



REVISTA DE DIFUSIÓN ACADÉMICA

ISSN 2718-6318

Año IV | Número 13 | Marzo 2023

Contratos en dólares y esfuerzo compartido: ¿una solución de equidad presente en el régimen de las obligaciones de nuestro Código Civil y Comercial?

Héctor Luis Trillo ¹

trillo@usi.edu.ar

¹ Abogado, Profesor Universitario y Doctor en Ciencias Jurídicas (UMSA). Profesor Asociado en las materias “Contratos” y “Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia” en la carrera de Abogacía de la Universidad de San Isidro – Dr. Plácido Marín (USI).

Introducción

“Lo que ha ocurrido, en mi opinión, es que la avaricia e injusticia de los príncipes y estados soberanos, abusando de la confianza de sus súbditos, ocasionó la paulatina disminución de la cantidad real de metal que sus monedas contenían originalmente.”

Adam Smith, La Riqueza de las
Naciones (1776)

El pago de las obligaciones en moneda extranjera ha sido una problemática recurrente en la República Argentina en las últimas décadas, concretamente desde que el dólar comenzó a ser parte de nuestra cultura (Luzzi, 2013).

El problema radica en el tipo de cambio oficial que el/los gobierno/s de turno pretende/n imponer a la hora de determinar el equivalente en moneda nacional frente a la realidad económica, cambiaria y financiera que presenta un panorama dispar al oficial en consonancia con la diversidad de cotizaciones lícitas vigentes.

El derecho argentino –a través de su codificador actual–, trae una solución legal para no dejar librada la misma a la discrecionalidad (técnica) del Juez/a; concretamente el Código Civil y Comercial (CCyC) prevé una regulación, a nuestro juicio, apropiada y oportuna para los tiempos que corren.

Además de recurrente es una problemática compleja que, no obstante y como expresamos, entendemos encuentra hoy solución normativa.

En efecto, pensamos que un sinnúmero de casos podrían ser resueltos –extrajudicial o judicialmente– a través de la previsión de “calidad media”² que trae el 2º párrafo del Art. 762 (CCyC), aplicable por remisión del Art.765, 2º parte (CCyC), puesto que éste último considera a las obligaciones en moneda extranjera como de dar “cantidades de cosas” –*rectius*: obligaciones de género– (Santarelli y Méndez Acosta, 2022).

² En nuestro caso, adelantamos, la “media” de las cotizaciones de moneda extranjera (v.gr.: dólar estadounidense) más relevantes y distantes entre sí, como seguidamente veremos.

A nuestro entender la aplicación de la “calidad media” hoy se torna operativa debido a que, junto a la cotización oficial del dólar, encontramos otras tantas lícitas y posibles cotizaciones;³ esto nos lleva a encuadrar y a tomar a la moneda nacional como “especie” (de moneda) con diversas “calidades” según sea el tipo de cambio (tipos de dólar) contra el cual se la compare (mida).⁴

Cuestiones meta jurídicas que el problema plantea

Muchos aspectos influyen a pensar, proyectar, planificar y ejecutar los contratos en dólares estadounidenses, máxime cuando se busca contar con una *moneda fuerte* que asegure la inversión o –si se quiere– la legítima expectativa de los contratantes en términos de justicia conmutativa.

La popularidad del dólar encuentra sus génesis en los infructuosos planes económicos, fallidas políticas monetarias y cambiarias implementadas durante varias décadas y el consecuente desprestigio –interno y externo– de nuestro papel moneda.

La incertidumbre trae desconfianza y ésta falta de inversión, no poder contar con una *moneda (nacional) de uso*⁵ trae aparejada la ausencia de precios relativos o de referencia y esta situación inhibe la esencia misma del dinero como común denominador de los demás bienes (económicos).

Es decir, si la moneda nacional (dinero) no puede brindar un valor nominal estable, confiable y sostenible en términos de poder adquisitivo, entonces aquella pierde su carácter de referente y otra más confiable, en términos económicos y sociológicos, termina reemplazándola (Corso, 2021).

Y este problema económico-sociológico siempre ha tenido un impacto negativo en la sociedad, en los inversores, en los pequeños productores, las micro, pequeñas y medianas empresas, y sin lugar a dudas en lo/as asalariado/as y sus respectivas familias.

³ Con lo cual, la norma se torna operativa ya que la elección del tipo de cambio no se reduce a la alternativa prohibida del llamado dólar paralelo o *blue*.

