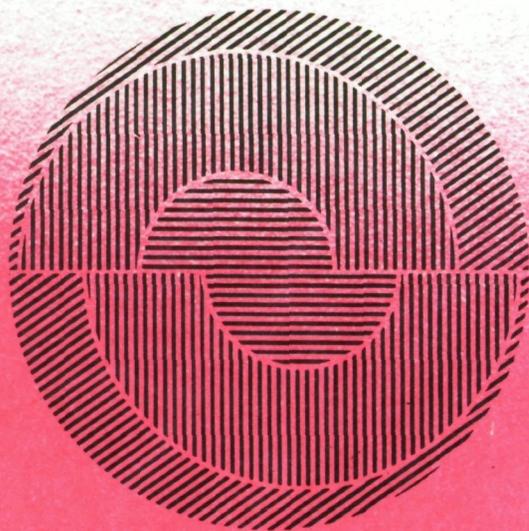


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

Ley de Convertibilidad en Argentina y su Repercusión en Locaciones Urbanas

Dr. DANIEL E. MOEREMANS

SUMARIO

- A. *Introducción.*
- B. *Arts. 1º y 2º de la Ley de Convertibilidad.*
- C. *Precio de la locación y actualización de los valores locativos.*
 - I. *Régimen del precio en la Ley nº 23.091.*
 - II. *Ley nº 23.928.*
- III. *Precio de la locación según el sistema actual.*
 - 1. *Precio en moneda extranjera.*
 - 2. *Precio en Australes convertibles.*
 - 3. *Canon Cuotativo.*
 - 4. *Precio Escalonado o Progresivo.*
- IV. *Actualización del precio conforme a la Ley nº 23.091, retorno al nominalismo y desindexación conforme a la Ley nº 23.928.*
 - 1. *Actualización del precio locativo.*
 - 2. *Retorno al nominalismo.*
 - a. *Concepto.*
 - b. *Actualización de obligaciones dinerarias.*
 - c. *Efectos de la mora en el pago de los arriendos.*
 - V. *Desindexación del precio locativo.*
- D. *Conclusiones.*

A. Introducción

El 1.º de Abril de 1991 entró en vigencia la Ley n.º 25.928 llamada de Convertibilidad del Austral¹. Dicha ley modifica parcialmente el régimen del Código Civil (Arts. 617, 619 y 623) y el de la ley de locaciones urbanas n.º 23.091. La redacción de la ley no es feliz, razón por la cual el Ministro de Economía y sus Asesores Jurídicos procuraron a través de los medios de difusión aclarar una serie de puntos oscuros contenidos en la misma. Idéntica finalidad persigue el Decreto n.º 529/91 de fecha 28 de Marzo de 1991, el cual incluso prevé², con dudosa constitucionalidad, que el Ministerio de Economía dictará las normas que resulten necesarias a los efectos de interpretar y aplicar el decreto mencionado³. Es así que surge la Resolución del Ministerio de Economía n.º 313/91, publicada en el Boletín Oficial del 26 de Abril de 1991, que interpreta el art. 9.º de la Ley de Convertibilidad y el 3.º de su Decreto reglamentario. El presente artículo pretende analizar algunos aspectos de la mencionada ley en lo referente a su repercusión en el régimen de las locaciones urbanas. Para ello mencionaremos las modificaciones introducidas al régimen de las obligaciones en moneda extranjera, al precio de la locación y a la posibilidad de actualizar o reponenciar los valores locativos. Todo ello con breves comentarios sobre la situación de las deudas dinerarias en la República Federal de Alemania, país que sufrió el flagelo de la hiperinflación y que hoy posee una economía estable, a los efectos de contar con una visión comparativa del tema.

B. Arts 1.º y 2.º de la ley de convertibilidad

Por el art. 1.º de la Ley n.º 23.091, se declara la convertibilidad del austral con el dólar estadounidense con una relación de 10.000 australes por cada dólar, en las condiciones que se fijan en el art. 2.º. Este artículo obliga al Banco Central a vender las divisas que le sean requeridas en la relación mencionada, retirando de la masa circulante los australes recibidos a cambio. El artículo 1.º establece, entonces, la convertibilidad del austral con el dólar estadounidense, lo que significa retirarle a dicha mone-

1 El art. 13 de la Ley n.º 23.928 establece que la presente entrará en vigencia el día siguiente de su publicación oficial, lo que ocurrió en fecha 28 de Marzo de 1991. Sin embargo, el art. 7º dispone que la convertibilidad del austral entrará en vigencia el 1º de Abril de 1991.

2 Art. 10.

3 Otros decretos que se dictaron son: El n.º 589/91 que reglamenta la Ley n.º 23.928 en orden a los créditos de la seguridad social y demás conceptos a lo que se refiere el art. 7º de la Ley n.º 23.659, modificada por el art. 34 de la Ley n.º 23.659; El Decreto n.º 941/91 que reglamenta la aplicación de la Ley n.º 23.928 en el ámbito de las contrataciones del sector público en curso de ejecución y el Decreto n.º 959/91 de fecha 23 de Mayo de 1991 que precisa los alcances de la Ley de Convertibilidad a las operaciones financieras contraídas en australes ajustables y que en su art. 1º derogó el art. 5º del Decreto n.º 529.

da el carácter de curso forzoso. Para entender dicha afirmación debemos distinguir entre el curso legal de la moneda y el curso forzoso. La moneda de curso legal es aquella que vincula la relación deudor-acreedor. El acreedor de un crédito dinerario no puede rehusar, en virtud del curso legal de la moneda, el pago que se le es ofrecido por el deudor. Por este motivo la moneda de curso legal es llamada también irrecusable o de aceptación obligatoria⁴. El acreedor de una deuda dineraria que se niega a recibir el pago ofrecido con moneda de curso legal puede ser constituido en mora por el deudor⁵, o éste puede desobligarse consignando judicialmente el pago⁶. Es por ello que la moneda de curso legal es irrecusable y su obligatoriedad deriva de la ley⁷. Tratándose de obligaciones contraídas en una moneda extranjera, el curso legal de la moneda del lugar produce que el deudor tenga, en principio, el llamado derecho de conversión, por el cual se puede liberar de su obligación ofreciendo en pago no la moneda extranjera sino su equivalente en moneda local de curso legal⁸.

El curso forzoso, en cambio, hace a la relación entre el emisor del dinero y el tenedor del mismo. El curso forzoso implica que el emisor no está obligado a reembolsar al tenedor del dinero su equivalente en divisas o metálico⁹. Era el caso por ej. del austral antes de la ley que comentamos, pues el tenedor del mismo no podía obligar al Banco Central que

4 Conf. Nussbaum, en su obra *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, Buenos Aires, 1954, trad. de Alberto Shoo, pp. 62 y ss.

