

PROGRAMA DE ASESORIA PARLAMENTARIA

Fundación Nuevas Generaciones

en cooperación internacional con

Fundación Hanns Seidel¹

Conveniencia de devolver a las obligaciones en moneda extranjera su verdadera naturaleza jurídica²

Resumen ejecutivo

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en Argentina deben considerarse como obligaciones de dar cantidades de cosas. En el presente trabajo se propone retornar al sistema que regía en el anterior Código Civil, según el cual las obligaciones en las que se hubiese estipulado dar moneda extranjera debían considerarse como de dar sumas de dinero.

I) Introducción

La sanción del Código Civil y Comercial trajo aparejada la inclusión de los artículos 765 y 766 dentro del libro tercero, título primero, capítulo tercero, párrafo 6º, que trata las obligaciones de dar sumas de dinero. Ellos establecen:

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 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.

La redacción inicialmente incluida en el anteproyecto³ establecía lo siguiente:

¹ La Fundación Hanns Seidel no necesariamente comparte los dichos y contenidos del presente trabajo.

² Trabajo publicado en el mes de junio de 2015.

“Parágrafo 6°

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.”

A instancias del Poder Ejecutivo Nacional el texto del anteproyecto citado precedentemente fue modificado y se llegó a la redacción vigente. Ello revivió el sistema antiguo del Código Civil ideado por Vélez Sarsfield, según el cual las obligaciones de dar moneda extranjera debían reputarse como obligaciones de dar cantidades de cosas, pudiendo uno desobligarse entregando el equivalente en moneda nacional. Esta concepción se contraponen con la que regía desde 1991, plasmada en los artículos 617 y 619 del Código Civil, mediante la cual dichas obligaciones se entenderían como de dar dinero.

II) La verdadera naturaleza jurídica de estas obligaciones

Si ya en 1871 el Código Civil preveía la existencia de obligaciones consistentes en dar moneda que no fuera de curso legal en el país, con mucha mayor razón el nuevo ordenamiento jurídico unificador del derecho privado nacional debía contemplar esta clase de obligaciones brindando una regulación jurídica moderna y acorde a los usos y costumbres del derecho monetario patrio. De este modo se garantiza la seguridad jurídica y la celeridad del tráfico obligacional en tan sensible materia. Así lo entendieron los notables juristas a cargo de su redacción y así fue expuesto en los fundamentos del Código, pese a lo cual se legisló en sentido opuesto a lo aconsejado.

³ <http://www.iprofesional.com/adjuntos/pdf/2012/03/358316.pdf>

La naturaleza de este tipo de obligaciones, más allá de pertenecer al ámbito de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad de las partes, motivó discusiones doctrinarias. Entre las conclusiones a las que se arribó, se llegó a afirmar que el vendedor que pacta el pago en moneda extranjera jamás esperaría ser tratado como un acreedor de mercaderías ya que sería gravemente perturbador de las regulaciones típicas que los contratos más heterogéneos desde una compraventa, una transferencia de tecnología hasta un leasing, quedaran todos sujetos al régimen de la permuta o al de los contratos atípicos solo porque el precio del contrato se pactara en moneda extranjera⁴.

Esa línea argumental recibió importantes aportes de distintos sectores de la doctrina, generando agudas reflexiones. Que la moneda extranjera sea dinero, aunque no tenga curso legal en el país, explica que el precio de una compraventa pueda fijarse en dólares estadounidenses, Euros o yuanes, dándose así cumplimiento a la exigencia de contraprestación dineraria que impone el artículo 1323 del Código Civil⁵ postulándose, en definitiva, que el régimen jurídico aplicable a estas obligaciones era el de las dinerarias.

De esta forma, a pesar de que el Código Civil encuadraba a los compromisos en moneda extranjera como de "dar cantidades de cosas", era de práctica frecuente el apartamiento de esta clasificación legal y la utilización de la divisa extranjera -preferentemente el dólar norteamericano- para cuantificar el monto de prestaciones de ejecución diferida o continuada pactadas en los contratos.

