Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ LOCACION ~ ORDEN PUBLICO ~ PLAZO ~ PRECIO ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION DE DAR DINERO ~ LOCACION DE INMUEBLE ~ LOCACION HABITACIONAL ~ LOCACION URBANA ~ ALQUILER ~ ALQUILER ESCALONADO ~ LEY DE CONVERTIBILIDAD ~ LEY DE EMERGENCIA
Título: El orden público en el contrato de locación
Autor: Carnaghi, María Cristina
Publicado en: LA LEY 22/07/2015, 22/07/2015, 1
Cita Online: AR/DOC/2101/2015

Sumario: I. Introducción. — II. El orden público en las locaciones. — III. El plazo en la locación. — IV. El precio en la locación. — V. El orden público económico-social de protección en la locación habitacional. — VI. Conclusión general.

Abstract: Son válidos los contratos en los que se fijen alquileres en moneda extranjera, haciendo operar la corrección del valorismo resultante del art. 772 del Código Civil y Comercial en caso de suscitarse "burbujas locativas" generadas por devaluaciones en la política económica gubernamental para responder a intereses de Orden Público Económico de Dirección.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto señalar algunos aspectos de la relación locativa que han sido modificados por el Código Civil y Comercial de la Nación que nos rige a partir del 1° de agosto de este año (1).

Vigente aún la ley 25.561, que se autocalificara "de orden público" diciendo que: "Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos" (2), y derogara toda norma que se opusiera a lo en ella dispuesto (art. 19).

Se abre una nueva etapa de la locación en Argentina, en la cual se han reducido las normas de orden público a ella aplicables. Un prestigioso doctrinario advirtió que: "De una manera u otra, los contratos de locación y el mutuo hipotecario pagadero en cuotas, constituyen, en la historia jurídica argentina, las figuras de derecho civil patrimonial, más afectadas por normas de orden público, erigiéndose en paradigmas contractuales de tracto sucesivo" (3).

II. El orden público en las locaciones

El Código unificado sólo considera el régimen locativo respecto de las cosas, efectuando una corrección necesaria al escindir las obras y los servicios, regulados como contratos diferentes. De aquí en adelante sólo pueden alquilarse cosas, nunca haceres humanos.

Cabe acotar que la Ley de Arrendamiento (y Aparcería) Rural sigue vigente en su ámbito (inmuebles ubicados fuera del ejido urbano con destino agropecuario) con plazos mínimos y máximos diferenciados (3 y 20 años) y normas de orden público (4), aplicándose el Código en forma subsidiaria (art.41 inc. C L.A.R.).

Se ha unificado el régimen del Código Civil con el de las locaciones urbanas de la ley 23.091 que, en su art. 29 —como lo hicieran las leyes anteriores—, declaró ser de 'orden público' con la consecuente imperatividad de sus disposiciones (5), diferenciándose en ella un orden público de protección en los capítulos I y II (tuitivos del locatario) y un orden público de dirección (6) en los capítulos III y IV (7) ("De la promoción de locaciones destinadas a vivienda" y "Disposiciones complementarias" con normas tuitivas como los arts. 27 y 29 bis).

Si bien ha dejado vigente, como dato de color, el art. 6 de la ley 21.342 que dice: "Garantía del Estado. — El Estado garantiza la libertad de contratación y el ejercicio regular de los derechos de los contratantes en las locaciones iniciadas o que se inicien a partir del 1 de enero de 1974. Las condiciones pactadas entre locadores y locatarios no serán alteradas por el Poder Público ni éste aplicará medidas en relación con las locaciones urbanas que deban ser cumplidas a expensas de una sola de las partes". Aunque, como admite su inspirador, nada obsta a que el Estado a través ——del orden público 'ex post'— de las leyes de emergencia intervenga en los contratos con el solo límite del derecho de propiedad garantizado constitucionalmente.

Respecto del orden público se ha dicho: "Como los valores de que se nutren los bienes a proteger no son estables, su apreciación es móvil y, por lo tanto, difícil de inmovilizarlo por largo tiempo, lo que se ha considerado 'interés social comprometido' en un momento y espacio determinado no lo es al siguiente, como por ejemplo el hoy llamado 'orden público económico o social'". Y sobre su empleo: "...con este justificativo donde la doctrina especializada registra su evolución desde el 'orden público económico social' a un 'orden público económico de dirección', se intenta sostener ideológicamente una intervención en las reglas de configuración del contenido contractual, alterando sustancialmente el principio de autonomía privada" (8).

III. El plazo en la locación

III. 1. Plazo máximo

Vélez Sarsfield consideró de Orden Público (9) (y nosotros aclaramos: Económico Social de Dirección) que la duración de las relaciones locativas no excediera el plazo de 10 años. Preveía para el caso de violación de la

norma la nulidad parcial con integración legal del contrato (art. 1505 Cod. Civil)

Las sucesivas leyes de emergencia locativa distorsionaron el régimen legal al imponer prórrogas (algunas desde la crisis de los años treinta) que hicieron que los locadores-propietarios se desentendieran del mantenimiento de los inmuebles locados, los que tampoco eran reparados ni menos aún mejorados por los inquilinos por ser "cosa ajena". Ello fue solucionado de manera progresiva imponiendo la desocupación de lo que quedaba de los bienes locados por aplicación de la ley 21.342.

El nuevo Código amplía los plazos máximos llevándolos a veinte años en materia habitacional y cincuenta en los demás destinos (10).

III. 2. Plazos mínimos

Fueron introducidos en la locación inmobiliaria con la ley 11.156 modificatoria del art. 1507 Cod. Civil fundándose en un Orden Público Económico Social de Protección del débil jurídico: el inquilino. Mecanismo también presente en la Ley de Locación Urbana (art. 2 L.U.).

Ahora se los ha unificado en dos años (11) sin importar el destino del inmueble (en el arrendamiento rural el plazo mínimo es de tres años).

La télesis (12) de la norma y del instituto, permite que el arrendatario rescinda el contrato (13) perdiendo el beneficio del plazo mínimo legal (14). Obviamente este beneficio no cabe al locador, ni siquiera alegando necesidad y urgencia en la restitución del bien locado. Siempre el arrendador deberá respetar el plazo fijado contractualmente, que nunca podrá ser inferior a los dos años.

III. 3. Plazo para cumplir un objeto

El art. 1.199 "in fine" CCyC. contempla un caso que, si bien estaba comprendido en el art. 1508 Cod. Civil entre los denominados "plazos presuntos", permite superar las dudas que surgían para exceptuar algunos supuestos fácticos del plazo mínimo legal en locación urbana, atento el carácter de orden público que tenía el art. 2 L. U.: tal el caso de aquellos que alquilan sólo por temporada de verano locales comerciales en calles como Alem de Mar del Plata (el art. 2 L.U. sólo contemplaba como excepción al plazo mínimo legal la locación de inmuebles amueblados para alojamiento con fines turísticos en zonas de turismo y por no más de 6 meses). Ahora puede sostenerse la inaplicabilidad del plazo mínimo a este arrendamiento en el que, en realidad, no interesa a ninguna de las partes vincularse por más de unos pocos meses (resulta claro que el inquilino se compromete a abonar elevados alquileres sólo justificados por la rentabilidad de la temporada estival o invernal, en su caso).

IV. El precio en la locación

IV. 1. Régimen vigente hasta el 1° de agosto.

El precio de la locación regulado por el art. 1° de la ley de L.U. es una 'norma imperativa' por fundarse en un 'orden público económico y social de protección', y tanto la Ley de Convertibilidad —que declara en el art. 13 su carácter de ley de orden público— como la Ley de Emergencia Pública que lo hizo en el art. 19, responden a un 'orden público de dirección' (15).

Tema reiteradamente considerado al sancionarse la Ley de Convertibilidad del Austral (B. O. 28/03/1991), al ubicar dentro de las obligaciones de dar dinero a las contraídas en moneda que no tenga curso legal en la República, es la posibilidad de pactar alquileres en moneda extranjera atento los términos del art. 1° de la Ley de Locación Urbana (B.O. 16/10/1984) y la modificación introducida por la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (vigente desde el 6/1/2002 según decreto 50 del 9/1/2002) al derogar el art. 13 de la ley 23.928

Cuestión que recobra interés en las actuales condiciones económicas que no son de estabilidad monetaria y cambiaria —un país cuya moneda ha sido devaluada y depreciada por inflación, muy diferente al de la ley de convertibilidad y habiendo transcurrido casi veinticinco años de su entrada en vigencia motivada por la hiperinflación de 1989—. Es por ello que en un trabajo anterior (16) expresé: "... no puedo omitir considerar que la tesis que sustento: la imposibilidad legal de pactar alquileres en moneda extranjera, motivará críticas fundadas en el "realismo jurídico", en momentos en los cuales la reforma intenta mantener un nominalismo "circunstancial" (17), creando el CER y el CVS pero ratificando la prohibición de pactar mecanismos indexatorios y/o de actualización (18)".

Lo cierto es que, quizá por ello, un importante sector de la doctrina sostuvo tanto antes como luego de la Ley 25.561, que se puede acordar el pago en moneda extranjera, sea ella dólar u otra (19). Sin embargo, encuentro razón en quienes sostienen que deben compatibilizarse ambas normas (20), y ello aun antes de la vigencia de la ley 25.561, es decir, en momentos en los que la ley de convertibilidad preveía expresamente su imperatividad derivada de ser una ley de 'orden público'.

La redacción de la Ley de Emergencia Pública me permitió sostener la siguiente interpretación: la vigencia del texto del art. 1° de la L.U. que exige que el precio sea en "moneda de curso legal" (y no dinero), prevé expresamente la sanción de nulidad (cabe acotar: relativa y parcial) y dispone la integración judicial del

contrato, en caso de pactarse 'moneda que no sea de curso legal'.

