

LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU CARÁCTER DISPONIBLE. DE LAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN

Autores: Fernando Matías Colombres¹ y Esteban Javier Arias Cáu²

Resumen:

La solución establecida por el artículo 765 del Código Civil y Comercial - en cuanto regula pautas de cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera - tiene naturaleza supletoria y será aplicable en tanto y en cuanto las partes hayan guardado silencio o bien hayan renunciado a la opción.

Conclusiones.

Proponemos que las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil” declaren que:

Lege lata

- 1) Que el art. 765 del Código Civil y Comercial no es una norma de orden público y por lo tanto puede ser derogado por acuerdo de partes, renunciándose a la opción.
- 2) Que habiéndose omitido incorporar al art. 765 la mención “a cambio oficial”, las partes pueden fijar libremente el procedimiento en virtud del cual se calculará “el equivalente en moneda de curso legal” para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Lege ferenda

- 1) Propiciar la modificación del art. 765 del Código Civil y Comercial a los efectos que se vuelva a la redacción originariamente contenida en el Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial.
- 2) Propiciar que, de no darse la modificación propuesta en el punto anterior, se legisle expresándose que el art. 765 del Código Civil y Comercial no es una norma de orden público.
- 3) Propiciar que, de no darse la modificación propuesta en el punto 1, se adecúe la referencia a “dar cantidades de cosa” a la cual hace mención el art. 765 del Código Civil y Comercial, al sistema vigente, el cual no contempla esa categoría de manera específica.

¹ Profesor Adjunto Derecho Privado II (Obligaciones), “Universidad San Pablo T”, Tucumán.

² Profesor Adjunto Derecho Civil III (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS. Secretario de la Sede Jujuy, del Instituto “Noroeste”, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

1.- Introducción

Los contratos que dan nacimiento a obligaciones pactadas en moneda extranjera fueron siempre muy utilizados en nuestro país debido, en la mayoría de los casos, a las constantes (y casi cíclicas) crisis económicas que sufrimos, las cuales llevaron a la depreciación de nuestra moneda y al dictado de numerosas leyes de emergencia.

En dicho marco y como un modo de adecuar las normas jurídicas a la realidad económica y a las soluciones brindadas por nuestros tribunales, se sancionaron leyes que equiparaban en cuanto a su naturaleza jurídica de obligaciones de dar sumas de dinero —con las implicancias que ello traía aparejado— a las pactadas en moneda extranjera.

Ahora bien, la redacción del art. 765³ implica el retroceso a un régimen ya superado, con las consecuentes dudas e incertidumbres que ello traerá, máxime teniendo en cuenta que a pesar de este viraje respecto al tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera, continua vigente la prohibición de indexación contractual⁴, con lo cual se recortan las herramientas en poder de las partes para mantener el sinalagma en los contratos que no sean de ejecución instantánea⁵.

2.- Las obligaciones en moneda extranjera antes del código civil y comercial.

El Código Civil de Vélez, en su redacción original, establecía en el art. 617 que:

“...si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.

En este sentido Vélez entendió que la moneda extranjera no es dinero sino simplemente cosas y así lo explicaban claramente Alterini, Ameal y Lopez Cabana⁶ al decir: “La moneda extranjera no es considerada dinero en nuestro país, si no que se caracteriza como una cosa fungible. Por ello las obligaciones en moneda extranjera son regladas por las disposiciones relativas a las obligaciones de cantidad (conf. Art. 617 C.C), con lo cual importan auténticas deudas de valor y no dinerarias⁷”.

³ Debemos remarcar que el texto original del art. 765 remitido por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, contaba con una solución diametralmente opuesta a la que finalmente fue sancionada como norma y que es objeto de esta ponencia. En efecto, el art. 765 antes de su modificación rezaba: “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”.

⁴ Mantenido por el art. 4 de la ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561.

