

Las obligaciones en moneda extranjera en el CCyC

por GRACIELA CRISTINA WÜST⁽¹⁾

En el anteproyecto original de Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 765 establecía que las deudas y los contratos debían ser cancelados en los signos monetarios ya acordados, en tanto en la redacción finalmente aprobada, modificada por el Poder Ejecutivo nacional, se estableció que cuando la obligación contraída se hubiere pactado en moneda extranjera, el deudor "podrá" liberarse de la misma por medio de la entrega del equivalente en billetes de curso legal.

Luego, el art. 766 CCyC, señala que el deudor está obligado a pagar "la cantidad correspondiente de la especie designada", coincidiendo con el texto del art. 617 CC. Esta modificación originó las críticas de varios expertos, que señalaron que existe una contradicción entre el art. 765 CCyC, que permite al deudor cancelar su deuda pagando pesos, y el art. 766 CCyC, que dice que debe restituir lo designado en el contrato (por ejemplo, dólares), sosteniéndose también que esos artículos significan una pesificación, porque establecen efectivamente que se podrán pagar en pesos deudas contraídas en moneda extranjera.

Se señaló que el articulado definitivo genera incertidumbre y dudas en tanto —seguramente— los deudores intentarán cancelar la obligación en moneda de curso legal y a la cotización oficial, mientras que los acreedores pretenderán recibir dólares, en caso de un contrato pactado en esa moneda.

(1) Abogada, Doctora en Derecho (UBA), Profesora adjunta regular de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, (UBA). Presidenta de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA.

Sin embargo, tales expresiones aparecen apresuradas y con escaso fundamento cuando se integra el texto de estos artículos con el resto del CCyC, en especial con las normas generales que rigen a los contratos que, como sabemos, son la fuente más amplia en la generación de obligaciones bilaterales y consensuales.

Alegan algunos críticos que la reforma de esos dos artículos constituye un grave error de política legislativa, al no existir un capítulo que trate de las obligaciones de dar cosas al que remite la norma.

Sin embargo, el párrafo 1º del capítulo 3 de la sección 1ª del CCyC establece las normas generales que regulan las obligaciones de dar —entre los arts. 746 a 749—, y las obligaciones de dar cantidades de cosas están contempladas en el art. 762, como “obligación de género”, que “es aquella obligación de dar que recae sobre cosas determinadas solo por su especie y cantidad” (por ejemplo 1000 dólares estadounidenses en billetes), con lo cual queda claro que, cuando en el contrato se pacta como condición esencial la entrega de moneda extranjera (cosa), determinada por su especie y cantidad, se aplican las normas que regulan las obligaciones de dar en lo que resulte pertinente, y las normas que regulan las obligaciones de género.

También resulta claro que el deudor solo podrá hacer uso del derecho de conversión que establece el art. 765 CCyC, cuando en la convención nada se haya estipulado al respecto, es decir, cuando solo se haya establecido el pago en moneda extranjera sin que la entrega de la cosa sea elemento esencial de la obligación, o sin que se establezcan formas alternativas de adquirir la cosa si no se encuentra en el mercado nacional, o de valorizarla en forma diferente a la cotización oficial de la moneda extranjera.

Es que, al volver a los términos del art. 617 CC, la obligación deja de ser una obligación de dar una suma de dinero y, en consecuencia, se transforma en una deuda de valor, que solo se volverá pecuniaria al ser liquidada por sentencia, cuando el deudor no entregue la especie y cantidad de cosas prometidas.

Como señalaba Vélez en la nota al art. 616 CC, la obligación de dar dinero es también una obligación de dar cantidades de cosas, señalando que desde el punto de vista jurídico, la moneda es una cosa de consumo, en el

sentido de que su uso verdadero consiste en el gasto que se hace. De allí que las obligaciones de dar una suma de dinero sean siempre en moneda de curso legal, ya que es esta la única que en el intercambio de bienes y servicios tiene efecto cancelatorio, con independencia de su valor intrínseco o su poder adquisitivo.

En concordancia con lo expuesto, señalamos que las normas relativas al pago⁽²⁾ refuerzan el concepto de que quien se obligó en forma esencial, en la medida que el objeto de la obligación del deudor es entregar determinada cantidad de cosas según especie y cantidad —moneda extranjera en el caso—, solo extingue en forma normal su obligación entregando esa cantidad de cosas en la especie y cantidad en la que oportunamente se obligó, salvo que en la convención el deudor haya hecho valer su derecho a la conversión en los términos del art. 765 CCyC, o que el acreedor haya dispuesto otro modo de convertir la obligación en pecuniaria.

Por su parte, las normas generales que regulan los contratos,⁽³⁾ destacan y refuerzan tanto la fuerza obligatoria de los contratos como la libertad de contratación, con las limitaciones propias a todos los actos jurídicos para ser considerados lícitos.

(2) ARTÍCULO 865.- Definición. Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

ARTÍCULO 866.- Reglas aplicables. Las reglas de los actos jurídicos se aplican al pago, con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.

ARTÍCULO 867.- Objeto del pago. El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.

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.

ARTÍCULO 869.- Integridad. El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida.

ARTÍCULO 870.- Obligación con intereses. Si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses.

(3) ARTÍCULO 957.- Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiesten su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir las acciones jurídicas patrimoniales.

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.

ARTÍCULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

De manera tal, las críticas vertidas a las normas en examen, a mi juicio, carecen de sustento, y además no contemplan que, en general, se trata de un Código en el cual lo importante es que define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central del Código, que además regula la obligación de decidir de los jueces —conforme con la tradición de nuestro Código Civil—, agregando que la decisión debe ser razonablemente fundada, de manera que cualquier interpretación debe ajustarse, en principio, a la casuística que surge de la doctrina y jurisprudencia constitucional de la arbitrariedad de sentencias, lo cual viene a asegurar, también, la justicia de las decisiones.

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.

ARTÍCULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

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.

ARTÍCULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación.

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código.

ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b) las normas supletorias;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irracional.

ARTÍCULO 965.- Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

Parágrafo 6°. Obligaciones de dar dinero

ARTÍCULO 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 cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

1. Introducción

El Código regula en este artículo la obligación de dar sumas de dinero, definiéndola como aquella que el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si la obligación tiene por objeto una moneda que no sea de curso legal en la República, establece que aquella debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda curso legal.

2. Interpretación

2.1. Obligaciones de dar sumas de dinero

Son aquellas que se dan cuando el deudor debe cierta cantidad de moneda que sea de curso legal, determinada o determinable al momento de la constitución de la obligación. El Código las distingue de las obligaciones de valor, tal como se explica en el comentario al art. 772 CCyC.

El carácter de curso legal de una moneda significa que el dinero goza de sanción y de proclamación estatal, y como consecuencia de ello, es irrecusable como instrumento de pago cuando es ofrecido por el deudor en cumplimiento de su obligación.⁽¹¹⁾ En el ámbito nacional, solo el peso tiene curso legal de conformidad con lo establecido expresamente en el art. 38 de la ley 12.155 de creación del BCRA, en las disposiciones de su Carta Orgánica —ley 20.539—, y en el art. 7° de la ley 23.928.

El curso forzoso, en cambio, significa la calidad de curso legal aplicada al papel moneda inconvertible. De allí que esta cualidad de la moneda está compuesta de dos elementos; por un lado, la regla de curso legal, vinculada a la relación deudor-acreedor y, por el otro, la regla de inconvertibilidad, vinculada a la relación emisor del billete-tenedor.⁽¹²⁾

De este modo, en nuestro sistema monetario, antes de la reforma que introdujo la ley 25.561 a la ley de convertibilidad (23.928), la moneda —peso— tenía curso legal pero no tenía carácter forzoso por ser convertible.

Actualmente, en el sistema monetario argentino coexisten dos monedas, el peso (decreto 2128/1991), que reemplazó al austral convertible, de curso legal y forzoso; y el peso oro de la ley 1130, que se utiliza como unidad de cuenta en supuestos muy específicos

(11) Pizarro, Ramón D y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, T. 1, Bs. As., Hammurabi, p. 355.

(12) *Ibid.* p. 356, con cita de Rivera, Alegría, Villegas y Schujman.

como el previsto en el Código Aeronáutico (arts. 144 y 145) y en la Ley General de Navegación (arts. 175, 331 y 337 de la ley 20.094).

