

En estos supuestos, jugarán otros institutos. Por caso, el deudor, si no se encuentra en mora (art. 1733), podrá eventualmente invocar y probar (art. 1736) que queda eximido del cumplimiento y que no es responsable (art. 1732), pues la obligación se extinguió por una imposibilidad de cumplimiento no imputable a él, de carácter objetivo y absoluto. Las aristas son difusas, pudiendo eventualmente predicarse la existencia de una *obligación de género limitado*<sup>86</sup> (art. 785 del Código), aunque de todas maneras no siempre será así, dependiendo del caso concreto.

Si se entiende que de todas maneras se está en presencia de una obligación de género, la situación debe asimilarse a la imposibilidad de cumplimiento por imposibilidad de la prestación (art. 955 del Código), con lo cual la solución es —en los hechos— idéntica a la de la obligación de género limitado, pero con una diferencia esencial: *ab initio* la obligación no era de género limitado (ahora *alternativa* —art. 785 del Código—), sino lisa y llanamente *de género*. La cuestión debe ser valorada con suma prudencia, a fin de no frustrar los derechos del acreedor.

Una vez individualizada la cosa, ésta pasa a ser *cosa cierta*. Por ello cesa el régimen *transitorio* de las obligaciones de género, y pasa a imperar el establecido en los artículos anteriores, según cuál sea su finalidad (constituir un derecho real o restituir cosas al dueño).

Vale destacar, como se indica en el comentario de los artículos 755 y 759 del Código, que la posibilidad de cumplimiento mediante *equivalente* se potencia, dependiendo de la situación que el caso concreto presente.

#### IV) Significado de la reforma

Se replica, en lo sustancial, la solución de los artículos 603 y 604

<sup>86</sup> "El automotor es una cosa fungible, y por ser fungible participa de las obligaciones de género, que por propia definición siempre las hay, aunque es factible que se trate de un género limitado, cosa que entonces deberá probar el obligado, demostrando que no pudo cumplir con la entrega de automotor con iguales características —incluido el color—, porque se habían agotado totalmente las existencias, a cuyos efectos no se aportó en autos elemento probatorio alguno" (CNCom., sala E, 16-10-84, "Esquerro, Ítalo c/Iguña y Cía. SA", L. L. 1985-C-65).

(para las obligaciones de género), y 609 (para las obligaciones de dar cantidades de cosas) del código derogado.

#### PARÁGRAFO 5°

##### OBLIGACIONES RELATIVAS A BIENES QUE NO SON COSAS

**Art. 764** *Aplicación de normas.* Las normas de los Parágrafos 1°, 2°, 3° y 4° de esta Sección se aplican, en lo pertinente, a los casos en que la prestación debida consiste en transmitir, o poner a disposición del acreedor, un bien que no es cosa.

#### D) Resumen

En el ámbito de las relaciones jurídicas, los *bienes* constituyen una categoría que incluye "objetos" (entendida la locución en sentido amplio) materiales e inmateriales, en ambos casos tengan o no valor económico. Estas diferencias de *naturaleza* se proyectan indudablemente en el campo de las relaciones jurídicas, pues los intereses jurídicos que entran a tallar son de la más variada índole.

El artículo en comentario orienta la solución a los *bienes inmateriales con valor económico*, como es el caso de los créditos en cuanto objeto de una obligación.

Sin embargo, puede también extenderse la solución de la ley para el caso en que deba entregarse un bien sin valor económico, pues existen interesantes puntos de confluencia entre algunas situaciones, sin perjuicio de las notables diferencias que presentan, y las regulaciones legales en supuestos específicos, ello en razón de la existencia de un trasfondo común en varias cuestiones.

La aplicación de las normas a que remite el artículo es *supletoria*, pues rigen en primer término las especiales de cada situación en particular. Con vocación de unicidad, permite acomodar y estructurar las disímiles situaciones jurídicas que pueden presentarse en atención a la diversa naturaleza de los bienes, y a las regulaciones privativas que en cada caso pueden existir.