Por eso se ha dicho que la modificación sustancial que impondría la Ley 23.928 no fue una consecuencia de la convertibilidad monetaria, sino que puede considerarse como la elevación a norma positiva de un criterio que venía cobrando cada vez más impulso en la doctrina y la jurisprudencia⁶.

No podemos dejar de mencionar a la inflación como un hecho que cobra relevancia al momento de hablar de las obligaciones contraídas en divisas extranjeras. Dejada de lado la discusión doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica de este tipo de obligaciones, es un hecho innegable que en muchos casos el pago de un contrato en moneda de otro país, responde a la inestabilidad y pérdida de valor de la moneda

⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS2012-XI, 5.

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS2012-XI, 5. "Y lo natural parece el desplazamiento de la moneda nacional por el dólar... en la medida en que la moneda nacional sufra "aguamientos" o pérdidas de su poder adquisitivo. El acreedor ha de preferir el cobro en la moneda fuerte, y de ahí a la inserción de esa moneda, como moneda de pago o cancelatorio en los contratos, hay un paso muy pequeño" MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La frustración del contrato", Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, citado por CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", pág. 239, Ed. La Ley.

de curso legal nacional. Así pues, y desde otra perspectiva, resulta un atropello al derecho a la propiedad privada y a preservar el patrimonio que se altere la naturaleza jurídica de una determinada obligación.

III) Complicaciones y contradicciones de la nueva redacción

La redacción vigente, que convierte a la obligación de dar moneda extranjera en una obligación de dar “cantidades de cosas” en vez de “dar sumas de dinero”, ocasiona los siguientes inconvenientes:

- 1) Los intereses moratorios: Anteriormente, y bajo los efectos de la Ley de Convertibilidad N° 23.928 (ratificada por Ley N° 25.561 y posteriores), al ser considerada la moneda extranjera como una obligación de dar suma de dinero, en caso de mora, el deudor debía los intereses moratorios, sin ser necesaria prueba alguna del daño (indemnización tarifada), y que para el caso de no encontrarse dichos intereses estipulados, se aplicaría la tasa que cobrarán los bancos oficiales en sus operaciones de préstamos en moneda extranjera. En cambio, al establecer el CCCN que la moneda extranjera debe considerarse como de dar cantidades de cosas (en realidad: obligaciones de género), el acreedor deberá necesariamente demostrar los perjuicios sufridos para ser beneficiario de alguna indemnización. En este caso el daño resarcible consistirá en el valor, en moneda nacional, que tenía la moneda extranjera al tiempo de la mora del deudor y los intereses correspondientes. Dicho valor deberá además ser actualizado en función del poder adquisitivo de la moneda nacional con que se manda pagar esa indemnización. Respecto de ello Llambías asevera: "No se trata de medir la valorización experimentada por la moneda extranjera hasta el día del pago, sino de apreciar el deterioro en el poder adquisitivo de la moneda nacional desde la mora del deudor hasta el pago al acreedor, que puede experimentar -y sin duda, así será- ritmos de oscilación distintos."
- 2) Limitación de las compensaciones pactadas en dólares por parte de las empresas: La ley de Contrato de Trabajo establece en su artículo 107: “Las remuneraciones que se fijen por las convenciones colectivas deberán expresarse, en su totalidad, en dinero. El empleador no podrá imputar los pagos en especies a más del veinte (20) por ciento del total de la remuneración.”