2.2. Obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal

2.2.1. El régimen del Código Civil y de la Ley de Convertibilidad

El art. 617 CC, antes de la modificación introducida por la Ley de Convertibilidad, disponía: *“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”*. Vélez consideró la obligación de dar moneda extranjera como una obligación de dar cantidades de cosas y no como una obligación de dar sumas de dinero.

Como regla, el deudor podía abonar la deuda en la moneda pactada o a través de su equivalente en moneda nacional al tiempo del vencimiento de la obligación o el pago, con sustento en lo dispuesto por el art. 5° de la ley 1130 en concordancia con lo previsto por los arts. 607, 608 y 619 CC. En ese contexto, la cláusula de pago en moneda extranjera funcionaba como un mecanismo de estabilización. Se exceptuaban de esa regla los contratos que producían efectos fuera del territorio nacional, en los contratos internos cuando la moneda extranjera actuaba como cosa u objeto (arg. arts. 617 CC, en concordancia con el art. 607 CC), la obligación del mutuario de restituir las especies extranjeras recibidas en préstamo (art. 2240 CC), etc. También, para un sector de la jurisprudencia, se exceptúan aquellos contratos en donde las partes hubieran acordado atribuir a la moneda extranjera el carácter de objeto específicamente debido.

La Ley de Convertibilidad reemplazó el art. 617 CC por el siguiente texto: *“Si por el acto que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”*. De este modo, la obligación de dar moneda extranjera fue tratada como si fuera una obligación de dar dinero y no como una obligación de dar cantidades de cosas. No procedía, como regla, el pago por equivalente, pues el deudor de una obligación en moneda extranjera adeudaba la especie designada (art. 619 CC).

2.2.2. El régimen del Código Civil y Comercial

El Código se aparta de la solución del Anteproyecto, en cuanto mantenía la solución consagrada por el art. 617 CC, y al igual que el Código de Vélez dispone: *“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”*.

Es decir que, frente a una obligación de dar moneda que no sea de curso legal, el deudor puede liberarse mediante la entrega de la moneda pactada o bien de su equivalente en moneda nacional.

La solución luce orientada a incentivar el pago en moneda nacional de deudas pactadas en moneda extranjera, tratándose del criterio que, con matices y variantes, prevalece en el derecho comparado.⁽¹³⁾

(13) Pizarro, Ramón D., “Clases de obligaciones”, en Julio César Rivera y Graciela Medina, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012.

Con relación al texto del artículo, se ha expresado que cuando alude al régimen de obligaciones de dar cantidades de cosas, se efectúa una remisión a un vacío legal, puesto que estas obligaciones que existen en el CC (arts. 606 a 615), no han sido contempladas por el Código;⁽¹⁴⁾ y que el error en que se incurre consiste en suponer que tratando a una obligación en moneda extranjera como dineraria, se impide que pueda ser pagada en moneda nacional, pues el legislador puede determinar que toda obligación de dar una suma de dinero que deba cumplirse en territorio argentino, cualquiera sea la moneda que se hubiese determinado, puede hacerse efectiva en moneda nacional.⁽¹⁵⁾

Para algunos, la solución que consagra el artículo tiene carácter dispositivo y permite que, salvo pacto o disposición legal en contrario (por ejemplo, art. 1390 CCyC), el deudor se libere de una deuda en moneda extranjera pagando el equivalente en dinero nacional.⁽¹⁶⁾ Es decir que, el deudor solo podrá hacer uso del derecho de conversión cuando en la convención nada se haya estipulado al respecto, es decir, cuando solo se haya establecido el pago en moneda extranjera sin que la entrega de la cosa sea elemento esencial de la obligación, o sin que se establezcan formas alternativas de adquirir la cosa si no se encuentra en el mercado nacional, o de valorizar en forma diferente a la cotización oficial de la moneda.⁽¹⁷⁾ En este sentido, se ha expresado que no se trata de una norma de orden público, por lo que las partes podrán pactar la entrega específica en moneda extranjera. Pero si la contraprestación no tiene una conexión con la moneda extranjera pactada, entonces se estaría utilizando como un modo de actualizar la deuda en moneda nacional, y esto implica violar la prohibición de indexar instituida por los arts. 7° y 10 de la ley 23.928, regla esta de orden público e inderogable por las partes, por lo cual el deudor podrá liberarse entregando la cantidad de moneda nacional equivalente a la moneda extranjera pactada.⁽¹⁸⁾

2.2.3. Supuestos excluidos

Es importante señalar que el principio general establecido en la última parte del artículo en análisis, y en virtud del cual el deudor podrá liberarse de la obligación pactada en moneda que no es de curso legal entregando el equivalente en moneda de curso legal, no resulta aplicable a los supuestos de contratos de depósito bancario. Ello así, pues la norma específica que regula este tipo de contratos dispone que el depositario "tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante" (art. 1390 CCyC).

De igual manera, en el contrato de préstamo bancario, se establece que el prestatario deberá proceder a "su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado" (art. 1408 CCyC), e igual solución se aplica a los contratos de apertura de crédito (art. 1410 CCyC), mutuo de dinero (arts. 1527 y 1532 CCyC).

(14) Trigo Represas, Félix A., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado", en RCyS-2012-XI, p. 5.

(15) Pizarro, Ramón D., "Clases de obligaciones", en Julio César Rivera y Graciela Medina, *op. cit.*

(16) Pizarro, Ramón D., "Clases de obligaciones", *op. cit.*; Funes, María Victoria, "Obligaciones en moneda extranjera en el nuevo código", *La Ley*, 23/04/2014, p. 1.

(17) Wüst, Graciela C., "Las obligaciones en moneda extranjera en el CCyC", en Juan Martín Alterini (dir.), *Revista Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial, Colección Reformas Legislativas*, año 1, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, abril de 2015, p. 109.

(18) Márquez, José F., "Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial", Bs. As., *La Ley*, 09/03/2015, p. 1.

ARTÍCULO 766. Obligación del deudor

El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

1. Introducción

En la obligación de dar sumas de dinero, “*el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constituirse la obligación*” (art. 765 CCyC) y se libera entregando “*la cantidad correspondiente de la especie designada*” (art. 766 CCyC). De este modo, se conserva el principio nominalista en términos absolutos al no introducirse modificación alguna a la ley 23.928 y a la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, previsto por los arts. 7° y 10 de aquella ley.

2. Interpretación**2.1. Nominalismo y valorismo**

El nominalismo y el valorismo brindan una respuesta distinta a lo que sucede cuando se altera el valor de la moneda en el intervalo que transcurre entre el momento en que la obligación es exigible y la fecha prevista para el pago.

El nominalismo establece la regla según la cual la obligación pecuniaria se extingue de conformidad con su valor nominal. Una unidad monetaria es siempre igual a sí misma. El dinero que emite el Estado posee el valor nominal que este le asigna, con total prescindencia de su mayor o menor poder adquisitivo, que es algo contingente y secundario. Dentro del nominalismo, es posible distinguir una concepción relativa y otra absoluta de este. La diferencia que existe ambas radica en que la primera permite apartarse del nominalismo mediante la inserción, convencional o legal, de mecanismos de ajuste, posibilidad que la restante no admite.

Para la postura valorista, en cambio, la extensión de las obligaciones dinerarias no se determina por su valor nominal, sino en función del poder adquisitivo de la moneda. Lo relevante no es la cantidad nominal adeudada, sino el valor comprometido que, en caso de pérdida de poder adquisitivo de la moneda, debe ser representado por las sumas nominales que sean menester para alcanzarlo.

El Código conserva el principio nominalista absoluto en línea con lo dispuesto por los arts. 7° y 10 de la ley 23.928.

2.2. El texto del Anteproyecto

El art. 766 CCyC contiene una modificación respecto del texto del Anteproyecto, en la medida en que que disponía: “*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*”. La modificación introducida es consecuencia del actual texto del art. 765 CCyC.

ARTÍCULO 767. Intereses compensatorios

La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

Título: Obligaciones en moneda extranjera y el Código unificado

Autores: Alterini, Jorge Horacio - Diehl Moreno, Juan M. - Paolantonio, Martín E.