## II) Concordancias

Bienes y cosas (art. 16); derechos sobre el cuerpo humano (art. 17); actos de disposición del propio cuerpo (art. 56); exequias (art. 61); contrato de factoraje (arts. 1421 y ss.); cesión de derechos (arts. 1614 y ss.). Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos.

## III) Interpretación de la norma

### III.1) Obligaciones comprendidas

En el ámbito de las relaciones jurídicas, los bienes materiales susceptibles de un valor económico se llaman cosas (art. 16 del Código), y a ellas se encuentra destinada la regulación contenida en el régimen de las obligaciones de dar.

Pero las cosas no son sino una de las especies de un género: los *bienes*. El *Diccionario de la Lengua Española* define a los bienes como “cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho” (6ª acepción).

Las cuestiones terminológicas en el tema que nos ocupa presentan aristas sumamente difusas, y los conceptos (y el lenguaje que se emplea) hunden sus raíces en la filosofía, para luego proyectarse a los más variados campos existenciales. Uno de ellos es el Derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, para nuestro Derecho los *bienes* constituyen una categoría que incluye “objetos” (entendida la locución en sentido amplio) materiales e inmateriales, en ambos casos tengan o no valor económico. En este marco, un inmueble es un objeto material con valor económico (una “cosa”, en la terminología del Código); un cadáver, un objeto material sin valor económico; un crédito, un objeto inmaterial con valor económico (en nada incide que se encuentre instrumentado), y la intimidad de la persona, un objeto inmaterial sin valor económico *per se* (con independencia de que pueda generar ganancias, pero eso es harina de otro costal).

Estas diferencias de *naturaleza* se proyectan indudablemente en el campo de las relaciones jurídicas, pues los intereses jurídicos que entran a tallar son de la más variada naturaleza.

El artículo en comentario orienta la solución a los bienes inmate-

riales con valor económico, como es el caso de los créditos en cuanto *objeto* de una obligación, que naturalmente integran el derecho de propiedad (art. 17 de la Const. Nac.) y pueden ser transferidos, por ejemplo, mediante un contrato de cesión de derechos (arts. 1614 y ss. del Código).

La mención, en el artículo en comentario, al “acreedor”, como sujeto activo de la obligación de entregar, y la conducta debida como “prestación” permiten arribar a la conclusión de que la cuestión está emplazada en el ámbito de las obligaciones (art. 724 del Código).

### III.2) Aplicación supletoria para prestaciones sin valor económico

Existen deberes jurídicos (y derechos correlativos) en los cuales la prestación carece de valor económico y, por tal razón, no pueden quedar emplazados en la categoría de obligación (art. 725 del Código).

Sin embargo, y con las adaptaciones del caso, puede también extenderse *en forma supletoria* la solución del presente artículo para el caso en que deba entregarse un bien sin valor económico (aun cuando —se reitera— técnicamente no hay una “obligación”), pues existen interesantes puntos de confluencia entre algunas situaciones, sin perjuicio de las notables diferencias que presentan.

Por citar sólo un ejemplo, no es lo mismo entregar un automóvil que donar un órgano, o recibir un corazón de un “donante cadavérico”. Pero, sin perjuicio de los innegables contrastes que se evidencian entre tales situaciones, lo cierto es que —en última instancia— una persona entrega algo, y otra lo recibe.

En los supuestos apuntados, existe —también en forma genérica— un *deber de conservación* (piénsese en materia de donación de órganos la multiplicidad de recaudos que deben adoptarse, y las responsabilidades en caso de incumplimiento), sin perjuicio de las particularidades de cada caso. También algunas reglas similares —a nivel de principios— respecto a las modalidades y tiempos para la entrega. Además, si bien —por ejemplo— es de toda evidencia que en el complejo proceso de donación de órganos intervienen varios sujetos, lo propio también puede ocurrir en el caso de las cosas. Hasta se emplean términos comunes, como “donación”, tanto para el contrato de los artículos 1542 y si-

guientes del Código (que se refiere a *cosas*) como para el caso de trasplantes de órganos (ley 24.193).

