Mediante sendas definiciones, el [Código](#) introduce la división fundamental de los documentos notariales en razón de su contenido: a) según el artículo 299, es escritura pública el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contiene uno o más actos jurídicos; y b) acta, según el citado artículo 299, es el documento notarial que tiene por objeto la comprobación de hechos.

4. Novedades del Código. Requisitos de las escrituras

4.1. Protocolo

En el artículo 300 se establece la obligatoriedad, para todas las demarcaciones notariales del país, como requisito indispensable para extender escrituras en el protocolo, que este se forme previamente con folios habilitados expresamente por la autoridad que cada ley local establezca. De esa forma, se pone término a la posibilidad de formar un protocolo al estilo español o tradicional, en el que solo es protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante el año calendario, no conservándose los documentos *errados* o que no tuvieron efecto por desistimiento de todos o algunos de los comparecientes. (Este sistema se mantenía tradicionalmente por el notariado de la provincia de Salta).

2. LORENZETTI, Ricardo L. y otros, *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas (Decreto 191/2011)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 542. [N. del E.: el lector podrá acceder a los fundamentos también [aquí](#)].

4.2. *Obligaciones funcionales del escribano*

Llevando adelante lo que destacábamos en los fundamentos teóricos del Código, en el artículo 301 se obliga al escribano a recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes (principio de intermediación), ya fueren partes, sus representantes, testigos, cónyuges o cualquier otro interviniente, y a dar comienzo a las que la doctrina denomina operaciones de ejercicio³. Se le impone calificar los presupuestos y elementos del acto a documentar y luego configurarlo técnicamente, realizando las operaciones notariales de calificación, legalización, legitimación y configuración, previas a extender la escritura en el protocolo (operación de documentación) y al acto final de autorización de la escritura, inmediatamente después de que los comparecientes la otorguen e inmediatamente la firmen como representación gráfica de ese otorgamiento.

4.3. *Excepción a la obligación de que las escrituras se extiendan en un único acto*

En el citado artículo 301, se incorpora al Código el texto del artículo 34 del ya legendario Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales⁴, que había sido receptado por leyes locales y que constituye una excepción al principio legal y doctrinario que pide que la escritura se otorgue y firme por los comparecientes en un único acto. Esta incorporación legitima estas disposiciones locales, al permitir que una escritura con pluralidad de otorgantes se pueda firmar en distintas horas de un mismo día, siempre que no se altere el texto luego de la primera firma. Obviamente, el notario autorizará la escritura coetáneamente con la firma del último compareciente. Este artículo nuevo no reproduce el último párrafo del citado artículo 34 del Anteproyecto, que pide se deje constancia en el protocolo de la utilización de esta franquicia legislativa, pero evidentemente no cabe ninguna duda que un correcto procedimiento notarial debe dejar expresa constancia, en cada caso, de la utilización de este sistema. Queda librado al criterio del notario autorizante la mejor forma técnica de hacerlo.

4.4. *Idioma de las escrituras. Posibilidad de que el escribano designe un intérprete ante la falta de un traductor público*

En los casos en que alguno de los comparecientes ignore el idioma nacional y no se obtuviera la intervención de un traductor público, el artículo 302 CCCN reemplaza

3. ETCHEGARAY, Natalio P., "Operaciones notariales de ejercicio", en *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, pp. 35 y ss.

4. INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL [hoy Academia Nacional del Notariado], *Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, comentario al art. 34, antecedentes doctrinarios y legislativos.

la norma del [antiguo Código Civil](#), que exigía la designación judicial de un intérprete, por la posibilidad de que dicho intérprete sea designado directamente por el escribano autorizante. Evidentemente, una reforma que se traduce en una rebaja sensible en los costos de un acto notarial y le permite ganar celeridad. El último párrafo del citado artículo 302 otorga idéntica ventaja en tiempo y costos en los casos de protocolización de un documento original en idioma extranjero, al autorizar al escribano interviniente a aceptar la intervención de traductor público o intérprete, a opción de las partes, con obligación para el notario de entregar, junto con el testimonio de la protocolización, copia certificada del documento protocolizado.

4.5. *Abreviaturas y números*

En el artículo 303 CCCN no se modifican sustancialmente las normas del Código Civil sobre espacios en blanco, abreviaturas e iniciales. Se mantiene la imposibilidad de usar números para indicar cantidades que se entreguen en presencia del escribano y se la extiende a toda otra cantidad o dato que correspondiera a elementos esenciales del acto jurídico: precios, montos y plazos de deudas, y toda otra cantidad que, a juicio del notario, reuniera los requisitos para ser considerada elemento esencial del acto jurídico objeto de la escritura.

4.6. *Otorgante con discapacidad auditiva*

El artículo 304 CCCN sufrió cambios desde su enunciado original en el [Proyecto](#) del Poder Ejecutivo de la Nación⁵ hasta el que finalmente se publicó en la edición oficial [vigente](#). En efecto, el artículo original se encabezaba con estos términos: “Otorgante que padece limitaciones en su aptitud para oír y para comunicarse”; y tenía un segundo párrafo que se refería expresamente a la persona otorgante del acto que, siendo alfabeto, padece limitaciones para comunicarse en forma oral. En ese caso, el otorgante debía firmar una minuta, el escribano debía certificar ese hecho y la minuta protocolizarse; si fuera analfabeto, dos testigos debían presenciar la lectura y se requería información al otorgante del contenido de la escritura. El primer párrafo del artículo en su etapa de proyecto se refería a la persona que padece discapacidad auditiva y coincide en lo sustancial con el de la versión final. Desconocemos las razones por las que se suprimió en la versión final de este artículo toda referencia a la persona que tiene dificultades para comunicarse en forma oral, cuando se la mantiene en otros dos artículos del Código: el 418, relativo al matrimonio, y el 2467, inciso e), relativo al testamento. Queda así derivado al notario resolver este problema formal cuando deba autorizar una escritura en la que interviene una persona que tiene difi-

5. LORENZETTI, Ricardo L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 78. [N. del E.: el lector podrá acceder al Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación [aquí](#)].

cultades para comunicarse en forma oral. No tengo dudas en recomendar se utilice la solución contenida en el texto del proyecto original del Código más la presencia de los dos testigos que exige el texto definitivo del artículo.

Otra observación a la redacción final del artículo: en los casos de comparecientes que tienen discapacidad auditiva, si fueran analfabetos, se exige solamente la intervención de dos testigos expertos que puedan asegurar la comprensión del acto por parte del compareciente; y si fueran alfabetos, a esa exigencia se le añade (“además”, expresa el artículo) el procedimiento de la minuta firmada por el compareciente y su protocolización, que en la versión original se limitaba al compareciente que tenía dificultades para expresarse en forma oral.

La reelaboración del artículo original no ha sido feliz.

4.7. *Contenido de la escritura*

En los diversos incisos del artículo 305 CCCN no se modifican sustancialmente las normas del Código Civil sobre lo que expresamente debe contener la escritura:

- a) Sobre el lugar y la fecha de escritura, solamente se le agrega la opción para las partes o el escribano de dejar constancia de la hora.
- b) Sobre los datos personales de los comparecientes, incorpora lo que pide la mayoría de las leyes locales y la costumbre, pero, de acuerdo con la doctrina notarial, no menciona la obligatoriedad para el notario de efectuar el juicio de capacidad de los comparecientes.
- c) Reitera la obligación de consignar la naturaleza del acto que se documenta en la escritura y la individualización de los bienes.
- d) Se incluye la obligatoriedad de la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura. El Código Civil solo incluía la obligación de la lectura, pero no su reflejo documental, que se incorporó en la práctica notarial con fundamento en la necesidad de evitar la excepción procesal de escritura no leída.
- e) Reitera la obligación legal del notario de realizar de su puño y letra, antes de la firma de las partes, la mención concreta de las enmiendas, testaduras, borraduras, entre líneas u otras modificaciones efectuadas en el texto de la escritura.
- f) Reitera la obligación legal de que la escritura contenga la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos en su caso. Mantiene la firma a ruego de la persona que no pueda o no sepa firmar, introduciendo la obligación de hacer constar la causa del impedimento, así como la impresión digital del otorgante que no puede o no sabe firmar.

4.8. *Justificación de la identidad de los comparecientes*

En el artículo 306 CCCN se mantienen dos de las posibilidades que daba el Código Civil para la identificación de los comparecientes: por exhibición de documento idóneo, que debe individualizarse y agregarse en copia certificada de sus partes pertinentes, y por afirmación del conocimiento por parte del escribano. Se suprime la posibilidad de hacerlo por declaración de dos testigos.

4.9. *Documentos habilitantes*

En el artículo 307 CCCN persiste la solución que surgía del Código Civil: presentación de los documentos originales de la representación que deben ser agregados al protocolo, excepto que se tratare de poderes generales, fuere necesaria su devolución o ya estuvieren protocolizados en el respectivo registro notarial.

4.10. *Copias o testimonios*

El artículo 308 CCCN otorga reconocimiento legal a la sinonimia entre *copia* y *testimonio*, respetando una larga tradición de nuestro notariado, que indistintamente acepta denominar así al documento notarial que reproduce una escritura matriz y que con la calidad de primero o ulterior se entrega a cada una de las partes del acto instrumentado. Remite a las leyes notariales locales la reglamentación sobre las características de los medios de reproducción, siempre que aseguren la permanencia indeleble de la copia o testimonio. Establece, asimismo, la obligatoriedad de dar copia a las partes que lo solicitaren y, en el caso de que estas pidieran nuevas copias, el escribano también debe entregarlas, siempre que la escritura no contenga una obligación pendiente de dar o hacer a cargo de la otra parte. En este caso, se podrá expedir la nueva copia solicitada solamente si se acredita la extinción de la obligación en instrumento público o, en su defecto, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que deberá tramitarse con citación de las partes de la escritura.

4.11. *Nulidad*

El artículo 309 CCCN es una reiteración, con ligeras variantes, del artículo 1004 del Código Civil. La gran reforma en esta materia reside en la derogación del artículo 1005 del antiguo Código. Considero que este es uno de los grandes aciertos en materia notarial del Código Civil y Comercial.

A partir de la derogación del Código Civil, y al no reiterarse en el Código Civil y Comercial el contenido del artículo 1005 de aquel, desaparece toda posibilidad de atacar por nulidad manifiesta cualquier alteración del orden cronológico que se

advierta en una escritura pública. Para observar ese título deberá obtenerse un pronunciamiento judicial que condene al notario autorizante como autor del delito de falsedad ideológica; no como se hacía por referencistas y analistas de títulos, que los descartaban *ab initio* ante la contundente imputación contenida en el artículo 1005 del Código Civil –felizmente no reiterada–.

Mi posición fue siempre de crítica al artículo 1005, tal como lo acredita lo expresado en *Derecho notarial aplicado*⁶:

El artículo 1005 del Código Civil es uno de los preceptos del ordenamiento que entendemos no aplicable a nuestro derecho formal. Sí lo es con respecto al derecho español, porque en España –y en nuestra provincia de Salta– el protocolo no existe a priori, sino que se forma coleccionando las escrituras matrices autorizadas durante el año. En consecuencia, los proyectos de escrituras que no se firman no llegan a ser protocolo y, por lo tanto, no se coleccionan. El protocolo es exclusivamente integrado con escrituras otorgadas y autorizadas. Por ello tiene importancia el orden cronológico de su agregación al protocolo. Una escritura del día 10 debe estar después de las del día 9 y antes de las del día 11; de lo contrario se estaría violando el orden cronológico y se lo sanciona con la nulidad. Aparece entonces como prioritario en el derecho español, defender el concepto del orden cronológico y, en consecuencia, sancionar directamente con **nulidad** la escritura que no se halle en el lugar del protocolo en el que se la debería encontrar por su fecha. En nuestro sistema formal, en cambio, no existe ninguna posibilidad de que una escritura no esté en el lugar que por su orden de otorgamiento le correspondiere, dado que el libro de registro o protocolo es preexistente y se numera, sella y rubrica en blanco. Creemos que en nuestro derecho, cuando aparece una escritura cuya fecha no concuerda con el llamado “orden cronológico”, debe estudiarse detenidamente esa situación y no aplicar de manera automática la sanción de nulidad. Ello porque consideramos que, en principio, esa anormalidad puede tener por origen un **mero error** cuando se consignó el día, mes o año, fácilmente demostrable por otros elementos del mismo protocolo, o una **falsedad** en la fecha que, una vez probada, ocasionará la invalidez del documento. En consecuencia, en caso de aparecer escrituras con una fecha que no se corresponda con el orden cronológico de las restantes, solo se las puede considerar **anulables** y se estará a las resultas del juicio que deberá tramitar quien las arguyese de falsas. Por lo tanto, puede llegar a declararse la **nulidad** del instrumento por **falsedad**, pero no por inobservancia de un precepto formal. Si no se prueba la falsedad, se tratará de un mero error.

4.12. *Requisitos de las actas notariales*

La feliz decisión de incorporar al Código Civil y Comercial la figura autónoma de las actas entre los documentos notariales es un reconocimiento a los sucesivos trabajos doctrinarios que han contribuido a estructurar su naturaleza jurídica, independizán-

6. CAPURRO, Vanina L. y ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 154.

dola del documento notarial por excelencia: la escritura pública. Por ello, el Código Civil y Comercial, en el artículo 311, establece que las actas están sujetas –en principio– a los requisitos de las escrituras públicas, pero con las modificaciones fundamentales que detalla a través de 7 incisos. Estas modificaciones constituyen una reiteración de lo que expone la [Ley 404](#) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (vigente desde el 24 de julio de 2000), en los 7 incisos de su artículo 83, con las variantes que analizamos a continuación:

- Inciso a): la declaración sobre el interés propio o de terceros en el diligenciamiento del acta debe provenir del requirente y no será un juicio del notario.
- Inciso b) y c): sin variantes.
- Inciso d): se introduce la expresión “en la medida que el objeto de la comprobación así lo permita” como un eximente de la obligación funcional del notario de informar a los requeridos del carácter en que interviene y, en su caso, del derecho del requerido a no responder o de contestar como indispensable paso previo al comienzo de la diligencia. Esta expresión debe ser motivo de especial atención por parte de la doctrina notarial para que no constituya una excepción al tradicional derecho del hombre y del ciudadano a no declarar contra sí mismo. Debe advertirse a los colegas sobre un indebido uso de la misma, ya que es una situación de hecho que debe valorarse en cada caso, para no enervar el derecho constitucional del requerido y, en consecuencia, provocar la nulidad de la comprobación notarial.
- Inciso e): sin variantes.
- Inciso f): sin variantes, por lo que en este caso la observación es para ambas legislaciones, tanto la de la Ciudad de Buenos Aires como la nacional. Se trata de la posibilidad de confeccionar el acta con posterioridad al momento de la diligencia, siempre que se lo efectuó en el mismo día. Pienso que si por razones de necesidad práctica profesional se permite vulnerar uno de los pilares de la fe pública –como es el que se documente el hecho que se comprueba en el mismo momento en que se produce–, la exigencia legal de poderlo documentar solamente en el mismo día del hecho es excesivamente dogmática y sin explicación jurídica, al aplicar a las notas que toma el notario para verterlas luego al protocolo el estigma de los cuentos de hadas, en los que la naturaleza material de las cosas cambia a medianoche, como le pasó a Cenicienta. Entiendo que se encorsete al notario para que no pueda antedatar sus diligencias, pero tampoco puede establecerse un término tan estricto, cuando situaciones de hecho pueden impedirlo. Estimo que no desmejora la solución que se dispusiera que la diligencia deba instrumentarse en el más breve tiempo posible, una vez superadas las dificultades que impidieran su documentación simultánea.
- Inciso g): sin variantes.

4.13. *Valor probatorio de las actas notariales*

El artículo 312 CCCN pone las cosas en su lugar y afirma el carácter comprobatorio de las actas, distinguiéndolas de la naturaleza negocial de las escrituras. Tiene valor jurídico de certeza lo que el escribano exprese que vio o pasó ante él; y ese mismo alcance, de simple hecho, tienen las declaraciones o juicios que los interpelados expresen. Si se efectuaran declaraciones de contenido negocial, todo se transforma y nos encontramos frente a una escritura.

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

Rubén Augusto Lamber

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.

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

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

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 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 renunciable 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 Saguier, 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 perjudi-

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

que 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 constitución, 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

4. Ídem, p. 211.

5. Ibídem.

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

... 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 va-

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

7. Ídem, p. 539.

8. Ídem, p. 540.

9. Ídem, p. 542.

10. Ídem, p. 543.

lor-, 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 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

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

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

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 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.

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

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

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.

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 7° de la Ley 3871, dentro de un régimen de libertad civil y política.

15. Ídem, p. 238.

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

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

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 mutuuario 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

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.

(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 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 1º de abril de 1991.

22. Ídem, p. 49.

23. Ídem, p. 188.

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 caracteres parecen contrarrestar la remisión que hace el artículo 616 CCIV a las obliga-

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.

ciones 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

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.

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 nominalista, 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 ésa 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

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.

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.

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 transcripto, 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 [publicación](#)³¹ cuando se le pregunta qué principio esencial elegiría del nuevo Código y responde con toda elocuencia:

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.

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 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

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

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 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

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.

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.

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.

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

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

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

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, 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 Sagui 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.

38. Ídem, pp. 268-269.

39. Ídem, p. 273.

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 desplegar 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

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

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 todas las 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

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

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 entendemos 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 li-

mitará 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

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.

doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que el mismo es una exigencia tanto con 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,

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.

... 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...

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 transfor-

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).

mación 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 Zynny, sino que ve considerablemente menguada la individualidad⁵⁰. En 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 con-

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

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.

currente, 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, 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 predisuestas 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 accesoriadad de la hipoteca.

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

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 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

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.

57. Ídem, p. 965.

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 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

58. Ídem, 968.

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.

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 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

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

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.

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 interesante 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 causa-

les 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. Respaldo 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 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

64. Ídem, p. 26.

