

La especialidad crediticia en la hipoteca y las cláusulas de escala móvil

HÉCTOR MANUEL CÁRDENAS VILLARREAL

SUMARIO: Introducción. I. El principio de especialidad en la hipoteca. 1. Génesis y evolución del principio de especialidad. 2. Concepto actual y alcances del principio de especialidad. II. Las cláusulas de estabilización contractual y el principio de especialidad hipotecaria. 1. Cláusulas de estabilización contractual, concepto, clasificación y validez. 2. Armonización entre el principio de especialidad crediticia y las cláusulas de estabilización contractual. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la evolución de los grandes sistemas jurídicos mundiales, las instituciones se han desarrollado en busca de la perfección; en la hipoteca, como consecuencia de todo un proceso evolutivo, se gestó el denominado principio de especialidad, dicho principio una vez definido con precisión y determinados sus alcances en el derecho alemán del siglo XII, se ha mantenido vigente a lo largo de los años. Es en su manifestación crediticia y no así en la real en donde centro las reflexiones de éste trabajo. La especialidad en la hipoteca por lo que al crédito garantizado se refiere se concibe como la necesidad de determinar el monto de las obligaciones garantizadas. En la segunda mitad del siglo pasado se hizo necesaria la adecuación de la especialidad crediticia debido a las cambiantes y exigentes necesidades del comercio, de la economía y por tanto de la contratación.

Como consecuencia principalmente de la segunda guerra mundial, la economía de no pocos países y aún de los más desarrollados se vio envuelta en procesos dramáticos de inestabilidad, motivando con esto que las condiciones en que se celebró un determinado contrato se vieran seriamente modificadas al momento de su ejecución con graves perjuicios para una de las partes. Como solución a dicho fenómeno surgieron las denominadas cláusulas de estabilización contractual, las cuales actúan ajustando las prestaciones de las partes a los movimientos inflacionarios en los contratos de ejecución diferida.

Nuestra legislación, en mi concepto, no ha respondido de manera adecuada ante las exigencias originadas por el empleo de cláusulas de estabilización, y en particular a la modulación necesaria al principio de especialidad, llevándonos inclusive a cuestionarnos la posibilidad de que un contrato con cláusulas de reajuste o estabilización sea garantizado con hipoteca por la imposibilidad de satisfacer el principio de especialidad particularmente en su manifestación crediticia.

En tales condiciones es conveniente precisar que con la elaboración de este trabajo trato de dar respuesta a las siguientes interrogantes:

¿Cuál es el origen, evolución y estado actual del principio de especialidad en la hipoteca tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado?

¿Bajo qué supuestos y con qué limitaciones y consecuencias una obligación sujeta a cláusulas de estabilidad puede estar garantizada con una hipoteca?

¿Es necesario y conveniente recontextualizar el principio de especialidad crediticia en la hipoteca para garantizar obligaciones sujetas a cláusulas de estabilidad?

I. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA HIPOTECA

1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Resulta obligatorio para el análisis del origen y evolución histórica de algún concepto o institución de Derecho civil, referirnos a lo acontecido a propósito de dicho concepto o institución en el Derecho romano; la hipoteca no es la excepción, no obstante nuestro sistema hipotecario se encuentra profundamente influenciado por el sistema español, a su vez inspirado en el sistema alemán, el cual abandonó los principios básicos del sistema hipotecario romano, como a continuación veremos.

Los autores estudiosos de la hipoteca, al buscar su origen, normalmente lo ubican en Grecia, en la llamada *hypoteca*, sin embargo entre los historiadores del derecho no hay uniformidad al respecto.¹

En el derecho griego, la hipoteca se constituía sobre bienes inmuebles, pero

¹ “La hipoteca es una institución jurídica que nos viene desde el Derecho Griego en donde toma su nombre, aún cuando algunos autores opinan que es una institución de origen judío”. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, Contratos, 5ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 350.

“El Concepto de hipoteca nos fue legado por la antigüedad, aunque hasta ahora no haya podido saberse con certidumbre si esta institución tuvo realmente sus orígenes en Grecia, como parece denotarlo el nombre”. NUSSBAUM, Arturo, *Derecho Hipotecario Alemán*, 1ª ed., Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Traducido por W. ROCES, 1929.

con la particularidad de que el deudor debía entregar la posesión del bien al acreedor, característica que ha acompañado tradicionalmente a la prenda civil. En el Derecho romano, se buscó la forma de evitar el problema originado para el deudor al sufrir la desposesión de la cosa, dándole el carácter de derecho real, el cual se producía sin necesidad de la entrega de la misma, la hipoteca como derecho real era apto para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago sin que el deudor se viera desposeído de la cosa y podría recaer sobre bienes muebles e inmuebles.²

Ahora bien, este derecho real de garantía denominado hipoteca apenas diferenciado de la prenda, presentó en el Derecho romano una característica fundamental para este estudio: la generalidad. La hipoteca en el Derecho romano era general, esto es la garantía recaía sobre la totalidad de los bienes del deudor.³

A la generalidad como principio de la hipoteca en el Derecho romano, se unió la clandestinidad, es decir la falta de publicidad registral, los romanos a diferencia de los griegos y los egipcios adolecieron de un catastro inmobiliario lo que impidió la publicidad de las hipotecas. Al no existir un sistema de publicidad para las hipotecas, la prelación entre dos hipotecas constituidas sobre un mismo inmueble se determinaba por la fecha de su constitución y no por la del crédito que garantizaba. El emperador León otorgó preferencia a la hipoteca constituida mediante escritura pública con intervención notarial.⁴ De esta forma vemos como en Derecho romano la hipoteca era general y oculta, sistema poco conveniente, e inseguro, por lo que sostiene Alvaro D'ors "el derecho hipotecario romano es imperfecto por la falta de un sistema de publicidad registral. Esto explica que en el derecho romano la garantía real tenga menos aplicación que la garantía personal de los fiadores".⁵

En Alemania durante la Edad Media, el sistema de garantías presentaba al-

² "De esta forma vemos como en el Derecho Romano la distinción entre prenda e hipoteca no surgía del bien sobre el que recaía, ya que ambas podían gravar un mueble o un inmueble, era como apuntábamos la posibilidad del deudor de conservar la posesión, lo que constituía la diferencia, sin embargo la distinción no ha sido adoptada unánimemente". MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, 24ª ed., México, Esfinge, 1999.

³ "El principio Moderno en cuanto a la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, para determinar su importe y en cuanto a los bienes objeto de la garantía, a efecto de que ésta recaiga sobre cosas individualmente determinadas, no fue reconocido por los romanos que aceptaron las hipotecas tácitas y generales. La hipoteca general abarcaba todo el patrimonio del deudor. Admitieron las hipotecas legales independientemente de la voluntad del dueño de la cosa, por un simple mandato legislativo" ROJINA VILLEGAS, Rafael, *ob. cit.*, p. 354. *Vid.* n. 1, p. 66.

⁴ D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., España, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, p. 482.

⁵ *Ibidem.* p. 484.

gunas características de publicidad y especialidad, sin embargo por influencia del Derecho romano, empezaron a ganar terreno las hipotecas ocultas y generales, produciendo graves inconvenientes en el sistema hipotecario hasta entonces utilizado por los alemanes. No obstante lo anterior, en el derecho local, no sólo se mantuvieron los principios de especialidad y publicidad, además alcanzaron un desarrollo y perfeccionamiento técnico importante, para posteriormente abandonar en definitiva el sistema romano y continuar con el empleo y adaptación de los principios aludidos, definiendo los alemanes con esto los principios hipotecarios básicos que se aplican hasta nuestros días en muchas legislaciones de origen romano como la nuestra.