En las últimas décadas, la jurisprudencia ha receptado como válida la costumbre de pactar el cobro de parte o la totalidad del salario en moneda extranjera, especialmente en dólares norteamericanos. Lo mismo ocurre con los bonos y las gratificaciones. Con este nuevo sistema,

- los pagos en moneda extranjera sólo podrán realizarse hasta el límite impuesto por el art. 107 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.
- 3) La moneda extranjera no puede ser objeto (precio) de los contratos: La moneda extranjera ya no podrá ser el precio de los contratos a título oneroso, según los cuales se exige que el precio sea expresado en "dinero", Vgr. Compraventa: art. 1323 CC, y 1123 del CCCN; Suministro: art. 1176 del CCCN; Locación de cosas, de servicio y de obra: art. 1493 CC, 1208, 1251 y 1255 del CCCN⁷; Leasing: arts. 1227 y 1229 del CCCN; Transporte: 1280 del CCCN; Mandato: art. 1322 del CCCN; Depósito: art. 1390 del CCCN, (resulta contradictoria esta norma con el régimen de dar cantidades de cosas, por cuanto aquel artículo obliga al depositario a restituir las sumas en la misma especie de moneda entregada); Renta Vitalicia: art. 1599 del CCCN.
 - 4) La moneda extranjera es una deuda de valor: se vuelve a considerar a la moneda extranjera, al no ser dinero, como una deuda de valor (ídem código de Vélez), y ya no se aplica el principio nominalista que se había establecido en el art. 619 CC según las leyes 23.928, 25.561, y el art. 766 del Anteproyecto. Con el régimen de la moneda extranjera como obligación de dar cantidades de cosas, se la considera como deuda de valor, y por ende ante el incumplimiento, debe resarcirse el daño según el valor real de la prestación al momento de la liquidación. En cambio, con las obligaciones dinerarias, que siguen un principio nominalista, es insensible a los cambios de capacidad adquisitiva que experimentaba la moneda de pago.

En segundo lugar, corresponde analizar el final del artículo 765. Si bien es importante el debate acerca de la conveniencia de considerar a las obligaciones en moneda extranjera como “obligaciones de dar cantidades de cosas” o “de dar dinero”, el meollo de la cuestión que mantiene inquietos a los doctrinarios y a otros sectores de la sociedad, es el final del artículo 765. Dicho acápite, al establecer que “(...) y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.”, nos lleva a analizar su redacción y poder así definir su alcance.

⁷ La doctrina nacional (LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Tomo II-A, pág. 140; PIZARRO - VALLESPINOS, op. cit. Tomo I, pág. 395) entendió que la Ley 23.928, que admite la contratación en moneda extranjera, prevalece sobre el art. 1, 2º párrafo de la ley 23.091 de locaciones urbanas que lo prohíbe.

Como es de conocimiento general en el ámbito jurídico, las normas deben interpretarse en primer lugar por el significado literal de sus palabras. Recién cuando éste es ambiguo o equívoco, uno debe proceder a descifrar la intención del legislador, o intentar comprender su alcance de acuerdo al contexto en que se haya redactado. Así, si uno toma el sentido literal de la frase, se colige que el deudor puede liberarse de una obligación hecha en moneda extranjera entregando pesos. Esta interpretación no es sólo nuestra. La misma opinión es compartida por juristas como Andrés Gil Domínguez, Guillermo Lipera, Andrés Sabsay, Eduardo Barreira Delfino, Maximiliano Juan Yaryura Tobías, Marcelo Salerno, Máximo Fonrouge, Javier Salerno, Carlos D'Alesio, Eugenio Bruno, Pablo Lanusse, entre otros.^{8,9}

Aclarado este concepto, cabe determinar si esta norma es de carácter público o meramente supletoria de la voluntad de las partes.

El Poder Ejecutivo Nacional ha comunicado al respecto que los acreedores de obligaciones en moneda extranjera no tienen nada que temer, que sólo se devolverán pesos cuando así lo hubiesen pactado las partes. En palabras del Ministro de Justicia, Julio Alak: “No hay pesificación de contratos ni de ahorros en moneda extranjera. Si el contrato elaborado por la voluntad de los particulares en dólares plantea una ejecución, un cumplimiento de pago en moneda extranjera, los pagos se harán en moneda extranjera”.¹⁰

