

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN O DE VALOR GARANTIZADO() (655)*

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

JULIO CÉSAR BENEDETTI

SUMARIO

I. Introducción. II. Una nueva época. III. Incidencia de la inflación en el área negocial del crédito. IV. Las cláusulas de "valor estable". A) La tesis negativa o de tendencia "nominalista". B) la tesis "permisiva". V. Desarrollo sistemático del problema. A) Noción de la moneda. B) El objeto debido en las obligaciones dinerarias. C) Modalidades particulares de la obligación dineraria. D) Validez de las cláusulas de garantía dentro de las normas de derecho privado y de derecho público. VI. Las "razones de Estado" -económico-financieras- frente a la cláusula de estabilización. VII. Un principio de justicia conmutativa. VIII. Síntesis argumental. 1/7. IX. Un caso especial: la hipoteca a oro. X. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del tema propuesto nos brinda la oportunidad de abordar uno de los problemas más intrincados y de mayor trascendencia en el cuadro socioeconómico de la comunidad actual, de imprescindible visualización para el tratamiento de la materia en desarrollo.

Un breve bosquejo de la política de gobierno de los últimos años, en cierto sector de su gestión, nos permitirá apreciar con relativa nitidez la pujante dinámica de "crecimiento" que desde tiempo atrás impulsa una sensible y constante transformación de nuestro medio ambiente, tanto en la idiosincrasia individual de sus integrantes como en las expresiones colectivas de un nuevo concepto de vida. Su comprensión y la adecuada interpretación de su incidencia en el área negocial privada facilitará en mucho la explicación del cuadro jurídico-empírico que presupuesta el actual auge de las cláusulas estabilizadoras.

Es que en nuestro país también han cobrado vigencia las formas vitales que caracterizan a la "sociedad de consumo" y que hasta hace veinte o treinta años sólo concebíamos ajustadas a otros países, a otras comunidades⁽¹⁾(656), pero muy distantes de nuestra Argentina, de su cultura, de su peso fuerte...

II. UNA NUEVA EPOCA

El acaecimiento de la segunda Guerra Mundial, conflicto político y armado que embarcó a los cinco continentes agudizó en nuestro país la necesidad de contar con una industria capaz de allegar al consumo los productos manufacturados que hasta ese entonces tan sólo en una mínima parte del rubro eran elaborados dentro de sus fronteras⁽²⁾(657).

Al mismo tiempo y muy particularmente al finalizar ese conflicto (año 1945) cobra auge entre nosotros una inquietud por lo social, ya sentida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en todo el mundo -en algunos lugares en forma más "progresiva"- a partir de la Constitución de Weimar, que se vuelca primordialmente sobre las condiciones de vida de las clases más necesitadas y se plasma en una febril actualización de la legislación laboral, cuya observancia práctica es custodiada paralelamente al contralor de la autoridad pública -gobierno y justicia- por organizaciones especialmente constituidas para el logro y defensa de las "conquistas sociales" de los trabajadores nucleados en ellas.

Ambas preocupaciones -traducidas en circunstanciales slogans- son incorporadas a la "plataforma" de las distintas agrupaciones políticas que se postulan con pretensiones de gobierno y es así que, desde casi treinta años atrás el Estado asume la iniciativa en un proceso de promoción del "autoabastecimiento". Al principio se echa mano a las reservas de oro y divisas disponibles para nacionalizar los ferrocarriles y otros servicios públicos esenciales (teléfonos, energía, etc.). Luego, cuando esas reservas ya no están, se procura estimular la inversión de los capitales privados nacionales y aun atraer al capital extranjero -esto último arbitrando fórmulas especiales, con mayor o menor éxito, a fin de asegurar una "radicación" firme que lleve a la "integración" de ese capital en el esfuerzo mancomunado y de beneficio general para la comunidad argentina- para así sentar las bases de un desarrollo que, en teoría, habría de llevarnos a consolidar una economía "fuerte", tanto en orden a los medios de producción como en cuanto al standard de vida de nuestro pueblo. Esa anhelada autosuficiencia industrial, no sólo se programaba para satisfacer las necesidades del mercado interno, sino que también estaba proyectada a más largo plazo para emplazarnos en una situación competitiva en el intercambio mundial(3)(658).

Uno de los principales obstáculos que halla esta política de expansión y desarrollo, está dado por la necesidad de atender a la vez al mejoramiento social de la clase trabajadora -cuando aún no están firmemente consolidadas las bases de la economía "fuerte" que posibilita ese aporte de bienestar material- circunstancia que, como consecuencia de un fenómeno económico propio del proceso de la producción, conlleva el traslado de las "mejoras" al precio del producto. Esto porque, precisamente, uno de los factores básicos de la producción el trabajo es a su vez "fin" esencial en sí mismo en la nueva política y su interferencia con el del desarrollo en el ciclo producción-consumo es inevitable, al menos en los países estructurados dentro de la concepción "capitalista" y liberal -aunque esta forma política ha perdido actualmente su primigenia ortodoxia(4)(659).

¿Cómo afrontan este problema los conductores de nuestra economía desde los puestos de gobierno? En primer lugar, recurriendo al presupuesto del Estado, donde se vuelcan los mayores recursos hacia las prioridades impuestas por la política social y económica, aunque para ello sea menester desatender el sostenimiento de las estructuras institucionales destinadas a posibilitar el cumplimiento de los fines y funciones "naturales" del Estado -justicia y educación, salud pública

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administración pública en general. El argumento esgrimido para autojustificar ese desvío presupuestario, consiste en hacer hincapié sobre la escasa o nula "rentabilidad" de esas funciones -congénitas del Estado(5)(660).

Tal digitación de los recursos del erario público se evidencia, comparativamente, en las partidas aplicadas a los créditos para la producción por las instituciones oficiales afectadas a esa función financiera y en la creación de diferentes organismos y fondos patrimoniales -algunos de naturaleza mixta- destinados al fomento y protección de las fuentes de productividad.

No pretendemos juzgar este proceso, pero sí tomar conciencia de la medida en que esa fenomenología económico-social ha repercutido en la actividad comercial privada y especialmente en sus modalidades "dinerarias".

Ya hicimos notar que, dando apertura a una de las primeras etapas del desarrollo "dirigido" -la nacionalización de los ferrocarriles integraba un plan de mediano plazo (1947-1952), junto con otras diversas medidas de gobierno- debió sacrificarse gran parte de las reservas de oro y divisas del país; es importante destacarlo, pues el respaldo, es decir la cobertura en metálico del "circulante" es el módulo por excelencia del valor de la moneda y una de las pautas fundamentales para mensurar la riqueza nacional.

Ese patrón no es, por cierto, el único factor de ponderación para determinar el mayor o menor grado de desarrollo y poderío económico de un país y el valor de su moneda, sobre todo en la actualidad, en que el valor fiduciario del circulante puede ser sostenido con otros recursos reales que provienen de la producción y el intercambio de productos entre los países, permitiendo el acopio de divisas. Es así que, por lo general, el volumen de bienes existentes y la balanza internacional de pagos llegan a reflejar en forma aproximada el verdadero "valor" de una moneda determinada y la riqueza del país que la emite. Todo superávit del activo sobre el pasivo se traduce en el ingreso actual o futuro de divisas, en base al cual puede respaldarse legítimamente la emisión de billetes que serán "fuertes" dentro y fuera del país emisor(6)(661).

Ahora bien, cuando las reservas de oro y divisas no existen o han mermado sensiblemente, cuando la producción no alcanza un nivel suficiente para suplir esa falencia con otras riquezas, y al mismo tiempo la política de promoción del desarrollo y la de mejoramiento social de la población no son armónicamente condicionadas a las posibilidades financieras de la Nación -claro está, esa correlación es difícil de arbitrar en términos absolutos, porque el hambre y la pobreza son un precio demasiado caro para el progreso, mientras que el desarrollo es un presupuesto indispensable para la solvencia financiera en un nivel apto para el logro de los "Objetivos Nacionales" (aquí se mimetizan las "causas" y los "efectos")- generalmente se echa mano al recurso de emitir moneda para satisfacer esas necesidades, sin cuidar que esa emisión cuente con un parejo aumento del respaldo económico que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe cubrir -a ello coadyuva la complicidad del régimen de "inconversión".

Es así como el Estado hace jugar sus más o menos fundadas expectativas de "relleno" ulterior -o aun omite tales consideraciones- para afrontar lo que es más perentorio y urgente para el gobierno, lo que reclaman la opinión pública mayoritaria y los "grupos de presión" -créditos, aumentos salariales, etc.-. De este modo, también, se rompe el equilibrio entre la garantía en metálico, en divisas o en bienes del circulante y el volumen de éste, lo cual naturalmente conlleva el envejecimiento de la moneda, que pierde en forma paulatina su poder adquisitivo y desvaloriza la capitalización dineraria "nominal" de la comunidad y cada uno de sus integrantes.

Así puede describirse a grandes rasgos y sin pretensión de mayor tecnicismo el proceso inflacionario que nos acompaña desde hace tiempo, aunque debemos admitir que también se lo advierte en el resto del mundo occidental, tal vez con menores índices de escalada que los alcanzados por nuestro país pero sí con similar continuidad e incontención(7)(662).

III. INCIDENCIA DE LA INFLACIÓN EN EL ÁREA NEGOCIAL DEL CRÉDITO

El fenómeno de la inflación, aun cuando en cierto sentido es un "fin no querido" pero inevitable, un "instrumento" impuesto por la justificada pretensión de mejoramiento social y expansión económica de los pueblos, tiene a la vez ciertas repercusiones que, de no mediar una atinada política de neutralización, pueden inclusive entorpecer la propia consecución de los fines a que sirve de medio. Ese tino exige, en teoría, equilibrar las finanzas a la par de los logros económicos del desarrollo, o sea resignar la aceleración del proceso de expansión regulándolo gradualmente en la medida en que ese crecimiento se vaya traduciendo en capitalización de riqueza y divisas. De ahí se obtendrá el necesario respaldo del signo monetario, no imprescindible en su "valor nominal" pero sí con relación al "poder adquisitivo" del individuo tipo, que es en definitiva el más natural y legítimo exponente de la "riqueza" de un país.

En sus efectos, la inflación ofrece distintas facetas.

En orden a la economía familiar, especialmente la de los grupos sociales más necesitados, se advierte que en la carrera de precios y salarios aquéllos siempre llevan la delantera. Esto plantea un dilema a los conductores de la política económica: si tratan de "congelar" los precios, la distribución y aun la producción de los artículos de primera necesidad se retraen y en ciertos casos puede desembocarse en la formación de un "mercado negro" paralelo, que torna ilusorios los remedios arbitrados por "decreto" por la escasez de esos productos en la oferta "blanca" y su carestía en la clandestina. Si no lo hacen -el tradicional *laissez faire*- el standard de vida de las clases bajas paulatinamente va haciéndose más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precario y esto es antitético con el ideario de una política de desarrollo y prosperidad.