En Francia, por su parte, la evolución del sistema hipotecario es diferente de lo acontecido en el Derecho alemán, ya en la época del renacimiento, la hipoteca podía ser general o especial, pero en todo caso era oculta, con los inconvenientes propios de la falta de publicidad; un acreedor siempre quedaba expuesto a la existencia de uno o varios acreedores anteriores cuyos gravámenes y desde luego sus montos desconocía.

Era tan vicioso el sistema que sólo se explica uno que haya podido funcionar por la existencia de los notarios. Los notarios autorizaban las escrituras en que se hacían constar las obligaciones. En las poblaciones en que las familias eran estables, sobre todo en las pequeñas ciudades, los notarios conocían la situación hipotecaria de los inmuebles e informaban a sus clientes.⁶

En el siglo XVII si intentó dotar de publicidad a las hipotecas, tal iniciativa no tuvo éxito debido a la oposición de la nobleza, ya que sus propiedades estaban hipotecadas en varias ocasiones de manera simultanea, si tal circunstancia se hacía pública, en lo sucesivo no tendrían más acceso al crédito acarreado con ello su ruina económica.

En el Código Napoleón de 1804, se conceptualizó a la hipoteca como una garantía especial y pública, pero de manera paralela permitió y siguió reglamentado las hipotecas generales, las cuales podían ser ejecutadas sin la necesidad de estar inscritas. En el año de 1955 se organizan nuevas reglas para las hipotecas en el Derecho francés, separándose de esta forma del sistema romano, de manera particular se privilegian las hipotecas especiales y públicas, propias del sistema alemán y se conservan sólo de manera excepcional algunos casos de hipotecas legales, las cuales, eran además generales, a manera de ejemplos podemos citar la hipoteca del pupilo y la de la mujer casada.

⁶ MATRY, G., *Derecho Civil*, Tomo de Garantías Accesorias, trad. por José M. Cajica Jr., Puebla, México, pp. 119 y 120, cit. por., ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, Contratos II, 5a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 358.

Particular relevancia adquiere el análisis de lo acontecido en España dada la influencia del sistema hipotecario español en el mexicano. En España, según comenta Cano Lopis, en un principio y como efecto de la dominación romana, la hipoteca fue general y oculta, poco a poco y ante los graves inconvenientes del sistema utilizado y las ventajas aportadas por el Derecho alemán, el ordenamiento de Alcalá fue abandonando las ideas romanistas, posteriormente los ordenamientos de Aragón, Castilla y León, localizaron e identificaron los bienes motivos de la garantía y emplearon el antiguo registro de hipotecas con la consecuente publicidad de las mismas.⁷

La Ley Hipotecaria Española de 1861, incorpora plenamente los principios de publicidad y especialidad, recogidos de la doctrina y legislación alemana, la cual para entonces había alcanzado un desarrollo importante, abandonando completamente todo vestigio del antiguo sistema romanista. Esta Ley hipotecaria de 1861, inspiró de manera fundamental nuestro Código Civil de 1870, el cual a diferencia de lo acontecido en una buena parte de sus materias, abandonó la influencia del Código Napoleón, por considerar más apropiado el sistema español, basado, como dije, en los principios de publicidad y especialidad.

El Código Civil de 1884, fue inspirado notablemente por su antecesor el Código de 1870. Por su parte, nuestro actual código de 1928, encuentra un antecedente importante en el propio código de 1884, el cual a pesar de algunas modificaciones en la regulación de la hipoteca⁸ no alteró la conceptualización dada a la publicidad y a la especialidad como principios rectores del sistema hipotecario mexicano.

2. CONCEPTO ACTUAL Y ALCANCES DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Prácticamente todas las definiciones proporcionadas por la doctrina especializada a propósito del principio de especialidad en la hipoteca son coincidentes. El principio de especialidad en la hipoteca debe entenderse o conceptualizarse bajo una doble proyección: por un lado en lo referente a los bienes objeto de la garantía y por el otro en relación al crédito garantizado con la hipoteca. Es en la segunda de sus manifestaciones donde centraremos nuestra atención, no obstan-

⁷ *La Hipoteca en el Derecho Comparado*, s. l., s. e., s. a., pp. 55 y 56.

⁸ Como señala la exposición de motivos del proyecto de Código Civil de 1928, en materia hipotecaria, los cambios principales fueron las excepciones establecidas al principio de especialidad contenidas en los arts. 2912 y 2913.

te, será conveniente para futuros comentarios, señalar el alcance del principio en lo referente a los bienes objeto de la garantía.

Existe una correlación entre el bien hipotecado y el crédito garantizado con la hipoteca —sostiene Sánchez Medal— que se manifiesta en tres principios fundamentales que rigen la hipoteca en nuestro derecho, a saber: la especialidad, la publicidad y la indivisibilidad en la hipoteca. (...) *La especialidad*, (las cursivas son del autor) en cuanto a los bienes hipotecados y en cuanto a los créditos garantizados con la hipoteca, está expresamente reconocida en nuestra ley (2895, 2919, 2912 y 2913), ya que unos y otros deben determinarse en concreto. Por ello la hipoteca no puede garantizar todos los adeudos en general que puedan resultar a cargo de una persona, sino sólo los créditos que al efecto se especifiquen y determinen y sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados...⁹

En el derecho moderno —considera Lafaille— la especialidad es uno de los caracteres que distingue a todas las figuras de esta categoría. Tocante al crédito que se trata de asegurar, es necesario individualizarlo cuidadosamente, tanto para que sea conocida y publicada la afectación como con el propósito de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores. (...) Dejando aparte la frase concerniente a la cosa ((que por ahora no interesa)) la voluntad del legislador es positiva para reducir el sujeto de la hipoteca a una suma de dinero. Si la prestación es de otra naturaleza debe estimarse valiéndose de aquel procedimiento.¹⁰

La hipoteca debe ser especial; —apunta Lozano Noriega— esto es no debe recaer sobre la generalidad de los bienes del deudor, sino que debe ser especial en cuanto que debe recaer sobre ciertos y determinados bienes (...) Por tanto, la hipoteca no es general; no puede constituirse sobre la totalidad de los bienes del deudor, presentes y futuros, sino que debe referirse precisamente a ciertos y determinados bienes. Esta especialidad la entiende nuestro Código desde dos puntos de vista no sólo en relación con los bienes objeto de la garantía, sino también determinada; no puede el deudor constituir hipoteca para garantizar todas las obligaciones que contraiga frente a una persona, sino que estas obligaciones deben ser determinadas que permitan a un tercero conocer por cuanto responde un bien (...) La segunda especialidad en cuanto al crédito, estriba en la prohibición de que una persona constituya hipoteca para garantizar todas las obligaciones que pueda contraer por que es indeterminada...¹¹

Consiente del inconveniente de proporcionar una larga lista de definiciones a propósito de un concepto, no resistí la tentación de incluir la propuesta de

⁹ *De los Contratos Civiles*, 15a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 498.

¹⁰ *Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, Tomo V, Vol. III, Buenos Aires, Ediar Editores, 1945, pp. 82 y 83.

¹¹ *Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos*, 5a. ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1987, pp. 413, et. seq.

Highton en el Derecho argentino, por lo valioso de las ideas aportadas por la autora.

La llamada especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen, (las cursivas son de la autora) es decir, el monto por el que la finca responde hipotecariamente. El gravamen real no es solamente “hipoteca” sino una “hipoteca por tal monto”. El crédito puede ser de hacer, no hacer o dar algo distinto del dinero, pero ello no empecé a que la hipoteca siga siendo un gravamen en una suma de dinero.¹²

Particular interés despierta el concepto proporcionado por Highton, por ser el único de los transcritos en referirse a la posibilidad de garantizar con hipoteca una obligación de hacer, o bien una obligación de dar distinta a la entrega de una suma de dinero, pero no obstante ello, cumpliendo siempre con el principio de especialidad en los términos posteriormente expuestos.¹³

De las opiniones de los diversos autores citados, se confirma la uniformidad anticipada sobre el principio de especialidad, éste principio como vimos se opone radicalmente al de las hipotecas generales existentes en los Derechos romano y francés.

