

Comisión n° 4, Contratos: “Formación Progresiva del Contrato: tratativas y pactos preliminares”

CONTRATOS EN MONEDA EXTRANJERA

Autor: Haydée Sabina Podrez Yaniz*

Resumen:

No existe prohibición legal para contratar en moneda extranjera. La regulación actual del artículo 765 del CCCN posibilita que los contratantes acuerden libremente el mecanismo de conversión de la divisa extranjera que consideren adecuado a la materia del negocio. Dicha previsión no altera el orden público.

1. Desarrollo de la ponencia.

Dentro de las tratativas previas a la celebración de contratos onerosos las partes usualmente negocian la forma y la moneda de pago.

En el Anteproyecto de reforma originario, elaborado por los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, conjuntamente con la Dra. Aída Kemelmajer, había sido implantado el *sistema nominalista*: las deudas estipuladas en moneda de curso legal o extranjera quedan canceladas mediante la entrega al acreedor de la cantidad y especie acordadas¹. De esta manera, se mantenía el régimen vigente, introducido por la ley de convertibilidad² en el artículo 617 del Código Civil de Vélez, que regulaba a las obligaciones constituidas en moneda extranjera como de dar *sumas de dinero*, en concordancia con el *principio de identidad de pago* establecido en el artículo 740 del citado cuerpo normativo.

En los Fundamentos del Anteproyecto, los miembros de la Comisión Redactora argumentaban: “*Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista reafirmado por la ley 23.928, 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 c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A."), de "un proceso de estabilización de la economía"*.”

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo Nacional introdujo un cambio sustancial en el citado precepto proyectado, que originó serios debates en la Comisión Bicameral constituida para el tratamiento de la reforma, actualización y unificación de los Códigos

* Profesora con categoría de Titular Ordinaria en la materia “Introducción al Derecho” y con categoría de Adjunta Ordinaria en la materia “Derecho Notarial y Registral”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”. Universidad Nacional de La Plata.

¹ Art.765: “Concepto. 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”.

² Art. 11 de la ley 23.928.

Civil y Comercial³: la obligación de dar moneda extranjera, en vez considerarse una deuda de dar sumas de dinero, es calificada como de dar *cantidades de cosas*, quedando la redacción del artículo 765 propuesto en los siguientes términos: “*Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la 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 podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*” (lo subrayado es nuestro).

Cabe tener en cuenta que la última frase propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional -“de conformidad con la cotización oficial”- fue suprimida en la versión aprobada por el Senado, que pasó a la Honorable Cámara de Diputados y así fue sancionada.

Se volvió a la escritura original del artículo 617 del Código Civil Velezano, como modo de receptar la pesificación de las deudas en moneda extranjera⁴, que ciertos autores consideran desventajosa, no sólo desde el aspecto jurídico⁵, sino también desde una mirada mercantil-financiera⁶.

Inadvertidamente, se produce un vacío legal al no existir, en el Código Civil y Comercial, un capítulo que trate a las obligaciones de dar cantidades de cosas, al cual remite aquella norma. Sin embargo, podría sortearse dicho obstáculo si se considera que estas prestaciones caben dentro de las *obligaciones de género*, reguladas en los artículos 762 y 763...⁷.

La principal diferencia entre las obligaciones de *dar sumas de dinero* y de *entregar cantidades de cosas* se produce respecto a las consecuencias de su incumplimiento. En efecto, si debían darse cosas, habrá reclamo por daños y perjuicios; en cambio, si se trata de sumas de dinero, su eventual incumplimiento debe ser abonado con intereses moratorios y/o punitivos⁸. Además, a las obligaciones de dar cantidades de cosas les es aplicable la actualización de su valor⁹, mientras que las deudas de dinero son nominales y sólo corresponde el pago de intereses ante la mora o incumplimiento de éstas.