⁵ En nuestro país rige el sistema nominalista, el cual, como explicaba claramente Borda: “El nominalismo es una doctrina económica que postula que un peso vale siempre un peso; en otras palabras, que existiendo una deuda de dinero, se ha de pagar siempre la suma o cantidad que aparezca como debida, aunque la moneda con que esa suma se expresa haya sufrido variaciones en su valor. Según esta doctrina, los jueces no pueden corregir esas fluctuaciones, por más que esa corrección conculque exigencias de la justicia conmutativa. El valor del peso, determinado por el legislador, es un valor legal, siempre constante, siempre igual a sí mismo. De los postulados en los que se polariza el derecho —justicia y seguridad— el nominalismo responde predominantemente al postulado de la seguridad”. BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 192.

⁶ ALTERINI, Atilio A, AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M, *Curso de Obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1975, T° II, pág. 372.

⁷ La doctrina distingue entre las obligaciones de valor y las obligaciones dinerarias. Aquellas permiten, en épocas inflacionarias, realizar un reajuste cuantificando la obligación de valor en dinero, de forma que se

Por ello, enseñaba Llambías, que la consecuencia lógica de esta solución jurídica, es la siguiente: “la inejecución de las obligaciones en moneda extranjera se sanciona con la indemnización de los daños y perjuicios que tal incumplimiento de una obligación de cantidad causa al acreedor. En el caso, el daño resarcible consiste en el valor, en moneda nacional, que tenía la moneda extranjera al tiempo de la mora del deudor, más los intereses correspondientes⁸”.

Respecto al modo de cumplir con la obligación el art. 619 del Código Civil 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”.

Ante ello Alterini, Ameal y Lopez Cabana sostenían que: “Debido a que se trata de una deuda de valor (valor de la moneda extranjera al momento de la mora del deudor), incide en ella la depreciación que sufra la moneda nacional hasta el día que efectivamente se pague la deuda... con lo cual el tipo de cambio es el vigente en el día de constituirse en mora al deudor y el “valor” así obtenido es reajutable de acuerdo con la pérdida del poder adquisitivo que sufra la moneda nacional hasta el día que se pague la obligación...”

Así las cosas, nos encontramos con que en el sistema originario del Código Civil se pactaba el pago en moneda extranjera como una forma de indexar, es decir, de proteger el crédito de los vaivenes económicos.

Ahora bien, en el año 1991 a través de la ley 23.828 llamada “ley de Convertibilidad del Austral” se modificó el sistema *supra* desarrollado, ya que a través de su art. 7 se prohibió expresamente pactar, dentro de los contratos, cláusulas de ajustes de deudas, estableciéndose:

“el deudor de una obligación de dar una suma 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 re potenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”.

Por otro lado, a través del art. 11 se modificaron los arts. 617 y 619 del Código Civil, los cuales quedaron redactados de la siguiente manera:

“Art. 617: si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

“Art. 619: 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”.

permite obtener una cantidad de bienes similar a la original. Así el dinero no es el objeto de la prestación sino la medida de su valor, la cual se valúa en el momento de la liquidación y tiene íntima vinculación con el poder adquisitivo y no con el valor nominal.

⁸ LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tº II-A, pág. 346.

Entonces, a partir de la Ley de Convertibilidad, las obligaciones pactadas en cualquier moneda distinta a la de circulación legal en la República Argentina se consideran una obligación de dar sumas de dinero y no cantidad de cosas, como en el sistema anterior. Una primera consecuencia de este cambio es que también se deben intereses para el caso de incumplimiento de una obligación en otra moneda que no sean pesos.

Llegó entonces el año 2002 donde, a raíz de la gran crisis financiera económica y social que azotó al país, el Poder Ejecutivo dictó la “Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario” N° 25.561⁹ mediante la cual se abandonó el sistema o régimen de convertibilidad fijada por la ley N° 23.828. No obstante ello, se mantuvo vigente la prohibición de indexar al establecer que:

“El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”.

Es en este escenario previo en el cual se sanciona y promulga el Código Civil y Comercial, mediante Ley N° 26.994, y que veremos a continuación.

