

**OBLIGACIONES DE DAR DINERO EN MONEDA EXTRANJERA.
SUGERENCIAS PARA UNA ADECUADA INTERPRETACIÓN DEL
ARTÍCULO 765° DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN,
HABIDA CUENTA DE LOS ARTÍCULOS 766°, 1390°, 1408° Y 1525° DEL
MISMO CUERPO LEGAL**

Autores: Emiliano Lamanna Guñazu y Carlos Alberto Fossaceca (h).*

Resumen:

La cancelación de las obligaciones asumidas en moneda extranjera mediante la entrega del equivalente en pesos, como un aspecto central del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (idas y vueltas entre el Anteproyecto y el Proyecto definitivo). La normas que se contraponen (arts 766°, 1390°, 1408° y 1525°). Hacia una mejora de la técnica legislativa. Disciplinar a la obligación de dar moneda extranjera como si fuera dineraria. El orden público y la supletoriedad de la norma pujando por el artículo 765° del CCyCN. La divisa extranjera como elemento esencial del contrato. Permisividad hacia el deudor si se trata de una cláusula de ajuste. Quid de la obligación facultativa. La teoría de la imprevisión como herramienta de defensa del deudor ante la excesiva onerosidad.

1.- Introducción.

Uno de los aspectos que motivo fuertes cuestionamientos doctrinales, inclusive a nivel de la opinión pública, radicó en la modificación del artículo 765° realizado por el Poder Ejecutivo al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Sus redactores, los doctores Ricardo Lorenzetti, quien desempeñó el rol de presidente, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, designados por el Decreto 191/2011, para integrar la Comisión Redactora encargada de tal labor, siguieron el método receptado en el artículo 617° del Código Civil, reformado por la ley 23.928¹. Disciplinaron a las obligaciones de dar moneda extranjera como si fueran obligaciones dinerarias.

* Emiliano Lamanna Guñazu, Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en “Derecho de Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Carlos Alberto Fossaceca (h): Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”.

¹ Consignaron en los Fundamentos del Anteproyecto: *"Hemos respectado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y la 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".*

Diversa suerte mereció en el Proyecto el instituto referido: se lo calificó como una revivificación de las obligaciones de *dar cantidad de cosas* y se le brindó la posibilidad al deudor de liberarse, entregando el *equivalente* en moneda de *curso legal*. Tal visión quedó plasmada definitivamente con la sanción del nuevo cuerpo de derecho común.

2. Finalidad de la ponencia.

El propósito de la presente finca en sugerir algunas pautas interpretativas pues la redacción final del artículo 765° del Código Civil y Comercial de la Nación puede arrojar dudas en su comprensión al compararlos, verbigracia, con los artículos 766°, 1390°, 1408° y 1525° pertenecientes al mentado cuerpo legal.

3. Líneas de *argumentación* razonablemente fundadas.²

a.-) Resulta lícito concertar obligaciones de dar suma de dinero en moneda extranjera. No se ha inhibido la posibilidad de acordar tales negocios jurídicos.

b.-) Se ha retornado al sistema que concibiera Vélez Sarsfield en el artículo 617° del Código Civil: encuadrar a la figura en análisis como especie de obligaciones de dar cantidad de cosas, aún cuando esta categoría obligacional no se encuentre expresamente sancionada. Pero aún así, los celebrantes, en la mayoría de los casos, no suponen que la divisa foránea sea tratada como una mercadería o estén realizando una permuta.

Por otro lado, si se aplicara los principios que informan a las obligaciones de dar cantidad de cosas, el incumplimiento conllevaría a entablar una pretensión de daños y perjuicios. No se tornaría posible que el acreedor solicitase la ejecución en la especie pactada.

Contrariamente, corresponde a una mejor técnica legislativa disciplinar tal instituto como si se tratará de obligaciones dinerarias.

c.-) ¿Cómo debe ser calificado el tanta veces nombrado artículo 765°, de *orden publico* o *supletorio*?

Una distinción que conduce a resultados valiosos, como lo brindó al interpretarse el artículo 617° original, estriba en distinguir cláusulas de moneda extranjera como aspecto esencial del contrato y como ajuste de la pérdida del valor adquisitivo.

En la primera, la restitución de la divisa foránea constituye una meta que ha motivado a las partes a contratar o la entrega de ella se encuentra vinculada con el valor de una cosa o de una prestación. No sería posible en tales circunstancias conculcar el principio de identidad del pago.