No obstante, entendemos que la consecuencia más gravosa para el acreedor sería soportar *la pesificación* de una obligación en moneda extranjera por mecanismos que, lejos de apreciar la valorización de la misma hasta el día del cumplimiento de la

³ Versión taquigráfica (provisional) de la Cámara de Senadores de la Nación correspondiente a los días 27 y 28 de noviembre de 2013, 9º Sesión Especial. <http://www.senado.gov.ar>

⁴ Conf. BARREIRA DELFINO, Eduardo, “La Moneda de contratación en el devenir de la economía”, eIDial.com.- 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.

⁵ ZURUETA, Mariano R., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, DJ19/06/2013,95; AR/DOC/520/2013.

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A. sostiene que el artículo 765 del Proyecto de Código Único “habrá de incidir negativamente en el otorgamiento y condiciones de los préstamos de dinero”, ob. cit.

⁷ ZURUETA, Mariano R., ob. citada.

⁸ Confr. fallo “Miro, Elsa v. Marchiano, Jorge”, DJBA 151-4343 citado por BRINDICI, Martín, en “Comentario sobre los nuevos arts.765 y 766 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial: Análisis sobre posible pesificación de los contratos”, JA 2012-III, N° 5, p. 6.

⁹ Conf. BRINDICI, Martín, ob. citada.

prestación, apenas permitirían evaluar el deterioro del poder adquisitivo de la moneda nacional desde la mora del deudor hasta el momento del pago¹⁰.

Una problemática adicional deriva de la aparente contradicción entre los artículos 765 y 766, a partir de las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional. Esta última norma establece que “*El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada*”¹¹.

La referida incongruencia¹² entre dos preceptos contiguos podría generar diversas interpretaciones, tendientes a provocar conflictos en las relaciones contractuales.

Por ello, es imperativo preguntarse: ¿Cómo podrían compaginarse los artículos 765 y 766 propuestos? Si el deudor *debe* entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, según el artículo 766, ¿debe devolver pesos o la moneda extranjera pactada?.

En este orden de ideas, es dable sostener que el artículo 765 tiene *carácter dispositivo*, susceptible de ser dejado de lado por convención de las partes¹³. Es decir que, a efectos de conciliar las citadas normas, cabe interpretar que el deudor **puede** liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, y no que **debe** liberarse dando el equivalente en esa moneda.

De tal forma, si consideramos que dicha previsión no es de orden público, sería válido un acuerdo entre partes que modifique tal regulación.¹⁴

A esta altura, puntualizamos que **no existe** prohibición legal para contratar en moneda extranjera, en el derecho derogado, ni en el vigente¹⁵. Por ello, si las partes pactaron la obligación en una moneda extranjera para que sea cancelada en esa moneda, corresponde aplicar los artículos 957, 962 y 965 del dl Código Civil y Comercial¹⁶.

¹⁰ Confr. LLAMBIAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Abeledo Perrot, Tomo II-A, p. 139.

¹¹ Redacción original del Anteproyecto “Art.766. Obligaciones 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”.

¹² TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit.; BARREIRA DELFINO, Eduardo, ob. cit.; ZURUETA, Mariano Ramiro, ob. cit.

¹³ Confr. ZURUETA, Mariano R., ob. cit.

¹⁴ BRINDICI, Martin, ob. citada, sostiene: “(...) en modo alguno, según nuestro entender, el nuevo código impone la obligación de pactar la obligación en pesos o habiendo sido pactada en otra moneda, la obligación de devolver pesos. Refuerza esta idea la necesidad de hacer una interpretación armónica del art. 765 del proyecto y del nuevo artículo 766, que en forma algo confusa, reiterando el espíritu del 619 actual, establece que el deudor para liberarse de la obligación debe entregar la misma especie que se obligó. Debe entregar lo mismo que se obligó o puede entregar pesos si se obligó en otra moneda? Habrá que estar a lo que dice el contrato (...) Si las partes expresamente pactaron la obligación en una moneda extranjera y que debe ser cancelada en esa moneda, habrá que estar a la intención de las partes conforme el artículo 1197 del Código Civil y sus concordantes (lo que además estaría permitido en función que “el deudor debe entregar la cantidad de la especie designada”). Pero si nada dijeron, el deudor de una deuda en moneda extranjera podrá cancelar su deuda en la moneda pactada o bien liberarse pagando su equivalente en pesos”.

