

Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera*

Mariano Esper

RdN 917

RESUMEN

El artículo examina la problemática del precio en moneda extranjera que se suele pactar en diferentes contratos, brinda modelos de cláusulas usuales que es frecuente incorporar en ellos para asegurar el pago en la moneda extranjera acordada y estudia la validez de esas cláusulas y sus principales efectos.

Sumario: **1.** *Presentación del tema.* **2.** *Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias.* **3.** *Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual.* **4.** *Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera.* **5.** *Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.* **6.** *Epílogo.*

1. Presentación del tema

Este trabajo expone la redacción de algunas cláusulas que con frecuencia se insertan en los contratos en general y en los inmobiliarios en particular, vinculadas con la moneda de pago en dinero extranjero, con la finalidad de examinar diversos aspectos de su contenido, funcionamiento y ejecución, particularmente a la luz de las medidas gubernamentales de restricción para adquirir moneda extranjera que se han dictado en nuestro país desde octubre de 2011 en adelante.

2. Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias

2.1. *El dinero*

Haré una sintética presentación de las cuestiones indicadas en el título, dado que la materia es vastísima y su estudio profundo contraría la finalidad y contenido de este trabajo.

* Este trabajo fue presentado en el LXVI Seminario Teórico-práctico “Laureano Arturo Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 7-8 noviembre 2013).

La doctrina económica explica en general que el dinero desempeña las siguientes funciones económicas:

- sirve como medio de intercambio de bienes y servicios que se adquieren con él, sustituyendo y simplificando el antiguo –no por ello desusado– sistema de trueque que se verificaba particularmente en las agrupaciones humanas prehistóricas e históricas;
- se emplea como unidad de cuenta para medir y comparar el valor de los bienes y servicios;
- es útil como depósito de valor o como medio de atesoramiento, es decir, como un bien que conserva su propio valor durante largos períodos sin deteriorarse.

Desde el punto de vista jurídico, el dinero encuadra dentro de la categoría de cosa, en el sentido técnico-jurídico del artículo 2311 del Código Civil, esto es, como objeto material susceptible de tener un valor. El valor del dinero estaría dado por la cifra indicada en su cuerpo, por su valor intrínseco o por el poder adquisitivo de ese dinero, según el caso.

El dinero es una cosa mueble, fungible, consumible y divisible:¹

- mueble en tanto puede transportarse de un lugar a otro (art. 2318 CCIV);
- fungible desde que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie” y pueden sustituirse unos por otros de la misma calidad y en igual cantidad (art. 2324 CCIV);
- consumible, puesto que su existencia termina para quien deja de poseerlo por no distinguirse en su individualidad (art. 2325 y nota al art. 616 CCIV);
- divisible, atento a que, sin ser destruido enteramente, puede ser dividido en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma (art. 2326 CCIV).

Desde otro punto de vista, la moneda o unidad monetaria de un país determinado se puede calificar como:

- De curso legal, cuando reviste el carácter de medio de pago obligatorio para cancelar deudas y obligaciones dinerarias, de modo que el acreedor no puede rehusarse a recibirla.
- De curso forzoso, cuando es inconvertible, esto es, que no puede ser canjeada, sustituida o convertida por su equivalente en reservas o divisas.²

Estas dos categorías en que la moneda puede ser clasificada no deben ser confundidas; responden a criterios diversos y, por ende, sus consecuencias o efectos jurídicos son diferentes. La diferenciación resulta relevante, además, porque nuestro

1. Ver CASIELLO, Juan J. y HIGHTON, Elena I., “Comentario a los arts. 616 y 617”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, 2ª ed., t. 2-A, pp. 419 y ss.

2. Ver BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Convalidación de la prohibición de indexar”, *Seminario de Jurisprudencia Argentina*, 14/7/2010, pp. 9 y ss.

Código Civil en sus textos originario y vigente alude a “moneda que no sea de curso legal en la República” (art. 617, redacción primitiva y actual, CCIV).

2.2. *La obligación dineraria*

2.2.1. *Concepto*

En nuestro derecho, las obligaciones de dar cosas se subclasifican en las siguientes especies:

- 1) Obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 574-600 CCIV).
- 2) Obligaciones dar cosas inciertas o de género (arts. 601-605 CCIV).
- 3) Obligaciones de dar cantidades de cosas (arts. 606-615 CCIV).
- 4) Obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 616-624 CCIV).

Sintéticamente, se puede afirmar que la obligación de dar dinero es aquella que, desde su origen, tiene por objeto la entrega de una suma de dinero³ o aquella en la que el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación.⁴ El primer caso es la hipótesis más frecuente: se pacta entregar equis cantidad de pesos, de dólares estadounidenses o de cualquier otra moneda. El segundo supuesto se verifica cuando, por ejemplo, se acuerda entregar equis cantidad de moneda de curso legal en “tal o cual país o territorio”.

2.2.2. *Las obligaciones dinerarias en el Código de Vélez*

La importancia del dinero en la economía de un país y del mundo en general, por las funciones relevantes y variadas que posee –que antes referí–, determina que exija un tratamiento jurídico particular, diferente al previsto para las restantes cosas muebles. En este sentido, Vélez Sársfield reguló las obligaciones dinerarias en los artículos 616 a 624 del Código Civil, en un capítulo separado dentro del título destinado a tratar las obligaciones de dar. Sin embargo, como es sabido, Vélez Sársfield diferenció el tratamiento jurídico de las obligaciones dinerarias según tuvieran por objeto la entrega de moneda de curso legal en el país (monedas nacionales) o que tuvieran por objeto moneda que no tuviera curso legal en la República (monedas extranjeras).

