

LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Autores: Mariano Lino Churrarín y Angel Luis Moia *

Resumen:

En el régimen del Código Civil y Comercial para las obligaciones en moneda extranjera admite la posibilidad de la fijación convencional del pago en determinada moneda, así como del tipo de cambio aplicable. La previsión del art. 765 C.C. y C. sobre el régimen aplicable referido a las obligaciones de dar cantidades de cosas debe ser tenido por no escrito, a la vez que la posibilidad de pagar entregando la cantidad equivalente en moneda nacional debe considerarse como una solución supletoria.

1. Las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial.

A) La previsión general

El Código Civil y Comercial ha redefinido el funcionamiento de las obligaciones en moneda extranjera en nuestra legislación.

Debe recordarse que la propuesta original de la Comisión de reformas conservaba la sistemática que había diseñado la ley de convertibilidad. En su redacción originaria los arts. 765 y 766 se correspondían con lo establecido por los arts. 616 a 618. Las razones de esta decisión, según lo manifestara la comisión, partían del respeto a los principios del derecho monetario nacional, *“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”*.

Sorpresivamente el Poder Ejecutivo alteró estos artículos, introduciendo elementos de confusión para su aplicación.

El art. 765, luego de definir a las obligaciones dinerarias, prevé como solución para aquellas que tengan por objeto moneda extranjera. En el particular *“la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y del deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”*

El artículo siguiente dispone que *“el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”*

* Mariano Lino Churrarín. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Civil III (Contratos), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil II (Obligaciones), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Angel Luis Moia. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil I (Parte General), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; Adjunto Ordinario de Derecho Civil II (Obligaciones) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Como puede verse existe una aparente contradicción entre ambas normas. Mientras la primera flexibiliza el principio general de identidad en el pago, la segunda lo ratifica imponiendo el pago en la especie designada. A diferencia con lo que sucedía en el tiempo de la redacción del Código Civil, no existen en el país distintas especies de moneda que según la definición del art. 765 C.C. y C. puedan considerarse como “dinero”. De ahí que deba concluirse que la referencia del art. 766 C.C. y C. se refiere a la moneda que carece de curso legal en nuestro país, pero es considerada en sí misma moneda por su entidad.

La cuestión a analizar es el funcionamiento de ambas disposiciones y su integración en la orgánica del resto del Código.

B) Algunos casos específicos que ratifican la posibilidad disponibilidad de la facultad de sustituir el pago de la obligación en moneda extranjera por su equivalente en moneda nacional.

Dentro del mismo Código existen otras normas que regulan la materia de las obligaciones para determinados contratos en particular. Así al regular los contratos bancarios, los arts. 1.390 y 1.408 prevén la posibilidad de que las obligaciones dinerarias pactadas en moneda extranjera deban cumplirse “*en la misma especie*” en la que fue pactada.

El primero de los artículos dispone que en el depósito bancario, si lo dado en depósito es moneda extranjera, debe restituirse igual especie. El segundo, al regular el préstamo bancario, dispone una solución similar; la devolución y el pago de los intereses debe hacerse “*en la moneda de la misma especie, conforme lo pactado*”

A su vez, en el ámbito de los contratos no bancarios, el legislador ha planteado reglas que evidencian que no afecta al orden público la disposición de pago en moneda determinada, o la fijación de un tipo de cambio.

En el caso del mutuo, desde su misma definición se consigna que la restitución de las cosas dadas en mutuo debe hacerse “*en igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie*” (arg. art. 1.525). Este contrato ahora, por regla, es oneroso salvo pacto en contrario. Al respecto se dice que “*si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada*” (art. 1.527)

Como se deriva de estas normas, el legislador ha previsto situaciones donde la regla es el pago de la obligación de dar moneda extranjera en la especie convenida. Resulta lógico concluir entonces que el establecimiento de estas evidencia que no lesiona al orden público la previsión de pago en la moneda extranjera pactada.

En materia contractual, a su vez, el art. 962 C.C. y C. dispone que “*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*”

La norma ratifica la conclusión anterior, las partes pueden establecer la moneda de pago en la contratación, especificando la posibilidad de recurrir a su pago en equivalente en moneda nacional. Se trata de una facultad supletoria, que exceptúa el principio de identidad del pago, ratificado por el art. 766 C.C. y C.