El principio de especialidad en su manifestación crediticia, lo podemos conceptualizar como la necesidad de señalar con precisión las obligaciones del deudor garantizadas con la hipoteca y que las mismas sean de monto determinado, como vemos, también el principio en la manifestación citada se divide en dos:

a) No pueden garantizarse todas las obligaciones del deudor genéricamente consideradas, debe haber una alusión detallada a las mismas, permitiendo identificarlas plenamente, tal precisión es necesaria entre las partes, pero fundamental también para los terceros interesados en contratar con el deudor.

b) Cuando la hipoteca sirva como medio de garantía exclusivamente de una sola obligación y aun cuando la misma esté plenamente identificada, debe además precisarse el monto de la misma, no es suficiente para dar por cumplido el principio aludido, la determinación exacta de la obligación a garantizar.

Ante la segunda de las clasificaciones vertidas y precisamente a propósito de contratos con cláusulas de estabilización o escala móvil, las hipotecas constituidas para la seguridad de una obligación futura, o bien como señala Highton

¹² *Hipoteca en Moneda Extranjera*, Buenos Aires, Ad-Hoc., 1989, p. 15.

¹³ *Infra*, p. 79.

hipotecas para garantizar obligaciones de hacer, es fundamental precisar el nivel o grado de determinación requerido por el ordenamiento jurídico para satisfacer el principio de especialidad en la connotación referida.

Para lograr la finalidad propuesta es necesario recurrir a lo preceptuado por el CC¹⁴ a propósito del principio en estudio, pero referido exclusivamente a la especialidad crediticia y no a la real.

Resulta interesante analizar cómo el principio de especialidad, por lo que al crédito se refiere, no cuenta con una referencia legislativa específica, distinta de las contenidas en el artículo 2895 CC cuando señala “La hipoteca nunca es tática ni general...” que interpretado a contrario sensu diría, la hipoteca debe ser expresa y especial; y por su parte el artículo 3021 CC, en su fracción VI señala: “Los registradores calificarán bajo su responsabilidad los documentos que se presenten para la práctica de alguna inscripción o anotación; la que suspenderán o denegarán en los casos siguientes: (...) VI. Cuando no se individualicen los bienes del deudor sobre los que se constituya un derecho real, o cuando no se fije la cantidad máxima que garantice un gravamen en el caso de obligaciones de monto indeterminado, salvo los casos previstos en la última parte del artículo 3011, cuando se den las bases para determinar el monto de la obligación garantizada”. Como vemos tampoco precisa el concepto de especialidad crediticia, únicamente se refiere a él cuando señala “...o no se señale la cuantía máxima cuando se trate de obligaciones de monto indeterminado, o no se den las bases para su determinación en los casos previstos en la última parte del art. 3011”.

Resulta plausible la postura del legislador de 1928, al asumir una posición legislativa correcta, no definido el principio de especialidad, sólo pronunciándose de manera escueta pero clara por la especialidad como una característica fundamental del sistema hipotecario mexicano y por otro lado regulando una de sus manifestaciones en el ámbito registral. No obstante lo atinado de la medida, a mi juicio, la regulación hecha debió haber sido más detallada para evitar así problemas en la interpretación de su breve reglamentación.

Veamos con detalle los alcances del artículo 3021 fracc. VI del CC.

El precepto mencionado hace referencia al principio de especialidad crediticia refiriéndose a la hipoteca del máximo o de máximo,¹⁵ caso en el cual sería

¹⁴ Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁵ La hipoteca de máximo o del máximo, es aquella creada por la legislación y doctrina españolas, para lograr dar cumplimiento al principio de especialidad en las hipotecas en garantía de obligaciones de monto indeterminado, logrando cumplir con el principio citado, mediante la determinación entre las partes y desde luego su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, de una cantidad *máxima*, por la cual responderá el inmueble.

procedente la inscripción de una hipoteca garantizadora de una obligación de monto indeterminado. Interpretando a *contrario sensu* la parte comentada vemos como el mandato del legislador fue claro, exigir *un monto determinado* en la obligación a garantizar, estableciendo únicamente dos casos de excepción: la hipoteca del máximo y cuando se proporcionen las bases para la determinación de la deuda, pero esto último, única y limitativamente en los supuestos previstos en la parte final del artículo 3011 del CC.

Es esencial para la procedencia de la inscripción de la garantía hipotecaria el garantizar obligaciones de monto determinado, la anterior afirmación la considero como regla general, tal y como lo señala por su parte el artículo 2895 CC, la cual tiene dos excepciones proporcionadas por la propia fracción del 3021 en estudio, mismas que a continuación las señalo:

En primer término, excepcionalmente cuando la obligación garantizada con la hipoteca sea de monto indeterminado, la inscripción será procedente si se recurre a la denominada hipoteca del máximo.

Como segunda excepción, igualmente será inscribible la garantía cuando se den las bases para determinar el monto de la obligación garantizada, es decir que no sea determinada sino determinable, pero únicamente en los casos de hipotecas industriales previstas en la Ley de Instituciones de Crédito, en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en la hipoteca sobre sistemas de empresas a que se refiere la Ley de Vías Generales de Comunicación y los casos similares previstos en otras leyes.

En este último supuesto de excepción, encontramos la opinión de Cuevas Senties, quien se pronuncia por considerar que para cumplir con el principio de especialidad, la deuda en todo caso debe de ser de cantidad determinada.

El texto del Art. 3021 del CC, en su Fracción VI también establece como un principio general para las inscripciones, la precisa determinación de los inmuebles hipotecados y del crédito garantizado y como excepción a la determinación de los bienes, los casos previstos en la última parte del Art. 3011 y siempre que se den las bases para determinar el importe de la deuda garantizada. Ahora bien, ¿Las obligaciones en divisas o las denominadas en UDIS son similares a la hipoteca industrial o a la hipoteca sobre los sistemas de las empresas a que se refiere la Ley de Vías Generales de Comunicación? Pienso que no por lo siguiente; el Art. 3021 establece que los registradores suspenderán o denegarán la inscripción en los casos siguientes: ... VI, esta Fracción habla de dos supuestos que son los mismos a que se refiere el principio de especialidad; a saber, 1o. El relativo a la determinación precisa de los bienes sobre los que se constituya la hipoteca, y 2o. El relativo a la determinación en moneda nacional de la cantidad máxima garantizada con esa hipoteca. El Art. 3011 se refiere únicamente al concepto de especialidad en cuanto a

los bienes sobre los que recae la hipoteca, y las excepciones que establece se refieren a los casos en que hay indeterminación en cuanto a ellos, es decir en cuanto a los bienes hipotecados y NO en cuanto al importe en pesos de la obligación garantizada.¹⁶

En igual sentido se pronuncia Inclán Prado,

Atendiendo a lo antes dicho, podemos señalar que según nuestra Ley, existen hipotecas que garantizan deudas de monto determinado, monto indeterminado, y excepcionalmente los casos a que se refiere el artículo 3011, antes transcrito, que como bien señala Cuevas Senties no se refiere a la especialidad del crédito, sino de los bienes ofrecidos en garantía...¹⁷

Considero de fundamental importancia determinar el alcance de la fracción VI del numeral en estudio, ¿Es realmente el último párrafo de la fracción una excepción al principio de especialidad crediticia o bien como lo sostienen Cuevas Senties e Inclán Prado, sí existe tal excepción al principio de especialidad, pero únicamente en su manifestación real y no en la crediticia?