En el régimen originario del Código Civil, la obligación que tuviera por objeto la dación de moneda nacional era considerada como una obligación de dar sumas de

3. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, 6ª ed. act. por Patricio Raffó Benegas, t. II-A, p. 127.

4. Cfr. art. 765 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

dinero propiamente dicha, a la cual se le aplicaban las disposiciones ya indicadas de los artículos 616 a 624. Esta clase de obligaciones era gobernada por el principio nominalista, reflejado en el texto originario del artículo 619 del Código Civil, según lo sostenía la doctrina y jurisprudencia.⁵

Por el contrario, si la obligación del deudor tenía por objeto entregar moneda que no tuviera curso legal en el país, la obligación debía considerarse “como de dar cantidades de cosas” (art. 617 CCIV, texto originario). Es decir, la moneda extranjera no era calificada jurídicamente como dinero o, mejor dicho, su régimen jurídico no era asimilable al del dinero nacional. Así, en los supuestos de contratación en moneda que no tenía curso legal en el país, muy frecuentes en la época de sanción del Código Civil, la obligación no era de dar dinero propiamente dicha, sino que se asemejaba jurídicamente a una obligación de dar cantidades de cosas. En verdad, Vélez Sársfield sostuvo desde siempre que “el dinero pertenece a las cantidades” (nota al art. 616, Código Civil).

2.2.3. *Las obligaciones dinerarias en el derecho vigente*

La sanción de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral (B. O. 28/3/1991), auto-declarada de orden público (art. 13), alteró el régimen de las obligaciones dinerarias en general y de las obligaciones de dar moneda extranjera en particular al modificar los artículos 617, 619 y 623 del Código Civil y estatuir un sistema nominalista rígido e indiscutible (art. 7). Además, esa ley prohibió terminantemente las normas legales y reglamentarias y las cláusulas contractuales que admitieran o autorizaran cualquier tipo de actualización monetaria (arts. 7, 8 y 10).

En lo que nos interesa, la Ley 23.928 sustituyó el texto originario del artículo 617 del Código Civil, que –como señalé– establecía que las obligaciones de moneda extranjera se regían por las disposiciones de las obligaciones de dar cantidades de cosas, por la siguiente redacción:

Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

Entonces –simplificando y evitando participar del inconcluso debate respecto de si la moneda extranjera tiene o no curso legal en nuestro país o, en su caso, qué clase de moneda extranjera lo tendría–⁶, lo cierto es que, desde la vigencia de la Ley 23.928 (1/4/1991), el derecho argentino equiparó el tratamiento legal de las obligaciones de

5. Art. 619 CCIV (texto originario): “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple su 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”.

6. Ver CASIELLO, Juan J. y HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 444 y ss.

dar sumas de dinero en moneda extranjera con el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda nacional.

Por otra parte, la modificación del artículo 619 del Código Civil implicó establecer para todas las obligaciones dinerarias, de moneda nacional o extranjera, un rígido y pétreo nominalismo en estos términos:

Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

El mismo sistema nominalista fue consagrado simultáneamente por el artículo 7 de la Ley 23.928. (Las modificaciones introducidas a la Ley 23.928 por la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, incluso al art. 7, no alteraron la sustancia de ese régimen legal, en lo que aquí se analiza e interesa).

2.2.4. *Las obligaciones en moneda extranjera*

La antigua y vigente Ley 1130 de Unidad Monetaria de la República Argentina, de 1881, que creó el peso-oro, unidad monetaria vigente y con curso legal en la República, establecía en su artículo 7 una prohibición genérica de circulación de toda moneda extranjera de oro y de plata. Se discute desde entonces si esa prohibición se mantiene vigente a lo largo del tiempo o no, aunque, más allá de ciertas posiciones, la doctrina y jurisprudencia entendieron que no existía prohibición legal para contratar en moneda que no tuviera curso legal en la República, y así se constató y constata perceptiblemente en la práctica negocial.

La sanción de la Ley 23.928, al equiparar jurídicamente el régimen las obligaciones dinerarias cualquiera fuera su objeto –moneda nacional o moneda extranjera–, concluyó con aquellos debates.⁷

La doctrina señala regularmente que la moneda extranjera desempeña en la contratación de nuestro país diversas funciones:

- Como cosa u objeto debido, esto es, funcionando como moneda-mercancía. Ejemplos de esta modalidad son el mutuo y el depósito de dinero, y la compra-venta de moneda extranjera, entre otros supuestos.
- Como precio de los bienes o servicios contratados, esto es, empleada en la función específica de dinero. Es la modalidad más usual y extendida en la práctica contractual. Se sostiene que, en virtud de los procesos económicos que han deteriorado el valor de la moneda nacional a lo largo del tiempo y que han provocado la pérdida de credibilidad y confianza en el signo monetario nacional, esta función de dinero que asume la moneda extranjera encierra o cumple una función de verdadera cláusula de estabilización o de ajuste de la prestación dine-

7. Ver TRIGO REPRESAS, Félix A., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, n° 2012-XI, p. 5.

- raria, en virtud del valor estable que ciertas monedas foráneas mantienen en el tiempo, ajenas a las fluctuaciones del valor adquisitivo que afectan a la moneda nacional. Una uniforme corriente jurisprudencial admitía, en estos supuestos, que el deudor podía cancelar la obligación dineraria extranjera por su equivalente en moneda nacional.⁸ Ejemplos de esta función de precio de la moneda extranjera, que encierra generalmente una verdadera cláusula de estabilización monetaria, son la compraventa, la locación de cosas, de servicios o de obra, el *leasing*, contratados por un precio en moneda foránea, entre otras hipótesis.
- Finalmente, una tercera posición, diferente de las anteriores o como variante de la precedente, señalaba la hipótesis de contratos en los que la moneda extranjera debía considerarse como verdadero dinero cuando se había previsto como moneda esencial del negocio, supuestos en los cuales no se admitía el pago de la prestación dineraria por su equivalente en moneda nacional, dado que el deudor debía entregar, y el acreedor debía recibir, la cantidad exacta de la unidad monetaria especialmente fijada en el contrato.⁹

3. Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual

Antes de ingresar a examinar determinadas cláusulas contractuales vinculadas con el precio en dinero extranjero que se presentan masivamente en los contratos de nuestro país, de potencial conflictividad judicial, conviene resaltar algunas notas salientes del escenario económico-jurídico de nuestros días que resultan decisivas para examinar correctamente nuestra temática:

- La presencia de una inflación prolongada y elevada, que afecta simultáneamente el valor adquisitivo de la moneda nacional, deteriorándolo, y el precio de los productos y servicios, encareciéndolos.
- La prohibición legal de indexar o de pactar en los contratos cláusulas de estabilización monetaria. La tajante veda legal surge de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral; si bien fueron modificados por la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, no se modificó la sustancia ni el espíritu de la interdicción legal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó recientemente la vigencia irrestricta de aquella prohibición.¹⁰
- Las medidas dictadas por el Estado Nacional que tienen por objeto restringir la adquisición de moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios esta-

8. Ver Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1958, t. IV, p. 262.

9. Ver CNCiv., Sala C, 26/11/1985, "Vignola, Nidia A. c/ Colombo Marchi, José", en *La Ley*, t. 1986-B, p. 301.

10. CSJN, 20/4/2010, "Massolo, Alberto J. c/ Transporte del Tejar SA", *Seminario de Jurisprudencia Argentina*, 14/7/2010, p. 3

blecido por el Decreto 260/2002 de Régimen Cambiario, Mercado Libre y Único de Cambios. Aquellas medidas gubernamentales se dictaron a partir de fines de octubre de 2011 y se fueron acentuando con el paso del tiempo, en el sentido de profundizar paulatinamente las restricciones para acceder al mercado único y libre de cambios, es decir, para adquirir moneda extranjera. Las medidas en cuestión fueron establecidas por un conjunto extenso de disposiciones, compuesto principalmente, entre otras, por las Resoluciones 3210/2011, 3212/2011, 3333/2012 y 3356/2012 de la Administración Federal de Ingresos Públicos y por las Comunicaciones "A" 5239, 5240, 5241, 5242, 5245, 5261, 5264, 5318, 5330 y 5377 dictadas por el Banco Central de la República Argentina. No parece que las medidas estatales susodichas tengan por resultado indirecto y extremo llegar a calificar a la moneda extranjera como una cosa fuera del comercio en los términos de los artículos 2336 y siguientes del Código Civil –desde que su adquisición requiere de una autorización pública previa–. Tal conclusión llevaría a reputar nulo el acto, por aplicación de los artículos 953, 1167 y concordantes del Código Civil, aun cuando pueda válidamente sostenerse que el objeto del contrato en esos casos no sería la moneda extranjera con que se pretende cancelar el precio acordado sino la cosa, hecho, etc., que se debe entregar o prestar.

4. Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera

Efectuada la introducción breve y necesaria sobre las obligaciones dinerarias y sobre los aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual, me detendré en el objeto central de este trabajo: examinar algunas cláusulas contractuales relacionadas con el precio en moneda extranjera que se advierten con frecuencia en la práctica contractual en general y en los contratos inmobiliarios en particular.

Cabe resaltar que resulta sumamente frecuente, como lo demuestra la experiencia profesional, que esas cláusulas se presenten conjuntamente en los contratos de que se trate y que, en numerosas ocasiones, su redacción resulte aglutinada en una sola y única cláusula, a veces confusa o intrincada.

Las cláusulas que concretamente examinaré en los próximos apartados son las siguientes:

- Cláusula de solvencia de la parte adquirente.
- Cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio.
- Cláusula de asunción del riesgo cambiario.
- Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos.
- Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos.

Finalmente, escrutaré brevemente la aplicación de esas cláusulas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.

4.1. *Cláusula de solvencia de la parte adquirente*

4.1.1. *Redacciones usuales*

Los textos frecuentes de esta cláusula pueden sintetizarse en los que siguen:

1. “La parte adquirente declara que realmente posee en el país la cantidad de divisas necesarias para atender el pago de las cuotas de precio convenidas en este contrato”.
2. “La parte adquirente manifiesta en forma expresa tener en su poder el dinero físico en la divisa norteamericana en cantidad suficiente para cancelar la operación que por este acto se instrumenta”.

4.1.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

Este clase de pactos o declaraciones es absolutamente válida en el marco de la contratación libre que provee y protege nuestro ordenamiento jurídico (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV), en tanto resulten de la expresión libre y no viciada de la voluntad contractual, y más allá de lo que se dirá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

4.1.3. *Efectos jurídicos*

El impacto jurídico que provocan cláusulas como las transcriptas varía según la posición del acreedor o del deudor en la obligación de dar dinero extranjero de que se trate:

- Con relación al acreedor: esta cláusula refuerza y consolida –aún más– su derecho a obtener la prestación dineraria en la moneda foránea acordada, ahuyentando posibles defensas o argumentaciones del deudor fundadas en eventos externos, complicaciones de diversa índole, casos fortuitos, etc. para evitar el pago en la especie de dinero particularmente pactado.
- Con relación al deudor: la cláusula por la cual éste se postula solvente y en posesión real del dinero extranjero necesario para cancelar sus obligaciones dinerarias pendientes podría considerarse jurídicamente como la confesión extrajudicial de un hecho que le impediría posteriormente alegar situaciones externas que pudieran incidir en su autodeclarada posición de solvencia; si posee el dinero extranjero necesario para cancelar el saldo de precio, las cuotas debidas, etc., entonces las restricciones para adquirir moneda extranjera no podrían perjudicarlo. Así, cualquier evento externo que afectare su titularidad o tenencia de

moneda extranjera no podría ser invocado por él, en virtud del principio “*res perit et crescit domino*” (arts. 578 y ss. y cc., y nota al art. 578 CCIV).