La situación del cadáver también presenta casos análogos, ya que se prevé la posibilidad de *disponer* de él "con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar" (art. 61 del Código).

En definitiva, existe un trasfondo común en varias cuestiones, sin perjuicio de sus notables diferencias.

Es por tal razón que debe entenderse que, como ahora se dispone que cuando la conducta debida consista en "transmitir" o "poner a disposición" un bien que no sea cosa, en lo pertinente, y en forma supletoria, se aplican las reglas establecidas en los cuatro párrafos anteriores.

No puede afirmarse, pues la norma en esto es clara, que únicamente se trate de constituir un derecho real o restituir una cosa al dueño, pues existen situaciones en las que ello no acontece (el donatario de un rifón no se transforma en su "dueño"), y se emplea —incluso— la locución "poner a disposición", que debe ser interpretada con amplios alcances.

#### IV) Significado de la reforma

##### *Ampliación del ámbito de aplicación de las reglas de las obligaciones de dar*

Se llena un vacío normativo para el caso en que exista alguna obligación en la que deba transmitirse o ponerse a disposición del acreedor un bien que no sea cosa. La doctrina y la jurisprudencia aplicaban, en forma supletoria, algunas de las disposiciones de las obligaciones de dar, en razón de las analogías que se presentaban, y sin perjuicio de las diferencias generadas por la diversa naturaleza jurídica de los bienes, y los intereses jurídicos en juego.

Constituye ésta una norma que, con vocación de unicidad, permite acomodar y estructurar las disímiles situaciones jurídicas que pueden presentarse en atención a la diversa naturaleza de los bienes, y a las regulaciones específicas que en cada caso puedan existir.

#### PARÁGRAFO 6º

##### OBLIGACIONES DE DAR DINERO

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

**Art. 766 *Obligación del deudor.*** El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

#### D) Resumen

En el párrafo 6º del Capítulo III, destinado a las clases de obligaciones, el Código regula las obligaciones de dar dinero. En esta categoría distingue entre:

- 1) Obligaciones dinerarias: son aquellas en las que el dinero está determinado o es determinable desde el inicio de la obligación (art. 765); son obligaciones típicamente dinerarias en las que el dinero está contemplado *in obligatione*. En estos casos se pacta en moneda de curso legal y debe devolverse la misma cantidad de dinero, porque rige el principio nominalista, con la consiguiente prohibición de las cláusulas de estabilización (ley 23.928)./En supuestos de inflación o deterioro monetario, se recurrirá a las obligaciones de valor, o a los intereses impuros (que contemplan la compensación del uso del dinero más el deterioro monetario) o a las obligaciones en moneda extranjera.
- 2) Obligaciones de valor: aquellas en las que la deuda consiste en un cierto valor, que es transformado en dinero en un momento posterior al del nacimiento de la obligación (art. 772); son obligaciones de valor.
- 3) Obligaciones en moneda extranjera: la moneda extranjera no tiene carácter dinerario, como lo preveía la Ley de Convertibilidad 23.928 y el anteproyecto del Código./Por el contrario es una cosa no dineraria y por lo tanto si la obligación se pacta

en moneda extranjera, es considerada como dar cantidades de cosas (art. 765). La obligación en moneda extranjera no está prohibida, como ocurre en otros países, sino que, por el contrario, puede ser usada y así lo prevé el Código en numerosos supuestos (contratos bancarios). La obligación que tiene por objeto una prestación en moneda extranjera, presenta el problema del pago. Conforme con el régimen del Código, la regla es que el deudor tiene la opción de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. La opción por el equivalente no la transforma en una obligación facultativa, porque no hay una prestación principal y otra accesoria (art. 786). Esta regla tiene las siguientes excepciones: a) que las partes hayan pactado expresamente el pago en moneda extranjera y la renuncia a la opción (arts. 958, 959, en materia de contratos; 1121, inc. a en los contratos de consumo); b) que esté prevista expresamente otra solución (ej.: Contratos bancarios).