Si se responde a la interrogante planteada en favor de que la excepción es a la especialidad crediticia y no únicamente a la real, la reglamentación hecha por el CC no resulta del todo incompleta, ya que permitiría dar por cumplido el principio de especialidad en su manifestación crediticia, simplemente dando las bases para la determinación de la obligación, pero de cualquier forma siempre referido de manera limitativa a créditos otorgados por Instituciones de Crédito, por Organizaciones Auxiliares del Crédito o por Instituciones de Fianzas en las llamadas Hipotecas Industriales.¹⁸ Por el contrario si se considera como válida la otra interpretación, es decir que la excepción es únicamente a la manifestación real del principio de especialidad, la conclusión sería que en cuanto a la especialidad crediticia, sólo hay una excepción en nuestro CC, la llamada hipoteca de máximo o del máximo.

En mi concepto, si bien es cierto que el artículo 3011 se refiere a inmue-

¹⁶ Notas personales para el estudio del principio de especialidad en la hipoteca y las UDIS, s.e., México, 1995.

¹⁷ *La Especialidad en la Hipoteca y las Cláusulas de Estabilización Contractual*. Tesis de Licenciatura, México, Universidad Iberoamericana, 2000.

¹⁸ “De esta manera podemos definir a la hipoteca industrial como un gravamen real impuesto sobre la unidad, reconocida por la ley, que conforman los distintos elementos organizados de una empresa para lograr su finalidad económica independientemente de su naturaleza, la cual se mantiene en explotación por parte del deudor o de su propietario y que da derecho al acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de la unidad completa, en el grado de preferencia establecido por la ley”. BAZUA, WITTE, Alfredo, “La Hipoteca Industrial”, *Revista Mexicana de Derecho*, Tomo 3, 1a. ed., México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001, p. 69.

bles, lo hace para mencionar que en la hipoteca industrial, cuando la garantía comprenda inmuebles, se deberá inscribir en todos los casos en el folio real de la finca respectiva, la parte final de la fracción VI del artículo 3021, al remitir al artículo arriba citado no lo hace señalando o refiriéndose al requisito de especialidad real; como vimos. Interpretando los dos preceptos podríamos pensar que la idea del legislador fue considerar suficiente para cumplir con el principio de especialidad crediticia que se den las bases para determinar la deuda, pero esto último sólo en el caso de hipoteca industrial.

En el referido artículo 3021 fracc VI aparecen dos términos merecedores de una precisión mayor, me refiero a los vocablos *monto* y *determinar*, para lo cual me auxilié del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el cual señala:

Monto: Suma de varias partidas.

Veamos el significado del término partida.

Partida: Cada uno de los artículos y cantidades parciales que contiene una cuenta. Cantidad de dinero que se atraviesa en ellas.

Determinar: Fijar los términos de algo. Distinguir, discernir. Señalar, fijar algo para algún efecto.¹⁹

De esta forma cuando el Código Civil se refiere a obligaciones de monto determinado, me parece que lo hace para referirse a una suma determinada de dinero y disintiendo de la opinión de Asprón Pelayo, quien considera suficiente que la mencionada suma sea determinable, ya que a ese supuesto se refiere como he dicho *excepcionalmente* la última parte de la fracción VI del artículo 3021.

Para que la hipoteca surta plenamente sus efectos contra terceros la inscripción de la misma deberá de expresar la obligación garantizada, la fecha en que se hará exigible dicha obligación, los intereses, si se causaren y desde cuando, así como el importe de la obligación cuando sea de monto determinado, por ejemplo, N\$10,000, o USA \$100,000 o 100,000 UDIS, o 100,000 centenarios, o 100,000 onzas troy de plata, etc., en todos estos casos el monto que garantiza la hipoteca es determinado, la ley no exige, lo cual sería una aberración jurídica, el que la hipoteca solamente pueda garantizar obligaciones en moneda nacional. Cuando la hipoteca garantice una obligación de monto indeterminado deberá de expresarse la cantidad máxima por la que responda. En este caso tampoco es necesario expresar el máximo en nuevos pesos, es válido que se exprese en otras unidades, por ejemplo, en dólares, en centenarios, en UDIS, etc. No vemos inconveniente para que en una

¹⁹ *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001, voces: monto, partida y determinar.

hipoteca que garantice una obligación de monto indeterminado se estipule que lo máximo que garantizará serán 100,000 dólares, 100,000 UDIS, 100,000 centenarios, etc. En ninguna ley se establece que las hipotecas deben de expresarse en nuevos pesos. Ver art. 3061-IV.²⁰

Contrario a lo expresado por Asprón Pelayo, Cuevas Senties, se expresa en los siguientes términos:

La determinación del crédito que significa lo mismo que especialidad sólo existe en el momento de contratar, no hay duda en cuanto al importe en pesos que el deudor deberá entregar a su acreedor al momento que deba pagar.²¹

En el mismo sentido que Cuevas Senties y a propósito de la hipoteca para garantizar obligaciones en moneda extranjera, respecto de la cual existen serias dudas en cuanto al cumplimiento del principio de especialidad crediticia, encuentro la opinión de Highton.

Si se alega que la hipoteca en moneda extranjera es extraña a la Ley 21309 *por no existir suma estimativa ni cláusula de estabilización, no existe hipoteca por falta de especialidad*. (Las cursivas son de la autora). Es decir que la hipoteca en moneda extranjera nunca puede existir más que referida al valor de la moneda nacional, siendo totalmente irrelevante —en el juicio de cobro hipotecario por lo menos— que se haya entregado en especie o se haya elegido su cotización como cláusula de estabilización. La alternativa es de hierro: o hay suma estimativa sujeta (o no) a cláusula de reajuste o no hay hipoteca ... y la suma debe ser en dinero, es decir moneda corriente, de curso legal pues debe estar expresada en cifras correspondientes al sistema monetario nacional.²²

En el contexto de la doctrina y la legislación española, me permito citar la opinión de Puig Brutau, precisamente a propósito de la hipoteca para garantizar obligaciones en moneda extranjera, coincidente con la señalada por Cuevas Senties en nuestro derecho y por Highton en el Derecho argentino.

Por consiguiente, aunque la regla general del Código Civil es que en las obligaciones contractuales “el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada” (art. 1.170), *si esta obligación ha de quedar asegurada con hipoteca sobre un bien sito en España, es preciso cumplir lo que dispone, según hemos visto, el art. 219 del Reglamento hipotecario: el importe de la cantidad asegurada o la cantidad máxima de que responda la finca habrá de quedar fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia que corresponda, según el curso legal en España*. Así lo exige la necesidad de tener conocimiento exacto del gravamen (especiali-

²⁰ *La Hipoteca, apuntes personales*, s.e., México, s.a.

²¹ *Ob. cit.*, vid. n. 16, p. 74.

²² *Ob. cit.*, p. 39, vid. n. 12., p. 71.

dad y publicidad), sin perjuicio de las relaciones obligacionales entre acreedor y deudor.²³

Las opiniones de Highton y de Puig Brutau, se fundan en disposiciones legales que no existen en Derecho mexicano, no obstante, el sistema hipotecario mexicano está basado en los mismos principios inspiradores de las legislaciones argentina y española, siendo por lo tanto aplicables en México.

Para mayor solidez en las afirmaciones antes vertidas, me parece fundamental recordar la razón de ser del principio de especialidad crediticia, el cual se diseñó para permitir al deudor constituir una hipoteca sobre un bien de su propiedad, y no perder por ese motivo la posibilidad de otorgar el bien en ulteriores garantías, inclusive ser objeto de venta a un tercero, para hacer esto posible resulta indispensable que ese tercero, ya sea futuro acreedor hipotecario o bien futuro adquirente de la finca, conozca y pueda estar enterado con toda precisión de los límites de la garantía, hasta donde podrá el acreedor hipotecario en primer lugar hacer efectiva su garantía.

En la medida en que gracias al principio de especialidad, se conozcan los límites señalados habrá posibilidad de satisfacer las expectativas motivadoras de la génesis y desarrollo del principio comentado.