En lo que hace a la actividad comercial en general, esa incidencia se traduce en la permanente alza del costo de las "mercaderías", ya se trate de bienes inmuebles o muebles, advirtiéndose en casi todos los casos que las prerrogativas particulares más perjudicadas son aquellas afincadas sobre el dinero. Es así que cunde el desaliento entre los ahorristas e inversores -grandes o pequeños- y esa fuente por antonomasia de la capitalización colectiva puede llegar a desaparecer o sufrir una merma de importancia tal que la anule como factor de riqueza a "nivel nacional", cuya valía para los mismos fines de mejoramiento social y expansión económica es innegable -el crecimiento no se concibe sin capital y las instituciones de ahorro y crédito (bancos, cooperativas, etc.), que son las que reúnen y aportan los fondos necesarios para alimentarlo, necesitan a su vez el aporte de la "pequeña inversión"-. Frente a un estado de "patología" monetaria, todos buscan adquirir bienes que no sean dinero, que no estén signados por el "sino" de la "fiducia" en época de inflación. Cualquier inversión es buena, oro, tierras, a veces hasta bienes suntuarios que no tienen la agilidad de comercialización necesaria para una racional circulación de la riqueza como factor de desarrollo. Los valores reales se estancan, se "congelan" o se escapan del país substrayéndose de cualquier modo al proceso de expansión económica nacional que exige la plena realización de los fines sociales...

Sin embargo, no por su desvalía progresiva deja el dinero de ser el instrumento natural en la negociación de los derechos, en la "circulación" económica -plena o no- claro está que, como el dinero en sí mismo aparte de "medida de valor" es una mercancía más, quienes lo poseen y lo ponen al servicio del contrato buscan resguardarse de esa desvalorización que hace escurrir la riqueza entre sus manos cual si fuese arena. ¿Cómo lo hacen?

Dos son los caminos generalmente seguidos, no sólo por los "capitalistas" sino también por quienes necesitan desprenderse de otros bienes por un "precio" determinado y se ven circunstancialmente forzados a financiar el pago de su deudor.

Uno de ellos, contra el cual la jurisprudencia de nuestros tribunales alienta una fundada prevención, consiste en imponer elevadas tasas de interés a las sumas de dinero empleadas en las "financiamientos" o bien en los mutuos comunes. Esas tasas llegan a veces a la usura -ostensible u oculta en "puntos negros"- en medida tal que escarnecen los principios de moral y buenas costumbres cuya preservación es misión y objetivo irrenunciable de los órganos jurisdiccionales del Estado. A pesar de ello, el mismo Estado se ve forzado en ciertos casos a transar frente a la realidad económica y, con implícito reconocimiento de su impotencia ante la inflación, debe extender los límites de tolerancia que admiten esas reglas primarias de la axiología jurídica, como lo prueba la reciente elevación de las tasas de interés bancario autorizadas por el gobierno

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nacional a través del Banco Central de la República. Paralelamente, nuestros tribunales toleran actualmente -en la hipótesis de los mutuos garantizados con hipoteca- una tasa máxima por todo concepto del 30 % sobre el capital entregado en préstamo, contra el 24 % que rigió hasta el año 1971.

El otro conducto, precisamente el que hace a nuestra temática tiende a subsanar la falta de seguridad en las "inversiones internas"(8)(663), previendo el riesgo de que el inversor vea disminuido su capital -inmovilizado durante el lapso de la inversión- como consecuencia de la inflación, para lo cual se procura estabilizar el "valor" de las sumas dadas en préstamo -o el de los pagos futuros en las obligaciones de tracto sucesivo- mediante su relación con un patrón "fuerte" de garantía. Este módulo del valor "intrínseco" de la prestación a cargo del deudor, bien puede consistir en la traducción de la cantidad nominal facilitada por el acreedor a su equivalente en una moneda extranjera fuerte o bien al "precio" de ese dinero en oro(9)(664), transformándose la deuda de "cantidad" en una de "valor".

Ambos caminos conducen a un fin común, cerrar la brecha que existe entre el ahorro y la inversión. Esta solución de continuidad en el normal proceso económico-financiero de un país, se presenta por el auge de la inflación que, como ya está dicho, desvía en una proporción más o menos importante el ahorro nacional hacia gastos superfluos -aunque pueden ser efectuados con miras a la preservación del capital empleado, como cuando se compran oro, divisas o alhajas- o bien hacia el exterior, esto último en especial cuando se trata de capitales relativamente importantes.

IV. LAS CLÁUSULAS DE "VALOR ESTABLE"

Muy atrás han quedado los tiempos en que Montesquieu pudo afirmar refiriéndose al valor de la moneda: "Rien ne doit être plus exempt de variation que ce qui est la mesure de tout"(10)(665). Desde entonces hasta el presente y en especial en este siglo XX, graves crisis económico-financieras se encargaron de trastocar ese adagio, que en su momento pareció de una validez axiomática. En el párrafo anterior ya hemos bosquejado, a través de un caso tipo, cómo esas crisis llegan a veces a desembocar en un estado de "patología" monetaria.

A diferencia de las tasas usurarias de interés, que en principio sólo traducen una írrita finalidad de lucro desmedido -aunque este resorte ha servido, en los últimos tiempos, a fines concurrentes con los del instituto que nos ocupa(11)(666)- las cláusulas de estabilización exclusivamente tienden a preservar el principio de la "conmutatividad" contractual en los resultados económicos del negocio, manteniendo el "valor" de las prestaciones convenidas por las partes, es decir, neutralizando el deterioro que sobre la prestación "dineraria" opera la inflación.

En la doctrina y la jurisprudencia se han polarizado las opiniones sobre la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

validez de estas cláusulas; un sector, que denominaremos tesis negativa o "nominalista", se pronuncia por su invalidez, el opuesto, al que mencionaremos tesis "permisiva", las justifica y considera legítimas. Trataremos de resumir los argumentos más relevantes de una y otra tendencia, para luego exponer nuestras propias razones.

A) La tesis negativa o de tendencia "nominalista"

Las objeciones que parte de la doctrina formula contra la validez de esta cláusula, ya sea ella estipulada como "cláusula valor oro" -es decir como módulo de la obligación dineraria- o bien lisa y llanamente como obligación de entregar una cantidad y calidad especial de oro -en moneda nacional o extranjera- se han centrado primordialmente en su incompatibilidad con los principios de orden público que descartan la posibilidad de que los particulares, al crear la norma individual que ha de regir sus relaciones recíprocas -el contrato- contraríen las que con carácter imperativo ha establecido el Estado para regular el ciclo económico de la comunidad a través de una unidad de valor sujeta a un tipo de control, compensador y monetario, mediante el cual se asegura la prerrogativa de modificar el poder de compra de la moneda de curso legal de acuerdo con las necesidades generales catalizadas en las "Razones de Estado" que priman en la conducción económico-financiera del país.

Se sostiene así que, por medio de las normas que legislan sobre la moneda -entre otras la ley 12155, de creación del Banco Central de la República- el Estado, más que determinar la cobertura del "circulante" según las reservas de oro y divisas existentes, pretende instrumentar un resorte para regular el volumen del crédito bancario y de los medios de pago, promover el desarrollo y la inversión, estimular el crecimiento ordenado del ingreso nacional y atenuar las consecuencias que puedan tener en el mercado interno las fluctuaciones del balance de pagos -el artículo 1º del decreto-ley 13126/57, da estos fundamentos a la normatividad que encabeza.

También se hace hincapié en que la cláusula oro importa un verdadero fraude al régimen que acuerda curso legal y forzoso al billete inconvertible. Al desconocerse el instrumento específico de que se sirve el Estado para su política económica, se subvierte ese orden en el ámbito de la actividad comercial privada, que debe mantenerse dentro del marco fijado por aquella política cuyos fines programáticos van desde lo individual hasta los esquemas del más alto nivel. Se agrega que contribuye, de igual modo, a la agravación del proceso inflacionario.

Respecto a las pautas de hermenéutica aconsejables en la solución del problema, se afirma que debe estarse por una interpretación "publicística" en la evaluación de tales cláusulas de garantía, o sea apartando la construcción jurídica a que da lugar su análisis de las normas del Código Civil, para volcarla sobre los resultados a que conduce su aplicación frente a los principios de derecho público

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económico que priman en la emisión, circulación y en todo lo demás relativo a la moneda de curso legal.

En el mismo orden de ideas, se hace notar que la unidad monetaria nacional ha sido desvinculada de toda referencia a un contenido metálico por vía de la inconversión dispuesta en 1914 y mantenida por la ley 12155 (art. 58) -a través de una disposición "transitoria" que lleva ya más de treinta años de vigencia- y por el decreto-ley 13126/57, sustituyéndose así el régimen de la ley 1130 (año 1881), en que se definía al peso de oro o plata como unidad monetaria en función de los gramos de metal y títulos de fino de su cobertura en la conversión (1,6129 gramos oro de 900 milésimos de fino o 25 gramos de plata de 900 milésimos de fino). De ahí que la doctrina de los artículos 617 y 619 del Código Civil sólo pudiese ser admitida bajo el régimen de la ley 1130, cuyo artículo 5° aunque teóricamente vigente debe considerarse derogado en la práctica por su incompatibilidad con el sistema establecido por la ley 12155.

Por último, se afirma que el hecho de que el mismo Estado tenga en cuenta la depreciación monetaria al efectuar periódicamente el reajuste de las prestaciones debidas con motivo de las relaciones jurídicas de tracto sucesivo preexistentes -revaluación de los títulos de la deuda pública u otras obligaciones emitidas por entes estatales sobre índices referidos al oro o a monedas extranjeras (por ejemplo, el empréstito Nueve de Julio); el reconocimiento de "mayores costos" en los contratos de obra pública, etc. -no puede servir como antecedente, por inducción y analogía, para convalidar las convenciones entre los particulares en las cuales se pretenda sustraer a una de las partes del riesgo inflacionario. Esos actos del Estado, ya en la propia órbita de su gestión financiera o bien en ciertas áreas de la actividad comercial alcanzadas por los resultados de aquélla -por ejemplo, la facultad establecida por la ley de solicitar el reajuste judicial de los arrendamientos rurales y urbanos- forman parte de una programática inspirada y tendiente al logro de objetivos de orden nacional -en lo socioeconómico- cuya legitimidad no puede ser enjuiciada por el Poder Judicial.

Tales, en síntesis, los argumentos más destacados de la tesis "nominalista" o negativa.

B) La tesis "permisiva"

La moneda, como dinero(12)(667), encierra tres pautas de valor: a) valor nominal, que es fijo, atribuido por el Estado y uno de los que contiene el billete de "curso legal y forzoso"; b) valor metálico o intrínseco, dado en función de la cantidad de oro o plata que representa y que el billete no contiene en los sistemas que rechazan la "conversión" y sí en los que la establecen; c) valor adquisitivo o corriente, que es variable y exterioriza la verdad económica del billete en un momento determinado, es también el que se le atribuye en los "cambios".

La pauta de valor que hemos señalado en a), encierra un contenido jurídico por excelencia, ya que se mantiene inalterable y sirve de medida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a todos los objetos físicos o ideales susceptibles de contener un valor económico -cosas y bienes (arts. 2311 y 2312 del Código Civil)- mientras que la indicada en c) responde a un concepto esencialmente económico, aunque sus implicancias en lo jurídico son a veces claramente perceptibles -como acontece en la hipótesis que nos ocupa con la creación de la "norma individual" contenida en la cláusula de garantía, con el resarcimiento de los perjuicios derivados de un hecho ilícito en la "norma judicial" que admite a la depreciación monetaria como un rubro más, y aun, en ciertos casos, con la "norma legal", como implícitamente puede inferirse del artículo 1198, apartados segundo y tercero, del Código Civil (teoría de la imprevisión, introducida por la ley 17711).