Publicado en: Revista del Notario 921, 01/07/2016, 9

Cita Online: AR/DOC/4376/2015

Sumario: I. Introducción. El equilibrio contractual. — II. La opción contenida en el artículo 765 in fine, ¿es imperativa o supletoria? — III. Sobre la incongruencia de hablar de obligación de dar cantidades de cosas cuando estamos hablando de obligaciones de dar sumas de dinero. — IV. Instrumentación del contrato. ¿Qué herramientas o modos alternativos se aconsejan a quienes deben instrumentar un contrato generalmente alguna hipoteca en dólares o compraventa, o documentar saldos de precio, para asegurarse, si no la misma moneda convenida en especie y cantidad, al menos la mejor cotización?. — V. Hipotecas en dólares y principio de especialidad registral. V. Subasta en moneda extranjera o en pesos. VI. Preguntas del auditorio

☺

El 9 de septiembre de 2015 se realizó en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires una mesa redonda, que contó con la participación de los doctores Jorge Horacio Alterini (A.), Juan Diehl Moreno (D. M.) y Martín Esteban Paolantonio (P.), bajo la moderación del escribano Norberto Rafael Benseñor (B.), para abordar los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial con respecto a las obligaciones en moneda extranjera.

El presente artículo condensa las diferentes opiniones doctrinarias vertidas por los panelistas durante su exposición, a cuyo fin se han mantenido los nombres de los expositores, para que puedan ser identificados con claridad. Con ese mismo objetivo, se han diferenciado a través de subtítulos los aspectos más relevantes tratados en esa sesión.

I. Introducción. El equilibrio contractual

P.: Básicamente, el problema con la moneda extranjera se plantea cuando se da un escenario de inflación, que puede ser más o menos importante según las épocas. La única excepción para esta idea serían las operaciones genuinamente internacionales, en las cuales sí hay un interés particular en la moneda extranjera. Sin embargo, si no es este el caso, se sabe que el recurso de la moneda extranjera se ha utilizado generalmente como un mecanismo para paliar el problema del envejecimiento de la moneda nacional. Este es un concepto que los argentinos aprendimos durante mucho tiempo, que en algún momento se creía superado, pero al que hemos vuelto.

La contratación es un instrumento de planificación, desde el punto de vista empresarial e incluso desde el personal. Lógicamente en toda operación hay riesgos y, si a ellos se les suma la incertidumbre que puede generar la situación de inflación, es necesario generar cláusulas contractuales y mecanismos paliativos con el fin de arribar a un esquema que permita contener las circunstancias inmanejables producto de las variables macroeconómicas que controla el poder público. El individuo en sí mismo dispone de muy poco poder para contener lo que implica la inflación. El problema se plantea en casi todas las contrataciones, particularmente en el contrato que no es instantáneo, es decir, el contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo. Ante cada contrato que requiere, después del "apretón de uñas" o de la firma, un hacer en el futuro, se plantea la incertidumbre que genera la circunstancia del pago.

Lo que se persigue, desde el punto de vista de las partes, es mantener en el tiempo la situación de equilibrio contractual del momento inicial. Que eso suceda depende de que la moneda, como medio de pago, cumpla la función que le corresponde. Frente a una situación de envejecimiento de la moneda —como la que se ha vivido durante muchos años en la Argentina—, obviamente se presenta un problema serio a la hora de determinar la equivalencia de las prestaciones.

Cabe destacar aquí que las alternativas teóricas para mantener el equilibrio contractual no son demasiadas: se puede establecer un esquema de precio variable para las diferentes etapas del contrato; se puede establecer un mecanismo de renegociación a través del cual se ajuste el precio periódicamente; se puede dolarizar; incluso, se puede indexar pero no según la ley vigente. Este último punto es muy importante, porque si se tienen problemas en la contratación en moneda extranjera y no se cuenta con el escape de las cláusulas de indexación, tenemos claramente un escenario de incertidumbre.

Desde el punto de vista de los costos de transacción, los esquemas son diferentes. Si se pone un precio variable, la discusión se dará en el momento inicial del contrato: cuánto será el precio en el contrato de tracto sucesivo durante los diferentes períodos. Los costos son altos, pero se tendrán menores problemas porque ya han sido fijados inicialmente. Ello prescindiendo de la posibilidad de que después se discuta alguna cuestión vinculada a la imprevisión y, de alguna manera, el acuerdo esté cerrado y haya que atenerse a él.

Es difícil en muchos casos establecer un precio variable, porque se carece de capacidad de predicción efectiva para mantener el equilibrio contractual. Si se habla de renegociación, es sencillo establecer en un contrato un plazo de seis o doce meses para hacerlo; pero ante la falta de acuerdo se plantean los siguientes interrogantes: ¿nos quedamos sin contrato?, ¿se resuelve? En lo que a seguridad jurídica respecta, es claramente una materia complicada.

La posibilidad de la indexación también sería potencialmente fácil, suponiendo que estuviera permitida y que, además, reflejara la ecuación económica del contrato. Lo que las cláusulas de indexación dicen es: ajustamos el valor por un índice determinado, que puede o no tener que ver con la ecuación económica del contrato. Con los años ha habido desfases y diferentes mecanismos para tratar de evitarlos, tales como el desagio, la desindexación o, en el terreno del derecho privado monetario, en la Argentina, cualquier otra pauta que las partes establezcan.

En cuanto al tema de la dolarización, los costos de transacción son bajos y habría un menor riesgo de comportamiento oportunista posterior. No obstante, el problema se plantearía en que la dolarización puede tener que ver o no con la ecuación económica del contrato. Si el bien es transable en dólares, como suele ocurrir en la parte del mercado secundario en materia de inmuebles, probablemente la dolarización sea un mecanismo adecuado. Si no lo es, puede haber claramente un desfase en lo que respecta a la ecuación económica del contrato.

El problema en materia contractual no es sólo la moneda extranjera, sino la obstinación del poder público de, a pesar de la inflación, haber mantenido la prohibición de indexación, alternativa que sería incluso más sana para muchos contratos.

Para contextualizar el tema, la última cuestión a mencionar es la época en la que el Poder Ejecutivo Nacional modificó la redacción del artículo 765 del Código Civil y Comercial propuesta por la Comisión la época del cepo "full". El dólar era una mala palabra y se hablaba de forzar la "pesificación" de la economía escenario que nunca se va a alcanzar, porque el día que logremos la pesificación en materia de inmuebles sería probablemente porque no habría inflación, en cuyo caso tampoco mucho interés debería haber por la dolarización. Claramente era un problema que en ese momento se tomó como una decisión vinculada con la lucha contra la dolarización de la economía. Por ello, cabe dudar que un año y medio después se hubiera tomado una decisión como la que se tomó.

B.: El anteproyecto presentado por la Comisión establecía las mismas pautas que la reforma introducida al Código Civil por la Ley 23.928; es decir, las obligaciones contraídas en moneda extranjera eran consideradas obligaciones de dar sumas de dinero. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional más concretamente el Ministerio de Justicia alteró la frase final del artículo 765. Como expresa el doctor Paolantonio, ese era el momento más álgido del cepo y en el que la tentativa de pesificar la economía era más fuerte. Difícilmente se adoptaría hoy esta alteración a la norma, introduciendo la posibilidad supletoria de cancelar con la moneda extranjera.

II: La opción contenida en el artículo 765 in fine. ¿es imperativa o supletoria?

A.: La redacción final del artículo 765 que seguramente no introdujo la Comisión generó sorpresa y creó algunas dudas interpretativas. Pasado el tiempo, se perfila la convicción de que esta norma es supletoria; no imperativa.

Para fundamentar este criterio, es necesario partir de la base de que, según el artículo 962 del Código Civil y Comercial, las normas de los contratos son en principio supletorias, salvo que lo contrario surja del modo de expresión, del contenido o del contexto. Ninguna de estas opciones indica que el artículo 765 sea imperativo, ni surge de las palabras que la norma sea tal. Podrá tener varias lecturas, pero una pista importante es que la norma dice que se "puede" hacer esa conversión, no que se "debe", lo que le quita el carácter imperativo. El contenido del artículo 765 no desmiente el carácter supletorio, porque no hay nada que revele que la norma es imperativa. El contexto confirma que no es imperativa, porque salvo que uno sea un lector apasionado y nada objetivo si a una norma se la puede interpretar en un sentido o en el otro dejamos abierto el interrogante para no ser autoritarios al sostener una idea, no debe omitirse el mensaje del artículo siguiente, el 766, que dice que hay que pagar en la moneda convenida. Pero no sólo el artículo siguiente: el contexto se reconstruye con otras varias normas que llaman a pagar en la moneda convenida. Esto ocurre en el artículo 1390, en materia de depósito bancario; en el artículo 1408, para los préstamos bancarios; en el artículo 1409, en los descuentos bancarios; y en el artículo 1410, para la apertura de crédito.