65. Ídem, p. 27.

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 cobertura 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 abier-

tas, 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 conviniera la acumulación de intereses que importe el anatocismo prohibido por el artículo 623.

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

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 facultades 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.

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.

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 principal, 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., crf. nota 4, p. 263.

De qué hablamos cuando hablamos del artículo 2189

Gonzalo Ignacio Toro

RESUMEN

Se busca realizar un análisis detallado del artículo 2189, en especial la relación o nexo que lo vincula con el artículo 2187, ambos del Código Civil y Comercial. Se intentará demostrar que: 1) el artículo 2189 es el eje en torno al cual se organiza el sistema de garantías reales, y 2) por la redacción de los artículos referidos, no hay un régimen plural de garantías en el Código, según la determinación o indeterminación del crédito asegurado. Al contrario, el Código contiene un sistema monolítico, indiferenciado, merced al cual, cualquiera sea el grado de individualización de los elementos constitutivos del crédito asegurado, en todos los casos el gravamen actúa como tope de la garantía real.

Sumario: 1. Introducción. 2. La tesis dual o diferenciadora. 3. Algunos argumentos en contra de la tesis dual o diferenciadora. 3.1. Los fundamentos de la ley. 3.2. La terminología de la ley. 3.3. La letra de la ley. 3.4. "Mas en todos los casos..." 4. Representación gráfica del artículo 2189. 5. Conclusión

1. Introducción

Los sistemas por lo general, suelen tener ideas fuerzas o ejes, en torno a los cuales se estructuran y organizan. Estos ejes actúan como elementos estructurales del sistema y permiten no solo su funcionamiento, sino también su comprensión y de ser el caso, su operación.

El sistema de derechos reales de garantía del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) es uno de esos sistemas. Y cuando hablamos del artículo 2189 del Código unificado, de lo que hablamos es del eje o idea fuerza en torno al cual se organizan las garantías reales en el derecho privado argentino.

Por tal motivo, establecer el sentido que debe darse a ese artículo en especial es esencial para comprender el nuevo sistema de garantías, delimitar su alcance y funcionamiento.

No obstante la importancia que el artículo 2189 tiene dentro del sistema, su redacción no es todo lo clara y contundente que podría haber sido, por lo que se han

suscitado algunas controversias en torno a su interpretación¹ específica y, por ende, con la interpretación de todo el sistema en cuyo alrededor se organiza. Así, algunos autores entienden que de la conjunción de los artículos 2187 y 2189 (segundo y tercer párrafo) surge un régimen de garantías reales con regulación diferenciada según la determinación o indeterminación del crédito asegurado. Otro enfoque, absolutamente contrapuesto, entiende que el sistema es monolítico y que en el Código unificado no hay un régimen de regulación diferenciado de las garantías, ya que el sistema es el mismo, cualquiera sea el grado de determinación o indeterminación del crédito principal al cual la garantía accede.

2. La tesis dual o diferenciadora

La línea interpretativa que ve en el **Código unificado** un régimen diferenciado de garantías reales (según la determinación o indeterminación del principal) perfectamente puede ser denominada o identificada de la forma propuesta, ya que esa es la principal consecuencia de sus argumentos. Esta línea de pensamiento sostiene que del juego de la segunda parte del artículo 2187 con el segundo y tercer párrafo del artículo 2189, surge un régimen en virtud del cual, si el crédito está indeterminado al momento de la constitución de la garantía, el monto del gravamen actúa como tope o máximo por el cual la garantía responde; y el plazo máximo legal de vigencia de la misma es solo de 10 años. Mientras que si el crédito está *determinado* al momento de la constitución de la garantía, el monto del gravamen cumple una función meramente indicativa; y la garantía responderá por ese monto, más los intereses, costas, costos y demás que se generen por el incumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2193. Y el plazo máximo legal de vigencia de *estas* garantías es de 20 años, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2210 (ello aún cuando no hay en el Código una norma que *expresamente* fije ese plazo).

La idea principal sobre la que se funda tal interpretación está en la relación de regla y excepción que sus sostenedores establecen entre el artículo 2187 (la regla) y el artículo 2189, segundo párrafo, primera parte (la excepción). Y ya que la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189 se refiere solo a los créditos indeterminados, es una consecuencia necesaria que el resto del artículo se aplique solamente a las garantías que aseguren ese tipo de créditos. Siempre conforme con la línea de pensamiento en estudio, la regla se refiere a los créditos determinados, los que por mandato del artículo 2187 deben tener sus elementos constitutivos (sujeto, objeto y causa) adecuadamente individualizados al momento de la constitución de la garantía. La excepción la fija la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189, en

1. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., "Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados ('cerrados') e indeterminados ('abiertos')", en *Diario La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2015, p. 1.

virtud del cual el crédito puede estar individualizado en todos sus elementos ab initio, o puede nacer con posterioridad. A partir de este punto desarrollan el resto del argumento, arribando a la conclusión indicada: un régimen dual de garantías reales, uno para créditos determinados y otro para créditos indeterminados.

3. Algunos argumentos en contra de la tesis dual o diferenciadora

Entiendo que la línea interpretativa que postula un régimen diferenciado según la determinación o indeterminación del crédito asegurado, arriba a conclusiones un tanto desapegadas al texto de la ley, ya que el férreo sistema del Código unificado no nos permite en aras de la interpretación, recortar párrafos u oraciones de distintos artículos para luego unirlos o vincularlos con otros artículos o partes de artículos y así estructurar un instituto o introducir distinciones en donde la ley expresamente no las introduce. Máxime cuando se trata de una materia de indiscutido orden público.

A continuación se mencionarán reparos y obstáculos a los que creo se enfrentará la tesis dual.

3.1. *Los fundamentos de la ley*

En el escrito de presentación del Código, los miembros de la Comisión Redactora dicen expresamente que en los fundamentos de la ley encontraremos un detalle tanto del método como de los principios que inspiraron su trabajo. Así, a lo largo de los **fundamentos** el Codificador brinda una especie de guía, aclaración y explicación de la forma en que se normaron los distintos institutos, destacando en cada caso los cambios o novedades en comparación con el sistema anterior.

En la parte dedicada al análisis de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, nada dice con respecto a un régimen dual de garantías, con base en la indeterminación del crédito asegurado. Al contrario, expresamente aclara que “La más importante diferencia con el Código se refiere al monto del gravamen que debe incluir el monto garantizado por todo concepto, o sea, capital, intereses y costas”. De haber querido el Codificador un cambio a un sistema dual de garantías, con introducción de un distingo de tal envergadura –por lo novedoso e intenso del cambio–, el tema habría recibido una presentación expresa, con la correspondiente explicitación y explicación. No hay ni una sola referencia al distingo o a categorías distintas. El silencio al respecto es abrumador –lo que recuerda un principio hermenéutico: “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

3.2. *La terminología de la ley*

Si bien nuestra lengua materna, gracias a su riqueza sinonímica, nos permite expresar una misma idea usando palabras distintas, cuando se trata de un lenguaje técnico –como lo es el del derecho–, el margen para el uso de sinónimos y giros idiomáticos diversos se acota sensiblemente. Y si en un artículo o texto meramente informativo no hace mayor diferencia que se use el término *pacto* para referir a un contrato, en un sentido técnico-jurídico, pacto, convención, acuerdo, arreglo o contrato no necesariamente pueden ser usados como sinónimos.

Por lo expresado, es significativo que en ninguno de los artículos del Capítulo 1 del Título 12 del Libro Cuarto del *Código unificado* se usen las palabras *crédito determinado*, *crédito indeterminado*, *hipoteca abierta* o *hipoteca cerrada*. También me parece un gran indicio la repetición de las palabras *monto máximo del gravamen*, *hasta el máximo del gravamen*, *hasta el límite del gravamen* o *tiene derecho al remanente que excede el monto del gravamen*.

La terminología usada por el codificador nos marca un sentido y una intención. ¿Cómo afirmar que fue intención del codificador introducir un régimen dual con base en la indeterminación o determinación del crédito, cuando no solo nunca se refiere a tal distinción expresamente, sino que ni siquiera usa esa terminología o fraseología?

3.3. *La letra de la ley*

Los sostenedores de la “tesis dual” dicen que la segunda parte del artículo 2187 contiene una regla, respecto de la cual encuentran una excepción en la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189². Pero leyendo con atención las secciones del Código referidas se ve que en realidad tal regla y excepción no existen, ya que en ambos casos el Codificador incluye los llamados créditos determinados.

En la parte que interesa, el artículo 2187 dice: “el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa”. Esto es, conforme la terminología de la tesis dualista, el crédito debe estar determinado. A su vez, en la parte que interesa, el artículo 2189 dice: “El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente”. ¿Si se supone que esta sección del Código introduce una excepción a la regla, como puede hacerlo si está incluyendo en la excepción a los créditos mentados en la regla? Es claro que en esta parte del artículo 2189 el Codificador incluye también a los llamados créditos determinados.

Como un ejercicio o artificio interpretativo, o como una herramienta de ayuda en la interpretación propuesta, se propone que esta oración del artículo 2189 puede

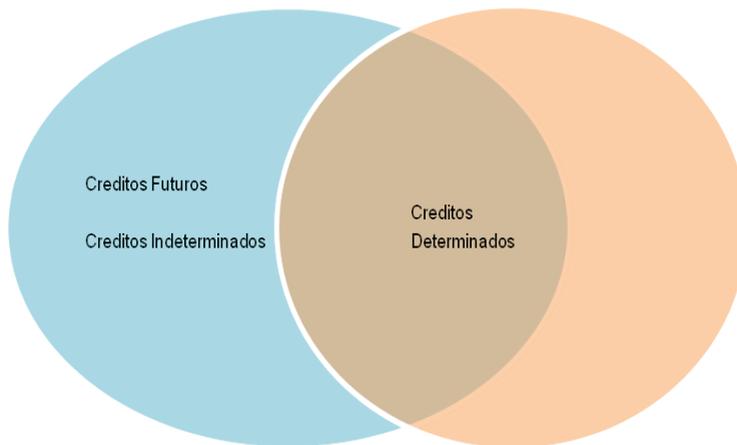
2. Ídem, punto V.

ser reelaborada o reescrita de la siguiente manera: “El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, **como puede no estarlo** o **incluso** puede nacer posteriormente”. O también: “El crédito puede **o no** estar individualizado en todos los elementos desde el origen, o **incluso** puede nacer posteriormente”. De cualquiera de las dos maneras, la idea que se esboza es clara: la mentada excepción no es tal, ya que en ambos artículos la ley se refiere o incluye a los créditos determinados.

A fin de aclarar aún más el argumento presentado, parece útil recurrir al diagrama de Venn, herramienta para la representación visual de conceptos que nos permitirá *ver* la relación que –creo– existe entre los artículos 2187 y 2189:

Así, dado el conjunto artículo 2187 segunda parte = {créditos determinados}; y dado el conjunto artículo 2189, segundo párrafo, primera parte = {créditos determinados; créditos indeterminados; créditos futuros}; tenemos que el conjunto 2189 incluye al conjunto 2187 $\Rightarrow 2189 \supset 2187$:

Conjunto art. 2189, 2º párr., 1ª parte



Conjunto art. 2187, 2ª parte

3.4. “Mas en todos los casos...”

Con lo dicho en el punto anterior, se ha demostrado que la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189 se refiere tanto a los créditos determinados como a los indeterminados, lo que no es menor, ya que, de ese modo:

- 1) se desarticula el supuesto de la regla-excepción en torno a la cual la tesis dualista organiza sus argumentos;
- 2) al incluirse en la oración referida tanto los llamados créditos determinados como los indeterminados, lo dispuesto en la segunda parte del segundo párrafo y en el tercer párrafo del artículo 2189 es aplicable a todos los créditos, con independencia del grado de individualización de sus elementos constitutivos.

Máxime, la puntuación usada por el legislador en el segundo párrafo del artículo 2189, esto es, la presencia del punto y coma antecediendo a la palabra *mas*, nos indica claramente que nos encontramos ante una conjunción adversativa. Al respecto, Marin³ enseña que con la conjunción “pero” –y su sinónimo, *mas*– usada para coordinar dos proposiciones,

... se relativiza el significado de la primera y se refuerza el significado de la que esta iniciada con “pero”, que se transforma así en lo más importante que se expresa en la oración compuesta.

Lo dicho en la segunda oración es lo más importante, o sea, la idea principal del párrafo, incluso del artículo. Así, el Codificador minimiza lo dicho con respecto al grado de individualización de los créditos, ya que, de todos modos, el gravamen funciona como techo de la garantía.

Recurriendo nuevamente al artificio expositivo de reescribir el texto del artículo en estudio, el segundo párrafo del 2189 puede ser reelaborado de la siguiente manera: “El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, **como puede no estarlo o incluso puede nacer posteriormente; pero** en todos los casos, **y cualquiera sea el grado de individualización de los elementos del crédito**, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto...”.

Si el Codificador hubiera querido introducir una excepción o delimitación de créditos respecto de los cuales el gravamen cumple la función de máximo o tope definitivo (dejando afuera otros créditos respecto de los cuales no cumple esa función de techo), podría haber usado otra redacción en la segunda oración del segundo párrafo del artículo 2189, como por ejemplo “..., en **estos** casos el gravamen constituye el máximo de la garantía real”. De ese modo, denotaría que solo se refiere a los casos referidos en la primera oración, o sea, en la excepción.

Surge claramente que, para el Codificador, lo más importante y a destacar dentro del segundo párrafo del artículo 2189 es justamente la función del gravamen como el máximo o techo de la garantía real. Recordemos que en los fundamentos el Codificador expresamente dice que “la más importante diferencia con el Código se refiere al monto del gravamen”.

De este modo, el eje o idea principal del sistema de derechos reales de garantía se nos presenta con toda claridad: cualquiera sea el grado de individualización de los elementos constitutivos del crédito asegurado, el gravamen constituye en todos los casos el máximo de la garantía real por todo concepto. No hay en el Código unificado un régimen dual de garantías reales con base diferenciadora en el grado de individualización de los elementos del crédito asegurado. Al contrario, tenemos un sistema monolítico o uniforme en el cual el monto del gravamen cumple la misma función en todas las garantías: hace de tope o techo o máximo por el cual la garantía

3. MARIN, Marta, *Una gramática para todos*, Buenos Aires, Voz Activa, 2008, 1ª ed., p. 237.

responde, de modo tal que todo lo que termine superando ese techo no queda cubierto por los beneficios y efectos de las garantías reales, revistiendo el carácter de quirografario.

4. Representación gráfica del artículo 2189

En una primera lectura, el artículo 2189 se presenta como una mezcla desarticulada, ya que: a) el título no refleja su contenido, y es un factor de incertidumbre importante; b) si bien empieza regulando lo referido al monto del gravamen, su noción y función introduce una referencia a la individualización de los elementos del crédito, que añade aún más confusión; c) termina refiriéndose al plazo máximo de las garantías. Pero tal desorganización es aparente. El artículo 2189 regula tanto lo referido al monto del gravamen, al margen de individualización que los elementos del principal asegurado pueden tener, como el plazo máximo por el cual las garantías se pueden constituir.

Un pequeño esquema puede aclarar la situación:

<i>Título:</i> Especialidad en cuanto al gravamen	
<i>Primer párrafo:</i> Forma en que se da cumplimiento a la especialidad del gravamen	
<i>Segundo párrafo – primera oración:</i> Margen para la individualización de los elementos del crédito asegurado.	<i>Segundo párrafo – segunda oración:</i> Efecto y función del gravamen como tope para todas las garantías reales.
<i>Tercer párrafo:</i> Plazo máximo de vigencia para todas las garantías reales.	

5. Conclusión

Con base en los argumentos presentados, no encontramos un régimen dual de garantías en el sistema del Código Civil y Comercial, con distinción en el carácter o condición del crédito asegurado. Al contrario, se trata de un sistema único, indiferenciado, que establece requisitos idénticos en lo que a la tipificación de las garantías se refiere, **con absoluta independencia del grado de determinación o individualización de los elementos del crédito asegurado.**

Se ha demostrado también que el artículo 2189 es el eje del sistema del Código unificado y en torno a él se organizan los institutos de garantía. La interpretación propuesta se apega tanto al texto de la ley como a su sistema rector. Este último aspecto tiene gran relevancia, ya que, a diferencia del Código de Vélez Sársfield –desde sus orígenes no tenía una metodología tan rígida como la del Código unificado, método que para colmo de males quedó totalmente desarticulado gracias a las sucesivas

modificaciones parciales, en especial la introducida por la Ley 17711-, el nuevo Código Civil y Comercial hace de su método un elemento central.

Si la solución a la que se arriba no es justa, o no da acabada respuesta a las necesidades de los distintos actores jurídicos, o si los problemas que puede implicar supera los beneficios que pueda aportar, no es en realidad algo que se le pueda reclamar al intérprete o a la interpretación, ya que ésta solo es la explicitación de lo normado por el Código. Y así de un problema de fondo, directamente vinculado con las valoraciones y soluciones legislativas y de política legislativa realizadas por el codificador.

Comentario a “Fau”

Mariana Claudia Massone

RESUMEN

Comentario al fallo “Fau” (CNCiv. Sala F, 25/8/2015). Análisis de sus dos aspectos fundamentales: la aplicación temporaria de las leyes y la disposición contenida en el artículo 765 del Código Civil y Comercial. Se concluye que a las contrataciones en moneda extranjera en curso de ejecución celebradas antes del 1/8/2015 les son aplicables las normas del Código Civil abrogado, y que la norma del artículo 765 no es orden público, sino disponible, supletoria y renunciable. Texto completo del fallo.

Sumario: 1. Datos del fallo comentado. 2. Introducción. 3. Aplicación temporaria de las leyes. 4. Carácter supletorio de la norma contenida en el artículo 765 CCCN. 5. Conclusiones. 6. Texto completo del fallo.