Uno de los pilares jurídicos fundamentales de la política monetaria del Estado puede consistir en el "nominalismo", unido o no al curso forzoso del billete por su valor extrínseco -el que indica el sello oficial- pero de ahí no se sigue la ineficacia de la cláusula oro o valor oro. Esto, aun cuando se considere que la moneda no sólo es medio de pago sino también módulo de valor por su nominal para fijar la suma debida, es decir el valor de la prestación que debe cumplir el deudor.

Si hemos de enfocar el problema a la luz de los principios de derecho público económico que nos rigen en materia monetaria, debe hacerse notar que, tanto los artículos 58 y 41 de la ley 12155 -el segundo estableciendo la convertibilidad de los billetes circulantes y el primero manteniendo en suspenso la vigencia del otro hasta tanto se dicte una ley especial- como los artículos 23, 24 y 47 del decreto-ley 13126/57, ratificado por la ley 14467 -de similar contenido dispositivo al de las otras normas citadas- si bien suspenden "transitoriamente" la conversión de los billetes a oro -en metal, divisas o moneda extranjera- nada prescriben sobre el mercado libre del oro, es decir la facultad de los particulares de comerciar o negociar con y en oro.

En el derecho comparado, algunas leyes que establecen la inconvertibilidad del billete y su curso forzoso como valor cancelatorio o de pago, al mismo tiempo fulminan la validez de las denominadas cláusulas de garantía -en "oro" o "valor oro"- disponiendo que el papel moneda será de recibo obligatorio por su valor nominal aunque las partes hayan estipulado lo contrario.

Otras, de distinto modo, aun cuando también determinan la inconvertibilidad del papel moneda y su curso forzoso como especie cancelatoria, guardan silencio sobre el supuesto de que en las convenciones particulares se haya adoptado como módulo de la prestación el dado por una suma de dinero papel traducida a su valor en metálico o en moneda extranjera en el momento de concertarse el negocio, quedando luego fijada la prestación con relación a ese valor en "especie" que habrá de ser a su vez traducido al dinerario que corresponda según la cotización del tiempo del pago.

Esta diferencia en la sistemática legislativa -sobre la que más adelante hemos de volver- nos brinda la más valiosa pauta decisoria en la solución del problema, dentro de un enfoque "publicístico": aun en esa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

área del quehacer jurídico debe valer el axioma de que está permitido todo aquello que la ley no prohíbe...

La cláusula de estabilización, tal como ha sido puesta en práctica en el uso comercial de los últimos tiempos, no encierra una exclusión de la moneda de curso legal como medio de pago en términos absolutos, simplemente se limita a descartar que lo sea por su valor nominal adoptando el patrón cancelatorio de su "valor intrínseco" para medir la prestación dineraria -el valor en metálico traduce, aproximadamente, el "adquisitivo" del billete, aunque no con exactitud por la incidencia de diferentes factores de orden económico-financiero.

En definitiva, entonces, no se trata de proscribir a la moneda de curso legal y forzoso como medio de pago, sino únicamente de asegurar un valor "real" cierto e invariable, a la prestación puesta en cabeza del deudor.

La ley 12155 no prohíbe en disposición alguna la cláusula oro, como tampoco lo hace el decreto-ley de 1957. El artículo 38 de aquélla, sólo dispone que "los billetes del Banco (Central) tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina, por el importe expresado...", omitiendo fijar un valor en metálico a tales billetes. Los artículos 41 y 58 de la misma ley, a que ya nos hemos referido, sólo regulan la relación del Banco con los tenedores de los billetes en cuanto al reembolso, guardando silencio sobre las convenciones de los particulares que estipulen otra forma de cancelar sus obligaciones.

También se ha esgrimido en contra de la validez de estas cláusulas, el argumento de que ellas atentan contra la confianza pública hacia el signo monetario y que contribuyen a acrecentar la inflación, pero estas razones de impugnación aunque conocidas por nuestro legislador no fueron tenidas en cuenta en la sanción de las normas que deberían haberlas recepcionado, cuales son la ley 12155 y el decreto-ley 13126/57. Más aun, la verdad de tales asertos no es aceptada pacíficamente en la doctrina, así Nussbaum, por ejemplo, sostiene que la "cláusula oro" es el medio más apropiado en manos de los particulares para garantizar las prerrogativas subjetivas en juego frente a la oscilación de la moneda, ya que vinculándose con la economía universal toda, como conjunto, llega a convertirse en un valor de relativa inmovilidad. Si se le quitaran sus efectos "estabilizadores" sería inocua a los fines perseguidos(13)(668).

Volviendo al silencio guardado por las normas de derecho público que nos rigen en esta materia, debe hacerse notar que, si el empleo de esta fórmula contractual de garantía en realidad diese motivo a una inquietud del Estado con miras a preservar los fines generales de su política económica, financiera y monetaria, correspondería al legislador -en el sentido formal de la creación normativa "general"-establecer un régimen imperativo que la prohibiese. Por el contrario, entrar en ese terreno -política monetaria del Estado- debe estarle vedado al juzgador; no se olvide que la norma judicial, como norma "intermedia" entre la legislativa y la particular producto de la convención, se limita a establecer en caso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de conflicto la interpretación "justa" de lo convenido entre las partes (art. 1197, Cód. Civil) y de que únicamente puede apartarse cuando median razones de preservación del orden público que imponen su derogación y la aplicación directa de la norma legal -"primaria" o "secundaria"(14)(669)-. En nuestro caso, esa norma, ese "marco" de legalidad no aparece prefijado en el Código Civil ni en las leyes de derecho público que específicamente regulan la cuestión de la moneda y la política monetaria.

En el mismo orden de ideas, si bien es atribución del poder público la fijación del valor de la moneda (art. 67, inc. 10°, Constitución Nacional), tal atribución se limita a especificar su "tipo" y "calidad" cuando se trata de moneda metálica o bien su convertibilidad o no si es de papel, determinando su interrelación mutua -en el caso de la "moneda de papel"- y con la moneda extranjera, al igual que su curso legal y/o forzoso, es decir a regular todo lo relativo a su valor intrínseco -cuando el billete es "convertible"- y al nominal. De distinto modo, cuando se trata de su valor adquisitivo o de cambio rige la ley de la oferta y la demanda, como tal independiente de una regulación legislativa fuera del mercado oficial de cambios que únicamente rige para ciertas y determinadas operaciones (Nussbaum, op. cit., págs. 430/1), por lo cual no puede serle impuesta a los particulares en la relación negocial "interna" que tengan establecida (art. 1197, Cód. Civil).

Si llevamos el problema a las normas del derecho privado, contamos con los artículos 617 y 619 del Código Civil. El primero expresamente admite que el pago de la obligación se estipule en moneda sin curso legal en la República, en cuyo caso deberá regirse por las normas establecidas para las obligaciones de "dar cantidades de cosas". El segundo dispone que, si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, éste cumple la prestación a su cargo dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación.

Ambos preceptos guardan silencio sobre la cuestión que nos ocupa, pero la nota al artículo 619 es sumamente ilustrativa acerca de cuál era la opinión de Vélez frente al problema que se presenta respecto al pago cuando ha habido una alteración en el valor de la moneda estipulada en el acto constitutivo, entre la fecha de su concertación y la del vencimiento. La claridad meridiana de su pensamiento jurídico ilumina esta cuestión cuando explica la ausencia de una previsión legal expresa sobre el punto.

Luego de citar a las leyes romanas, de Partidas, Código Francés y otras legislaciones del siglo pasado, en cuyo examen desliza una reflexión acerca de que "hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe sino por la sustancia, por el metal, oro o plata que contenga...", afirma enfáticamente que "...si hubiese de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Código de Austria". El texto extraído por el codificador de ese

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuerpo normativo, del que cita los artículos 988 y 990, dispone: "Si se ha alterado el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo".

La doctrina del citado código es la misma que sostenía Savigny, es decir la del valor de cambio, rechazando la del nominalismo que aparentemente consagraría, según algunas opiniones, el artículo 619 del Código Civil -exclusivamente lo hace en ausencia de una previsión contractual en contrario.

Esta norma está tomada del artículo 931 del Esboço de Freitas y prima en su solución un principio análogo al que sostiene la doctrina "permisiva" a que adherimos. La opción establecida en favor del deudor, si se opera una variación en el tipo de cambio de ambas monedas no habrá de perjudicar al acreedor, porque la "otra especie de moneda nacional" -por vía de analogía igual solución en caso de haberse estipulado una moneda extranjera- deberá ser entregada en cantidad suficiente de acuerdo al cambio que corra "en el lugar, el día del vencimiento de la obligación". De donde resulta que el "valor" tenido en cuenta por las partes al concertar el negocio estará siempre cubierto -más adelante afinaremos esta idea.

La doctrina y la jurisprudencia predominantes interpretan que, si el pago tiene lugar en una fecha posterior a la del vencimiento y en el ínterin se opera una variación en la relación de cambio entre ambas monedas, el deudor deberá sujetar su entrega al tipo cambiario que más convenga al acreedor(15)(670). El artículo 932 del Esboço, no trasladado por Vélez Sársfield a su propio esquema, prevé este caso y consagra la misma solución a que ha llegado nuestro "derecho vivo", la mora del deudor en ningún supuesto irá en menoscabo del acreedor.

En cuanto a si los interesados pueden estipular para sus operaciones un tipo de cambio determinado, cuestión muy conexa con la que estamos desarrollando por su proyección en materia de los justos límites que deben serle reconocidos a la "libre contratación" en los negocios del derecho privado, destaquemos que la opinión predominante es la "permisiva"(16)(671). Se hace notar en su apoyo que, por tratarse de una cuestión en que no se ve afectado el orden público, corresponde dar a la autonomía de la voluntad la primacía que ella capitaliza en las relaciones de derecho privado. Si bien la relación cambiaria entre las distintas monedas -por ejemplo entre la de oro y plata- está ya fijada por la ley, ante la ausencia de una norma imperativa en colisión con un pacto de esa naturaleza, debe estarse al tipo de cambio "convencional"(17)(672). Con mayor razón cabe esta solución bajo un régimen de inconvertibilidad, en que la relación entre el patrón oro y el billete de papel queda en teoría.

Vayamos ahora a nuestro propio enfoque, ya en parte anticipado.