Analizando la conducta del legislador y tratando de desentrañar por qué privó a la ley de convertibilidad del carácter de orden público al derogar —sin sustituir— el art. 13 (21). Y por qué, en cambio, ratificó la prohibición de pactar cláusulas de reajuste y/o indexatorias, y reafirmó el texto ya reformado del Código (arts. 617, 619 y 623), sin derogar expresamente el art. 1° L.U.

Consideré (22) que el legislador de la emergencia no quiso las cláusulas de ajuste ni indexatorias (23) e hizo valer, en cuanto a ellas, la imperatividad que deriva de su fundamento —el orden público—, pero dejando a la ley especial (de locación urbana) la imperatividad resultante de su finalidad protectora de la parte débil: el inquilino —de orden público—. Como se trata de un interés particular se impone una nulidad relativa y parcial por la cual caerá la cláusula sobre precio en moneda extranjera, pero sólo si el protegido por la norma la articula, lo que en estas circunstancias económicas no es improbable.

Lo expresado me llevó a discrepar respetuosamente con la solución imaginada —si bien no específicamente para la locación urbana— por el Dr. Atilio Alterini (24) en el sentido de que: "Para conciliar los intereses de ambos podría ensayarse la utilización de la categoría de obligación alternativa con elección a favor del deudor (art. 637 Cod. Civil). En un contrato de locación de cosas, por ejemplo, el inquilino se obligaría a pagar —a su elección— pesos indexados o dólares; si planteara la nulidad de una de las alternativas (la de pagar pesos indexados) quedaría igualmente obligado a pagar dólares (la otra alternativa) conforme a lo establecido por el art. 638 del Cód. Civil".

Entendí que en ese caso (ley 23.091) el inquilino podía alegar y obtener la nulidad de ambas alternativas: a) del precio en dólares por no ser 'moneda de curso legal', y b) de la 'cláusula indexatoria' por prohibición expresa de las mismas en cualquier clase de contrato (25) dispuesta en la ley de emergencia (de orden público ex post y por tanto imperativa). Resultado: el inquilino debería pagar sólo el monto convenido en 'moneda de curso legal' sin actualización.

Conclusión

Resultaba claro que el vedar las cláusulas de estabilización previstas como paliativo de la inflación podía lesionar, en las aquellas circunstancias, el derecho de propiedad (26). Por ello existieron resoluciones judiciales declarando la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 L. 23.928 reformados por art. 4. L. 25.561 tanto en el ámbito laboral como en el civil y comercial (27). Las que, sin embargo, no prosperaron.

No se me escapaba entonces —ni ahora— que, con la tesis que sustento cercenaba una de las vías de alivio al cerrojo impuesto por el nominalismo "circunstancial", impidiendo la operatividad de un medio de estabilidad convencional del contrato. Pero, decía entonces: "salvo derogación expresa del art. 1° de la Ley 23.091, otros serán los remedios a intentar para paliar los efectos indeseados, entre ellos me inclino por los alquileres escalonados, sobre todo si se efectuaron mejoras y/o gastos para comenzar a utilizar el inmueble, podría pactarse un alquiler desigual con dicha justificación, pero aclaro que diferente sólo en su monto y no en cuanto a su periodicidad, pues la ley de L.U. prescribe el pago mensual del alquiler en locaciones destinadas a vivienda (art. 6); ello aún durante el plazo mínimo legal" (28).

También consideré que podría intentarse, como propuso el Dr. Leiva Fernández (29), un "pacto de negociación periódica" (30) que sería "inobjetable" aplicado a un contrato de locación cuyo plazo mínimo legal hubiera transcurrido, o previsto para operar cuando hubiera transcurrido. Ello en razón del texto y espíritu del art. 1.507 del Cod. Civil (ley 11.156) que, en su primer párrafo y con relación a los plazos mínimos que establece, dice: "sin que durante los mismos puedan alterarse los precios ni las condiciones del arriendo". El problema consistiría en que las partes no se pusieran de acuerdo sobre el nuevo precio, pudiendo en ese caso delegar su fijación a un tercero (31).

Párrafo aparte merecen la solución pretoriana de impulsar la renegociación contractual haciendo uso de las facultades conferidas por el art. 36 C.P.C.B.A. incluso en segunda instancia (32), y la utilización de los institutos de revisión (imprevisibilidad, abuso, esfuerzo compartido) para 'recomponer equitativamente el contrato' (33).

Y terminaba explicando "No es la mejor solución sólo la posible en estos difíciles e inestables tiempos de transición".

IV. 2. El precio en la locación en el nuevo régimen (34)

El análisis de la normativa que nos rige a partir del 1° de agosto de 2015 permite afirmar que no se han reiterado las restricciones señaladas (arts. 1507 del Código Civil y 1° "in fine" de la Ley de Locación Urbana). Lo que torna viables las siguientes soluciones propuestas para la fijación del precio en la locación, en circunstancias económicas inflacionarias como las presentes:

IV.2.1.- Alquileres escalonados (35).

Este mecanismo resulta admisible pero siempre y cuando no se pacte una diferencia sideral de sumas de alquiler entre los períodos —de lo que se deduciría la intención de violar la normativa tuitiva que fija Plazos Mínimos (Orden Público Económico Social de Protección)—, que haga imposible al inquilino completar el tiempo acordado (un claro supuesto de Fraude a la Ley (36)).

Sin embargo, no puedo dejar de considerar que, al haber ampliado considerablemente los plazos máximos —a 20 años para locación habitacional y 50 para los restantes destinos—, el cálculo de la graduación de los alquileres resultará una tarea de imposible cumplimiento, y este mecanismo de poco servirá para paliar los efectos de la depreciación monetaria.

Si parecía factible establecer una suma global por el tiempo de la locación que se fraccionaba de manera desigual, teniendo en cuenta la amortización de los gastos fijos que afrontaría el inquilino para instalarse en la cosa locada, especialmente en caso de inmuebles, pudiendo convenirse el pago de sumas inferiores al inicio, las que gradualmente (es decir: 'escalonadamente') se aumentarían de una manera justificada y sin que tales modificaciones pudieran ser invalidadas como maniobras para violar la ley prohibitiva. Ahora, ese mecanismo deviene inoperante para ser aplicado a plazos locativos alejados del mínimo.

IV.2.2.- Alquileres en moneda extranjera (37).

Como resulta evidente el Código Civil y Comercial ha sufrido una modificación trascendente en este tema puesto que, mientras en el Anteproyecto elaborado por la Comisión de juristas se reiteraba el criterio de la Ley de Convertibilidad, imponiéndose el NOMINALISMO también en caso de pactarse precios en moneda sin curso legal en la República, eso fue revisado por el Poder Ejecutivo, pero sin volver al régimen anterior (arts. 617 y 619 del Cod. Civil y art. 1° L.U.)

IV.2.2.1. ¿Obligación de dinero u obligación de valor? (38)

Resulta interesante comparar el texto elaborado por los juristas conducidos por los Dres. Higton de Nolasco - Kemelmajer de Carlucci - Lorenzetti con el vigente.

Parágrafo 6° Anteproyecto de Código Obligaciones de dar dinero ARTÍCULO 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.-

ARTÍCULO 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene.

Parágrafo 6° Cód. Civil y Com. Obligaciones de dar dinero ARTICULO 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

ARTÍCULO 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Acudo en auxilio a la explicación obrante en el Código Comentado (39) dirigido por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, presidente de la Comisión creada por decreto 191/2011 del 28 de febrero de 2011 donde Ossola, Federico Alejandro en el comentario a los artículos 765 y 766 Cód. Civil y Com., y luego de explicar que se ha abreviado notablemente la regulación de las obligaciones de género, comprendiendo las de dar cantidades de cosas, dice que las obligaciones monetarias se refieren a dinero que es cosa mueble fungible, divisible y consumible. Es un género, que como tal nunca perece, y dada su importancia es necesaria una regulación especial. Indica que "el valor no es intrínseco, no deriva de su materialidad... independientemente de que se utilice papel, medios electrónicos o metales, lo que importa es el valor representativo" (123). Refiriéndose al peso argentino oro y al peso, que tienen curso forzoso (irrecusables como medio de pago e inconvertibles).

Por su parte el Dr. Rubén H. Compagnucci De Caso (40) al comentar dichos artículos dice que "...es posible afirmar que el deudor puede prometer moneda nacional 'pesos'o bien 'pesos argentinos oro' (ley 1130) y que en esos casos no puede cambiar el tipo de moneda." y agrega: "Esta solución lleva implícito el saludable principio nominalista, ya que impone que el dinero debe darse y recibirse en la cantidad establecida con relación a la unidad ideal, sin comprobarse el resto de sus cualidades. Entendiéndose que una unidad es siempre igual a sí misma, por ejemplo, un peso es igual a un peso" (91). Aclarando que cantidad de moneda "determinada", o "determinación de origen" es la que realizan las partes en el momento de constituirse la obligación, al acordar el precio. Y "determinable" cuando "dejan dicho importe para un momento posterior en la vida de la obligación. Por ejemplo, cuando se indica que una mercadería se pagará al precio de mercado al tiempo del vencimiento o al de plaza (art. 1353 del Cód. Civ.), etcétera" (92).

Respecto de las obligaciones en moneda extranjera o moneda que no tenga curso legal (dinero extranjero) debe considerarse como "obligación de dar cantidades de cosas" pero señala que "el nuevo Código no regula ni trae disposición alguna sobre las llamadas "obligaciones de cantidad" o de "dar cantidades de cosas", es decir aquellas que para su cumplimiento exigen la operación de contar, pesar o medir (arts. 606 a 615 del Cód. Civil). Ello genera una cierta perplejidad, pues aparentemente se admite la validez del pacto en moneda que no tenga curso legal" (92).

OSSOLA (op. cit.) explica que la moneda extranjera no es dinero y carece de curso legal porque la única moneda que tiene aptitud para ser impuesta como medio de pago es el peso y no el dólar, el único medio de pago con poder cancelatorio es el peso. Una legitimación de la moneda que proviene de la legislación monetaria. "En cambio, nada impide que la moneda extranjera sea impuesta por una obligación, porque las partes utilizan la divisa extranjera como medio de pago y le dan una función dineraria a una cosa que no es dinero. La legitimación proviene de la obligación y no de la legislación monetaria" (123).