4.2. *Cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio*

4.2.1. *Redacciones usuales*

Regularmente, esta cláusula presenta textos similares a los siguientes:

1. “El pago del precio establecido en este contrato deberá efectuarse inexcusablemente en la moneda dólar estadounidense pactada, como condición del presente convenio”.
2. “El precio se fija en forma exclusiva y como condición esencial de esta operación en moneda dólar estadounidense, por haber sido libremente convenido entre las partes como condición del presente contrato, debiéndose realizar los pagos en dólares estadounidenses billete sin restricciones y de libre disponibilidad”.

4.2.2. *Validez y utilidad de este tipo de cláusulas*

Como en el supuesto de la cláusula anterior, este clase de estipulaciones son plenamente válidas en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de la autonomía de la voluntad, en tanto constituyan el resultado de una voluntad expresada de forma libre y sin vicios (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV).

La inserción de cláusulas de este estilo en los contratos celebrados en moneda extranjera se explica fácilmente como un medio para enfatizar la importancia que las partes han dado a la moneda foránea en el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato y para reforzar la interpretación jurídica del acuerdo de voluntades, en el sentido de asignarle a la moneda extranjera un rol central en el contrato (doct. reglas establecidas en los arts. 217 y ss. CCOM, aplicables a los contratos civiles).¹¹

En materia de títulos de crédito, que no son contratos, la ley vigente permite claramente que el librador disponga que el pago deba efectuarse en una moneda determinada. Es la cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera (art. 44, 3º párr., respecto de la letra de cambio, y art. 103, respecto del pagaré, Decreto-ley 5965/1963 de Letra de Cambio y Pagaré), lo que elimina cualquier incertidumbre sobre la validez de esas estipulaciones en aquel tipo de actos.

4.2.3. *Efectos jurídicos*

Primeramente, corresponde aclarar una cuestión terminológica importante: la expresión “condición” que se utiliza en este tipo de cláusulas no alude ni se refiere en

11. Ver LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2009, 2ª ed. (act. por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo), t. II, p. 77, comentario de los actualizadores.

modo alguno a la condición jurídica de que tratan los artículos 527 y siguientes del Código Civil, sea en su variante suspensiva o resolutoria, por la cual se subordina la adquisición de un derecho (suspensiva: arts. 545 y ss. CCIV) o la extinción de un derecho adquirido (resolutoria: arts. 553 y ss. CCIV) al acaecimiento de un suceso futuro e incierto.

Nada de ello acontece en el supuesto bajo análisis, desde que el derecho a percibir el precio en moneda extranjera ya se ha adquirido con la celebración del acuerdo de voluntades y su existencia no se encuentra supeditada a ningún hecho incierto y futuro, como acontece con la condición. En verdad, la expresión “condición” utilizada en los contratos en este tipo de cláusulas sólo alude a que la moneda extranjera se erige como elemento esencial del acuerdo de voluntades. Las partes así lo han presupuesto y han configurado el negocio asignándole a la moneda extranjera un rol central y determinante en el contrato. Nada de ello se vincula con la condición jurídica a que alude el Código Civil, puesto que no reúne su naturaleza, requisitos ni efectos.

En segundo término, el análisis de la cláusula en cuestión requiere diferenciar si se trata de contratos celebrados antes o después de las medidas estatales que restringen la adquisición de moneda extranjera. En el primer caso, podría debilitarse la fuerza jurídica de la expresión contractual de “condición esencial” si la parte afectada solicitara la aplicación de los remedios legales que permiten resolver o readecuar el contrato (doct. del art. 1198, 2ª parte, CCIV).¹² Mientras, en el segundo supuesto, esto es, en los contratos celebrados con posterioridad a la aparición de las normas gubernamentales en cuestión, la base o presupuesto del negocio expresa o tácitamente acordado le impediría al deudor desconocer la situación fáctica y jurídica que influía y afectaba toda la operación. Es decir, en esta última hipótesis, las circunstancias externas en que el negocio se celebró y acordó resultaron determinantes para que los contratantes estipularan la cláusula de “condición esencial” de la moneda del contrato, todo lo cual será sumamente relevante al tiempo de interpretar el convenio celebrado.

Finalmente, la situación variaría sustancialmente si los contratantes hubieran indicado en el contrato cuál era el fundamento de que la moneda extranjera fuera una condición (*rectius*: elemento) esencial del acuerdo de voluntades: por ejemplo, indicando que lo era porque el acreedor –el vendedor, por ejemplo– requería indispensablemente esa moneda y no otra para pagar el precio de una operación simultánea que había celebrado o que se disponía celebrar, o para cancelar un préstamo dinerario solicitado, etc. En estos supuestos, resulta claro que la voluntad contractual se fundaba en un hecho concreto y real que coadyuvará a exigir el pago de la deuda en la moneda extranjera especialmente acordada.

12. Ver STRATTA, Alicia J., “Aplicaciones de la ‘teoría de la imprevisión’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-A, p. 959.