V. DESARROLLO SISTEMÁTICO DEL PROBLEMA

A) Noción de la moneda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Existen tres clases de moneda: a) Metálica, que se confecciona con metales nobles en cantidad que equivale al valor representativo de la moneda. La moneda de oro no circula con un peso igual al que corresponde a su valor, sino que es aleada con otro metal para darle mayor dureza y perdurabilidad. La diferencia de valor se compensa con los gastos de acuñación y la certificación de pureza que le acuerda el sello oficial. b) De papel, representativa o fiduciaria. La primera especie se halla respaldada por una garantía efectiva en oro y lo reemplaza por razones de comodidad en la circulación, de modo tal que, en teoría, ella es representativa de un valor equivalente a la moneda de oro en metálico. La segunda carece de esa garantía en metálico y en su respaldo se parte de una premisa de "confianza", en el sentido de que los billetes habrán de ser cambiados por su equivalente en metal cuando la conversión sea reclamada al ente emisor por el tenedor. En realidad no existe en los hechos una mayor diferencia entre ambas especies, ya que el país que cuenta con un "encaje" en metálico del treinta por ciento del circulante, por ejemplo, tiene circulando prácticamente un treinta por ciento de moneda representativa y un setenta por ciento de fiduciaria. c) Papel moneda, que es el dinero emitido por el Estado sin que se le atribuya garantía alguna. En la actualidad a esta especie pertenece de "hecho" nuestra moneda de curso legal en virtud del sistema de inconvertibilidad adoptado, "transitoriamente" -aunque con una provisionalidad de ya casi medio siglo de duración- a partir de la ley 9481 (año 1914) con el cierre de la Caja de Conversión, solución luego ratificada por la ley 12155 (art. 58) y por el decreto-ley 13126/57 (arts. 24 y 47). Es la especie que está más sujeta a grandes oscilaciones en su valor adquisitivo o corriente, ya que carece de un respaldo cierto -de ahí su "complicidad" natural con la política inflacionaria- y la que en particular plantea el problema sub-examen en la actividad negocial. En la moneda hallamos dos funciones que coexisten y hacen a la esencia del dinero como instrumento natural de cambio en la economía moderna.

La primera de ellas y que da su sentido a la otra, es de carácter económico. Ya lo hemos anticipado, la moneda encierra una idea de riqueza, una medida de todos los demás valores que integran el patrimonio universal, público y privado. Bajo este aspecto, el dinero puede ser comparado con otras medidas que sirven para determinar el peso, volumen o dimensión de los objetos corporales, pero va más allá, incluso es pauta de valor de los bienes en general -es decir incluyendo a los derechos y objetos incorporeales susceptibles de tener un valor (artículos 2311 y 2312 del Código Civil).

Aparte de ese su valor instrumental por excelencia, la moneda encierra igualmente un valor en sí misma, que está dado por la cantidad de riqueza a que equivale y por ello es un valor abstracto -de "reducción" diríamos- suficientemente idóneo como para representar cuantitativamente todo el tráfico económico, cualesquiera sean los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valores y especies comprometidos en la actividad comercial de que se trate -esto último se vincula asimismo con su función jurídica, es decir como medio de pago.

Como objeto jurídico, el dinero es el instrumento común y natural de cancelación de las obligaciones; bajo este aspecto todo acreedor, ya sea un sujeto del derecho público o privado, está obligado a recibirlo como medio idóneo de pago si se lo da en cantidad suficiente (arts. 5 y 11, ley 1130 y 21, decreto-ley 13126/57).

Ya hemos hablado de los tres valores que encierra la moneda -nominal, metálico y corriente o de cambio-; este contenido "dinerario" no es propio de un sistema determinado, cualquier moneda puede ser considerada con relación a esas tres pautas de valor desde el punto de vista económico: aquí precisamente tratamos de demostrar que también puede serlo jurídicamente dentro de un convenio privado, sin que por ello se vea afectada la validez del acto.

B) El objeto debido en las obligaciones dinerarias

El artículo 616 del Código Civil, dispone: "Es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas".

Acerca de la naturaleza jurídica de la moneda, considerada cada pieza individualmente -disquisición imprescindible para localizar la normatividad que rige todo lo vinculado con la moneda como "dinero"- en la nota al artículo transcrito Vélez traslada un concepto de Savigny, indicando que el dinero es una cantidad y que la diferencia entre una pieza y otra de la misma especie es poco sensible -como un grano de trigo entre otros del montón-; en sí mismas no son reconocibles la una de la otra. Son cosas de consumo, su verdadero uso consiste en el gasto que de ellas se hace y que, en principio, es óbice insalvable para la reclamación de su propiedad luego de entregadas, tal como si en realidad la especie hubiese sido "consumida".

Puede decirse entonces que las piezas de moneda, como tales, son (a) cosas fungibles, por lo cual si son de una misma especie y calidad pueden ser reemplazadas entre sí; (b) consumibles, de donde resulta que una vez entregadas al poseedor se pierden para él en su individualidad, lo cual no impide que si las recibió con obligación de restituirlas como "dinero" -no como piezas de colección- aunque se extravíen o le sean robadas, podrá y deberá pagar con otras de la misma especie, ya que de cualquier modo cumplen una simple función instrumental en los cambios(18)(673). El dinero ha venido así a desplazar al "trueque" de las comunidades primitivas, en que se entregaban objetos a cambio de objetos, es decir un rudimentario anticipo conceptual de la "permutación" de los tiempos modernos (arts. 1485 y correlativos del Código Civil). También en esa hipótesis se transfiere la propiedad de las cosas entregadas en el cambio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Consecuencia de tales atributos es la remisión del artículo 616 a la normatividad implantada entre los artículos 601 y 605 -obligaciones de dar cosas inciertas- y 606/615 -obligaciones de dar cantidades de cosas-. De estas normas subsidiarias se extraen algunos importantes principios, aplicables a la obligación dineraria; por ejemplo: el derecho del deudor de elegir con qué cosas pagará (art. 601), dentro de la especie debida, por supuesto; inexcusabilidad del incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor antes de quedar individualizadas las cosas (art. 604). En lo que interesa a nuestra temática, tratándose de obligaciones en moneda extranjera regirán las normas de dar cantidades de cosas, especialmente la del artículo 608. También se aplicarán las disposiciones de los artículos 610 y siguientes, antes de estar individualizadas las cosas.

Es importante destacar que, en el supuesto de la obligación dineraria, las "cosas" quedan individualizadas luego de haber sido contado el dinero por el acreedor, aplicándose así la doctrina del artículo 609.

C) Modalidades particulares de la obligación dineraria

Esta particularidad modal de la obligación dineraria puede ser reducida, bajo el aspecto que interesa a nuestro estudio, a tres moldes operativos, dos de ellos de similar ecuación jurídica -el primero y el tercero de los que pasamos a explicar.

El caso más común es el de las obligaciones en que la prestación consiste en el pago de una suma de dinero expresada en la "especie" de curso legal en el país, actualmente entre nosotros en pesos ley 18188. Se trata aquí de una obligación de cantidad por el valor nominal expresado en el sello oficial impreso en el billete, que será cumplida entregando el deudor la cantidad estipulada en el título, cualquiera sea la depreciación o valorización que en el mercado económico o en el de cambios haya hecho fluctuar el poder adquisitivo de la moneda de curso legal.

La segunda hipótesis nos presenta un caso especial, en que la obligación dineraria asume el carácter de una deuda de valor. Es precisamente el supuesto que nos ocupa; se estipula un valor de referencia como pauta económica de la prestación del deudor, cantidad de "valor" ésta que debe ser entregada por el obligado en la "especie" de garantía -si se ha estipulado el pago en esa especie como cláusula esencial del contrato- o bien en otra, que inclusive puede ser la de curso legal, pero en cantidad suficiente para cubrir el "valor" prometido en el acto constitutivo.

En cuanto a las pautas temporales que juegan en este caso para medir el valor de la prestación, tenemos: a) el "valor" prometido se mantiene fijo, estable, al tiempo de concertación del negocio -por ejemplo, se prometieron doscientos dólares o su equivalente en pesos ley 18188 y se cumplirá pagando esa cantidad de "valor", aunque haya fluctuado la relación de cambio entre una y otra especie-; b) si no se puede cumplir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con la entrega de ese valor en la especie utilizada como patrón de garantía, se entregará en reemplazo su equivalente en la de curso legal -pesos ley 18188- de acuerdo con la cotización de cambios vigente al tiempo del vencimiento de la obligación o del pago efectivo -ya hemos visto que si media mora del deudor, debe estarse al tipo cambiario que sea más favorable al acreedor.

El tercer supuesto también nos muestra una obligación de cantidad. Se trata del caso en que se ha pactado la obligación en una moneda especial - como cláusula esencial del contrato - que sólo puede cancelarse entregando la cantidad prometida de esa misma especie, aun cuando el deudor ofrezca pagar con otro tipo de moneda un valor equivalente. La solución negativa tampoco varía si la especie subsidiariamente ofrecida por el deudor es de curso legal y surte efecto cancelatorio forzoso -es también indiferente que la especie prometida sea o no de curso legal.

Se aplican aquí los principios establecidos en los artículos 607 y 608 del Código Civil; la moneda de curso legal sólo podrá emplearse en el pago si media imposibilidad de conseguir la especie estipulada y el acreedor opta por el resorte establecido en el segundo de los artículos citados (in fine). Con todo, debe hacerse notar que esta forma de pago, salvo su aceptación incondicional por el acreedor (arts. 868, 869 y correlativos, Cód. Civil), no es la que corresponde al normal cumplimiento negocial (art. 740, Cód. Civil) sino de ejecución atípica, que inclusive podrá dar derecho al reclamo de perjuicios e intereses, según el caso.

Estos mismos principios se aplican, como se desprende de lo expuesto, en la hipótesis del artículo 619 -particularmente referida a distintas especies de "moneda corriente nacional"- en que la opción arbitrada en favor del deudor será también inadmisibles si se hubiese estipulado la "especialidad" de la prestación como cláusula esencial del contrato(19)(674).

D) Validez de las cláusulas de garantía dentro de las normas de derecho privado y de derecho público

Al analizar la tesis permisiva, hemos en parte anticipado los argumentos que avalan la afirmación apriorística de este subtítulo; aquí cabe afinar esos conceptos.

La cláusula estabilizadora puede hallarse referida a un valor oro en moneda metálica nacional o extranjera, o bien a una moneda de papel pero representativa de ese valor según un tipo determinado.

Para el primer supuesto, rige el artículo 619: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación". Para el otro -moneda extranjera- el 617: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiese estipulado dar moneda que no sea de curso legal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas".

El análisis de estas dos disposiciones y las de remisión subsidiaria que las complementan, nos permitirá medir en su justo alcance el artículo 616, donde se encierran los principios generales que imperan en esta materia.

Vayamos al artículo 619. Luego de establecida la inconvertibilidad no existe paridad legal entre el peso oro de la ley 1130 y el peso de papel -en tiempos de la conversión esa paridad era de 44 centavos de peso oro por un peso de papel- por cuya razón el valor de los billetes debe medirse con relación al oro de acuerdo con la cotización de éste en el mercado. De tal modo, habiéndose obligado el deudor a pagar 500 pesos oro según el título constitutivo, sólo cumplirá pagando esa suma en oro o bien en una cantidad de pesos de papel suficiente para adquirirla en el mercado el día del vencimiento de la obligación -o del pago, según el caso.

Una parte de la doctrina -minoritaria y actualmente desplazada por la tendencia que luego indicamos- sostiene que al dictarse la ley de conversión (3871) la paridad entre el peso oro y el peso papel quedó fijada en 44 centavos de aquella especie por un peso de esta última -los fallos de la jurisprudencia que la acogieron datan de alrededor de treinta años atrás.

