

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA CONTRATACIÓN CON CLÁUSULA DÓLAR Y LA CONSTITUCIÓN(*) (827)

ALBERTO JOSÉ EGÜES

Sabido es que, por fuerte que sea el viento que los anime, los molinos de la justicia nunca llegan a alcanzar la velocidad necesaria para abarcar, con igual premura, la cambiante realidad que los rodea, circunstancia que se agrava aún más si tales cambios afectan a lo más profundo de las estructuras económico - sociales y se producen con una velocidad tal en que la sentencia que se dicta hoy, al mes entrante ya será necesario "actualizarla", ante una depreciación monetaria que, superando el 20 % mensual, convierte en inactual toda cuantificación numérica que se formule. Esta dificultad de la justicia de aprehender con rapidez suficiente las cambiantes circunstancias de la realidad es la que posibilita que aun actualmente sea necesario dictar pronunciamientos sobre la imprevisibilidad del famoso "rodrigazo" de 1975 o que, recién en junio de 1980, se dictase el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial(1)(828)por el cual se admitiese la indexación de las deudas dinerarias, cuando ya habían transcurrido tres años desde la reforma del régimen financiero(2)(829)que había quitado a la indexación una de las razones principalísimas por las cuales fuese admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: las tasas de intereses controladas manifiestamente no compensatorias de la depreciación monetaria(3)(830).

Tales reflexiones, no siempre tenidas debidamente en cuenta en orden a las causas que tornaron imperiosa la adopción del instituto de la indexación como se ha popularizado(4)(831), tienen particular relevancia ante los fallos que empiezan a conocerse(5)(832)y al debate doctrinario planteado en orden al quebrantamiento de la también famosa "tablita" de paridad cambiaria en febrero de 1981 y su incidencia sobre las operaciones comerciales pactadas en moneda extranjera con anterioridad a esa fecha, en que se dispuso la primera devaluación "no pautada" del signo monetario, después de casi dos años de vigencia del anterior sistema(6)(833).

Este hecho ha merecido también por parte de la doctrina distintos comentarios, en orden a la imprevisibilidad o no de tales devaluaciones que se sucedieron a partir de febrero de 1981, mayoritariamente admitida por la doctrina(7)(834), así como también a la diferenciación que se plantearía entre las obligaciones contraídas en moneda extranjera de aquellas contraídas en moneda nacional en que la moneda extranjera actúa como módulo o pauta indexatoria(8)(835).

Sin embargo, tal distinción indiscutiblemente correcta desde un punto de vista exclusivamente académico, como la propugnada por Spota, quien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sostiene que la cláusula dólar comporta una renuncia a invocar la teoría de la imprevisión, no obstante lo cual somete igualmente la cláusula de indexación a los límites de la "excesiva onerosidad sobreviniente"(9)(836), pareciera no ser suficiente para abarcar en su integridad el problema y subsumirlo en una teoría general de la indexación que posibilite la más adecuada solución de estos litigios y de aquellos que, con toda probabilidad, se susciten en el futuro por causas mas o menos semejantes. En efecto, estamos firmemente convencidos de que más allá de cuantas teóricas distinciones se formulen en relación con el tema, las condiciones socioeconómicas imperantes en nuestro país, por lo menos desde la admisión jurisprudencial de la indexación en 1975, imponen subsumir estas cuestiones en una teoría jurídica general, a partir de la cual nuestro signo monetario recupere su significado de "común denominador para el intercambio de bienes y servicios", sin retaceo de la facultad constitucional otorgada al legislador a través del art. 67, inc. 10 de la Constitución Nacional.

Expliquémonos.

Cuando en 1869, esto es, hace ya más de un siglo, el Congreso Nacional aprobó la ley 340 de sanción del Código Civil, muy distintas de las actuales eran las condiciones socioeconómicas de nuestro país y de la comunidad internacional, que en aquel momento aún tornaba útil legislar sobre cuestiones tales como "la promesa de dote" (art. 1241, Cód. Civil) o "el contrato de matrimonio" (art. 1225, Cód. Civil), hoy casi por completo olvidadas.

Concluía por entonces la tristemente famosa guerra de la Triple Alianza contra el Paraguay(10)(837), y el primer censo de población de nuestro país, con las falencias propias de un trabajo de esa índole sobre un territorio aún desconocido(11)(838), arrojaba una población total de 1.743.199 habitantes, de los cuales nada menos que el 71 % no sabía leer ni escribir.

Por cierto, no existían, ni se imaginaban siquiera, instituciones tales como el Banco Central, el Fondo Monetario Internacional, los acuerdos de Bretton - Woods, los swaps, ni mercados de cambios controlados, divididos o marginales, ni, por supuesto, la indexación.

