

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE CONSIDERAR EL ARTÍCULO 765 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO UNA NORMA SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL

Autor: Arbizu, Florencia; Belocopitt, Facundo; Galardi, Rosario; Pegliettini, Angeles; Peluso, Agustín; Salomón, Darío Javier; Sercovich, Leandro Javier.

Resumen:

Conforme una armónica interpretación del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, es necesario resaltar que el deudor podrá liberarse de su obligación asumida en moneda extranjera otorgando el equivalente en moneda de curso legal, salvo estipulación en contrario de las partes. Al darle carácter de supletoriedad al artículo en referencia, en razón de que la norma solo dispone que el deudor “podrá” liberarse las partes pueden convenir en moneda extranjera no dándole virtualidad a los efectos que surgen de la última parte del artículo 765. La imperatividad de esta norma atentaría contra los principios generales receptados en el plexo normativo obligando al deudor a cumplir y al acreedor a recibir el pago únicamente en moneda de curso legal.

a) Introducción

Las obligaciones de dar dinero en el Código Civil y Comercial han sido objeto de numerosos debates doctrinarios que se reanudan al calor de la entrada en vigencia del Código en cuestión. En virtud de lo cual hemos considerado pertinente realizar un análisis sobre los cambios que ha sufrido a lo largo del tiempo el régimen jurídico de las obligaciones asumidas en moneda extranjera, la posibilidad de considerar el controvertido artículo 765 como supletorio o imperativo y su consecuente integración con el resto del sistema normativo.

b) Antecedentes históricos y lineamientos generales

El artículo 617 del Código Civil, en su redacción originaria, establecía que las obligaciones en moneda extranjera eran consideradas como obligaciones de dar cantidades de cosas. Acorde a Llambías, “la consecuencia de esta solución es que si el deudor no cumplía la obligación de la moneda pactada, entonces la obligación se transformaba en la obligación de indemnizar el daño y el deudor podía liberarse pagando en dinero de curso legal al cambio que correspondiera al tiempo de la mora.”¹. Es decir, frente a un incumplimiento, el deudor debía indemnizar entregando su equivalente en suma de dinero de curso legal, habiendo el acreedor acreditado el daño sufrido.

La cláusula de pago en moneda extranjera fue utilizada como medio para asegurar un valor estable y constante de la deuda asumida. Esta práctica tuvo funcionamiento durante varios años sin generar problema alguno en nuestro país. A pesar de ello, el

¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. T.2-A segunda edición, Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 185.

Estado en ejercicio de su soberanía interfirió en el mercado de valores imponiendo distintos tipos de cambio que no eran los que surgían del propio mercado, afectando de esta forma los derechos de los acreedores.

Previo a la Ley de Convertibilidad la jurisprudencia nacional supo decir que "La estipulación entre las partes de que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera es ley para las partes según el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1197, Código Civil), y no puede verse ninguna lesión a un principio de orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad (artículo 17, Carta Fundamental). Por ello, si bien están restringidas las operaciones de cambio en el mercado financiero, las monedas extranjeras no son cosas fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ella sus negocios y contratos, dándoles el valor real que a sus intereses convenga"². A su vez, se dijo "Asimismo podemos expresar que no existe lesión al orden público que se contrate en moneda extranjera, y que el Estado puede regular el cambio de la moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad"³.

Posteriormente, el régimen de Convertibilidad introducido por la Ley 23.928, reforzó el sistema nominalista consagrando la prohibición de indexar en su artículo 7^o⁴. Se modificó rotundamente lo establecido en la redacción originaria de los artículos 617 y 619 puesto que pasó a considerarse a las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones de dar suma de dinero. Bajo este régimen, el deudor, en concordancia con los principios de integridad e identidad de pago, para liberarse de la obligación contraída, debía entregar la cantidad correspondiente de la especie pactada; si así no lo hiciera, el acreedor contaba con la facultad de rechazar el cumplimiento de la obligación. En caso que el deudor se retarde en el cumplimiento, debía abonar al acreedor los intereses moratorios correspondientes.

La Ley de Convertibilidad impide la posibilidad de pactar cláusulas de reajuste en las prestaciones dinerarias, circunstancia innovadora, puesto que tal previsión no se encontraba contemplada en el régimen plasmado por Vélez Sarsfield. Tal prohibición trae a colación la distinción entre deudas de dinero y deudas de valor, siendo las primeras no indexables, mientras que las deudas de valor admiten su repotenciación teniendo en cuenta la cuantificación del quid al momento de su cumplimiento en dinero.

En el año 2002, como consecuencia de la profunda crisis económica, política y social en la cual se vio envuelta la Argentina, se sancionó la Ley 25.561 y una serie de normas complementarias que modificaron el régimen de Convertibilidad. De esta manera, nuestro sistema jurídico quedó estructurado de la siguiente forma:

- Continuó el sistema nominalista y la prohibición de indexar.