La tendencia predominante se inclina, sin embargo, por el "valor de cambio" indicado por el artículo 619, es decir por la cantidad de pesos papel que sea necesaria para adquirir en el mercado una moneda de oro que tenga la cantidad de ese metal que contiene el peso oro de la ley 1130 -1,6129 gramos de oro de 900 milésimos de fino(20)(675).

Hasta aquí, como se advierte, ningún obstáculo en las normas de derecho privado para las cláusulas de garantía pactadas en una "especie" de moneda nacional, que es el supuesto previsto en el artículo 619.

Tampoco colisionan con la legislación monetaria, ya en el ámbito del derecho público. Esas leyes sólo han estatuido sobre la moneda de curso legal y forzoso para la cancelación de las obligaciones en general -excluyendo el supuesto en que la especie dineraria pactada es cláusula esencial del negocio, ya como objeto propio del cumplimiento o bien como garantía del valor económico real de la prestación- al igual que han suspendido el régimen de la conversión en los últimos años, pero en modo alguno prohíben el tráfico del oro o de las divisas en manos privadas.

Precisamente de este último caso -moneda extranjera- trata el ya transcrito artículo 617.

No obstante haberse suprimido en nuestro régimen monetario el curso legal de las monedas extranjeras, con la motivación fundamental de que la moneda es uno de los símbolos de la soberanía nacional -aunque el Banco Central está autorizado para entregar divisas extranjeras en canje de los billetes que pone en circulación (art. 41, par. 1, ley 12155)- la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solución permisiva que se induce del artículo 617 respecto a la estipulación de un "valor de estabilización" en moneda extranjera, no aparece expresa ni implícitamente proscripta por norma imperativa alguna dentro de esa legislación específica de la moneda.

Más incontrastable es aun esta conclusión, si se admite, como es práctica de nuestro "derecho vivo", que la prestación sea cumplida entregando el deudor el equivalente de esa moneda extranjera en la de curso legal, al cambio corriente en el lugar y tiempo del pago.

Una solución similar ya se perfilaba en el artículo 8 de la ley 1130, cuando refiriéndose a las obligaciones contraídas en el extranjero para ser cumplidas en la República disponía: "...Los -actos o contratos- que se hubiesen estipulado para ejecutarse en la República deberán exigirse en moneda nacional por equivalente".

El mismo dispositivo hallamos en los viejos artículos 685 y, por vía de remisión, 741 del Código de Comercio, según el primero de ellos: "Las letras deberán pagarse en la moneda que designen. Sin embargo si la moneda indicada no tuviere curso en el comercio de la República, la cantidad de la letra será reducida a moneda corriente, al cambio del día del vencimiento, en el lugar del pago". Más adelante veremos el artículo 44 del decreto-ley 5965/63, de similar contenido.

Si bien el artículo 7 de la ley 1130 prohibió "la circulación legal de toda moneda extranjera de oro, desde que se hayan acuñado ocho millones de pesos moneda de oro de la Nación y la circulación legal de toda moneda extranjera de plata, desde que se hayan acuñado cuatro millones de plata", el decreto del Poder Ejecutivo que hizo efectiva y dio a conocer esa prohibición -tal como estaba previsto en el segundo apartado del mismo artículo- del 5 de noviembre de 1890 fue luego dejado sin efecto por otro decreto del 22 de enero de 1891. La razón de este paso atrás, por demás simple, los poseedores de la moneda de oro nacional -los "argentinos"- la acapararon sustrayéndola del mercado y la circulación.

Esto significa que, salvo el brevísimo lapso comprendido entre ambos decretos -algo más de dos meses- nunca ha estado prohibida en el país la circulación de las monedas extranjeras como fin o como instrumento de los negocios jurídicos particulares.

Conviene hacer hincapié en lo siguiente, lo único que podría estar en discusión es la validez de la cláusula de estabilización referida a moneda extranjera -de oro, plata o papel- ya que si el módulo de valor se expresara en moneda de oro nacional, carecería de sentido argüir en su contra sobre la base del artículo 7 de la ley 1130 -que sólo menciona en su prohibición a la moneda extranjera- como también hacerlo con la inconversión "transitoriamente" dispuesta a partir de las leyes 9481 y 9506 de 1914(21)(676), porque el único resultado perseguido por este régimen monetario consiste en eximir al ente emisor -el Banco Central- de su obligación de canjear la moneda de papel que le sea presentada por la cantidad de metal o divisas que correspondan a la suma dada en cambio por el portador de los billetes -a lo cual estaba obligado bajo el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

régimen de la conversión, respecto a toda suma de peso papel que se presentase al canje por un equivalente no inferior a una "barra típica de oro de 12,441 kilogramos" (400 onzas "troy", art. 24, decreto-ley 13126/57)(22)(677)-. El régimen de la inconversión, insistimos, en modo alguno afecta a los negocios celebrados por los particulares entre sí, ya que ninguna disposición de las leyes y decretos que lo regulan se ocupa de tales actos ni permite inducir una objeción valedera en contra de las cláusulas de estabilización cualquiera sea el módulo de "valor" elegido.

En ese silencio, que es regla en la legislación monetaria argentina, radica su diferencia con otros sistemas del derecho comparado, en que sí existen normas expresas, ya autorizando, ya prohibiendo las cláusulas de estabilización con el alcance que tolera nuestro derecho positivo, aunque lo haga por implicitud. También los hay que tácitamente las descalifican.

Entre los códigos civiles que expresamente fulminan la validez de este tipo clausular, podemos citar al Código Napoleón, cuyo artículo 1895 dispone que la deuda "dineraria" se cancela abonando el deudor la cantidad nominal establecida en el título, sin tomar en consideración cualquier fluctuación que se haya producido en el valor "intrínseco" -contenido metálico de la moneda representativa-de la especie prometida(23)(678).

Un ejemplo típico de las legislaciones que prohíben la cláusula "valor oro" en forma implícita, está dado por los Estados Unidos de Norteamérica. En el año 1933 el congreso adoptó una serie de medidas encaminadas a instrumentar el plan de gobierno del presidente Franklin Delano Roosevelt, cuyo contexto sustancial condujo a la tácita interdicción de las cláusulas de estabilización. En 1935, la "Joint Resolution" abrogó expresamente la "cláusula oro" e implícitamente la "cláusula a valor oro". Llevada la cuestión a la Corte Suprema de los Estados Unidos -cuyas decisiones, a diferencia de lo que acontece con el sistema judicial que nos rige, obran no sólo para el caso particular y presente, sino también para el futuro y con carácter general, es decir derogatorio de la ley cuestionada que no podrá ser ulteriormente aplicada por los tribunales inferiores- ésta, presionada por las particulares circunstancias de la política nacional e internacional que vivía el país, como igualmente por las exigencias de la opinión pública -factor de presión que, a través de la prensa (oral y escrita), es "gobierno" en muchas de las decisiones políticas de ese país- declaró la constitucionalidad de esa legislación prohibitiva.

Alemania aparece entre los países cuya legislación consagra expresamente la validez de las cláusulas de estabilización. Según la doctrina y jurisprudencia que arrancan de la década del veinte, los artículos 157, 242 y 607 del Código Civil alemán, dan asiento positivo al reconocimiento y validez de este tipo de estipulaciones, específicamente los dos últimos y el primero en cuanto enarbola la directriz general de autonomía de la voluntad en materia contractual(24)(679).

Inglaterra, en una posición similar a la que ha prevalecido entre nosotros,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

figura entre los países que han adoptado la tesis permisiva en forma implícita. Esta orientación de su jurisprudencia más reciente, tomó cuerpo en una decisión de la Cámara de los Lores -que intervino en el caso como tribunal de apelación- del año 1933, publicada en The Economist del 23 de diciembre de 1933. En el fallo se llegó a la conclusión de que la cláusula de valor oro es válida "...porque la ley inglesa no la prohíbe", acatando así el principio de la autonomía de la voluntad -muy respetado en el derecho anglosajón- esa decisión "hizo historia" en su momento, al decir del citado periódico.

Ya hemos visto que también se aduce en contra de la solución "permisiva" que las cláusulas de estabilización desprestigian a la moneda de curso legal -especialmente cuando están referidas a moneda extranjera-. En nuestra opinión, este argumento es equívoco, en realidad se confunden las causas con los efectos.

La experiencia histórica de nuestro país -en que estas cláusulas se han generalizado en el quehacer negocial de los últimos veinticinco años, coincidiendo con la más aguda crisis inflacionaria que se registra entre nosotros- demuestra que las cláusulas estabilizadoras han hecho y hacen auge en los países de moneda inestable y con tendencia a una acelerada depreciación de su signo monetario, o de sus gobiernos a recurrir al resorte de la desvalorización monetaria con el objeto de poner remedio -acertado o no- a ciertos altibajos de su gestión económico-financiera.

Esas circunstancias son, precisamente, las que desprestigian a la moneda de curso legal y mueven a las partes a precaverse de ese estado monetario "patológico", que, aun siendo en general ajeno a la actividad negocial privada, puede sin embargo deteriorar la integridad económica de las legítimas expectativas que se hallan en juego en ese quehacer jurídico. Así ve el problema Mossa en su obra La clausola d'or, atribuyendo a ese auge de esta modalidad negocial el carácter de "producto" o "resultado" del curso forzoso acoplado a una moneda inestable y con tendencia a debilitarse en forma más o menos precipitada(25)(680).

VI. LAS "RAZONES DE ESTADO" -ECONÓMICO-FINANCIERAS-FRENTE A LA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN

Como se recordará, anatematizando la validez de esta especie negocial se hace hincapié en que la regulación económico-legal del signo monetario -ya sea fijando su valor nominal, o el tipo de paridad entre la moneda de papel y el metal que contiene, o bien, en el caso del "papel moneda" estableciendo su valor de cambio al tipo oficial, etc.- es un instrumento jurídico coadyuvante que permite al Estado estimular el crecimiento ordenado del ingreso nacional, atenuar las consecuencias del balance de pagos en el mercado interno e inclusive cumplir cabalmente sus programas de desarrollo con el logro de los objetivos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económicos y sociales que le conducen a su meta ideológica.

Según lo vemos, nada más arbitrario -al menos dentro de nuestra concepción occidental y cristiana del esquema jurídico-político que condiciona y fija su dinámica natural a los órganos del poder público- que dejar en manos del Estado la facultad discrecional de interferir en la actividad negocial privada de un modo que no se compadece con el respeto de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y que es más propio de una "economía autoritaria" que de una estructura políticamente racionalizada pero esencialmente libre en sus manifestaciones particulares⁽²⁶⁾(681). Los derechos fundamentales en juego en esta hipótesis: libertad, propiedad e igualdad -este último, traducido en el principio dogmático de la conmutatividad, actualmente robustecido con la recepción de la teoría de la imprevisión (artículo 1198, Cód. Civil, ley 17711).

Las excepciones a esa regla de prescindencia del Estado, como poder público, frente a la actividad jurídica privada -respecto a la cual sólo puede actuar, en principio, cuando se reclama su tutela contra la arbitrariedad, el fraude, el delito...- se hallan generalmente motivadas por la ocasional prevalencia del interés general de la comunidad, que a veces exige la preservación de los fines de asistencia y cooperación social acoplados a su propia existencia como núcleo gregario, valores éstos que el ordenamiento positivo contiene con particular adecuación al momento y lugar que históricamente debe regir.