4.3. *Cláusula de asunción del riesgo cambiario*

4.3.1. *Redacciones usuales*

Estas cláusulas suelen adoptar fórmulas semejantes a las siguientes:

1. “La parte adquirente declara conocer cabalmente la situación existente con relación a la moneda dólar estadounidense y las restricciones para su adquisición en el mercado cambiario y asume íntegramente el riesgo cambiario de esta operación”.
2. “La parte adquirente toma expresamente a su cargo el eventual riesgo cambiario que esta operación implica”.

Como lo he resaltado con anterioridad, pero lo enfatizo especialmente en esta cláusula, resulta muy frecuente que esta previsión contractual se encuentre unida o redactada globalmente con la cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos, que analizaré en los próximos apartados.

4.3.2. *Concepto de riesgo cambiario*

Puede definirse el riesgo cambiario como la eventualidad de que sucedan hechos externos al contrato –propios del mercado, por ejemplo– u originados en ciertas decisiones gubernamentales en virtud de los cuales se modifique mínima o notoriamente la paridad entre la moneda nacional y la moneda extranjera pactada en el contrato, afectándose en definitiva el sacrificio patrimonial a cargo del deudor de la obligación dineraria.

4.3.3. *Fundamentos, finalidad y validez de este tipo de cláusulas*

La historia económica argentina, desde mediados del siglo XX aproximadamente, se encuentra infestada de acontecimientos extremos, medidas estatales intervencionistas, rupturas abruptas de variables macroeconómicas, devaluaciones extremas o sorpresivas, etc.; el último fue la gran crisis y la devaluación monetaria ocurridas en los años 2001-2002, que afectaron el normal desenvolvimiento de las variables y relaciones económicas. Esta situación de inestabilidad económica crónica determinó que, desde hace tiempo, los contratantes inserten estipulaciones previendo el posible cambio de determinadas condiciones macroeconómicas vinculadas con el valor de la moneda nacional y su paridad con monedas extranjeras, particularmente con el dólar estadounidense.

La finalidad, entonces, de cláusulas del estilo que se analiza reside en regular la conducta debida por las partes ante el acaecimiento o aparición de eventos externos o medidas gubernamentales que influyan o alteren el acuerdo de voluntades, particularmente en lo que atañe al precio en moneda extranjera acordado en el contrato. La

validez de este tipo de cláusulas se encuentra fuera de discusión, en tanto constituyan el resultado de un auténtico intercambio de voluntades libres y no viciadas, como lo vengo señalando en esta presentación (doct. arts. 1137, 1143 y 1197, CCIV), más allá de lo que se dirá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

Sin embargo, debe resaltarse un aspecto evidente: en tanto los contratantes o uno de ellos asuma expresamente el denominado riesgo cambiario, esa asunción contractual deja de ser en verdad un hecho imprevisible y, menos, un hecho imprevisto. Todo lo contrario: se trata de un suceso futuro expresa y especialmente previsto por las partes en el contrato, y la cláusula que examino es una prueba concluyente de ello. Cabría preguntarse, por otra parte, a tenor de nuestra triste experiencia y tradición en esta materia, si existen en la Argentina decisiones económicas gubernamentales que puedan calificarse jurídicamente como realmente imprevisibles.

4.3.4. *Efectos jurídicos*

La inserción de cláusulas contractuales similares a las que se examinan conlleva trasladar a una de las partes (usualmente, el deudor de moneda extranjera), en su perjuicio, el riesgo de que, por circunstancias del mercado o debido a decisiones gubernamentales, se modifique la paridad entre la moneda nacional y la extranjera que debía entregarse por el contrato o se impida adquirir la moneda extranjera de que se trate –entre tantos eventos posibles– cuando ese riesgo recaer normalmente en ambos contratantes si ninguna previsión se hubiera pactado al respecto.

4.4. *Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos*

4.4.1. *Redacciones usuales*

Esta cláusula presenta fórmulas muy variadas en la práctica negocial. Un texto bastante usual es el siguiente:

- “La parte adquirente renuncia en forma expresa e irrevocable a invocar la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso del derecho o cualquier otro instituto previsto o no por la ley o por la jurisprudencia y que esté vigente en la actualidad o se establezca en el futuro para pretender la revisión de lo pactado, una disminución o reajuste del precio fijado en forma definitiva en este contrato”.

4.4.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

El análisis de la cuestión indicada en el subtítulo requiere diferenciar previamente cuál es la figura jurídica concreta que una de las partes renuncia invocar. No se puede realizar un análisis genérico sobre la materia, sino que deben discriminarse las

distintas renunciaciones insertas en una misma cláusula según cuál sea la figura jurídica afectada. Así, cabe diferenciar los siguientes institutos jurídicos:

1. Teoría de la imprevisión: esta doctrina fue incorporada expresamente en el artículo 1198 del Código Civil por la Ley 17.711 de Reforma del Código Civil de 1968. Se encuentra controvertido si resulta válida la renuncia a invocar esta teoría, puesto que no existe uniformidad de pensamiento respecto de si la denominada teoría de la imprevisión constituye una institución de orden público, que invalidará su renuncia (doct. arts. 19, 21, 530, 872, 953 y cc. CCIV), o si no lo es y, por ello, su resignación resulta eficaz. Quienes argumentan la viabilidad de esta cláusula razonan que nuestro derecho admite la renuncia a invocar el caso fortuito (arts. 513 y 889 CCIV) y que, por ello y con mayor razón, debe validarse la renuncia a esgrimir la doctrina de la imprevisión.¹³

Por otra parte, se suele sostener que la imprevisión no es una vinculación contractual sino el modo de reajustar o resolver un contrato; entonces, lo que interesa es el carácter de orden público de un contrato dado y no el carácter de orden público de la imprevisión y que, por ello, para determinar la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión, es necesario analizar el contrato de que se trata conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y etapa.