En la segunda, la moneda extranjera resulta empleada como correctora, en aras de no menguar el poder de cambio. Sería permitido al deudor librarse, entregando el equivalente en moneda de curso legal. Coherente con los mecanismos anti indexatorios de la Ley de Convertibilidad 23.928, en sus arts. 7° y 10° respectivamente.

c.1.-) Predicar que el artículo 765° resulta una norma supletoria permite solucionar, por otra parte, problemas ríspidos que surgen de la redacción de artículos que no fueron alterados por el Poder Ejecutivo como tampoco por las Cámaras del

² La terminología de “*argumentación razonablemente fundadas*” es sugerida por cierto sector de la filosofía del derecho para reemplazar el vocablo de *interpretación* pues la comprensión de un texto no siempre resulta claro ni sencillo.

Congreso; dado que existe una serie de preceptos que mantienen inalterable el principio de identidad del pago.

d.-) ¿Cuál sería la tasa de cambio? El Código Civil y Comercial ha omitido incorporar disposición sobre el tema.

Tal punto puede ser objeto de regulación por la autonomía de la voluntad, siempre que no infrinja el orden público o la moral o las buenas costumbres (art.1004°).

Resultaría lícito recurrir a tasas de cambios de plazas extranjeras, al estilo de la Nueva York o Montevideo. A menos que se dicten leyes que lo prohíban.

e.-) Sería factible para el deudor invocar la figura de la imprevisión contemplada en el art. 1091°. A pesar que su redacción no coincide con la del art.1198° del Código Civil, comparten similares fundamentos: la onerosidad sobreviviente. En tales circunstancias, cabe solicitar la readecuación del contrato.

4. El Art. 765° del Código Civil y Comercial: un camino conocido.

Sin dudas, lo inquietante de la norma es su parte final, lo que claramente ha disparado críticas de todo tipo y color en nuestra doctrina. Empezando por Bueres *que ve una suerte de intento de pesificar todas las obligaciones dinerarias*³; Fernández Márquez entiende que la norma refiere que *la cantidad de moneda a entregar puede estar determinada al momento de la obligación o ser determinable con posterioridad*⁴ En igual sintonía, otros autores atacan las razones del Poder Ejecutivo de *modificar* el Anteproyecto originario de la norma, que no aceptaba esta salida, si bien por razones circunstanciales, aunque no por ellas *de carácter menor*⁵.

Se genera una lógica tensión, si se la compara con el artículo 766, pues *“es fácil comprender que en una legislación atada al principio nominalista, las obligaciones de dar sumas de dinero exponen al acreedor a un perjuicio sustancial para todos aquéllos contratos que no sean de ejecución instantánea, aún en el caso en que su deudor cumpla en tiempo y forma lo pactado”*⁶.

³ BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2015, pp. 482.-

⁴ FERNANDEZ MARQUEZ, Jorge, “Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley, Año LXXIX N° 45, Lunes 9 de marzo de 2015 - Tomo La Ley 2015-B.-

⁵ Comentando en rigor los Arts. 765° y 766° reformados se dijo que: *“...el Poder Ejecutivo Nacional modificó ambas normas para receptar la pesificación de deudas y contratos en moneda extranjera (generalmente el dólar estadounidense), y con el claro objetivo de frenar la salida de capitales que debilitaron las reservas del Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.) en el mes de octubre de 2011. Dichas reformas, con posterioridad, no fueron aceptadas por los miembros de la “Comisión”, pero reconocen que fue el Poder Ejecutivo Nacional quien tiene la iniciativa legislativa”*. En ZURUETA, Mariano, “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”. Disponible en el sitio web: <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/las-obligaciones-en-moneda-extranjera-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-2012>. Fecha de captura 27/7/2015.

⁶ A lo sugerido arriba se podría agregar el siguiente comentario: *“Este criterio del legislador no genera inconvenientes en una economía relativamente estable, con una depreciación monetaria previsible. Pero no ha sido ese el caso por décadas, en la Argentina. Los desaciertos continuos de diversas políticas económicas –diferentes en el diagnóstico, pero coincidentes en la consecuencia inflacionaria- llevaron principalmente a dos mecanismos correctivos en la contratación privada: la dolarización y/o la indexación de las obligaciones dinerarias”*. En PAOLANTONIO, Martín E., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil”. Disponible en el sitio web: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/paolantonio.pdf>. Fecha de captura: 28/7/2015.-

Versan sobre relaciones sujetas en el tiempo, afectadas por una depreciación creciente de la moneda; el ajuste en dólares no deja de ser un mecanismo de estabilización de esa depreciación. Más allá de su prohibición, luce *más dogmática que fáctica*.