² CNCiv, sala C, noviembre 26-985, "Vignola, Nidia A. c/ Colombo Marchi, José", LA LEY 1986-B, p. 299 y siguiente.

³ CNCiv, Sala A, LA LEY 1988-E, 491, "Santamarina, Miguel M. A.", con nota de Jorge R. Causse.

⁴ ARTICULO 7° — 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.

- Mantuvo el criterio de clasificación respecto a las obligaciones asumidas en moneda extranjera, considerándolas como de dar sumas de dinero.
- Todas las obligaciones en moneda extranjera nacidas con anterioridad a dicha ley y vigentes a su sanción, se transformaron, como regla general, en obligaciones a pagar en moneda de curso legal, hubiera o no mora del deudor.

Bajo este lineamiento, cabe mencionar el fallo “Massa”, en el cual la Corte resolvió de manera definitiva la constitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios en moneda extranjera, argumentando que el Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, tienen la facultad para fijar la relación cambiaria entre el peso y las divisas extranjeras con la finalidad de restablecer el orden público económico.

Avanzando en el tiempo, nos encontramos ante un giro del sistema normativo que regula las obligaciones de dar dinero. El Anteproyecto del Código Civil y Comercial, elaborado en Comisión Redactora encabezada por el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, en su artículo 765 sostenía: “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”. Este continuaba considerando a las obligaciones asumidas en moneda extranjera como obligaciones dinerarias, manteniendo el criterio introducido por la Ley 23.928.

En uso de sus facultades, el Poder Ejecutivo Nacional introdujo una modificación sustancial en cuanto a la clasificación de las obligaciones en moneda extranjera, considerando a las mismas como obligaciones de dar cantidad de cosas. A su vez, le agrega a la redacción del Anteproyecto la posibilidad de que el deudor pueda liberarse de la obligación contraída pagando su equivalente en moneda de curso legal. Consecuentemente, el artículo quedó plasmado de la siguiente forma: “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”. De esta manera, se retorna a la idea originaria planteada por Vélez en el artículo 617, otorgándole al deudor, de manera innovadora, la facultad, sin incurrir en mora, de liberarse entregando en moneda de curso legal el equivalente a la pactada.

El Poder Ejecutivo nacional no solo alteró la letra del artículo 765 sino también, en lo que respecta a la materia, la del 766. El Anteproyecto disponía 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”. Luego de la intervención del Poder Ejecutivo nacional su redacción quedó de la siguiente manera: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada” limitando de esta forma la facultad que le otorga al deudor la última parte del art.765, tema que profundizaremos en el siguiente acápite.

Producto de estos cambios, al considerar a las obligaciones de moneda extranjera como de dar cantidad de cosas y no como obligaciones dinerarias, sostenemos que se trata de obligaciones de valor puesto que su objeto no consiste en una suma de dinero sino en un valor, el cual se cuantificará en dinero al momento del pago. Cabe destacar que la vigente prohibición de indexar establecida por la Ley de Convertibilidad no es aplicable

a las obligaciones de valor dado que no estamos frente a una actualización sino a una determinación del precio.

¿Supletoriedad o Imperatividad? El gran interrogante

Como ya se ha mencionado, conforme surge de la letra del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, el deudor podrá liberarse de su obligación contraída en moneda extranjera, entregando su equivalente en moneda de curso legal. Ahora bien, es menester preguntarse si tal disposición es de orden público, o bien puede ser dejada de lado por las partes, es decir, si tiene carácter de norma imperativa o supletoria.

En concordancia con un sector de la doctrina, nos enrolamos en la postura que le otorga carácter supletorio a la norma en cuestión. A continuación expondremos los argumentos que nos conducen a sostener dicha afirmación.

- De acuerdo al artículo 958⁵ sigue primando el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito contractual, el cual se encuentra receptado implícitamente por nuestra Constitución Nacional puesto que el mismo reposa sobre las garantías de autonomía personal (artículo 19 Carta Magna), libertades económicas (artículo 14) y de libre disposición de la propiedad⁶ (artículo 17). La autonomía privada no es un derecho absoluto, sino limitado: las partes lo ejercen manteniéndose dentro de los límites que la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres enmarcan. Vale aclarar que la contratación en moneda extranjera no vulnera el orden público, ni la ley, ni la moral ni las buenas costumbres.
- De conformidad con el artículo 960, lo previsto en los contratos no puede ser alterado por los magistrados excepto que “sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”⁷. Tal como mencionamos en el punto anterior, cabe remarcar que el contratar en moneda extranjera no altera el orden público, ni la ley, ni la moral ni las buenas costumbres.
- El artículo 962⁸, en su primera parte, establece como regla que las disposiciones del Código sobre los contratos no pueden dejar sin efecto lo que las partes pactaron a la hora de la celebración del mismo, es decir, las normas del Código son supletorias de lo estipulado por las partes. A pesar de esto, el mismo artículo nos

⁵ 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.