2. Abuso del derecho, reajuste o revisión del contrato con fundamento en la equidad y enriquecimiento sin causa: estas figuras jurídicas de diverso contenido, fundamento y aplicación, suelen incluirse en cláusulas de contenido similar al de la que se analiza, prohibiéndole a la parte adquirente invocarlas como un medio para pretender la revisión del precio acordado en moneda extranjera. El reconocimiento de estas figuras se encuentra en diversas normas del Código Civil (arts. 515, 656, 907, 1071, entre otras), por lo que no puede discutirse su consagración en nuestro ordenamiento jurídico. La inquietud versa sobre la validez o no de las renunciaciones a estos institutos.

Entiendo que estas tres figuras, esto es, la prohibición del abuso del derecho, la equidad y la prohibición del enriquecimiento sin causa constituyen figuras jurídicas que se encuentran en la base de la celebración de los contratos o, mejor, de los actos jurídicos en general, y constituyen simultáneamente pilares de nuestro

13. Rechaza la validez de la renuncia: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 379-380; la admite: LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 3), t. I, pp. 210-211. Se ha resuelto que "al menos cuando es formulada por la 'parte fuerte' del contrato -en el caso, la empresa de construcciones vendedora de departamentos a construir-, la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión no es pasible de objeciones en cuanto a su validez" (CNCiv., Sala A, 11/8/1978, *El Derecho*, t. 81, p. 405); y que "ante todo, nunca podrá esgrimirse contra el deudor una renuncia 'virtual' a la teoría mencionada, ya que el art. 874 del Código Civil desecha su presunción e impone un carácter restrictivo a la misma" (CNCiv., Sala C, 4/9/1980, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1981-III, p. 238). También se ha señalado que "no es dudoso que el párr. 2º del art. 1198 del Cód. Civil otorga un derecho a quien se ve perjudicado por el hecho extraordinario e imprevisible, derecho que, desde luego, puede ser renunciado si se tiene la capacidad prevista por el art. 868, pero esta renuncia, o la intención de realizarlo, no puede presumirse, debiendo ser interpretados restrictivamente los actos que tiendan a probarla, según lo dispone el art. 874" (C.Civ.yCom. Rosario, Sala IV, 24/9/1981, "Izquierdo, Juan M. N. c/ Miotto, Antonio L.", *Jurisprudencia Argentina*, t. 1982-IV, p. 108).

derecho privado y, aun, del ordenamiento jurídico en general, por lo que su renuncia se encuentra vedada a tenor de lo prescripto en los artículos 19, 21 y 872 del Código Civil, entre otros.

3. Institutos jurídicos previstos en leyes de emergencia económica: las normas de emergencia económica que se puedan dictar para alterar el contenido de los contratos libremente acordados, modificando la moneda pactada o su valor o incidiendo en otros aspectos del vínculo jurídico –como ocurría, hace décadas, con las famosas leyes de emergencia en materia locativa, que alteraban el precio o el plazo de los arriendos–, podrían ellas mismas prever el modo en que se debe recomponer el equilibrio contractual afectado por la emergencia económica y por la propia normativa dictada para paliar ese estado de crisis. Así lo establecieron, por ejemplo, el artículo 11 de la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario y el artículo 8 del Decreto 214/2002 de Reordenamiento del Sistema Financiero, que recurrían a la equidad o al denominado principio del esfuerzo compartido para solucionar los conflictos jurídicos derivados de la emergencia y de las normas dictadas consecuentemente.

La cuestión sobre la validez o no de las renunciaciones a esgrimir los institutos que pueda instaurar la normativa de emergencia económica se vincula directamente, como en el caso anterior, con la calificación de ley de orden público o no que merezca la legislación de que se trate. Las normas anteriores, por caso, se autotitularon de tal forma (art. 19, Ley 25.561) y, aunque es cierto que ello no es de por sí definitorio para postular que una norma reviste la condición de orden público, la intención expresa del legislador debe tenerse especial y primordialmente en cuenta al tiempo de interpretar una norma jurídica, como se encuentra hartamente establecido.

Entiendo que ninguna duda cabe de que las normas de emergencia económica son de orden público, en tanto la emergencia económica resulte constatada en la realidad y no se trate de una mera fórmula legal que carezca de respaldo en los hechos y en las situaciones existentes en un momento y lugar determinados.

4. Figuras jurídicas que puedan existir o crearse en el futuro: finalmente, la renuncia que también suele realizarse en los contratos respecto de todas las figuras o institutos jurídicos creados o que puedan crearse en el futuro constituye una renuncia carente de validez, desde que, además del notorio abuso que denota una estipulación de estas características, el objeto de la renuncia recaería sobre algo incierto o desconocido que descalificará al acto como pacto jurídico válido y eficaz.

4.4.3. *Efectos jurídicos*

Las consecuencias jurídicas de la inserción de cláusulas semejantes a las analizadas en los contratos variarán según se admita o se rechace la validez de la renuncia a esas

figuras. En el primer caso, le impedirá al afectado fundar su reclamo o pretensión con base en la doctrina o teoría renunciada, mientras que, en el segundo supuesto, la renuncia será considerada no escrita, inexistente o inválida, lo que le permitirá al afectado ampararse en la figura resignada y esgrimir su derecho dentro de la protección que provea el instituto inválidamente declinado.