## II) Concordancias

Irretroactividad de la ley (art. 7º); cosas (art. 16); objeto de la obligación (art. 725); obligaciones de género (arts. 762 y 763); obligaciones de valor (art. 772); obligaciones facultativas (arts. 786 y ss.); imposibilidad de cumplimiento (art. 955). Normativa relativa a las obligaciones de dar dinero: ley 23.928; ley 25.561; decreto 214/2002; decreto 320/2002; decreto 410/2002; decreto 762/2002; decreto 1242/2002; ley 25.345; ley 25.713; ley 25.796; ley 25.798; ley 25.820; ley 26.084; ley 26.103; ley 26.167; ley 26.896.

## III) Interpretación de las normas

### III.1) Regulación especial de las obligaciones monetarias

El dinero es cosa mueble fungible, divisible y consumible<sup>87</sup>.

Es un género, que como tal, nunca perece. En este sentido, las

<sup>87</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 21/22; MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Derecho monetario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

obligaciones que tienen por objeto una prestación de dinero son de género, pero dada su importancia y efectos, es necesaria una regulación especial.

El pago en dinero se hace por entrega en mano, conforme a la tradición jurídica, pero en tiempos actuales, la bancarización hace que se utilicen medios electrónicos (ley 25.345) que establecen el momento en que se produce la transmisión.

El valor no es intrínseco, no deriva de su materialidad; es decir que, independientemente de que se utilice papel, medios electrónicos o metales, lo que importa es el valor representativo.

Su emisión y las cuestiones atinentes a su circulación son facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación (art. 75, incs. 6º y 11 de la Const. Nac.). Si bien continúa rigiendo, sin modificaciones, el *argentino oro*, es de especial interés el análisis de las obligaciones contraídas en pesos. En la actualidad, el peso tiene curso forzoso, ya que es una moneda irrecusable como medio de pago e *inconvertible*<sup>88</sup>, en razón de la derogación (por la ley 25.561, que se mantiene vigente) del sistema de convertibilidad establecida en el año 1991 por la ley 23.928.

En cuanto a la moneda extranjera, cabe decir que no es dinero en nuestro país y carece, por ende, de curso legal<sup>89</sup>. Ello quiere decir que la única moneda que tiene aptitud para ser impuesta como medio de pago es el peso y no el dólar; el único medio de pago con poder cancelatorio es el peso.

Esta regla se refiere a la legitimación de la moneda desde el punto de vista de la legislación monetaria. En cambio, nada impide que la moneda extranjera sea impuesta por una obligación, porque las partes utilizan la divisa extranjera como medio de pago y le dan una función dineraria a una cosa que no es dinero. La legitimación proviene de la obligación y no de la legislación monetaria.

<sup>88</sup> LORENZETTI, *La emergencia económica y los contratos* cit., p. 22.

<sup>89</sup> ANDORNO, Luis, *Las obligaciones en moneda extranjera luego de la Ley de Convertibilidad del austral 23.928*, en *Convertibilidad del austral*, Estudios Jurídicos-Primera Serie, libro coordinado por Luis Moisset de Espanés, Zavallá, Buenos Aires, 1991.

Todo lo expuesto justifica este régimen específico, que constituye el eje central del sistema de las obligaciones monetarias.

### III.2) Obligaciones dinerarias

Son aquellas en las que el dinero está determinado o es determinable desde el inicio de la obligación (art. 765); son obligaciones típicamente dinerarias en las que el dinero está contemplado *in obligatione*.

El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada (art. 766), es decir, que se mantiene el sistema nominalista. Sigue vigente la prohibición de indexar, por vía directa, que emerge claramente del artículo 7° de la ley 23.928 (t. o., ley 25.561): "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

En supuestos de inflación o deterioro monetario, se recurrirá a las obligaciones de valor, o a los intereses impuros (que contemplan la compensación del uso del dinero más el deterioro monetario).

### III.3) Obligaciones de valor

Aquellas en las que la deuda consiste en un cierto valor, que es transformado en dinero en un momento posterior al del nacimiento de la obligación (art. 772), son obligaciones de valor.