⁶ La Corte Suprema ha asimilado el contrato con el concepto de propiedad al establecer en el fallo “Aviso c/ De la Pesa”, agosto del 2003: “El derecho de propiedad que emerge de un contrato de préstamo es igual, desde el punto de vista constitucional, al que se tiene sobre una cosa, un campo u otra cosa cualquiera...”.

⁷ ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

⁸ ARTÍCULO 962.- Carácter de las normas legales. 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.

estatuye como excepción a este principio que su carácter indisponible puede surgir de su modo de expresión, de su contenido o contexto. En cuanto a su modo de expresión, el artículo 765 en su última parte dispone que: “el deudor *puede* liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal” la bastardilla nos pertenece. Interpretamos que al haber utilizado el término *puede* se le otorga al deudor la facultad de cancelar la obligación asumida en moneda extranjera abonando su equivalente en moneda de curso legal; al no utilizar el verbo modal *deber*, se acentúa de esta manera el carácter supletorio de la norma, de conformidad con todo lo dispuesto *ut supra*.

Tampoco de su contexto surge su carácter imperativo, puesto que, como ya se ha dicho, las normas contenidas en el Libro III del Código Civil y Comercial son supletorias, salvo que por voluntad expresa, el legislador le otorgue carácter indisponible a la norma; lo cual no surge del 765.

- De acuerdo a una interpretación armónica de los artículos 765 y 766, se refuerza la idea de supletoriedad del primero dado que de considerarlo imperativo quedaría desvirtuado y sin utilidad práctica el artículo 766. Además, el 868⁹ refuerza lo argumentado ya que consagra el principio de identidad de pago el cual es respetado por el 766. Tal como sostiene el Dr. Federico Alejandro Ossola en el Código Civil y Comercial comentado, dirigido por Dr. Ricardo Luis Lorenzetti “(...) dado que el artículo 765 no resulta una norma imperativa, no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962), pacten – como dice el artículo 766 – que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”¹⁰.
- Otra circunstancia que refuerza la idea de supletoriedad del artículo 765 es que nuestro sistema contiene un abanico de normas que permiten la contratación en moneda extranjera sin que el deudor tenga la facultad de liberarse con moneda de curso legal. Tal es así, en los contratos de depósito irregular (1367), depósito bancario (1390), préstamo bancario (1408) y mutuo (1525 y 1527).

No caben dudas de que el artículo 765 del Código Civil y Comercial tiene el carácter de norma supletoria, por lo que las partes, podrían pactar una obligación de pagar en moneda extranjera, de la cual el deudor solo podrá librarse pagando en esa moneda, y no en moneda de curso legal.

Sin embargo, aun en el caso que el deudor haya renunciado a la facultad que le otorga el artículo 765, en un contexto de acceso restringido al mercado cambiario, dicha renuncia podría conllevar una obligación de cumplimiento imposible.

⁹ ARTICULO 868.-Identidad. El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor

¹⁰ Ossola, Federico Alejandro. Obligaciones de dar dinero. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti. -1ª edición. T 5, pags. 126. Santa fe, Rubinzal – Culzoni, 2015

De allí surge la necesidad de introducir necesariamente cláusulas alternativas de pago a elección del acreedor que fijen parámetros de conversión o equivalencia siempre y cuando no resulten desproporcionadas o abusivas. Esto es posible acorde al artículo 780 del Código Civil y Comercial que regula las obligaciones alternativas, permitiendo el pago en moneda de curso legal acorde a un tipo de cambio establecido por las partes. Cabe hacer mención que el artículo 520 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que al momento de la sustitución la equivalencia debe promoverse según la cotización del Banco Oficial o la que las partes hubiesen convenido, permitiéndoles convenir cláusulas de conversión en base a una cotización distinta a la oficial en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para ello se acude a técnicas de determinación del precio según las cláusulas de conversión convenida. Consideramos que esto no implica una indexación, prohibida expresamente por la ley 23.928, la cual es de orden público y por ende no queda derogada por la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, sino una cuantificación del valor acorde a su clasificación como una obligación de valor, conforme a lo expuesto anteriormente.

Conclusión

Las normas de fondo son aquellas que determinarán la conducta de cada individuo integrante de la sociedad y su funcionamiento colectivo. En este marco, el Código Civil y Comercial es de vital trascendencia dado la innumerable cantidad de aspectos que regula.