4.5. *Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos*

4.5.1. *Redacciones usuales*

Las cláusulas anteriores de riesgo cambiario y de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos generalmente se complementan con otras cláusulas, que prevén posibles situaciones de fuerza mayor que impidan cumplir en la moneda extranjera pactada, para las cuales la propia estipulación provee una solución, en el marco de la vigencia del contrato. Usualmente, esas cláusulas poseen un contenido similar al siguiente:

- “Para el caso de que disposiciones legales o causas de fuerza mayor hicieran imposible el pago del precio en la especie de moneda pactada, la parte adquirente deberá cumplir su obligación entregando a la otra parte la cantidad de títulos públicos de la República Argentina de la serie que esta última elija, cuya venta en el mercado de Nueva York, Zürich o Montevideo le permita adquirir en ese mismo mercado la cantidad de la moneda extranjera pactada en este contrato, necesaria para cancelar, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, el saldo de precio adeudado o que deba abonarse”.
- “Para el caso de que, por decisión de política económica, se tornare imposible la adquisición de dólares estadounidenses billete...”, y continúa con una redacción similar a la anterior.
- “Si, por causas ajenas a la voluntad de las partes, no fuera posible la entrega de dólares estadounidenses billete, la parte adquirente deberá entregar a la contraparte la cantidad suficiente de pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o en el Mercado Electrónico Abierto la cantidad necesaria de títulos públicos de la República Argentina, en cualquiera de sus clases y series, para que, vendidos en el mercado de Nueva York, permita adquirir, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, los dólares estadounidenses billete necesarios para cancelar la obligación debida. Se considerarán válidas las cotizaciones publicadas en XX periódicos especializados”.

4.5.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

Estas cláusulas son válidas en tanto sean consecuencia de un contrato libremente concertado y sin vicios que lo afecten (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV), y no afec-

ten el orden público, no configuren un abuso del derecho ni tipifiquen ninguna situación jurídica reñida con la moral o las buenas costumbres (art. 21, *a contrario sensu*).

Recientemente, la jurisprudencia ha resuelto un supuesto donde se había pactado una cláusula de contenido similar a las expuestas anteriormente, inclinándose por su validez y plena aplicación a las partes contratantes.¹⁴

4.5.3. Efectos jurídicos

La existencia de una cláusula como la analizada resulta determinante para guiar la conducta debida de los contratantes (especialmente, los pagos a cargo del deudor) en caso de que se verifiquen los supuestos de hecho establecidos en la estipulación como condición para autorizar el pago mediante la entrega de títulos públicos o con pesos suficientes para adquirir títulos públicos, según se hubiera acordado.

El funcionamiento y la operatividad de la cláusula requieren la mutua cooperación de las partes contratantes, dado que existen aspectos (fecha de cotización a tomar en cuenta, entidad que intervendrá en la operatoria, etc.) que las estipulaciones de este tipo no precisan concretamente y que necesitan una adecuada implementación, con base en la buena fe que las partes deben demostrar al tiempo de ejecutar e interpretar el contrato (doct. art. 1198, 1ª parte, CCIV).

Una rápida lectura de las cláusulas en cuestión podría conducir a creer que nos encontramos frente a una obligación alternativa, regulada por los artículos 635 y siguientes del Código Civil y cuyas diferencias con la obligación facultativa Vélez explica en la nota al artículo 651. Entiendo que ello no es así: la cláusula en cuestión no refleja una obligación alternativa, desde que no existe en la hipótesis que examino una obligación cuyo objeto sea diversas prestaciones independientes y distintas unas de otras, cuya elección corresponda ser realizada por el deudor (doct. art. 635 y 637 CCIV). Por el contrario, en nuestro caso, se trata de una obligación cuya prestación resulta cierta y determinada desde su propia constitución: el deudor debe entregar la cantidad de dinero extranjero pactada en el contrato. Ahora bien, si por las circunstancias externas previstas en el negocio el pago en ese tipo de moneda resultara imposible, entonces el propio contrato predetermina cuál es el procedimiento a cumplirse, esto es, la entrega de títulos públicos o de pesos para adquirir títulos públicos, en las condiciones que en cada caso se estipulen.

La estructura de la obligación que se analiza no se compadece con el perfil de la obligación alternativa prevista en los artículos 635 y siguientes del Código Civil. Se trata en verdad de una estipulación contractual que prevé una condición, cumplida la cual se procederá forzosamente –no electivamente– como se hubiera pactado; en caso de no cumplirse esa condición, no existirá otra alternativa para el deudor que pagar el precio debido con la entrega de la moneda extranjera particularmente estipulada en el acuerdo.

14. CNCiv., Sala E, 12/4/2013, “Torrado, Norberto Leandro c/ Popow, Alexis”, *La Ley*, t. 2013-D, p. 215.

5. Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo

5.1. *Contratos por adhesión*

5.1.1. *Nociones generales*

El contrato por adhesión o contrato celebrado por adhesión –como es su correcto nombre– puede ser definido como aquel en el cual la formación del consentimiento se produce por la aceptación integral de una de las partes (adherente) al contenido contractual predispuesto unilateralmente por la otra (predisponente), sin poder modificarlo. Es una categoría de contratos que refiere al modo en que el consentimiento contractual ha sido formado: sin negociación de su contenido, por la sola conformidad de uno de los contratantes al contenido predeterminado por el otro.¹⁵

El criterio de clasificación para determinar si se trata de un contrato de este tipo o no, entonces, reside en verificar si el consentimiento se ha prestado por adhesión de una de las partes al contenido predispuesto por la otra o si ello no ha ocurrido.

El contrato por adhesión constituye una modalidad extendida desde hace décadas en la práctica negocial y está destinada a facilitar el consentimiento contractual, especialmente en la contratación en masa.

La concertación de contratos a través de esta modalidad posee ventajas y desventajas.¹⁶ Constituye una modalidad válida y lícita para celebrar contratos, pese a que usualmente se presta o se utiliza para enmascarar abusos patrimoniales y prepotencia contractual, con inclusión de cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, o caducidades o renunciaciones de derechos de la parte más débil de la contratación.

Los contratos por adhesión no se encuentran regulados bajo esa categoría o denominación en el ordenamiento jurídico argentino, excepto principalmente lo previsto en el artículo 38 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la aislada mención en el artículo 58 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales. Su régimen jurídico está dado por las normas generales de los contratos, de los actos jurídicos y de las obligaciones en general, y por los principios generales del derecho (buena fe, prohibición del abuso del derecho, etc.).

Las particularidades del contrato por adhesión, en cuanto a la génesis y formación del consentimiento contractual, determinan reglas especiales en materia de interpretación. Entre otros principios y pautas desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, rige en este tipo de acuerdos la regla según la cual el contrato por adhesión se interpreta en contra del predisponente y a favor del adherente.

15. Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 146 y ss.

16. Ver FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Zavalía, 1993, pp. 94-95: aunque se refiere a las condiciones generales de contratación, las reflexiones son en general aplicables a los contratos por adhesión.

5.1.2. *Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos por adhesión*

Las características de los contratos por adhesión y su especial régimen de interpretación conllevan que la inserción de cláusulas del estilo de las analizadas en este trabajo modifique algunas de las reflexiones presentadas, puesto que:

- en tanto se acredite que el contrato fue celebrado por adhesión, su contenido predispuesto debe ser interpretado en contra del predisponente (acreedor, generalmente) y a favor del adherente (deudor, usualmente);
- resultará más accesible alegar y obtener la declaración de invalidez de ciertas estipulaciones contractuales que encierren renunciaciones o denoten abusos en la contratación, como podrían ser, en ciertos casos concretos, algunos contenidos de las cláusulas analizadas en esta presentación.

5.2. *Contratos de consumo*

5.2.1. *Nociones generales*

El cada vez más amplio derecho del consumo posee un impacto notable en la contratación jurídica moderna. Su elaboración se ha desarrollado a partir de la legislación que lo ha reconocido (art. 42 CN; Ley 24.240 de Defensa del Consumidor [modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361]; Decreto 1798/1994; Resolución 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor; y Resolución 9/2004 de la ex Secretaría de Coordinación Técnica, entre otras normas).

Esta área del derecho es particularmente relevante, entre otros motivos, porque la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor se autodefine como de orden público (art. 65), calificación que cabe extender a todo el derecho del consumo en general, por los indudables fundamentos superiores que impulsan su dictado y contenido. El impacto del derecho del consumo en la contratación inmobiliaria es también cada vez mayor, en virtud de las modificaciones que la Ley 26.361 (año 2008) introdujo al articulado de la Ley 24.240, especialmente en lo que atañe a la categorización de los posibles sujetos intervinientes en la relación jurídica como consumidor y como proveedor de bienes y servicios (arts. 1 y 2), es decir, en cuanto al ámbito de aplicación material de la ley, que ha expandido notablemente su campo de actuación en materia de contratos inmobiliarios.

Las consecuencias jurídicas de calificar un contrato como un vínculo de consumo son vastísimas: inciden en su contenido, en su ejecución, en su interpretación y en su potencial reclamo administrativo o judicial. De ese extenso universo de consecuencias, destacaré la siguiente: la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales “que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor” (art. 37 Ley 24.240) y la calificación de las cláusulas “que afecten inequitativamente al consumi-

dor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes” como abusivas (art. 37 Decreto 1798/1994).

5.2.2. *Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos de consumo*

La inserción en los contratos de consumo de estipulaciones similares a las analizadas en esta presentación alterará algunas de las conclusiones elaboradas, puesto que determinará la aplicación integral del derecho del consumo, lo que seguramente redundará en beneficio del deudor y en perjuicio del acreedor. Es decir, en tanto el contrato que corresponda analizar constituya, de manera simultánea a la relación jurídica de que se trate (compraventa, cesión, etc.), un vínculo de consumo –siempre que los sujetos que lo han celebrado puedan ser calificados como consumidor y como proveedor de bienes y servicios a consumidores y usuarios en los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley 24.240–, el contrato de consumo tendrá la protección legal de orden público que emana del marco normativo anteriormente referido, todo lo cual indudablemente impactará en su contenido, en su ejecución y en su interpretación judicial.

Particularmente, y sin pretender agotar las consecuencias que surgen de la calificación de un contrato como de consumo, ese rótulo tendrá un fuerte impacto en las cláusulas que estatuyan renuncias o restricciones de los derechos de los consumidores o usuarios, dado que tales renuncias se tendrán por no convenidas, siendo inválido cualquier pacto en contrario (doct. arts. 37 inc. a y 65 Ley 24.240).

6. Epílogo

He realizado una sintética presentación de las cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera que mayor difusión tienen en la realidad negocial de nuestro país en los contratos en general y en los contratos inmobiliarios en particular. La finalidad de la presentación ha sido explicar los motivos jurídico-económicos que impulsan la inclusión de este tipo de cláusulas, examinar su validez o posible invalidez y desarrollar los efectos jurídicos que generan esa clase de estipulaciones.

La vasta materia abordada dista de haber concluido. Espero que las reflexiones que contienen estas páginas aporten claridad y elementos para un análisis adecuado de las cláusulas analizadas, de su utilidad y de su interpretación jurídica.