5 Conf. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München 1987, p. 163.

6 Al respecto véase la obra de Wayar, *El pago por consignación*, Buenos Aires, 1983.

7 Conf. Gurfinkel de Wendy, *Depreciación Monetaria*, Buenos Aires, 1977, p. 17.

8 Decimos "en principio", pues puede ocurrir que a los efectos de una relación jurídica determinada se le niegue el derecho de conversión (como es el caso en letras de Cambio, Cheques y Pagarés, con cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, o cuando la moneda extranjera es considerada como una mercancía), o en forma genérica, como lo hace el nuevo art. 619 del C. C. modificado por la Ley n° 23.928. Véase al respecto Busso, *Código Civil Comentado*, T. IV, Buenos Aires, 1958, p. 262. Recordemos que la moneda extranjera puede ser utilizada en la vida comercial como cláusula esencial o como moneda de ajuste. Cuando es utilizada como moneda esencial de pago, el deudor de la obligación sólo puede liberarse abonando la moneda prometida. En cambio, cuando se la utiliza como cláusula de ajuste, el acreedor lo que pretende es que se pague el equivalente de la moneda extranjera en moneda nacional. En este caso la moneda extranjera se la utiliza como un índice de actualización. Antes de la reforma de la Ley n° 23.928 se sostenía que el pacto en moneda extranjera como cláusula esencial estaba prohibido, salvo situaciones excepcionales, mientras que la utilización de la moneda extranjera como cláusula de ajuste estaba permitida, salvo casos excepcionales. En Alemania las obligaciones pueden pactarse en moneda extranjera para ser pagada en el país (Valutaschulden). En tal caso posee el deudor el derecho de conversión, conforme lo establecido en el § 244 BGB, salvo que algo distinto se haya pactado (pago efectivo en moneda extranjera). El valor de la moneda extranjera se fija en el valor que la misma tiene en el lugar del pago, a la fecha del mismo (§ 244, II, BGB). Véase Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 14 Auflage, München 1986, p. 66.

le convierta en metálico o dólar su billete. El curso forzoso es una cualidad de la moneda de curso legal¹⁰, es decir que toda moneda¹¹ de curso forzoso tiene necesariamente curso legal, mas no toda moneda de curso legal tiene el carácter de forzoso¹². Expresándolo negativamente diríamos que el dinero no tiene curso forzoso cuando el mismo es libremente convertible en divisas (por ej. dólares estadounidenses) o metálico. Es por este motivo que el austral al ser libremente convertible carece de curso forzoso.

C. Precio de la locación y actualización de los valores locativos

I. Régimen del precio en la Ley n.º 23.091.

El art. 1.º de la Ley n.º 23.091 de locaciones urbanas establece que los alquileres deben pactarse en moneda de curso legal¹³. La cláusula por la cual se fije el precio en moneda que no tenga tal carácter, será nula, sin perjuicio de la validez del contrato. En este caso, el precio quedará sujeto a determinación judicial. La nulidad es absoluta, pues al ser una disposición de orden público, no puede ser dejada de lado por acuerdo de las partes. Es por ello que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, cuando ella aparezca manifiesta y también puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo menos por la parte que conocía o debía conocer el vicio que invalidaba la cláusula¹⁴. En caso de violación de la norma, por pactarse el precio locativo en una moneda que no tuviera curso legal, se plantea el interrogante si el juez debe fijar el precio de la locación convirtiendo lo pactado en moneda de curso legal o si debe fijarlo en base a los valores de plaza. Nosotros consideramos que esta última solución es la correcta, pues de otra forma se violaría el art. 3.º de la Ley n.º 21.093¹⁵.

9 Esta circunstancia produce que el Estado pueda aumentar la base monetaria sin el correspondiente respaldo, produciendo así un aumento del precio de los bienes y servicios. Este aumento produce, a su turno, que el Estado necesite emitir para hacer frente a sus obligaciones, generando una espiral inflacionaria, espiral que pretende hacer desaparecer la ley que comentamos. Véase al respecto Gurfinkel de Wendy, ob. cit., p. 21.

10 Al respecto no existe una uniformidad terminológica. Llambías, *Tratado de las Obligaciones*, T. II-A, sostiene, por ej., que el curso legal es un atributo que le otorga el Estado al papel moneda, reconociéndole el valor que le atribuye al billete. Cuando además el Estado le reconoce a la moneda el poder cancelatorio, estaríamos en presencia del curso forzoso.

11 El atributo de "forzoso" sólo se aplica al billete y no al dinero metálico, pues éste se respalda a sí misma con el valor del metal con el cual está acuñada.

12 Es el caso del argentino oro, que tiene curso legal mas no forzoso.

13 Este requisito lo cumplían antes de la Ley n.º 23.928 sólo el austral y el argentino oro.

14 Art. 29 de la Ley n.º 23.091 en combinación con el art. 1.047 C. C.

15 Dicho artículo prohíbe que el dólar sea utilizado como cláusula de ajuste. Actualmente la interpretación que se rechaza violaría igualmente el art. 7º de la ley de convertibilidad, tal como lo veremos infra.

II. Ley n.º 23.928

La Ley n.º 23.928, en su art. 1.º, ha modificado los arts. 617, 619 y 623 del C.C., y derogado virtualmente, conforme al art. 13, toda otra norma que se oponga a la mencionada ley. Los dos primeros artículos nombrados son esenciales con relación al tema que nos ocupa. El nuevo artículo 617 del C.C. establece:

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

Si bien se distingue entre moneda de curso legal y la que no tiene este carácter, se asimilan los efectos de ambas monedas, al considerarse a la segunda como si fuera la primera¹⁶. Con ello se identifica prácticamente la moneda nacional a la extranjera¹⁷, poniendo término a la cuestión sobre si a la obligación contraída en moneda que carece de curso legal debía aplicársele el régimen de las obligaciones de entregar cantidades de cosas, como textualmente lo imponía el artículo modificado^{18, 19},

16 Según Lopez de Zavalia (*Teoría de los Contratos*, Edición 1991, Apéndice) en la actualidad habría un género “dinero” y dos especies, figurando en una de ellas el dinero extranjero y en otro la moneda nacional. Nosotros coincidimos con la afirmación del Maestro en el sentido de que la moneda extranjera no adquirió curso legal a través de la ley de convertibilidad con carácter general. Esta característica sólo la posee el austral. Sin perjuicio de ello consideramos correcto sostener que las deudas en moneda extranjera no dejan de ser deudas dinerarias y no obligaciones de dar cantidades de cosas.

17 Mosset Iturraspe, *La Frustración del Contrato*, Buenos Aires, 1991, pp. 206 y ss. Este autor sostiene que el nuevo artículo 617 significa la implantación del “plurimonetarismo”, empero atendiendo a nuestra realidad negocial, a nuestros hábitos, significa lisa y llanamente la implantación del bimonetarismo en la Argentina. Al respecto nos remitimos a lo manifestado en la nota anterior *in fine*.

18 El derogado art. 617 establecía que: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.

19 Las diferencias prácticas más importantes entre los dos regímenes son los siguientes:

a) Tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, en principio, el deudor no puede liberarse de su obligación por imposibilidad de pago sobrevinida con posterioridad al nacimiento de la obligación.

b) El deudor de una suma de dinero debe pagar intereses desde que quedó constituido en mora, sin necesidad de demostrar que ha sufrido un perjuicio determinado, como debe hacerlo, en cambio, el deudor de una obligación de entregar cosas que sostiene que el incumplimiento del deudor lo ha perjudicado.

c) Se sostiene por último que el acreedor de una deuda pecuniaria sólo puede exigir, en caso de incumplimiento, los intereses correspondientes, mas no la reparación de otros daños y perjuicios ocasionados.

o el de las obligaciones dinerarias, como lo sostenía un sector de la doctrina²⁰.