En este punto, debe destacarse una peculiaridad: en los artículos 1408, 1409 y 1410 se pone énfasis en lo pactado; dicen "conforme a lo pactado". O sea, se jerarquiza lo pactado. Estas son las propias palabras de la ley. Incluso el artículo 1525, en materia de mudo, hace pensar en la misma solución; pero allí no aparece la

expresión "conforme a lo pactado". En definitiva, el contexto es de una elocuencia absoluta para desmentir una pretendida interpretación de que el artículo 765 es imperativo.

Recordemos, jugando con los principios, que no son permitidas las renunciaciones generales a la ley. Lo dice el artículo 13 del Código Civil y Comercial. El artículo 13 admite renunciaciones cuando sean en casos particulares. No juega tan claramente como el gran Vélez Sársfield con aquello del interés general y del interés particular, pero esa pauta subyace, sobre todo si se conecta el artículo 13 con el artículo 12, que dice que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes de orden público. Quiere decir que las que no respondan al interés general se pueden dejar sin efecto por convención y, entonces, se pueden renunciar. Como nada establece que el artículo 765 sea de orden público, se puede renunciar a sus implicancias.

Una lectura posible del artículo 765, que es factible si se atiende a las palabras de la ley y que sería escandalosa, nos confirma que hay que interpretar congruentemente todo, hasta las palabras. El artículo dice: "La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación". Y sigue: "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". Si nos atenemos a la letra, la conversión en moneda nacional habría que hacerla al momento de constitución de la obligación. Leído así sin los prejuicios que generan las lecturas previas, sería absolutamente extraño fijar una cantidad al momento de la constitución y después convertirla en moneda nacional al momento del pago pero calculándola a la fecha de la constitución, porque entonces el envejecimiento de la moneda sería doblemente pernicioso. No dice "a la fecha del vencimiento de la obligación", como lo hacía el artículo 619 de Vélez. Entonces, hay que interpretarlo así, elásticamente, pero de la letra surge lo contrario. De manera que tampoco hay que apegarse sin más a las palabras de una norma equívoca.

Algunos podrían pensar que el artículo 765 no es imperativo en los contratos patitarios, o sea, donde los contratantes actúan en un pie de igualdad, pero sí en materia de consumidor. Las normas acerca del consumidor no son renunciables en cuanto los favorezcan; es decir, se tiene por no escrita una renuncia que lo perjudique. Esto surge del artículo 988 del Código Civil y Comercial y del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, por la remisión que realiza el artículo 1117 del Código a esas normas generales, en materia de contratos de consumo, ante cláusulas predisuestas que impliquen cláusulas abusivas. Por tal motivo, alguien podría decir que si hay un consumidor de por medio, la renuncia no sirve para nada.

Tampoco es convincente renunciar a través de fórmulas elípticas. Hay que ponderar si abiertamente se puede renunciar o no se puede hacerlo. Si no es posible, no podríamos disimularlo con elipsis lingüísticas, sin perjuicio de que acaso sea prudente acudir a esas redacciones. No hay que perder de vista que, según el artículo 12 del Código Civil y Comercial y fue siempre así, si no elude una ley imperativa, se configura un fraude a la ley y, por lo tanto, se aplica igualmente la ley imperativa que se quiso eludir. El Código lo dice claramente.

Una salida consistente sería vincular la temática en todos los casos, y en especial si hay un consumidor, con la posibilidad de excluir el estigma de cláusula abusiva, a pesar de que estemos en el ambiente del consumidor. Lo prevé el artículo 1121, punto a, cuando la cláusula atañe a una relación entre el precio y el valor del bien o de la prestación debida. Por ello, recomendaría hacer alusión al artículo 1121, inciso a, para que ni siquiera en el caso del consumidor se pueda decir que el artículo 765 resulta ser imperativo.

D. M.: Estamos frente a un tema interpretativo, por lo que corresponde dirigirse al artículo 2 del Código, que establece cómo debe interpretarse la ley. Ello debe hacerse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Entonces, deberíamos no sólo analizar las palabras del artículo 765, sino también la finalidad o intención del legislador.

Deben preguntarse, entonces, las razones por las cuales el procedimiento legislativo por el cual se insertaron en el artículo 765 en la misma cláusula a) la calificación de la obligación de moneda extranjera como obligación de dar cosas y b) la facultad del deudor de cancelar en moneda local, se llevó a cabo sin tener en cuenta el resto de las normas previstas en el Código. La Comisión Redactora, en concordancia con la línea de la política monetaria y los principios monetarios que se seguían desde el año 1991, había mantenido el mismo régimen: obligaciones de dar dinero. Pero luego se introdujo intempestivamente la modificación del proyecto de artículo 765, sin que en este caso particular el legislador se detuviera a pensar en el impacto que aquella podría tener.

Lo que quiso hacer el Poder Ejecutivo es enviarle un mensaje a la sociedad, tratando de pesificar la economía y desalentar el uso de la moneda extranjera. Sin embargo, la realidad es que, tal como está redactado y teniendo en cuenta sus antecedentes el legislador ha incurrido en una contradicción dentro del propio artículo 765: establece en primer lugar el principio de la identidad del pago, disponiendo que las obligaciones en moneda extranjera serán consideradas como obligaciones de dar cosas si uno se compromete a dar una cosa,

pues debe entregar la misma cosa , y, a continuación, la facultad del deudor de cancelar en pesos, en una moneda distinta, es decir, sosteniendo el principio de la equivalencia. Esto es, principios absolutamente contradictorios en la misma cláusula. Ni siquiera hay que remitirse al artículo 766 para advertir la contradicción; está en el mismo artículo 765.

¿Cómo se resuelve esto? Siguiendo el principio de conciliación reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación , que exige darles a las normas el sentido que permita su mantenimiento y subsistencia. Entonces, una interpretación razonable del artículo 765, con una contradicción ínsita y también respecto del artículo 766, podría ayudar a sostener que la facultad de cancelar en pesos establecida en el artículo 765 es precisamente una norma supletoria o disponible. Por otro lado, si el principio general en materia de obligaciones dinerarias es entregar la misma cosa o moneda comprometida, cualquier excepción a este principio lo que ocurre en materia de moneda extranjera debería ser interpretada al menos restrictivamente. Y si se la interpreta restrictivamente, también podríamos entonces decir que es una norma supletoria.

Con respecto al principio de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de renunciar en la medida en que no haya abuso de derecho o si se afectara el orden público puede verse además al analizar el contexto normativo como decía el doctor Alterini . Se encuentran muchas normas dentro del propio Código Civil y Comercial que exigen cancelar en la moneda pactada, en la misma especie: son los casos del préstamo bancario, el depósito bancario y otros contratos en particular. Entonces, no es razonable permitir la división del orden público dependiendo de la situación en la que nos encontremos: en el caso de depósito bancario, sí, pero en el caso de cualquier otro tipo de contrato que no sea depósito bancario, no. El orden público es uno. Dividirlo no es posible.

Tenemos conocimiento del fallo de la Cámara Nacional en lo Civil "Fau", dictado con fecha 25/8/2015 y publicado en todos los diarios, que establece el carácter supletorio del artículo 765. No ofrece demasiados fundamentos, pero allí se ve una sana tendencia en esta materia.