Tales fines, sin embargo, sólo pueden ser legítimamente procurados por el Estado -es decir acatando a la Constitución, la "norma primaria" de nuestro ordenamiento jurídico - a través de una política basada en resortes de su misma actividad y a veces con recursos mixtos de afectación a sus programas de previsión y asistencia social. De la misma manera debe operar el Estado, es decir absteniéndose de obrar "autoritariamente" y con menoscabo de las prerrogativas privadas bajo su "custodia", en la órbita de los intereses económico-financieros de la comunidad que se canalizan en la gestión del poder público como gobierno. No pretendemos retrogradar al "liberalismo" del siglo XIX, pero tampoco adentrarnos en el "1984" de Orwell.

En el área de las relaciones jurídicas privadas y del ordenamiento específico que las rige, también actúan en cierta medida esos fines, aunque con una particular "individualización", propia de los institutos del derecho privado. Entre otros, podemos mencionar los artículos 502, 531, 953, 1071 (ley 17711), 1198 (ley 17711), 18 y 21 del Código Civil, que descartan la permisibilidad de aquellas "normas" privadas -la ley contractual (art. 1197, Cód. Civil)- cuyos resultados sean írritos a la axiología esencial del ordenamiento jurídico como complejo sistemático de fines y de medios para el quehacer trascendente de la comunidad y sus integrantes.

Esto quiere decir que el Estado no puede interferir arbitrariamente, ni aun de un modo objetivo y apriorístico -tal modalidad en su gestación y efectos es propia de la norma legislativa, en el sentido material (aquí no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interesa el formal)- en un ámbito donde únicamente anidan intereses y derechos estrictamente subjetivos, sin otra trascendencia que la propia de ese concierto negocial. Claro está, podría hacerlo si mediaran ciertos factores metajurídicos que a veces pesan en la gestión de gobierno, pero que por cierto no aparecen cabalmente perfilados en el caso que nos ocupa -al menos con una diagramación panorámica ideológicamente válida para la "diversidad" contractual a que puede servir el empleo de las cláusulas estabilizadoras-. Menos aún puede hacerlo, cuando el mismo Estado reconoce la necesidad de garantizar la estabilidad del valor económico de ciertas prestaciones -y actúa en consecuencia- en la propia área de su actividad de previsión y asistencia social, desarrollada por instituciones paraestatales como el Banco Hipotecario Nacional y la Caja Nacional de Ahorro Postal(27)(682).

Estas conclusiones se hallan en cierto modo corroboradas, por el mismo hecho de que el legislador, con pesar de la hermenéutica adversa a la solución permisiva, ha omitido pronunciarse expresa o implícitamente en contra de la validez de las cláusulas de estabilización.

VII. UN PRINCIPIO DE JUSTICIA CONMUTATIVA

El asiento dado en nuestro derecho positivo a la teoría de la imprevisión (artículo 1198 del Código Civil, ley 17711), arrima un sólido fundamento ideológico y dogmático a la vez en favor de las cláusulas de estabilización. En esencia, aun cuando volcadas en beneficio del sujeto negocial activo en orden a la prestación dineraria, estas cláusulas parten del mismo principio, nada novedoso por lo demás, que se condensa en el aforismo *rebus sic stantibus*.

En nuestro caso, las partes voluntariamente emplazan dentro de su concierto negocial un resorte de "movilidad nominal" -no económica-con el mismo espíritu de preservación conmutativa que irradia esa vieja figura, aquí tendiente a resguardar la legítima expectativa crediticia del sujeto activo frente a un deterioro económico, que no sería ético ni justo debiese soportar por conducto de la "nominalidad" del objeto contractual. En realidad se trata de evitar que una programación de resultados equitativa y justa al tiempo de celebrarse el contrato, pueda convertirse luego -al cambiar las circunstancias económicas por factores ajenos a la voluntad de las partes- en leonina e injusta al tiempo de su cumplimiento.

No se pretenda sostener, por otra parte, que amparar al deudor -como lo hace la teoría "pura" de la imprevisión- es paradigma de profundo contenido ético del que carecería una tutela similar para el supuesto de la acreencia, porque el insoslayable principio ideológico de la igualdad sólo puede corporizarse en nuestro caso con la prevalencia del postulado dogmático de la conmutatividad, para cuya cabal observancia en el orden práctico no cabe distinguir entre el acreedor y el deudor -especialmente en los contratos bilaterales y sinalagmáticos y en los unilaterales a título

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

oneroso (artículos 1138, ver su nota, 1198 y correlativos del Código Civil). La desvalorización y la depreciación monetaria(28)(683)se enrolan actualmente entre los factores más agresivos que inciden en menoscabo de la conmutatividad negocial, introduciendo una inestabilidad e incertidumbre económica en los contratos comunes que los hace asemejar a los aleatorios en sus resultados empíricos.

Si todo esto ya de por sí nos conduce insensiblemente a la remembranza del nuevo artículo 1198, apartado segundo, del Código Civil ¿cómo privar a las partes o a una de ellas de los beneficios de su "previsión" contractual, negándoles el valimiento de una cláusula expresamente pactada y que, por su "esencialidad", ha sido de seguro uno de los motivos que las indujeron a contratar?

Porque, si puede accederse al reajuste de las prestaciones debidas o a la resolución del contrato, cuando por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles la prestación se tornase "excesivamente onerosa" para el obligado, aun sin haber mediado una expresa previsión en tal sentido en el acto constitutivo, con mayor razón todavía cabe hacerlo cuando esa facultad es condición del contrato.

La reforma de 1968 evidentemente ha tomado conciencia de los problemas jurídicos derivados de la inestabilidad económica en que nos hallamos sumidos desde hace tiempo, sancionando diversos arbitrios en distintas materias que tienden a brindar una salida jurídica para supuestos en que legítimas expectativas de crédito quedaban defraudadas en la práctica por obra de un proceso inflacionario progresivo y sin miras de contención a corto plazo.

A guisa de ejemplo dentro del Código Civil -el nuevo espíritu "legislativo" también se ha exteriorizado en otras ramas del derecho privado- tenemos los artículos 1198, 2ª parte -teoría de la imprevisión-, 1654, inc. 3º y 1788 bis -reajuste de los derechos de los socios o sus herederos en la sociedad civil-, 1316 -reajuste de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de su disolución (o viceversa)-, 2736 -reajuste del valor de la medianería a la fecha de la demanda o constitución en mora-, 3477 -cómputo de los "valores" debidos a la masa hereditaria según su cotización al momento de apertura de la sucesión-, 3602 -igual solución a la anterior para la fijación de la legítima del heredero forzoso-, etc.

En la ley 19551, recientemente sancionada, el artículo 20 -una de las normas descriptivas de los efectos del concurso al producirse su apertura- dispone que "las deudas no dinerarias son convertidas a todos los fines del concurso, a su valor en moneda de curso legal al tipo del día de la presentación o al del vencimiento, si fuere anterior, a opción del acreedor". Respecto a las deudas en moneda extranjera -que acepta sin hacer ningún hincapié en la pretendida agresión de uno de los símbolos de nuestra soberanía, que algunos ven en esta especie clausular- dispone que habrán de ser calculadas en moneda de curso legal, a la fecha de presentación del informe del síndico, con el objeto de computar el pasivo y la votación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Soluciones similares lucen en la nueva legislación cambiaria, como se verá algo más adelante.

VIII. SÍNTESIS ARGUMENTAL

Como corolario de nuestro estudio, reseñaremos las razones que nos inclinan a pronunciarnos por la validez de las cláusulas de estabilización.

1) En orden a las disposiciones del Código Civil que específicamente rigen la obligación dineraria, la "permisibilidad" de tales cláusulas aparece a través de los artículos 617, que expresamente admite la estipulación de "dar moneda que no sea de curso legal en la República" (moneda o divisas extranjeras) como objeto de la obligación, y 619, que autoriza la estipulación de "una moneda corriente nacional", lo cual incluye lógicamente al peso oro de la ley 1130, cuya garantía reside en que la obligación deberá cancelarse abonando el deudor en pesos papel la cantidad necesaria para adquirir en el mercado de cambios "una moneda de oro que tenga la cantidad de ese metal que entra en el peso oro argentino, o sea 1,6129 gramos de oro de 900 milésimos de fino"(29)(684).

Por esta vía la obligación queda garantizada como "deuda de valor" y con relación a un "patrón oro", especialmente en cuanto a la pauta para determinar el tipo de cambio que regirá si el deudor cumple pagando en moneda nacional de papel el equivalente de la moneda o divisa extranjera tomada en cuenta para traducir el peso oro argentino al peso papel, es decir "el que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación". En este caso podrá convenirse la cotización del mercado oficial (comercial o financiero) o la del mercado libre, según el régimen que impere para esa fecha, o la del pago si media mora del deudor y el tipo cambiario ha fluctuado en el ínterin; en cualquier hipótesis -baja o alza de la "especie de garantía" entre la fecha del vencimiento y la del pago- se optará por el tipo que más convenga al acreedor.

Esta solución también rige, como se ha dicho, para el caso de haberse estipulado el pago en moneda extranjera. En tal hipótesis serán de aplicación los artículos 616 -de remisión normativa-, 607-según el cual "el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad"- y 608 -que obliga al deudor moroso al pago de lo prometido en esas condiciones, con más los perjuicios o intereses, "o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación". Iguales pautas deberán regir para determinar el "valor" de la prestación, si la moneda extranjera sólo ha sido tenida en cuenta como standard de garantía, es decir la modalidad más frecuente de la cláusula estabilizadora en la actualidad (generalmente expresada en dólares estadounidenses).

En el momento actual, en que coexisten dos mercados oficiales de cambio -comercial y financiero- en la hipótesis de que la convención

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

guarde silencio acerca de qué cotización habrá de tomarse en cuenta para traducir el valor de la prestación al tiempo del pago, corresponde que lo sea la del mercado "financiero". Esto, porque esa cotización es la que más se acerca a la realidad económica de los valores en juego -en el mercado comercial inciden ciertos resortes de gobierno que lo alejan de esa realidad y, por consiguiente, de la finalidad perseguida por estas cláusulas de garantía- con el lógico resultado de que "el porcentaje a liquidar por el mercado financiero es mayor, sustancialmente, que el porcentaje a liquidar por el mercado comercial"(30)(685). En el mismo sentido se inclina la jurisprudencia predominante.

2) También se halla impuesta la solución permisiva a través de la directriz magistral que en el Código Civil da asiento, en materia de contratos y convenciones en general, al principio de la autonomía de la voluntad.

El artículo 1197 -"Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"- aparece como lugar común para refutar toda hermenéutica que se oponga a la primacía de la libre autodeterminación convencional, en la solución de los distintos problemas que se plantean en ese ámbito de la actividad jurídica. Especialmente cuando no median, como está ya demostrado para nuestra hipótesis, consideraciones atendibles de un orden superior que puedan encuadrar la cuestión en el anatema de los artículos 18 y 21 del mismo Código.