Así las cosas, para realmente satisfacer en su acepción ideal u ortodoxa el principio de especialidad, es necesario desde el momento de la constitución de la garantía señalar e inscribir la cantidad en pesos por la que responde el bien objeto de la misma y cuando esa cantidad esté sujeta a algún tipo de ajuste, dicho procedimiento no deberá emplear algún elemento variable en la fórmula para determinarlo, tal variabilidad se traduce en la imposibilidad de conocer el límite exacto de la responsabilidad hipotecaria del deudor.

La anterior afirmación será objeto de una importante contextualización y afinamiento en el siguiente capítulo.²⁴

En el Derecho Comparado y concretamente en España y Argentina se ha regulado en la actualidad el principio de especialidad y lo hacen aplicable a los créditos sujetos a cláusulas de estabilidad contractual, de forma más clara y técnica que nuestras disposiciones.

El artículo 219 del Reglamento para la ejecución de la ley hipotecaria de España, es considerablemente más detallado y preciso.²⁵

²³ *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo III, Volumen III, Madrid, Espasa-Calpe, 1960.

²⁴ *Infra*, pp. 79 et seq.

²⁵ ARTÍCULO 219.—

1o. El importe de la obligación asegurada con la hipoteca, o la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada, deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España.

Por su parte en Argentina, la ley 21309, ha establecido una serie de requisitos a satisfacer por la hipoteca para dar por cumplido el principio de especialidad, refiriéndose en particular a los contratos con cláusulas de estabilización o de reajuste, transcribo para mayor detalle su parte conducente:

Si se tratara de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar obligaciones en dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste el requisito de la especialidad se considerará cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deu-

2o. El valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca se arriende en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución del valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por rente anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente.

3o. En las inscripciones de escrituras de préstamo hipotecario se podrá hacer constar las cláusulas de estabilización de valor, cuando concurren las circunstancias siguientes:

1a. Que la duración mínima pactada sea de tres años.

2a. Que se determine la estabilización con referencia a uno de los tipos o módulos siguientes, vigentes en la fecha del otorgamiento de la escritura y en la del vencimiento del crédito: a) Valor del trigo fijado a efectos del pago de renta por el Ministerio de Agricultura; b) Índice general ponderado del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística; o c) Precio del oro en las liquidaciones de los derechos del arancel de aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda. En la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigentes en la fecha del otorgamiento de la escritura.

3a. Que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria que no podrá exceder, parte de intereses y costas, del importe de principal más un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años o un 25 por 100 en los demás casos.

Las cláusulas de estabilización tendrá eficacia al solo efecto del pago del capital garantizado; los intereses se satisfarán por el principal nominal asegurado.

A los efectos del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 de la Ley, que podrá pactarse en la escritura, será necesario: Primero. Que en el requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor, en su caso, se determine la cantidad exacta que se reclame de conformidad con los tipos o módulos aplicados. Segundo. Que con la demanda se acompañe el documento o documentos oficiales en que consten los valores vigentes en las fechas del otorgamiento y del vencimiento del préstamo. Si el deudor se opusiese a la determinación de la cantidad hecha por el acreedor, se estará a lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo del artículo 153 de la Ley.

Cuando se hubiere pactado que la amortización del préstamo hipotecario se hiciere mediante pagos periódicos de cantidades fijas comprensivas de capital o intereses, el tipo o módulo de estabilización se aplicará en cada uno de los respectivos vencimientos periódicos, con referencia exclusiva a la parte de capital que se comprenda en la cantidad fija a pagar.

Lo dispuesto en este artículo, en cuanto a las cláusulas de estabilización de valor, no será aplicable a las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

LEGISLACIÓN-ESPAÑA. *Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria, Código Civil y Legislación Complementaria*, Madrid, Distribuciones de la Ley, 1991, p. 585.

da originaria y la cláusula de estabilización o reajuste con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los periodos por los cuales se efectuará el ajuste y el tipo de interés pactado.

II. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN CONTRACTUAL Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD HIPOTECARIA

1. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN CONTRACTUAL, CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y VALIDEZ

En el Derecho romano se acuñó y desarrollo la fórmula del *pacta sunt servanda*,²⁶ la cual resalta el carácter obligatorio del contrato, esto es, entre las partes, el contrato tiene fuerza de Ley. En nuestro CC, este principio está consagrado por el artículo 1796, el cual preceptúa: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”. El principio mencionado ha sido denominado en la doctrina como el Efecto de Obligatoriedad de los contratos.

Por otro lado, resulta relevante también, señalar el denominado efecto de intangibilidad en los contratos, consistente en la imposibilidad para cualquiera de las partes de un contrato de modificar lo acordado de manera unilateral, este efecto se encuentra consagrado en el artículo 1797 del CC: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Estos dos efectos del contrato especialmente reconocidos por nuestro CC, nos llevan a otro efecto creado por la doctrina, el efecto de seguridad, es decir la seguridad jurídica generada para las partes contratantes, el contrato debe forzosamente ser cumplido, y no es posible modificarlo unilateralmente. Ahora bien además de la amalgama de los principios o efectos antes citados, el principio de seguridad obliga a los contratantes a estar a lo pactado y cumplir lo acordado, no obstante se modifiquen las circunstancias bajo las cuales contrataron al momento de ejecutarse las prestaciones derivadas del contrato.

La teoría contraria al efecto de seguridad, es la teoría de la *rebus sic stantibus*, es decir la teoría de la imprevisión, ésta considera la existencia en todo contrato bilateral de una condición tácita para la ejecución del mismo, la cual se expresa en los siguientes términos “*siempre y cuando las condiciones al mo-*

²⁶ Lo pactado por las partes en un contrato tiene fuerza de ley.

mento de ejecución sean las mismas o similares a las existentes en el momento de la celebración del contrato”.²⁷

Bejarano Sánchez, explica el significado de la fórmula *rebus sic stantibus*, igualmente nos presenta a sus partidarios y retractores en los siguientes términos:

Esta teoría fue elaborada por los canonistas y se apoya en la idea de que, en todo contrato bilateral conmutativo de tracto sucesivo, las partes han dado por sobreentendida o implícita una cláusula, en el sentido de que se consideran obligadas siempre y cuando las circunstancias permanezcan como están al momento de concretar el acto, siempre que las cosas estén igual (*rebus sic stantibus*). Si, por el contrario, las cosas han cambiado por causas imprevistas, las partes se consideran exentadas de cumplir el contrato. Numerosos autores rechazan esta teoría (Colin y Capitant, Hémard y Bonnecase, entre otros) con el argumento de que su aplicación podría debilitar la fuerza obligatoria del contrato entorpeciendo el comercio jurídico, pues, así desaparecería la confianza pública en el contrato como un medio seguro para la obtención de sus intereses. Otros juristas (Ripert, Esmein) la aceptan e incluso han pretendido hallarle una base legal en el Código Civil, ya en las disposiciones que sancionan el uso abusivo del Derecho, ya en la que impone el cumplimiento del contrato conforme a las reglas de la buena fe, pues obra de mala fe quien exige el cumplimiento de un contrato que le permite alcanzar lucros inesperados a costa del sacrificio del co-contratante y ventajas que no figuraban en la intención de las partes.²⁸

Desde mi punto de vista, no es aceptable la teoría de la *rebus sic stantibus* en nuestro derecho, por dos razones básicamente: en primer lugar su reconocimiento acarrearía una inseguridad jurídica de grandes proporciones para la contratación y para el sistema jurídico en general, y en segundo término, no existe ninguna disposición en nuestro CC en donde podamos derivar fundadamente y de manera razonable su aplicación.