¹⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Obligaciones en moneda extranjera. Evolución y su consideración en la Ley 25.561 y en el Decreto 214 de 2002”, Estudios sobre la Pesificación y la Emergencia Económica, La Ley, Serie IV- Instituto de Derecho Civil- Nro. 9, Bs. As., 2003, ps. 29-41.

¹⁶ ARTICULO 957: **Definición.** Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. ARTICULO 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. ARTICULO 965. **Derecho de propiedad.** Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

En este sentido, distinguidos juristas dicen: si las partes acordaron que se entregue moneda extranjera como un “elemento esencial”, no es posible cambiar por un equivalente¹⁷. Repárese que este pensamiento no es extraño al Código Velezano, en tanto se encontraba previsto en el artículo 505 inciso 1 de dicho cuerpo normativo, que disponía la regla del cumplimiento específico o “*in natura*” de la prestación, de conformidad con el principio de *identidad e integridad* en el pago, consagrado en el artículo 868 y 869 del Código Civil y Comercial¹⁸.

Efectivamente, la jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 23.928 admitía, como excepción al referido derecho de conversión (o pago por equivalente) del deudor en moneda extranjera, la contratación en dicha divisa como *cosa* u objeto específico. En ese caso, el obligado al pago debía abonar en la misma calidad y cantidad de la moneda pactada, tal como lo marcaban los artículos 607, 617 y 740 del Código Civil derogado¹⁹.

Mediante una interpretación literal de la norma, entendemos que la inserción de la palabra “**puede**” en el artículo 765 *in fine* del Código Civil y Comercial implica que la disposición **no** es de orden público.

Y desde el punto de vista dikelógico, y respetando costumbre arraigada, resulta ponderable otorgar libertad a las partes para reglar sus relaciones jurídicas, teniendo en cuenta que los contratos constituyen una significativa causa fuente de las obligaciones.

Se deduce, entonces, que en el Código Civil y Comercial, las obligaciones en moneda extranjera son consideradas *deudas de valor*, al igual que en el Código de Vélez Sarsfield,²⁰ distinguiéndolas de las *obligaciones dinerarias*. Prueba de ello es el artículo 772, establece: “*Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios (...) Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección*” (lo resaltado es nuestro).

En suma, el deudor obligado en moneda extranjera *podrá* cancelar su deuda en la moneda pactada o bien liberarse abonando su equivalente en pesos, ante la ausencia de estipulación en el contrato. De lo contrario, las partes deberán ajustarse a lo convenido.

Las partes podrán seguir conviniendo distintos mecanismos de pago de la moneda foránea, que posibiliten al deudor cumplir con su obligación, al mismo tiempo que satisfagan suficientemente al acreedor. Entre los esquemas contractuales a adoptar, los estipulantes pueden acordar que la deuda en divisas extranjeras sea abonada mediante la entrega de la cantidad de moneda de curso legal necesaria para adquirirlas en los mercados libres del exterior; o bien obteniendo la misma cantidad y especie de la moneda debida en los mercados cambiarios del país²¹.

¹⁷ SALVAT, Raymundo y GALLI, Enrique V., “Tratado de Obligaciones”, T. I, p. 407, N° 464; citado por COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Ob. cit.

¹⁸ ARTÍCULO 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

¹⁹ CNCiv., Sala A, 11/8/88, La Ley, 1988-E-491; íd. Sala C, 26/11/85, La Ley 1986-B-301 y J.A. 1986-IV-126.

²⁰ Conf. ZURUETA, Mariano R., ob. citada.