El artículo 619 del C.C. a su turno ha sido redactado de la siguiente forma:

“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.”²¹

Este artículo niega al deudor el derecho de conversión. Si se ha contraído una obligación en dólares, el deudor ya no puede liberarse válidamente de su obligación ofreciendo pagar el equivalente en australes, al curso corriente en plaza. El debe pagar exclusivamente en dólares, pues en caso contrario incurrirá en mora adeudando los intereses desde la fecha del vencimiento de la obligación. En este sentido hubiese sido más correcto establecer como principio que el deudor se libera pagando la suma equivalente en australes al cambio vigente a la fecha del pago en el lugar del mismo, a no ser que las partes establecieran el pago efectivo en moneda extranjera, tal como lo establece el § 244 del BGB²². El texto que se analiza tiene, según nuestro criterio, dos elementos que deben ser tenidos en cuenta:

En primer lugar se limita la irrecusabilidad del austral, y por lo tanto su carácter de moneda de curso legal, pues el acreedor puede, si se contrajo la obligación en moneda extranjera, negarse a recibir el equivalente en australes y exigir el cumplimiento de la obligación en la moneda pactada. En otras palabras: en principio el austral sigue teniendo curso legal, en tanto y en cuanto el precio de la prestación no se hubiese pactado en moneda extranjera. En segundo lugar, se otorga a las partes la posibilidad de otorgarle a una moneda extranjera cualquiera (en la práctica será el dólar), el carácter de curso legal, pues al pactarse el pago en moneda

20 Basta ver Boggiano, *¿Australes o Dólares?*, en: *La Ley* n° 1.986-E, pp. 952 y ss., Alterini, *Obligaciones en Moneda Extranjera y la Hipoteca*, *La Ley* n° 1.987-E, pp. 873 y ss.

21 El anterior artículo 619 establecía: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día de vencimiento de la obligación”. Como vemos, este artículo no se refería a la obligación de pagar una suma de dinero extranjero, sino que consideraba la posibilidad de la coexistencia en el país de dos o más monedas nacionales y declaraba la legitimidad del pago en cualquiera de las monedas de curso legal en el país. Este texto se explica históricamente, pues a la época de la sanción del Código Civil se encontraba vigente la ley monetaria n° 71, del 26 de Octubre de 1863, que confería curso legal en la República a una serie de monedas de oro extranjeras, como el óndor chileno, el soberano Inglés y doblón español, es decir que existía un plurimonetarismo.

22 Cabe aclarar que en Alemania para pactar en moneda extranjera una obligación que deberá cumplirse en el país es necesaria una autorización, conforme lo establece el § 3° de la ley de Divisas (*Währungsgesetz*).

extranjera, dicha moneda es para el acreedor irrecusable y para el deudor produce el efecto de que él sólo podrá, como dijimos, liberarse de su obligación oblando lo adeudado en la moneda prometida.

III. Precio de la locación según el sistema actual

El precio en la actualidad debe ser fijado en moneda de curso legal, conforme lo establece el art. 1.º de la Ley 23.091²³. A continuación analizaremos cuál es el abanico de posibilidades que poseen las partes para pactar el precio, es decir si se puede pactar en moneda extranjera, en australes convertibles, en un canon cuotativo y la posibilidad de fijar el precio escalonado o progresivo, etc.

1. Precio en moneda extranjera

¿Es posible en la actualidad la fijación del precio en moneda extranjera? La doctrina se encuentra al respecto dividida. Los Asesores legales del Ministerio de Economía, los Dres. Rocca/Abatti/Roca (h)²⁴ y López de Zavallía²⁵ sostienen que no es factible contratar en dólares el precio de la locación. Se basan para ello en dos consideraciones: por un lado el art. 1.º de la ley de locaciones urbanas no ha sido ni expresa ni virtualmente derogado y por el otro al carecer el dólar de curso legal sigue vigente la prohibición del art. 1.º de la ley arriba mencionada. De ser esto correcto, si se pacta el precio en dólares, la cláusula sería nula de nulidad absoluta, sin perjuicio de la validez del contrato, debiendo el juez, como ocurría antes de la sanción de la ley de convertibilidad, fijar el valor locativo en la forma que hemos mencionado ut supra. Falcon²⁶ y Salgado²⁷ sostienen, en cambio, que en la actualidad es válido fijar el precio de la locación en dólares ante la derogación del art. 1.º de la ley de locaciones, derogación

23. En este sentido no compartimos la opinión de Falcon (La convertibilidad y el contrato de locación, en *Rev. L. L.* del 30 de Abril de 1991, pp. 14-15) en el sentido de que este artículo había sido derogado virtualmente por la Ley n° 23.928, pues como sostuvimos la convertibilidad del austral (que afecta la relación emisor del dinero-tenedor del mismo) no se opone a que en la relación deudor-acreedor se establezca que el contrato de locación deba pactarse en moneda de curso legal.

24 Rocca/Abatti/Rocha (h), Convertibilidad y Alquileres, en: *Revista La Ley* de fecha de 16 de Abril de 1991.

25 En la Ob. cit., Apéndice.

26 La convertibilidad y el contrato de locación, en *Rev. L. L.* del 30 de Abril de 1991, pp. 14-15.

27 *Locación, Comodato y Desalojo*, Buenos Aires, 1991, pp. 56-57. Este autor brinda igualmente los siguientes argumentos: a) El mensaje del Poder Ejecutivo que aclara que se introducen reformas en la legislación de fondo para asegurar el poder cancelatorio de la moneda nacional o extranjera; b) Las reformas a los arts. 617 y 619; c) Lo dispuesto por los arts. 1º y 2º de la Ley n° 23.928; d) El sistema de la ley sería contrario a disposiciones que vedan o restrinjan la alternativa de pactar en moneda extranjera; e) El precio de la locación en dólares es el que mejor se adecua a las necesidades del mercado de las locaciones.

que surgirá del art. 13 de la ley de convertibilidad, agregando el primero que, quienes llegaran a sostener que la norma especial (ley de locaciones) tiene que ser derogada expresamente, cabe recordarles que la ley de convertibilidad abarca todo el sistema monetario, sistema en el cual se encuentra inmersa la Ley n.º 23.091.

Nosotros consideramos que si bien la Ley n.º 23.091 no ha sufrido modificaciones en este aspecto, la Ley n.º 23.928 permite a las partes pactar el precio de la locación en dólares. Ello porque, tal como ha sido señalado supra, la Ley n.º 23.928 permite a las partes en una relación jurídica particular otorgarle el carácter de curso legal a una moneda extranjera. Ello surge de las nuevas redacciones de los artículos 617 y 619 del C.C. Es por ello que la cláusula por la cual se fija el precio de la locación en moneda extranjera (en dólares por ej.) es perfectamente válida, pues se no contra- viene el art. 1.º de la ley de locaciones. Esta solución, consideramos, no solo no se aparta de la ley, sino es la que más se adecua al mercado locativo, donde ya aún en la época de la Ley n.º 23.091, el contrato en dólares obtuvo carta de ciudadanía en las prácticas contractuales.