Ahora bien, al no aceptar la teoría de la impresión bajo la reglamentación del CC cabe la siguiente pregunta ¿Qué caminos tienen los contratantes en

²⁷ Algunos Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana regulan la teoría de la imprevisión, como son: Chihuahua (arts. 1691 a 1691 J), Jalisco (arts. 1787 y 1788), Sinaloa (arts. 1735 bis A al 1735 bis G), Tamaulipas (arts. 1761 y 1762), y Veracruz (arts. 1792 A al 1792 F). Por ejemplo las normas correspondientes al Código Civil del Estado de Jalisco señalan en su artículo 1787 que “El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompan con la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las partes, podrá intentarse la acción tendiente a la recuperación de este equilibrio y cuando el demandado no estuviere de acuerdo con ello, podrá optar por su resolución”.

²⁸ *Obligaciones Civiles*, 3a. ed., México, Harla, 1984.

aquellos contratos de ejecución escalonada o sucesiva para asegurar el equilibrio en sus prestaciones no obstante un cambio en la situación económica existente en torno al contrato que pudiera generar una excesiva onerosidad para una parte y un provecho desproporcionado para la otra?

La respuesta a esta interrogante la encontramos en las llamadas cláusulas de estabilización, también denominadas cláusulas de reajuste, cláusulas de escala móvil, cláusulas indiciales y cláusulas de corrección monetaria.

Aunque su empleo es bastante antiguo —señala Bejarano Sánchez— en el siglo presente han adquirido amplio desarrollo, tanto en Europa como estela económica de las grandes guerras, como, más recientemente, en algunos países sudamericanos, a resultas de la aguda inflación en que está inmersa su economía. En dichos lugares, la práctica jurídica y la legislación han dado vida a una gran variedad de mecanismos de ajuste al importe de las sumas dinerarias adeudadas como objeto de contratos de tracto sucesivo o a plazo, a fin de garantizar a los acreedores la adquisición del valor de la prestación esperada; mecanismos de revaloración que en ocasiones mantienen el equilibrio del contrato y en otras arrojan todo el peso de la inflación sobre la parte débil, que es el deudor.²⁹

Con las ideas antes expuestas, tanto las propias como las de Bejarano Sánchez, espero haya sido explicado el concepto en estudio.³⁰

Siempre unido al tema de las cláusulas de estabilización contractual encontramos la interrogante relativa a su validez.

Las mencionadas cláusulas de estabilización encuentran el fundamento de su procedencia precisamente en el efecto de obligatoriedad del contrato y en el principio de libertad contractual.

¿Cuál es la situación prevaleciente en México? ¿Son válidas dichas cláusulas? —se pregunta Bejarano—.

No existe una actitud claramente definida en la Doctrina y en la Jurisprudencia, y así, mientras se admite la validez de los adeudos en moneda extranjera pese a su

²⁹ *Ibidem*, pp. 324-325.

³⁰ Ahora bien, es importante tener presente la clasificación doctrinal realizada a propósito de las cláusulas de estabilización, las cuales se pueden dividir en monetarias y económicas. Las monetarias a su vez pueden ser:

- a) Cláusulas oro.
- b) Cláusulas valor oro.
- c) Cláusulas moneda extranjera.
- d) Cláusulas valor moneda extranjera.

Por su parte dentro de las económicas encontramos:

- a) Cláusulas mercancía.
- b) Cláusulas valor mercancía.
- c) Cláusulas indiciales.

evidente nulidad por disposición legal de orden público, la Suprema Corte de Justicia ha declarado la nulidad de cláusulas de ajuste estipuladas en contratos de arrendamiento, porque “contravienen el orden público y el interés social pues crean desconfianza en el valor del peso y producen efectos inflacionarios” (Tesis 1863/58). Borja Martínez, opina que a imitación de la Jurisprudencia Francesa deberá distinguirse si las cláusulas “obedecen al propósito de sustraerse a la inestabilidad monetaria o si se originan en razones tendientes a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo para ello equitativas las prestaciones que en él se pacten” pues en el primer supuesto la obligación sería nula y en el segundo eficaz. Y en efecto, en el estado actual del Derecho, el análisis de la licitud en el objeto, motivo o fin de las cláusulas, determinará su ineficacia o validez. (...) Si lo que el acreedor persigue es el equilibrio interno del contrato, esto es la proporción en las prestaciones, será legítimo que acuda a mecanismos de corrección monetaria cuyo índice o signo estabilizador esté relacionado con el objeto de dicho contrato o con la situación de los sujetos del mismo: En efecto, la vinculación del signo o índice de ajuste adoptado con los sujetos o el objeto del contrato, es un indicador apropiado. (...) En suma esta materia reclama urgentemente la atención de la Doctrina, la Jurisprudencia y la Legislación.³¹

En Francia los tribunales se han negado a aceptar la validez jurídica de las cláusulas monetarias, —sostiene por su parte Sánchez Medal— porque han estimado que atentan contra el orden público monetario en virtud de que todo Estado soberano emite su propia moneda y sólo a ella otorga poder liberatorio para las deudas de dinero, y por considerar, además, que dichas cláusulas tienden a reemplazar la moneda nacional por la moneda extranjera. Sólo para las transacciones internacionales admiten las cláusulas monetarias. (...) Un criterio semejante no puede observarse en nuestro Derecho, dado que se encuentran expresamente permitidas las cláusulas monetarias en el artículo 2389 del Código Civil, en el artículo 359 del Código de Comercio y, sobre todo, en el artículo 8º de la Ley Monetaria, y en congruencia lógica con esta directa permisión, deben también considerarse válidas en nuestro Derecho positivo para todos los contratos, las mencionadas cláusulas monetarias y las económicas por virtud de la mencionada libertad contractual, con excepción para el mutuo de dinero, ya que en este contrato se aplica con todo rigor el nominalismo monetario para el efecto de que el deudor pague una cantidad igual a la debida conforme a la Ley Monetaria vigente al momento de hacerse el pago, sin que esta disposición sea renunciante, de acuerdo al “tantumdem”, u obligación de devolver, en lo tocante al capital, otro tanto de la misma especie y calidad (2384 y 2389), si bien en lo referente a los intereses caben las cláusulas de escala móvil. (...) Tales cláusulas han tenido infundados opositores que pretenden su prohibición absoluta, por considerarlas como factores inflacionistas y contrarias al orden público monetario, a pesar de que los principales autores de toda inflación son los gobiernos y

³¹ *Ibidem*, pp. 327-329.

no los particulares y de que con dichos pactos tratan éstos solamente de protegerse de los efectos de una inflación ya en pleno desarrollo y no de crearla cuando aún no existe. (...) En suma, la validez de estas cláusulas económicas no puede ser cuestionada a pretexto de ser supuestamente contrarias al orden público, ya que la mencionada indexación legislativa en nuestro Derecho ha reconocido su validez y concordancia con nuestro sistema monetario (...) No obstan a ello dos aisladas ejecutorias de la Tercera Sala que la Suprema Corte, aprobadas por apretada mayoría de sólo tres votos a favor y dos votos en contra, (...) Aisladamente se ha sostenido (amparo 322/79 de Inmobiliaria Fram, S.A., 25-IV-1980, 2º Trib. Colegiado del 2º Circuito), secundando a la mencionada jurisprudencia francesa, que hay que distinguir dos clases de “cláusulas de escala móvil”: unas nulas, cuando obedecen a la sola “intención monetaria” de sustraerse a la depreciación de la moneda nacional y al alza en el costo de la vida; y otras válidas, cuando sólo tienden a que se mantenga el equilibrio interno del contrato y sean equitativas las prestaciones pactadas. Semejante criterio además de infundado y gaseoso, dejaría la solución al arbitrio casuístico del juez y amenazaría seriamente la seguridad de las transacciones económicas (F. Borja Martínez).³²

Con base en todas las ideas antes expuestas me permito afirmar que hoy en día la discusión existente a propósito de la validez de las cláusulas de estabilización, resulta superada cuando sean pactadas en un contexto jurídico, es decir, sin violar alguna disposición de orden público y sin constituir pactos leoninos. Basta analizar el fenómeno de indización sufrido en los últimos años en una cantidad importante de leyes de todo tipo; fiscales, laborales, administrativas, procesales y civiles, estableciendo mecanismos diversos de actualización (en la mayoría de los casos salarios mínimos) para algunas cifras productoras de efectos relevantes en cada uno de sus contextos.