5. Las normas contraproducentes: Los arts. 766°, 1390°, 1408° y 1525° del Código Civil y Comercial.

A la difícil situación planteada por la norma del art. 765°, se le debe sumar cuatro (4) artículos que conducen a desechar –al menos en principio–, la interpretación literal de aquélla.

El art. 766° al tratar las obligaciones a cargo del deudor, establece que: *“El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”*⁷. Para Bueres, la doctrina *valorista y nominalista*⁸ se enfrentan de manera evidente con la interpretación de ambos artículos⁹. Para los Dres Ubiría y Pafundi, se trata de una *alteración sustancial* del régimen aplicable hasta hoy¹⁰.

El art. 1390° regula el contrato de depósito bancario; determina la obligación del depositario (banco) de restituir *“en la moneda de la misma especie”*. Para Bueres, la comparación con la norma recogida en el art. 765° determina un *“aspecto conflictivo”*, pues el Banco es *“deudor del cliente”* de la restitución de la moneda depositada, y aquélla norma *“no distingue entre los deudores”*¹¹.

⁷ Recordemos que también el Anteproyecto formulaba una norma del 766° –congruente de la que proyectaba para el artículo anterior–, y que decía: *“Obligación del Deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”*.

⁸ Carlos Calvo Costa refiere sobre ambas escuelas, lo siguiente: *“el nominalismo es aquél que otorga relevancia jurídica al valor nominal del dinero, por lo cual el deudor de una obligación dineraria cumplirá con su obligación entregando idéntica cantidad nominal de moneda que fue convenida. Según este principio nominalista, el dinero que emite el estado posee el valor nominal que éste le ha otorgado, prescindiendo completamente del mayor o menor valor adquisitivo que pueda sufrir dicha cantidad de dinero con el transcurso del tiempo (...). El valorismo, en cambio, sostiene que la extensión de las obligaciones en dinero no se encuentra definido por su valor nominal, sino que el mismo deberá determinarse de acuerdo al poder adquisitivo que sufra la moneda”*. CALVO COSTA, Carlos A. “Derecho de las Obligaciones 1.- Teoría General de la Obligación”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2009, pp. 310/11.

⁹ *“La doctrina ha desarrollado arduos debates en torno al cumplimiento de las obligaciones dinerarias cuando ha habido variación del valor de cambio de las especies debidas desde el momento de la celebración hasta el pago. Se enfrentan dos doctrinas: la valorista, donde la moneda que se utiliza para cancelar se aprecia por la cantidad de bienes que se pueden adquirir con ella, y la nominalista, en la cual el deudor se libera pagando la cantidad idéntica que dice el título”* En BUERES, Alberto, ob cit., pp. 483.

¹⁰ Donde ambos autores dirigen esta opinión de lo que ellos llaman *“una relación triangular”*: *“...a las obligaciones contraídas en moneda extranjera, a nuestro entender, cabal muestra de la existencia de un fenómeno elocuentemente descrito por Jean Carbonnier medio siglo atrás al advertir cada vez más que la obligación propende a convertirse en una “relación jurídica triangular” en la que intervienen el acreedor, el deudor y el Estado, este último dueño de la moneda (que emite), de los precios y de las fuerzas mayores”*. UBIRIA, Fernando A. y PAFUNDI, Angel M., *“Obligaciones de dar moneda extanjera”*. En *“Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012”*. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Editorial EL DERECHO, Buenos Aires, año 2012, pp. 362.

¹¹ *“...es preciso tener presente que este artículo puede interpretarse como una norma especial que prevalece sobre la general contenida en el Art. 765 del CCCN”*, BUERES, Alberto, *“Código Civil y Comercial...”*, ob cit., pp. 751.-

La norma contenida en el Art. 1408°, que disciplina el *préstamo bancario*, también navega contracorriente de la norma madre del 765°, pues reafirma la necesidad de respetar la especie de moneda objeto de la prestación. El tomador/prestatario del mismo, va a tener que devolver no solo la suma que se le prestó, -respetando la especie monetaria solicitada- sino también los intereses que dicho alquiler haya devengado en el transcurso del tiempo.