Otros interrogantes que se plantean respecto de los cuales no hay respuesta son los siguientes: si lo que en realidad buscaba el legislador era establecer una norma de orden público y procuraba precisamente que el dólar desapareciera de los negocios en la Argentina al menos en los contratos domésticos , ¿por qué no prohibió directamente su uso?, ¿por qué en lugar de decir "puede" no dijo "debe"? Establecer o determinar que el artículo 765 es una norma imperativa implicaría necesariamente que aun cuando pactemos dólares, el deudor debe cancelar en pesos y el acreedor tendrá que aceptar esos pesos. Si es obligatorio aceptar la cancelación en pesos de las obligaciones en moneda extranjera, podría entenderse que ello implica aceptar la moneda dólar como cláusula de ajuste: ¿y no sería esto contradictorio con el artículo 7 de la Ley de Convertibilidad, que prohíbe la indexación? Todos estos argumentos nos van llevando a la conclusión de que se trata de una norma de orden supletorio.

P.: Cabe agregar una referencia más con respecto a la renuncia.

El problema del consumidor no consiste en si es de orden público o no, porque ciertamente si la norma es de orden público, no puede renunciarse ni el consumidor ni nadie. El problema es que, en teoría, en el contrato de consumo no se pueden renunciar ciertos derechos que en otro ámbito serían disponibles. Más que plantear el tema de la renuncia a la facultad de pagar en moneda nacional, lo prudente y que no es sólo un recurso de redacción es, sencillamente, no renunciar a nada, sino establecer efectivamente que se va a pagar en la moneda de origen o que se va a pagar según diferentes tipos de cambio que se puedan establecer.

El concepto de consumidor (p. ej., en materia de pagaré) es un tema complicado. Hay jurisprudencia que dice que básicamente el consumidor no puede ser ejecutado sobre la base de un pagaré, por lo que, más que ingresar en la discusión respecto de la renuncia, es preferible determinar cuál es el objeto de la obligación. Tal como planteó el doctor Alterini, no hay cláusulas abusivas sobre precio. Este no es un tema menor, porque se podría decir que la cláusula es abusiva. Claramente, la parte de precio está protegida del concepto de cláusula abusiva. Y es mejor plantearlo como una determinación del objeto de pago y después ver las opciones de tipo de cambio.

A.: En su discurso del 7 de octubre de 2014, con motivo de la promulgación del Código Civil y Comercial, la señora Presidenta de la Nación expresó:

La derogación de la Ley de Convertibilidad dejó pendiente el restablecimiento pleno del peso como moneda de los argentinos. Esto bastó para que algunos comenzaran a decir, sobre todo en los medios de comunicación, que con las modificaciones que se introducían en el Código no se iban a respetar los contratos hechos en pesos, los depósitos. Bueno, vamos a aclarar punto por punto y artículo por artículo, para que mañana nadie pueda poner no titular extraño en ningún diario. El Código establece en su artículo 765, en el capítulo de las obligaciones, la distinción de moneda de curso legal y de las cosas, de que uno puede realmente pagar las cosas

con moneda de curso legal. Pero el artículo 958, y quiero leerlo expresamente, establece bajo el principio de la autonomía de la voluntad (un principio para nosotros los abogados muy especial, que es el *pacta sunt servanda*, que viene del latín, somos siervos de nuestros propios actos, pactos o contratos), establece bajo el principio de la autonomía de la voluntad que las partes son libres de contratar y lo que establecen en el contrato tiene fuerza de ley para las partes, con lo cual esto no resulta, por lo tanto, violatorio de la voluntad de aquellos que quieran hacer contratos en moneda extranjera y de la exigencia. Y para mayor claridad, todavía, en los artículos 1408 y en el 1390, perdón, contratos bancarios, 1390, depósito bancario, depósito en dinero, dice: "Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto". Lo mismo, a continuación, el artículo 1408, que establece la contrapartida del depósito, el préstamo, o sea, cuando la entidad presta. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero, obligándose al prestatario (obligándose al prestatario, o sea, el que lo tiene que devolver) a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie conforme lo pactado. Por lo cual todas esas afirmaciones, títulos para asustar a la gente, de que los depósitos no iban a tener ningún valor, se iban a devolver en pesos, si no se podía hacer ningún contrato, por favor, esto queda absolutamente fuera de lugar y dejado de lado. Estoy leyendo el Código [...] Esto lo dice el Código Civil Argentino...

Estas palabras constituyen una directiva de interpretación muy fuerte. En aquel momento se quiso dejar en claro que las normas en cuestión no descartaban la virtualidad de los pactos en sentido contrario.

D. M.: Una tercera posición con respecto a si es imperativa o supletoria sostiene que puede ser una u otra dependiendo de cuál haya sido la intención de las partes. Como es sabido, la moneda extranjera puede ser utilizada en ocasiones como objeto esencial del contrato (es decir, el objeto comprometido) o como unidad de cuenta o ajuste; por ejemplo, un contrato de locación en el que las partes fijan el dólar como modo de afrontar la inflación o, por lo menos, la devaluación, sin que sea su intención recibir dólares sino pesos al tipo de cambio oficial o a un tipo de cambio distinto.

En el pasado, la jurisprudencia le ha dado algún tono distinto a las sentencias dependiendo de la intención de las partes. Esta posición es discutible porque la norma es supletoria o imperativa dependiendo de cómo esté redactada, su contexto y su situación, pero no de la intención de las partes. Simplemente hay que saber que cuando se trata de un contrato donde la moneda extranjera es utilizada como unidad de cuenta al solo efecto de ajustar una obligación, hay que tomar mayores prevenciones.

A.: Lo importante es la idea de contexto, y este tiene un especial valor interpretativo. Hay que interpretar haciendo mérito del contexto, como lo ha dicho la Corte Suprema. Y el contexto del artículo 765 es totalmente contrario a su lectura como si fuera un texto imperativo.

III. Sobre la incongruencia de hablar de obligación de dar cantidades de cosas cuando estamos hablando de obligaciones de dar sumas de dinero

A.: Cuando el artículo 765 habla de obligaciones de dar cantidades de cosas, alude a las obligaciones de género. Vélez llamaba "cantidades de cosas" a lo que el Código Civil y Comercial en seguimiento del Proyecto de 1998 llama "obligaciones de género". En las obligaciones de género se pacta entregar determinada especie y cantidad. O sea que también hay que respetar la identidad del pago en las obligaciones de género, que son las de cantidad, mal denominadas así, según la terminología adoptada por el propio Código.

Cuando escribimos por primera vez sobre esta cuestión en 1987, defendimos ideas paralelas: decíamos que el dinero es una cantidad como afirmaba Vélez en la nota al artículo 616, pero, aunque sea una cantidad o se rija por su género, no se puede eludir el principio de identidad del pago. Ese principio era el del artículo 740 de Vélez y está ahora en el artículo 868 del Código Civil y Comercial. Vélez decía que el dinero es una cantidad pero que ello no lo priva de su condición ontológica. El acreedor sólo puede reclamar aquello a lo que se comprometió el deudor y éste no puede pagar sino eso.

P.: La crítica fácil al artículo 766 probablemente no aporte demasiado. La cuestión final es si le aplicaremos las normas de las obligaciones de género o no, porque, en definitiva, lo que terminará sucediendo es que tendremos un régimen de obligaciones de dinero que no es dinero al menos en la definición que quisiera haber dado el legislador pero al que después le aplicaremos el régimen normal que tienen las obligaciones de dinero, por ejemplo, en cuanto a intereses y a consecuencias de la mora. En su momento se discutió profundamente no sólo sobre cuál era el problema del tipo de cambio (la cláusula de tipo de cambio), sino, en definitiva, cuál es el momento en el que uno hace la conversión a moneda de curso legal, cuándo hacerla. El tipo de cambio puede haber estado a 10 el día del vencimiento de la obligación y a 15 sesenta días después, o también podría estar a 9.

Hubo fallos plenarios de la Cámara Comercial en los que se establecía este tema de la lógica de que las

consecuencias de la mora se las está llevando el deudor, con idéntica doctrina a la de la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario "La Amistad SRL c/ Iriarte, Roberto"¹², tales como el plenario autocanvocado de fecha 13/4/1977 ¹³ y "Papelería Alsina", del 22/12/1977 ¹⁴, con lo cual, se vuelve a plantear la disyuntiva: obligaciones de género o de cantidades de cosa. En cuanto al régimen, da la impresión de que no se le van a terminar aplicando las normas propias de esta categoría.