Pero luego aclara que la norma residual del art. 765 Cód. Civil y Com.. no es de orden público, no es una norma imperativa (126) por lo que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 Cód. Civil y Com.) pueden pactar que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada (art. 766 C.C.C.N.) Y agrega que está prohibida la cláusula (41) pero no que la moneda extranjera sea objeto de la obligación (42) (130).

CONCLUSIÓN

Como no está prohibida la obligación de dar sumas de moneda extranjera (generalmente dólares), bastará que se pacte la deuda en esa moneda para dar a la misma una función de estabilidad monetaria (43).

IV.2.2.2. ¿O viceversa: Obligaciones de valor y luego dinerarias? (44)

ARTÍCULO 772.- (del Anteproyecto) Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios (45). El monto resultante debe referirse al valor real (46) al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

Se ha explicado que dicho artículo establece una serie de criterios para la cuantificación del monto de la obligación, que son los que han receptado la doctrina y jurisprudencia. El primero es que la obligación es una prestación que consiste en un valor, que luego se transforma en dinero. Esa transformación debe tomar en cuenta el valor real, que, en la mayoría de los casos, es el precio de mercado del bien de que se trata (OSSOLA, op. cit. p. 157).

IV.3.- El valorismo en la fijación del precio

Respecto de la posibilidad de establecer el valor en moneda extranjera Ossola (op. cit.) sostiene que la cuantificación sólo puede ser en moneda de curso legal: "Si bien en el artículo en comentario se indica que el quantum de la obligación puede ser expresado ¨en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico¨, lo cierto es que de cara a las modificaciones introducidas por el P.E. en los arts. 765 y 766 del Código, tal previsión es de imposible concreción. Es que de lo que aquí se trata es de establecer el monto de una obligación de dar dinero, y las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en la República son obligaciones de género. En consecuencia, siempre la evaluación de la deuda deberá ser practicada en 'moneda de curso legal' (159).

Compagnucci De Caso (en Código p. 104) diferencia las obligaciones de dinero puras de las obligaciones de valor (47) indicando que, en las primeras, tanto en su origen como al tiempo de cumplimiento, el objeto de la prestación es el dinero; en cambio en las segundas, la génesis está constituida por un valor abstracto que se traducirá en dinero al tiempo del cumplimiento. Y admite que "A veces ocurrió que, ante algunos reajustes económicos, la liquidación judicial o extrajudicial, duplicaba o triplicaba el importe del valor de origen. Ello dio lugar a la normativa a que hice referencia, y a (la) que el artículo en comentario se refiere". Y continúa explicando que "La norma... dispone que al tiempo que corresponda para el cumplimiento el valor establecido no puede exceder el "real" que corresponda a la cosa. Se trata de un mecanismo que lleva a "desindexar" algunas obligaciones donde se utilizó una forma de actualización que desvirtuó el objeto de prestación.- Esto significa que no es posible aplicar índices de reajuste (precios minoristas, mayoristas, canasta familiar, cláusula oro, etc.) aunque algunos autores propiciaron utilizar la evolución de alguna moneda extranjera como el dólar norteamericano o el euro europeo". Citando jurisprudencia de Corte: "Cuando con el empleo de índices oficiales el resultado económico obtenido fuese objetivamente injusto, debía prevalecer la realidad sobre las fórmulas matemáticas (CS, La Ley, 1995-D, 796. Íd. La Ley, 1994-D, 217; E.D: 156-152 con nota del Dr. Bidart Campos. íd. La Ley, 1992-B, 216; SCBA, D.J. 1994-I-615 (105)".

Al analizar la posibilidad de fijarlo en moneda extranjera manifiesta que "La ley prevé esta posibilidad que deja como facultad a los jueces en los casos concretos. Es una fórmula que tiene un cierto acercamiento a la evolución de los precios, pero es posible afirmar que no ofrece mucha seguridad pues se trata de un mercado con muchas variaciones (105)".

IV.3.1. El valorismo como morigeración

Acudiendo al Código... dirigido por Rivera-Medina, cito lo expresado por Arias Caú, E. J — NIETO, M. L. en su comentario al art. 1.187 Cód. Civil y Com.: "Finalmente... se requiere un precio en dinero, obligación típica y principalísima del locatario. Sin embargo, surge el interrogante de la tipificación contractual cuando se ha pactado el precio en moneda extranjera (arg. art. 765, por la modificación que le introdujo el P.E.N. al

Anteproyecto) debiéndose estar, en este último supuesto, a lo normado por el art. 970 en materia de contratos innominados. El contrato reviste carácter consensual (arg. art. 971). El precio debe ser determinado o determinable (arg. art. 1133). Ante el silencio sobre el valor locativo, debe estarse, por la remisión del último párrafo a lo dispuesto en el art. 1144 (¿1143 Cód. Civil y Com.?), y entender que el mismo es el corriente de plaza para el tipo de cosa locada" (928) (48).

Confrontando dicha postura con la opinión vertida por OSSOLA en el Código... al comentar el art. 772 Cód. Civil y Com.: "En el Parágrafo 6°, referido a las obligaciones de dar dinero, se regulan las típicamente dinerarias, las que tienen por objeto una moneda extranjera y las que consisten en la cuantificación de un valor.- En estas obligaciones el dinero se utiliza para cuantificar el valor que se debe, es decir, no está como objeto (in obligatione), sino como medio de pago (in solutione). El objeto de la obligación consiste en un valor, que no está expresado en dinero al momento en que ésta se genera. Al tiempo del cumplimiento surge un proceso de evaluación en dinero que debe determinarse y el criterio establecido en el artículo es computar el valor real actual en ese momento.- Las obligaciones de valor han sido reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia hace mucho tiempo y han cumplido un rol fundamental en contextos inflacionarios (49). El gran avance es incorporar esta categoría al Código Civil, la que es de gran utilidad para dar solución a numerosos casos prácticos" (154).

IV.3.2. El valorismo atenuado

La expresión pertenece a OSSOLA (op. cit. p. 159 punto IV) : "Una especial concepción de las obligaciones de valor. Se incorpora en el Código la distinción entre obligaciones dinerarias y de valor, que si bien es mayoritariamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, no se encuentra exenta de polémicas. De todas maneras, el criterio para distinguir una de otra es únicamente la objetiva indeterminación inicial del monto, lo que una vez subsanado importa la conversión de la naturaleza de la obligación: pasa a ser dineraria, sea cual sea el momento en que se practique la cuantificación, y por una única oportunidad". "Se trata, por así decirlo, de un valorismo atenuado, desde que una vez que el quantum de la obligación se establezca, impera el sistema nominalista dispuesto en los artículos 765 y 766 del Código. La obligación, en consecuencia, pasa a ser dineraria" (160).

IV.4. Nuestra opinión

No puedo dejar de anticipar mi opinión favorable a la reforma introducida por el P.E.N. al texto del art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, como modo de superar la contradicción imperante entre un sistema legal que permite la contratación en moneda sin curso legal en la República y, que al mismo tiempo, obstaculiza la posibilidad de adquirir divisas (50). Pero sólo como norma dispositiva, por tanto las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pueden acordar que el pago en moneda extranjera sea esencial (art. 766 Cód. Civil y Com.).

Ello con fundamento en el realismo jurídico y económico. No me parece que la modificación introducida al art. 765 Cód. Civil y Com. sea un 'capricho irreverente' del Poder Ejecutivo. Por el contrario, resulta razonable para los que tenemos alguna experiencia y hemos vivido los vaivenes de la economía nacional e internacional, caracterizada por la sucesión cíclica de períodos en los que dólares estadounidenses inundaron las plazas sudamericanas y asiáticas, seguidos por otros donde eran 'aspirados' por haber aumentado las tasas de interés abonadas por la Reserva Federal de los Estados Unidos. Colapsando las economías que, aun sin adoptar el dólar estadounidense como moneda de curso legal como hizo Ecuador —a quien estuvimos muy cerca de imitar— ven alterarse ecuaciones económicas contractuales e imposibilitar el cumplimiento 'in natura' de la obligación preexistente.

No comparto la vuelta a polémicas superadas sobre la tipicidad de los contratos donde el precio fuera fijado en 'moneda sin curso legal'. Y me remito a las enseñanzas del Dr. Jorge Horacio Alterini (51) para afirmar que es válido admitir como dineraria la deuda en moneda sin curso legal, y sólo en caso que la ley expresamente lo haya prohibido cabe anularla (lo que ocurria durante la vigencia del art. 1° L.U., pero no actualmente)

Sin embargo, no puedo dejar de criticar la modificación introducida al art. 765 del Anteproyecto desde el punto de vista lógico. No debió decir que la obligación de dar moneda sin curso legal es de dar cantidades de cosas. Menos aún ahora porque, como señala el Dr. Compagnucci De Caso, la reforma suprimió esa clasificación y la reemplazó por una más abarcativa: obligaciones de género. Y tanto las obligaciones de dar moneda de curso legal (peso y peso argentino oro); como las obligaciones de dar moneda sin curso legal en la República (dólares —estadounidenses, canadienses, etc.—, euros, yenes, yuanes, rublos o cualquiera otra (52)). Todas ellas son obligaciones de dar dinero o dinerarias en sentido amplio.

La diferencia radica en que, como unas tienen curso legal, respecto de ellas se aplica la solución nominalista: no opera la Regla de la Equivalencia, y debe pagarse en la moneda convenida.

Por su parte, aquellas que no tienen curso legal en la República son afectadas por la Regla de la Equivalencia y el deudor se libera dando la cantidad de moneda nacional para adquirir la moneda extranjera al tiempo del vencimiento.

Obviamente, una vez que se operó la 'conversión' la obligación se vuelve puramente pecuniaria.