Alak también rechazó que con el nuevo código los deudores en dólares puedan liberarse abonando pesos, siempre y cuando las partes hayan pactado expresamente el modo en que se debe saldar la obligación contraída, “Como dijo el doctor Lorenzetti cuando estuvo acá, constituir obligaciones en moneda extranjera no está prohibido. Y todo lo que no está prohibido, está permitido”¹¹, indicó. Preciso además que “Estos artículos para nada modifican la autonomía de la voluntad de las partes. No son normas de orden público, porque las normas de orden público se deben autocalificar a sí mismas y acá no

⁸ <http://www.infobae.com/2014/09/29/1598146-los-especialistas-advierten-que-el-nuevo-codigo-el-gobierno-podria-avanzar-los-depositos-dolares>

⁹ <http://www.abogados.com.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-discusion-sobre-la-moneda-de-contratacion/15562>

¹⁰ <http://www.lanacion.com.ar/1481367-el-gobierno-insiste-no-hay-pesificacion-de-los-contratos-ni-de-los-ahorros>
<http://www.prensa.argentina.ar/2012/06/12/31469-alak-no-hay-pesificacion-de-contratos-en-moneda-extranjera.php>

¹¹ <http://www.infobae.com/2012/08/21/665985-alak-buscamos-dar-coherencia-la-derogacion-la-ley-convertibilidad>
http://www.eldiariosp.com.ar/archivo/index.php?option=com_k2&view=item&id=11190:alak-buscamos-dar-coherencia-a-la-derogaci%C3%B3n-de-la-ley-de-convertibilidad&Itemid=56

sucede. Y estas normas no tienen preeminencia sobre el orden público”¹². De acuerdo a las palabras de Alak, los artículos 765 y 766 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación deberán entenderse entonces como un régimen supletorio a lo pactado por las partes en sus contratos privados, tal como sucede con el sistema vigente actualmente. Agregó finalmente el ministro que “Los contratos en moneda extranjera se puede formular, son lícitos, no están prohibidos como en Brasil. Y la autonomía de la voluntad está protegida.”¹³

Como se ve, se ha sostenido que no existe la prohibición de contratar en moneda extranjera, como sí la hay en Brasil. Nos parece que esta aclaración es innecesaria, ya que del texto de los artículos en debate, en ningún momento se desprende esa interpretación. El recurso a la falacia del “hombre de paja” nos hace pensar que se quiere desviar la atención del problema principal, que es la interpretación literal del art. 765. Se argumenta, entonces, que las partes pueden acordar la cancelación de la deuda de una obligación de dar moneda extranjera, dando pesos argentinos. Esta prerrogativa se desprende de la libertad de contratación reconocida en el artículo 958¹⁴. Que, por lo tanto, la norma no es de orden público, y que la voluntad de las partes es la que regirá al momento de definir el tipo de moneda en la que se efectuará el pago.

Si su carácter es supletorio, nos preguntamos entonces cuál es el propósito de aclarar esta facultad que tienen las partes, si el principio constitucional de legalidad prevé que “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Es decir, ¿Cuál es el sentido de explicar que se puede pactar algo que no está prohibido en primer lugar, pero cuya redacción puede dar lugar a entenderlo como una norma de orden público?

En segundo lugar, nada nos brinda la certeza de que efectivamente no sea de orden público. Así como se encuentra redactado, por más que las partes convengan el pago en moneda extranjera, el deudor tranquilamente puede invocar el artículo 765 y liberarse pagando en pesos. Incluso, el artículo 962 fija pautas tan abiertas a la interpretación del juez, que el parámetro para definir si es de orden público no resulta claro. Según dicho artículo, “*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*

¹² <http://www.infobae.com/2012/08/21/665985-alak-buscamos-dar-coherencia-la-derogacion-la-ley-convertibilidad>

¹³ <http://www.infobae.com/2012/08/21/665985-alak-buscamos-dar-coherencia-la-derogacion-la-ley-convertibilidad>

¹⁴ **Artículo 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*”.

su carácter indisponible.” Es cuestión, entonces, de interpretar su contenido, su contexto o su modo de expresión. Caemos consecuentemente en una situación de inseguridad jurídica notable.