Mas aún, al permitirse ilimitadamente el denominar todo tipo de obligaciones mercantiles en las llamadas unidades de inversión, UDIS,³³ a partir del primero de abril de mil novecientos noventa y cinco, fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del decreto que establece las obligaciones que podrán ser denominadas en Unidades de Inversión, se da en definitiva carta de naturalización en nuestra legislación a los mecanismos de reajuste contractual o cláusulas de estabilidad, en el ámbito establecido por el propio decreto.

No podemos dar por concluidas estas breves consideraciones a propósito de las cláusulas de estabilidad contractual sin antes recordar de forma igualmente

³² *Ob. cit.*, pp. 102-103. vid. n. 9, p. 70.

³³ Las unidades de cuenta denominadas “UDIS” se crearon por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha primero de abril de 1995.

breve las llamadas obligaciones de *suma* y obligaciones de *valor* íntimamente relacionadas con las cláusulas de estabilidad contractual.

Las obligaciones contractuales las podemos distinguir en *pecuniarias* y *no pecuniarias*. Como su nombre lo indica las *pecuniarias* son aquellas que se satisfacen mediante la entrega de dinero, y a su vez se subdividen en dos; *obligaciones de suma* y *obligaciones de valor*.³⁴

En las *obligaciones de suma* es el dinero el objeto directo de la obligación, se paga entregando exactamente la cantidad de dinero convenida, atendiendo el valor nominal de la moneda.

En las *obligaciones de valor*; se satisfacen también mediante la entrega de dinero, pero al momento de pactarse no se fija una cantidad de dinero nominalmente establecida sino “un valor” a ser cubierto con dinero.

Se podría afirmar que en las *obligaciones de valor* se tiene un elemento de estabilización o reajuste implícito, en cambio en las obligaciones de suma ese elemento de actualización deberá ser buscado externamente, es decir mediante una cláusula de estabilización incorporada al contrato.

2. ARMONIZACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD CREDITICIA Y LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN CONTRACTUAL

Recapitulando las ideas antes expuestas, el principio de especialidad crediticia se reduce según la doctrina a la necesidad de establecer con toda claridad y precisión el valor en dinero de la responsabilidad hipotecaria del deudor, cuando esto no sea posible es necesario recurrir a la hipoteca de máximo.

Por otro lado se han señalado con las limitaciones que tiene la extensión del presente trabajo, las ideas más relevantes a propósito de las cláusulas de estabilización, las cuales, se han tornado indispensables en un sin número de transacciones económico-jurídicas.

Corresponde en este inciso analizar la forma de coexistencia y adaptación entre el principio de especialidad crediticia y las cláusulas de estabilización.

¿Cómo conciliar el principio de especialidad crediticia en la hipoteca con cláusulas de estabilización las cuales en principio se oponen a él por crear mecanismos de ajuste a las prestaciones del deudor?

El crédito puede ser de hacer, —sostiene Highton— no hacer o dar algo distinto al dinero, pero ello no empecé a que la hipoteca siga siendo un gravamen en una suma de dinero. Solamente interesa, a los efectos de cumplir con el requisito esencial de la especialidad de la hipoteca, conocer la responsabilidad hipotecaria de la

³⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *ob. cit.*, pp. 91 et seq., vid. 9, p. 70.

finca, cuál es el gravamen que pesa sobre la finca. La carga real constituida por la hipoteca, como derecho real, es ajena a la obligación garantizada por la misma y siempre debe consistir en un gravamen en una suma de dinero. No puede constituirse hipoteca, sino ... por una suma de dinero ... cierta y determinada.³⁵

Con base en las ideas antes señaladas podemos afirmar que la fracción VI del artículo 3021 CC, señala para la procedencia de la inscripción de la hipoteca alguna de estas tres opciones a saber:

a) Como regla general, la obligación garantizada debe ser de monto determinado.

b) Como excepción a la regla expuesta, cuando la obligación garantizada sea de monto indeterminado, se deberá señalar la cantidad máxima por la cual responderá el deudor con el inmueble de mérito, y;

c) También como excepción al principio señalado en el inciso a) dar las bases para la determinación de la deuda, pero sólo en los casos previstos en la última parte del Art. 3011 CC, es decir, la hipoteca industrial prevista por la Ley General de Instituciones de Crédito, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; la hipoteca sobre los sistemas de las empresas, a que se refiere la Ley de Vías Generales de Comunicación; y los casos similares previstos en otras leyes.

Cuando el legislador se refirió a obligaciones de monto determinado, considero que lo hizo para referirse a una cantidad determinada, debido a los elementos históricos y lógicos inspiradores del principio de especialidad crediticia.

No obstante lo antes afirmado, es necesario para lograr la plena seguridad jurídica buscada por la Ley, se reforme nuestro CC en las disposiciones relativas al principio de especialidad crediticia; abandonar las interpretaciones forzadas, y permitir la inscripción de hipotecas garantizadas de obligaciones sujetas a cláusulas de estabilización con apego a la Ley, para lo cual sería necesario matizar el principio de estudio.

La modificación propuesta se puede inspirar en los sistemas español y argentino, en los cuales, moldeando el principio de especialidad de manera artificiosa, pero práctica, han logrado conciliarlo con las necesidades económicas actuales.

Al referirme a la manera artificiosa como se ha moldeado el principio, no lo hago en forma despectiva, sino únicamente para reconocer que el principio de especialidad en su expresión original, no permitiría tal adecuación cuando dentro de los índices utilizados en la estabilización existiera un elemento variable.

³⁵ *Ob. cit.*, pp. 15-16, vid. n. 12., p. 71.

Ahora bien, las anteriores afirmaciones traen a colación el análisis de lo preceptuado por el art. 2915 del CC, el cual prevé un mecanismo de actualización de una deuda en donde por así considerarlo el legislador se satisface el principio de especialidad y me refiero a los intereses, los cuales, como reza el precepto citado, no quedarán garantizados con hipoteca en perjuicio de terceros más que los generados durante tres años; a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo con tal de que no exceda del término para la prescripción de intereses. Ya el legislador reconoció bajo la perspectiva de las necesidades económicas de 1928, la posibilidad de garantizar con hipoteca y por lo tanto dar por cumplido el principio de especialidad, una obligación de monto determinable.

En mi opinión, dada la práctica crediticia existente a principios del siglo pasado, el legislador no consideró la variabilidad en los intereses y menos aun, las complejas fórmulas actualmente existentes para su determinación, sin embargo no hizo distinción al respecto y por lo tanto desde el punto de vista legal existe la posibilidad de garantizar con hipoteca una deuda con intereses aun cuando éstos sean variables, lo cual significa que mediante una prevención legal se puede hacer válida la garantía hipotecaria para garantizar una deuda de monto indeterminado pero determinable y siempre bajo ciertas limitaciones y criterios (tres años sin exceder de cinco).

Mención especial merece lo acontecido a propósito de las unidades de cuenta denominadas UDIS, las cuales constituyen como dije un mecanismo de actualización. En el decreto que dio vida a las mencionadas UDIS, se estableció en el último párrafo del artículo primero la siguiente fórmula:

Las obligaciones denominadas en Unidades de Inversión se considerarán de monto determinado.

Esta mención se incluyó precisamente para evitar la denegación de la inscripción en las hipotecas a garantizar obligaciones denominadas en UDIS, por haber considerado el autor del decreto y a mi juicio correctamente, a las UDIS, por sí mismas como un mecanismo de actualización contrario a lo dispuesto por la fracción VI del artículo 3021.