1. Datos del fallo comentado

- Tribunal: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F**
- Fecha: **25/8/2015**
- Autos: **“Fau, Marta René c/ Abecián, Carlos Alberto y otros s/ Consignación” (Expte. n° 79776/2012) - “Libson, Teodoro y otros c/ Fau, Marta René s/ Ejecución hipotecaria” (Expte. n° 76280/2012)**

2. Introducción

Han pasado algunos meses desde el dictado del fallo que aquí se comenta y muchos autores han tenido la oportunidad de referirse a él tanto de forma general como particular. No creemos que, con nuestro análisis, se hagan nuevos aportes al tema, aunque sí nos parece necesario y relevante volver a hacer hincapié en la doctrina que resulta del mismo.

Probablemente, dada la finalización de lo que conocimos como cepo cambiario, no se planteen muchos nuevos casos de características similares a las del presente. Creemos que aquellos que aún hoy se encuentran en trámite o los que se inicien en un futuro cercano contarán con sentencias similares a la que aquí se estudia, puesto que –no nos cabe duda alguna– se trata de una sentencia ajustada a derecho. –Es, al menos, nuestra esperanza–.

En el fallo que se comenta existen dos aspectos que, a nuestro criterio, merecen ser remarcados. Y estos dos aspectos surgen de dos de sus párrafos:

Conforme lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible (art. 962). Asimismo en el art. 7 del referido cuerpo normativo se dispuso que cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato (conf. Tobías, José W. en "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético." dirigido por Alterini, Jorge H., pag. 48/49).

El art. 765 del Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten –como dice el art. 766 del mismo ordenamiento–, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada (Ossola, Federico Alejandro en Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. V, pág. 126, Rubinzal-Culzoni Editores Santa Fe, 2015). Consecuentemente, por tratarse de normativa supletoria, corresponde aplicar las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Código Civil (texto s/ley 23928).

De los párrafos transcriptos resultan los dos aspectos más trascendentales para nuestro análisis:

1. La aplicación temporaria de las leyes: a los contratos en curso de ejecución deben aplicárseles las normas supletorias vigentes al momento de la celebración del contrato.
2. La disposición contenida en el artículo 765 del CCCN no es de orden público.

3. Aplicación temporaria de las leyes

Respecto del primer aspecto, el tercer párrafo del artículo 7 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (CCCN) dispone que

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En virtud de ello, en el fallo analizado se sentencia que al contrato objeto del litigio se le aplicarán las normas que contenía el [anterior Código Civil](#) en sus artículos 617 y 619.¹ Esto es, que la obligación de pagar dólares pertenece a la categoría de las obli-

1. Art. 617 CCIV: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dine-

gaciones de dar sumas de dinero y la obligación queda cumplida cuando el deudor entrega la misma especie designada (dólares) el día de su vencimiento. No quedan dudas: quien celebró un contrato durante la vigencia del Código Civil y se comprometió a pagar o a devolver una suma determinada en dólares solo cumple su obligación pagando o devolviendo la suma indicada y en la moneda determinada.

Estos artículos del Código Civil fueron objeto de numerosísimos análisis doctrinarios y judiciales; muchos de ellos concluyeron que la moneda extranjera no tiene curso legal en la República –aunque así parezca–, pero, al dársele un tratamiento como de dinero nacional, ella puede ser objeto de contratación, de acuerdo con lo establecido en el mencionado artículo 619 del Código Civil. (El deudor puede ser exigido a pagar dólares y el acreedor a recibirlos si así se ha convenido contractualmente)².

Las restricciones impuestas por el Banco Central de la República Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos para la adquisición de moneda extranjera no fueron obstáculo –ni en este caso ni en otros– para que se obligara al deudor a cumplir con su obligación conforme a lo contractualmente convenido. Así, la jurisprudencia también ha dicho:

... cuando en el título que se ejecuta se constata una obligación exigible expresada en dólares estadounidenses, en forma inequívoca se encuentran cumplidos los recaudos previstos en el art. 520 del Código Procesal [...] por cuanto la reestructuración del sistema financiero establecida por la ley 25561 no alcanzó a las previsiones de los arts. 617, 619 y 623 del Código Civil [...] lo cual implica conservar a la moneda extranjera como dinero y, por ende, a las obligaciones así contraídas como de dar sumas de dinero.³

La acción declarativa de certeza promovida a fin de que se determine judicialmente la moneda y modalidad del pago de un crédito hipotecario debe ser rechazada, ya que, sin perjuicio de la normativa dictada por la AFIP y el BCRA que restringe el acceso de los particulares al mercado libre de cambios, la situación ha sido expresamente contemplada en el contrato que las partes suscribieron; a lo que puede agregarse que la invocación de lo dispuesto en el art. 765 del Código Civil y Comercial es irrelevante, porque se trata de una norma que no se encuentra vigente y que, además, no excluye lo que las partes pudieron haber convenido.⁴

ro”. Art. 619 CCIV: “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”.

2. [Comentario al art. 617], en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2A, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 448 y ss.

3. CNCiv., Sala E, 22/4/2015, “K., E. y otros c/ M., T. J. s/ Ejecución hipotecaria” (*Doctrina Judicial*, La Ley, 11/11/2015, p. 77; cita on line: AR/JUR/7970/2015). [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo completo en el [portal del CIJ](#)].

4. CNCiv., Sala I, 19/3/2015, “Virtuoso, Mario Gerardo c/ Gelasan, Hilda Marta s/ Medidas precautorias” (texto del sumario n° 1, en *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, julio 2015, p. 165; cita on line: AR/JUR/2353/2015). [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo completo en el [portal del CIJ](#)].

La disposición del artículo 7 CCCN antes transcrita es similar a la que contenía el artículo 3 del Código Civil. ¿Por qué las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución? Las normas supletorias son las que determinan o completan el marco contractual que no ha sido expresamente previsto por las partes al contratar, o bien estas se han remitido a aquellas en forma genérica. La remisión a estas normas, el silencio de los contratantes respecto de ellas y la misma modificación que las partes pudieran realizar sobre las mismas no son más que la expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado por nuestro derecho. En consecuencia, cualquier modificación que una ley supletoria posterior introdujera en un contrato en curso de ejecución significaría una clara situación de inseguridad jurídica.

Piénsese por un momento que estas normas no existieran y que una ley supletoria posterior sí fuera aplicable a un contrato en curso de ejecución celebrado con anterioridad a su vigencia: ello obligaría a que cualquier contrato de estas características no dejara ningún aspecto sin ser expresa y taxativamente regulado, puesto que la remisión a normas supletorias o el silencio de los contratantes sobre algún aspecto en particular del contrato hoy puede tener determinadas consecuencias jurídicas y mañana, nueva ley supletoria vigente, otras muy distintas. También debe pensarse en la inconveniencia de que dos sistemas jurídicos (el anterior y el vigente) fueran aplicables a un mismo y único contrato.

4. Carácter supletorio de la norma contenida en el artículo 765 CCCN

Los argumentos que permiten asignarle a esta norma el carácter de disponible pueden sintetizarse como lo haremos a continuación:

- No existe en el CCCN norma que prohíba expresamente pactar en moneda extranjera y sí existen normas que lo permiten (arts. 1390, 1408, 1409 [contratos bancarios] y art. 1525 [contrato de mutuo]).
- El art. 765 CCCN dispone que el deudor "puede" liberarse, lo que supone una posibilidad dejada al arbitrio de las partes, no una obligación; la norma no consagra un derecho irrenunciable por parte del deudor.
- De la interpretación armónica del cuerpo legal resulta que la posibilidad del deudor de liberarse mediante el pago en moneda nacional es renunciable. El art. 13 CCCN dispone que "está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba". Esta idea se robustece con lo dispuesto por el art. 944 CCCN, cuando determina que "toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados".
- En el marco de la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 958 y 962 CCCN, los contratantes pueden sujetarse a lo dispuesto en el artículo 766

de mismo cuerpo, por lo que el deudor queda obligado a entregar la cantidad correspondiente en la especie designada, reafirmandose así el carácter de disponible de la posibilidad prevista en el artículo 765 CCCN. Si no existe prohibición para que la moneda extranjera sea impuesta por las partes al contratar, bien pueden ellas utilizar la divisa extranjera como medio de pago y darle una función dineraria a una cosa que no es dinero.⁵

- El derecho de compulsión del acreedor está previsto en el artículo 730 CCCN y es aplicable también a las obligaciones derivadas de la contratación en moneda extranjera, por lo que el acreedor tiene la facultad de exigir judicialmente el cumplimiento en especie.
- Si el ordenamiento reconoce plena validez a la obligación de restituir moneda que no tiene curso legal en el país, la finalidad de la contratación y de la obligación es vinculante para las partes (arts. 281, 726, 1012, 1013 y 1014 CCCN).⁶

5. Conclusiones

- A las contrataciones en moneda extranjera que se encuentren en curso de ejecución y se hayan celebrado con anterioridad al 1 de agosto de 2015, con la excepción de los contratos o relaciones de consumo, les serán aplicables las normas de los artículos 617 y 619 del Código Civil.
- La norma del artículo 765 CCCN es disponible, supletoria y renunciable porque no es de orden público, “pues si ese hubiera sido el objetivo de política monetaria, mal podría haber adoptado el legislador –como se dijo– un criterio diverso para con las obligaciones en moneda extranjera pactadas en los diferentes contratos nominados que canalizan habitualmente la dinámica de los negocios vinculados al crédito monetario”.⁷

6. Texto completo del fallo

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 25 días del mes de agosto de 2015, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F” para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

5. OSSOLA, Federico A., [comentario a los arts. 765 y 766], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. V, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 123.

6. AZAR, Aldo M., “Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera. Interpretación del régimen conforme a las pautas del Código Civil y Comercial”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2015, p. 135 (cita on line: AR/DOC/2096/2015).

7. OSSOLA, Federico A., ob. cit. (cfr. nota 5).

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: Sres. Jueces de Cámara **Dres. Galmarini. Posse Saguier. Zannoni.**

A la cuestión propuesta el Dr. Galmarini dijo:

I. En el expediente n° 79776/2012 la actora inició demanda por consignación de la cantidad de \$ 134.770,6, con el objeto de saldar la deuda del mutuo con garantía hipotecaria celebrado con los demandados el 15 de febrero de 2012, mediante el cual recibió en préstamo la cantidad de U\$S 37.900, los cuales se obligó a devolver en 36 cuotas iguales y consecutivas de U\$S 1.356, con un interés del 16% anual sobre saldos.

Relató que la primera cuota del acuerdo fue descontada de la suma por ella recibida al momento de la celebración del referido contrato. Que a posteriori canceló las cuotas 2ª a 6ª en la moneda pactada. Que en oportunidad de abonar la cuota 6ª manifestó al Sr. Juan José Abecían –autorizado a recibir los pagos– que en virtud del “cepo cambiario” vigente le era imposible adquirir en el mercado oficial la suma de dólares necesaria para el pago de las futuras cuotas acordadas y su intención de arribar a un acuerdo con los acreedores a fin de pactar “el valor en moneda de curso legal de los posteriores vencimientos” pero no obtuvo respuesta alguna.

Sostiene que ante tal situación intimó a los aquí demandados por carta documento a que en el plazo de 10 días acordasen –conforme la teoría del esfuerzo compartido– la forma en la que deberían cancelarse las cuotas pendientes no vencidas del mutuo hipotecario, intimándolos en caso contrario a recibir en pago cancelatorio de cada una de las cuotas pendientes no vencidas la cantidad de pesos equivalente a la suma de U\$S 1.356 convertido al valor de la cotización oficial del día anterior a la fecha del pago. El 23 de agosto de 2012 recibió una misiva emitida por el Sr. Juan J. Abecian en su carácter de autorizado al cobro de las cuotas hipotecarias, quien manifestó desconocer 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. Asimismo hizo saber a la actora que la única manera en la que podría abonar la deuda en moneda argentina sería con la cotización obtenida a través del procedimiento denominado “contado con liquidación”. Seguidamente sostiene la accionante que ha arbitrado todos los medios necesarios para cumplir con su obligación, pero ello le es imposible debido a un acto del poder público que le impide adquirir la divisa pactada en el contrato. Por ello, afirma que la única manera de cancelar la deuda contraída con los demandados es entregando el valor de las cuotas en moneda argentina calculado según el cambio oficial vigente al día anterior al pago.

En el expediente n° 76280/2012 los actores inician juicio de ejecución hipotecaria contra la Sra. Marta R. Fau a fin de obtener el cobro del crédito originado en el contrato de mutuo antes referido.

La Sra. juez de primera instancia rechazó la consignación promovida en el expediente n° 79776/2012, con costas a la actora, y en la causa n° 76280/2012 resolvió desestimar la excepción de pago opuesta por la demandada y mandó a llevar adelante la ejecución hasta que Marta R. Fau haga íntegro pago a los actores de las sumas adeudadas, más los intereses y las cosas del juicio.

Ambos pronunciamientos fueron apelados por la deudora ejecutada quien en el expediente n° 79776/2012 expresó agravios a fs. 553/571, cuyo traslado fue respondido a

fs. 573/578, y en la causa n° 76280/2012 presentó su memorial a fs. 171/188, cuyo traslado fue respondido a fs. 190/194.

II. La Sra. Marta Renee Fau se agravia de lo decidido en la anterior instancia por considerar que no se tomó en cuenta el contexto económico en que se libró el proceso judicial. Señala que a partir del denominado “cepo cambiario” su parte quedó imposibilitada de adquirir dólares estadounidenses y consecuentemente de poder cumplir su obligación en la moneda pactada. Sostiene que tal situación configura un supuesto de “fuerza mayor” derivado de un acto del poder público.

Según consta en el instrumento obrante a fs. 2/8 del expediente n° 76280/2012, el 15 de febrero de 2012 las partes celebraron un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en virtud del cual la aquí ejecutada recibió la cantidad de U\$S 37.900, que se comprometió a devolver en 36 cuotas mensuales y consecutivas de U\$S 1.356 cada una. Cuotas que incluían el interés pactado a la tasa del 16 % anual sobre saldo deudor.

A su vez se estableció en forma expresa que la parte deudora asumió “la obligación y su pago en la misma moneda extranjera, declarando haber ponderado con el debido asesoramiento y conocimiento las condiciones del mercado financiero y sus eventuales riesgos, por cuya razón renuncia a invocar o ampararse en los criterios jurídicos que sustenten la teoría de la imprevisión para la revisión del presente contrato hipotecario, por la mayor onerosidad que pudiera sobrevenir en las prestaciones a su cargo, declarando tener debidamente presupuestado y a su oportuna disposición el monto adeudado” (fs. 4). De lo manifestado por las partes y de las constancias obrantes en autos surge que la Sra. Fau cumplió debidamente con el pago de las primeras 6 cuotas del mutuo; que con fecha 13 de agosto de 2012 anotició a los acreedores acerca de las dificultades –a su juicio invencibles– de adquirir dólares en el mercado legal debido al “cepo cambiario” vigente y los intimó a arribar a un acuerdo respecto a la forma en que se cancelarían las cuotas pendientes no vencidas, manifestando que de no ser ello posible los intimaba a recibir el pago cancelatorio de cada una de las cuotas pendientes en la cantidad de pesos equivalente a valor oficial del dólar vigente el día anterior al pago (fs. 434/444 del expte. n° 79776/2012).

Dicha solicitud fue rechazada en todos sus términos por los acreedores, mediante carta documento de fecha 23 de agosto de 2012, en la cual se le hizo saber a la deudora que la única manera en la que se aceptaría el pago de la deuda en moneda argentina sería con la cotización obtenida a través del procedimiento denominado “contado con liquidación” (fs. 429 del expte. n° 79776/2012).

Conforme se consignó en el acta notarial obrante a fs. 432/433 del expte. n° 79776/2012), el día 3 de septiembre de 2012 la Sra. Fau se constituyó en el domicilio pactado en el contrato con el objeto de saldar las cuotas 7ª y 8ª del mutuo en cuestión mediante el pago de la cantidad de \$ 12.611, “*equivalentes a la suma de dólares estadounidenses dos mil setecientos doce, de acuerdo a la cotización del dólar tipo vendedor al cierre del día 31 de agosto de 2012 del Banco de la Nación Argentina (U\$S 1 = \$ 4.65)*”. En dicha oportunidad fue atendida por el Sr. Juan José Abecian, quien le manifestó que el pago en pesos sería aceptado por los acreedores en los términos de la carta documento que se le enviara a la deudora, ante lo cual esta última reiteró en todos sus términos las cartas documento enviadas a los acreedores con fecha 13 de agosto de 2012.

Ante tal situación, el día 1 de octubre de 2012 la deudora promovió demanda de consignación del importe de \$ 12.611, correspondiente a las cuotas 7ª y 8ª del mutuo que da origen a estas actuaciones. Señala que dicho importe fue calculado teniendo en cuenta la cotización del dólar tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina al día 30 de agosto de 2012.

Conforme lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible (art. 962). Asimismo en el art. 7 del referido cuerpo normativo se dispuso que cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato (conf. TOBIAS, José W. en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, dirigido por Alterini, Jorge H., pág. 48/49).

El art. 765 del Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten –como dice el art. 766 del mismo ordenamiento–, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada (OSSOLA, Federico Alejandro en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. V, pág. 126, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015). Consecuentemente, por tratarse de normativa supletoria, corresponde aplicar las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Código Civil (texto s/ley 23928).

Sentado ello es de señalar que el art. 617 del Código Civil dispone que si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la república, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Asimismo el art. 619 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.

Ahora bien, el deudor de una obligación no sólo tiene el deber de pagarla sino el derecho de hacerlo. Es por ello que entre los efectos de las obligaciones con respecto al deudor se encuentra la posibilidad de obtener su liberación forzada mediante el pago por consignación. Es decir que, el deudor goza del derecho de obtener su liberación forzada pagando con intervención judicial, no sólo ante la negativa del acreedor de recibir el pago sino en los demás supuestos en que encuentre dificultades que impidan efectuar el cumplimiento específico y espontáneo de la obligación directamente al titular del crédito (conf. BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. III, pág. 529 y sigtes).