Por su lado, el Secretario de Justicia de la Nación, Julián Álvarez, arguyó sobre el cumplimiento de los contratos que “...con el nuevo Código Civil y Comercial no se va a pesificar la economía. Lo que se pacta se cumple, rige la autonomía de la voluntad” y que “La norma dice que si no se pacta nada, se tiene que devolver en la moneda de curso legal.”¹⁵

A nuestro parecer, ni la más negligente y torpe persona puede llegar a olvidar mencionar en qué va a consistir el pago de su contraprestación, en especial si el mismo debe realizarse en dólares, por ejemplo. El supuesto planteado por el funcionario es tan inverosímil de que pueda ocurrir en la práctica, que uno no puede más que dudar de la verdadera razón de ser de la disposición.

Las confusiones no terminan allí. A continuación del artículo 765 encontramos al 766, que plantea una evidente contradicción con lo que su precedente dispone. Según su letra, el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. Para entender por qué ocurre esto y poder comprender el panorama completo de la situación, es menester recurrir a los antecedentes de estos dos artículos.

En los Fundamentos del Anteproyecto, los miembros de la Comisión Redactora argumentaban: “Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista reafirmado por la ley 23.928, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“López c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.”), de “un proceso de estabilización de la economía”.¹⁶

La contradicción entre los artículos 765 y 766 señalada en el acápite precedente tiene su génesis en las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto presentado por la Comisión Redactora que cambió la médula del tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera, mutándolas de obligaciones de dar sumas de dinero a obligaciones de dar cantidades de cosas.

¹⁵ <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=761101>

¹⁶ http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf
<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

En efecto, el texto originariamente redactado rezaba: Artículo 765 "...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."

A su vez, el artículo 766 establecía: "*Obligaciones del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la moneda designada, tanto si la moneda tiene curso legal, como si no lo tiene.*"

La redacción final del artículo 765 es el resultado de la modificación que el Poder Ejecutivo propuso para su incorporación al Código Civil y Comercial.

A su vez, para mayor agravamiento, la norma reenvía a una categoría reconocida en el Código de Vélez entre los Arts. 606 y 615 pero que ha desaparecido en nuevo régimen legal, por lo que se debería entender que ahora quedarían comprendidas dentro de las llamadas "obligaciones de género" que sí encuentran regulación en el Parágrafo 4 de la misma Sección.

Como último escollo a salvar, surge la necesidad de definir qué se entiende por el "equivalente en moneda de curso legal". El gran problema con la norma tal como hoy se encuentra redactada, es que en nuestro país existen diversos tipos de valores para la moneda extranjera, principalmente para el dólar norteamericano, que es el más utilizado para este tipo de contrataciones. Asimismo, existe un "cepo cambiario" que establece un engorroso trámite para la compra de divisas extranjeras. Así las cosas, se advierte que al acreedor de moneda extranjera, se lo obliga a recibir una fracción del valor de la deuda originaria ya que, según lo prescripto por el art. 765 in fine del CCCN, el deudor que paga en pesos a la cotización oficial queda liberado de su obligación, resintiéndose así principios legales férreamente arraigados en nuestra cultura jurídica, como son el principio de identidad (arts. 740/741 CC, y 868 del CCCN) e integridad de pago (art. 742 CC, y 869 del CCCN), seguridad jurídica, derecho de propiedad, entre otros.¹⁷

¹⁷ En sentido similar, respecto al proceso de crisis económico social vivido a fines del año 2001, la doctrina sostuvo: "De forma tal que, como siempre ha sucedido en este tipo de procesos, el precio de dicha devaluación "lo pagan los acreedores de moneda extranjera, que por mandato de la ley deberán recibir moneda argentina, cuyo futuro contenido será la paridad que su relación determine en cada momento. En cambio, los deudores pagarán con moneda argentina depreciada". Todo lo cual acarrea ineludibles nefastas consecuencias, atento que: "Las cantidades retenidas en poder de sus titulares en moneda extranjera (en el territorio o fuera del mismo) desaparecen del mercado porque, contrariamente a lo querido por el gobierno, esa moneda efectivamente mantiene su valor económico en el resto del mundo y continúa cumpliendo su función económica de atesoramiento. Y aquellos créditos en moneda extranjera que hubieren quedado sometidos a las medidas de racionamiento y de control de cambio, entran a otra fase de conflicto, porque con relación a los mismos se plantea el problema de que la índole de la moneda en que están constituidas representa poder de riqueza del cual el sujeto acreedor resulta privado pese a la garantía constitucional a la propiedad". MALLO RIVAS, Augusto "Notas con motivo del decreto 214/02", en E.D. 196, ps. 1055 y ss.,