Nada de ello estaba presente en la mente de nuestro gran legislador al sancionar los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, estableciendo, por el uno, que la obligación pactada en moneda que no fuera de curso legal debía considerarse como de dar cantidades de cosas, y, por el otro, el famoso nominalismo, que tanto ocupó a la doctrina y jurisprudencia.

Igualmente, y ya desde entonces, el legislador en la misma nota al art. 619 afirmaba que se abstenía "de proyectar leyes para resolver la cuestión tan debatida sobre la obligación del deudor, cuando ha habido alteración en la moneda porque esa alteración se ordenaría por el Cuerpo Legislativo Nacional, cosa casi imposible [. . .]" (!!) remitiendo así, concretamente, al art. 67, inc. 10 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, a pesar de la esperanza del legislador de que la alteración de la moneda sólo se produjese por una decisión legislativa, lo cierto es que tales alteraciones se produjeron en forma cada vez más acelerada y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pronunciada, no sólo sin mediar una decisión del poder legislativo, sino contra la misma voluntad desbordada de éste, a punto tal que ni siquiera por una quimérica ley parece hoy día posible concluir con tales alteraciones producto de una inflación endémica.

Esta circunstancia unida a la negatividad de las tasas de interés(12)(839)controladas por el Estado, que conformaban un verdadero premio al deudor, obligaron, literalmente, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver en 1975 los famosos casos "Camusso"(13)(840), "Vieytes"(14)(841), y "Valdez"(15)(842), a liderar lo que hemos llamado la revolución indexatoria jurisprudencial(16)(843), dando así por tierra con el férreo nominalismo del art. 619 del Cód. Civil.

Sin embargo, esta admisión jurisprudencial y pretoriana de la indexación, lejos de resolver por completo las múltiples cuestiones que originaba y ocasiona la pérdida constante de poder adquisitivo de la moneda, trajo consigo nuevos y fatigosos problemas, ante la ausencia de una tradición normativa y jurisprudencial que abarcase en su integridad la profunda alteración que dicha decisión implicó para el ordenamiento jurídico, dando así nacimiento a sistemas de amortización en parcialidades por completo incompatibles con toda idea de indexación(17)(844), o los aún no resueltos inconvenientes que se derivan de la ausencia de un índice de actualización único, para todas las operaciones.

Esta sentida ausencia de un "índice de actualización monetaria" único, ya vislumbrada por quienes resultaron pioneros en la cuestión(18)(845)y que ha convertido a juicios y contratos en una singular "lotería", se vincula directamente con el art. 617 del Cód. Civil y con las así llamadas cláusula - dólar, sea que la obligación se pacte en moneda argentina actuando la moneda extranjera como "índice" o "cláusula de estabilización", sea que la obligación prevea, derechamente, la entrega de la moneda extranjera, salvo algunos supuestos especiales(19)(846).

En efecto, dando por sentadas las diferencias existentes entre un índice de actualización de aquellos que de tales sólo tienen el nombre(20)(847), es obvio que no todos los índices evolucionan de igual modo, ni lo hacen al mismo tiempo, y ni siquiera es posible prever anticipadamente que uno será más o menos "favorable", según se mire, que los restantes al depender todos ellos, incluso la moneda extranjera, de factores sobrevinientes ajenos a la voluntad de las partes, y aun meramente estacionales o coyunturales.

Así, el índice del salario peón industrial, por caso, que según sea la política gubernativa que se aplique en la materia(21)(848)aparecerá notoriamente insuficiente para paliar los efectos del fenómeno inflacionario(22)(849)o, por el contrario, constituirá una segura "expropiación" para el deudor, como ocurre si se toma su evolución entre agosto y setiembre de 1982, en que sólo en un mes creció en un 97,14 %, frente a una evolución de sus similares en igual lapso de alrededor de un 20 %(23)(850).

En nada se modifica la cuestión si se analizan las series correspondientes a los índices de precios al consumidor o mayoristas a nivel general que, tomando, por caso, el año 1982, crecieron un 176,73 % (precios al consumidor) contra un 260,67 % de los precios mayoristas nivel general, sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que nada justifique el perjuicio o el beneficio, según el caso, que resultó para el acreedor o el deudor de la aplicación de uno u otro.

Esta grave situación, que ha convertido a juicios y contratos como se ha dicho en una suerte de lotería según resulte la evolución del índice respectivo, cuenta aún con casos más notorios como, por caso, el índice de costo de la construcción del INDEC que entre enero y septiembre de 1983 creció un 191,33 % frente a la evolución de los precios mayoristas nivel general que en igual período creció un 176 %, y aún con casos de "indexación negativa", tal como habría resultado de aplicarse el índice de precios mayoristas agropecuarios nacionales en el período noviembre 1980 - enero 1981, en que este indicador ¡bajó un 6,2 %!(24)(851).