Ahora bien, no se me escapa que, atento a que en nuestro país no se emiten dólares (sólo se los acapara, en algunos casos) el contratante que se obligue a abonar en moneda extranjera como 'esencial' se arriesga demasiado, porque no controla la disponibilidad de la misma en el mercado local.

Pero aun aquel que la utiliza como una manera de cuantificar el valor, también se expone a devaluaciones pronunciadas que pueden afectar la ecuación económica contractual.

Por ello considero que en el caso del contrato de locación (cualquiera fuera el destino de la cosa inmueble), además de los mecanismos de revisión del contrato (imprevisibilidad, esfuerzo compartido, abuso de derecho, etc.), resulta particularmente valioso el texto del art. 772 Cód. Civil y Com.

El valor real al que alude dicha norma es el valor locativo que podría despegarse totalmente del valor de cambio de la divisa — en el caso p. ej. de una devaluación dispuesta por el gobierno para favorecer las ventajas comparativas de nuestro país para el exportación de bienes y servicios —.

Creo que la incorporación al texto legal del valorismo, no estando vigente la Ley de Locación Urbana, permite paliar los desfases o colapsos que una modificación del valor de nuestra moneda respecto de las divisas extranjeras pudiera producir en las relaciones contractuales internas.

Operará como una cláusula de renegociación periódica que se activará en caso de que una alteración en el valor de la divisa no sea compatible con el valor locativo de un bien similar (determinable por terceros: agencias inmobiliarias elegidas por locador y locatario, y/o tablas elaboradas por el colegio de martilleros y corredores públicos de la localidad).

Ello permitirá subsanar la nada improbable desvirtuación del mecanismo de estabilización del contrato a través de la fijación del precio en moneda sin curso legal en la República, ahuyentando la posibilidad de que se generen 'burbujas locativas'.

V. El orden público económico social de protección en la locación habitacional

ARTÍCULO 1195.- Habitación de personas incapaces o con capacidad restringida. Es nula la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida, que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble.

ARTÍCULO 1196.- Locación habitacional. Si el destino es habitacional, no puede requerirse del locatario: a) el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes; b) depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado;c) el pago de valor llave o equivalentes.

Resulta clara la influencia del art. 1504 "in fine" del Código Civil (Ley 11.156) en el art. 1195 Cód. Civil y Com. pero ampliando la tutela a todos los "incapaces o con capacidad restringida". Acota Leiva Fernández que esta protección resulta comprendida en la ley 23.592 (antidiscriminatoria) y agrega que el artículo invalida la exigencia de que el locador pueda imponer como condición que el eventual locatario capaz habite el inmueble junto con el incapaz (53).

Respecto del art. 1196 aclara que no comparte dicha regulación restrictiva por considerar que debía dejarse librado al juego de la oferta y la demanda (no incluyendo en su propuesta los enunciados del art. 7° L.U., que tampoco estaban en el Proyecto de 1998) y manifiesta que "La Comisión decidió incorporar en el art. 1.196 la prohibición de requerir en las locaciones con destino habitacional, el pago de más de un mes en concepto de alquiler anticipado, la exigencia de depósito en garantía u otras garantías por más valor que el de un mes de alquiler por cada año de contrato, y el pago de valor llave o equivalente.- Con más coherencia que la ley 23.091 eliminó la regulación de las consecuencias de violar tales prohibiciones, pues en definitiva le caben las reglas generales, es decir la nulidad" (54).

Arias Caú-Nieto (op. cit p. 943) agregan que "...la norma proyectada (aun habiendo eliminado la última regla de su redacción), no pierde su contenido de orden público y como tal es inderogable, pues de otro modo se vería frustrada la finalidad perseguida con la misma.-... y no resulta aplicable a la locación comercial, industrial o empresarial en las cuales sigue siendo práctica frecuente pactar períodos de pago mayor de un mes y exigir el pago de un valor llave (Borda)".

VI. Conclusión general

Manifiesto mi opinión favorable a la reforma, especialmente por obviar declaraciones genéricas de orden público que restringen la autonomía de la voluntad posibilitando sinsentidos como era aplicar el plazo mínimo legal a locaciones comerciales por temporada turística no contempladas expresamente como excepción al art. 2 L.U.

Queda comprendido tal supuesto en el Orden Público Económico Social de Protección del inquilino en favor del cual se establecieron los plazos mínimos (por ello puede ejercer su derecho a rescindir unilateralmente el contrato renunciando a ese beneficio en los términos del art. 1221 Cód. Civil y Com. pero siempre que esté en la tenencia de la cosa —art. 1.198 "in fine"—.

En cuanto al precio en moneda extranjera, parece acertada la interpretación que lo admite al no exigir la normativa vigente a partir del 1 de agosto que el precio se establezca en "moneda de curso legal en la República", sino sólo el precio determinado en dinero. Son válidos en cuanto al precio los contratos en los que se fijen alquileres en moneda extranjera, pero haciendo operar la corrección del valorismo resultante del art. 772 Cód. Civ. y Com. en caso de suscitarse "burbujas locativas" generadas por devaluaciones en la política económica gubernamental para responder a intereses de Orden Público Económico de Dirección totalmente alejados en su razón de ser del valor real (valor locativo), que es la télesis de la cláusula de estabilización contractual que representa la divisa extranjera. Salvo que se pacte que la moneda sin curso legal en la República es esencial (art. 766 Cód. Civ. y Com.), pues ello no compromete el orden público (55).

Las normas tuitivas del inquilino habitacional son de Orden Público Económico Social de Protección y, por tanto, inderogables por voluntad de los particulares, representando un límite justificado a la autonomía negocial

Respecto del plazo máximo que se ha extendido de 10 a 20 y 30 años respectivamente, entiendo que se trata de una norma de Orden Público Económico Social de Dirección, tendiente a evitar que prolongados períodos de contratación conspiraran contra la función social de la propiedad (los locadores desinteresados en mejorar o ampliar los bienes por no mejorar el aprovechamiento derivado de su uso y goce, y los inquilinos porque al no ser dueños de los mismos tampoco efectuarían desembolsos significativos en una "cosa ajena").

Ahora falta que el "recién nacido" Código se ponga a andar para que la labor doctrinaria y la jurisprudencial, sumadas a la praxis negocial, se encarguen de limar las asperezas que inevitablemente se evidenciarán en el curso de su aplicación.

(1) Según Ley 26.994 reformada por Ley 27.077.

(2) Desandando el camino de la L. 17.711 que derogara el art. 5 del Código Civil originario. Como lo hiciera en 1991 la Ley de Convertibilidad.

(3) LEIVA FERNANDEZ, L.F. P. "Presente y futuro de las relaciones locativas ante la emergencia económica" (L.L. diario del 4/4/2002, p. 1).

(4) Ley 13.246 (Ley 22.298) ARTICULO 1° — La presente ley será aplicable a todo contrato, cualquiera sea la denominación que las partes le hayan asignado y sus distintas modalidades, siempre que conserve el carácter substancial de las prestaciones correlativas, conforme a sus preceptos, y su finalidad agroeconómica.- Los preceptos de esta ley son de orden público, irrenunciables sus beneficios e insanablemente nulos y carentes de todo valor cualesquiera cláusulas o pactos en contrario o actos realizados en fraude a la misma. TITULO I —De los arrendamientos: ARTICULO 2° — Habrá arrendamiento rural cuando una de las partes se obligue a conceder el uso y goce de un predio, ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualesquiera de sus especializaciones y la otra a pagar por ese uso y goce de un precio en dinero.- ARTICULO 4° — Los contratos a que se refiere el Artículo 2° tendrán un plazo mínimo de tres (3) años. También se considerará celebrado por dicho término todo contrato sucesivo entre las mismas partes con respecto a la misma superficie, en el caso de que no se establezca plazo o estipule uno inferior al indicado. No se considerará contrato sucesivo la prórroga que se hubiere pactado, originariamente, como optativa por las partes. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980)-Norma de orden público económico social de protección.- ARTICULO 7° — El arrendatario no podrá ceder el contrato ni subarrendar, salvo conformidad expresa del arrendador. Si ocurriere la muerte del arrendatario, será permitida la continuación del contrato por sus descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado que hayan participado directamente en la explotación, o su rescisión, a elección de éstos. La decisión deberá notificarse en forma fehaciente al arrendador dentro de los treinta (30) días contados a partir del fallecimiento. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980) ARTICULO 8° — Queda prohibida toda explotación irracional del suelo que origine su erosión o agotamiento, no obstante cualquier cláusula en contrario que contengan los contratos respectivos. En caso de violarse esta prohibición por parte del arrendatario, el arrendador podrá rescindir el contrato o solicitar judicialmente el cese de la actividad prohibida, pudiendo reclamar en ambos casos los daños y perjuicios ocasionados. Si la erosión o agotamiento sobrevinieren por caso fortuito o fuerza mayor, cualquiera de las partes podrá declarar rescindido el contrato. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980)— Norma de orden público económico social de dirección.- ARTICULO 15. — Se declaran inembargables, inejecutables y no afectados al privilegio del arrendador, los muebles, ropas y útiles domésticos del arrendatario; las maquinarias, enseres, elementos y animales de trabajo, rodados, semillas y otros bienes necesarios para la explotación del predio; los bienes para la subsistencia del arrendatario y su familia durante el plazo de un (1) año, incluidos semovientes y el producido de la explotación, dentro de los límites que reglamentariamente se fijen.-Los beneficios que acuerda este artículo no afectarán el crédito del vendedor de los bienes declarados inembargables e inejecutables y no comprenderán a los arrendatarios que sean sociedades de capital. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980) Norma de orden público de protección.- ARTICULO 17. — Son insanablemente nulas y carecerán de todo valor y efecto las cláusulas que obliguen a: a) Vender, asegurar, transportar, depositar o comerciar los cultivos, cosechas, animales y demás productos de la explotación con persona o empresa