En sentido similar nuestra doctrina tiempo atrás refirió que "Hubo periodos donde la intervención del Estado en el mercado cambiario, imponiendo determinados tipos de cambio o, más aún, restringiendo o prohibiendo la comercialización de divisas entre particulares, produjo graves distorsiones, ya que la cotización oficial estaba alejada de los valores reales de la moneda extranjera. Ello determinó que esa conversión de la moneda extranjera oficial a la moneda nacional pudiera realizarse en base a las pautas oficiales, en desmedro del derecho del acreedor"¹⁸

Se puede interpretar también que la citada afección al derecho de propiedad del acreedor de moneda extranjera se aparta además del art. 772 del Anteproyecto (no modificado por el CCCN). Ello ocurre al distinguirse las obligaciones dinerarias de las de valor, por cuanto en este último caso su monto resultante debe corresponderse con el valor real para el momento de la evaluación de la deuda, permitiéndose que ella pueda ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. En sus fundamentos la Comisión Redactora resaltó que "el valor real es el que tiene prioridad".¹⁹ Evidentemente la norma proyectada (art. 765) echó por tierra dichas reglas, por cuanto si estamos en presencia de una obligación dineraria en moneda extranjera, el deudor podrá pagar en pesos a la cotización oficial de la moneda extranjera. En cambio de tratarse de una deuda de valor deberá acudir necesariamente al valor real de la deuda, lo cual implica admitir en los hechos una desigualdad injustificada para aquel crédito en moneda extranjera.

El hecho de convertir a las obligaciones de dar moneda extranjera en obligaciones de dar cantidades de cosas (más bien de género, ya que dicha categoría deja de existir en el nuevo código civil y comercial) implica necesariamente definir un tipo de cambio de referencia para poder determinar el

citado por TRIGO REPRESAS, Félix A., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS2012-XI, 5. En idéntico sentido se sostuvo: "De todos modos, el Estado de Derecho no puede ocultar la realidad negocial, pretendiendo eliminar dinero que circula, aun cuando no tenga curso legal, mediante una sutil modificación al régimen monetario. En el caso que esa fuese la intención se verían afectados derechos adquiridos por los justiciables. Parece oportuno dejar todo como está y no innovar en este tema puntual.", SALERNO, Marcelo, "Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Compilación: Jorge Nicolás Lafferrière. Facultad de Derecho - Universidad Católica Argentina", Ed. El Derecho. pág. 358.

¹⁸ PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, 1999, Tomo I, pág. 389; CASIELLO, Juan Jose, "Código Civil y leyes complementarias...", Hammurabi, Tomo 2A, comentario a los arts. 616 a 624.

¹⁹ http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

“equivalente” en moneda de curso legal. No obstante, no hay definiciones concretas al respecto. La única disposición que arroja luz sobre esta incógnita es el artículo 772, que si bien no explicita el tipo de cambio, menciona que “el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda (...)”. Esto da lugar a un debate acerca de cuál es el monto que refleja el valor real. Por las razones expuestas anteriormente, nos inclinamos por creer que es el de mercado. La falta de definición respecto de este tema no es casual. Esto es así porque existen dos opciones:

- a) Definir que debe tomarse el valor de cambio oficial.
- b) Fijarlo al valor del mercado, atándolo a un sistema que si bien es más realista en cuanto al poder adquisitivo de esa divisa, está atado a la volatilidad y a la estipulación propia del mercado de valores.