3) La solución a que adherimos se halla actualmente reforzada por la recepción positiva de la teoría de la imprevisión, que parte de una premisa ideológica ya latente en el "derecho vivo" con anterioridad a la reforma de 1968: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión... (art. 1198, ap. 1°, Cód. Civil, ley 17711).

En cierto modo, lo que también se halla en juego en nuestra hipótesis es la lealtad y buena fe contractual. Si las partes, obrando con esa motivación ética de sujetarse a la palabra empeñada, convinieron la "cláusula estabilizadora" para neutralizar la "patología monetaria" imperante y con ese objeto han incorporado a la obligación dineraria una garantía que la transforma en su cumplimiento en una "deuda de valor", ningún agravio se sigue de su observancia a nuestro ordenamiento positivo, mientras que sí sería desvalioso un resultado que condujese a la denuncia de lo pactado con discernimiento, intención y libertad (arts. 897, 902, 1197 y correlativos del Código Civil).

En definitiva, si profundizamos en el contenido ideológico de la solución "permisiva", cuando las partes convienen la cláusula de garantía no hacen más que incorporar a la norma particular -el contrato- que las vincula, un resorte de equilibrio ya previsto en la ley y que en ciertos casos faculta, al sujeto perjudicado por "acontecimientos extraordinarios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e imprevisibles" agravantes de la prestación a su cargo, a demandar la resolución del contrato, o bien a exigir un reajuste (económico) de lo convenido por cuyo conducto los efectos del contrato se resuelvan equitativamente (artículo 1198, in fine, del Código Civil bajo su actual redacción).

La equitatividad de esta solución, por lo demás, radica en el propio hecho de que, tanto el acreedor como el deudor habrán de recibir y pagar los "valores" realmente tenidos en cuenta por ambos al contratar, lo cual descarta que alguno de ellos pueda enriquecerse ilegítimamente a costa del otro a través del resultado negocial, si es que en verdad obraron de buena fe, con cuidado y previsión. También depende de esto la preservación del principio dogmático de conmutatividad, que hace a la esencia misma de los contratos bilaterales y de los unilaterales a título oneroso (arts. 1138, 1139, 1198 y correlativos del Código Civil).

Las cláusulas estabilizadoras sólo actúan como dique de contención frente a las circunstancias económicas del medio ambiente, que, por su inestabilidad, suelen interferir en el resultado empírico del negocio poniendo en peligro el producto vital de todo ese cuadro de la axiología jurídica.

4) También en el área del derecho privado, algunas disposiciones de la legislación mercantil se inclinan en un sentido contrario al "nominalismo", acordando a ciertas obligaciones el carácter de verdaderas "deudas de valor".

Entre esas normas, el artículo 44 del decreto-ley 5965/63, establece que en la letra de cambio -por expresa remisión legislativa la norma también se aplica a los vales y pagarés- puede estipularse el pago en moneda que no tenga curso legal en el lugar de su realización, debiendo admitirse entonces que el importe respectivo pueda "ser pagado en la moneda de este país al cambio del día del vencimiento, o bien, a elección del portador, a ese tipo de cotización o al del día del efectivo pago, si el deudor se hallase en mora"(31)(686).

El segundo párrafo del mismo artículo establece que el librador puede fijar un tipo de cambio determinado, lo cual brinda una garantía en orden a la invariabilidad "nominal" de la prestación. Esta alternativa persigue un resultado en cierto modo opuesto al de la cláusula de estabilización, que puede jugar en favor del tenedor o del girado, según que el giro se haya efectuado en moneda "fuerte" a pagar en lugar de moneda "débil", o viceversa.

En cualquiera de los casos la "negociabilidad" del documento no depende de que el giro se haya efectuado o no en la misma moneda corriente en el lugar del pago, porque en una letra emitida en nuestra ciudad, por ejemplo, puede establecerse que el pago se haga en libras, marcos o dólares y el girado estará obligado a pagar la letra en esa moneda, o en su equivalente de la de curso legal según el tipo de cambio y cotización que deban tomarse en cuenta de acuerdo con el mecanismo legal o convencional ya señalado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Uno de los resultados de esta normatividad, aplicable a los papeles de comercio de mayor circulación, es el mismo que persigue la cláusula de estabilización en todo tipo de negocios, o sea el resguardo del tenedor del documento -en su expectativa económica a resultados de la operación- frente a las fluctuaciones del valor adquisitivo de la moneda, lo cual se logra mediante el empleo de una especie dineraria "fuerte" en el compromiso cambiario. Al mismo tiempo se facilita la negociabilidad de esos papeles, de inestimable valía para la agilización del tráfico comercial.

5) El artículo 2250 del Código Civil -"El mutuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad que las recibidas"- no puede ser válidamente esgrimido en contra de la solución que propugnamos, ni tampoco como exponente de un esquema "nominalista" que en el Código Civil no aparece establecido y sí antes implícitamente descartado en la especie convencional de que aquí se trata.

La norma rige en particular para la hipótesis del mutuo y su aplicación a las obligaciones dinerarias obedece a una hermenéutica de inducción y analogía, que se desenvuelve naturalmente si el objeto del mutuo es una suma de dinero, vale decir una cantidad de cosas fungibles y consumibles por excelencia (arts. 16, 616, 606 y sgtes., 2240 y correlativos del Código Civil).

Pero esta natural remisión dogmática no autoriza a extraer un principio magistral imperativamente aplicable para las obligaciones dinerarias, que, por otra parte, bien pueden consistir en otra especie contractual distinta del mutuo. Más aun, en la norma siguiente -el artículo 2251- se entronca una ecuación de cumplimiento subsidiario similar, en cuanto a la eventual transformación de una deuda de cantidad en una de valor como igualmente en lo concerniente a las pautas de traducción del valor debido en tal hipótesis, a las soluciones desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia en torno a la práctica operativa de las cláusulas de estabilización -esto ya en el área de las obligaciones dinerarias-.

También en esa hipótesis, el deudor deberá pagar "el precio de la cosa o cantidad recibida, regulada por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución". El precio a que se refiere el artículo 2251 debe interpretarse en el sentido de valor, porque estará económicamente expresado conforme al módulo real que fija la ley de la oferta y la demanda, es decir el "valor de plaza".

6) El principio nominalista aparentemente consagrado en el artículo 619 del Código Civil, no es de aplicación imperativa para todas las obligaciones dinerarias, sólo rige con plenitud cuando las partes nada han estipulado para estabilizar el contenido económico del negocio, es decir cuando no han establecido el carácter de "deuda de valor" para la prestación dineraria.

Ante la ausencia de una cláusula estabilizadora es lógico que así sea,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porque ese principio se identifica en su aplicación práctica con el resultado que generalmente las partes esperan en la gran mayoría de los contratos, es decir con la inmutabilidad del objeto del negocio, lo cual supone la invariabilidad de las prestaciones recíprocamente impuestas a los contratantes. Esto responde a una de las facetas que asume en la operatividad negocial el principio de la conmutatividad.

Distintas son las cosas, cuando las partes, previendo una eventual modificación del contenido económico del negocio por cualquier circunstancia ajena a ellas mismas -tal cual es la fluctuación del valor adquisitivo de la moneda de papel- como condición esencial del contrato expresamente acuerdan preservar la estabilidad de los valores prometidos perfeccionando un dispositivo clausular apto para tal fin.

En un más amplio orden de ideas, debe hacerse notar que, aun sin la presencia de una cláusula de este tipo y por imperio de la nueva directriz implantada en el artículo 1198 del Código Civil, puede presentarse en la práctica un supuesto similar al que conduce la "estabilización convencional", es decir una hipótesis en la cual sea necesario reajustar el "valor nominal" del contrato celebrado por las partes, si llega a mediar un acontecimiento, "extraordinario e imprevisible" de incidencia tal en el resultado del negocio que legitime la operatividad del nuevo resorte de equidad incorporado a nuestro derecho positivo. La solución alcanza, del mismo modo, a los contratos aleatorios, siempre que la excesiva onerosidad se produzca "por causas extrañas al riesgo propio del contrato" (art. 1198, ap. II, in fine, Cód. Civil).

7) Tampoco ofrece dificultades la tesis "permisiva" frente al ordenamiento legal que nos rige en materia monetaria.

Ya hemos visto que no existe en todo ese complejo normativo disposición alguna que expresa o implícitamente descalifique a las cláusulas de estabilización. La preocupación legislativa se ha centrado en torno a la convertibilidad o no de los billetes de papel en circulación, a la paridad entre la moneda de papel y la de metal, a la existencia obligatoria de un resguardo mínimo del circulante en oro y divisas, etc., pero todo es silencio respecto a este tipo clausular. De ahí que, al igual que en las Cortes de Albión, deba considerárselo implícitamente convalidado.

Desde el punto de vista de la política monetaria, como igualmente en lo que concierne a la política económico-financiera del Estado -cuya incidencia sobre la otra es incuestionable- cabe reiterar aquí lo ya dicho algo más arriba, aunque podemos agregar un concepto extraído de una autorizada fuente doctrinaria: "... el valorismo convencional, en cuanto no exista una norma prohibitiva propia de una economía autoritaria... se subsume en el campo de aplicación de la convención-ley inherente a la libertad contractual o autonomía de la voluntad (arts 21, 953, 1167 y 1197, Cód. Civil)"(32)(687).

De acuerdo con esto y teniendo en cuenta que, según lo vemos, en nuestro país no existe una tal "economía autoritaria" -la intervención y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conducción estatal en algunos sectores claves de la economía (transporte, comunicaciones, energía, petroquímica, etc.) no alcanza a configurar ese paradigma- cabe concluir que tampoco es objetable desde este punto de vista la validez de las cláusulas de estabilización(33)(688).

Tales nuestros propios motivos de aprobación...

IX UN CASO ESPECIAL: LA HIPOTECA A ORO

Con argumentos basados en la debida observancia del principio de la "especialidad" de la hipoteca, se cuestiona la validez de la obligación hipotecaria contraída en pesos oro o en moneda extranjera, o bien estabilizada con relación a esos valores(34)(689).

Se hace hincapié en apoyo de esta tesitura, en que la cantidad adeudada es determinable pero no "determinada", como consecuencia de que el precio del "valor oro" o de la moneda extranjera establecida como standard de estabilidad, puede variar en su traducción a la moneda de curso legal entre la fecha de contratación del mutuo y constitución del gravamen y la del vencimiento o pago.

De este modo, invocando los artículos 3109, 3131, inc. 4° y 3148 del Código Civil, se sostiene que tales hipotecas son nulas por "defecto de especialidad en cuanto al crédito".

Con el profundo respeto que nos merece la autoridad intelectual de quienes participan de esta idea, nos permitimos disentir.

En primer lugar, el mismo artículo 3109 abre una salida de neutralización del posible defecto de especialidad latente, según esta opinión, en un mutuo hipotecario "estabilizado" en oro o en moneda extranjera. Esto porque, al admitir que sea suficiente con declarar "el valor estimativo" de la obligación en el acto constitutivo, implícitamente tolera que la prestación no esté determinada con rigor matemático -al centavo- bastando que sea determinable. El artículo, al menos, no dispone -como debería hacerlo, de estar a lo que se arguye- que la garantía hipotecaria deje al descubierto una suma resultante mayor si la estimación queda en menos.