La realidad socioeconómica que atravesamos a lo largo de la historia de nuestro país nos demuestra la imperiosa necesidad del común social de volcarse hacia fuentes monetarias distintas a la moneda de curso legal. Particularmente, el dólar estadounidense, además de ser el patrón mundial de cambio, forma parte de nuestro inconsciente colectivo. Consideramos que los principales motivos de esta circunstancia son la falta de confianza sobre la moneda local, los largos y sostenidos períodos inflacionarios e hiperinflacionarios vividos, una matriz industrial dependiente de divisas, y la globalización del dólar estadounidense con la consecuente interdependencia de los mercados mundiales. Esta perspectiva histórica nos pone de manifiesto la imposibilidad de considerar a la segunda parte del artículo 765 como imperativa, quedando todas las operaciones económicas arraigadas o supeditadas al peso argentino, poniendo en jaque el funcionamiento de la moneda extranjera en nuestro país; ignorando la importancia y vitalidad que la misma ha ido adquiriendo en el devenir de los años, desatendiendo, de esta manera, la magnitud de las consecuencias que puede generar en una economía de mercado globalizada.

Las normas cristalizan determinada ideología, realidad social, e intereses. Si el espíritu de la norma en análisis busca lograr la pesificación de las operaciones económicas, consideramos que esta no es la manera. Esto debe lograrse a través de un progresivo cambio político y económico que refuerce la moneda de curso legal como institución y la confianza social sobre la misma, porque la imperatividad llevaría a un descalabro económico de magnitudes incalculables, cuyo desarrollo excede el objeto de este trabajo.

Si lo que se busca es lograr la pesificación de las operaciones económicas, consideramos que esta no es la manera. Esto debe lograrse a través de un progresivo cambio político y económico que refuerce la moneda de curso legal como institución y la confianza social sobre la misma.

Vastos son los argumentos expuestos que nos conducen a contemplar la supletoriedad del artículo 765, armonizando de esta manera, por un lado, el artículo en cuestión con el Código Civil y Comercial de la Nación y, por otro, este último con el sistema jurídico argentino.

En los casos en los que el deudor no renuncie de forma expresa a la facultad que lo confiere el artículo, el acreedor tiene la obligación de aceptar el cumplimiento del contrato en la especie que el deudor volitivamente le entregue. La no imperatividad de la norma, es decir, la supletoriedad de la misma, lleva a establecer que en caso de silencio el deudor podrá cancelar la deuda por su equivalente en moneda de curso legal de conformidad con la cotización pactada por las partes o, si nada hubieren dicho, la oficial.

La disyuntiva planteada a lo largo de este escrito en torno a la supletoriedad o imperatividad, quedará resuelta por la ulterior interpretación que adopten nuestros tribunales, sin perjuicio que sería contrario a derecho que los mismos se expidan por la imperatividad de la norma, conforme los argumentos expuestos en el presente trabajo.

Bibliografía

- Constitución Nacional, Editorial La Ley, Segunda Edición, Buenos Aires, 2012.
- Código Civil de la República Argentina y leyes complementarias, Editorial Lajouane, Segunda Edición, Buenos Aires, 2011.
- Código Civil y Comercial de la Nación, Editorial Erreius, Primera Edición, Buenos Aires 2015.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Editorial Abeledo Perrot, Duodécima Edición, Buenos Aires, 2013.
- Ley de Convertibilidad N° 23.928. Nacional.
- Ley de Emergencia N° 25.561. Nacional.
- Decreto N° 214/02. Nacional.
- BELLUSCIO, ZANNONI, AMEAL, LOPEZ CABANA, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado*, anotado y concordado Tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las Obligaciones*, Tomo 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo 2-A, Editorial Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1982.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Primera Edición, Santa fe, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos: Parte General*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- BOMCHIL, Máximo, “*Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas*”, 2015.
- BOMCHIL, Máximo, “*Las deudas de valor no se pesifican*”, 2011.
- BRINDICI, Martín, “*Comentario sobre los nuevos arts. 765 y 766 del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial. Análisis sobre posible pesificación de los contratos*”, 2015.
- FUNES, María V., “*Obligaciones en moneda extranjera en el nuevo Código*”, 2015.
- MARQUEZ, José F., “*Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial*”, 2015.
- PAOLANTONIO, Martín E., “*Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil*”, 2012.
- PAGLIOTTO, Silvina M., “*Obligaciones celebradas en moneda extranjera y actuales normas cambiarias*”, 2013.
- SALERNO, Marcelo U., “*Obligaciones Dinerarias*”, 2015.
- VALLESPINOS, Martín G., “*Incompatibilidades del nominalismo estricto con las economías modernas. Criterio de la Corte Suprema en la repotenciación de deudas monetarias*”, 2014.

“Vignola, Nidia A. c/ Colombo Marchi José”, CNCiv, Sala C.

“Santamarina, Miguel M. A.”, CNCiv, Sala A.

“Aviso c/ De la Pesa”, CSJN.