D. M.: Es más fácil decir cuál es el régimen que no aplica que el que sí aplica en materia de obligaciones en moneda extranjera. Se habla de las obligaciones de dar cosas, de las de género y de las de valor: lo más sencillo es dirigirse directamente al Código Civil y Comercial.

En lo que hace a obligaciones de dar cosas, lo único que está previsto en el propio Código son los párrafos que están incluidos en el Capítulo 3 del Título I, donde se establecen las clases de obligaciones y las obligaciones de dar. Por ejemplo, el Parágrafo 2° habla de "obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales", y habrá coincidencia en que la obligación de dar moneda extranjera no tiene nada que ver con este supuesto. También incluye la "obligación de dar cosa cierta para transferir el uso o la tenencia", supuesto que tampoco aplicaría. El Parágrafo 3° refiere a las "obligaciones de dar para restituir", que serían, por ejemplo, contratos de locación donde uno da una cosa para que luego, después de su uso, sea restituida; tampoco este supuesto aplicaría a una obligación de dar moneda extranjera.

Caben estas aclaraciones porque hay doctrina que sostiene que existe un régimen de obligaciones de dar cosas y que este debería ser aplicado; sin embargo, no hay un régimen que pueda ser de utilidad y aplicación a las obligaciones de dar moneda extranjera.

En el Parágrafo "Obligaciones de género", el artículo 762 (2° párr.) dice "Las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas". No hay forma de individualizar el dólar; el dólar es el dólar. El párrafo sigue: "La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes" no agrega demasiado hasta aquí; y finalmente: "La elección debe recaer sobre cosa de calidad media" salvo que el dólar esté gastado, pero el dólar es el mismo "y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita". El segundo artículo de este parágrafo, el 763, dice: "Antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas". No hay motivo por el cual las obligaciones de género deban aplicar o de qué modo este artículo puede establecer un régimen sobre las obligaciones de dar cosas.

Otra alternativa citada por la doctrina es la de entender las obligaciones de dar moneda extranjera como obligaciones de valor. El artículo 772 dispone: "Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal" el dólar "que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección". ¿Por qué no entender como obligación de valor una obligación en moneda extranjera, donde alguien se compromete a entregar un valor equivalente en dólares, estableciendo "me comprometo a entregar una cantidad de pesos equivalente a 10.000 dólares o 10.000 dólares que serán pagaderos en pesos al tipo de cambio oficial", donde al momento de pagar se debe calcular el valor, es decir, el monto resultante sobre la base del valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la valuación de la deuda? Ello, más allá de la discusión de que el reconocimiento de esta obligación de valor pueda implicar de forma implícita una derogación del artículo 7 de la Ley 23.938, que prohíbe la indexación. Lo dejo como pregunta.

A.: Es importante enfatizar que, aunque fuera una obligación de género, la solución sería paralela. Es una obligación de dar sumas de dinero; moneda sin curso legal, pero dinero. En 1986, en el caso "Salomone", cuando era Presidente de la Cámara Civil y, con los dos Vicepresidentes, integraba el Tribunal de Superintendencia de la Cámara, que resuelve los problemas de competencia, sostuvo esta posición en un juicio de naturaleza civil vinculado con la restitución de moneda: si la moneda era cosa, debía radicarse en el fuero civil y comercial especial de aquella época el viejo fuero de paz, que después se llamó civil y comercial especial y que finalmente se incorporó al fuero civil con la unificación general. Entonces dijimos no es una cosa, es dinero, y por ello la causa debía radicarse en el fuero civil ordinario. En aquel momento fue una posición inédita. Ya Vélez hablaba de monedas con curso legal y de monedas sin curso legal; las dos son monedas. La moneda extranjera es moneda sin curso legal. En la raíz de todo esto está la asimilación de los conceptos de moneda y de dinero.

El Proyecto de 1998 puntualizaba expresamente que "moneda" y "dinero" eran sinónimos (art. 712), y en el entramado que nos ocupa no se desmiente esa sinonimia. En este sentido, es significativo destacar que el 78% de las normas del Libro Tercero "Obligaciones en general" del Código Civil y Comercial tuvo como fuente inmediata el Proyecto de 1998, motivo por el cual ese proyecto puede orientarnos en la problemática.

Aunque el artículo 765 del Código Civil y Comercial se refiera a obligaciones de género, de cantidad, siempre hay que pagar en la moneda convenida. Hay que individualizar y, recién cuando la moneda está individualizada como cantidad y especie, el caso fortuito tiene una incidencia determinada. Antes de ello, el caso fortuito es asumido por la otra parte, pero tal circunstancia no genera contradicción con el hecho de que también aquí hay que respetar la identidad del pago.

IV. Instrumentación del contrato. ¿Qué herramientas o modos alternativos se aconsejan a quienes deben instrumentar un contrato generalmente alguna hipoteca en dólares o compraventa, o documentar saldos de precio, para asegurarse, si no la misma moneda convenida en especie y cantidad, al menos la mejor cotización?

P.: Con respecto a la cotización, en el supuesto de que se quiera mantener la ecuación económica del contrato, cabe comenzar por lo que no se puede hacer. Al respecto, hay muchos años de jurisprudencia; la más valiosa y reciente, en materia de lo que fue la interpretación del cepo. En este sentido, debe analizarse cuáles han sido los lineamientos tradicionales de esta jurisprudencia, que en definitiva mantiene lo que se ha dicho casi siempre: lo que no se puede hacer es una referencia directa efectivamente en algunos fallos se menciona esto, porque algunos contratos han incorporado lo que se denomina dólar "blue" antes "negro" o "paralelo". Definitivamente, ese es un no rotundo; nadie debería ponerlo en una cláusula, pero vale la advertencia porque en algún contrato, con un asesoramiento menos profesional, probablemente pueda aparecer.

Aclarado ello, con respecto a la pretensión de obtener una valoración de la moneda nacional, yendo por ejemplo a lo que es el valor implícito que se puede determinar en títulos de deuda pública emitidos en dólares o en títulos de deuda privada, conocida en su momento como cláusula Bonex en todas sus variantes, una cláusula redactada razonablemente lleva a que, en definitiva, si se van a dar pesos, se van a dar pesos a un tipo de cambio que esté reflejado sobre esa base. Esto resuelve la determinación del tipo de cambio y qué cosas se pueden hacer al respecto, porque se estará en un escenario en que hay que respetar lo pactado. Y se está determinando cuál va a ser el tipo de cambio, en el entendimiento de que no se pagará en dólares, de que se va a interpretar que efectivamente el dólar no es moneda y que no hay que respetar la especie. Esto siempre tiene importancia práctica en un contexto que presenta problemas de acceso al mercado de cambio y cotizaciones diferenciadas.

Otra cosa que no creo conveniente respecto de las cláusulas usuales, por lo menos no lo creo cuando se plantea de una manera individual, son las declaraciones de que el deudor tiene la moneda extranjera y de que no la va a gastar, por lo cual luego no podrá invocar la imposibilidad de obtenerla. Si se trata de un contrato que se va a cumplir dentro de los treinta días, todavía le doy alguna posibilidad. Si se trata de un contrato de tracto sucesivo en el cual hay una prolongación en el tiempo, esa cláusula tampoco será de utilidad, porque si el deudor ya incumplió la obligación de pago, que además haya incumplido la obligación de quedarse con el dinero, de no gastarlo, no aporta demasiado, excepto que alguien interprete que hay una figura penal.

La cláusula que apunte a reflejar una actualización de la cláusula Bonex es suficiente para mantener la ecuación económica del contrato.

D. M.: Tal como expresa el doctor Paolantonio, se presenta un escenario en el que se recibirán pesos por el motivo que sea, porque se han agotado las instancias para poder ejecutar la sentencia en moneda extranjera o el crédito en moneda extranjera, tratando de embargar cualquier tipo de activo dolarizado que pueda tener el deudor, una caja de seguridad, un crédito, etc.

La pregunta que surge al redactar un contrato es si al incluir un tipo de cambio en pesos no se está debilitando la postura de que la obligación es en moneda extranjera. Si se es coherente con la posición de que es una obligación en moneda extranjera y que el objeto debido son dólares, se debería sostener esa línea. No obstante, en virtud de la ausencia de jurisprudencia sobre el tema, un abogado o un escribano deberían prever una situación subsidiaria, como los tipos de cambio. Cualquier alternativa prevista en el contrato que permita cobrar un tipo de cambio distinto del oficial será razonable.