2. *Precio en australes convertibles*

A los efectos de evitar el desequilibrio futuro de las prestaciones, se ha ideado pactar el precio de la locación en australes convertibles, estableciéndose que el precio en australes convertibles fijados contractualmente será fijo en tanto y en cuanto el valor del dólar se mantenga en la relación establecida en el art. 1.º de la Ley n.º 23.928. Si dicha relación se modificase, produciría una actualización automática del precio de la locación. Así por ej. si se pacta un alquiler en la suma de australes convertibles dos millones, dicho precio se incrementaría al doble en el momento en que la relación dólar-austral se alterase en igual proporción²⁸. Nosotros consideramos que dicha cláusula es ineficaz para lograr el fin que persigue. En efecto, el valor dólar-austral fijado por la ley, tal como lo sostuvimos, hace a la relación entre banco emisor y tenedor del billete, mas no a las relaciones crediticias (deudor-acreedor). Tratándose de este último tipo de relaciones, se aplica el art. 7.º de la ley de convertibilidad que establece el retorno al nominalismo, tal como lo veremos infra, en materia de obligaciones dinerarias. Esto significa que el deudor de una suma determinada de australes se libera dando, el día del vencimiento de la obligación, la cantidad nominalmente expresada en ella. Además puede ocurrir que la paridad fijada en la ley no se altere, mientras el dólar en el mercado libre se coticie a mayor precio que el que establezca la paridad fijada legalmente, supuesto que no se encuentra comprendida en la cláusula analizada.

28 Un ejemplo de dicha cláusula sería: "Se considera como mínimo el valor del austral convertible en dólares billetes estadounidenses uno (\$ 1) igual a australes convertibles diez mil (A. 10.000), que en el supuesto que la paridad superara dicho valor, se tomará el nuevo valor que se coticie para esta nueva paridad."

3. Canon cuotativo

Se entiende por canon cuotativo el precio que se fija en una suma proporcional al resultado de una explotación comercial o profesional²⁹. En este caso no existe una suma determinada, sino determinable de dinero que resulta ajena a las disposiciones de los arts. 7.º y 10 de la Ley n.º 23.928. También puede pactarse el llamado "contrato canadiense"³¹, según el cual en base al incremento de los productos que se explotan en el inmueble arrendado, sino de fijar el precio en un tanto por ciento del resultado de la actividad que se desarrolla en el inmueble objeto de la locación. Este tipo de precio, cuya validez ha sido aceptada por la doctrina³⁰ y jurisprudencia, sólo resulta aplicable naturalmente a los inmuebles destinados a comercio o ejercicio de profesionales liberales, mas no a los destinados a vivienda. También puede pactarse el llamado "contrato canadiense"³¹, según el cual se estipula que el locatario además del precio cierto en dinero o de un porcentaje en las ganancias, deberá abonar un adicional en caso de que las ganancias superen un cierto límite.

4. Precio escalonado o progresivo

Las partes, a los efectos de mantener constante el valor locativo pueden pactar un precio escalonado o progresivo, sea mensual, trimestral, semestral o anual. La doctrina se mostró dividida en un principio, sobre la admisibilidad de tales cláusulas, pues se sostuvo que atentaban a lo dispuesto en el art. 1507 del C.C. sobre la invariabilidad del precio. Sin embargo, en la actualidad no sólo no se discute su validez³², pues se considera que el mencionado artículo es dispositivo, sino que incluso fué "sugerida" por el Dr. Cavallo en distintas oportunidades a través de los medios de difusión. En la práctica se pueden plantear problemas cuando el escalonamiento previsto supera con creces el índice inflacionario o el aumento del valor en plaza del inmueble, o a la inversa, en caso en que la inflación supere ampliamente el aumento previsto. Con respecto al primer caso se propuso que los aumentos no podían ser mayores a los que resultasen de aplicar los índices publicados por el INDEC³³. Sin embargo, en la práctica, no se establecen al respecto ninguna previsión³⁴. Igual circunstancia se presenta con los otros casos que hemos mencionado. Nosotros pensamos

29 Alterini, *Desindexación. El retorno al Nominalismo*, Buenos Aires, 1991. p. 137.

30 Alterini, ob. cit., p. 137, doctrina y jurisprudencia citada en la nota n.º 175.

31 Véase al respecto Borda, *Contratos*, Buenos Aires, 1979, p. 739.

32 Conf. Mosset Iturraspe, Lorenzetti, *Derecho Monetario*, Santa Fé, 1989, p. 286; Alterini, ob. cit., p. 177, Salgado, ob. cit., p. 53.

33 Mosset Iturraspe, Lorenzetti, ob. cit., p. 286.

34 Ej. de esta cláusula sería: "El precio de esta locación se fija en la suma de australes convertibles dos millones cien mil (2.100.000) mensuales para el primer semestre, australes convertibles dos millones quifientos mil (2.500.000) mensuales para el segundo semestre..."

que en el supuesto de producirse un desequilibrio excesivo, la parte perjudicada podrá intentar la vía de la resolución del contrato por imprevisión, si es que se cumplen los demás requisitos del art. 1198 C.C. Tratándose de inmuebles destinados a vivienda, el locatario podrá, en virtud de lo establecido en el art. 8.º de la Ley n.º 23.091, rescindir el contrato. Dicha solución sin embargo no es óptima, pues por un lado el locatario deberá, salvo pacto en contrario, indemnizar al locador y por el otro no soluciona el problema de vivienda.

IV. *Actualización del precio conforme a la Ley n.º 23.091, retorno al nominalismo y desindexación conforme a la Ley n.º 23.928*

1. *Actualización del precio locativo*

La Ley n.º 23.091 prevía la posibilidad de que las partes establecieran cláusulas de actualización de los alquileres, a fin de que los mismos se mantuvieran constantes durante toda la vigencia del contrato. A tal fin debían utilizarse los índices oficiales de los institutos de Estadísticas y Censos de la Nación o de las Provincias. No obstante, establecía la ley, que serían válidas las cláusulas de ajuste relacionadas al valor mercadería del ramo de explotación desarrollado por el locatario en el inmueble arrendado³⁵. La moneda extranjera estaba entonces prohibida como cláusula de ajuste. Este régimen ha sido derogado parcialmente por la ley de convertibilidad, al establecer en su art. 7.º, en su segundo párrafo, la prohibición de toda actualización monetaria. Quedaba vigente, sin embargo, la posibilidad de actualizar los valores locativos, conforme al valor mercadería del ramo de explotación desarrollado por el locatario en el inmueble arrendado, conforme a lo establecido por el art. 5.º del decreto reglamentario de la Ley 23.928, n.º 529/91³⁶, el que a su turno fué derogado por el Decreto n.º 559/91, del 23 de Mayo de 1991.

2. *Retorno al nominalismo*

El art. 7.º de la ley de convertibilidad reza:

“El deudor de una obligación de dar una suma de determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1.º del

35 Art. 3º, Ley nº 23.091; Véase igualmente Stratta/Stratta, la Ley nº T-1.985/D, p. 796.

36 Dicho artículo establecía: “Aquellas obligaciones dinerarias que se ajusten por la evolución del precio de un solo producto o correspondan a la cuota parte del precio de un solo producto, tienen los efectos de una permuta y no se encuentran alcanzadas por los arts. 7º, 9º, § 10º de la ley”.

mes de Abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral.”

Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contraviniere lo dispuesto³⁷.

a. *Concepto*

La ley impone en su primera parte el retorno al nominalismo³⁸. Este principio implícito en el art. 619 del Código de Velez Sarsfield, prescribe que el deudor de una suma determinada de dinero se libera pagando exactamente la misma suma (nominal) a la que se obligó, o, en otras palabras, no se tiene en cuenta el valor del dinero, su posible devaluación o depreciación, sino el monto nominal del mismo. Vemos entonces que el riesgo de una posible pérdida del valor adquisitivo de la moneda lo asume el acreedor. El nominalismo en nuestro país había sido abandonado por la jurisprudencia prácticamente en todo tipo de relaciones patrimoniales a raíz del proceso inflacionario³⁹, sosteniéndose que con la actualización monetaria no se persigue otorgarle un plus al acreedor, sino simplemente mantener incólume su derecho de propiedad, derecho que se encuentra amparado por nuestra Constitución Nacional. Es por ello que en los hechos el principio nominalista fué reemplazado por el valorismo, principio según el cual no se tiene en cuenta el monto nominal de la moneda sino el poder adquisitivo de la misma. Según el valorismo el riesgo de una posible devaluación lo asume el deudor. La ley pretende entonces revertir esta situación, imponiendo el retorno al nominalismo. Este principio, según nuestro criterio, debe aplicarse no sólo a las obligaciones de dar sumas de australes, sino también a todas aquellas obligaciones de dinero, por lo que también quedan incluidas las de dar sumas de moneda extranjera⁴⁰. Por otra parte, el principio no se aplica a

37 Dicho artículo debe ser complementado con el art. 1º del decreto reglamentario n° 529/91 que reza: “Para la aplicación de la prohibición general de indexación dispuesta en los arts. 7º, 8º y 10º de la Ley n° 23.928 corresponde considerar el 1º de Abril de 1991, como si fuera el día de pago efectivo previstos en los mecanismos de ajuste derogados o inaplicables. A partir de esa fecha, las sumas de dinero resultantes quedarán convertidas a australes nominales en una relación UNO a UNO”.

38 Véase igualmente el art. 1º del decreto reglamentario mencionado.

39 Al respecto véase Fallos de la S. C. J. N. “Jujuy Pcia. de vs. Estado Nacional” de fecha 14/4/87 y Chaco Pcia. de c/ Cia. Azucarera las Palmas” de fecha 26/3/87.

40 Wayar, *La Convertibilidad del Austral*, Jujuy 1991. Existen al respecto opiniones que sostienen que la ley sólo habla de australes no haciendo mención a las monedas extranjeras, por lo que el valorismo se seguiría aplicando a las obligaciones pactadas en otras monedas que no fueran australes (basta ver López de Zavalla, ob. cit. Apéndice). Sin embargo, interpretando teleológicamente la ley, sobre todo teniendo presente lo establecido en el nuevo art. 617 del C. C., nosotros consideramos que el principio nominalista se aplica también al régimen de las obligaciones en moneda extranjera.

todas las relaciones patrimoniales, sino sólo a aquéllas en que la obligación consiste *ab initio* en dar sumas de dinero, es decir se encuentran excluidas las deudas de valor ⁴¹.

En el derecho alemán el nominalismo es el principio general aceptado tanto por la doctrina cuanto por la jurisprudencia ⁴². Larenz ⁴³ afirma que el nominalismo rige, si bien con limitaciones, como un principio no escrito del derecho (dispositivo) (*als ein ungeschriebener Grundsatz des (dispositiven) Recht*), porque el legislador partió de este principio tanto en el derecho de las obligaciones, cuanto en el derecho monetario ⁴⁴.

Los casos que escapan al nominalismo o son una excepción al mismo serían los siguientes: 1.º Las obligaciones de valor (Wertschulden) ⁴⁵. Estas obligaciones se deben pagar en dinero, pero no se encuentran fijadas en una suma determinada de dinero (Wertbetrags — o Summenschuld), sino en una suma de dinero que se determinará en base al valor de un bien o de una parte alícuota de un patrimonio. La deuda de valor en algún momento se transforma en una deuda de dinero. Lo decisivo no radica, sin embargo, en esta circunstancia, sino en el momento o el tiempo en que se determinará y fijará la deuda de dinero a pagar. En este caso el peligro de la devaluación monetaria no es soportada por el acreedor, pues su crédito quedará determinado en el momento del pago. Dentro de este tipo de obligaciones se encuentran: a) La obligación legal de pagar alimentos (gesetzlichen Unterhaltspflichten). Si bien el deber alimentario según la ley (§ 1612) no debe pagarse en natura sino a través de una renta dineraria, ella se determina en base a las necesidades de vida del beneficiario (§ 1610), o según criterios equivalentes (§ 1361, Párr. 1). El dinero a pagar depende principalmente del poder adquisitivo del mismo al momento de calcularse las necesidades del benefi-

41 Al respecto véase Alterini, Atilio Anibal, las deudas de valor no están alcanzadas por la Ley n.º 23.928 de convertibilidad del austral, en: *Revista La Ley del 30 de Abril de 1991*, pp. 4 y ss. Conf. Larenz, ob. cit., p. 174.

42 La Jurisprudencia aceptó el mismo incluso en la época de la hiperinflación alemana (1922 y 1923), para las deudas dinerarias de ejecución instantánea, reconociendo sólo excepciones para las obligaciones de cumplimiento diferido a largo plazo. Así el Superior Tribunal Imperial (Reichsgericht, RGZ 107, 78, 87 y ss) aceptó la posibilidad de repotenciar las deudas de dinero en los casos mencionados basándose en el principio de buena fé (Treu und Glauben) establecido en el § 242 del BGB. El Superior Tribunal consideró que el acreedor no tenía derecho a reclamar una repotenciación total de su crédito, tomando como parámetro el valor del oro u otro tipo de valor equivalente, mas sí a una suma justa para ambas partes que en consideración a la situación de los intereses en juego, a la situación económica, y en particular a la depreciación monetaria. Es decir, algo análogo a lo que ocurre con el instituto de la imprevisión en nuestro derecho.

43 Ob. cit., p. 164.

44 Larenz, ob. cit., p. 168.

45 Conf. Larenz, ob. cit., p. 176.

ciario ⁴⁶. b) En la sociedad conyugal, cuando el cónyuge no es heredero, tiene derecho a reclamar una compensación por las ganancias obtenidas durante la vigencia de la sociedad conyugal (§ 1371 (2) BGB). Para calcular si existe derecho a compensación se debe comparar el patrimonio final con el inicial. Si el patrimonio final es mayor que el inicial existe una "Ganancia" (Zugewinn). El Tribunal Federal Alemán ⁴⁷ ha afirmado que debe considerarse la pérdida del valor adquisitivo para determinar si hay o no ganancia. Para ello utiliza los índices del costo de la vida a fin de actualizar el valor del patrimonio inicial de la sociedad conyugal. c) El mismo principio ha sostenido la jurisprudencia con relación a la obligación de restituir gastos que hubiese realizado un co-heredero ⁴⁸. d) El BGB en el § 582a, párrafo 3. con relación al arrendamiento rural con inventario ha previsto que debe tenerse en consideración el valor de los bienes inventariados a los efectos de las acciones que pudieran surgir entre las partes. e) En algunos casos se ha tenido en consideración en valor del dinero a los efectos de reconocer un derecho de actualización monetaria derivado de la mora del deudor. 2.º) Cuando se producen grandes desproporciones entre las prestaciones en los contratos bilaterales de largo plazo, tal como mencionaremos infra, la jurisprudencia aplica en algunos supuestos la cláusula *Rebus sic stantibus* (Fortfall der Geschäftsgrundlage), reponiendo la relación de equivalencia de las prestaciones.