Estas profundas desavenencias según resulte el índice elegido y el período por el cual se computa, encuentran claras justificaciones estadísticas por la diferente composición del grupo de productos que conforman el muestreo así como también por sus variantes estacionales (por ejemplo, el tomate, caro al extremo en invierno, y barato en otras épocas) o coyunturales (por caso, una inundación que afecte la zona de producción).

Idénticas consideraciones merece lo relacionado con la evolución del mercado de cambios que, contrariamente al esquema libre tenido en cuenta por nuestro brillante redactor del Código Civil, presenta en la actualidad, en la mayor parte de los países del mundo, una clara tendencia a ser regulado por el poder administrador, sea imponiendo restricciones a la compraventa de divisas, sea estableciendo mercados diferenciados según la naturaleza de la operación, sea disponiendo devaluaciones pautadas o sorpresivas, sea regulando su precio en un mercado presuntivamente libre a través de las ventas o compras que realizan los órganos financieros del Estado.

Estas características del mercado cambiario que claramente no fueron tenidas en cuenta por el legislador al redactar el art. 617 del Cód. Civil se agravan a poco que se medite sobre las consecuencias que ellas traen aparejadas, en especial en cuanto generan, casi automáticamente, la formación de "mercados marginales" o "paralelos" en los cuales(25)(852), eludiendo la vigilancia policial que usualmente se ejerce sobre los mismos, es posible obtener las diferentes divisas a un precio superior hasta en un 100% de aquel que resulta su precio "oficial".

En tales condiciones, escasa o nula trascendencia. entendemos, tiene que la obligación se haya pactado en moneda extranjera, salvo excepcionales supuestos(26)(853), o que la moneda extranjera haya sido utilizada como índice o módulo estabilizador, pues ambas obligaciones al preverse o computarse su conversión a nuestro signo monetario al cambio "oficial" generarán los mismos írritos resultados, según sea la oportunidad en que se efectivice el pago, convirtiendo a la justicia en una suerte de tómbola según sea la duración del procedimiento.

En efecto, como no es posible prever exactamente cuál será la evolución del mercado de cambios conforme la política económica que se adopte, y como esa evolución de la cotización oficial de la moneda extranjera no necesariamente será igual a la pérdida de poder adquisitivo de la moneda(27)(854), pudiendo ser mayor(28)(855) o menor(29)(856), sin que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fundadamente pueda afirmarse que ocurrirá una u otra cosa, ni cuándo ocurrirá, el contrato que prevé tal cláusula y la sentencia que la admite o la rechaza sustituyéndola por otro indicador, fundados en la imprevisibilidad de su evolución, se convierten en una suerte de lotería, según sea el momento en que finalmente se cumpla el contrato.

En tales condiciones, y dejando a un lado lo previsible o no de las devaluaciones monetarias, no puede sino compartirse la opinión de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil que, compartiendo los fundados argumentos del juez de 1º Instancia y en relación con una compraventa inmobiliaria pactada en dólares, dejó de lado teóricas distinciones y afirmó sin hesitación que "la utilización de los dólares estadounidenses en la operación que celebraron las partes [. . .] lo fue como cláusula de estabilización a fin de mantener actualizado el valor del precio"(30)(857), razón por la cual, y habiéndose operado bruscos cambios en la cotización de la moneda extranjera que originaban un enriquecimiento ilícito en favor del acreedor que "no resultaría del ejercicio regular de un derecho", dispuso admitir que tal obligación se liquidase en esa moneda, en tanto la misma no superase la evolución del índice de precios al consumidor del INDEC(31)(858).

Esta sana doctrina, en cuanto importa afirmar que la cláusula - dólar no es más que una cláusula de actualización sujeta a las reglas que rigen a éstas, resulta tanto o más ponderable en cuanto se funda en esa regla hermenéutica por excelencia, que manda tener en cuenta aquello que las partes verosímilmente tuvieron en miras al contratar, fulminando la cláusula - dólar en cuestión, no por una opinable imprevisibilidad de las devaluaciones, sino por el abuso de derecho que, a tenor del art. 1071 del Cód. Civil, resultaría de aplicar literalmente dicha cláusula - dólar.