Sin embargo, para que la consignación tenga fuerza de pago deben concurrir los requisitos de persona, objeto, modo y tiempo, todos ellos sin los cuales el pago no puede ser válido conforme lo dispone el art. 758 del Código Civil. En consecuencia, para que la consignación sea válida deben cumplirse respecto del objeto de pago los principios de identidad e integridad.

Por otra parte es de señalar que para que nazca la posibilidad de cumplir la prestación pactada por la vía del equivalente dinerario es preciso que se configure un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Es decir que el deudor deberá demos-

trar que la prestación ha devenido física o jurídicamente imposible, esto es, que exista una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta (conf. CNCiv, Sala "A", marzo 14/2014 "Waksman, E. c/ Lattari, E. s/ ejecución hipotecaria", expte. n° 10816/2013 y sus citas).

En el caso y como se refirió anteriormente la deudora alega que a partir del denominado "cepo cambiario" su parte quedó imposibilitada de adquirir dólares estadounidenses y consecuentemente de poder cumplir su obligación en la moneda pactada. Considera que tal situación configura un supuesto de "fuerza mayor" derivado de un acto del poder público.

Sin embargo coincido con la sentenciante de grado en cuanto a que la imposibilidad alegada por la deudora de obtener moneda extranjera en virtud de las disposiciones dictadas por el poder público no resulta suficiente para acreditar los presupuestos antes mencionados que tornen procedente la consignación pretendida. En efecto, como ya lo ha sostenido esta Sala en similares precedentes, 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 (conf. CNCiv. Sala "F" marzo 11/2015, "Brod Szapiro, S. y otros c/ Lorenzatto, R. D. s/ ejecución hipotecaria" expte. n° 99228/2013; id. noviembre 10/2014, "Deganis, C. A. y otro c/ Podlogar, P. A." expte. n° 91384/2008; en el mismo sentido CNCiv, Sala "J", agosto 15/2013, "Same Way S.A. c/ Fusca, M. y otro s/ ejecución hipotecaria", expte. n° 112176/2008).

Por otra parte y como fue señalado por la juzgadora, los importes consignados por la deudora, calculados al tipo de cambio oficial publicado por el Banco de la Nación Argentina no resultan suficientes para permitir a los acreedores obtener el reintegro de lo dado en préstamo o el equivalente para su adquisición en la misma moneda que fue entregada a la deudora.

En orden a lo expuesto, estimo acertado el criterio adoptado por la magistrada de primera instancia en cuanto juzgó que en la especie no se configuran los requisitos necesarios para que prospere la consignación intentada por la deudora.

Consecuentemente, corresponde rechazar la demanda de consignación y ordenar que se lleve adelante la ejecución hasta que se abonen íntegramente las sumas adeudadas.

Atento a la forma en que se resuelve, al alcance de los agravios de la deudora y de conformidad con el criterio asumido por la Sala en casos similares habrá de modificarse lo atinente a los intereses.

Al respecto es de recordar que no corresponde admitir cualquier tasa de interés por el sólo hecho de que se encuentre estipulada por las partes. Las reglas contenidas en los arts. 621 y 1197 del Código Civil encuentran su límite en la pauta rectora contenida en el art. 953 del citado Código, que fulmina de nulidad las cláusulas exorbitantes y faculta al juez a morigerarlas, reduciéndolas a límites razonables (conf.: C.N.Civ., esta Sala, "Ursachi de Gandula c/ Amarilla López s/ ejecución hipotecaria" R.281820 del 15/10/99; id. Sala "C" del 25-9-84, R. 5.713; id. Sala "L" del 5-12-91, R. 044169, entre otros). Esta norma de orden público se mantiene en el art. 1004 del nuevo Código Civil y Comercial.

A criterio de esta Sala, ponderando la forma como la ejecución prospera en moneda extranjera (dólares estadounidenses) y valorando las tasas pautadas por el mercado tanto en el ámbito nacional como internacional para operaciones como la ponderada, consi-

dera razonable fijar como tasa de interés el 6 % anual por todo concepto (CNCiv., Sala F del 12/4/10, R. 538.732, "Grotti de Canosa, Yone y otros c/ Bachmeier, Eduardo Ariel y otro s/ ejecución Hipotecaria), motivo por el cual habrá de modificarse en tal sentido la sentencia apelada.

Es de observar que como las partes, no obstante haber previsto la caducidad de los plazos ante el incumplimiento de la deudora de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato de mutuo, convinieron que para que ello ocurriera la acreedora debía declarar esa caducidad, lo que no ha ocurrido en el caso, la tasa del 6 % anual antes indicada se aplicará sobre el capital adeudado a partir de la cuota 7^a.

En mérito a lo expuesto, voto: **I.** En los autos "Fau, Marta Renee c/ Abecian, Carlos Alberto y otros s/ consignación" (expte. n° 79776/2012: Confirmar la sentencia de fs. 512/524, con costas de alzada a cargo de la actora vencida. **II.** En los autos "Libson, Teodoro y otros c/ Fau, Marta Renee s/ ejecución hipotecaria" (expte. n° 76280/2012): Confirmar la sentencia de fs. 164/166, modificándola en cuanto a los intereses los que se fijan por todo concepto a la tasa del 6 % anual sobre el capital adeudado a partir de la cuota 7^a. Con costas de alzada a cargo de la demandada.

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante los **Dres. Posse Saguier** y **Zannoni** votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto: *José Luis Galmarini - Fernando Posse Saguier - Eduardo A. Zannoni*

(Fuente del fallo: [Infojus](#))

Tanteo y retracto legales en las cuerdas del Código Civil cubano

Leonardo B. Pérez Gallardo

RESUMEN

Los derechos de tanteo y retracto han sido y siguen siendo figuras de configuración difusa, a partir de su discutida naturaleza como derechos reales de adquisición preferente. El Código Civil cubano toma partido al incluirlos dentro de esta modalidad de derechos reales. En el presente artículo se hace una disección jurídica de su esencia, teniendo en cuenta sus elementos distintivos y sus principales efectos.

Sumario: **1.** El derecho de tanteo. Concepto. Aproximación a su naturaleza jurídica. **2.** El derecho de tanteo legal. Fundamento. Presupuestos. **3.** Caracteres. **4.** Supuestos en los que procede. **5.** La puesta en conocimiento del vendedor al titular del derecho de tanteo de la venta que se propone realizar. **5.1.** Vías instrumentales de la notificación. **5.2.** Contenido de la notificación. **6.** El derecho de retracto. Aproximación a su naturaleza jurídica. **6.1.** Concepto. **6.2.** Nomenclatura. **6.3.** Presupuestos. **7.** Diferencias del derecho de tanteo. **8.** Crítica a la figura del retracto. **9.** Efecto del ejercicio del derecho de retracto: la subrogación en el lugar, que no en el grado del comprador. **10.** Consecuencias de la subrogación. **11.** Del pago de los gastos del contrato y de cualesquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados en el propio bien. **12.** Derecho de tanteo y derecho de retracto: ¿dos derechos independientes o dos fases de un mismo derecho? **13.** La presunción legal contenida en el artículo 228 del Código Civil. **14.** La llamada “conversión” del tanteo en retracto. **15.** La concesión cumulativa de tanteo y de retracto. **16.** La caducidad como modo de extinción de los derechos de tanteo y retracto. **17.** El plazo de caducidad. Su cómputo en el derecho de tanteo y en el derecho de retracto. **18.** La autorización administrativa para la transmisión de bienes inmuebles. Distinción del derecho de tanteo. **19.** Plazo para el ejercicio del derecho de tanteo. Fijación del dies a quo. **20.** Fuentes legales.

1. El derecho de tanteo. Concepto. Aproximación a su naturaleza jurídica

Incluido entre los derechos reales de adquisición preferente, o sea, “aquellos que facultan a su titular para adquirir una cosa determinada”¹, con características propias

1. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español*, t. II “Derechos reales”, Madrid, Edersa, 1981, p. 516.

de los *iura in re aliena*, el legislador cubano toma partido en este orden –criticable o no dicha posición–, al incluir el derecho de tanteo, o facultad de adquisición preferente², a cuyo tenor una persona, determinada por la ley, tiene preferencia para la adquisición de un bien que el titular pretende enajenar a título oneroso, en las mismas condiciones que propone el oferente o titular del bien.

- “el tanteo consiste en el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada, en el caso de que el dueño quiera enajenarla, y consiguientemente, la facultad que le asiste para que en este último caso, se lo manifieste así el propietario, indicándole el precio y condiciones de la enajenación”³
- “es la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla”⁴
- “faculta [...] para adquirir una cosa antes que otro [...] al que iba a ser enajenada”⁵
- “otorga a su titular la facultad de adquirir un bien determinado con preferencia a cualquier otro adquirente hipotético, cuando se proyecte su enajenación y por el tanto en que su propietario quiera enajenarlo”⁶.

Como didácticamente expresa entre nuestros doctrinantes el profesor Alberto Blanco⁷, la palabra tanteo

... indica de lo que se trata: tanteo [...] hay que tantear, hay que conocer la opinión del que puede ejercitar el derecho antes de venderlo a otro; porque si esa persona quiere adquirir por el mismo precio tiene preferencia para hacer suya la cosa de que se trata...

2. Tómese en cuenta que en el proceso de codificación se partió de un presupuesto disímil. Así, el anteproyecto de Código Civil de 1979 reguló tan solo el retracto legal en ocasión del contrato de compraventa, en sección independiente, bajo el rubro de retracto legal (arts. 292-294), siguiendo así la orientación del Código Civil español, a la sazón vigente aún en Cuba a la fecha. Este extremo fue superado en otras versiones más cercanas al momento de su promulgación. Expresa uno de los autores del Código Civil cubano, el profesor Rapa Álvarez, que el Código Civil cubano se apartó de su predecesor, que reguló los derechos de adquisición preferente en ocasión de la compraventa, al concebir al tanteo y al retracto como verdaderos derechos reales sobre bienes ajenos. Vid. RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, La Habana, Félix Varela, 1999, p. 134.

3. Vid. BADENES citado por CARRANCHO, María Teresa, “Derechos de tanteo y retracto establecidos a favor de la administración”, en *La circulación de los bienes muebles culturales*, 2001, p. 1. [Id. vLex: 180007. Fecha de consulta: 18/7/2015,].

4. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 120.

5. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil III. Derecho de bienes*, Madrid, Edisofer, 2010, 11ª ed., p. 801.

6. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código civil venezolano)*, Caracas, Ediciones Liber, 2006, p. 81.

7. BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el derecho civil español*, t. III, La Habana, 1959, 2ª ed., p. 186.

Del derecho de tanteo se ha dicho –no sin razón– que tiene “un contorno ambivalente o impreciso [...] intermedio entre los de naturaleza personal y naturaleza real”⁸, razón por la cual la doctrina científica no ha sido nada pacífica al estudiarlo. Espín Cánovas es de los autores que defiende la existencia de la categoría de derechos reales de adquisición preferente, en la que ubica al tanteo, al retracto y al derecho de opción. Su carácter real lo atribuye el autor a que tales derechos (los mencionados) “otorgan la facultad adquisitiva de la propiedad de una cosa mediante una preferencia sobre las demás personas que pretendan adquirirla o la hayan adquirido”⁹. Castán Tobeñas también se afilia a esta tesis¹⁰. Albaladejo sigue igual orientación, llamándolos también pretensiones de transmisión, ya que “autorizan a su titular para obtener de otra persona, a la que pertenece la cosa, la transmisión de la misma”¹¹. Para este autor, la naturaleza indudable que tiene el tanteo, al igual que el retracto y la opción, de ser concebido como derecho real está dada en que: limita el señorío del dueño de la cosa, que le quita la libertad de enajenarla a quien quiere y al gravar la cosa, la sigue y pesa sobre ella, esté en poder de quien sea, de modo que faculta a su titular para obtener su adquisición, no solo mientras es del primer dueño, sino frente a cualquiera, de modo que puede perseguir la cosa en manos de cualquier otra persona que la haya adquirido y exigirle la restitución.¹²

Lacruz Berdejo les califica como derechos reales limitados “que facultan a su titular para conseguir la transmisión a su favor de una cosa o derecho, por quien fuera su dueño (o su titular), pagando su precio”¹³. Díez-Picazo, por el contrario, niega que el tanteo, al igual que el retracto, tenga naturaleza real, al no atribuirle a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa. A su juicio, se trata de

... simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados *grosso modo* derechos potestativos.¹⁴

Se aduce que esta preferencia adquisitiva “priva al propietario de la cosa [...] de su libertad de enajenarla a quien quiera”, de ahí que se erija en “una limitación o gravamen de la propiedad”. Los derechos de adquisición preferente “afectan a la facultad

8. DE LA RICA, Ramón, “El derecho de tanteo. Su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, nº 534, septiembre-octubre 1979, pp. 1037-1050.

9. ESPÍN CÁNOVAS, D., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 517.

10. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, t. II, Madrid, Reus, 1957, 9ª ed., p. 44.

11. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 800. Similar posición también asume O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil*, t. II, v. I, 2001, pp. 1-2. [Id. vLex: 215466. Fecha de consulta: 22/7/2015].

12. Ídem.

13. LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, *Elementos de derecho civil III. Derechos reales*, v. II, Madrid, Dykinson, 2009, 3ª ed., p. 343.

14. Díez-Picazo, L., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 120.

dispositiva y se extinguen por su ejercicio al conferir el dominio”¹⁵. En postura contraria, que comparto,

... cabe considerar que el derecho de tanteo incide sobre la libertad de contratación no de disposición, pues limita la libertad de elección de la otra parte contratante, llegando a sustituir al comprador, y si bien no incide en el poder de autodeterminación, sí en la libre elección de la otra parte...¹⁶

Como apunta Lacruz Berdejo, el derecho de tanteo incide en que se desvíe hacia su titular el impulso transmisivo, que en principio estaba dirigido hacia otra persona.¹⁷

2. El derecho de tanteo legal. Fundamento. Presupuestos

El precepto solo admite el tanteo legal, o sea, la preferencia de adquisición, derivada *ex lege*.

Para que opere el derecho de tanteo se exigen como presupuestos:

1) Estar legitimado por ley para el ejercicio del derecho, al estar incurso en alguna de las situaciones jurídicas de las comprendidas por el legislador.

Para que prospere el ejercicio del derecho de tanteo, su titular debe estar legitimado por ley. No toda persona es titular del derecho de tanteo, sino tan solo aquellas que el legislador en concreto habilita, generalmente sustentado en razones de política jurídica o de connotación social. De ahí, que en esencia en el derecho comparado se le franquea tal derecho a los inquilinos respecto del propietario enajenante, a los copropietarios, en la compraventa de cuotas de participación a terceros de uno de ellos, al litigante, en caso de compraventa por el contrario del bien que se discute judicialmente, al usufructuario en el caso de compraventa del bien por el nudo propietario, en iguales circunstancias, al superficiario y a los cotitulares de fincas colindantes, cuando uno de ellos pretenda venderla a un tercero.

2) Proyectarse o concertarse una enajenación del bien a título oneroso, por concepto de compraventa.

Tratase el tanteo de un derecho que se ejercita en una fase en que el contrato de compraventa se ha proyectado, pero no consumado. El tanteante o titular del derecho de tanteo, de ejercitarlo, adquiriría el bien objeto del contrato, en las condiciones en que el vendedor propone concertar la compraventa, si bien esta no se ha consumado. Así, el precio que pagará el titular del derecho de tanteo es el fijado por el vendedor, ya que él no participa en su fijación. Se acepta la oferta de compraventa en

15. Ídem. Esta misma posición la asume ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *Curso de derechos reales*, t. II, Madrid, Cívitas, 1987, pp. 97-98.

16. COCA PAYERAS citado por CARRANCHO, M. T., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 2.

17. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 343.

los términos fijados por el vendedor, o simplemente se renuncia al derecho a adquirir el bien.

El tanteo supone un acuerdo de voluntades en potencia; hay, entre vendedor y comprador, algo más que unos tratos preliminares: la decisión, irrevocable entre ellos, de vender y comprar –con los elementos esenciales (cosa, precio) bien determinados– si el titular no ejercita el tanteo; sólo falta el otorgamiento y, por tanto, la transmisión posesoria y la adquisición dominical.¹⁸

No se olvide que el tanteo conculca la libertad de contratación, porque impone un sujeto contratante no querido o no buscado por el otro. El legislador traza los derroteros o pautas del contrato, en lo que a uno de los sujetos compete, a pesar de que el otro no lo elige, no es la contraparte contractual buscada.

El tanteo sólo puede ejercitarse antes de perfeccionarse el contrato, el cual en realidad se celebra con el que lo ejercita, no con el que pretendía adquirir la cosa.¹⁹

Sobre este particular, Albaladejo matiza en el sentido de que

... el derecho de adquisición funciona [...] entre el contrato encaminado a la transferencia de la cosa [...] del que solo nace la obligación de transferirla y la enajenación o transferencia de esta, mediante su tradición al comprador.²⁰

Los sujetos que intervienen son: el titular del bien o del derecho objeto de compraventa, el tercero interesado en su adquisición, y el tanteante.

En relación con las enajenaciones para las que este derecho se concede, cabe argüir que por regla general, tal y como lo regula nuestro Código Civil, atañe a las enajenaciones a título de compraventa, incluida también la dación en pago (*vid.* art. 297), que a estos efectos importa una compraventa, en la que el precio es la suma debida y la cosa lo dado en pago de ella. Por ello, le asiste razón a Albaladejo cuando aduce que

... se puede afirmar que, como regla, se otorga para el caso de enajenación por venta (o dación en pago), y que, excepcionalmente, se concede también a veces, para otras enajenaciones o figuras equiparadas...²¹

Estas pueden ser las enajenaciones en juicio ejecutivo o en subasta, incluso por concepto de permuta o de donación.

18. Ídem, p. 348.