⁴ Para un panorama meramente informativo sobre las diversas cotizaciones del dólar en Argentina, puede consultarse: <https://www.cronista.com/finanzas-mercados/cuantos-tipos-de-dolar-hay-en-argentina-asi-quedo-la-lista-completa-de-todas-las-cotizaciones/>

⁵ Nos referimos al peso (\$) como única moneda nacional de uso, dejando de lado el “peso argentino oro” (Ley N° 1130) como moneda de curso legal no asequible por su valor intrínseco (metálico).

La economía individual, familiar y negocial debe enmarcarse bajo cierta protección que se traduce en un marco de seguridad jurídica, a nuestro entender pendiente mientras que la lucha contra la inflación o déficit fiscal (Tiscornia, 2022)⁶ continúe como el gran desafío o deuda por saldar.

La moneda debiera compartir el criterio de *refugio* como la vivienda lo es respecto a la persona humana; compartiendo ambas –moneda nacional y vivienda– una función social y económica de necesario amparo constitucional.

Como podrá advertirse el problema es multidimensional y de tratamiento interdisciplinario, al menos en la faz previa (política) a su resolución –sea por norma general, sea por norma individual–.

Propuesta de solución: la regla vigente en nuestro CCyC

La solución al conflicto de derecho puede ser alternativa al proceso jurisdiccional, tal la instancia arbitral, la negociación y la mediación –obligatoria o no–, entre otras.

En la medida que deleguemos la solución a un tercero, ésta brindará mayor seguridad jurídica cuanto mayor sea la objetividad y menor la discrecionalidad.

En suma, encontrar una solución directamente en la regla –cuando ello fuera posible– trae consigo mayores beneficios porque refuerza y observa el principio de legalidad (Art. 19, CN y 4° CCyC), al tiempo que permite afianzar la justicia en términos de *justificación interna y externa* (Atienza, 2003).

Nuestro legislador trajo una regla –en principio, supletoria– general donde, hoy día, puede subsumirse esta coyuntura económica a la hora de fijar el tipo de cambio en el marco de un contrato conmutativo y paritario.

En efecto, para las obligaciones de fuente convencional, la regla de la “calidad media” en nuestro caso deviene aplicable y la elección compete, en principio, al deudor.

Si las obligaciones de dar moneda extranjera “deben ser consideradas como de dar cantidades de cosas” [obligaciones de género], la solución del Art. 762, 2° párrafo

⁶ Que, como bien señala el autor citado en el texto, viene de larga data y trasciende lo estrictamente económico con enormes ramificaciones en lo político, social y cultural.

(CCyC)⁷ importa la determinación del tipo de cambio medio entre todas las cotizaciones lícitas vigentes a fin de calcular y entregar *in solutione* el *equivalente* en moneda de curso legal como modo de liberación del deudor (Art. 765, 2° parte, CCyC).⁸

Según el Art. 762 mencionado, la elección compete al deudor “excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes”; de esta lectura puede colegirse que alguna ventaja debería reportar a favor del deudor o del acreedor, según la elección corresponda a uno u otro respectivamente –no obstante lo cual, pareciera que ni la mejor ni la peor calidad podría ser elegida a fin de observar el cartabón de “calidad media”–.

A esta altura cabe tener presente que el codificador actual, sin discernir las categorías obligacionales antes reguladas en el Código de Vélez como sub-categorías, léase: “obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles” (o de género propiamente dicho) y “obligaciones de dar cosas inciertas fungibles” (o de cantidades de cosas),⁹ optó por unificar la clasificación en “obligaciones de género”.¹⁰

Por tal motivo y si bien es cierto que la regulación velezana –no exenta de ciertas críticas (Caseaux y Trigo Represas, 1992; Pizarro y Vallespinos, 1999; Ossola, 2014) –¹¹

⁷ Art. 762 “Individualización. La obligación de dar es de género si recae sobre cosas determinadas sólo por su especie y cantidad.

Las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas. La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes. La elección debe recaer sobre *cosa de calidad media*, y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita.” (la letra en *itálica* nos pertenece).

⁸ Art. 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.” (la letra en *itálica* nos pertenece).

⁹ En nuestro caso el género y la especie estarían determinados –v.gr.: moneda y dólar, respectivamente–, resta entonces contar nominalmente y medir en términos de valor (Arg. art. 772, CCyC) el *equivalente* en moneda de curso legal (“pesos”); trátase de una operación *cuantitativa* (contar billetes en “pesos”) pero también –y previo a ello– *cualitativa* (valoración económica): habrá que determinar primero la *calidad* (tipo de cambio) para luego contar los “pesos”, es decir, la moneda de curso legal necesaria y sustitutiva de pago.