### III.4) Obligaciones en moneda extranjera

La moneda extranjera no tiene carácter dinerario, como lo preveía la Ley de Convertibilidad 23.928 y el anteproyecto del Código. Por el contrario es una cosa no dineraria y por lo tanto si la obligación se pacta en moneda extranjera, es considerada como de dar cantidades de cosas (art. 765).

La obligación en moneda extranjera no está prohibida, como ocurre

en otros países, sino que, por el contrario, puede ser usada y así lo prevé el Código en numerosos supuestos (contratos bancarios).

La obligación que tiene por objeto una prestación en moneda extranjera presenta el problema del pago. Conforme con el régimen del Código, la regla es que el deudor tiene la opción de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

La opción por el equivalente no la transforma en una obligación facultativa, porque no hay una prestación principal y otra accesoria (art. 786).

Esta regla tiene las siguientes excepciones:

- Que las partes hayan pactado expresamente el pago en moneda extranjera y la renuncia a la opción (arts. 958, 959, en materia de contratos; 1121, inc. a, en los contratos de consumo);
- que esté previsto expresamente otra solución (ej.: contratos bancarios).

Esta hermenéutica es la única posible dentro del sistema del Código, que obliga a una interpretación coherente (art. 2°, Código).

En el sistema no sólo no hay ninguna prohibición expresa para contratar en moneda extranjera, sino que hay varias normas que así lo permiten, lo que destruye toda la tesis de que, al ser obligaciones de género, no pueden constituirse en precio de un contrato.

El Código regula las obligaciones en moneda extranjera derivadas de un contrato de depósito bancario (art. 1390) y dispone que deben restituirse en la moneda de la misma especie. En materia de contrato de préstamo bancario, el artículo 1408 establece que es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado. Igual temperamento adopta el Código en el artículo 1409 al disponer que el contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado. Otro tanto puede deducirse de los artículos 1405 (contrato cuenta corriente), y 1410 (apertura de crédito). Con relación al contrato de mutuo el artículo 1525 expresamente dispone que el mutuuario se obliga a

devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie, y en los mismos términos lo hace con relación a los intereses (art. 1527).

Asimismo, al no mencionarse el decreto-ley 5965 sobre letra de cambio y pagaré, dentro de las derogaciones derivadas de la aplicación del nuevo Código, se debe entender que no sufre modificaciones. Por lo tanto sería válido insertar en esos papeles de comercio la cláusula de "pago efectivo en la moneda extranjera".

A la luz de este panorama, queda claro que la norma residual del artículo 765 no resulta de orden público<sup>90</sup>, pues, si ése hubiera sido el objetivo de política monetaria, mal podría haber adoptado el mismo legislador —como se dijo— un criterio diverso para con las obligaciones en moneda extranjera pactadas en los diferentes contratos nominados que canalizan habitualmente la dinámica de los negocios vinculados al crédito monetario.

En consecuencia, dado que el artículo 765 no resulta una norma imperativa, no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962), pacten —como dice el artículo 766— que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

En otras épocas y con relación al código derogado, se sostuvo que la obligación en moneda extranjera debía considerarse como de "dar cantidades de cosas", y por lo tanto resultaba aplicable el régimen de las obligaciones de género; la consecuencia de ello es que no podía ser el precio de un contrato.

Los autores que sostuvieron esta interpretación<sup>91</sup> se ajustaban al análisis del artículo 617 del código derogado, y no existían todas las

<sup>90</sup> Así lo sostiene, una doctrina autorizada: PIZARRO, Daniel R., en *Jornadas de actualización: Reformas del Código Civil y Comercial*, Universidad Siglo 21, consultable en <https://www.youtube.com/watch?v=gzFng9BNnxw>; PAOLANTONIO, Martín, *Las obligaciones en moneda extranjera y las restricciones cambiarias en la contratación privada*, en *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2014, p. 197; MÁRQUEZ, José Fernando, *Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial*, en L. L. del 9-3-2015, p. 3.