Hay cláusulas Bonex en las que se establece que el deudor deberá comprar con pesos los bonos necesarios para poder, una vez vendidos en el exterior, obtener los dólares comprometidos. Se establece una obligación de hacer. Si el deudor original no quiso o no pudo pagar en dólares, tampoco querrá hacer una operación de bonos o al menos podría negarse a ello. Es por tal motivo que podría redactarse la cláusula directamente con el tipo de cambio al valor implícito, resultante de esa operación hipotética. De la misma manera, jamás debe redactarse una cláusula donde figure el tipo de cambio "blue". Sin embargo, no sería un objeto ilícito, ya que esa redacción no diría que se hará una operación "blue", sino que fija un tipo de cambio que utiliza como parámetro de cálculo el de las operaciones "blue". No significa que la operación sea realizada efectivamente ni que alguna de las partes se comprometa a hacerla.

V. Hipotecas en dólares y principio de especialidad registral

B.: La hipoteca debe estar bien documentada, bien cubierta con una armadura que la proteja de la posibilidad de que se pueda pagar a la cotización oficial. Con posterioridad a la instrumentación del "cepo", los escribanos imaginamos cláusulas protectoras mediante cotización de bonos y describimos en las escrituras el procedimiento del contado con liquidación como medios alternativos para que se pueda realmente realizar. Es necesario buscar todas las posibilidades para que en el momento en que el acreedor ejerza su derecho y pretenda mantener la equivalencia de su contrato tenga, para no perjudicarse, una salida de una mejor cotización.

A.: Es común la idea de que si se pacta en moneda extranjera y después no se la consigue tendría que pagarse necesariamente en moneda nacional. La inferencia no es inconsistente y puede aplicarse en diversos casos, pero ello no implica que el pacto en moneda extranjera no pueda llegar a hacerse efectivo.

Como se dijo previamente, por ejemplo, si el deudor tiene un depósito en moneda extranjera, el acreedor agredirá ese depósito para cobrarse en especie. Pero aunque no se diera ese caso u otros alternativos para descargar la ejecución sobre el deudor en moneda extranjera, también es cumplimiento específico de la obligación no por equivalente sino específico, ya que el equivalente son los daños cuando el acreedor se cobra haciéndose procurar lo debido por un tercero. Un tercero que tiene dólares los aporta y después reclamará al deudor. Ante ese cumplimiento específico tampoco habrá conversión en moneda nacional (art. 730).

Con respecto al interrogante sobre la posibilidad de expresar el principio de especialidad registral en una divisa que no cotiza en el país, se dictaron fallos (de la Sala C de la Cámara Civil, entre otros) después del caso "Salomone" (1986) de los que se infería que se podía inscribir en moneda extranjera. El Registro manifestaba que no inscribía en moneda extranjera y, cuando se le señalaba que había salas que permitían esa inscripción, la respuesta era que se esperaba un plenario. El condicionamiento era de cumplimiento prácticamente imposible. La Cámara Civil cuenta con trece salas; para llegar a un fallo plenario efectivo tiene que mediar una contradicción nítida entre ellas y, para lograr un plenario virtual, tenía que alcanzarse una mayoría, que implicaba fallos coincidentes de siete de ellas.

Hasta una reforma de la reglamentación local de la Ley Registral previó que no se podían inscribir las hipotecas si no se expresaban en moneda nacional. Siempre se creyó que la moneda extranjera es dinero. Lo que exigía el Código de Vélez es la estimación en dinero, y el Código Civil y Comercial reitera que la estimación debe ser en dinero.

La moneda extranjera es dinero. Esa es la conclusión que defendemos desde 1986 y en 1987 en el trabajo citado (2). Corresponde entonces pasar revista a las normas del Código Civil y Comercial que conducen a pensar que la moneda extranjera es dinero. Este sigue al Proyecto de 1998, que presentaba los vocablos "moneda" y "dinero" como sinónimos. Tal sinonimia se aprecia concretamente en el artículo 1527, en materia de mutuo; en el artículo 1390, en el depósito bancario; en el artículo 1408, para los préstamos bancarios; y en el artículo 1410, en materia de apertura de crédito. Incluso, hay otras normas, como el artículo 1405 (respecto de la cuenta corriente), que plantea la compensación entre distintas monedas, lo que induce a pensar que no solo es moneda la de curso legal. Esta es la única interpretación razonable. Sin embargo, si hubiera dos interpretaciones posibles, ¿por qué privar a los derechos reales de la garantía de un resguardo estable que lamentablemente no les puede conferir la moneda nacional por su incerteza, pero sí la moneda extranjera, que aporta certidumbre? ¿Por qué una actitud contraria cerrada e irreal? Si no hay ningún rechazo del Código Civil y Comercial a la moneda extranjera y hasta se puede modular una obligación de valor, estimándolo en una moneda extranjera de uso frecuente (art. 772), no media ningún obstáculo serio para rechazar esta postura.

La estimación en moneda extranjera podría darle estabilidad a la cuantía del gravamen, sobre todo porque todavía no se ha dejado de lado la interpretación que no comparto acerca de que todos los derechos reales de garantía tendrían que expresar un techo insuperable que debería fijarse en su origen. Si no podemos descartar el obstáculo potencial de la interpretación que rechazamos, agregar la trabazón de no poder expresar la cuantía del gravamen en moneda extranjera implicaría una mirada con ceguera funcional.

P.: Cabe reiterar un tema que se planteó cuando a la moneda extranjera, al menos en el Código, no se la calificaba nominalmente como dinero, y no habría ninguna razón para diferenciar la interpretación actualmente. En ningún momento se prohíbe contratar en moneda extranjera ni tampoco se hace una suerte de diferenciación jurídica con respecto a las obligaciones en moneda extranjera. Simplemente le da una calificación muy opinable, pero ello no debería reflejarse en la hipoteca; al margen del juicio, llamémosle no jurídico, que sería un verdadero disparate, porque si en materia de hipoteca, que uno la tiene esencialmente como un mecanismo vinculado al crédito de mediano o largo plazo, no tenemos indexación, no tenemos moneda extranjera, entonces no tendremos una garantía efectiva.

D. M.: Es importante retomar el análisis del mecanismo mediante el cual se modificó el artículo 765 del Código Civil y Comercial, para precisar que no es factible considerar que el legislador, que modificó el artículo

765 para darle el carácter de obligación de dar cosas a las obligaciones en moneda extranjera y establecer la facultad del deudor de cancelar en pesos, tuvo la intención de sostener el requisito de contraprestación en "dinero" en ciertos contratos y que por eso no lo modificó.

Las hipotecas se están haciendo en moneda extranjera cuando la obligación es en moneda extranjera. Para el caso en que se rechazara la inscripción en el Registro, o existiera una modificación o aclaración normativa que exigiera que la hipoteca fuera expresada en pesos, se podría otorgar la facultad de establecer un monto en pesos a un tipo de cambio implícito, conveniente para el acreedor, tomando tipos de cambio alternativos, como el del contado con liquidación o, eventualmente, alguno de la compra de dólares en Montevideo, Nueva York, etc., otorgando al mismo tiempo un poder irrevocable al acreedor para poder modificar la hipoteca en esta línea y poder registrarla debidamente, conforme al nuevo escenario.

V. Subasta en moneda extranjera o en pesos

D. M.: No hay prohibición para pactar el precio de la subasta en moneda extranjera de hecho, se han realizado subastas en dólares sin ningún problema. Tampoco hay motivo por el cual el Código Civil y Comercial tenga que modificar esta posición.

Hace algunos meses, la Cámara Nacional en lo Civil dictó un fallo que recepta la posibilidad de establecer subastas en moneda extranjera (Sala I, 31/3/2015). Uno de los potenciales candidatos a ofertar había sostenido que fijar el precio de la subasta en dólares y exigir el pago en dólares representaba una discriminación respecto de aquellas personas que no tenían moneda extranjera atesorada. Este argumento fue rechazado.

También puede darse el caso de subastas fijadas en moneda extranjera aunque pagaderas en pesos a un tipo de cambio oficial o haciendo, por ejemplo, un promedio entre el tipo de cambio vendedor y comprador.