Esta lógica fue clara para el Poder Ejecutivo. Por dicho motivo no se definió el parámetro para fijar el equivalente a la moneda extranjera. Dicha definición será tarea del Poder Judicial a través de la formación de jurisprudencia.

IV) Conclusiones

A modo de conclusión, se puede afirmar que la actual redacción del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación adolece de múltiples vicios, como ser la modificación improvisada de la naturaleza de la obligación; la alusión a un tipo de obligaciones que no existe; la incertidumbre acerca de su obligatoriedad o disponibilidad; la falta premeditada de definición acerca del parámetro para determinar el equivalente en moneda de curso legal; y la contradicción inmediata que suscita con el artículo 766. Todos estos problemas generan gran inseguridad jurídica y desalientan a cualquier inversor en moneda extranjera, vulneran los principios de identidad e integridad del pago, el de *pacta sunt servanda*²⁰, la protección de la propiedad privada, y mantienen un sistema que no se adapta a la realidad económica contemporánea. A su vez, generan en el Poder Judicial la carga de definir los parámetros para determinar el equivalente en pesos argentinos de la cantidad de moneda extranjera pactada. Estos argumentos fueron esgrimidos por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al

²⁰ Expresión latina que significa que los acuerdos son para ser cumplidos

confirmar un fallo de primera instancia²¹ que había rechazado la demanda iniciada por una deudora hipotecaria (ella había recibido un préstamo de 37.900 dólares estadounidenses y pretendía devolverlo en pesos al valor oficial), alegando la imposibilidad de conseguir la moneda extranjera debido al cepo cambiario.

Si bien la Cámara señaló que la aplicación del artículo 765 es supletoria a lo pactado por las partes, remite como fundamento al artículo 962 que, como argumentamos anteriormente, da una solución dependiente de la interpretación de los jueces; Lo ideal es que la norma sea clara y precisa, prescindiendo de su intervención.

En consecuencia, estimamos que la solución más conveniente es eliminar la segunda oración del artículo 765, de modo que figure la definición de las obligaciones de dar dinero, e incluir dentro suyo a las obligaciones en moneda extranjera. En conjunción con el artículo 766, no quedará duda de que las obligaciones pactadas en dólares o en la divisa de cualquier otro país deberán ser devueltas en la misma moneda, manteniéndose la intangibilidad de los principios identidad e integridad del pago (art. 867 CCCN), como así también la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17 CN), que figuran en nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, la redacción propuesta retorna al criterio de los artículos 617 y 619 del Código Civil vigente hasta el 31 de julio de 2015, criterio seguido por la Comisión Redactora antes de introducir las propuestas del Poder Ejecutivo, evitando así incurrir en los problemas que generaría, tal como ya se ha explicado, entender a estas obligaciones como “de dar cantidades de cosas”. Asimismo, la solución ofrecida se armoniza con los artículos 1390, 1408 y 1525, que chocan con la actual redacción del art. 765.

V) Texto normativo propuesto

ARTICULO 1º - Modifíquese el artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, que quedará redactado de la siguiente manera:

²¹ Expte N° 79.776/2012 - “Fau, Marta Renee c/Abecian, Carlos Alberto y Otros s/Consignación” y “Expte. N° 76.280/2012 – “Libson, Teodoro y Otros c/Fau, Marta Renee s/Ejecución Hipotecaria” – CNCIV – Sala F – 25/08/2015.

“ARTÍCULO 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, de curso legal o extranjera, al momento de constitución de la obligación.”

ARTICULO 2º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDACION NUEVAS GENERACIONES

Beruti 2480 (C1117AAD)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)
Tel: (54) (11) 4822-7721
contacto@nuevasgeneraciones.com.ar
www.nuevasgeneraciones.com.ar

FUNDACION HANNS SEIDEL

Montevideo 1669 piso 4º depto “C” (C1021AAA)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)
Tel: (54) (11) 4813-8383
argentina@hss.de
www.hss.de/americalatina