²¹ El Ministro de Justicia, Julio Alak, expresó que “lo que hace el proyecto del nuevo Código Civil receptando el espíritu que rigió durante 180 años en la Argentina con toda la normativa nacional, y el código de (Dalmasio) Vélez (Sarsfield), fue establecer la primacía de la voluntad de las partes en los contratos civiles”. Concordantemente, dijo que “es importante aclarar que no hay pesificación de contratos en moneda extranjera vigentes ni tampoco hay pesificación de ahorros en moneda extranjera” y

Por su parte, cabe destacar que el artículo 1525 del nuevo cuerpo legal, en materia de mutuo, obliga al mutuuario a devolver “*igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie*”. Asimismo, el artículo 1390, al regular el contrato de depósito bancario, exige al depositario a restituir el dinero entregado “*en la moneda de la misma especie*”. Dado que dichos preceptos son normas especiales respecto a la general -artículo 765 del Código Civil y Comercial-, debieran resultar de aplicación prioritaria en la materia específica que se regula²².

Ahora bien, aquí se presenta otra duda: ¿Cuál es la cotización de la moneda extranjera que debería tomarse a efectos de cumplir con la prestación? Sabemos que actualmente existen distintas cotizaciones de la divisa más buscada -dólar estadounidense-, según el ámbito o mercado de que se trate (verbigracia, dólar turístico, dólar tarjeta, dólar soja, entre otros). Sin embargo, el mentado proyecto no establece cómo debe hacerse la conversión de la moneda²³.

En este aspecto, entendemos que la eliminación, en el artículo 765 del Código Civil y Comercial, de los términos referidos a la cotización oficial de la moneda de pago, posibilita que los contratantes acuerden libremente el mecanismo de conversión de la divisa extranjera que consideren adecuado a la materia del negocio.

En el supuesto que los contratantes no hayan convenido el modo de conversión de la divisa extranjera en moneda de curso legal en el país, sería razonable una liquidación efectuada a la cotización más alta²⁴.

La norma sancionada tampoco determina la fecha de la valorización a considerar para proceder al pago en pesos de la deuda contraída en moneda extranjera²⁵. Ello podría constituirse en un grave problema en épocas como la actual, donde el valor de la moneda presenta oscilaciones importantes.

Al respecto, el Doctor Jorge ALTERINI, ya en el año 1987, sostuvo que “*aunque se han expuesto opiniones diversas, la solución legal contenida en el artículo 608 del Código Civil es inequívoca pues impone realizar el cálculo a la fecha del vencimiento de la obligación, lo que no obsta a su revalorización hasta la fecha del efectivo pago, por encuadrarse como obligación de valor*”²⁶.

Respecto al principio de irretroactividad de las leyes previsto en el artículo 7 del Código Único, opinamos que el artículo 765 sólo rige ante el silencio de los contratantes, “*las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*”.

agregó que “la voluntad de las partes está por sobre las normas de los contratos civiles, y en este caso la norma actúa supletoriamente porque no son normas de orden público ni tienen restricción como pueden tener los contratos laborales, u otros contratos, que gozan de una protección especial”. <http://www.prensa.argentina.ar/2012/06/12/31469-alak-no-hay-pesificacion-de-contratos-en-moneda-extranjera.php>.

²² Confr. ZURUETA, Mariano R., ob. citada

²³ BARREIRA DELFINO, Eduardo, ob. cit.

²⁴ C.Fed., 17/12/73, La Ley 156-854 (S-31.898); C.N.Civ., Sala D, 29/11/73, La Ley 155-57; íd. Sala E, 4/9/74, La Ley 156-463; C.N.Com., Sala A, 15/4/75, La Ley 1975-C-362; íd. Sala C, 27/4/73, La Ley 151-172, citados por TRIGO REPRESAS, Felix A., ob. citada.

²⁵ Conf. BARREIRA DELFINO, Eduardo, ob. citada.

²⁶ ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, L.L.1987-E-873. El art. 608 C.C. expresa que si la obligación tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas (que es el criterio del Proyecto) el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e intereses, o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación.