

PESIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. SU CARÁCTER SUPLETORIO

Autor: Leonardo A. Urruti*

Resumen:

La reforma introducida por el Código Civil y Comercial en cuanto a la posibilidad del pago por equivalencia en moneda de curso legal de las obligaciones pactadas en moneda extranjera se encuentra supeditada a la no renovación de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. La posibilidad comprendida en artículo 765 posee carácter supletorio y debe ser expresamente pactada entre las partes configurando una excepción al principio general nominalista. Se requiere fijar pautas de interpretación en cuanto a su aplicación en el tiempo y determinación del tipo de cambio aplicable.

1. Introducción

La regulación jurídica dispuesta para las obligaciones de dar dinero constituye un punto de esencial relevancia en el marco de la política económica argentina, cuya realidad se encuentra cíclicamente azotada, desde hace décadas, por períodos de devaluaciones y corridas inflacionarias que atentan contra la confianza de los actores económicos en la moneda nacional y la búsqueda de refugio de valor en monedas consideradas más fuertes, priorizando en nuestro país el dólar estadounidense.

En base a esta búsqueda de reserva de valor, lógica e intuitiva frente a las variaciones constantes de los precios, deviene la pretensión de quien resulta acreedor de un crédito en dinero de buscar que el valor del mismo se mantenga actualizado al vencimiento de la fecha de pago, aun estando vigente la prohibición de indexación dispuesta por la Ley de Convertibilidad (ley 23.828, B.O. 28/3/1991) la que luego de ser derogada parcialmente fuera mantenida en ese aspecto por la aún vigente Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (ley 25.561, B.O 06/01/2002¹).

El texto finalmente aprobado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCyC”) por medio de la ley 26.994 (B.O 07/10/2014) retorna, en parte, al sistema adoptado de manera previa a la convertibilidad al establecer aplicable el

*Abogado (UNS). Maestrando de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional del Sur. Aval: Sebastián Arruiz. Profesor Adjunto, Introducción al Derecho CA, para las carreras de Contador Público, Lic. en Administración y Lic. en Economía, Universidad Nacional del Sur; Ayudante de docencia “A”, Derecho de Daños para la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

¹ La citada normativa dispone en su artículo 10°: “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional—inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.”

régimen jurídico de obligaciones de dar cantidades de cosas a las obligaciones de moneda extranjera y la posibilidad de liberación de su deudor de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

En este breve trabajo, analizaremos la interpretación de la normativa en consonancia con los repetitivos antecedentes de nuestro derecho y realidad económica buscando una interpretación abarcativa y coherente con el sistema monetario argentino en la pretensión de someter al debate de la Comisión diferentes problemas de aplicación que plantea la redacción vigente y proponiendo posibles soluciones para analizar.

2. Antecedentes

2.1. Código Civil. Deudas en moneda extranjera como deudas de valor

El Código de Vélez Sarsfield, reguló 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**” (el resaltado nos pertenece).

El codificador dispuso que la moneda extranjera, no sea considerada dinero sino una “cosa”, es decir, un objeto material susceptible de tener un valor (conf. art. 2311 del Código Civil) lo cual resulta equivoco en nuestros tiempos donde salvando la existencia de monedas forjadas a partir de metales preciosos, el dinero no posee un valor intrínseco sino representativo y fiduciario, devenido de una representación de valor asignada por el Estado en virtud de un principio nominalista de unidades de valor adoptado por la mayoría de las legislaciones vigentes².

A consecuencia de que la moneda extranjera fuera considerada jurídicamente como una cosa, a diferencia de una deuda de dinero, se interpretó que el incumplimiento en el pago no generase el devengamiento de intereses a partir de la mora (utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a su debido tiempo, según el artículo 519). De esta manera, Jorge Llambias describía con exactitud que *“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 correspondientes”*³.

De aquí se deriva que recién al momento del incumplimiento del deudor, se definiría el valor de la moneda extranjera (cosa) a la cotización de la misma en dicho tiempo (indemnización por daños compensatorios), y a partir de la obtención de dicho valor recién se generaban intereses moratorios hasta el momento de efectivo pago. Es decir, que la calificación jurídica de la moneda extranjera como una cosa, permitía aplicar la teoría de las obligaciones de valor y, en ese sentido, actuaba como una cláusula de actualización o estabilización frente a las fluctuaciones monetarias siempre presentes⁴.

² Entre ellas el Código Civil francés y luego adoptado por Italia, España, Holanda, Bélgica, Uruguay, Bolivia, Chile, Colombia y otros países. El valor nominal, es el valor escrito y asignado a la moneda por el Estado, que además no permite que se le atribuya un valor diverso. Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, RCyS2012-XI, 5; La Ley Uruguay 2012-12, 01/12/2012, 1493 (AR/DOC/5351/2012, documento digital pp.3-4)

³ LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II-A, p.346.

⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A., *op.cit.*, (documento digital p.7)

A continuación, el artículo 619 del Código Civil mandaba que *“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”*. Fijando la regla general de que la obligación se extingue si el pago se realiza dando la misma especie designada de moneda, es decir, en cumplimiento del principio de identidad e integridad del pago.

Diferentes pronunciamientos resolvieron que *“el deudor puede liberarse de una obligación de dar moneda extranjera entregando su equivalente en moneda nacional”*⁵, lo que implicaría una reserva de valor frente a supuestos de devaluación acompañados por procesos inflacionarios.

Respecto de las obligaciones de dar sumas de dinero previsto solo para la moneda nacional, la jurisprudencia las distinguió en todo momento de las obligaciones de valor y siguiendo el principio nominalista, se impedía su reajuste o repotencialización para salvar la depreciación de la moneda nacional, salvo previsión contractual en contrario⁶ dado que en vigencia de la supremacía de la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato podía establecer índices o cláusulas de estabilización y estas tendrían entre ellas la misma potencia que la ley, conforme el art. 1197 del Código Civil⁷.

2.2. Regulación a partir de la Ley de Convertibilidad

Con el régimen de orden público dispuesto con la ley 23.928 (B.O. 28/3/1991) la redacción del art. 617 fue modificada. A partir de entonces las deudas en moneda extranjera (de curso convencional) dejaron de ser consideradas deudas de dar cantidades de cosas y pasaron a equipararse a la moneda nacional (de curso legal), al ser consideradas como deudas de dar sumas de dinero. El artículo rezaba lo siguiente *“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”*.

Interpretar las consecuencias de esta importante modificación nos resulta de gran utilidad para perfilar la interpretación a la nueva redacción del CCyC. Con las modificaciones introducidas por el régimen de convertibilidad se equiparó el régimen aplicable tanto a la moneda -o “monedas” si se considera el nunca derogado “argentino oro” de la ley 1.130 (B.O 03/11/1881)- nacional con las monedas extranjeras en el género de *“obligaciones de dar sumas de dinero”*. De este modo, es que a partir del vencimiento de una obligación de dar moneda extranjera se generasen utilidades, bajo la forma de intereses y ya no una reparación de daños y perjuicios.

El art. 619 también fue oportunamente modificado, estableciendo que *“... 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”*. En otras palabras, si el deudor se obligó a pagar pesos sólo se libera de su deuda entregando la cantidad pautada de esa moneda, y si por el contrario, se obliga a pagar dólares, solo se liberaría pagando la suma establecida en esa moneda en virtud del principio de identidad (1 peso por 1 peso; 1 dólar por 1 dólar). Esta modificación solo elimina la referencia a la moneda corriente nacional.

⁵ C.Civ. 1°, JA 10-264. C. Fed., JA 1942-II-579.

⁶ C.Civ., Sala A, ED 47-182.

⁷ Conf. Artículo 1.197 del Código Civil: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*.

Parece preciso resaltar ya sea en el régimen del Código Civil, como en las modificaciones de la Ley de Convertibilidad o en el vigente CCyC, siempre ha estado permitido en Argentina la posibilidad de contratar y obligarse en moneda extranjera, asimismo la obligación primaria de pagar en esa misma especie para obtener el pago liberador. Al reconocerse el carácter de dinero de la moneda extranjera, se aplica la teoría nominalista y, frente a un eventual incumplimiento, la deuda se actualiza con el paso del tiempo por el devengamiento de intereses.

En conclusión en el régimen originario, donde las deudas en moneda extranjera eran consideradas deudas de dar cantidades de cosas (al que veremos se ha regresado con la nueva regulación), la moneda extranjera actuaba como una obligación de valor que admitía la actualización conforme la cotización de aquella al momento del vencimiento. A partir de la convertibilidad, la moneda extranjera pierde el carácter reseñado y asume su naturaleza efectiva, en tanto obligación de dar dinero, y frente al incumplimiento, se indemniza las pérdidas del acreedor con la utilidad de la que este se está privando, es decir, los intereses.

2.3. Anteproyecto de reformas del 2012 y el régimen del CCyC

La redacción original dispuesta por la Comisión Redactora⁸, definió a las obligaciones de dar dinero en el art. 765 del Anteproyecto interpretando que *“la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación”*. Luego de este concepto introductorio, se refiera a las obligaciones pautadas en moneda que no sea de curso legal (moneda extranjera) y estable que asimismo *“la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”*⁹.

En este sentido, la redacción de la Comisión continuó la línea de compatibilidad con las disposiciones -aún vigentes- de la Ley de Convertibilidad y la de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, adoptando una posición nominalista respecto de las obligaciones en moneda extranjera, y, en consonancia, con la calificación de dinero, aplicable tanto a la moneda de curso legal como a la de curso convencional. Esta redacción daba la misma regulación a todas las obligaciones en dinero y resultaba sobreabundante el párrafo referido a la moneda que no fuere de curso legal, dado que ninguna diferencia de regulación se infería.

Este artículo se complementaba con el siguiente art. 766 que continuando con el principio de identidad e integridad que caracterizan al pago liberador disponía *“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”*. En otras palabras, si el deudor se obliga en pesos deberá pagar la cantidad nominal en pesos y si se obligara en dólares, pagará la cantidad pactada en dólares.

⁸ La creación del mentado proyecto se dispuso por medio del Dec. 191/2011 a través del cual se crea la "Comisión para La Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil Y Comercial de la Nación" a cargo de Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Para obtener el texto completo del decreto en formato digital véase la web oficial InfoLEG: URL: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/179643/norma.htm>. Los textos oficiales en igual formato, tanto del Anteproyecto, los Fundamentos y la Ley de Aprobación y Derogaciones se encuentran disponibles en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>.

⁹ Véase: Texto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, documento digital, p. 186. Disponible en URL: <http://www.nuevocodigocivil.com>.

La Comisión adoptó una posición nominalista, propiciando seguridad jurídica y continuando una línea coherente con la definición doctrinaria del pago liberador. Los Fundamentos de la reforma, aclaraban que la regulación propuesta se basaba en el respeto de los *“principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia”*¹⁰.

2.4. El nuevo Código Civil y Comercial. Artículos 765 y 766

Luego de las modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional, la redacción originaria fue modificada (sin enunciar los fundamentos)¹¹ y de manera confusa en cuanto a sus fines y efectos.

El texto finalmente aprobado del artículo 765 reza que *“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”* (el resaltado nos pertenece).

Finalmente, el artículo 766 también se modifica normando, de manera incongruente con el último párrafo del artículo previo, que “el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”.

De esta manera el nuevo CCyC parece retomar la teoría de las deudas de valor, previa a la Ley de Convertibilidad en lo referido a obligaciones pactadas en moneda extranjera. Permanecen notables dudas sobre la aparente contradicción entre los artículos mencionados y, de igual modo, entre la nueva regulación y la ley 25.561 que permanece vigente, teniendo carácter especial y de orden público.

Al regresar a la regulación previa a la Ley de Convertibilidad la obligación contraída en moneda extranjera deja de ser una obligación de dar dinero para sometida al régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas, lo que redundará en última instancia en una deuda de valor, asimilable a cláusulas estabilizadoras hoy vedadas¹².

3. Conflictos interpretativos

Esta nueva ley origina varios problemas de interpretación.

3.1. Norma de orden público o norma supletoria. Interpretación

En una orientación general en favor de la parte más débil de la contratación que orienta los lineamientos del nuevo CCyC, el art. 765 dispone que el deudor *“puede”* liberarse de la obligación pactada en moneda extranjera dando el equivalente en moneda de curso legal. No queda claro si esta opción depende de la sola voluntad del deudor es de orden público o resulta una normativa supletoria, para el caso que las partes no reglaren lo contrario en ejercicio de la autonomía de su voluntad.

¹⁰ Véase: “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, documento digital, p. 186. Disponible en URL: <http://www.nuevocodigocivil.com>.

¹¹ Véase: “Fundamentos de los cambios introducidos por el P.E.N”, documento digital, pp.5-6. Disponible en URL: <http://www.nuevocodigocivil.com>.

¹² Si bien existen quienes niegan este carácter a las deudas de valor, podemos concluir en que se obtiene el resultado deseado por una cláusula estabilizadora o indexación que no es otra que ajusta el precio conforme las variaciones en la apreciación del dinero.

Este precepto podría interpretarse de manera contextual con el artículo 959 (que hace las veces del 1197 del Código Civil) y establece, en cuanto al efecto vinculante de los contratos, que *“todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”* y, asimismo, con el art. 962 que dispone *“las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”*.

En cuanto a la prelación normativa, la misma regulación establece que en el art. 963 un orden de prelación en el siguiente orden: *“a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”*.

No obstante, si se juzga que este precepto tiene aplicación práctica, implica una “pesificación” de las obligaciones en moneda extranjera, que puede resultar notablemente contrario al otorgamiento de préstamos en moneda extranjera que pudieren convenirse y a contrataciones de cualquier índole con el mismo objeto¹³.

Cabe mencionar, que esta regla de excepción no se aplica a los contratos bancarios de depósito, siendo que el artículo 1390 del CCyC establece que el banco *“tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”*. Nada menciona al efecto contrario, es decir, respecto de la existencia de un préstamo bancario en moneda extranjera donde el consumidor podría interpretar en su favor la equivalencia del pago en moneda de curso legal¹⁴.