Concomitantemente, existen otras normas en nuestro ordenamiento que contemplan la posibilidad de que el pago de las obligaciones en moneda extranjera se haga en la especie indicada. Tal el caso de la normativa cambiaria vigente.

El art. 44 del Dec. Ley 5.965/63 al regular el pago de la letra de cambio consagra una solución similar a la del Código Civil y Comercial. Sin perjuicio de lo cual admite en su tercer párrafo la posibilidad de exceptuar esa disposición. Allí se expresa que *“las reglas precedentes no se aplican en el caso de que el librador haya dispuesto que el pago deba efectuarse en una moneda determinada (cláusula de pago efectivo en moneda extranjera)”*

La validez de esta norma fue cuestionada con la sanción del régimen de convertibilidad por la contradicción que se veía con lo preceptuado por el art. 619 C.C. En tanto la misma permite el pago de la cambial librada en moneda extranjera mediante su equivalente en moneda nacional, se contraponía con el reconocimiento del carácter dinerario de las obligaciones en moneda extranjera y el pago en la especie de moneda comprometida.

La jurisprudencia fue conteste en validar la vigencia y validez de la normativa especial al considerar que *“el art. 44 del decreto-ley 5965/63 no fue derogado por la ley 23.928 (Adla, XXIII-B, 936; LI-B, 1752), continuando en vigencia la opción de cancelar en moneda nacional cheques, letras de cambio y pagarés librados en moneda extranjera”*¹

En igual sentido, no existen razones para alterar el criterio expuesto al analizar la supuesta contradicción que ahora presenta el cuarto párrafo de la legislación cambiaria con respecto al texto del art. 765 C.C. y C., pero en congruencia con la regla fijada por el art. 766 C.C. y C.

2. Un problema adicional: el tipo de cambio.

La realidad económica del país muestra la asimetría existente entre el mercado oficial – libre y único, como se lo ha denominado administrativamente- y el mercado paralelo – blue, como se lo ha denominado-. Esta situación se agrava por las restricciones impuestas para acceder a la adquisición de la moneda extranjera a cambio oficial – comúnmente conocido como “cepo cambiario”-

La posibilidad de contratar en moneda que no tenga curso legal en el país, reconociendo que la obligación debe cancelarse en la moneda pactada se encuentra con un problema al momento del pago. La consecución de esta, si se tratara de dólares norteamericanos, como usualmente sucede en la contratación local, está condicionada a un permiso administrativo cuya regularidad y razonabilidad han sido severamente cuestionadas, ya que se desconoce cuáles son las pautas para su valoración.

Como consecuencia de esta regulación administrativa el pago debería realizarse, en definitiva, por equivalente dinerario del tipo de moneda comprometido. Ahora bien, la determinación del tipo de cambio para la conversión del crédito plantea, preliminarmente, la cuestión sobre la vigencia obligatoria del tipo de cambio oficial, u otro alternativo.

No apuntamos con esta cuestión al debate suscitado sobre la legalidad o ilegalidad del denominado *dólar blue*, cuya entidad argumentativa discurre en las sendas de las falacias distractivas. Es sabido que en el mercado financiero presenta distintas variantes

¹ SCBA;3/5/96; Battista, Benedicto E. c. Nasif, Moisés F. ; LLBA 1996-471

de cotización de la moneda extranjera mediante el recurso a la liquidación de determinados instrumentos como lo son los bonos. Esta herramienta prevé una definición alternativa del tipo de cambio, que ha sido validados en su funcionamiento por la jurisprudencia pone de relieve que la autonomía de la voluntad puede, legítimamente, definir el modo de cálculo subsidiario de la prestación en moneda extranjera.