b. Actualización de obligaciones dinerarias

El artículo 7.º de la ley de convertibilidad en su segunda parte establece, como vimos, que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1.º de mes de Abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad

⁴⁶ Cosa distinta acontece en Alemania con los convenios privados sobre jubilación. Ellos sí bien tienden, en la regla, a asegurar al jubilado una suma de dinero para subvenir a sus necesidades, dicha obligación se considera como una obligación de dar suma de dinero y por lo tanto sujeta al principio nominalista. Es por ello que los Tribunales negaron en un principio la posibilidad de actualizar dichos créditos atendiendo a la devaluación encubierta del marco, a no ser que se hubiese estipulado una cláusula de estabilización. Esta situación se mantuvo hasta el año 1973, fecha en que tanto el Tribunal Supremo del Trabajo (Bundesarbeitsgerichtshof) y el Superior Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) sostuvieron que la empresa obligada en caso de aumento del costo de vida superior a un 40% estaban obligados, de conformidad al principio de buena fé, a renegociar la suma a pagar. En la actualidad se encuentra vigente el § 16 de la Ley de Mejoramiento de Atención a los Jubilados (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) del año 1974, según la cual cuando la empresa se encuentra obligada a pagar una jubilación, debe cada 3 años actualizar la jubilación en base a criterios de justicia. Si la empresa niega la actualización o el trabajador considera que no fué debidamente actualizada, tiene la posibilidad de recurrir a la justicia para que en definitiva el juez decida la cuestión.

⁴⁷ Véase BGH, 61, 385.

⁴⁸ Véase BGH, NJW 75, 1831.

del austral. La ley procura de esta forma evitar por un lado que la expectativa inflacionaria genere inflación, y por el otro lograr en la población una mayor confiabilidad con relación a la moneda nacional⁴⁹. Sin embargo la doctrina no es conteste que este fin loable se logre a través de una aplicación a ultranza del nominalismo. Así se ha sostenido⁵⁰ que las cláusulas de estabilización no generan de por sí inflación, y que se confunde con el segundo argumento (confianza en la moneda) la causa con el efecto, pues el hecho de permitir las cláusulas de estabilización no lesionan el crédito a la moneda nacional, sino que al contrario, es el descrédito de la moneda nacional lo que produce que las partes utilicen cláusulas de estabilización⁵¹.

Aplicando el art. 7.º de la ley de convertibilidad con relación a las locaciones debemos concluir que en el futuro el precio de las mismas no puede ser indexado o actualizado, derogándose el art. 2.º de la Ley n.º 23.091⁵². A los efectos de prevenirse de un posible rebrote inflacionario deberá recurrirse a uno de los mecanismos mencionados *ut supra* u otros análogos, que mencionaremos a continuación, para fijar el precio.

En el derecho alemán⁵³ las cláusulas de estabilización (Wertsicherungsklauseln) fueron frecuentemente utilizadas durante la década del '20. La deuda se pactaba en Marcos (Reichsmark) pero estableciéndose como cláusula de ajuste el valor de una determinada cantidad de oro fino (Cláusula valor oro — *Goldwertklausel* —) o el valor de una especie determinada (por ej. carbón) o el de una moneda extranjera (Valutaschuld). Es decir, no se utilizaban estas cláusulas como cláusulas esenciales del contrato. Esta situación se prolongó hasta la década del '40, época en que fueron prohibidas por la legislación de la primera postguerra. Esta prohibición estuvo vigente hasta la ley de reforma al sistema monetario (Währungsreform), que entró a regir el 20 de Junio de 1948. Según el § 3, párrafo 2 de la ley monetaria se pueden establecer cláusulas de estabilización, sólo con la autorización de la autoridad competente. Hasta la decisión sobre la procedencia o nó de la cláusula la misma es inválida. Si la autorización es otorgada, la validez se retrotrae al momento de la celebración del negocio. Reglamentando esta ley el Banco Federal Alemán dictó el 9-6-1978 una "Resolución sobre Principios a aplicar en los Pedidos de Autorización del § 3 de la ley monetaria" (Grundsätze über Entscheidung über Genehmigungsanträge). Según esta Resolución no serán

49 Conf. Larenz, ob. cit., p. 171.

50 Medicus, Schuldrecht, Allgemeine Teil, München 1988, p. 87.

51 Por este motivo el Tribunal Federal Alemán (BGH) ha interpretado que la prohibición de pactar cláusulas de actualización constituyen una excepción a la libertad contractual y debe ser, por lo tanto, interpretada restrictivamente, tal como lo vemos infra. Véase igualmente López de Zavallá, ob. cit., quien considera que esta disposición implica una irrazonable limitación a la autonomía privada.

52 La derogación se complementa con el art. 1º del Decreto nº 959/91 ya mencionado que derogó el art. 5º del Decreto nº 529/91.

53 Sobre la historia de la moneda alemana puede verse Palandt, Kommentar des BGB, München 1981, pp. 217 y ss.

autorizadas entre otras las cláusulas de actualización en los contratos de mutuo, en los alquileres sobre piezas o edificios, a no ser que el plazo de la locación ascienda a 10 años o sea celebrado en forma vitalicia, o aquellas basadas en el valor del marco, etc. Estas limitaciones, sin embargo, han sido interpretadas restrictivamente por la jurisprudencia. Ella considera que una serie de cláusulas de estabilización no se encuentran subsumidas en el § 3 de la ley monetaria, y por lo tanto pueden ser libremente pactadas. Entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

1.^a Cláusula de Tensión (Spannungsklausel): Estas son cláusulas a través de las cuales el monto del salario o de una jubilación se fija en proporción a los sueldos o salarios de un grupo similar de empleados o funcionarios ⁵⁴.

2.^a Similar a la cláusula anterior es aquella en la cual se establece que el precio a pagar por un bien o servicio será el que se pague al momento del cumplimiento de la prestación por similar bien o servicio. Por ej. el precio de la cosa comprada que será entregada con posterioridad se fija según el precio que tenga la cosa en el mercado al momento de la entrega o según la lista de precios del vendedor que en ese momento esté vigente. En materia de locación se podría fijar el arriendo en base al precio de alquiler que tenga en plaza un inmueble de similares características al momento del pago de cada mensualidad. No sería válida, en cambio, la fijación del precio futuro en base al precio de otro bien o servicio que no tuviese relación con el bien o servicio objeto del contrato. Por ej. que se fijara el precio de la locación con relación al salario de un funcionario ⁵⁵.

3.^a Reserva de fijación de la prestación (Leistungsvorbehalt o Leistungsbestimmungsvorbehalte): Por esta cláusula se entiende la posibilidad de fijar nuevamente la prestación debida por el acreedor o un tercero o un árbitro, en el caso de que se produzca un cambio en los valores de productos similares, o en el salario de funcionarios, el costo de la vida u otro parámetro. Para que esta cláusula no se encuentre sujeta a autorización se exige que la nueva fijación no se produzca en forma automática, sino que el legitimado para hacerlo debe analizar todas las circunstancias (no sólo por ej. el aumento del costo de la vida, si este parámetro fué tomado, sino también tratándose de una locación el aumento del costo del alquiler de un inmueble similar) y debe fijar, si corresponde, el contenido de la prestación según criterios de equidad.