Dejando de lado que el recaudo de la "estimación", previsto por el artículo, quedaría cubierto si las partes hubiesen fijado un tipo de cambio susceptible de oscilar entre dos cotizaciones calculadas por arriba y por abajo, consideramos que este resorte convalidatorio no sería menester en mérito a que la "determinación" estaría supeditada, de cualquier modo, a un factor real y fidedigno que, por su índole operativa -el valor de cambio depende de las cotizaciones del mercado- excluye la posibilidad de una hipoteca "abierta" en los hechos y graduable al arbitrio de las partes. Aquí no gravitarían, por consiguiente, los motivos aducidos por alguna doctrina acerca de que las hipotecas indeterminadas "impiden conocer exactamente en un momento cualquiera el pasivo hipotecario del deudor"(35)(690); para acceder a tal dato bastará con echar una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ojeada a las cotizaciones de ese día, de ese cualquier momento...

En cuanto a la eventual dinámica de invalidación, el agravio no podría ser alegado por el deudor. Una vez pactada esa cláusula esencial del contrato -con discernimiento, intención y libertad- le estaría vedado denunciarla, si en la interpretación del acto se es fiel a los principios de la buena fe y conmutatividad que imperan en esta área de la actividad jurídica. Tampoco estaría esa acción al alcance de los terceros eventualmente interesados, si se considera que la "publicidad" que brinda a la hipoteca su anotación en el Registro Hipotecario (art. 3128 y sgtes., Cód. Civil), asegura la plena oponibilidad del acto -lo cual también conlleva la de sus distintas cláusulas- adversus omnes.

Anticipamos la necesidad de hallar la ecuación dinámica conducente a la declaración de la invalidez porque consideramos que, de cualquier modo, no se trataría en la especie de una hipótesis de nulidad absoluta.

En el peor de los casos, admitiendo que correspondiere pronunciarnos por la invalidez, nos hallaríamos frente a una nulidad relativa.

En otra publicación nos hemos ocupado de la naturaleza, clasificación y efectos de las nulidades(36)(691). Al referirnos a la distinción de ellas en absolutas y relativas, hicimos notar que la primera especie cubre las hipótesis en que el interés afectado por el acto írrito -o el que prevalece en la consideración legislativa al establecer la invalidez- es el de la propia comunidad, traducido en los principios que apuntan hacia el orden público, la moral y las buenas costumbres. La segunda especie, según dijimos entonces, contempla los casos en que el interés primordialmente afectado es el de las mismas partes, a priori de carácter estrictamente subjetivo.

También hicimos notar en esa oportunidad que la importancia de esta clasificación se advierte, especialmente, en orden a los presupuestos dinámicos que condicionan el accionar impulsor de la declaración judicial de nulidad. En el primer caso -nulidad absoluta- comprobada la invalidez, aun incidentalmente, podrá y deberá el juez declararla de oficio, como asimismo estará facultado el Ministerio Fiscal para solicitar ese pronunciamiento; el acto es inconfirmable (arts. 18, 19, 21, 953, 1047 y correlativos, Cód. Civil). En el otro -nulidad relativa- la declaración de invalidez sólo podrá ser impulsada por la acción del propio interesado, es decir la parte perjudicada y no culpable de la nulidad, el acto es susceptible de confirmación (arts. 1048, 1058 y corr., Cód. Civil).

En nuestro caso los intereses en juego son de índole estrictamente subjetiva, como lo prueba el hecho de que si el deudor o los terceros eventualmente interesados no cuestionan la validez del acto o de la cláusula estabilizadora tampoco podrá el juez declarar la nulidad de oficio, de donde cabe concluir que a lo sumo estaríamos frente a una nulidad relativa (arts. 953 a contrario, 1048 y corr., Cód. Civil). Esto conllevaría la susceptibilidad de confirmación del acto o de la cláusula estabilizadora -en nuestra opinión el acto de cualquier forma se mantendría incólume por su "nominal" -tanto por el silencio de los interesados como por el desistimiento de la acción ya intentada (arts.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

915, 918, 1061, 1063 y corr., Cód. Civil).

Antes de cerrar este capítulo, demostraremos que tampoco se trataría de un supuesto de nulidad, sino de anulabilidad. Esta distinción es sumamente importante dentro del instituto en orden a los diferentes efectos de la invalidez, como asimismo en cuanto a las diversas modalidades que puede asumir la gestión indagatoria que conduce a su comprobación o declaración judicial, según se trate de una u otra hipótesis.

Tampoco creemos que pueda cuestionarse el progreso de la ejecución en su primera etapa, es decir la que sólo evalúa la relación mutuaría en sí misma y culmina con la sentencia de trance y remate. Así se impone, porque la nulidad sólo puede afectar al derecho real de garantía y no al crédito en sí, o sea al mutuo desnudo de ese respaldo, como ya está demostrado en el núcleo conceptual de este trabajo. De tal modo, sólo podría plantearse la cuestión por el deudor oponiéndose al mismo tiempo a que el inmueble fuese sacado a remate, si él hubiese ya integrado el capital "nominal" adeudado, con más los intereses y costas computados sobre ese importe y el acreedor pretendiese la subasta del bien por el saldo resultante del reajuste de "valor" -salvo, por supuesto, que por este saldo el acreedor hubiese obtenido embargo como simple quirografario (lo cual siempre podrá hacer, cualquiera sea la solución correcta del problema)-. Igual solución para el tercer poseedor. En cuanto a los acreedores hipotecarios de un rango inferior, la cuestión debería resolverse en el momento de distribuirse el precio obtenido en la subasta, oportunidad en que ellos podrían exigir que la preferencia de rango sólo jugase sobre la liquidación practicada en base a la suma "nominal" adeudada al de grado superior.

Va de suyo que por este camino -según vemos, el único a seguir pasando por la tesis sub-examen- se descarta que el mentado defecto de especialidad pueda operar como excepción al progreso de la ejecución en sí misma -se lo amalgama a tal fin, según esta tesis, con la de "inhabilidad de título" y con los recaudos que condicionan la fuerza ejecutiva del instrumento-, quedando reservado su valimiento para la etapa de cumplimiento de la sentencia de trance y remate que conduce a la realización del bien, en la forma que hemos puntualizado.

La nulidad, insistimos, no afectaría al título mutuario sino a su garantía, de ahí que tampoco quepa concebir aquí una defensa sine actione agita viable en la primera etapa de la ejecución, en que lo único sujeto a discusión es la exigibilidad del pago y no la realización de la garantía pactada en resguardo de su cumplimiento (arts. 551 y 597, Cód. Procesal). Desde este punto de vista, la garantía es un accesorio de la obligación principal y la defensa de falta de acción se halla particularmente referida a esta última -elemento esencial de la relación jurídica que vincula a las partes-para la hipótesis de aquélla, de distinto modo, las defensas y planteos admisibles -por ejemplo, las tercerías en todo tipo de juicio- no hacen en sí al derecho base de la ejecución y a la acción que le asegura la tutela judicial. El tercer poseedor, vaya el caso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sólo es citado a tomar intervención en el juicio luego de dictada la sentencia de trance y remate, es decir cuando el deudor ya ha sido condenado a pagar y sólo resta sacar el inmueble a subasta.

Para cerrar el punto, hemos de señalar que la tónica de toda esta cuestión tal vez se halla perfilada en el artículo 3133 del Código Civil, cuando refiriéndose a las "designaciones" prevenidas en el artículo 3131 -en el párrafo 4° de esta norma se menciona "la cantidad cierta de la deuda" y de ahí se extrae uno de los argumentos básicos de la tesis con que disintimos- dispone: "La constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca".

En nuestro caso, como está dicho, para "venir en conocimiento positivo" de ese dato -certeza nominal de la deuda- bastará con seguir la evolución de las "cotizaciones" a través de la información periodística oral y escrita a que todo público tiene acceso.

Más aun, según esto se trataría de una hipótesis de anulabilidad y no de nulidad -si debiésemos pronunciarnos por la invalidez- puesto que la sola inserción de la cláusula en el título constitutivo no configuraría un vicio manifiesto y definido, es decir de coeficiente rígido e invariable en la ecuación dinámica que conduce a la invalidez -la rigidez de sus causas, más que su "ostensibilidad", distingue a la nulidad de la anulabilidad como ya lo hemos señalado en la publicación citada algo más arriba- sino que sería necesaria de cualquier modo una indagación previa que posibilitase al magistrado interviniente esa apreciación de conjunto a que se refiere el artículo 3133. La necesidad de esa investigación, junto con sus efectos ex nunc -por oposición a los ex tunc de la nulidad- es rasgo típico de esta subespecie -anulabilidad- del instituto anulatorio(37)(692).

Por encima de esta distinción, sin embargo, insistimos en que la nulidad -o anulabilidad- que aquí se cree ver no se halla imperativamente impuesta por la ley, ni tampoco está al alcance de los posibles interesados cuestionar la validez de la cláusula de estabilización arguyendo sobre el mero fundamento del "defecto de especialidad"(38)(693).

X. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de la casi total uniformidad de la doctrina y jurisprudencia de los últimos tiempos al pronunciarse en el sentido de la legitimidad de las cláusulas de estabilización, consideramos conveniente la incorporación a nuestro ordenamiento positivo de una disposición que, en forma expresa y explícita, decida sobre la validez de estos resortes de "valor", tan necesarios para el actual quehacer negocial.

Bastaría con seguir el ejemplo de las normas mercantiles mencionadas en el curso de este trabajo, con lo cual se aventaría el riesgo de una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eventual exhumación de los equívocos de hermenéutica en que algunos aún incurrir.

En el mismo sentido y dando previamente por sentada la validez actual de las cláusulas de valor y de las prestaciones en divisas, en la X Jornada Notarial Argentina -celebrada en San Salvador de Jujuy del 13 al 17 de octubre de 1962- se decidió promover un amplio estudio del problema con miras a los siguientes objetivos: "...I. La ulterior sanción de normas que regulen eficazmente las obligaciones con cláusula de valor y aquellas que comprendan prestaciones en moneda extranjera, y además un específico régimen de garantías reales de estas deudas, que contemple, entre otros supuestos, la procedencia de la vía ejecutiva. II. La determinación de los factores socioeconómicos que fundamentaren la tasa de interés como adecuada compensación del capital sin afectar la moral y las buenas costumbres". En un anexo se reconocía la complejidad del problema, la deficiencia de la legislación vigente y la necesidad de contar con un adecuado asesoramiento para la realización de los fines propugnados.

Más allá de esta sugerencia se corporiza una realidad, dura pero palpable, que obliga a tolerar el auge de estas garantías del crédito dinerario; sin el aporte de este "pequeño" gran potencial cualquier esfuerzo de desarrollo a "nivel nacional" carecerá de su necesario correlato en el concierto económico de la actividad comercial privada, pilar fundamental de la riqueza y prosperidad que la comunidad toda y sus más sanos dirigentes anhelan para nuestro país. Una retracción de los medios financieros en oferta, del instrumento básico de la economía -el dinero- sólo significaría un obstáculo, una posible postergación más...