determinadas; b) Contratar la ejecución de labores rurales, incluidos la cosecha y el transporte o la adquisición o utilización de maquinarias, semillas y demás elementos necesarios para la explotación del predio, o de los bienes de subsistencia con persona o empresa determinadas; c) Utilizar un sistema o elementos determinados para la cosecha o comercialización de los productos o realizar la explotación en forma que no se ajuste a una adecuada técnica cultural; Quedan excluidas de las precedentes prohibiciones los contratos en que sean parte criaderos, semilleros o establecimientos multiplicadores de semillas selecta, sometidos a fiscalización del Ministerio de Agricultura y Ganadería de la Nación.- Serán asimismo insanablemente nulas y carecerán de todo valor y efecto cualesquiera cláusulas que importen la prorroga de jurisdicción o la constitución de un domicilio especial distintos del real del arrendatario. (Artículo sustituido por art. 1° del Decreto-Ley N° 2188/1957 B.O. 13/3/1957 Vigencia: a partir del 1° de marzo de 1957)— Normas de orden público económico social de dirección.-ARTICULO 18. — Son obligaciones del arrendatario y arrendador además de las establecidas en el Código Civil: Del arrendatario: a) Dedicar el suelo a la explotación establecida en el contrato con sujeción a las leyes y reglamentos agrícolas y ganaderos. b) Mantener el predio libre de plagas y malezas si lo ocupó en esas condiciones y contribuir con el cincuenta por ciento (50 %) de los gastos que demande la lucha contra las mismas, si éstas existieran al ser arrendado el campo. c) Conservar los edificios y demás mejoras del predio, los que deberán entregar al retirarse en las mismas condiciones en que los recibiera, salvo los deterioros ocasionados por el uso y la acción del tiempo. Del arrendador:d) Contribuir con el cincuenta por ciento (50 %) de los gastos que demande la lucha contra las malezas y plagas si el predio las tuviera al contratar.e) Cuando el número de arrendatarios exceda de veinticinco (25) y no existan escuelas públicas a menor distancia de diez (10) kilómetros del centro del inmueble, proporcionar a la autoridad escolar el local para el funcionamiento de una escuela que cuente como mínimo un aula para cada treinta (30) alumnos, vivienda adecuada para el maestro e instalación para el suministro de agua potable. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980)-Orden público económico social de dirección— ARTICULO 19.—El abandono injustificado de la explotación por parte del arrendatario o la falta de pago del precio del arrendamiento en cualquiera de los plazos establecidos en el contrato, son causales que dan derecho al arrendador a rescindir el contrato y exigir el desalojo del inmueble.- El incumplimiento de las obligaciones especificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 18, facultará al arrendador para pedir su ejecución o la rescisión del contrato, pudiendo reclamar los daños y perjuicios ocasionados.- El incumplimiento de la obligación especificada en el inciso d) del Artículo 18 facultará al arrendatario a compensar el crédito por las sumas invertidas con los arrendamientos adeudados, sin perjuicio de la facultad de exigir su pago inmediato. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980).- ARTICULO 20. —Vencido el término legal o el término pactado, si este último fuera mayor, el arrendatario deberá restituir el predio sin derecho a ningún plazo suplementario para el desalojo y entrega libre de ocupantes. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 21.452 B.O. 11/11/1976).- Disposiciones comunes a los títulos I y II ARTICULO 39. — Quedan excluidos de las disposiciones de esta ley: a) Los contratos en los que se convenga, por su carácter accidental, la realización de hasta dos (2) cosechas, como máximo, ya sea a razón una (1) por año o dentro de un mismo año agrícola, cuando fuera posible realizarla sobre la misma superficie, en cuyo caso el contrato no podrá exceder el plazo necesario para levantar la cosecha del último cultivo. b) Los contratos en virtud de los cuales se concede el uso y goce de un predio con destino exclusivo para pastoreo, celebrados por un plazo no mayor de un (1) año. En caso de prórroga o renovación entre las mismas partes y sobre la misma superficie, mediante la cual se totalicen plazos mayores que los establecidos en el presente artículo, o cuando no haya transcurrido por lo menos el término de un (1) año entre el nuevo contrato y el vencimiento del anterior, se considerará incluido el contrato en las disposiciones de esta ley. La calificación y homologación del contrato será efectuada a pedido de parte por la autoridad judicial competente, debiendo expedirse simultáneamente el correspondiente testimonio. — Al vencimiento del contrato la presentación de dicho testimonio ante la autoridad judicial competente será título suficiente para que se ordene la inmediata desocupación del inmueble por el procedimiento de ejecución de sentencia vigente en la jurisdicción respectiva. — Además de ordenar la desocupación, dicha autoridad a pedido de parte impondrá al contratista que no haya desocupado el predio una multa equivalente al cinco por ciento (5 %) diario del precio del arrendamiento a favor del propietario, por cada día de demora en la restitución del inmueble hasta su recepción libre de ocupantes por parte del propietario. — En caso de que el contrato se presente para su calificación hasta quince (15) días antes de la entrega del predio al contratista y la autoridad judicial que intervenga no efectuare en ese lapso la calificación y homologación, se presumirá que el contrato ha quedado calificado como accidental. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980).- ARTICULO 40. — Los contratos a que se refiere la presente ley deberán redactarse por escrito. — Si se hubiese omitido tal formalidad, y se pudiere probar su existencia de acuerdo con las disposiciones generales, se lo considerará encuadrado en los preceptos de esta ley y amparado por todos los beneficios que ella acuerda. — Cualquiera de las partes podrá emplazar a la otra a que le otorgue contrato escrito. — El contrato podrá ser inscripto por cualquiera de las partes en los registros inmobiliarios a cuyo efecto bastará que el instrumento tenga sus firmas certificadas por escribano, juez de paz u otro oficial público competente. (Artículo sustituIdo por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980)— ARTICULO 41. — En los contratos a que se refiere la presente ley se aplicarán en el orden siguiente: a) Las disposiciones de la presente ley. b) Los convenios de las partes. c) Las normas del Código Civil, en especial las relativas a la locación. d) Los usos y costumbres locales. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 22.298 B.O. 9/10/1980)— ARTICULO 42. — Prohíbese convenir como retribución, además de un porcentaje fijo en la

distribución de los frutos o suma determinada de dinero, un adicional a abonarse en dinero o especie y de acuerdo con la cotización o la cantidad de frutos obtenidos, o en trabajos ajenos a la explotación del predio arrendado a efectuarse bajo la dependencia del arrendador por el arrendatario, aparcero o sus familiares.- Orden público económico social de dirección.- ARTICULO 44. — Se regirá por las normas fijadas para la aparcería todo contrato en el cual la retribución consista, además del porcentaje en la distribución de los frutos, en determinada suma de dinero. Los convenios que importen conjuntamente un contrato de arrendamiento y otro de aparcería se regirán por las normas respectivas de esta ley.- ARTICULO 45. — Los contratos en los cuales el arrendatario o aparcero se obligue a realizar obras de mejoramiento del predio tales como plantaciones, obras de desmonte, irrigación, avenamiento que retarden la productividad de su explotación por un lapso superior a dos (2) años, podrán celebrarse hasta por el plazo máximo de veinte (20) años.- Orden público económico social de dirección.

(5) En tal sentido se expide LLAMBIAS, J.J. (Tratado de Derecho Civil Parte General, Ed. Perrot, 1978, T. I, p. 162). El nuevo código se ocupa del orden público de manera expresa: "ARTICULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo alp rohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir". Y también al ubicarlo como límite a la autonomía de la voluntad: "ARTICULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. ARTÍCULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé. ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. ARTÍCULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos ,con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. ARTÍCULO 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

(6) GHESTIN, J. en "La formation du contrat" (Traité de droit civil, Ed. I.G.D et. J., 3ª Ed., Paris, 1996), informa que después del orden público económico y social de protección aparece un orden público económico de dirección, que es un "moindre" que viene a proteger a ciertos grupos sociales resultando esencialmente variable, cuya eficacia técnica exige una aportación a la coyuntura y que se vincula con el dirigismo en los contratos. (Cit. por COMPAGNUCCI DE CASO, R. en "La contratación privada y el decreto 214/2002", LL diario del 23/4/2002, p. 1, donde califica de "original" al decreto al fundarse en el "orden público económico" —arts. 9 y 14— consagrando nociones de la doctrina francesa)

(7) Consultar con provecho MOSSET ITURRASPE, J. "El 'orden público' y el tiempo de 'vigencia' en la ley de locaciones urbanas 23.091" (L.L. 1985-A, Sec. doct., pág.. 996 y ss.)., quien señala las dos clases de orden público "el orden público económico" (tanto de protección como de dirección), distinto al "orden público tradicional" del s. XIX principalmente político y familiar, que tiene por objeto la 'cosa pública', el estatuto familiar y las buenas costumbres. Mosset Iturraspe ha advertido sobre "Las consecuencias de la imperatividad y el fraude a la ley" expresando que: "Los intereses perjudicados por la regulación tuitiva tienen ante sí dos caminos: obedecer a la ley, acatando su preceptiva y, por tanto, ajustando los contratos a lo que ella dispone, o alzarse contra la misma, desobedecerla, contratando en fraude a la ley.- Lamentablemente esta última vía aparece facilitada por una concepción ética que descree de la obra del Estado —en cuya actuación ve algo así como una "inmoralidad intrínseca"— y de allí que no juzgue malo el intento de burlarlo" y (en nota al pie) acota. "La cuestión de la moralidad de 'la trampa', que sigue a la ley prohibitiva, es patente en el Derecho Tributario y de allí avanza a otras ramas" (997-998).

(8) COMPAGNUCCI DE CASO, op. cit. p. 2.

(9) Ver la opinión contraria expuesta por el Dr. LEIVA FERNANDEZ, L.F.P. "La locación en el Proyecto de Código", Diario La Ley, miércoles 6 de febrero de 2013, p. 1 y ss. (punto XI)

(10) ARTICULO 1197.- Plazo máximo. El tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, no puede exceder de veinte años para el destino habitacional y cincuenta años para los otros destinos.- El contrato es renovable expresamente por un lapso que no exceda de los máximos previstos contados desde su inicio.