4.^a Dudosa es la validez sin autorización de las llamadas cláusulas basadas en el costo o elementos de costos (Kosten oder Kostenelementenklauseln). Estas cláusulas permiten a la empresa aumentar el precio de la prestación prometida, si se produce antes de la entrega, un aumento en sus costos o en determinados costos (por ej. costo de salario o de

54 Larenz, ob. cit., pp. 172 y ss; Medicus, ob. cit., p. 88; Palandt, ob. cit., p. 218.

55 Medicus, ob. cit., p. 88; Palandt, ob. cit., p. 218.

materiales). Estas cláusulas son consideradas por el Banco Federal como sujetas a autorización. La Jurisprudencia y la doctrina sostienen, sin embargo, que las mismas no la requieren en el caso de que cláusula de elementos de costos tenga presente el aumento del elemento con relación al precio total o final del producto. Por ej. si aumenta el costo del salario (tomado como parámetro) en un 10%, mientras que los restantes costos sólo en un 5%, y los salarios representan un 50% del costo total del producto, el precio sólo puede ser aumentado en un 7,5% y no en un 10% ⁵⁶.

5.ª Cláusula de Participación de ganancia (Beitteilungsklauseln): Según ella se fija el precio de la contraprestación de acuerdo a la ganancia del deudor, como por ej. cuando se determina que el precio del arriendo o alquiler ascenderá a un 5% de las ganancias que obtenga el locatario (canon cuotativo). Como esa suma de dinero crece con la pérdida del poder adquisitivo, aumenta también el precio a pagar por el alquiler ⁵⁷.

Además de estas cláusulas existe un principio fijado por el Tribunal Federal Alemán ⁵⁸ según el cual, dadas circunstancias especiales, interpretadas según el principio de buena fé, el acreedor de una suma de dinero tiene una acción para obtener una modificación del contrato, en el caso de que las partes hayan pactado una cláusula de estabilización no autorizable ⁵⁹. Si no fué prevista una cláusula de estabilización y el desequilibrio se produce con posterioridad a la celebración del contrato, existe la posibilidad de aplicar dentro de márgenes muy estrechos el instituto de la imprevisión o de la caída de las bases del negocio (Wegfalls der Geschäftsgrundlage).

c. Efectos de la mora en el pago de los arriendos

La ley de convertibilidad aclara igualmente que la prohibición de repotenciación se aplica haya o no mora por parte del deudor. Ello no quiere decir que da lo mismo cumplir o nó con el pago del precio, pues el acreedor puede reclamar en caso de retardo culpable en el cumplimiento de la obligación el pago de intereses moratorios, que son aquéllos que compensan la privación del uso del dinero ⁶⁰. También las partes pueden pactar un interés punitivo que cumple una función sancionatoria frente al incumplimiento. Ambos tipos de intereses pueden coexistir ya que cumplen funciones diversas. Una cuestión interesante que se plantea

56 Larenz, ob. cit., p. 173.

57 Medicus, ob. cit., p. 88.

58 Véase BGH, NJW 1973, p. 1.498.

59 Medicus, ob. cit., p. 88.

60 En el derecho alemán el interés moratorio legal fijado en el § 246 del BGB asciende al 4% anual. En el caso de comerciantes rige el § 343 y ss. del HGB que lo fija en el 5%. En la actualidad se fija contractualmente el interés aproximadamente en un 8% anual. En nuestro derecho consideramos que debe aplicarse analógicamente el art. 565 del C. de C.

es saber si a falta de cláusula penal el acreedor puede reclamar desvalorización monetaria como daño producido por la mora u otros daños. En la doctrina alemana⁶¹ se afirma que en caso de mora en deudas de sumas de dinero el acreedor siendo una empresa puede reclamar como daño el interés que tendría que haber pagado si hubiese tomado un crédito bancario. Todo acreedor puede igualmente reclamar, en principio, la pérdida del poder adquirido de la moneda como lucro cesante. Decimos en principio porque la pérdida abstracta del valor del dinero no es indemnizable, sino que se debe probar que el acreedor hubiese actuado de tal forma que de haber contado con el dinero en tiempo no hubiese sufrido la devaluación. El mismo principio se aplicaría en caso de que la mora se hubiese producido con relación a los intereses. En nuestro derecho compartimos la opinión de Alterini⁶² en el sentido de que fuera de los casos previstos en el C.C. u otros especiales no es posible reclamar, conforme al C.C. leído a la luz de la ley de convertibilidad, más que los intereses moratorios.

Por otro lado si el locatario no paga dos meses consecutivos de alquileres, el locador puede poner en funcionamiento la facultad rescisoria establecida en el art. 5.º de la Ley n.º 23.091, a través de la cual puede obtener el desalojo del inmueble locado.

V. *Desindexación del precio locativo*

La Ley n.º 23.928 no sólo prohíbe la indexación del valor locativo, sino también establece un sistema de desindexación del precio en su art. 9.º, artículo que debe ser interpretado conforme a las disposiciones del Decreto Reglamentario 529/91⁶³ y de la Resolución del Ministerio de Economía n.º 313/91. El art. 9.º de la ley establece:

“En todas las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la convertibilidad del austral, en las que existan prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, o en aquellas de ejecución continuada y con prestaciones y contraprestaciones periódicas, el precio, cuota o alquiler a pagar por el bien, obra, servicio o período posterior a ella, se determinará por aplicación de los mecanismos previstos legal, reglamentaria o contractualmente, salvo que dicho ajuste fuera superior en más de un doce por ciento (12%) anual al que surja de la evolución de la cotización del austral en dólares estadounidenses entre su origen o el mes de Maio de 1990, lo que fuere posterior, y el día 1.º del mes de Abril de 1991, en las condiciones que determine la reglamentación. En este último caso la obligación de quien debe pagar la suma de dinero, se cancelará con la cantidad de australes que corresponda a la actualización por la evolución del dólar esta-

61 Larenz, ob. cit., p. 353; Medicus, ob. cit., p. 84.

62 Ob. cit., pp. 106 y ss.

63 Cuyo art. 5º fué derogado tal como lo mencionamos supra.

dounidense por el período indicado, con más un doce por ciento (12%) anual, siendo inoponibles las estipulaciones o condiciones originales.”

A su turno los arts. 2.º y 3.º del decreto reglamentario prescriben:

Art. 2.º “Entiéndese por “origen” a los fines del artículo 9.º la base considerada a los efectos de la actualización, indexación, repotenciación o variación de costos.”

Art. 3.º “A los efectos de la comparación entre los mecanismos de ajuste y el dólar estadounidenses previstos en el art. 9.º de la Ley n.º 23.928 deberá utilizarse el mismo origen. Cuando el origen o base de la actualización corresponda a un período superior a un día sea que fuere semanal, mensual o por cualquier otra unidad de tiempo, a los efectos de la comparación se promediarán las cotizaciones del dólar estadounidenses correspondientes a dichos períodos, ese promedio será la base u origen de la actualización por dólares.