3.- Las obligaciones en moneda extranjera en el código civil y comercial.

El Anteproyecto que la Comisión Redactora envía al Poder Ejecutivo referido a las obligaciones en moneda extranjera no difería en su esencia del sistema que regía en nuestro país desde el año 1991 y que hemos esbozado brevemente. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil la Comisión Redactora proclamó que:

“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, 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, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA.”, Fallos: 315:1209), de “un proceso de estabilización de la economía”. En este caso, es necesaria una definición de carácter normativo que establezca con claridad y precisión el alcance de la obligación. Por eso, se dice que 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 hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Se dispone que 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”.

Esta proclama se vio reflejada en los textos de los artículos 765 y 766 del Anteproyecto los cuales rezaban:

⁹ Cuya última prórroga fenece el 31 de diciembre de 2015. Cfr., Ley N° 26.204. Prórroga. Sancionada: Octubre 9 de 2013 Promulgada: Octubre 21 de 2013.

“Art. 765. 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”.

“Art. 766. 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”.

Ahora bien, no obstante lo claro de los Fundamentos respecto a respetar los principios del derecho monetario argentino, el Poder Ejecutivo Nacional no dudó en modificar estos artículos, producto de una situación coyuntural en ese momento, los cuales quedaron redactados de la siguiente manera:

Art. 765: “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”.

Art. 766: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”.

Así las cosas, de la simple lectura de las normas arriba transcriptas resulta evidente la vuelta al sistema o régimen anterior al año 1991, que el Código Civil y Comercial de la Nación ahora propicia, sin brindar los argumentos técnico jurídicos para semejante modificación. Este retorno hace que nos planteemos, por lo menos, dos interrogantes:

III.1 ¿Cuál es el método para calcular la equivalencia entre la moneda extranjera y la moneda de curso legal?

Cuando el Poder Ejecutivo decidió modificar los artículos remitidos por la Comisión Redactora, circuló una versión del art. 765 donde se hablaba que el equivalente se debía considerar según "cotización oficial", lo cual dio lugar para que algunos afirmaran que se pretendía como objetivo *pesificar* la economía, circunstancia que fuera negada por importantes funcionarios del Gobierno Nacional¹⁰.

Ello nos lleva a concluir que al haberse eliminado la mención a la cotización oficial del texto del artículo, el legislador renunció a fijar esa pauta como el parámetro de conversión "indisponible". Por lo cual, deberán reputarse válidas las cláusulas donde las partes pacten libremente el modo de calcular la equivalencia entre la moneda

¹⁰ El secretario de Justicia de la Nación, Julián Álvarez, aseguró 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", dijo sobre el cumplimiento de los contratos. "La norma dice que si no se pacta nada, se tiene que devolver en la moneda de curso legal". <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=761101> .

Por su parte el Ministro de Justicia de la Nación Julio Alak aclaró que “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 esa divisa”, explicó. - See more at: http://alertas.directoriolegislativo.org/?post_type=noticia&n=17787#sthash.R8gjOloK.dpuf

nacional y la extranjera, donde el deudor deberá dar la cantidad de moneda de curso legal que permita respetar la equivalencia fijada contractualmente¹¹.

Lógicamente que los operadores jurídicos deberán ser muy cuidadosos con su redacción, ya que, de surgir que la misma es usada únicamente como forma de estabilización podría ser declarada nula debido a la prohibición de indexar que surge, reiteremos del texto de la ley de emergencia N° 25561¹².

III.2 ¿Es el artículo 765 del Código Civil y Comercial una norma de orden público y por ende indisponible para las partes?