Si el legislador del CC de 1928 hubiese permitido la inscripción de obligaciones de monto indeterminado siempre y cuando fueren simplemente determinables, o bien si la exigencia de determinación no debe ser circunscrita o limitada a pesos sino a cualquier otra cosa determinada, UDIS, dólares, salarios mínimos, etc., no se explicaría la necesidad de haber incluido la fórmula expresada en el último párrafo del artículo primero del decreto de creación de las UDIS.

La solución dada por el decreto fue práctica y probablemente necesaria,

pero carente de técnica jurídica, las obligaciones denominadas en UDIS no son de monto determinado aún y cuando el príncipe así lo mande, la Ley no puede cambiar la realidad.

Mas adecuado hubiera resultado en mi opinión, a semejanza de lo acontecido en Argentina, se señalara que se tendría por cumplido el requisito de especialidad cuando se satisficieran los requisitos señalados por la Ley 21309,³⁶ todos ellos se pueden cumplir perfectamente en el caso de las UDIS.

Por último, me preguntó ¿qué sanción acarrea el incumplimiento del principio de especialidad crediticia en la hipoteca? En primer lugar acarrearía la suspensión de la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad, en términos de la fracción VI del art. 3021 del CC.

En adición a lo anterior para algunos autores la sanción por el incumplimiento del requisito de especialidad crediticia acarrea la nulidad de la hipoteca; para otros, la haría inoponible frente a terceros, ambas, consecuencias de gravedad.

Si se alega que la hipoteca en moneda extranjera es extraña a la ley 21309 por no existir suma estimativa, ni cláusula de estabilización —concluye Highton— no existe hipoteca por falta de especialidad.³⁷

Las transgresiones que envuelven un (defecto de especialidad), —sostiene La-faille— tanto por lo que atañe al crédito como al inmueble, anulan la constitución hipotecaria y ello puede ser solicitado por el deudor mismo o por los terceros (art. 3148). Es una condición esencial para la existencia de esta figura jurídica (art. 3109); de suerte que su falta determina la nulidad absoluta, con los caracteres y consecuencias que encontramos en el artículo 1047.³⁸

Entre los peligros que veo, —sostiene Cuevas Senties— es que al no cumplir las hipotecas con el principio de la especialidad que indudablemente exige la Legislación local, ante una venta que el deudor hipotecario hiciera a un tercero, no fuera oponible a este último la mencionada hipoteca.³⁹

Con base en las ideas expuestas, se torna imprescindible una matización o modelación al principio de especialidad crediticia para separarlo de su connotación original y permitir, mediante la reforma legal correspondiente, la posibilidad de garantizar con hipoteca una obligación sujeta a cláusulas de estabilización, no hacerlo podría generar un desprecio por parte de los acreedores a este noble y añejo medio de garantía, en el caso de que la autoridad judicial llegue a pronunciarse en alguno de los sentidos propuestos por los tres autores últimamente citados.

³⁶ *Supra*, p. 78.

³⁷ *Ob. cit.*, p. 39, vid. n. 12, p. 71.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 83, vid. n. 10, p. 70.

³⁹ *Ob. cit.*, vid. n. 16, p. 74.

III. CONCLUSIONES

1. El principio de especialidad en la hipoteca, se originó por la necesidad del deudor de no ver privado su crédito, al quedar sus bienes bajo la sombra de una hipoteca general, se buscó la posibilidad de que un solo bien inmueble pudiera ser objeto de garantía en favor de diversos acreedores, para lo cual, era indispensable establecer de manera pública, es decir a través de registro, el límite de la obligación del deudor respecto de cada crédito en particular, de esta forma los acreedores sucesivos conocerán con exactitud el valor libre del bien tomado por ellos en garantía. De igual forma el principio de especialidad se ideó para que en caso de venta o constitución de una nueva garantía sobre la finca hipotecada, el adquirente de la misma o el nuevo acreedor, conocieran detalladamente el importe de la obligación garantizada con el inmueble adquirido, permitiendo con todo ello la circulación de los bienes gravados, esto también en beneficio del deudor.

2. *El principio de especialidad* en la hipoteca está plenamente reconocido en nuestro sistema jurídico, sin embargo, a resultado incompleta la reglamentación existente a propósito del mismo cuando de garantizar obligaciones sujetas a cláusulas de estabilización se trata.

3. Una vez analizada e interpretada la fracción VI del artículo 3021 CC, concluyo que para la procedencia de la inscripción de la hipoteca es necesario se de alguna de las siguientes opciones:

a) Que la obligación garantizada sea de *monto determinado*, esto como regla general.

b) Como excepción a la regla expuesta, cuando la obligación garantizada sea de monto indeterminado, únicamente cuando se señale la cantidad máxima por la cual responderá el deudor con el inmueble de mérito, y

c) También como excepción al principio señalado en el inciso a) cuando se den las bases para la determinación de la deuda, pero sólo y limitativamente en los casos previstos en la última parte del Art. 3011 CC.

4. Hoy en día a quedado superada la discusión en torno a la validez de las cláusulas de estabilización o escala móvil, su procedencia está fundada entre otros argumentos en el principio de autonomía de la voluntad y en el amplio reconocimiento legislativo producido sobre las mismas en los últimos años, no como cláusulas de estabilización, si no como mecanismos legales de actualización de sumas de dinero.

5. Es necesario crear nuevas reglas para el principio de especialidad, modernizándolo, sin abandonar su esencia, de tal forma que claramente permita, bajo

una serie de condiciones similares a las creadas en Argentina y España, la coexistencia de las dos figuras. En caso contrario, si nos aferramos al principio de especialidad en su connotación original, se corre el grave riesgo de hacer inoperante la hipoteca para garantizar un número cada vez mayor de contratos sujetos a cláusulas de estabilización o reajuste.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ASPRON PELAYO, Juan Manuel, *La Hipoteca, apuntes personales*, México, s. e. s. a.
- BAZUA, WITTE, Alfredo, "La Hipoteca Industrial", *Revista Mexicana de Derecho*, Tomo 3, 1a. edición, México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 4a. edición, México, Editorial Oxford University Press, 1998.
- CUEVAS SENTIES, Carlos, *Notas personales para el estudio del principio de especialidad en la hipoteca y las UDIS*, México, sin edición, 1995.
- DÍAZ, Guillermo, *La Indivisibilidad de la Hipoteca y el Fraccionamiento de los Inmuebles Hipotecados*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1944.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1997.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La Construcción del Derecho, Métodos y Técnicas de Investigación*, México, IJ-UNAM, 1988.
- HERNÁNDEZ GIL, Francisco, "Introducción al Derecho Hipotecario", Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1963.
- HIGHTON, Elena, *Hipoteca en Moneda Extranjera*, 1a. edición, Argentina, Editorial Ad Hoc, 1989.
- INCLÁN PRADO, Mónica Ileana, *La especialidad de la hipoteca y las cláusulas de estabilización contractual*, Tesis de licenciatura, México, Universidad Iberoamericana, 2000.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuatro Cursos de Derecho Civil-Contratos*, 5a. edición, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1987.
- MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, 24ª edición, Editorial Esfinge, México, 1999.
- NUSSBAUM, Arturo, *Derecho Hipotecario Alemán*, 1ª edición, Madrid, Biblioteca de la *Revista de Derecho Privado*, Traducido por W. ROCES, 1929.
- NUTAA, Ana Raquel, et al., *Derecho Hipotecario*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.
- ROCA SASTRE, Ramón Ma., *Derecho Hipotecario*, 6a. edición, Tomo I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1968.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo VI, Contratos, Volumen II, 6a. edición, México, Editorial Porrúa, 1997.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 14a. edición, México, Editorial Porrúa, 1995.