19. DEL VALLE MORE, José, *Compraventa civil y mercantil. Estudio teórico-práctico*, La Habana, Lex, 1945, p. 359.

20. ALBALADEJO, Manuel, *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 805.

21. Ídem, p. 808.

Más discutido resulta de la formulación del artículo 226 del Código Civil la posibilidad que franquea el codificador de que el tanteante al ejercitar su derecho pague el precio legal, y no el convenido. Es cierto que la norma jurídica deja abierta la alternativa, de ahí la utilización de la conjunción disyuntiva “o”, de que el tanteante adquiera un bien por el precio convenido, como resulta justo, pues si él evita que el tercero lo adquiera, debe pagarle al vendedor el precio que este ha fijado y no otro, debe atemperarse a las condiciones establecidas en el contrato y no imponer las que él quiera, pues no ha sido él el elegido por el titular de la cosa en su venta proyectada, sino impuesto por la ley. Empero, con esa formulación se está ofreciendo una ventaja al Estado, que en Cuba ha sido y aún es, el eterno destinatario de las normas sobre derecho de tanteo y de retracto²², favoreciéndole no solo en la preferencia, sino en una preferencia cualificada, cuando la ley da la posibilidad de que el pago realizado sea, acorde con el precio legal, y no con el precio contractual, tal y como aconteció durante años en materia inmobiliaria, en la que antes de la vigencia del Decreto-Ley 233/2003 que prohibió expresamente la compraventa de viviendas, eufemísticamente hablando existía el derecho de disponer de la vivienda incluso por compraventa, pero había que pedirle autorización al Estado, a través del ente administrativo (Dirección Provincial de la Vivienda), quien en todo caso ejercitaría el derecho de preferencia para adquirir el bien²³.

3. Caracteres

En la doctrina española, el profesor Acedo Penco²⁴ sistematiza los caracteres de los derechos reales de adquisición preferente, aplicable por tanto no solo al tanteo, sino también al retracto, incluso al derecho de opción, de la siguiente manera:

22. *Vid.* a tal fin los comentarios del profesor Alberto Blanco sobre el derecho de tanteo a favor del Estado contenido en el Decreto 102 del 8/1/1934 (BLANCO, A., *ob. cit.* [cfr. nota 7], pp. 188-190). Igualmente, la referencia que hace el profesor Rapa Álvarez sobre las legislaciones pre y postrevolucionarias reguladoras de tales derechos, esencialmente a favor de entes públicos, ya sea el Estado, los municipios o el Banco Nacional de Cuba (*Vid.* RAPA ÁLVAREZ, V., *ob. cit.* [cfr. nota 2], pp. 137-139 y 142-144).

23. Art. 70, 1^{er} párr., Ley General de la Vivienda: “Cuando se trate de transmitir la propiedad de una vivienda por compraventa o donación, deberá realizarse ante notario por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente Dirección Provincial de la Vivienda, que tendrá derecho de tanteo para adquirirla en propiedad para el Estado, abonando al propietario el precio legal establecido en la presente Ley, menos el importe de la parte del precio que estuviera pendiente de pago, en su caso”. Tanteo que existía no solo en caso de compraventa sino también, y por asombro, en caso de donación, lo cual resulta inaceptable, pues el *animus donandi*, que en principio es irremplazable, se concreta sobre una persona en particular, no sobre el sujeto que el Estado impone, para colmo, el mismo. A fin de cuentas, el precepto fue letra muerta, pues no recuerdo ningún caso en que un particular haya vendido al Estado, con motivo del derecho de tanteo autofranqueado por el Estado a su favor, su vivienda, mucho menos, al precio legal, que en esa fecha y aún hoy, en nada se corresponde con el valor legal del inmueble, ni con los precios en que el mercado no oficial, se venden las viviendas.

24. ACEDO PENCO, Ángel, *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Madrid, Dykinson, 2013, 2^a ed., p. 254.

- a) Son derechos *reales* porque el poder que confieren sobre la cosa se puede ejercitar *erga omnes*.
 - b) Son derechos reales *limitados* en tanto restringen el dominio en todo lo que aquéllos reconocen, polarizando a su favor la facultad dispositiva del dueño.
 - c) Son derechos *subjetivos potestativos*, porque confieren a su titular la facultad de adquirir el dominio, pero sólo si este quiere.
 - d) Son *inscribibles* en el Registro de la Propiedad, aunque un sector de la doctrina defiende que en el caso de los tanteos y retractos legales, no es necesario por la garantía misma que ofrece la publicidad legal.
 - e) Son derechos *preferentes* y *excluyentes*, sobre cualquier otra persona que no ostente tales derechos.
 - f) Son derechos temporarios, *sujetos a un plazo de caducidad*, de modo que si no se ejercitan en ese interregno, perecen²⁵.
- Agrega Lacruz Berdejo:²⁶
- g) Son derechos de *tracto único*, por cuanto su ejercicio los agota.
 - h) Su *absolutividad* descansa en la publicidad que les confiere el Registro o la ley.
 - i) Su ejercicio no precisa de la *intermediación del propietario* (no existe prestación).

4. Supuestos en los que procede

La ley es la que determina los supuestos en los que se atribuye el derecho de tanteo, y por extensión también el de retracto. Conforme con el vigente Código Civil, lo tienen los comuneros a tenor del artículo 163. Su fundamento lo sitúa la doctrina en que “el legislador no ve con buenos ojos que se prolongue indefinidamente una situación de comunidad”²⁷, porque tal fragmentación resulta antieconómica y pulveriza la propiedad, de ahí que se favorezca la consolidación de todo el dominio en una sola persona. Téngase en cuenta, además, que por remisión del artículo 523 del Código Civil, la comunidad resultante entre coherederos, se rige, *en lo pertinente*, por las normas reguladoras de la copropiedad por cuotas, las que constituyen en el Derecho cubano una de las fuentes normativas de dicha comunidad, en la cual abrevan los principios reguladores del tanteo y del retracto entre coherederos²⁸. Igualmente, tiene derecho preferente de adquisición el Estado en caso de que los agricultores pequeños proyecten la venta de sus tierras. Particular que luego es desarrollado por

25. Esta particularidad más bien los distingue de los derechos reales que, en esencia, apuntan hacia la perpetuidad.

26. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 343.

27. URDANETA FONTIVEROS, E., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 91.

28. Vid. lo que sobre el tanteo y retracto entre coherederos se explica en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Comunidad hereditaria”, en *Derecho de sucesiones*, t., La Habana, Félix Varela, 2004, pp. 394-397.

el Decreto-Ley 125/1991 de 30 de enero sobre “Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios” en sus artículos 13, 14 y 15, y su Reglamento, contenido en la Resolución nº 24/1991 de 19 de marzo, del Ministro de la Agricultura, en sus artículos 4 al 8.²⁹

La legislación especial, administrativa (en su vertiente inmobiliaria), regula supuestos especiales de tanteo y retracto, así: el previsto en el artículo 21 de la Ley General de la Vivienda, tal y como ha quedado modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley nº 322 de 31 de julio de 2014. En efecto, el propietario de un solar yermo que pretenda venderlo o donarlo, tiene primero que pedir autorización a los entes administrativos (direcciones provinciales de la vivienda), los cuales, según la norma, pueden adquirir para el Estado la propiedad del solar, mediante el pago del precio legal³⁰. Con similar tratamiento, regula el artículo 108, último párrafo, de la mencionada Ley, tal y como ha quedado redactado, luego de las modificaciones que introdujeran el artículo 1 del Decreto-Ley 233 de 2 de julio de 2003 y el artículo 1 del Decreto-Ley 322 de 31 de julio de 2014, el derecho de tanteo a favor del Estado, igualmente con el pago del precio legal –¿tanteo o retracto?–, en caso de que el propietario de

29. Sobre tales retractos en particular, remito a los comentarios realizados en esta propia obra respecto de dichos preceptos.

30. El precepto es un verdadero engendro jurídico, despojado de la más mínima concepción de lo que es el derecho civil. En primer orden, habilita el derecho de tanteo y de igual manera el de retracto (tómese en consideración el dictado del art. 228 Código Civil), pero, al hacer referencia al derecho tanteo, alude al pago del precio, lo cual no se corresponde con el derecho invocado sino con el retracto. En otro orden, incurre también en el ejercicio abusivo del pago del precio legal, que por supuesto nunca es el que propone el vendedor, quien quiere un precio ajustado al que se ofrece en el mercado no oficial, pero que se corresponda con las necesidades económicas y sociales de las personas (justicia económica). Precio legal que se adecua al dictado del artículo que comento, no así al sentido de justicia y equidad al cual debe estar abocado todo precepto legal. Cabe significar, además, que se incluyen los actos de liberalidad a título de donación entre aquellos en los que hay que solicitar la autorización del ente administrativo, lo cual –aunque discutible en razón de la autonomía privada y del ejercicio de las facultades del derecho de propiedad que todo titular tiene– es posible legalmente, no así el tanteo autorizado, porque si el titular de un terreno quiere donarlo, es porque no desea nada a cambio sino protagonizar un acto de liberalidad, a saber, la transmisión del dominio del referido bien, sin contraprestación alguna y con el marcado propósito de favorecer a una persona determinada. Entonces, ¿por qué le van a imponer un adquirente, respecto del cual no tiene interés alguno en favorecer *animus donandi*? Si el propósito es una donación, ¿cómo la norma va a disponer a favor del Estado el ejercicio del derecho de tanteo e incluso establecer el pago del precio legal del terreno? Más que un derecho de tanteo, la figura contenida en el citado art. 21 de la Ley General de la Vivienda tiene rostro de pretensión confiscatoria. Para rematar la crítica, habría que dilucidar hasta qué punto el ente administrativo puede representar al Estado ejercitando el derecho de tanteo de aquel. Entra en franca contradicción con el art. 20.1 en relación con el apartado 2 del Decreto-Ley 227/2002 del 8/1, “Del patrimonio estatal”, que le atribuye al Ministerio de Justicia la representación del Estado cubano, para, entre otros extremos: “ejercer los derechos de tanteo y retracto, conforme a las disposiciones legales vigentes, para adquirir bienes y derechos a favor del patrimonio del Estado cubano”. Facultad que se ejercita concretamente a través del Departamento de Patrimonio del citado Ministerio. Para profundizar en el análisis crítico, tómese en cuenta que según el art. 145.2 d) de la Ley General de la Vivienda (según las modificaciones que introdujo el Decreto-Ley 322/2014), al Instituto de Planificación Física le viene atribuida, entre otras facultades, la del ejercicio del derecho de tanteo a favor del Estado. Habría entonces que dilucidar quién es realmente el competente para ejercitar este derecho, si el mencionado Instituto, basado en el principio de especialidad, o si el Ministerio de Justicia, sustentado en que es el organismo de la administración central del Estado al que la norma reguladora del patrimonio del Estado (norma ad hoc) le confiere esta competencia.

una vivienda en áreas de fincas rústicas de propiedad personal, pretenda permutarla, donarla o “traspararla”³¹. Otros supuestos regulados en las normas administrativas son enunciados por el profesor Rapa Álvarez, tal y como ya expliqué.³²

5. La puesta en conocimiento del vendedor al titular del derecho de tanteo de la venta que se propone realizar

El titular del bien o derecho que se enajena tiene la carga, y no la obligación –como dispone el artículo 226 del Código Civil–, de poner en conocimiento o dar cuenta –como dice exactamente el Codificador– al titular del derecho de tanteo de la compraventa que se propone realizar, lo cual supone que antes de la perfección del contrato le compete hacerle saber al tanteante las condiciones en que pretende concertar el contrato. De una mera lectura del precepto, se infiere, que la puesta en conocimiento corresponde a un estadio en que aun el contrato no se ha perfeccionado, si bien, nada priva que esté en fase de tratativas, pues el propio legislador se refiere a la “venta que se propone realizar”, o sea, a un contrato que no se ha perfeccionado por las partes.

Es necesario, eso sí, que estén delimitadas las condiciones fijadas por el titular del bien o derecho, frente al tercero, de modo que el tanteante no tenga más que asumir estas para adquirirlo. Quien tiene que poner en conocimiento es el titular del bien o derecho, de una manera directa y clara, sin ambages, que pudieran llevar al tanteante a renunciar al derecho. No le es lícito hacerle saber a este, condiciones distintas de las que ofrece al tercero. En esencia, lo que concierne al precio de la compraventa y las facilidades de pago.

5.1. Vías instrumentales de la notificación

La notificación o puesta en conocimiento puede realizarse por diversas vías. El artículo no establece requerimientos o pautas formales. El titular del bien o derecho puede hacerlo verbalmente o por escrito, ya sea por documento privado o a través de instrumento público notarial. Puede emplear al efecto cualquiera de los medios de prueba franqueados en derecho para evitar el incumplimiento de esta carga, que pudiera traer como efecto, el ejercicio exitoso del derecho de retracto. Si emplea la vía instrumental notarial, lo más acertado es que utilice el acta de notificación a que hacen referencia los artículos del 89 al 95 del Reglamento notarial.

31. Expresión impropia y vacía de contenido jurídico. Precepto que igualmente no saldría airoso de la crítica, por las razones ya apuntadas en la nota anterior.

32. RAPA ÁLVAREZ, V., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 142-144.

5.2. Contenido de la notificación

La notificación es un acto de parte, en el que el titular del bien da a conocer al tanteante su declaración de voluntad de vender el bien del cual es titular o la cuota-parte de este sobre la cual también ostente titularidad. Como arguye Montoto de Sedas³³, haciendo referencia a la notificación de tipo notarial, sin dudas la que más garantías le ofrece al vendedor:

Es el acto autorizado por Notario competente, por cuya virtud se hace saber de modo auténtico a una persona determinada, ya una resolución o pronunciamiento de una autoridad, ya el nexo de una relación jurídica, ya el contenido de una declaración de voluntad.

Precisamente en el caso objeto de nuestro estudio, se trata de una declaración de voluntad el contenido mismo de la notificación, dirigida a hacer saber la intención de vendedor y las condiciones de la venta que se propone realizar, ya incluso en fase de tratativa con un tercero. De este modo, si se utiliza la forma notarial, el vendedor se puede entender o bien con el titular del derecho de tanteo o, en su defecto, con su apoderado, representante legal, o incluso con un familiar o cualquier otra persona relacionada con el notificado, en cuanto sea factible y en la forma y dentro del término acordado, según prescribe el artículo 90, primer párrafo, del reglamento notarial, aplicable *mutatis mutandi*, a este tipo concreto de acta.

Hoy día es aconsejable el acta de notificación ante compraventas de cuotas de participación sobre vivienda de residencia permanente. En tales supuestos, el copropietario enajenante está en el deber de “antes de enajenar su parte a un tercero [...] ofrecerla en tanteo a los demás copartícipes” (art. 163.1 del Código Civil). De ahí el debido asesoramiento que debe dar el notario al comprador de la cuota de participación cuando no tiene certeza que los demás copartícipes no tienen interés en adquirir dicha cuota, máxime cuando en la actualidad en la mayoría de tales actos las partes, en aras de evadir el verdadero monto de los impuestos a pagar, declaran un precio de venta, irrisorio, en comparación con el verdaderamente pagado, lo cual facilita la posición de los copartícipes retrayentes para ejercitar la correspondiente subrogación. En tal sentido, si el enajenante declara un precio de venta (el real) en el acta de notificación en la que le da a conocer a los copartícipes su decisión de vender su cuota de participación, a los fines de desmotivar al o a los tanteantes del ejercicio del derecho que le corresponde, precisamente porque en las condiciones de venta se incluye un precio inalcanzable por estos. Será ineficaz la renuncia al ejercicio de tal derecho, si posteriormente en la escritura pública de compraventa de cuota de participación sobre la vivienda, se declara un precio irrisorio, en comparación con el que

33. MONTOTO DE SEDAS, Castor, “La notificación notarial en derecho español”, en *Revista de Derecho Notarial* [ahora *Revista Jurídica del Notariado*], Madrid, Consejo General del Notariado, n° XX, abril-junio 1958, p. 299.

inicialmente le dio a conocer a los tanteantes, dada la no coincidencia entre las condiciones anunciadas de la venta, y aquellas en las que posteriormente se concierta el contrato. De ese modo, ineficaz la renuncia al ejercicio del derecho de tanteo (la cual puede ser tácita si en el plazo de caducidad establecido no se ejercita el derecho), correspondería a éstos el ejercicio del derecho de retracto, dado que a pesar de la notificación, el contenido de esta no se aviene a la realidad, precisamente por manipulación dolosa del vendedor.

Queda claro que si el tras la notificación, cambian las condiciones de la venta, variando el precio y las facilidades de pago (la compraventa de cuota de participación en el Derecho cubano puede ser a plazos, por lo cual cabría incluso que se pactaran garantías a favor del vendedor por el comprador), tendría que el vendedor volver a notificar al o a los copropietarios para que supiera(n) las nuevas condiciones de la venta, a los fines de decidir si ejercita(n) o no el derecho de tanteo cuya titularidad ostenta(n).

6. El derecho de retracto. Aproximación a su naturaleza jurídica

6.1. *Concepto*

El retracto es el derecho preferente que faculta para adquirir la propiedad de una cosa, tras su enajenación. Para Pothier³⁴, “el derecho de retracto no es otra cosa que el derecho de hacerse suya la compra de otro y de constituirse comprador en su lugar”. Según Castán Tobeñas³⁵, es

... el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador.

Al decir de Espín Cánovas³⁶, consiste “en la facultad de adquirir una cosa ya enajenada, con preferencia sobre el adquirente, previo reembolso al mismo del precio que pagó y los gastos ocasionados”. En la doctrina peruana, Carranza Álvarez³⁷ lo define como

... el derecho que se concede a un tercero para incorporarse a una relación contractual (de compraventa y, por extensión, una dación en pago), reemplazando al comprador en

34. POTHIER, Robert J., *Tratado de los retractos*, Madrid, Librería de Gaspar, 1883, trad. Manuel Deó, p. 5.

35. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, t. IV, Madrid, Reus, 1993, 15ª ed., p. 174.

36. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, ob. cit. (cfr. nota 1), p. 524.

37. CARRANZA ÁLVAREZ, César, “Cuestiones y cuestionamientos sobre el derecho de retraer en el Código Civil del Perú” (conferencia dictada por el autor en la sede del Colegio de Abogados de La Libertad, Trujillo, 17/5/2003), s. e.

el contrato celebrado, asumiendo para sí todas y cada una de las estipulaciones pactadas entre los contratantes originarios.

La preferencia que el derecho de retracto concede se dirige contra el tercero adquirente, al permitirle la ley (en el supuesto de retracto legal, único permitido en el Código Civil cubano) subogarse en el contrato ya consumado, mutando la posición del comprador.

6.2. *Nomenclatura*

Retracto es el *nomen* que se le atribuye a esta figura, lo que no se aviene sobre todo a la modalidad, cuya fuente es la ley. Retraer supone volver a traer, traer de nuevo, reintegrar una cosa al estado en que ya se ha encontrado, o sea, significa reiteración, repetición, lo que no se corresponde con la verdadera configuración jurídica del retracto legal, pues en este el retrayente no trae de nuevo la cosa para sí, porque esta nunca le ha pertenecido, inicialmente era del enajenante, y luego del adquirente. Cuando la adquiere en virtud del ejercicio del derecho, se hace titular de la cosa por vez primera.

Puede resultar de interés a los fines de estos comentarios lo acontecido en Perú, en razón de la reforma al Código Civil en 1984. La comisión revisora del Código Civil mantuvo la denominación de retracto a pesar de la impropiedad del término conforme con su propia configuración jurídica. Y en ello triunfó más la costumbre y el mimetismo de los términos que tanto incide en sede de Derecho civil. Así, durante los debates para la aprobación del Código fue un tema arduamente discutido el de su denominación, en tanto que se proponía el de derecho de sustitución (término este último que ya tiene un significado jurídico en materia de Derecho de sucesiones, para hacer referencia a la sustituciones hereditarias, y en ocasión del apoderamiento, para aludir a la sustitución de las facultades de representación). Empero, como ya había expresado se consideró que a pesar de que en el orden de la semántica no se aviene el término a la institución, resultaba, no obstante, más conforme con la tradición legislativa y con la manera en que era conocido por la doctrina y la jurisprudencia.³⁸

La clasificación más común y significativa de esta figura es la que atiende a su fuente u origen, de ahí que se hable de retractos legales y de retractos convencionales³⁹. Entre las notas características del retracto legal, cabe situar:

38. Vid. DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel, "Derecho de retracto", en *Themis. Revista de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, n° 38, 1998, pp. 128-129.

39. El retracto convencional permite al propietario de un bien que necesita temporalmente fondos y que no quiere desprenderse definitivamente de la propiedad, obtener tales fondos sin perder la posibilidad de recuperar dicha propiedad. De este modo, el propietario puede optar por vender el bien en cuestión, reservándose la facultad de recuperarlo dentro de cierto período, al restituir al adquirente el precio pagado y los gastos

- 1) Según la fórmula empleada por nuestro legislador, clasifica entre los derechos de naturaleza real, y como tal con efectos *erga omnes*.
- 2) Su fuente es la ley.
- 3) Es un derecho accesorio. Su ejercicio se supedita a la imposibilidad de haber ejercido el derecho de tanteo, por no haber sido informado de la venta proyectada. Entiéndase ello, si partimos de la existencia de dos derechos distintos, no así si se concibe como una de las facultades del derecho real de adquisición preferente.
- 4) No es perpetuo, pues a diferencia de la perpetuidad de la que gozan los derechos reales, el tanteo se agota con su ejercicio, aun cuando tal ejercicio conlleve a la adquisición de la propiedad.
- 5) Opera en las enajenaciones a título oneroso, por compraventa, aunque también cabría en la dación en pago.⁴⁰
- 6) Afecta, en esencia, al adquirente, contra el cual se ejercita la acción de retracto, subrogándose en los derechos de este frente al enajenante, debiéndole al adquirente el precio pagado por concepto de compraventa, y las demás erogaciones derivadas del contrato.

6.3. Presupuestos

Para que se active el derecho de retracto y en consecuencia sea ejercitable este, tiene que haberse consumado el acto enajenante, no solo es suficiente con la perfección del contrato, sino es necesaria la *traditio*, en cualquiera de sus formas, a los fines de que se haya transmitido el dominio, sin que a su vez se le haya dado información o aviso al titular del derecho de adquisición preferente, o sea, sin que se le haya notificado de la proposición de venta, por lo cual el retrayente no ha podido ejercitar oportunamente el derecho en su fase preadquisitiva (tanteo).

de la venta. Esta modalidad de retracto le facilita al propietario procurarse dinero que requiere mediante la enajenación de la cosa, pero reservándose la posibilidad de readquirir la cosa vendida, si así lo desea. Opera aquí propiamente dicho un retracto, un volver a traer o readquisición de la cosa. De ahí que –doctrinalmente hablando–, el retracto convencional sea una causa de resolución de la venta. Establece sólo una facultad de recuperar la cosa a favor del vendedor. Si este no ejercita el derecho del que es titular, la propiedad queda irrevocablemente adquirida por el comprador, al caducar el plazo establecido. Ha de ser estipulado en el acto de la venta, ya que funciona como una cláusula especial de ella. En él, basta la declaración unilateral del vendedor de ejercerlo, incluso contra la voluntad del comprador, de ahí su eficacia real, y sus efectos *ex tunc*, por ello se considera una condición resolutoria potestativa, cuyo cumplimiento depende de la voluntad del vendedor y produce la resolución de la venta.

40. De todas formas, en el derecho cubano, siguiendo al español, siempre hubo tradición de hacerlo extensivos a otras formas de transmisión distintas de las enunciadas.

7. Diferencias del derecho de tanteo

Cabe apuntar como diferencias del tanteo las siguientes:

- 1) Mientras que el tanteo supone el ejercicio por su titular de la *preferencia preadquisitiva*, o sea, en la fase previa a la enajenación, cuando esta se proyecta, el retracto supone el no ejercicio del tanteo, por no habersele notificado a su titular de tal negocio proyectado. Se trata de una *preferencia postadquisitiva*.
- 2) El tanteo se ejercita *frente al titular del bien*, el retracto, *frente al adquirente*.
- 3) El tanteo supone un *límite a la libertad de contratación*, porque el titular del bien no puede escoger libremente la persona con la cual quiere contratar, pero en todo caso puede disponer. El retracto es *un límite a la propiedad*, porque el adquirente es desposeído del bien adquirido, si bien reembolsado en el precio pagado y reintegrado en el resto de las erogaciones realizadas, pero en todo caso, es despojado de su titularidad.
- 4) Los sujetos que intervienen en el tanteo son el *tanteante* y el *titular del bien o cosa*, en el retracto el *retrayente* y el *adquirente*, en tanto el enajenante ya ha desaparecido del derecho real sobre el bien enajenado.
- 5) El tanteante, al ejercitar su derecho *evita la enajenación* frente al tercero y *adquiere el dominio del bien a enajenar*. El retrayente se *subroga* en el lugar del adquirente, en la misma posición de este, y *adquiere el dominio del bien que ya se había enajenado*.
- 6) El ejercicio del derecho de tanteo se activa con la *notificación o puesta en conocimiento* por el titular del bien de su venta proyectada, mientras que el ejercicio del derecho de retracto se activa con el *conocimiento* que por *cualquier vía*, adquiere el retrayente de la venta realizada.

8. Crítica a la figura del retracto

La figura del retracto ha resultado criticada por la doctrina científica en razón de las cortapisas que supone para la libre circulación de los bienes. En el derecho peruano, Carranza Álvarez⁴¹ es sumamente crítico con el retracto:

Al regularse el retracto se aspira a que un tercero obtenga un bien determinado, que forme parte de una relación de la cual ha sido ajeno y aún contra la voluntad de los contratantes, que reemplace al contratante (adquirente) que invirtió tiempo y dinero en la negociación y posterior celebración del contrato; y aún más, destruya todo cuanto mecanismo de defensa haya utilizado el adquirente para defender su adquisición. Al retrayente es a quien se protege: ¿y al comprador? Simplemente nada. Ya hemos dicho que la aspiración de todo aquel que acude al mercado para lograr la adquisición de un bien es que, una vez adquirido, su derecho se encuentre protegido, no pudiendo ser puesto en

41. CARRANZA ÁLVAREZ, C., ob. cit. (cfr. nota 37), p. 8.

duda o atacado por nadie. Y aquí también podemos ubicar a los adquirentes de buena fe que contratan amparados en la información contenida en el Registro. Así, el retracto antes que proteger logra precisamente lo contrario.

Antes, Cantuarias⁴² le había dedicado un réquiem poniendo en tela de juicio su función económica y social, y sus perniciosos efectos en el mercado, al atentar contra la circulación de los bienes, hacer más onerosas las transacciones y cargar de costos al vendedor, al comprador y a los terceros. En su mordaz crítica, Carranza Álvarez⁴³ es partidario de su supresión en el derecho peruano, pues a su juicio se trata de

... una institución que antes de favorecer perjudica, que desprotege y no asegura las transacciones, que obstaculiza y no facilita el tráfico de bienes, que desestabiliza y no asegura las relaciones jurídicas establecidas, que genera incertidumbre antes que confianza, que atenta antes que salvaguarda principios fundamentales del derecho [por lo que] no merece ser regulada por un ordenamiento jurídico.

9. Efecto del ejercicio del derecho de retracto: la subrogación en el lugar, que no en el grado del comprador

Han sido diáfanos los codificadores cuando dejan previsto que el efecto del ejercicio exitoso del derecho de retracto es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador. Evito en tal caso, repetir a los autores del Código cuando incluyen en esta subrogación el grado del comprador, lo que resulta impropio en lenguaje técnico, la subrogación nunca es en el grado, que no opera así ni tan siquiera en materia sucesoria, sino en el lugar que ocupa en el contrato el adquirente, frente a quien se ejercita la acción de retracto.

A pesar de la posición que ha defendido cierto sector de la doctrina, a cuyo tenor se sostiene que el efecto del retracto es la resolución del contrato de compraventa que concertaran y ejecutaran el titular del bien y el adquirente de este⁴⁴, la que sostiene el Código Civil cubano es la de la subrogación⁴⁵, que no novación, ni cesión de la posición contractual, ni ninguna otra figura jurídica⁴⁶.

42. CANTUARIAS S., Fernando, "Retracto. Réquiem de un derecho 'económico y social'", en *Themis. Revista de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 24, 1992, pp. 61-68.

43. CARRANZA ÁLVAREZ, C., ob. cit. (cfr. nota 37), p. 9.

44. Esencialmente entre los autores españoles, al regular el art. 1506 del Código Civil: "La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal", particular que sí opera en el retracto convencional pero que no le es dable al de origen legal.

45. Tal ha sido la posición defendida por CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit. (cfr. nota 35), p. 176.

46. Para Albaladejo –en posición que no sostengo, pero que no deja de ser de interés por los argumentos que esgrime–, en el retracto, como el comprador ya se convirtió en propietario por efecto de la *traditio*, "no es po-

El retracto no tiende nunca á rescindir ni á destruir el contrato, sino á subrogar en todos los derechos resultantes del mismo la persona del retrayente á la del comprador sobre quien el retracto se ejerce.⁴⁷

Tras el éxito del ejercicio, judicial o extrajudicial, de la acción de retracto, el contrato concertado se mantiene subsistente, y lo único que muta es el adquirente, siendo reemplazado este por el retrayente, a lo que nuestro codificador llama “ocupar su lugar”. Como explica Urdaneta Fontiveros⁴⁸,

... [e]l retrayente sustituye a la persona del adquirente; se incrusta en su misma posición jurídica dando como consecuencia que sea y que aparezca como el único adquirente de la cosa enajenada, sin necesidad de un nuevo contrato y sin necesidad de tocar para nada la primitiva compraventa que es inatacable y que queda inalterada. No existe una segunda venta porque el primer adquirente nada transmite al retrayente.

Nuestro retracto legal no lleva consigo la resolución de la venta sino la subrogación del adquirente en la posición del comprador en la compraventa que ha tenido lugar, como si el retrayente hubiera adquirido directamente del vendedor (titular originario del bien). El retrayente sustituye al adquirente en sus derechos, pero el contrato permanece con todos sus efectos jurídicos.

Como explica en la doctrina patria Del Valle More⁴⁹, incluso vigente el Código Civil español, en el retracto legal –único admitido en Cuba desde 1901–⁵⁰,

sible que el retrayente pueda ocupar en tal contrato el puesto del tercero, para que la transferencia de la cosa se realice a su favor en lugar de al de éste, sino que sólo es posible imponer una nueva transmisión del tercero al retrayente”. O sea, a su juicio, no hay subrogación alguna en el contrato ni adquisición del dueño, sino que el retrayente adquirirá del comprador, en virtud de una transmisión de este hacia él. Tampoco es partidario de la resolución del contrato. La primera transmisión no queda resuelta, sino que, sobre ella, tendrá lugar la segunda transmisión del adquirente al retrayente. Eso sí, el retrayente se convierte en dueño de la cosa, en las mismas condiciones en que el otro se había convertido antes. A los fines de sustentar su tesis, comenta el maestro español que al tratarse de derechos reales, se confiere poder directo e inmediato sobre la cosa, que quedará sujeta a su titular, quien tiene poder para hacer producir su transmisión hacia él. Por ello, al declararse con lugar la demanda en que se ejercita la acción retractual, no se ha de compeler al adquirente a vender el bien al retrayente, y en caso de negativa, no es dable tampoco que ocupe su lugar el juez, quien habría de otorgar escritura pública y ordenar la entrega del bien, lo que pasa, según el autor “es que hay derecho a hacer suya la cosa por el adquirente directamente, aunque se diga (mal) que se hace por venta, porque la escritura de transmisión del retraído al retrayente realmente no es de venta, sino de transferencia de lo retraído, transferencia a la que tiene derecho el titular del derecho de adquisición”. *Vid.* ALBALADEJO, M., *ob. cit.* (cfr. nota 5), pp. 812-813.

47. Según POTHIER, R. J., *ob. cit.* (cfr. nota 34), p. 5.

48. URDANETA FONTIVEROS, E., *ob. cit.* (cfr. nota 6), p. 99.

49. DEL VALLE MORE, J., *ob. cit.* (cfr. nota 19), p. 358.

50. Por disposición de la Orden Militar nº 191 del 20/8/1901 se derogaron del Código Civil español, vigente en Cuba, las normas reguladores del retracto convencional. No se olvide que la figura siempre fue sumamente criticada, pues lleva consigo el peligro de que sea utilizada para prestar dinero, en función usuraria, siendo fuente de litigios y fácil instrumento de engaños y fraudes, a la vez que hace incierta la propiedad, por el carácter revocable del dominio que se transmite al comprador. A través de esta modalidad retractual se suelen con-

... entra un tercero en la operación y el retracto no va a poner las cosas en la misma situación que tenían antes del contrato; la cosa vendida no va a volver a poder del vendedor, sino de un nuevo comprador que se subroga en lugar del primitivo.

10. Consecuencias de la subrogación

Como resultado o efecto de la subrogación, cabe apuntar:

- a) Al ser una subrogación, el contrato permanece inalterable en su circunstancia y condiciones⁵¹, la subrogación *ex lege* solo afecta al adquirente, que resulta desplazado por el retrayente⁵².
- b) El retrayente tiene que ajustarse a las condiciones estipuladas en el contrato entre vendedor y comprador, no las puede alterar, pues la subrogación solo conlleva mutación subjetiva, a él no le queda más remedio que respetarlas y cumplirlas. Téngase en cuenta que cuando se ejercita el derecho de retracto, ya el contrato estaba perfeccionado, y el adquirente era el titular del dominio sobre el bien, o sea, se había consumado la *traditio*.
- c) El retracto legal no determina una nueva transmisión entre el retrayente y el comprador, o sea, el contrato que era título de la adquisición del bien que se enajena, para el adquirente o comprador, ahora lo es para el retrayente, con efectos *ex tunc*.
- d) No conlleva una nueva transmisión del dominio entre el comprador original (subrogado) y el retrayente como comprador (subrogante), dado que el contrato no se ha resuelto, en consecuencia, el retrayente no es causahabiente del subrogado, sino del vendedor o enajenante, como si hubiera sido el primitivo adquirente.

certar ventas a precios muy inferiores al valor real de la cosa que se enajena. Quien funge como comprador tiene la seguridad de que el vendedor no podrá rescatar la cosa y que, en consecuencia, se convertirá en propietario de un bien cuyo valor será muy superior al que paga por su adquisición, constituyendo la diferencia entre ambos valores el interés del capital prestado, de ahí que se encubra con ella préstamos usurarios. Igualmente se considera que con esta figura las partes pueden eludir la aplicación de normas de orden público, por ejemplo: las que prohíben los pactos comisorios, con la agravante de que el prestamista no se convierte en propietario al vencimiento, pero sí con anterioridad, o sea, desde el día del préstamo encubierto mediante el subterfugio del retracto convencional.

51. Según DEL VALLE MORE, J., ob. cit. (cfr. nota 19), “Intangibilidad de las condiciones de la compraventa”, a las cuales tiene que sujetarse el retrayente. De ahí –como expone el autor citado–, el riesgo que supone para el vendedor el que haya pactado una compraventa a plazos sin garantías. Dado que si el retrayente ejercita su derecho y tiene éxito en ello, se subroga en el lugar del comprador, y solamente pagaría a este la parte del precio pagada, teniendo que aceptar el vendedor un deudor distinto del que convino con él el contrato. Por ese motivo, es aconsejable que cuando el vendedor enajene un bien, sujeto a las condiciones legales en las que se da el retracto, sea lo suficiente previsor como para evitar el pago aplazado por el comprador, pues ha de prevenir la latente posibilidad de sustitución de éste por el retrayente.