El segundo interrogante resulta revelador de nuestra postura y que constituye el título de este apartado. Creemos que la respuesta que se impone es la negativa y los motivos son diversos:

a) En primer lugar, de las declaraciones de los principales ministros del Poder Ejecutivo —*ut supra* transcriptas— surge claro que el cambio proyectado no implicaba una pesificación de la economía. Entonces, interpretar que dicho artículo es de orden público significaría ir en contra del espíritu mismo de la norma, ya que ello implicaría sin más, la no querida “pesificación de la economía”.

b) En segundo lugar, porque la redacción actual del art. 765 sin ninguna duda permite la contratación en moneda extranjera, con lo cual al no estar prohibido este tipo de contratos, no se ve cómo podría estar afectado el orden público¹³ en caso que las partes consideren como esencial el pago en la moneda extranjera y que por ende establezcan que el deudor no puede cancelar su obligación pagando en una moneda distinta. Recordemos que el Código unifica la materia civil con la comercial, y en esta última la mayoría de las transacciones entre empresas, exportadoras e importadoras, se concierta y se abona en moneda extranjera.

c) En tercer lugar, porque el art. 766 establece que “el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. Este artículo también fue “retocado” desde el Poder Ejecutivo, con lo que debe interpretarse que no fue un descuido en cómo fue hecha su modificación, lo cual lleva a la conclusión que si las partes derogan el art. 765, el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

d) En cuarto lugar, porque de considerarse que es una cláusula *favor debilis* el Código Civil y Comercial tiene los mecanismos para corregir situaciones de abuso en los contratos con cláusulas predisuestas.

¹¹ Por ejemplo la famosa cláusula “Bonex” la cual remite a la entrega de los pesos necesarios para adquirir la cantidad de ciertos títulos valores en dólares, que una vez negociados y liquidados en el mercado de Nueva York, Zurich o Montevideo, su producido en divisas, neto de gastos, impuestos, tasas y comisiones, sea igual a la suma de dólares adeudadas.

¹² Cuya vigencia, en virtud de sus sucesivas prórrogas se encuentra pronto a expirar. Resulta insólito que el país se encuentre en emergencia desde hace 17 años, a pesar de haberse engrosado las reservas del Banco Central de la República Argentina con la liquidación de cosechas records de soja y se hayan cancelado más de U\$S 10.000 millones al Fondo Monetario Internacional. . .

¹³ Conf., OSSOLA, Federico A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, T° IV, pág. 126: “A la luz de este panorama, queda claro que la norma residual del artículo 765 no resulta de orden público, pues, si ése hubiera sido el objetivo de política monetaria —como se dijo— un criterio diverso para con las obligaciones en moneda extranjera pactadas en los diferentes contratos nominados que canalizan habitualmente la dinámica de los negocios vinculados al crédito monetario”.

e) En quinto lugar, porque en los préstamos bancarios el prestatario debe devolver a la entidad financiera el capital y los intereses en la moneda de la misma especie entregada, conforme a lo pactado (1408, CCyC).

f) En sexto lugar, porque el art. 1527 al tratar acerca del contrato de mutuo establece que el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada.

g) En séptimo lugar, por tanto las partes pueden pactar expresamente el pago en moneda extranjera y “la renuncia a la opción¹⁴”, con lo cual quedará claro que el pago deberá hacerse en la especie designada.

h) En octavo lugar, la ley 25.561 y sus sucesivas prórrogas de la emergencia pública culminan el 31 de diciembre de 2015. Empero, al haberse derogado el régimen previsto por los arts. 617, 619 y 623 del Cód. Civil, con la sanción del Código Civil y Comercial (Ley 26.994), se ha modificado el régimen de obligaciones de dar suma de dinero, perdiéndose el carácter de orden público que le otorgaba la ley 23.928,

Por todo estos argumentos, sostenemos que el art. 765 del CCyC *no es una norma de orden público* económico. En consecuencia, mantiene su campo de actuación solo ante el silencio de las partes contractuales; o bien ante la expresa renuncia de la opción allí contenida.

¹⁴ OSSOLA, Federico A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, T° IV, pág. 125, quien menciona los arts. 958, 959, en materia de contratos; 1121, inc. a, en los contratos de consumo.