Resulta dudosa la interpretación que se dará a estos preceptos respecto de relaciones y situaciones jurídicas existentes, amparadas por el derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional, su alcance a contratos celebrados con posterioridad al comienzo de vigencia de la nueva normativa para los cuales ya se encuentra vigente y en aquellos convenios donde las partes hayan pactado la entrega de moneda extranjera como elemento esencial. Al momento parece ser una cuestión que deberá solucionar la jurisprudencia.

En el marco de las restricciones cambiarias existentes que impiden el libre acceso al mercado de cambios para la obtención de moneda extranjera y, en consecuencia, la posibilidad de efectuar un pago liberador, esta disposición parece venir a otorgar una herramienta supletoria de carácter remedial y supletorio para que las partes acuerden cómo fijar el tipo de cambio aplicable y saldar sus obligaciones.

3.2. Vacío legal: las obligaciones de dar cantidades de cosas.

El género de obligaciones al que remite la redacción del CCyC es propia del Código Civil anterior, por lo que remite a un vacío legal, dado que no pueden identificarse, en principio, con las obligaciones de género.

¹³ TRIGO REPRESAS, Félix A., *op.cit.*, (documento digital p.10)

¹⁴ Entendemos que en este aspecto se pueden generar conflictos judiciales que deberá interpretar y resolver la jurisprudencia a su debido. En virtud del carácter tuitivo del régimen del consumidor y el principio de interpretación más favorable al mismo, no faltaran reclamos para efectuar el pago por equivalencia al tipo de cambio oficial.

3.3. Incongruencia entre el art. 765 y el 766

Mientras que el artículo 765 dispone que si *“se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República... el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”* (el resaltado nos pertenece), el artículo 766 manda que *“el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”* (el resaltado nos pertenece). Es decir que mientras que el primero establece que si la deuda es en moneda extranjera se puede pagar en moneda de curso legal, el segundo establece la identificación entre la especie convenida y la de pago, no pudiendo entonces liberarse el deudor mediante el pago con otro tipo de moneda.

Debemos interpretar que el artículo 766 establece el principio general, y que la opción del deudor de pagar en moneda de curso legal es una excepción al principio que debe pactarse de manera expresa en el contrato.

3.4. Fijación del tipo de cambio aplicable

La posibilidad del deudor de liberarse mediante el pago del equivalente en moneda de curso legal, sin más, puede generar disímiles interpretaciones en el contexto de anomalía regulatoria y cambiaria que rodea el mercado de cambios local. Existen, al menos informalmente, varios “tipos de cambio” ajenos al oficial, como el denominado “paralelo” o “blue”; el “dólar turista” o “tarjeta”; el dólar “soja” y el resultante de operaciones con títulos valores, conocido popularmente como “contado con liquidación”.

En virtud de que estas variantes para la obtención de moneda extranjera se encuentran fuera del ámbito de licitud (a pesar de su notoria existencia pública y cotización pública en los principales medios de comunicación), debemos interpretar que la intención del legislador ha sido referirse al tipo de cambio oficial que es el único reconocido. No obstante, frente a la ausencia de disposición expresa parece que no faltará la posibilidad de una redacción contractual que comprenda otro tipo de cotización de cambio.

Por último, debemos preguntarnos si el tipo de cambio aplicable debe obtenerse al momento de perfeccionamiento del contrato, al momento de vencimiento de la obligación o al de efectivo pago. En este sentido parece expresarse el artículo 772 del CCyC al establecer que la cuantificación de deudas de valor *“debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico”*

4. Conclusiones

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

Lege lata:

1. La operatividad del pago por equivalencia en las obligaciones pactadas en moneda extranjera se encuentra supeditado a la no renovación de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario.
2. El artículo 765 del CCyC es una norma de carácter supletorio disponible mediante pacto en contrario de las partes.
3. La opción del deudor de pagar en moneda de curso legal es una excepción al principio general nominalista que debe pactarse de manera expresa.

4. Salvo pacto en contrario la opción de pago por equivalencia debe fijarse al tipo de cambio oficial en favor del consumidor o usuario de bienes y servicios.

Lege ferenda:

1. Se recomienda modificar la redacción del art. 765 disponiendo la plena vigencia del principio nominalista y disponiendo que las obligaciones pactadas en moneda extranjera son obligaciones de dar dinero debiendo pagarse en la misma especie pactada, salvo pacto en contrario.

2. En caso de no adoptarse el criterio propuesto, se regulen las “obligaciones de dar cantidades de cosas”.

3. En caso de no adoptarse el criterio propuesto, se agregue al art. 765, que “el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio oficial”.