(11) ARTICULO 1198.- Plazo mínimo de la locación de inmueble. El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considera celebrado por el plazo mínimo legal de dos años, excepto los casos del artículo 1199.- El locatario puede renunciar a este plazo si está en la tenencia de la cosa.

(12) C.C.C.N. ARTICULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.- ARTÍCULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. .

(13) Se ha incorporado la posibilidad de realizar convenios de desocupación pero siempre que el inquilino esté en la tenencia de la cosa para evitar fraudes (art. 29 Ley 21342 ahora art. 1198 "in fine" C.C.C.N.)

(14) C.C.C.N. ARTICULO 1221.- Resolución anticipada. El contrato de locación puede ser resuelto anticipadamente por el locatario: a) si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis meses de con-trato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemniza-ción, la suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar el inmueble y la de un mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso; b) en los casos del artículo 1199 —excepciones al plazo mínimo legal—, debiendo abonar al locador el equivalente a dos meses de alquiler. ARIAS CAÜ-NIETO (op. cit.) si bien manifiestan su preocupación por no aclararse expresamente el carácter de orden público de esta disposición, luego aclaran que un "análisis del plexo axiológico subyacente en la norma" debe concluir en la "inderogabilidad de este precepto, salvo que el mismo resulte más beneficioso a la parte débil (locatario de inmueble" (996) y explican que "cuando las locaciones de inmuebles tienen por destino los consignados en el art. 1199 (excepciones al plazo mínimo legal) no se requiere el plazo mínimo de 6 meses para el ejercicio de la facultad resolutoria, pero deberá abonarse siempre un monto equivalente a dos meses de alquiler. En caso de contratos de consumo hay que estar a las reglas del art. 1092 y siguientes del proyecto" (997).

(15) Resulta cuestionable el texto de ambas normas que recuerda al derogado art. 5 del C.C.

(16) CARNAGHI, M.C. "El precio en moneda extranjera en la locación urbana" Revista Aequitas, Sección Doctrina, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Año 2002, pág. 44 a 47.

(17) Pueden leerse con provecho las reflexiones que el tema motiva en CIFUENTES, S. en "Nominalismo y valorismo, situación actual" (La Ley, diario del 8/3/2002, p. 2) que lo opone al "nominalismo puro" impuesto imperativamente por la Ley de Convertibilidad..

(18) Modifica el art. 7 de la L. 23.928 (art. 4 L. 25.561): "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de los costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley.- Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto". Y el art. 10 (íd.): "Mantiénense derogadas con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquiera otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aún a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar".

(19) Así se expide LEIVA FERNANDEZ (op. cit.en nota 3 p. 4 punto 16): "Con o sin interpretación ministerial —se refiere la res. 144/93 del Ministerio de Economía declarado inconstitucional por la jurisprudencia— es claro que la nueva previsión de los arts. 617, 619 y 623 del Cód. Civil (en la redacción de la ley 23.928) en cuanto ley posterior deroga a la ley anterior —23.091— en ese aspecto". Y luego (en el punto 19): "El art. 619 del Còd. Civil modificado por la ley 23.928 y ratificado por la ley 25.561, deroga en forma tácita ese requerimiento y —por ende— permite pactar el alquiler en dólares sin inconveniente alguno de orden normativo". Pero añade: "El inconveniente reside en que la reciente devaluación ha originado una razonable resistencia en el mercado a pactar en dólares".

(20) Sobre la derogación tácita ("lex posterior derogat priori") y las dificultades que ocasiona la diferente extensión lógica de la ley nueva respecto de la anterior ha advertido LLAMBÍAS (op. cit. p. 62/63).

(21) En oportunidad del dictado de la L. 23.928 el Dr. RAMIREZ, J. O. en "Efectos de la ley de convertibilidad 23.928 en las obligaciones dinerarias. Los contratos y el proceso" (publicado en un Suplemento Especial de la Revista Quorum del Colegio de Abogados de Mar del Plata, octubre de 1991) decía que la ley 23.091 había quedado "VACIADA" EN TODO LO RELATIVO AL PRECIO, y sostenía que la ley 23.928

había interferido el contrato de locación de inmuebles a través de dos artículos: por el art. 7 al derogar el art. 3 de la ley 23.091 —que restaba operatividad a las disposiciones legales sobre actualización monetaria, indexación por precio, variación de costos o repotenciación de deudas cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 del mes de abril de 1991—, y por el art. 9 había derogado el art. 1, en cuanto exigía precio en moneda de curso legal, ya que la nueva ley establecía un mal llamado 'desagio' conforme la evolución del dólar estadounidense (p. 11). Cabe acotar que el art. 9 al que aludía el Dr. Ramirez como fundamento de su tesis, fue derogado expresamente (art. 3 L.E.P)

(22) Si bien no desconozco la doctrina que sostiene que además de un "orden público textual", cuya fuente es la ley, existe un "orden público virtual" que nacería de la jurisprudencia y la costumbre. Creo que al suprimir el legislador el carácter de orden público de la ley de convertibilidad, sólo cabe predicarlo de aquellas normas que "expresamente ratifica" —entre ellas la falta de vigencia de mecanismos de actualización y/o indexatorios— .

(23) Prohibición a la que no escapa, a mi criterio, tampoco la "cláusula mercancía". Ver en sentido concordante la opinión de LEIVA FERNANDEZ (op. cit. nota 3 p. 4). En sentido opuesto ALTERINI con cita de MOISSET DE ESPANES, L. (p. 5, artículo individualizado en la nota 8) y jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 17/12/02 Rec. N° L 80068 "Si la posibilidad de incrementar el precio originario del alquiler que surge del contrato de locación no está previsto en función de mecanismos usualmente empleados para contemplar futura depreciación del signo monetario, sino que está relacionada con la explotación desarrollada en el inmueble arrendado, en donde la locadora se beneficia con eventuales aumentos en los ingresos de la locataria, pero también se perjudica con las disminuciones producidas en ellos, la cláusula que así lo estipula no se aparta del art. 7 de la ley 23.928, en cuanto veda la actualización monetaria, la indexación por precio, la variación de costos y la repotenciación de deudas".

(24) ALTERINI, A. A. "Un sistema teñido de inseguridad" (Emergencia económica, L.L. abril 2002, p. 6).

(25) Valga recordar que en materia de nulidades implícitas (arg. art. 1037 C.C.) de la correlación entre dicho texto legal y el art. 18 del Código Civil resulta que el locador se encontrará con un inquilino que deberá pagar sólo el importe consignado en moneda de curso legal no indexada ni indexable.

(26) SALERNO, M. U. "Situación actual del reajuste de las prestaciones dinerarias" (L.L. diario del 13/3/2002, p. 2).

(27) Cabe citar en esta línea el fallo del Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata en autos: "González, Juan P. c. Luna, Eduardo A. s. Indemnización por despido" causa n° 45.571 del 28/6/2002 (publicado en la Rev. Quorum del Col. de Abogados, octubre 2002, ps. 17/20). Y el fallo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 14, Expte. 17 caratulado "Banco Francés S.A. c. Barchiesi, Jorge Daniel s. Cobro Ejecutivo" del 2/7/2002 (sumario obrante en la misma publicación, p. 25). Sin embargo, el Superior Tribunal provincial se ha expedido en sentido contrario a la actualización: "...la pretensión de la accionante de que la suma establecida en la liquidación se actualice hasta la fecha del efectivo pago no puede ser acogida en tanto, no obstante las sustanciales modificaciones operadas recientemente en los regímenes financiero y cambiario, se ha decidido ratificar expresamente el principio nominalista consagrado en 1991, una de cuyas manifestaciones fue la prohibición de utilizar cualquier mecanismo de actualización monetaria... Así la modificación introducida por la ley 25.561 a la ley 23.928 mantuvo la redacción del art. 7° de ésta, en el que sólo cambió el término 'australes' por 'pesos', estableciendo que el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada y que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa y, además, ratificó la derogación dispuesta por su artículo 10, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, de todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autoricen la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios... Aún cuando es de público y notorio que en el transcurso del corriente año se ha producido una acentuada depreciación de nuestra moneda, entiende este Tribunal que el acogimiento de una pretensión como la expuesta por el accionante, además de ser contraria a las normas referenciadas en el párrafo anterior — que justamente fueron dictadas con la finalidad de evitar el envilecimiento del signo monetario—, no harían más que contribuir a ese proceso..." (Causa B 49.193, 'Fabiano Julio Esteban c. Prov. De Buenos Aires s. Incidente de determinación de indemnización", del 2 de octubre de 2002). Publicado en Quorum, N° 80°, p. 35.

(28) El pacto de alquileres escalonados fue cuestionado por alguna jurisprudencia: C.Apel. CC Bahía Blanca, Sala 1ª, agosto 22, 1995 — 'Urso, Lidia Norma c. García de Deluchi, Aurora Nieves s. Nulidad de cláusulas contractuales y consignación en pago', publicado en diario ED del 20/3/96 con nota crítica de E.A. Ramos Mejía. Y admitido por la departamental, así el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata "Vanwetter de Calcoen, Simona c. Lubricentro Mar del Plata", 03/08/00 publicado en L.L.B.A. N° 3. Año 2001, p. 344 en los siguientes términos: "Es válida la cláusula contractual que estipula aumentos escalonados

del canon locativo, pues ninguna norma del Código Civil ni de la ley 23.091... prohiben el pacto libre de un aumento de alquileres conforme con el art. 1197 del citado Código". No niego que, pactarlos escalonados estimando la evolución del fenómeno inflacionario es obrar en fraude a la ley prohibitiva, como lo es también utilizar tasas de interés impuras.

(29) LEIVA FERNANDEZ, op. cit. nota 3 p. 5.