Finalmente, el Art. 1525° al reglar el contrato de mutuo, reafirma el contraprinzipio del art. 765° (como los tres anteriores), al disponer que el mutuario debe devolver la misma cantidad de cosas fungibles (en calidad y especie). Pensamos que el dinero, como medida de valor y de cambio, forma parte de estos contratos en un altísimo porcentaje. No es de extrañar, por tanto, la afirmación de entregar la misma *cosa fungible* (dinero) en la calidad y especie que se recibiera.

6. Los contrasentidos normativos y el cepo cambiario.

La necesidad del Poder Ejecutivo Nacional de intervenir, de manera directa, en la redacción de la norma del Art. 765°, contraviniendo lo que el Anteproyecto había dejado sentado con anterioridad, condice con el propósito una moneda dólar de escasa circulación pública, perseguida punitivamente a partir de la instauración del cepo cambiario hacia fines del año 2011¹².

7. Posibles soluciones creativas: Moneda dólar pactada en el contrato; La moneda extranjera como “cláusula de ajuste” en el contrato. Quid de la obligación facultativa del art. 786° inserta en el contrato pactado en dólares.

La situación descripta marca la existencia de un problema, circunstancial es cierto, pero problema real hoy: el deudor no debería obligarse a obtener una prestación cuya especie se encuentra atenazada con medidas restrictivas en torno a su circulación. Frente a esto, los operadores jurídicos deben asumir la responsabilidad de interpretar de la mejor manera posible, una usina generadora de riqueza y, por tanto, útil a la economía de un país, como es el contrato. Frente a esto, indicamos dos situaciones viables, que serían:

Primero – Norma Supletoria: frente al contrato pactado en dólares estadounidenses, con cláusulas claras en torno a lo que se entrega y a lo que se debe devolver, el deudor no debería pretender la opción dada por el Art. 765° in fine (renunciando a invocarla, por caso, como cláusula específica), pues la divisa extranjera configura *un elemento esencial del contrato*¹³.

Segunda – Norma de Cláusula de Ajuste en moneda extranjera: frente al contrato pactado en Pesos, y dado el carácter pernicioso y destructivo que genera la inflación en las relaciones contractuales, si las partes incluyen *expresamente* una *cláusula de ajuste*

¹² En los últimos cuatros años, el viejo y *justificado* temor argentino a la inflación que rápidamente nos hacía huir hacia la divisa norteamericana, se encontró con esta medida que, si bien pudo haber contado con justificaciones de base económica en su momento, hoy en día nos muestra un mercado negro de dólares robustecido paulatinamente por medidas restrictivas que son, hay que decirlo, cada vez menos restrictivas, y una oferta de dólares de diversa cotización, en donde la puja del dólar cambio oficial versus el blue, contiene buena parte de la atención de la actual administración. Lo que en un país con tantas deudas pendientes, no deja de ser un sinsentido con olor a tragedia.

¹³ Pensamos que robustece esta interpretación del Art. 765°, el Art. 9° cuando en el marco del ejercicio de los derechos, establece que éstos “...*deben ser ejercidos de buena fe*”.

en moneda extranjera, sólo para medir la depreciación sucedida durante la vigencia del mismo, allí no habría discusión posible, el deudor *podría cancelar en pesos*¹⁴.

Ahora bien, con relación a la primera de las interpretaciones, nos deja cierto espacio de dudas (quizás, aclarado cuando se despeje el escepticismo sobre la norma, y se construya una doctrina poderosa en torno a ésta y, sobre todo, a su *naturaleza jurídica*¹⁵). Nos referimos concretamente a lo expresado en la parte final del Art. 765° y su posible asimilación, no ya a una obligación de dar cantidades de cosas (que no han sido consagradas en el Nuevo Código) sino al carácter de obligación facultativa que presentaría el precepto ponderado. Sabiendo de antemano, que una obligación de tal índole le otorga al deudor la posibilidad de liberarse de lo debido, entregando algo distinto a ello, pero conocido de antemano por el creditor¹⁶.

La nueva norma del Art. 786° indica que “*están integradas por una prestación principal y otra accesoria; el deudor se libera cumpliendo con cualquiera, pero el acreedor puede reclamar la accesoria sólo en caso de imposibilidad de la principal...*”¹⁷.

Como bien sabemos, la prestación (Art. 725°) establece claramente ahora, lo que la doctrina y la jurisprudencia se dedicaron a tallar durante décadas: que sea *material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable*, susceptible de *valoración económica*, y correspondiente a un *interés patrimonial o extrapatrimonial* del sujeto¹⁸.