¹⁰ Cuyo título lleva el párrafo 4°, de la Sección 1° “Obligaciones de dar”, Capítulo 3 “Clases de Obligaciones”, Título 1 “Obligaciones en general”, del Libro Tercero “Derechos Personales” de nuestro CCyC.

¹¹ Estos autores observaban, entre otras, que: la doble sub-categoría (cosas inciertas no fungibles y cosas inciertas fungibles) plasmada por Vélez era innecesaria y sobreabundante; a unas y a otras debían aplicarse las normas de las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, tal la propuesta de Bibiloni seguida por el Proyecto de 1936; una única categoría de “obligaciones genéricas” (Arts. 901 y 902 del Anteproyecto Llambías, 1954) era suficiente como regulación normativa; no existían diferencias

fue derogada, cabe tener presente que aquella (Art. 602, Cód. Civ., derogado), en la búsqueda de una solución más equitativa, prohibía que la elección recayera sobre la mejor calidad (acreedor) o peor calidad (deudor).¹²

Sin embargo y pese a su derogación, aquella solución –más equilibrada– encuentra hoy sustento normativo.

En efecto, el CCyC trae una regla residual en materia de interpretación de contratos paritarios que, en el caso de los onerosos, refiere al “ajuste equitativo de los intereses de las partes” (Art. 1068, *in fine*, CCyC).¹³

En última instancia y en ausencia de otra regla interpretativa que aplique al caso concreto, el parámetro objetivo de “cotización media” tendrá su punto de encuentro a mitad de camino: entre las dos (2) cotizaciones dicotómicas más relevantes –desde ya, lícitas y vigentes en nuestro país–.¹⁴

La nobleza de este último artículo (1068, CCyC) reposa en un sentido de justicia conmutativa y, a la vez, en el esfuerzo compartido como valor de justicia distributiva implícito en la emergencia.

¿Regla imperativa o supletoria?

En principio, entendemos que la regla antes mencionada –elección de “calidad media”– es norma supletoria; vale decir, salvo que las partes hayan estipulado determinado tipo de cambio,¹⁵ deviene aplicable lo hasta aquí expuesto.

sustanciales en su regulación; y la distinción entre “género” y “cantidades de cosas” carecía de sustento ontológico, llegando a ser algo difusa.

¹² Llevado esto a nuestro planteo, si la elección recayera en el deudor no podría elegir la cotización más baja: “dólar oficial” –sin la adición de impuesto alguno–, y, por el contrario, si la elección fuera a cargo del acreedor tampoco podría éste hacer lo propio respecto de la cotización más alta: “dólar tarjeta Qatar” o “dólar turista”.

¹³ Art. 1068 “Expresiones oscuras. Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un *ajuste equitativo de los intereses de las partes*.” (la letra en itálica nos pertenece).

¹⁴ Es decir, habrá que *partir la diferencia* entre una punta y la otra; así, tomando como ejemplo la cotización (tipo vendedor) al 30/01/2023, “la media” rondaría los \$ 294.-, siendo éste el resultado de la “cotización media” entre los \$ 194.- y los \$ 388.- del “dólar oficial” y “dólar turista”, respectivamente.

¹⁵ Tratase de elegir –no de fijar, porque ésta es una potestad estatal– una cotización económica vigente y legalmente prevista dentro del abanico de posibles referencias de valor de la moneda extranjera pactada y que ahora nos vemos en la necesidad de sustituir por moneda de curso legal.

Podemos decir entonces que, siempre que el contrato sea conmutativo, paritario, celebrado entre particulares, no aplique ningún régimen normativo especial y/o de emergencia (económica) de *hecho o de derecho* específico en la materia a tratar y los contratantes no hayan estipulado lo contrario, la norma supletoria (CCyC) actúa como en cualquier ámbito del derecho común patrimonial privado.

Luego, la dinámica social, política, económica y del mercado, podrá mutar las bases originarias habidas al momento de contratar que, alcanzada cierta intensidad, sea suficiente para habilitar una interpretación distinta (contraria) sobre el carácter de la norma, todo ello con apoyo en la naturaleza –también cambiante– del orden público.

En ese entendimiento, podemos aseverar que el contexto condicionará la eficacia de la autonomía de la voluntad de los contratantes de manera tal que lo de ayer supletorio pueda devenir hoy en imperativo.