52. Por ello, la acción de retracto no se ejercita frente al enajenante o vendedor, porque una vez consumado el contrato el vendedor queda desvinculado de las futuras relaciones jurídicas con la cosa vendida, el retracto no le afecta.

- e) El comprador o subrogado, simplemente desaparece de la relación jurídica, o sea, es desplazado de su titularidad del bien y se reputa como si nunca hubiere sido propietario.
- f) Los actos de enajenación o de gravamen sobre el bien que hubiere concertado el comprador, quedan consecuentemente, sin efecto alguno, desapareciendo los derechos reales constituidos *medio tempore* por el comprador sobre la cosa o bien.
- g) La sentencia que declare con lugar el ejercicio de la acción de retracto se limitará a declarar operada la subrogación, o sea, será una sentencia declarativa de la adquisición llevada a cabo a favor del retrayente. Eso sí, ha de modificarse la inscripción registral practicada, la cual se mantiene subsistente, salvo en lo que se refiere al adquirente, que ahora será el retrayente⁵³.
- h) El adquirente del bien, desplazado de este por el exitoso ejercicio de la acción retractual no responde frente al retrayente de saneamiento por evicción, quien responde será el enajenante, del que se reputa adquirió directamente el retrayente⁵⁴.

Ejercitada la acción de retracto, el retrayente, debe consignar el precio pagado por el comprador, con la demanda que en su momento interponga, de ejercitarse judicialmente el derecho. Ahora bien, con independencia de las venta sucesivas realizadas, el retrayente puede ejercitar el derecho del que es titular tomando como referencia la primera enajenación, si bien procesalmente habría que acumular las demandas contra los sucesivos adquirentes a los fines de que se le condene a todos en el mismo fallo o para que el verdadero poseedor del bien pueda devolverlo al retrayente, en su caso⁵⁵.

11. Del pago de los gastos del contrato y de cualesquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados en el propio bien

Compete al retrayente, no solo pagar, a título de reembolso, el precio de venta al adquirente del bien, sino igualmente pagar los gastos en que por razón del contrato se haya incurrido, entendiéndose aquí los de escrituración del contrato, si este fue instrumentado por escritura pública notarial (reembolso del arancel notarial pagado).

53. En tal sentido, es dable explicar que, conforme con la tesis subrogatoria, la inscripción practicada originalmente no se debe cancelar, pues uno de los efectos de esa subrogación es mantener la eficacia del contrato, mutando tan solo uno de sus componentes subjetivos. En consecuencia, se modificará el asiento registral en lo que al adquirente se refiere, precisamente por razón del éxito del ejercicio de la acción retractual.

54. No así respecto del primitivo adquirente porque el vendedor no ha enajenado bienes o derechos que no le pertenecen, y si el adquirente no ha obtenido beneficios es porque la ley le priva de éstos. El adquirente pagó por bienes a su riesgo, y por lo tanto ha de pechar con sus consecuencias.

55. *Apud* BLANCO, A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 175.

Empero, el precepto se refiere también a cualquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados sobre el propio bien, así las mejoras realizadas sobre el bien, *v. gr.*, tratándose de un vehículo de motor, las adaptaciones realizadas, la pintura, el pago de servicios a los mecánicos automotrices, cambios de piezas, de neumáticos, u otros aditamentos; en materia de vivienda, el pago de los servicios de arquitectos, pintores, plomeros, electricistas, tendientes a mejorar el estado técnico constructivo del inmueble. Igualmente, el reembolso por las erogaciones realizadas por concepto de remodelaciones internas y externas del propio inmueble, e incluso por la ampliación de éste. En tal sentido, el adquirente puede exigir la liquidación posesoria por razón del reemplazo del dominio sobre el bien.

En cuanto a los impuestos pagados, al no suponer el retracto una nueva transmisión del dominio, del adquirente al retrayente, sino una subrogación de este en la posición de aquel, quedando incólume el contrato, compete al retrayente el reembolso al comprador o adquirente primigenio, sin que el fisco pueda dirigirse contra él, pues frente a él se tienen por liquidados.

12. Derecho de tanteo y derecho de retracto: ¿dos derechos independientes o dos fases de un mismo derecho?

Sostiene Roca Sastre que los derechos de adquisición consistentes en los denominados *tanteos y retractos legales* en buena técnica tienen dos fases o manifestaciones, a saber: de *tanteo de preadquisición* y *tanteo de postadquisición*⁵⁶, posición que también se reafirma en la doctrina venezolana. En buena medida no son dos derechos independientes, sino “dos oportunidades distintas de ejercicio del mismo derecho”⁵⁷, si bien uno se ejercita antes de que se realice la enajenación proyectada (el tanteo) y el otro, después que se ha perfeccionado e incluso consumado (el retracto).

13. La presunción legal contenida en el artículo 228 del Código Civil

Sin duda el artículo 228 del Código Civil contiene una presunción *iuris tantum*. Para el legislador, si en una ley se reconoce el derecho preferente de adquisición de un bien a favor de una persona (natural o jurídica), ha de presumirse que no solo tiene derecho de tanteo, sino también de retracto. Así, lo normal es utilizar el mecanismo del tanteo, dado que el retracto se configura tan solo como última *ratio*, o sea, como mecanismo de garantía para los casos en que no se ha practicado la notificación de la

56. ROCA SASTRE, Ramón M., ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, t. V, Bosch, Barcelona, 1997, 8ª ed., p. 617. Sigue este criterio también LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 343.

57. URDANETA FONTIVEROS, E., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 82.

enajenación prevista, o tal y como se ha expuesto, se ha comunicado incorrectamente, tras omitir o alterar alguna de las condiciones esenciales de la venta.

A pesar de que el Código Civil español no tiene una regulación *ad hoc*, como el Código Civil cubano, de los derechos de tanteo y retracto, la doctrina cubana que estudió el tema a la luz de este Código, durante el siglo de vigencia en suelo cubano, llegó a la conclusión que hoy se enuncia en el artículo 228 del Código Civil, o sea, “el que tiene el derecho de retracto implícitamente tiene el de tanteo, porque el Código le está dando la posibilidad anticipada de adquirir la cosa”⁵⁸.

14. La llamada “conversión” del tanteo en retracto

Cuando, al vulnerar el derecho de tanteo que tiene una persona constituido a su favor, el disponente del bien lo enajena, sin previo ofrecimiento, vía notificación, se dice que el tanteo se convierte, muta en retracto. Precisamente aquí cobra sustantividad la tesis que defiende la existencia de un único derecho preferente de adquisición, con dos fases, una preadquisitiva y otra postadquisitiva.

Para Carrancho Herrero⁵⁹, resulta oportuno

... destacar el hecho de que el tanteo y el retracto vengan siendo considerados como variantes o aspectos de un mismo derecho de adquisición, son fases distintas de un mismo derecho, de manera que el tanteo se convierte en retracto cuando se omiten los requisitos legalmente previstos, básicamente la notificación previa en la que consten las condiciones del contrato...

Explica Albaladejo⁶⁰ que

... verdaderamente no se trata de que el tanteo pase a ser retracto [...], sino de que siendo un derecho real o poder inmediato o directo sobre la cosa para su adquisición preferente, la violación de su forma normal de ejercicio (adquirir antes de que la cosa se enajene a otro) permite utilizarlo en otra (adquirir después de la enajenación) que es la adecuada para que –habida cuenta del cambio de circunstancias (la cosa había salido ya del patrimonio del enajenante)– tenga efectividad el poder de adquirir dicha cosa.

58. BLANCO, A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 188. El razonamiento lógico del profesor resulta aplastante: es un absurdo esperar a que el titular enajene la cosa, cuando yo sé que tengo preferencia para su adquisición, motivo por el cual, lo atinado es anticiparse a la venta y en la fase preadquisitiva, comprar el bien.

59. CARRANCHO, María Teresa, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 2.

60. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (nota 5), p. 802.

15. La concesión cumulativa de tanteo y de retracto

El retracto, tal y como se ha expuesto ya, se le califica también de derecho accesorio o complementario del tanteo, ello desde otro ángulo de análisis, si bien en mi caso, prefiero analizarlos como dos facultades de un mismo y único derecho: el de adquisición preferente. No obstante, como apunta Albaladejo, en ocasiones la ley le confiere a una misma persona, a los fines de reforzar su poder de adquisición sobre la cosa, un derecho de tanteo y un derecho de retracto cumulativamente, o sea,

... el tanteo e independientemente el retracto; de forma que si el interesado es notificado de la enajenación proyectada y, por tanto, puede tantear, y, así, adquirir la cosa con preferencia a aquél a quien el dueño proyectaba enajenarla, mas no lo hace y permite que se consume la enajenación a favor del tercero, puede todavía después hacerla suya retrayéndola del poder de éste.⁶¹

Esta posición es criticada por el propio autor, con todo acierto, dado que el interés protegible con la concesión del derecho real de adquisición preferente, se atiende con el otorgamiento tan solo del derecho de tanteo, pues compete al tanteante ejercitar su derecho, para evitar que la enajenación proyectada se perfeccione. Resulta verdaderamente la concesión de un mero capricho permitir que, aun no ejercitado el derecho de tanteo, su titular pueda subrogarse en los derechos del adquirente, a partir del ejercicio del derecho de retracto, cuando pudo evitar ello con el ejercicio tempestivo del derecho de tanteo. Con acierto expresa Espín Cánovas⁶² que

... no parece lógico conceder una doble oportunidad de decidir el ejercicio de la preferencia adquisitiva, por lo que ordinariamente sólo se concede el retracto subsidiariamente cuando no haya existido el conocimiento previo de la transmisión y, por tanto, la posibilidad de ejercitar el tanteo.

Como apunta Carrancho Herrero⁶³:

El retracto debe tener carácter subsidiario, y, por tanto, no debería coexistir como derecho independiente junto al tanteo en todo caso, quedando justificada su concesión, y consiguiente ejercicio, en aquellos supuestos en los que no hubiera podido utilizarse el tanteo por haberse prescindido de los requisitos necesarios para ejercitarlo, que es tanto como decir en aquellos casos en los que el enajenante no haya cumplido con las obligaciones legalmente impuestas frente al titular del derecho de tanteo, impidiéndole su ejercicio [...]. En vía de consecuencia, si el titular del derecho de tanteo, debidamente notificado, no hace uso de su derecho en el plazo previsto al efecto no existe razón algu-

61. Ídem, p. 803.

62. ESPÍN CÁNOVAS, D., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 518.

63. CARRANCHO, María Teresa, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 2.

na que aconseje concederle el derecho de retracto, gravando con ello la posición jurídica del adquirente del bien de que se trate, anulando una transmisión válida y perfecta, cuando se ha otorgado una medida previa hábil para consolidar las expectativas del favorecido por el derecho de adquisición preferente...

El Código Civil cubano atribuye al retracto naturaleza accesorio, su ejercicio está supeditado a la *conditio iuris* del no ejercicio del derecho de tanteo por causa no imputable al tanteante, concretamente porque no haya sido notificado de la proposición de venta, lo cual supondría que incluso, conocedor extraoficialmente de esta, si el vendedor de forma expresa no le ha hecho saber de la venta que proyecta, tendría éxito el ejercicio del derecho de retracto.

A diferencia del derecho cubano, en otros ordenamientos jurídicos, como el venezolano, en los pocos supuestos de adquisición preferente legal que regula, como el que opera entre copropietarios, no atribuye el derecho de tanteo. Solo regula el derecho de retracto. O sea, se trata de un caso peculiar en el que el derecho de retracto no está precedido del de tanteo. Así, según el artículo 1546 del Código Civil venezolano, para que el cotitular pueda ejercitar el derecho de retracto se requiere que haya tenido lugar la adquisición de un derecho en la copropiedad por parte de un extraño. El cotitular solamente podrá ejercitar su preferencia adquisitiva en fase consumativa de la enajenación⁶⁴.

Como aduce Urdaneta Fontiveros⁶⁵,

... si se quiere conceder al comunero una preferencia para adquirir un derecho sobre un bien determinado de la comunidad es más aconsejable concederle la facultad de que el otro o los otros comuneros le transmitan sus derechos en la cosa común antes que a un tercero. La preferencia preadquisitiva evita los gastos y las molestias que provoca una segunda enajenación. Por ello, *de iure condendo*, la preferencia adquisitiva del comunero debería establecerse siempre en fase de tanteo, esto es, como facultad de adquirir derechos pro indiviso sobre la cosa común con anterioridad a la enajenación proyectada. Esto es mucho más conveniente que conceder un derecho preferente para adquirir derechos pro indiviso después que han sido enajenados.

16. La caducidad como modo de extinción de los derechos de tanteo y retracto

El transcurso del tiempo trascurre fatalmente para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente según el dictado del codificador. De ahí que su no ejercicio en el perentorio plazo de treinta días que establece el legislador, conduce a que el derecho

64. *Vid.* en tal sentido los criterios sostenidos al efecto por URDANETA FONTIVEROS, E., *ob. cit.* (cfr. nota 6), p. 83.

65. *Ídem*, p. 85.

decaiga inexorablemente. Como en su momento dijera el Tribunal Supremo de Cuba en Sentencia n° 85 de 16 de abril de 1929, primer considerando (magistrado ponente Edelmán y Rovira):

... precisa dejar sentado antes que nada que la oposición formulada por un litigante a una demanda de retracto fundada en haber ejercitado esa acción el actor después del término de nueve días (*rectius* –plazo–, establecido por el abrogado Código Civil español para el ejercicio del derecho de retracto), no es en realidad una excepción de prescripción sino de falta de acción ya que no es una prescripción de acción sino una caducidad del derecho a retraer lo que el legislador consigna al exigir que estas acciones de retracto se ejerciten, para que puedan prosperar, dentro del breve y perentorio plazo que se deja mencionado; probándolo por modo evidente el hecho de poder rechazarse de plano por el Juzgado, esa demanda o desestimarse la misma al fallarse en el fondo aún sin excitación o alegación contraria del demandado, cuando la acción resulta ejercitada después de los nueve días; lo que no podría hacerse, según las reglas generales que informan nuestro procedimiento si se tratase en realidad de una prescripción, que en tanto pueden ser apreciadas en cuanto hayan sido expresamente alegadas por el demandado.⁶⁶

Igualmente ha reiterado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, ahora vigente el Código Civil cubano de 1987, que tiene una regulación *ad hoc* para la caducidad:

[Que esta] surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización... [Sentencia n° 406 de 15 de junio de 2005, único Considerando, ponente Carrasco Casi].

La caducidad puede ser apreciada de oficio por el tribunal, “al constituir un hecho simple de fácil comprobación y de puro autonomismo” (Sentencia n° 364 de 29 de junio de 2007, primer considerando, ponente Acosta Ricart). El interés que se ampara con ella es de carácter general, “el de la pronta certidumbre de una situación jurídica que se halla pendiente de una posible o eventual modificación” (Sentencia n° 288 de

66. Vid. el contenido íntegro de la sentencia, con comentarios del profesor Alberto Blanco, en *Revista Cubana de Derecho*, n° 23, julio-septiembre 1929, pp. 290-295.

12 de octubre de 2009, segundo considerando, ponente Díaz Tenreiro). Se trata, por lo tanto, de un plazo sustantivo, civil (*vid.* artículo 9.3 del Código Civil) perentorio o fatal, o sea, que “no admite, en ningún caso, la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso lo origina”. (Tribunal Supremo, Sala de lo Económico, Sentencia nº 340 de 21 de julio del 2000 –proceso ordinario–, cuarto considerando, ponente Rosario López). En él “el tiempo [...] opera en forma preclusiva, sin posibilidad de prórroga o que tras una interrupción vuelva a computarse” (Tribunal Supremo, Sala de lo Económico, Sentencia nº 693 de 16 de noviembre del 2003 –Proceso Ordinario–, duodécimo considerando, ponente Caballero Luque). Lo demanda así la propia naturaleza de estos derechos, de cuyo ejercicio pende la seguridad y certeza del acto jurídico cuyo objeto mediato lo es el bien que se pretende enajenar o que ya se ha enajenado. El orden público económico lo exige de este modo, pues de lo contrario la propiedad permanecería durante mucho tiempo en situación de incertidumbre. El retracto supone el ataque frontal a un contrato ya consumado, por ello el carácter perentorio y breve del plazo concedido para su ejercicio, reclamado por la seguridad del tráfico jurídico, dada la necesidad de que se consolide el derecho de propiedad, quedando firme la adquisición por parte del adquirente, tras el transcurso de dicho plazo.

17. El plazo de caducidad. Su cómputo en el derecho de tanteo y en el derecho de retracto

Antes de adentrarnos en el momento de ejercicio del derecho de tanteo y del derecho de retracto, se impone precisar cuándo nace el derecho de adquisición preferente (en sus dos fases). Con razón aduce Albaladejo que el derecho existe sobre la cosa desde que se establece, con ello quiere indicar que, una vez constituido el derecho, este existe y no al momento en que se propone la enajenación o esta se consuma (según sea la fase preadquisitiva o postadquisitiva). Otro extremo es que se haga valer, se ejercite el derecho, ya existente. Si el acontecimiento al cual está supeditado su ejercicio, o sea, la enajenación misma en sus dos fases, no acontece, el derecho (ya de tanteo o de retracto) no surte efectos en su fase adquisitiva. Concluye el maestro en que “la enajenación no es la que da nacimiento al derecho de adquisición, sino que es el hecho que hace operante el derecho de adquisición preferente”⁶⁷. Sobre tal particular, Lacruz Berdejo⁶⁸ expresa que el evento enajenación (en sus dos fases, la proyectada o convenida y la consumada) “puede ser considerado como complemento del supuesto de hecho del derecho o bien como *conditio iuris* de su ejercicio”.

Ahora bien, respecto del plazo de caducidad establecido, este es el de treinta días naturales, contado estos, o sea, fijado el dies a quo, en el tanteo, a partir del día

67. ALBALADEJO, Manuel, *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 807. Posición semejante sostiene en la doctrina peruana DE LA PUENTE LAVALLE, M., *ob. cit.* (cfr. nota 38), p. 132.

68. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *ob. cit.* (cfr. nota 13), p. 352.

siguiente al del ofrecimiento de venta, o sea, de la notificación o puesta en conocimiento por el vendedor al tanteante de la venta proyectada. Téngase en cuenta que esta notificación puede ser verbal o por escrito (suficiente con dar cuenta, amén de los problemas que ello pudiera conducir en el ámbito probatorio), recomendándose el acta notarial de notificación, tal y como se ha argumentado en estos propios comentarios. Dentro de los treinta días se computa el día de vencimiento (*vid.* artículo 9.2 del Código Civil). Sin el ofrecimiento no se comienza a computar el plazo de caducidad. De modo que este precepto hay que interpretarlo en relación directa con lo dispuesto en el artículo 226.2 del propio Código. Tiene que ser un ofrecimiento serio, en el que se contengan las condiciones de venta que permitan al tanteante tomar una decisión y ejercitar su derecho.

Albaladejo, que ha estudiado con detenimiento la figura en el derecho español, aduce que si bien en España la Ley de Arrendamientos Urbanos exige que el enajenante notifique al tanteante del contrato proyectado, computándose el plazo a partir de esta notificación,

... si aun sin notificación, el tanteante toma conocimiento de la celebración del contrato de enajenación, habría que estimar que entonces, a partir del conocimiento, comienza el plazo a correr.⁶⁹

Empero, en nuestro derecho positivo es diáfano el precepto cuando hace coincidir el inicio del cómputo del plazo de caducidad, con el día siguiente (artículo 9.2 del Código Civil) al del ofrecimiento, y no al del conocimiento del contrato proyecto, distinto al retracto, que por analogía no debiera aplicarse pues el Código da una respuesta distinta para el tanteo.

En relación con el retracto, comienza a computarse dicho a plazo “desde que su titular haya tenido conocimiento de la venta”, lo cual hace más irregular o incierta la determinación del *dies a quo*, pues queda al arbitrio del retrayente. Eso sí, para ejercitar el derecho de retracto es necesario que se haya consumado la compraventa, para lo cual no es suficiente el título (contrato) sino también el modo (*traditio*), según lo previsto por el artículo 178 del Código Civil, por consiguiente, si la compraventa se instrumentó en documento público notarial, será suficiente su autorización pues ello constituye una forma de *traditio* (la instrumental, *vid.* artículo 206.3 del Código Civil).

Para Alberto Blanco⁷⁰,

... hay que esperar a que se consume la venta, porque es el medio de apreciar fehacientemente que el contrato se ha llevado a cabo y que la obligación fundamental del vendedor, de entregar la cosa, se ha cumplido –desde luego en la forma simbólica en la que

69. ALBALADEJO, Manuel, *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 814.

70. BLANCO, A., *ob. cit.* (cfr. nota 7), pp. 186-187.

el Código (se refiere al español) permite que esto se realice, por el otorgamiento de la escritura–.

Para Albaladejo⁷¹,

... el conocimiento debe ser completo o cumplido o cabal [...], en el sentido de tener noticia exacta y de todos los extremos que interesen, y no sólo ciertas referencias de la transmisión o datos incompletos de sus condiciones.

Tal conocimiento por el retrayente puede llegarle por distintas formas, pechando con la carga de la prueba el tercero adquirente. Acá no funciona la notificación, lo cual pudiera ser aconsejable, a los efectos de lograr mayor certeza jurídica. A fin de cuentas, la adquisición del tercero, pende como la espada de Damocles del ejercicio exitoso por el retrayente del derecho del cual es titular, ejercicio, que de no existir notificación, se computará a partir del día siguiente al que tuvo conocimiento de la enajenación.

En España –apunta Albaladejo⁷²–,

... la ley, equipara al regular algunos retractos, la inscripción en el Registro de la propiedad al conocimiento efectivo de la transmisión por razón de estimar que la publicidad registral permite tomar aquél, que si entonces falta es por negligencia del retrayente. Por tanto, inscrita la transmisión en el Registro, comienza a correr el plazo de retracto, la conozca o no el retrayente... [particular que opera en los retractos legales].

Teniendo en cuenta que en Cuba solo existen retractos legales, pudiera invocarse este fundamento para computar el plazo de caducidad a partir del día siguiente en que se practicara la inscripción registral de la enajenación realizada (*vid.* Resolución n° 114/2007 de 29 de junio, de la Ministra de Justicia, reguladora de las normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad). De todas maneras, de esta última opción, no puede olvidarse, como dice Urdaneta Fontiveros⁷³, que

... la finalidad del aviso es informar al comunero que esté presente, por sí o por medio de representante, acerca de las condiciones de la venta efectuada para que este pueda decidir con conocimiento de causa si le conviene o no subrogarse en la posición del ad-

71. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 816. Afirma Lacruz Berdejo que ese sentido de conocimiento cabal, supone que el retrayente sepa las condiciones o extremos que tienen significación económica en la enajenación, pues si el principal efecto del retracto es su subrogación en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, se hace necesario que las conozca con exactitud “para que el ejercicio de su derecho responda a un juicio debidamente informado de su conveniencia”. *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 354.

72. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 818.

73. URDANETA FONTIVEROS, E., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 147-148.

quirente y que el derecho de retracto podría hacerse ilusorio de obligarse al eventual retrayente a consultar con una alta periodicidad el Registro Inmobiliario a los efectos de poder saber si se ha producido la enajenación que hace posible el ejercicio del retracto.

En Perú, el plazo de caducidad del ejercicio del derecho de retracto está regulado en los artículos 1596 y 1597 del Código Civil, que formula distintas reglas según sea la fuente que le permita conocer al retrayente la enajenación realizada. Tratándose de una comunicación directa, de fecha cierta (como dispone el artículo 1596), el plazo se comienza a contar a partir de aquella, si por el contrario, el domicilio del retrayente no es conocido ni conocible, la comunicación se hace por medio de las publicaciones efectuadas en el diario encargado de los avisos judiciales y en el de mayor circulación de su localidad (por tres veces con intervalo de cinco días), el plazo entonces deberá contarse desde el día siguiente de la última publicación. Si el retrayente se entera de la enajenación por cualquier medio diferente a los ya señalados, entonces según el artículo 1597 del Código Civil el plazo se computa desde la fecha de tal conocimiento. En estas circunstancias, la presunción que regula el artículo 2012⁷⁴ del mismo Código solo será oponible después de transcurrido un año de la inscripción del acto de transmisión de dominio, o sea, como apunta Carranza Álvarez⁷⁵ –a quien sigo en estas consideraciones–:

... durante ese lapso, el comprador no podrá oponer su derecho al retrayente, luego de lo cual se definirá si aquel lo conserva –por la inacción del beneficiado–, o lo pierde por efecto del proceso entablado por este último.

Si el contrato de compraventa consumado, se anula, o incluso se rescinde a posteriori, se extingue el derecho de tanteo, pues en uno y en otro caso, la ineficacia del contrato lleva consigo el que el titular del bien mantenga el dominio sobre éste. No se causarían los mismos efectos si las causas de ineficacia invocadas han sobrevenido por la voluntad de las partes (enajenante y adquirente), que intentan simularlas para evitar el ejercicio de la acción de retracto.

18. La autorización administrativa para la transmisión de bienes inmuebles. Distinción del derecho de tanteo

En los últimos cincuenta años la invasión de las normas y procedimientos administrativos en el derecho civil cubano ha sido asfixiante, a tal punto que una parte de

74. Art. 2012: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

75. CARRANZA ÁLVAREZ, César, “El plazo de ejercicio del derecho de retracto”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, n° 169, octubre 2012, pp. 70-71.

las instituciones civiles desaparecieron y otras sufrieron un proceso degradante de desnaturalización. Los controles administrativos, la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos sin un posterior control judicial, y la proliferación de autorizaciones, también administrativas para la concertación de contratos, han terminado dando una estocada a la autonomía privada. Por fortuna, la noche oscura de los tiempos, parece alejarse, y se abren brechas a la posibilidad de los particulares de concertar negocios jurídicos y emprender nuevos proyectos de contenido empresarial, sin el control férreo, a modo de puño de hierro, que en estas décadas ha primado en Cuba.

La aprobación, a finales de 2011, del Decreto 292 (que liberalizó la transmisión *inter vivos* de los vehículos de motor, luego abrogado por el Decreto 230 de 2013, con idénticos propósitos, y del Decreto-Ley 288, modificativo de la Ley General de la Vivienda, viabilizando la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de la vivienda de residencia permanente) ha amainado la furia de los vientos del derecho administrativo sobre el tráfico jurídico privado en el país, pero solo, reitero, lo ha aplacado, pues aún se sienten fuertes brisas.

Como se ha dicho desde la jurisprudencia menor (Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia nº 78 de 13 de noviembre del 2009, en proceso ordinario, primer y quinto Considerando, respectivamente, de la que fue ponente Roselló Manzano):

... la autorización administrativa permite a un sujeto [...] el ejercicio de un derecho del que es titular –rigurosamente en lo que nos ocupa, la facultad de disponer *inter vivos* del inmueble del que es propietario, como preceptúa el artículo ciento veintinueve apartado primero– previa valoración de la legalidad de dicho ejercicio; por lo que la autorización debe entenderse, en su prístina naturaleza jurídica, como la remoción de límites previamente establecidos por la norma jurídica al ejercicio de un derecho o facultad, teniendo en cuenta el orden público y el interés general [...] [su] finalidad es la remoción del límite legal que se ha impuesto al ejercicio de un derecho [...] la solicitud de autorización consiste precisamente en instar a la administración a que compruebe si el solicitante cumple los requisitos previstos en la ley para ser acreedor de la autorización que lo legitima a realizar el acto...

Se trata de un presupuesto de legitimación, de estricto cumplimiento, sin el cual no se habilita externamente al disponente, pues precisamente en ello consiste, en que la entidad administrativa, comprueba el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que el titular de un bien inmueble –al decir del artículo que comento–, pueda transmitirlo por cualquier concepto. El precepto no reduce el marco objetivo de aplicación. Lo puede ser a título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, ello está en dependencia de cómo el Código Civil o las leyes especiales así lo establezcan (ya se ha explicado cómo opera en los supuestos no solo de compraventa, sino también de donación de solares yermos, o en los casos también de permuta, donación o cual-

quier otro “traspaso” de la vivienda situada en finca rústica de propiedad personal, ello, a guisa de ejemplo). En todo caso, es palpable la restricción que supone al derecho de disponer del titular.

Cuando la entidad administrativa –dígase las direcciones provinciales de planificación física, para el caso de los solares yermos, o el Ministerio de la Agricultura para las viviendas situadas en fincas rústicas de propiedad personal, reitero, solo a modo ejemplificativo, o también para el supuesto de venta de tierras, propiedad del agricultor pequeño, a que se contrae el artículo 153 del Código Civil, en el que se exige igualmente la autorización del citado Ministerio–, además de cumplir los requisitos que las normas jurídicas imponen para el caso, habilita con la concesión de la autorización al solicitante, no está haciendo sino

... un control preventivo por parte de la Administración sobre determinadas actividades que por su naturaleza requieren que se verifique su compatibilidad con el interés social, entre las que se encuentran, en nuestra realidad, las relacionadas con la transmisión inter vivos de bienes inmuebles... [Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia nº 78 de 13 de noviembre del 2009, en proceso ordinario, segundo Considerando, de la que fue ponente Roselló Manzano].

Este, interés social que habría que justificar, pues las autorizaciones no pueden comportarse como meros requerimientos antojadizos del legislador que multiplique la burocracia y coarten la libertad dispositiva de los propietarios de bienes inmuebles. Tal limitación al derecho de propiedad debe corresponderse con la función social de la propiedad, lo que en una buena parte de los casos, no logra vislumbrarse.

A diferencia del derecho de tanteo que es un derecho real, preferente de adquisición, del cual puede ser titular no solo el Estado, sino cualquier persona natural o jurídica, habilitada *ex lege*, la autorización a que este precepto se contrae, sólo podrá ser dada por el órgano u organismo estatal habilitado a tal fin por una norma legal, generalmente a través de sus instancias provinciales o municipales, como modo de descentralizar el mandato que le ha sido conferido. El derecho de tanteo es un derecho real limitado en cosa ajena que le permite al Estado (siguiendo el hilo conductor de la norma) adquirir el dominio del bien que se pretende enajenar, e incorporarlo en su patrimonio; la autorización administrativa es un requisito de legitimación sin el cual el titular del bien no lo puede transmitir.

No siempre converge en el Estado la situación jurídica de sujeto autorizante (a través de los órganos y organismos estatales que son los que dan las correspondientes autorizaciones administrativas) y la de titular del derecho de tanteo, pero en la realidad cubana se ha hecho frecuente, diríamos cotidiano.

Realmente la posición del Estado resulta, en extremo, beneficiada, pues dada por el órgano u organismo estatal competente la autorización para transmitir el bien, puede a su vez ejercitar el derecho de tanteo. El ejemplo más palpable se da en el

artículo 21 de la Ley General de la Vivienda. Las direcciones provinciales de planificación física son las competentes para autorizar la enajenación por concepto de compraventa o donación de los solares yermos, por lo que queda a su arbitrio, conceder, o no la autorización. Si dan la autorización para la enajenación a favor de un tercero, se estaría tácitamente renunciando al ejercicio del derecho de tanteo. Recordemos que el derecho de tanteo se ejercita, solo a partir de que el tanteante es notificado por el enajenante del contrato proyectado, de modo que si el autorizante, que igualmente resulta el Estado, da la autorización, procedería la venta, y en consecuencia, no sería posible el ejercicio del derecho de tanteo.

En el supuesto fáctico a que se contrae este precepto, no es dable tampoco notificación alguna, pues el pretense enajenante requiere de la autorización administrativa para concertar el contrato, sin ella, este estaría condenado a la nulidad ex artículo 191.2 del Código Civil, o sea, el tanteante conoce de la propuesta contractual porque a través de sus órganos y organismos tiene que a su vez autorizar o no la enajenación. Ahora bien, si el titular del bien inmueble solicita la autorización al ente administrativo, y este ejercita el derecho de tanteo ¿Le es dable al titular resistirse a contratar? En buena técnica el titular del bien interesa la autorización del órgano u organismo correspondiente para poder transmitir el bien, de lo que se colige que hay voluntad para enajenar, o sea, se da el requerimiento para activar el ejercicio del derecho preferente por parte de su titular. El Estado por lo tanto, quien se ha atribuido por ley este derecho, estaría habilitado, en efecto, para ejercitarlo, pues la oferta de venta está en pie, desde el momento mismo que el titular ha instado al órgano u organismo estatal competente para que le autorice el contrato que proyecta. Lo difícil de entender es que ello se extienda a contratos como la donación, o que aún en la compraventa, el Estado disponga además, que el precio de venta no sea el fijado entre las pretensas partes contratantes, sino el que él mismo a través de las normas legales ha impuesto, que en nada tiene que ver, ¡ni por asomo!, con los precios que se manejan en mercados no oficiales. Nada, la posición del Estado es leonina, a la vez que actúa como juez y parte. Le compete decidir si procede o no la autorización, pero al mismo tiempo tiene marcados intereses patrimoniales en el asunto, porque es titular de un derecho preferente sobre un bien inmueble, en el que además será él quien impondrá el precio legal, muchas veces vil o irrisorio.

19. Plazo para el ejercicio del derecho de tanteo. Fijación del *dies a quo*

Como he venido explicando, el carácter *sui generis* del supuesto fáctico regulado en este precepto conlleva a la improcedencia de la notificación o puesta en conocimiento del tanteante del propósito serio y fundado de enajenar el bien, y de las condiciones esenciales de la venta. A fin de cuentas, es el Estado el autorizante, y quién fijará el precio de la venta, si ejercita a su favor el derecho de tanteo. *Ergo*, la fijación del momento inicial del cómputo del plazo perentorio o de caducidad, que seguirá siendo el

de treinta días, o sea, del *dies a quo*, lo fija el codificador, a partir de la recepción de la solicitud de autorización (que en todo caso se exige por escrito). De esta manera, los órganos u organismos estatales, encargados de dar la autorización, si habilitan la compraventa, no estarán compelidos por el plazo de caducidad regulado en el artículo 230, pues lo que están dando es la autorización para enajenar el bien a un tercero, distinto al Estado, pero si deniegan la autorización requerida, tienen que hacerlo en treinta días, contados estos a partir del día siguiente al de recepcionar la solicitud, si el que el Estado tiene interés en ejercitar el derecho preferente. Si dejan transcurrir dicho plazo, podrán denegar la autorización por otros motivos, pero el Estado no podría ejercitar el derecho de tanteo, que habría caducado inexorablemente.

20. Fuentes legales

Código Civil del Reino de España, Madrid, Tecnos, 2011, 30ª ed.

Código Civil de la República del Perú, Lima, Jurista Editores, 2011.

Código Civil de la República de Venezuela, Caracas, Panapo, 1986.

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y CONSTITUCIONALES DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, *Anteproyecto del Código Civil cubano*: febrero de 1981, febrero de 1982, enero de 1983, septiembre de 1985.

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y CONSTITUCIONALES DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, *Proyecto del Código Civil cubano*: mayo de 1986.

Decreto-Ley 227/2002 del Patrimonio Estatal del 8/1, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, n° 2, 10/1/2002.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico n° 7/1977, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1983, 1ª reimpresión, modificada por el Decreto-Ley n° 241/2006 de 26/9, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, n° 33, 27/9/2006.

Ley General de la Vivienda n° 65 del 23/12/1988, anotada y concordada, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, n° 7, extraordinaria, 5/2/2015.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Código de Familia. Anotado y concordado*, La Habana, 1987, 2ª ed.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba. Ley n° 59/1987 de 16 de julio. Anotado y concordado*, La Habana, Félix Varela, 2014.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julieta y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C., *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.