Es que, efectivamente, es en esta "piedra angular de la reforma" en el decir de Borda, que constituye el art. 1071 del Cód. Civil, donde debe encontrarse la solución constitucional y justa a los múltiples problemas que ha traído consigo la indexación de las deudas dinerarias, entre los cuales no es el menor, según se ha visto, la multiplicidad de índices o parámetros (moneda extranjera incluida) existentes para medir el mismo fenómeno de la depreciación monetaria, todos los cuales participan, por definición, de la misma característica de imprevisibilidad de su evolución.

Este aspecto esencial del problema, habitualmente omitido por la doctrina y jurisprudencia, da al propio tiempo adecuada respuesta a las bizantinas disquisiciones sobre si la evolución de alguno de esos indicadores ha resultado "imprevisible" o no, pues en los hechos, y por la propia definición de todo índice de actualización, su evolución resultará siempre imprevisible. Al respecto, debe recordarse que "los índices de actualización presentan como característica el resultar siempre desconocidos en su magnitud al celebrarse el acto jurídico concreto en que se estipulan, en tanto se encuentran destinados a medir un hecho futuro (la depreciación monetaria) que las partes piensan se producirá, pero que desconocen cuál ha de ser su importancia, si es que efectivamente llega a producirse".

Véase, que es en este desconocimiento de las partes de cuál ha de ser la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

depreciación monetaria que se producirá en el futuro en el que radica la razón de ser de toda indexación convencional que, de otra manera, carecería de todo sentido, pues es claro que, si nuestra economía estuviese libre del flagelo inflacionario, las partes al contratar no tendrían para qué prever ningún mecanismo de actualización monetaria de sus prestaciones, ya que éstas mantendrían su exacta equivalencia original cualquiera que fuese el tiempo que transcurriese entre la contratación y el cumplimiento.

Asimismo, "tampoco haría falta alguna recurrir al complejo y aleatorio sistema de la indexación, si las partes pudiesen prever exactamente el quantum de la depreciación monetaria que se producirá en el futuro, ya que en tal caso bastaría con estipular una tasa de interés que contemplase ese hecho futuro como se efectuaba tradicionalmente.

"Es entonces, esta imprevisibilidad de la depreciación monetaria, la característica más saliente de todos los mecanismos de indexación, aun de aquélla no convencionalmente pactada, como ya lo hiciera notar la Corte Suprema de Justicia de la Nación al invocar(32)(859), precisamente, como fundamento de su admisión, el caso fortuito del art. 514 del Cód. Civil que así denomina, al hecho que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse"(33)(860).

De tal modo, parece claro que mal puede hablarse de la aplicación o no de la teoría de la imprevisión ante la evolución que presente tal o cual índice o indicador, si, por definición, todos ellos resultaran imprevisibles, actuando la cláusula de estabilización como una verdadera previsión de lo imprevisible, por la cual las partes tratan de medir la imprevisible depreciación monetaria, que suponen se producirá, pero desconocen en qué magnitud.

Tal es, sin duda, aquello que las partes razonablemente previeron al contratar, y tal es también el fin que la ley tuvo en miras al reconocer la actualización por depreciación monetaria, conforme las mismas palabras del art. 1071 del Cód. Civil, ya que es del todo obvio que, salvo el supuesto así declarado de formularse una apuesta, las partes no previeron ni la Corte admitió más que mantener en el tiempo la estricta igualdad de las prestaciones recíprocas.

Es entonces en esta norma jurídica del art. 1071 del Cód. Civil, donde debe buscarse la solución a los problemas que plantea la difícil función jurisdiccional de medir, ponderada y razonablemente, la depreciación monetaria, sea que venga pactada a través de un circunloquio como lo es el pacto de entregar moneda extranjera, cuya adquisición libre no la podrán efectuar regularmente los contratantes como imaginara nuestro codificador, ni sus diferentes "precios" responden a la verdadera pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

Esta modalidad contractual, que encontraba su justificación en la ausente indexación de las deudas dinerarias, como un mecanismo útil para paliar los efectos de la depreciación monetaria ante el nominalismo consagrado por el art. 619 del Cód. Civil, carece en la actualidad de tal significación y constituye un resabio del esquema socioeconómico tenido en cuenta por nuestro legislador, el que fue dejado a un lado por imperio de las circunstancias a partir de 1975.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De tal modo, y así como la admisión jurisprudencial de la indexación, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyó la sentida necesidad de subrogarse en una atribución específica del poder legislativo (art. 67, inc. 10 Constitución Nacional), idéntica necesidad impone a la jurisprudencia morigerar los alcances de su decisión hasta tanto dicho poder ejercite las facultades que le son propias, evitando la dispersión que significa contar con un sinnúmero de "monedas", según sea el índice o módulo estabilizador que se utilice, reservando al legislador la atribución de establecer un mecanismo uniforme e igualitario para tal propósito, recuperando así nuestra "moneda perdida".