Así las cosas, la eficacia de la selección de un determinado tipo de cambio (v.gr.: dólar MEP) con fundamento en la autonomía de la voluntad (libertad contractual) quedará sujeta a las pautas meta jurídicas cambiantes con, según la entidad, aptitud para provocar una nueva interpretación y/o adecuación del contrato o, mejor, de la *relación contractual* (Alpa, 2015).

A modo de conclusión

Propiciamos una solución –a nuestro juicio objetiva– a un problema recurrente basándonos en la aplicación de la sola regla, dentro del propio ordenamiento de derecho común civil y comercial (CCyC) y sin la necesidad de la declaración de una normativa de emergencia (económica) puntual, específica en materia de obligaciones de dar moneda extranjera de fuente contractual (paritaria).

Esta perspectiva nos permite buscar soluciones más objetivas, con fundamento normativo, valorando y destacando la versatilidad como virtud que la nueva codificación en materia contractual presenta (Santarelli, 2020).

Buscar el equilibrio, la medida y actuar con prudencia en el caso concreto, contribuye a pensar en soluciones jurídicas a una conflictiva de derecho sin perder de vista el ADN del problema.¹⁶

Construir normas individuales requiere de reflexión, sensibilidad y empatía, máxime cuando estamos transitando un escenario post pandemia¹⁷ y de una guerra (Rusia-Ucrania) que lleva ya un año con resultados y consecuencias, a nivel mundial, aún inciertos.

Nuestro propósito es el de construir derecho práctico, útil para poder resolver los problemas de la gente, tal como siempre nos recuerda y motiva un distinguido jurista y profesor.¹⁸

La segunda parte del título de este artículo lo planteamos como interrogante¹⁹ porque ésta es una propuesta más de solución²⁰ junto a otras tantas que, día a día, vienen aplicándose –sea desde la autocomposición, sea desde la jurisdicción–.

El *esfuerzo compartido* es una fórmula ya probada, conocida en nuestro medio y coherente con la finalidad a la que debe tender el derecho: convivencia y paz social.

Referencias bibliográficas y documentales

Alpa, G. (2015). *El contrato en general. Principios y problemas*. Trad. Jaliya Retamozo Escobar. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Atienza, M. (2003). *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – Serie Doctrina Jurídica No. 134. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

¹⁶ Problema jurídico, sí, pero de diseño y contenido diverso (v.gr.: monetario, cambiario, antropológico, sociológico y cultural), gestado por y acompañado de cierta cuota de ajenidad a las partes.

¹⁷ Que pensamos, alguna enseñanza nos tuvo que haber dejado.

¹⁸ Nos referimos al doctor Marcos Córdoba, cuyas generosas enseñanzas agradezco.

¹⁹ Nobleza obliga, agradezco también las observaciones y comentarios que me hiciera llegar la Prof. Amparo Ormaechea (USI) cuando esté artículo todavía era un borrador.

²⁰ Con los límites y alcances reseñados.

Cazeaux, P. y trigo represas, F. (1992). *Compendio de Derecho de las Obligaciones* (2ª ed.). Vol. 1. La Plata: Editora Platense.

Corso, E. (2021). Dolarización financiera en Argentina: un análisis histórico de una restricción vigente. *Ensayos Económicos* No. 77 (pp. 72-101). Edición Electrónica. Buenos Aires: Banco Central de la República Argentina – Subgerencia General de Investigaciones Económicas. Recuperado el 7 de enero de 2023 de https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Ensayos_economicos.asp

Luzzi, M. (2013). En A. Kaufman. Cultura social del dólar. *Sociales en debate* No. 5 (pp. 11-19). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: Departamento de Publicaciones.

Ossola, F. (2014). En Lorenzetti, R. (Dir.), De Lorenzo, M. y Lorenzetti, P. (Coords.). *Código Civil y Comercial Comentado*. Vol. 5. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Pizarro, R. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Hamurabi.

Santarelli, F. (2020). Ciclo de charlas – Código Civil y Comercial a 5 años de su vigencia: Contratos. Recuperado el 22 de diciembre de 2022 de <https://www.youtube.com/watch?v=90o8Okbk7fU>

Santarelli, F. y Méndez Acosta, S. (2022). *FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES – CONTRATOS – RESPONSABILIDAD CIVIL*. Vol. 2. Buenos Aires: La Ley.

Tiscornia, C. (2022). Política monetaria: bases teóricas, historia internacional y versiones en la Argentina. *Revista Cultura Económica*. Vol. 40, No. 103. <https://doi.org/10.46553/cecon.40.103.2022.p39-76> Recuperado el 23 de enero de 2023 de <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/CECON/article/view/4087>

Constitución Nacional (Argentina)

Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)