Deberá emplearse para el cálculo el tipo de cambio comprador del Banco de la Nación Argentina al cierre del día o días correspondientes. Para la determinación del plus de hasta un doce por ciento (12%) anual se considerará un año calendario de 365 días.”

Por último la Resolución 313/91 establece en sus artículos 1.º y 2.º lo siguiente:

Art. 1.º “Para aquellos contratos vigentes al 1.º de Mayo de 1990, que previeran la indexación de los montos de pago una vez transcurridos dos (2), tres (3) o más meses, y cuyo valor establecido en el instrumento contractual original correspondiente al mes de Mayo de 1990 hubiera sido igual al del mes o meses anteriores, se considerará como valor del mes de mayo, para la actualización por dólares, el que resulte de aplicar el último reajuste anterior a ese mes el proporcional de la actualización que hubiere correspondido entre ese mes y el de Mayo de 1990.

Art. 2.º El valor correspondiente al mes de Abril de 1991 será el menor entre el valor actualizado al mes de Mayo de 1990 obtenido según el procedimiento indicado en el artículo anterior y ajustado por el coeficiente de variación del dólar más el proporcional de hasta el doce por ciento (12%) anual y el que resulte según el contrato al mes de Abril de 1991.”

La ley tomando como modelo La Ley de Reforma Monetaria Alemana de 1948, el plan austral y planes similares que se instrumentalizaron en países vecinos⁶⁴, establece un sistema de desagio o desindexación para

64 Como en Brasil el Plan Cruzeiro. Véase al respecto Jansen, “A Reforma Monetária Cruzeiro”. *Revista de Informação Legislativa*, Março 1991, pp. 19 y ss.

determinadas obligaciones dinerarias⁶⁵. La redacción del art. 9.º ha generado múltiples dificultades interpretativas sobre todo para determinar cuáles son las relaciones jurídicas incluidas en la misma⁶⁶, y cómo se calcula el desagio dispuesto. Sin embargo, no existen dudas acerca de que mismo encuentra aplicación al contrato de locación en curso de ejecución. En cuanto al cálculo del desagio tanto el Decreto Reglamentario n.º 529 de 1991, cuanto comunicados y la Resolución 313/91 del Ministerio de Economía aclararon a través de sus disposiciones y tablas de coeficiente de ajuste para la desindexación de los alquileres, cómo debía procederse a la determinación del precio. La Resolución n.º 313/91 dispuso la duda que había surgido con relación a si debía tomarse el precio efectivamente pagado en Maio de 1990, o lo que resultaba más equitativo, tomar-se el precio que hubiese correspondido pagar en Maio de haberse actualizado en ese mes el valor de la locación, cuestión que quedó resuelto en este último sentido.

Dijimos que la Ley n.º 23.928 tomó como paradigma la Ley de Reforma Monetaria Alemana de 1948. En efecto, dicha ley quitó el curso legal al marco (Reich Mark) sustituyéndole por el marco alemán (Deutsche Mark). También estableció la conversión de las obligaciones monetarias constituidas antes del día fijado para la reforma del sistema monetario, esto es antes del 21 de Junio de 1948, expresadas en Reich Mark o que según los preceptos hasta entonces vigentes debían cumplirse en dicha moneda. La conversión o desagio se establecía en una proporción de 10 a 1 (§ 16, I). No obstante ciertas obligaciones expresadas en Reich Mark, tanto como los salarios, sueldos, alquileres, pensiones, rentas u otras prestaciones periódicas con vencimiento posterior al 20 de Junio de 1948, como así también las obligaciones surgidas de acuerdos entre socios, coherederos, cónyuges u otros se convertían en marcos en proporción de 1 a 1 (§ 18). Por último estableció que no eran convertibles y por lo tanto no realizables los créditos contra el Reich o el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores y algunas otras instituciones y corporaciones públicas citadas en la ley (§ 14).

Tampoco eran convertibles, al igual que en nuestro país, las deudas de valor⁶⁷. Es así que no fueron sujetas a desagio las siguientes obligaciones: a) de pagar daños y perjuicios, aún cuando los mismos se tradujeran en una suma de dinero. b) La obligación de un heredero de pagar los bienes que correspondiesen a la porción legítima (§ 2316 BGB). c) Las obligaciones derivadas de enriquecimiento sin causa fueron tratadas por la jurisprudencia como obligaciones de dinero, cuando la suma a restituir se encontraba determinada al momento de dictarse la ley de desagio. Por

65 La desindexación se produce sobre la base de la cláusula dólar, lo que en materia de locaciones es criticable, pues dicha cláusula de actualización estaba prohibida por la Ley n.º 23.091.

66 Al respecto véase López de Zavalla, *ob. cit.*

67 Véase Larenz, *ob. cit.*, pp. 174-175.

lo tanto se pagaban a una equivalencia de 10 a 1. Si su determinación se había producido con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, se consideró que debían ser tomadas como una deuda de valor y por lo tanto no sujeta al mismo.

D. Conclusiones

La Ley n.º 23.928 introdujo importante reforma no sólo al sistema monetario, sino también en las relaciones contractuales particulares, y en especial en el contrato de locación. Ellas se traducen principalmente en la posibilidad de contratar en moneda extranjera, la prohibición de indexación, y en la desindexación de los arriendos. Estas modificaciones pueden afectar derechos de raigambre constitucional, por lo que no sería de extrañar que se formulen planteos destinados a obtener la declaración de inconstitucionalidad en casos concretos, a pesar de lo establecido en el art. 13 de la ley que establece que la misma es de orden público y que ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos. Por otro lado, es probable que a través de la aplicación de la desindexación el precio de algunas locaciones se torne excesivamente oneroso para el locador y se accione en virtud del art. 1.198 del C.C., pues la ley puede ser considerada como un hecho extraordinario e imprevisible⁶⁸. Ante esta situación hubiese sido conveniente que el legislador hubiera previsto la posibilidad de plantear judicialmente el reajuste, en caso de que el precio resultante fuera demasiado bajo y no hubiese acuerdo de partes.

Desde el punto de vista práctico la ley produjo la disminución de la oferta de inmuebles, ante la incertidumbre por parte de los locadores de los términos de la misma, de la suerte del plan de estabilización y del mercado inmobiliario en general. Del éxito del plan o de las decisiones judiciales que pudieran surgir reconociendo validez al precio de las locaciones en dólares puede ser que esta situación se revierta. No se nos escapa que si se reconoce el pacto en dólares puede ocurrir una corrida cambiaria que torne excesivamente oneroso el contrato, pues los sueldos e ingresos de la población en general no se fijan en aquella moneda. Sin embargo, el Código Civil a través del instituto de la imprevisión puede solucionar los casos que se presenten, pues evidentemente una corrida cambiaria y el fracaso de la ley de convertibilidad sería también un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Ello sin dejar de apuntar que el locatario tendrá en sus manos el instituto de la rescisión unilateral del contrato previsto en la Ley n.º 23.091, que lo ayudará, sin embargo, a solucionar el problema contractual concreto mas no a resolver su problema habitacional.

68 Véase al respecto Mosset Iturraspe, *La Frustración del Contrato*, pp. 206 y ss.; López de Zavallía, ob. cit.; Los considerandos del Decreto Reglamentario n.º 529/91 manifiesta que la ley de convertibilidad constituye un acto soberano del Estado.