Con este reenvío a la norma descripta, ¿*no podría el deudor, por caso, pretender liberarse del contrato en dólares, por el carácter imposible que representa para él conseguir en el mercado dicha especie monetaria, cancelando en pesos?* Se tomaría a la moneda de curso legal como la accesoria de la principal pactada en divisa foránea. Y en esta senda interpretativa, cabe plantearse: ¿*no podría considerarse como ilícita una obligación pactada en dólares u otra moneda extranjera, en la medida que su manipulación y/o pretendida adquisición, obligara al deudor a tomarlo de un mercado controlado por la norma y por el poder de policía del Estado?*

8. Quid de la Teoría de la Imprevisión como herramienta de defensa del deudor.

Esta figura permite al deudor revisar el contrato, si la modificación de los presupuestos bases del negocio jurídico, conllevan a la excesiva onerosidad de su prestación.

Atendiendo a circunstancias imprevistas y que no sean resultado de su propia conducta, el deudor podría invocar el nuevo artículo 1091° en aras de readecuar el cumplimiento de su obligación.

¹⁴ De todas maneras, no es la panacea. Y no lo es, en la medida que no se tenga una certeza con relación al tipo de cambio al que se someterá la divisa estadounidense. Lo que puede dar lugar a ciertos abusos en torno a esta.-

¹⁵ Pensamos que, en un futuro, debería explicitarse una adecuación razonable del concepto de curso legal de la moneda: si el dólar, o la especie monetaria que sea, es tomada por una enorme porción de la población para transacciones privadas, por entidades bancarias (para celebrar acuerdos, con personas físicas o ideales), no deberíamos catalogarla como que no es de curso legal. ¿Lo anteriormente dicho sería de curso ilegal?. Lo que deviene en un sinsentido. Y desde allí plantear falsas nociones de soberanías diezmatadas, cuando lo que necesita la ciudadanía es seguridad jurídica.-

¹⁶ He ahí uno de los distinguos formales evidentes entre este Instituto y el de la dación en pago, en donde lo debido se sustituye por algo distinto, con la aceptación del acreedor.

¹⁷ BUERES, Alberto, “Código Civil y Comercial...”, ob cit., pp. 492.-

¹⁸ En una palabra, la prestación (objeto de la obligación en verdad) debe ser *viable*.-

En situaciones, tales como, la hiperinflación ocurrida en 1989 y la crisis financiera económica de fines del 2001, se tornaría una herramienta de notables proporciones para recomponer el equilibrio prestacional.

9. Conclusiones.

- Corresponde a una mejor técnica legislativa disciplinar a la obligación de dar moneda extranjera *como si fuera dineraria*, tal como lo reguló el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Para tal cuestión sería útil adecuar el concepto y alcance de moneda de *curso legal* en el país.
- Resulta ser el artículo 765° del Código Civil y Comercial *una norma supletoria*. Las partes, mediante la composición de sus intereses, *pueden dejarla de lado* si se estipula que la divisa extranjera se torne *un elemento esencial del contrato*.
- Se debe permitir que el deudor se libere de la obligación entregando el equivalente en moneda de curso legal *si se trata de una cláusula de ajuste* respecto al poder adquisitivo.
- El deudor puede recurrir al *instituto de la imprevisión*, si ocurre la *excesiva onerosidad* en el cumplimiento de su prestación.

Bibliografía

- **BUERES, Alberto**, “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2015
- **CALVO COSTA, Carlos A.** “Derecho de las Obligaciones 1.- Teoría General de la Obligación”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2009, pp. 310/11
- **Código Civil y Comercial de la Nación**, editorial El Derecho, octubre 2014.
- **FERNANDEZ MARQUEZ, Jorge**, “Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley, Año LXXIX N° 45, Lunes 9 de marzo de 2015 - Tomo La Ley 2015-B.-
- **PAOLANTONIO, Martín E.**, “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil”. Disponible en el sitio web: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/paolantonio.pdf>.
- **UBIRIA, Fernando A. y PAFUNDI, Angel M.**, “Obligaciones de dar moneda extanjera”. En Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Editorial EL DERECHO, Buenos Aires, año 2012.-
- **ZURUETA, Mariano**, “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”. Disponible en el sitio web: <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/las-obligaciones-en-moneda-extranjera-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-2012>.