Prueba de ello son los fallos dictados en torno a las previsiones contractuales sobre las distintas variantes instrumentadas para resguardar el valor de la moneda extranjera como moneda de pago. En este sentido se ha dicho que *“si en el convenio de reconocimiento de deuda en dólares estadounidenses las partes previeron diversos mecanismos de pago que permitieran a la acreedora hacerse de aquélla moneda ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen la adquisición en billetes de la mentada divisa extranjera es a ellos a los que deben ceñirse, pues surge evidente que la moneda de pago fue una condición esencial del convenio y cumplida la condición suspensiva, mediante el dictado de la Comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas en favor del acreedor para calcular la paridad de dicha moneda”*²

A su vez, en el análisis de la situación inversa, es decir en el ejercicio del derecho a pagar del deudor que se comprometió a pagar una obligación en moneda extranjera, los tribunales han sido contestes en la necesidad de preservar el contenido del contrato, más allá de las condiciones personales del deudor. Debido a ello se resolvió que *“la demanda por consignación intentada con la finalidad de cancelar en moneda de curso legal una obligación contraída en dólares debe rechazarse, si en el contrato se dejó expresamente aclarado que el actor conocía los alcances de esa estipulación, pues, en tales condiciones, cabe presumir que contaba con las arbitrios para acceder a esos fondos, máxime cuando se trataba de un experto en materia financiera que operaba habitualmente en el mercado de capitales”*³

En consonancia con estos argumentos, al momento de contratar las partes pueden libremente recurrir a la determinación del valor a asignarle a la moneda extranjera para el caso de que subsistan las restricciones para obtenerla. Esto, ya se trate de la incorporación de una herramienta que permita su cuantificación según pautas objetivas del mercado financiero, o por cualquier otro medio que satisfaga su objetiva adecuación a la realidad.

Es que, en definitiva, la estipulación de los medios de preservación de la identidad de la prestación comprometida, responde a la distribución de los riesgos de la contratación consensuada por las partes. Serán aplicables en cada caso, las reglas tuitivas que gobiernen el tipo de contratación en la que esta previsión se haya verificado (arg. arts. 961, 984, 1.092, 1.093 y ccetes.)

Una cláusula tal resultaría adecuada al amplio margen que el Código Civil y Comercial ha reconocido a la autonomía de la voluntad. Una muestra de ello es el mandato del art. 960 del mismo cuerpo normativo, en tanto sienta como principio que *“los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos”* Esta regla consagra como excepción a la expresa previsión legal de la revisión del contenido

² C.C. y C. de Junín; 26/2/15; Cisarello, Judith Fanny c. Empresagro S.A. y otro/a s/ cobro ejecutivo; ED boletín del 11/5/15

³ CNCom., sala C, 19/2/15; Garretón, Facundo c. Torres, Alcides s/ ordinario; LL 2015-C-480

contractual, a pedido de parte, y sólo oficiosamente cuando se afecte *de modo manifiesto* el orden público.

La normativa es consecuente con las razones expuestas por la Comisión reformadora, y que fueran ratificadas por el Congreso al sancionarla.

Sobre el particular se dijo que *“la fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos en que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley...Se establece que los jueces no tienen facultades para modificar estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público...La regla es que los jueces no pueden modificar un contrato, porque deben respetar la autonomía privada...”*

Ha sido clara la previsión del legislador de limitar las facultades judiciales a la existencia de una violación patente, ostensible y verificable prima facie del orden público, en resguardo de la voluntad de las partes.

En consecuencia, resulta válida la previsión contractual de las vías alternativas de pago de la moneda comprometida, en caso de que la misma no pueda integrarse al momento del pago.

3. Las obligaciones en moneda extranjera ¿obligaciones de dar cantidades de cosas?

Llamativamente la modificación impuesta por el Poder Ejecutivo al Anteproyecto en la materia, reeditó parcialmente la redacción del texto originario de Vélez Sársfield, sin advertir que dentro de la economía de la reforma se había eliminado tal categoría.

