

Obligaciones de dar sumas de dinero. Moneda extranjera. Problemas de derecho intertemporal.

Fernando Carlos Kalemkerian*

Abstract

La aplicación inmediata de los nuevos artículos 765 y 766 a los contratos en curso de ejecución es una alternativa altamente discutible, y no ha sido en general la solución adoptada por las distintas teorías elaboradas en torno al problema del derecho transitorio. En este sentido desde la “regla teodosiana”, del derecho romano, y las teorías de los derechos adquiridos (iura quaesita), las situaciones jurídicas de DUGUIT y JEZÉ, los “facta praeterita”, e incluso la tesis de ROUBIER, se inclinaron por la regla “tempus regis actum”, para dar respuesta al problema de los contratos en curso de ejecución.

En el caso particular, la pretensión de aplicación inmediata de las nuevas disposiciones en materia de pago en moneda extranjera, constituiría en nuestra visión, una clara afectación al principio de confianza legítima, tal como ha sido concebido por el Tribunal Constitucional Alemán, al abordar al problema de la prohibición constitucional de retroactividad de las leyes tributarias desfavorables, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, en su vertiente de protección de la confianza, derivado del principio del Estado de Derecho.

Ello así, considerando la trascendente función económica del dinero, y que la solución de la Ley 23.928, no provino exclusivamente de esta modificación legislativa, sino que vino a convalidar un estado de cosas existente con anterioridad y se mantuvo incluso luego de la salida de la convertibilidad. Vale decir que los actores económicos podían válidamente esperar que fuera a perdurar en el tiempo y adecuar su conducta a ello. Evidentemente, la decisión a la postre adoptada por el Código, traicionó de alguna medida esta confianza legítima.

I. La aplicación de las nuevas disposiciones en materia de obligaciones en moneda extranjera a los contratos en curso de ejecución.

El objeto del presente trabajo es el análisis del derecho intertemporal, en la expresión acuñada por el profesor alemán Friedrich AFFOLTER¹, es

* Abogado. Especialista en Derecho Tributario, Profesor Adjunto de Derecho Empresario y Asistente de docencia de Derecho Tributario y Aduanero de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).
fkalemkerian@bvconline.com.ar

¹ AFFOLTER, Friedrich, “Geschichte des intertemporalen Privatrechts”, Leipzig, Ed. Veit, 1902. -- System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts, Leipzig, 1903, cit. por ROUBIER, Paul “Le Droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)”, 2^a ed., Paris, Ed. Dalloz et Sirey, 1960.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

decir, las reglas destinadas a solucionar los conflictos en caso de sucesión normativa, en relación con los nuevos artículos 765 y 766 del Código Civil y Comercial - vinculados a las obligaciones en moneda extranjera - y los contratos en curso de ejecución.

La Ley 26.994, fue publicada en el Boletín Oficial del 8 de octubre de 2014, pero se dispuso su entrada en vigencia a partir del 1 de enero de 2016, distanciando en poco más de un año su *tiempo de existencia*, - o de pertenencia al sistema - , de su *tiempo de aplicabilidad*, en palabras de BULYGIN².

Considerando el estado actual de la doctrina y jurisprudencia, así como los criterios de aplicabilidad temporal contenidos en el Código Civil, no creemos fueran a existir dudas acerca de la aplicación de los 765 y 766 a los contratos celebrados con anterioridad a esta última fecha pero de ejecución continuada o sucesiva, o bien de ejecución diferida, en fin, aquellos contratos en los que los derechos y obligaciones no se encuentran totalmente cumplidos al momento de su celebración, y que deban cumplirse con posterioridad al 1 de enero de 2016.

Y es que esta aplicación inmediata no será, de seguro, considerada un caso de retroactividad, pese a que ello no fue tan claro en el pasado.

Como es sabido, las normas rigen en principio para los hechos futuros. Una de las primeras formulaciones positivas del principio de no retroactividad - que ya constituía una regla no escrita durante la República Romana -, se encuentra en la Constitución de Teodosio I, del año 393 D.C., y luego con más detalle en la Constitución de Teodosio II del año 440 D.C.

La “regla teodosiana”, en particular en esta última formulación, estableció la aplicabilidad de la antigua ley a los negocios pendientes (*pendentibus negotiis*), excluyendo la aplicación de la nueva ley a los efectos de los contratos ya celebrados.

El Code, de 1804 se adelantó en este sentido a las codificaciones modernas, al establecer en su artículo 2: “*La loi n’a pas de’effet rétroactif, elle ne statue que pour l’avenir*”.

El Código Civil Alemán (BGB), por su parte, pertenece a los denominados “escépticos” en esta materia, pues no contiene disposiciones en torno a la regla de no retroactividad. Su exposición de motivos justifica la ausencia de regulación en los problemas interpretativos que ello puede generar, considerando además que resultaba innecesario.

El escepticismo del Código Alemán no fue infundado. Los enormes esfuerzos de la doctrina por encontrar un criterio con validez universal que pudiera servir de límite a la retroactividad han sido verdaderamente

² Conf. BULYGIN, Eugenio, “*Tiempo y Validez*”, en ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, “*Análisis lógico y Derecho*”, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 198 y sgtes.

estériles. Y uno de los principales inconvenientes fue precisamente, el tratamiento a dispensar a los contratos en curso de ejecución.

Ni la teoría de los derechos adquiridos (*iura quaesita*), que alcanzó su máxima expresión en el Siglo XIX, y contó con profusa literatura y grandes exponentes, entre ellos SAVIGNY³, ni la teoría de las situaciones jurídicas de DUGUIT⁴ y JEZÉ⁵, y tampoco la teoría de los “*facta praeterita*”, que tuvo su desarrollo de la mano de autores alemanes, en particular a partir de los trabajos de VON SCHEURL⁶, a mediados del Siglo XIX y como reacción ante la dominación napoleónica, pudieron dar acabada respuesta a este problema. En lo que respecta a los contratos en curso de ejecución, la mayoría de los autores se inclinaron por la regla “*tempus regis actum*”.

La tesis de ROUBIER⁷, una de las más trascendentes y difundidas, - que tuvo el mérito de distinguir la aplicación retroactiva del efecto inmediato de la ley -, tampoco logró su cometido. Y nuevamente, pese a su mayor amplitud, se inclinó por la supervivencia de la ley antigua en relación con los efectos no cumplidos de los contratos⁸.

El viejo artículo 3, así como los artículos 4044 y 4045 del Código de Vélez, habían adherido decididamente a la teoría de los derechos adquiridos, disponiendo expresamente que las leyes no podrían alterarlos. Se hacía excepción de las leyes interpretativas y de las leyes de orden público en los artículos 4 y 5, respectivamente, que luego fueron directamente eliminados.

La nueva redacción del artículo 3 del Código Civil luego de la reforma de la Ley 17.711 no sólo recogió las críticas a la teoría de los derechos adquiridos. También adoptó el criterio de su autor, que consideraba inadmisibles que los contratos sucesivos debieran regirse siempre por la ley vigente al momento de su celebración⁹. Así, partiendo en cierta medida del efecto inmediato de ROUBIER, dispuso que las leyes “*se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes*”. Y por si quedaba alguna duda, sólo excluyó las normas meramente supletorias de este efecto inmediato, cuando se trata de contratos en curso de ejecución.

³ SAVIGNY, F.C., von “*Traité de droit romain modernisé*”, vol. III, 1848, pág. 363a 528.

⁴ DUGUIT, León, “La non-rétroactivité des lois et l’interprétation des lois”, en *Revue du Droit Public*, núm XVII, 1910, pág. 764 y sgtes.

⁵ JEZÉ, Gastón, “De l’exercice dans le temps su pouvoir législatif (Contribution á l’étude de la non-rétroactivité des lois)”, *Revue du Droit Public*, 1923, pág. 177 y sgtes.

⁶ SCHEURL, Adolf von, “*Beitrag zur Bearbeitung des romischen Rechts*”, Erlangen, 1853, cit. por ROUBIER, Paul “*Le Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*”, 2ª ed., Paris, Ed. Dalloz et Sirey, 1960.

⁷ ROUBIER, Paul “*Le Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*”, 2ª ed., Paris, Ed. Dalloz et Sirey, 1960.

⁸ ROUBIER, Paul “*Le Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*”, 2ª ed., Paris, Ed. Dalloz et Sirey, 1960, pág. 360 y sgtes.

⁹ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Ed. La Ley, t I, pag. 185.

La prohibición de afectación de derechos adquiridos fue reemplazada por la prohibición de afectación de garantías constitucionales.

Esta redacción se mantiene inalterada en el artículo 7 del nuevo Código Civil y Comercial, que sólo agrega la excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo, las que también serán de aplicación inmediata.

Queda claro entonces que las nuevas disposiciones en materia de obligaciones de dar moneda extranjera habrán de considerarse plenamente aplicables a los *pendentibus negotiis*.

II. El principio de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

El modo en que el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha abordado la cuestión de la retroactividad de la ley en materia tributaria, es un ejemplo de la constante interacción e influencia recíproca entre las distintas parcelas del ordenamiento jurídico, demostrando una vez más la innegable realidad de la máxima “*uno universo iure*”, tan cierta como que se trata de radios de una misma esfera, - en la gráfica expresión de D'AMELIO¹⁰.

La referida influencia ha sido aún más patente en el análisis del derecho transitorio o intertemporal. Por otra parte, los estudios sobre retroactividad han encontrado campo fértil para su desarrollo en el Derecho Tributario, debido a la marcada tendencia del legislador en este ámbito, que ha pretendido más una vez abarcar hechos imponderables configurados en el pasado.

Los principios de buena fe y de protección de la confianza legítima, provienen indudablemente del derecho privado, y reconocen su origen en el derecho romano, pero ello no ha impedido que fueran adoptados por el Derecho Público. En este sentido, ambos preceptos, vinculados a la seguridad jurídica se derivan directamente del Estado de Derecho.

Echando mano de ellos, el Tribunal Constitucional Alemán en particular a partir de su sentencia del 19 de diciembre de 1961 (BVerfGE 13, 261), formuló por primera vez una prohibición constitucional de retroactividad de las leyes tributarias desfavorables, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, en su vertiente de protección de la confianza, derivado del principio del Estado de Derecho¹¹.

Hemos visto que la aplicación inmediata de la ley a los contratos en curso de ejecución – solución que adoptó la reforma de la ley 17.771 y que es mantenida en la reforma -, es altamente discutible, y no ha sido en general la adoptada por las distintas teorías elaboradas en torno al problema del derecho transitorio.

¹⁰ D'AMELIO “*La Autonomia dei diritti in particolare del diritto finanziario – nell’unita del diritto*” Rivista Italiana di Diritto Finanziario, 1941, nro. 1, pág. 1 cit. Por GARCIA BELSUNCE, Horacio, “*La autonomía del derecho tributario*” Ed. Depalma, pág.1-2.

¹¹ MACHO PEREZ, Ana Belén, ob. cit. pág 467.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

No queremos decir con esto que cualquiera sea la nueva ley no puede afectar los efectos no cumplidos de los contratos o que ello deba descartarse apriorísticamente. Pero en el caso particular, la modificación de las disposiciones en materia de pago en moneda extranjera constituye, en nuestra visión, una clara afectación al principio de confianza legítima, que no autoriza por esta razón su aplicación inmediata a los contratos en curso.

No debe olvidarse que además de su función jurídica como medio de pago, el dinero cuenta con una trascendente función económica, al constituir la medida de todos los valores económicos. Es indudablemente, un instrumento de medida, un parámetro necesario para el intercambio de bienes.

La solución sentada por la Ley 23.928, no provino exclusivamente de esta modificación legislativa, sino que vino a convalidar un estado de cosas existente con anterioridad – en doctrina y jurisprudencia –, y se mantuvo incluso luego de la caótica salida de la convertibilidad. Puede que hubiera constituido una alternativa altamente imperfecta, fruto de un país castigado por una inflación estructural donde las variaciones del signo monetario han obligado a las partes a refugiarse en la moneda extranjera para que pudiera cumplir esta función económica que la moneda nacional había dejado de cumplir. Pero nótese que fue sostenida por los principales proyectos de modificación¹² e incluso reafirmado en el Anteproyecto, que justificó expresamente su mantenimiento entre sus fundamentos.

Vale decir que los actores económicos podían válidamente esperar que la solución fuera a perdurar en el tiempo y adecuar su conducta a ello. Evidentemente, la decisión a la postre adoptada por el Código, traicionó en alguna medida esta confianza legítima.

No se trata, por cierto, de que exista un derecho al mantenimiento de un determinado régimen legal, tantas veces desconocido por la Corte Suprema¹³. Antes bien, la aplicación inmediata del nuevo régimen a los contratos en curso ofrece en el caso reparos Constitucionales.

¹² Véase los Proyectos de 1987 (art. 617), 1993 (art. 736) y 1998 (art. 713).

¹³ Conf. Fallos 152:268; 163:155; 178:431, 317:218, entre muchos otros.