P.: Será fundamental la claridad con la que se establezcan las obligaciones contractuales, considerando que la subasta tenga como antecedente una relación contractual. El tratamiento que se le quiera dar es el más parecido a las obligaciones de dinero. No se descarta que, en definitiva, las cuestiones terminen en algún momento decantando por el pago por equivalente, sobre todo si mantenemos un escenario de restricciones de acceso al mercado de cambios. En este sentido, será importante el establecimiento del tipo de cambio con el que se podría entrar a la subasta para pagar el precio fijado en moneda extranjera.

A.: Los Códigos Procesales indican que la ejecución debe despacharse en moneda nacional. Hay al menos dos planos posibles para el razonamiento. Uno, más lineal, que postula que se podría renunciar al trámite ejecutivo y hacerlo por la vía regular, con lo cual esa norma procesal no regiría. Al ir a un proceso de conocimiento, se renunciaría al trámite ejecutivo. Otra posibilidad es que al tiempo de la constitución del derecho real de garantía se pacte que el mandamiento de ejecución se dictará en moneda extranjera.

En el antecedente jurisprudencial referido por el doctor Diehl Moreno la Cámara dijo: "... el que haya personas que no dispongan de dólares estadounidenses o de la cantidad suficiente de esa moneda extranjera para adquirir el inmueble de autos no es indicativo de que se los esté discriminando". Y suma un argumento sugestivo: "Aceptar un razonamiento semejante llevaría al absurdo de considerar que la subasta de cualquier bien, aun cuando se la haga en moneda nacional, vulnera la igualdad de quienes no tienen lo suficiente para participar en ella...".

VI. Preguntas del auditorio

6.1. El artículo 2189 del Código Civil y Comercial dice "la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen". ¿El monto total del gravamen tiene que estar expresado en pesos o puede ser expresado en dólares? Se teme que por falta de especialidad se declare que no hay hipoteca.

A.: No hay duda de que la estimación en dinero puede hacerse en moneda sin curso legal, en dólares, yenes, rublos, etc. Si los funcionarios del Registro fueran cerrados, cabría replicar que la cuantía del gravamen puede estimarse en argentinos oro.

El argentino oro es una moneda que se implantó en la Argentina por la Ley 1130 del año 1881 y todavía conserva su condición de moneda de curso legal. La moneda tiene 22 milímetros, una pureza de 0,9; en su anverso aparece el escudo de la Nación y se lee "República Argentina", y en el reverso, un rostro femenino y la alusión a la Libertad, mientras que en el canto consta "Igualdad ante la ley". Actualmente se calculan en argentinos oro las deudas por daños de las empresas aéreas y marítimas. El Proyecto de 1998, cuando estableció límites para la responsabilidad, lo hizo en argentinos oro. No lo hace el Código Civil y Comercial, pero bien pudo haberlo hecho, porque indudablemente es una moneda de curso legal en la Argentina. ¿A cuánto se cotiza el argentino oro? Hay cotizaciones trimestrales del Banco Central y la correspondiente a una unidad en el tercer trimestre de 2015 es de \$ 2.462,93.

El argentino oro tiene proyección numismática, porque oportunamente el Banco Central vendió los

argentinos oro que conservaba. Si la estimación sin duda puede realizarse en argentinos oro, no es realista impedir que se lo haga en moneda extranjera.

6.2. En virtud de que, por su naturaleza, un inmueble es una cosa, y de que también lo es la moneda extranjera, habría dos cosas: ¿cambiaría entonces el contrato?, ¿dejaría de ser compraventa para ser permuta?

A.: Cuando se entregaba una cosa y se pagaba en dinero, como el dinero era también una cosa, también veía allí una permuta. Pero no. La moneda siempre fue una cosa, porque el papel es una cosa; no obstante, además de ser cosa, es dinero. La moneda extranjera es dinero y no debemos pensar que se presente una permuta.

6.3. El artículo 2189 del Código Civil y Comercial establece que el privilegio se agota con el monto del gravamen, mientras que el artículo 2193 dispone que el monto del gravamen cubre intereses, costas, etc. ¿Cómo se interpreta esa aparente contradicción?

A.: El Código Civil y Comercial tiene contradicciones que deben ser resueltas. Cuando la cuantía de la cobertura es definitiva y rígida, debe interpretarse que sólo resulta operativa para los derechos reales de garantía "abiertos". Por otra parte, y más allá del ámbito que le confirmamos al artículo 2189, no armoniza con el artículo 2193 ni con el privilegio especial que resulta de la correlación del artículo 2582 (inc. e) con el art. 2583 (incs. b y c).

El juzgamiento de los Códigos no se debe hacer únicamente desde la ideología, sino desde la técnica jurídica. En ocasiones no es relevante la adopción de un criterio o de otro, pero sí es necesario que se establezca uno certero y a veces no lo hay.

B.: En la última reunión plenaria de la Academia Nacional del Notariado los miembros de número abordaron la problemática que origina la redacción del artículo 2189. En principio se pensó que estaba previsto para las hipotecas abiertas, en las que necesariamente hay que fijar el monto máximo, porque en ellas no hay otra forma de determinar el principio de especialidad. Pero el segundo párrafo del artículo 2189 dice: "el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real". Quienes apoyan la postura de que siempre debe haber una determinación del máximo se valen de esta frase: "mas en todos los casos". Efectivamente el artículo 2193 lo contradice. Entonces, quienes apoyan la teoría del monto máximo sostienen que este artículo es entre partes. Se puede respetar esta postura, pero, ¿qué parte del articulado dice que el artículo 2189 es erga omnes y el 2193 entre partes? No existe tal posibilidad.

A.: La especialidad de un derecho real de garantía atañe tanto a las partes como a los terceros, porque el deudor tiene que saber lo que habrá de pagar, y los terceros, tener en claro cuál es la cuantía del gravamen sobre el objeto respectivo. La especialidad es un todo que no se desdobra entre las partes y los terceros.

D. M.: Esto debería exigir un asesoramiento a los clientes con respecto a la existencia de una contradicción que no se ha podido resolver y que, por lo tanto, será una cuestión comercial a resolver entre las partes. El acreedor tratará de incluir dentro de ese monto máximo la mayor cantidad de conceptos y por el monto estimado más elevado; el deudor, lo contrario. Como consecuencia de ello, la tendencia a incrementar el monto máximo hará que los costos impositivos y registrales aumenten.

B.: En materia de técnica notarial, se quiere dedicar un artículo de la hipoteca al monto máximo del principio de especialidad, diferenciado de cuando se constituya el derecho real de hipoteca y demás. Con respecto a la cuestión fiscal, no es tan definitivo que el impuesto recaiga sobre el monto del gravamen y sí, más bien, sobre el monto del crédito. El tema debe ser estudiado en profundidad.

6.4. ¿Se puede seguir con la redacción que se venía utilizando hasta ahora, es decir, dejar constancia de que el monto de la hipoteca comprende los intereses y accesorios que correspondan como consecuencia de la ejecución, o es inconveniente?

D. M.: El tema de los intereses variables tiene la misma dificultad que cualquier otro concepto que no sea de fácil determinación al momento de celebración de la hipoteca. Una alternativa sería pactar que los intereses sean calculados teniendo en cuenta el interés variable determinado al momento de la celebración de la hipoteca y que, frente a la variación de esa tasa de interés variable por arriba del porcentaje determinado, en un plazo determinado esto implicará incertidumbre, se pueda exigir el ajuste del monto garantizado. Para ello, el acreedor podría tener poder irrevocable para modificar la hipoteca incrementando el monto sobre la base de ese aumento de la tasa variable. Los otros conceptos de difícil determinación deberán ser analizados con más detalle.

(*) Mesa redonda en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires con la participación de Jorge Altcrini, Juan Diehl Moreno y Martín Paolantonio, y la coordinación de Norberto Benseñor

(1) ALTERINI, Jorge H., "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", en *La Ley*, t. 1987-E, pp. 873 y ss.

(2) *La Ley*, t. 1977-D, p. 1.

(3) *La Ley*, t. 1977-B, p. 186.

(4) *La Ley*, t. 1978-A, p. 267.

(5) Cfr. nota 1.

(6) *Doctrina Judicial*, 14/10/2015, p. 70.