La decisión técnica parece haber sido el unificar el tratamiento de las que anteriormente se conocieran como *“obligaciones de dar cosas inciertas”*, también denominadas como *“obligaciones de género”*, y de las *“obligaciones de dar cantidades de cosas”*. En este sentido se había expedido, entre otros, Moisset de Espanés al sostener que *“llama la atención la doble clasificación que existe en el Código, porque bien se podría haber simplificado y haberse refundido en un solo capítulo las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles y las de dar cantidades de cosas, ya que en unas y otras existe el mismo problema, la elección. Además, tanto unas como otras pueden ser reemplazadas, pueden ser sustituidas, antes de producirse la elección”*.⁴

Ahora bien, la remisión vigente genera confusión ante la inexistencia de la normativa de destino de la misma. Podría entenderse –forzadamente, por cierto- que, en el entendimiento del legislador estuvo el remitir a la normativa que contuviera a lo que anteriormente se denominaba de ese modo. Pero ello agrava la confusión ya que, por su propia definición, las obligaciones de género presentan aristas incompatibles con las obligaciones en moneda extranjera.

Es que las mismas presentan un grado de indeterminación diversa que la que ostentaban las obligaciones de cantidades de cosas. De ahí que se establezca que *“las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas. La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes. La elección debe recaer sobre cosa de calidad media...”* (art. 762). Esta previsión

⁴ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS; *Curso de obligaciones*, T 1, Buenos Aires, Zavallía; 2.004, pág. 245

resulta naturalmente inaplicable a las obligaciones en moneda extranjera, donde la especie debe estar precisamente indicada al generarse la misma, ya que de otro modo no se podría saber si se trata de moneda extranjera.

A su vez, si existiera algún grado de indeterminación en la identificación de la especie de moneda, existen alternativas más idóneas para dirimir la cuestión. Pensamos, por hipótesis que se plantee que al expresarse únicamente la denominación “dólares” para indicar la moneda en la que debe hacerse el pago, existiría algún grado de duda, ya que existen diversos países que emplean esta denominación para su moneda. Existen dólares estadounidenses, canadienses y australianos, entre otros.

En este supuesto, ¿corresponderá al deudor la elección de la especie, según prevé el art. 762?. ¿Cuál sería la calidad media que debería escoger el deudor?

A mayor abundamiento, el art. 763 C.C. y C. integra la normativa sobre esta especie de obligaciones. Una vez producida la elección “*se aplican las reglas sobre las obligaciones de dar cosa cierta*”

Esta remisión de segundo grado implicaría un absurdo patente. Las obligaciones de dar cosa cierta, por su misma definición tiene un régimen incompatible con la indeterminación esencial de las obligaciones de dar moneda, sea de curso legal o no. En estas obligaciones, por regla no existe la posibilidad de sustituir la cosa comprometida por un equivalente, como supuestamente lo impondría el art. 765 C.C. y C.

4. Las mirada desde el microsistema protectorio del consumo.

Los argumentos expresados en el presente admiten una interpretación diferenciada en aquellas obligaciones de dar suma de dinero en moneda extranjera que hallen su causa en una relación de consumo, contratos de consumo, o contratos de adhesión.

Sabido es que el código civil y comercial propone una regulación fragmentada o fraccionada de los contratos, distinguiendo en contratos paritarios, de consumo y sujetos a condiciones generales de la contratación, generando reglas y principios diferenciados para cada uno de estos ámbitos.⁵

Nuestra tesis tiene plena vigencia en aquellas las relaciones paritarias, pero ¿funcionaría de la misma manera en el ámbito de las relaciones de consumo?

La posibilidad de que una determinación distinta a la valorización de una obligación de dar moneda extranjera que prevé el artículo 765 C. C. y C., tendrá un control mas estricto, teniendo en cuenta los principios de información y de protección, vigentes para estos ámbitos regulatorio de los contratos.

Estas cláusulas contractuales, estarán alcanzadas por el control del contenido de los contratos de consumo, pudiendo incluso tornarse inaplicables la distinta por la aplicación del sistema de cláusulas abusivas, o las reglas de los artículos 984 a 989 del Código Civil y comercial. Así expresamente el artículo 988 al referir a las cláusulas que se deben tener por no escritas, en su inciso b), incluye a “las que importa renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que

⁵ En los Fundamentos del Anteproyecto, al referirse en a los Contratos en General, y expresar los problemas de la regulación, concluye “ En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial mas(ejemplo :la compraventa), sino una fragmentación del tipo general contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo) y de allí incorporar su regulación en la parte general.”

resultan de normas supletorias.” Esta norma también resulta aplicable a los contratos de consumo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1117 del C. C. y C.