(30) ALTERINI, A .A. (Contratos, Abeledo Perrot, 1998, p. 444), dentro de los mecanismos de adaptación voluntaria (además de los de adaptación automática o indexación), se ocupa de las cláusulas de salvaguarda, p.e. la cláusula de hardship (infortunio, injusticia) de adaptación del contrato, que permite revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, y ha sido descripta como "una cláusula rebus sic stantibus perfeccionada": "Su variedad es muy amplia: a) puede enunciarse una fórmula general (por ejemplo, tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político); b) o acudirse a un enunciado puntual (por ejemplo, dar relevancia a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio, etcétera); c) establecer que, dadas las circunstancias previstas, las partes deberán renegociar el contrato en cierto plazo o someterse al arbitraje; d) permitir, en fin, que la parte perjudicada se desligue del contrato; etc.". Como es fácil advertir la solución propuesta debe manejarse muy cuidadosamente, pues muchos de los enunciados chocan contra la prohibición indexatoria y/o de actualización.

(31) Esta es la opinión de VAZQUEZ FERREIRA, R.A. "Cambio de Circunstancias y distribución del riesgo contractual" (Contrato y emergencia económica, Suplemento Especial Rev. Jurídica. Arg. La Ley setiembre 2002 , p. 48).

(32) Tendencia jurisprudencial evidenciada en pronunciamientos de la Cámara Nacional Civil en nuestro medio.

(33) El tema fue objeto de tratamiento especifico en las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Rosario, setiembre de 2003—, en la Comisión N° 3: Contratos: 'Renegociación y revisión del contrato'.

(34) CAPÍTULO 4 LOCACIÓN SECCIÓN 1° Disposiciones generales ARTÍCULO 1187.- Definición. Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero.-Al contrato de locación se aplica en subsidio lo dispuesto con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa.- ARTICULO 1208.- Pagar el canon convenido. La prestación dineraria a cargo del locatario se integra con el precio de la locación y toda otra prestación de pago periódico asumida convencionalmente por el locatario. Para su cobro se concede vía ejecutiva.- A falta de convención, el pago debe ser hecho por anticipado: si la cosa es mueble, de contado; y si es inmueble, por período mensual. CAPÍTULO 1 COMPRAVENTA SECCIÓN 3° Precio El precio ARTÍCULO 1133.- Determinación del precio. El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo.- ARTÍCULO 1134.- Precio determinado por un tercero. El precio puede ser determinado por un tercero designado en el contrato o después de su celebración. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre su designación o sustitución, o si el tercero no quiere o no puede realizar la determinación, el precio lo fija el juez por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

(35) Cfr. la opinión contraria del RINESSI, A. J. respecto del consumidor — locatario habitacional en Doctrina Judicial "Los alquileres escalonados y la ley de defensa del consumidor" (Año XXV, n° 11, del 18/3/2009) "la ley 26.361 extiende sus normas a la persona física o jurídica, consumidor o usuario que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y esta descripción no está limitada a un objeto determinado, como lo hacía la anterior ley, por lo que sus normas le son aplicables a la relación locativa urbana" (p.639).- Si bien limita la restricción a las locaciones con destino a vivienda y no a las comerciales, profesionales o lucrativas y concluye diciendo que: "Resultan por lo tanto abusivas las cláusulas que se introducen en el contrato de locación de viviendas que imponen en el contrato alquileres escalonados o sea la exigencia que para ocupar la vivienda deberá pagar los aumentos del precio del alquiler en los meses subsiguientes al inicio de la locación" (p. 640).-

(36) ARTÍCULO 12 C.C.C.N.

(37) Respecto del precio en moneda extranjera y citando a RUBIN, C. en "El orden público. Precisiones" (D. J. 1998-2: 893) puede afirmarse que: "El "orden público" corresponde a principios, instituciones y organismos que son esenciales para la existencia de determinada sociedad humana y su organización, en espacio y tiempo. Esas enunciaciones pueden ser de distintos órdenes (político, jurídico, económico, religioso, etc.) siendo sus característica el ser conceptos delimitados espacial y temporalmente, constituyendo su esencia la movilidad, transitoriedad e imperio". En este sentido baste recordar el fallo de la C.S.J.N. (marzo 5, 1953, in re

"PACHECO SANTAMARINA DE BUSTILLO C. CAFÉ PAULISTA", publicado en La Ley T. 70-399) donde sentenció que no puede establecerse una locación en moneda extranjera, por ser 'atributo fundamental de la soberanía del Estado argentino el establecer el valor de la moneda nacional circulante y su fuerza cancelatoria para el cumplimiento de las obligaciones'. Y su opuesto: la tan amenazada 'dolarización' de nuestra economía. En esta última línea se inscribe la que ALTERINI, A. (D.J. diario del 24/04/1991, p. 1) denominara "imposición legal de la cláusula valor dólar" (por el art. 9 de la Ley 23.928 derogado por el art. 3 L. 25.561). Mecanismo por el cual se "desagiaran" las obligaciones repotenciadas por cláusulas indexatorias aplicándo la cláusula valor dólar retroactivamente.

(38) Nuestro querido profesor Dr. Pedro Néstor CASEAUX (en CASEAUX, P.N.-TRIGO REPRESAS, F.A., Derecho de las obligaciones, Gráfica Pafernor S.R.L., Bs. As., 1989, T. II, p. 192 y ss.) explica que: "Las obligaciones de dar sumas de dinero... son las que tienen por objeto la entrega de una cierta cantidad de moneda".-"...en el derecho aparece en varias clases de prestaciones, p.e. como precio, como capital, como renta, como retribución, como indemnización, como interés, etc..." Teniendo como funciones: a) valorímetro (medida de valor); b) instrumento común de cambio; y c) medio legal de pago.- "Para que la moneda cumpla estas funciones el Estado le impone lo que se llama el curso legal; Busso "el acto de potestad del Estado, por el cual reconoce, respalda e impone la circulación de una moneda determinada y constituye el fundamento legal de su valor de cambio" "...los súbditos de una soberanía, están obligados a aceptar, como medio irrecusable de pago a la especie de moneda impuesta" (194).- "En la moneda hay que distinguir tres clases de valores: a) nominal; b) real o metálico y c) valor corriente o de cambio ... corresponde al valor que resulta del interés que el público demuestra en la adquisición de cada moneda en los bancos, casas de cambio y bolsas (200)". "Cuando media la depreciación de un signo monetario, por su envilecimiento de hecho o su desvalorización dispuesta por leyes del Estado, interesa considerar estos tipos de valor pues según uno u otro las consecuencias son muy distintas. No hay Código que se atenga sólo a una clase de valores... Si bien hay Códigos que se inclinan por una u otra clase de valor, no lo hacen en forma exclusiva, de manera que si como principio general algunos siguen los lineamientos basados en el valor real, otros en el valor nominal y otros en el valor de cambio, en realidad se admiten importantes excepciones" (201). Y enseña que hay "distintos casos de obligaciones dinerarias a) Obligación puramente pecuniaria... aquella en que se debe una cantidad determinada de moneda... se cumple pagando la cantidad exacta de la misma especie de moneda pactada: peso por peso... dólar por dólar, cualquiera sea la depreciación que haya tenido la misma". "Se aplica aquí el principio nominalista, vale decir que debemos atenernos al valor que el Estado asigna a la moneda". — Lo que es injusto en épocas de envilecimiento monetario—."b) Obligación de valor... se aplican los principios del valor corriente... el dinero no es propiamente el objeto de la prestación, es "el medio con el que se trata de lograr el resarcimiento de un valor concreto". Con cita de Puig Brutau: "el dinero es sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con valor intrínseco". Ello es exigible si ha habido depreciación en el momento del resarcimiento. Se debe hacer el reajuste de valores correspondiente " (202/203).

(39) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni Editores, 28-4-2015, Imprenta Lux S.A., Santa Fe, T. V, LORENZETTI, R. L. Director, DI LORENZO, M.F.-LORENZETTI, P. Coordinadores, p. 113 y ss.

(40) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley S.A.E.eI., Bs. As, 2° quincena de 2014, T. III. RIVERA, J. C.-MEDINA, G. Directores; ESPER Coordinador.

(41) Cabe interpretar que se refiere a la cláusula de actualización en moneda extranjera (p. e. valor dólar).

(42) OSSOLA en Código... dirigido por LORENZETTI refiere que "En el sistema no sólo no hay ninguna prohibición expresa para contratar en moneda extranjera, sino que hay varias normas que así lo permiten, lo que destruye toda tesis de que, al ser obligación de género, no pueden constituirse en precio del contrato". Refiere los arts. 1390 (depósito bancario); 1408 (préstamo bancario); 1409 (descuento bancario); 1405 (cuenta corriente); 1410 (apertura de crédito); 1525/1527 (mutuo) e incluso el decreto ley 5965 letra de cambio y pagaré donde son válidas las cláusulas de "pago efectivo en moneda extranjera".

(43) A su vez COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. en Código...dirigido por RIVERA-MEDINA dice: "El problema se suscita ante el caso de incumplimiento. Si nos atenemos a la normativa prevista en el art. 505 del Cód. Civil y su similar art. 730 del nuevo código, el juez debe condenar a entregar la moneda pactada (inc. 1° pago "in natura"), en caso contrario le permitirá al acreedor seguir el camino y curso que indican los artículos referidos" (92).

(44) ARTÍCULO 772.- Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección".

(45) Lo señalado en cursiva fue suprimido en el C.C.C.N. ARTÍCULO 772.-

(46) El antecedente normativo del artículo es la Ley 24.283 de "Actualización del valor de bienes y prestaciones", B.O. 21/12/93 cuyo objetivo fue paliar los efectos indeseados de la indexación. Cuyo Artículo 1° dice: "Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago.- La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas.- Art. 2 De forma. COMPAGNUCCI DE CASO (op. cit. p 104) señala como fuente de este artículo al art. 724 del Proyecto de 1998 y recuerda que la Ley 24.283 fue denominada "Martínez Raymonda" por haber sido el ex diputado quien propuso su sanción.

(47) Ver en sentido coincidente las enseñanzas del Dr. Pedro Néstor CASEAUX

(48) ARTÍCULO 1143.- Silencio sobre el precio. Cuando el contrato ha sido válidamente celebrado, pero el precio no se ha señalado ni expresa ni tácitamente, ni se ha estipulado un medio para determinarlo, se considera, excepto indicación en contrario, que las partes han hecho referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate. ARTÍCULO 1144.- Precio fijado por peso, número o medida. Si el precio se fija conrelación al peso, número o medida, es debido el precio proporcional al número, peso o medida real de las cosas vendidas. Si el precio se determina en función del peso de las cosas, en caso de duda, se lo calcula por el peso neto.

(49) Para esclarecer la cuestión se impone la cita de lo expresado por CASIELLO, Juan José en el Código Civil Comentado (Dirección BUERES, A. J. — Coordinación HIGHTON, E. I.), T. 2 A, Hammurabi, en el comentario al art. 617 C.C. p. 431: "La finalidad con la que se incluye la moneda extranjera en los contratos.-... a) como "cosa" u objeto específico debido, esto es, como moneda "mercancía", en cuyo supuesto se aplicaban las disposiciones de los arts. 617 (hoy modificado) y 607 del Cód. Civil, el deudor debía cumplir entregando las especies monetarias designadas en la obligación.- b) Como precio de los bienes y servicios cambiados en un contrato oneroso, con lo cual venía a desempeñar la función del "dinero" en estos contratos. Atento a que la finalidad que perseguían los otorgantes del negocio al valerse de la monda extranjera en este segundo supuesto era la de proveerse de una "cláusula de estabilización" de la prestación dineraria, con fundamento en la mayor fortaleza del signo foráneo elegido, se coincidió tradicionalmente en que el deudor podría cumplir su obligación por entrega del equivalente de los signos extranjeros en moneda nacional"

(50) Resulta relevante el análisis efectuado en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Tercera del Departamento Judicial Mar del Plata "Expte. N° 156.172 —"FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, Miguel Angel C. OLIVERIO Santiago Luis y otros s. cobro ejecutivo" voto Dra. Nélida Zampini, adhesión Dr. Gérez, al ocuparse de los antecedentes normativos vigentes: "La Ley de Convertibilidad N°23.928 ha producido un cambio significativo en cuanto a las Obligaciones de dar sumas de dinero, al derogar el texto originario del art. 617 del Código Civil y reemplazarlo por el siguiente: "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". Del mismo modo, ha derogado también la regla del pago por equivalente al modificar el art. 619 del Código Civil, pues ahora, el deudor de moneda extranjera, sólo puede liberarse entregando la moneda extranjera prometida, sin que le sea dado hacerlo mediante la entrega de un equivalente en moneda nacional (argto. conf. doctrina Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado — Obligaciones" Tomo 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 371). — En atención a lo que ahora dispone el art. 617 del C. Civil y de conformidad a las reglas establecidas para las obligaciones de dar sumas de dinero (por ej., principio de identidad del pago: art. 740 del C.Civil), y especialmente el nuevo art. 619 del mismo código, el deudor que se ha obligado a pagar en determinada moneda extranjera, sólo puede liberarse entregando esa especie prometida, con lo cual queda derogada la facultad de cumplir por el equivalente en moneda nacional (argto. conf. doctrina Raffo Benegas, Patricio J. (Actualizador); LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil — Obligaciones, Editorial LexisNexis, año 2005).-Cabe subrayar que la redacción dada a los arts. 617 y 619 del Código Civil por la ley 23.928 no ha sido modificada por la legislación de emergencia (Leyes 25.561 y 25.820), ni tampoco a partir de la imposición del "cepo" cambiario y su posterior flexibilización.- Al respecto, debe recordarse que en materia de regulación del Mercado Cambiario, la autoridad competente resulta ser el Banco Central de la República Argentina. Éste ha dictado el día 5 de julio de 2012 la Comunicación "A" N° 5.318. Asimismo el día 14 de diciembre de 2012, emitió la Comunicación "A" N° 5377, cuyo contenido complementa la Comunicación precedentemente referenciada.- A través de la legislación citada, el Banco Central de la República Argentina, ha suspendido la adquisición de Moneda Extranjera en aquellos supuestos no mencionados taxativamente.- Conforme con la Comunicación "A" N° 5526 del Banco Central de la República Argentina, publicada el 27 de enero del corriente, las personas físicas sólo tienen acceso al mercado local de cambios para las compras de billetes que realicen por el concepto de "compra para tenencia de billetes extranjeros en el país", siempre en función a los ingresos de su actividad declarados ante la Administración Federal de Ingresos Públicos.- La descripción normativa efectuada

precedentemente revela una aparente contradicción: por un lado permite la contratación en dólares manteniendo su catalogación como una deuda "dineraria" pero paralelamente se limita la adquisición en el mercado local de la mencionada moneda.- Ahora bien, cabe preguntarse entonces si, ante el aparente conflicto normativo existente entre las disposiciones del Código Civil que regulan las obligaciones en moneda extranjera y las Comunicaciones recientes del BCRA, el deudor de una obligación contraída en moneda extranjera podría requerir que se la tenga por cancelada pagando su equivalente en moneda nacional al día del cumplimiento.- Para responder a ello, debe previamente procederse a la lectura de la Cláusula Quinta de la convención motivo de esta ejecución, la que establece: "...QUINTA: (...) sin perjuicio de lo convenido precedentemente, si la parte deudora no pudiera abonar su deuda por capital, intereses y/o demás cargas convenidas mediante billetes dólares estadounidenses por alguna prohibición o limitación que se establezca en el futuro por ley o decreto, ésta deberá cancelar su deuda mediante alguno de los procedimientos que se detallan seguidamente, a opción de la parte acreedora: a) pago de la cantidad de moneda de curso legal y forzoso de la República Argentina suficiente para adquirir, en el mercado libre nacional o extranjero que la parte acreedora elija, la cantidad necesaria de dólares estadounidenses (billetes) para cancelar su deuda por capital, intereses y/o demás cargas de este contrato..."). Como puede observarse, las partes, al contratar, han contemplado el posible acaecimiento de las circunstancias anteriormente mencionadas —esto es, la imposibilidad o limitación de adquirir la moneda extranjera pactada— y, por ello, han previsto otros mecanismos distintos a los fines de calcular la paridad de dicha moneda y así efectuar el pago en títulos o en pesos argentinos.-Dicha previsión contractual pone a la vista la plena conciencia de los contratantes respecto a cuál sería el camino a seguir ante el posible cambio de escenario normativo en nuestro país. Por lo tanto, teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad y la fuerza obligacional de los contratos, resulta válido concluir que las partes deben ceñirse a lo acordado (conf. art. 1197 del Código Civil). Sin ánimo de adentrarme a resolver la contradicción normativa señalada anteriormente, lo cierto es que, atendiendo el planteo que efectúa la ejecutada respecto a la imposibilidad para el cumplimiento de la obligación en la moneda pactada, debe estarse a lo convenido por las partes a los fines de poder lograr el cumplimiento en moneda de curso legal (cláusula quinta), tal como acertadamente lo resolvió el juez de grado.- Resumiendo lo hasta aquí expuesto se desprende que la obligación asumida por la parte deudora es la de pagar la deuda en dólares estadounidenses. Ahora bien, atento al acaecimiento de circunstancias que dificulten su obtención, también podrá liberarse mediante el cumplimiento de las obligaciones alternativas pactadas, cuya moneda de pago está estipulada en pesos argentinos. Cotejando esto último con lo resuelto por el Magistrado de grado, se desprende que cuando se refirió a "...o la cantidad de pesos —moneda nacional— suficientes para para posibilitar obtener en el mercado libre de cambios la referida cantidad de divisas norteamericanas al tipo vendedor al momento del efectivo pago..." no hizo más que, en rigor, reflejar lo que originalmente había sido pactado por las partes en la cláusula analizada del contrato de mutuo". Cabe acotar que esta es la solución jurídica aplicable a un contrato de mutuo en dólares, no a la locación urbana por impedirlo el entonces vigente art. 1° "in fine" de la Ley 23.091. Agradezco el aporte de jurisprudencia local realizado por el Adscripto Dr. Tomás Marino.

(51) ALTERINI, J. H. "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", en La Ley 1987-E, p. 873. Quien magistralmente superó la polémica generada entonces y reiterada ahora por algunos comentaristas del nuevo código: "Que la moneda extranjera sea dinero, auque no tenga curso legal en el país, explica que el precio de una compraventa pueda fijarse en dólares, dándose así cumplimiento a a la exigencia de contraprestación dineraria que impone el art. 1323 del Cód. Civil" (878)

(52) SALVAT, R. M. en el comentario al art. 617 del Código velezano recordaba que: "Cuando el Código Civil se dictó carecíamos de una moneda nacional, tenían entonces el curso legal algunas monedas extranjeras, como el napoleón francés, el soberano inglés (libra esterlina), el doblón español, el cóndor chileno, etc., y por consiguiente, a los efectos de las aplicación de este artículo había que distinguir según se tratase de moneda extranjera con curso legal en la República o sin él..." en Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general, t. I, núm. 465, p. 409 6° ed. actualizada por Enrique V. Galli, Bs. As., 1952. (En ALTERINI, J. J. op. cit. nota 51, p. 878 nota al pie n° 11).

(53) LEIVA FERNÁNDEZ, op. cit nota 9. p. 2.

(54) LEIVA FERNÁNDEZ, op. cit. (2013) p. 3.

(55) OSSOLA en Código... dirigido por LORENZETTI refiere que "En el sistema no sólo no hay ninguna prohibición expresa para contratar en moneda extranjera, sino que hay varias normas que así lo permiten, lo que destruye toda tesis de que, al ser obligación de género, no pueden constituirse en precio del contrato". Refiere los arts. 1390 (depósito bancario); 1408 (préstamo bancario); 1409 (descuento bancario); 1405 (cuenta corriente); 1410 (apertura de crédito); 1525/1527 (mutuo) e incluso el decreto ley 5965 letra de cambio y pagaré donde son válidas las cláusulas de "pago efectivo en moneda extranjera".