<sup>91</sup> SALVAT y GALLI, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general* cit., t. I, p. 408; LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. II, ps. 192/193.

normas que el Código vigente contiene respecto de contratos en moneda extranjera, por lo que no son trasladables sus conceptos.

Las reglas que se adoptaron por la doctrina y la jurisprudencia generalizadas, luego de un largo derrotero, fueron: "a) el deudor puede pagar en moneda extranjera o mediante el equivalente en moneda nacional; b) en los contratos que producían sus efectos fuera del territorio nacional, había que cumplir en la moneda extranjera sin opción alguna; c) en los contratos en que el uso de la moneda extranjera era considerado esencial, debía entregarse esa moneda-mercancía sin opción"<sup>92</sup>.

### III.5) *Análisis comparativo de diferentes regulaciones de las obligaciones de dar sumas de dinero.*

Para facilitar la comprensión de este sistema, es interesante observar que la regulación de las obligaciones dinerarias en el sistema argentino, conforme a un estudio, puede dividirse en cuatro etapas:

#### III.5.A) *Primera etapa: desde la sanción del código derogado hasta la Ley de Convertibilidad 23.928 (años 1871 a 1991)*

La obligación de dar moneda nacional se regía por el artículo 619 del código derogado. La moneda extranjera no tenía carácter dinerario y se aplicaban las disposiciones de las obligaciones de dar cantidades de cosas (art. 617, código derogado). En los períodos en que hubo inflación, se recurrió a la fijación de intereses impuros, que consideraban la compensación del uso del dinero más el deterioro de la moneda, y a las cláusulas de actualización monetaria cuyo uso se generalizó<sup>93</sup>.

#### III.5.B) *Segunda etapa: vigencia de la convertibilidad (años 1991 a 2002)*

Con la finalidad de combatir el deterioro de la moneda que se producía por la inflación, se dictó la ley 23.938, que consagró el sistema nominalista (art. 619 del código derogado, y art. 7° de la ley 23.928), prohibiéndose el uso de las cláusulas de actualización monetaria. Se au-

<sup>92</sup> LORENZETTI, *La emergencia económica y los contratos* cit., p. 188.

<sup>93</sup> ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales* cit., p. 454.

torizó la contratación en moneda extranjera (modificación del art. 617, código derogado), disponiéndose que debían considerarse como de dar sumas de dinero. La moneda extranjera no tenía curso legal ni forzoso, pero dejó de ser una obligación de dar cantidades de cosas, para tener idéntico régimen que las de curso legal.

### III.5.C) Tercera etapa: la emergencia económica (años 2002 a 2015 inclusive)

Con la sanción de la ley 25.561 (y un sinnúmero de normas complementarias) se produjo una enorme mutación, derogándose el régimen de convertibilidad.

El plexo normativo básico en esta etapa se componía de: 1) código derogado (arts. 616-624). 2) Ley 23.928 (modificada por la ley 25.561). 3) Ley 25.561. 4) Decreto 214/2002. 5) Decreto 320/2002. 6) Decreto 410/2002. 7) Decreto 762/2002. 8) Decreto 1242/2002. 9) Ley 25.713. 10) Ley 25.796. 11) Ley 25.798. 12) Ley 25.820. 13) Ley 26.084. 14) Ley 26.103. 15) Ley 16.167. 16) Ley 26.896. Mediante esta última se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2015 la vigencia de la ley 25.561.

Por vía legislativa se crearon distinciones en base a dos criterios: a) la fecha de su constitución (antes o después del 6-1-2002), y b) la naturaleza del dinero que debe entregarse (moneda nacional o moneda extranjera).

El sistema, básicamente, quedó estructurado de la siguiente manera:

*Obligaciones en pesos nacidas con anterioridad a la ley 25.561* (del 6-1-2002): no se produjo modificación sustancial alguna. Siguió rigiendo el sistema nominalista, con prohibición de actualización de cualquier naturaleza, por vía directa (ley 25.561, arts. 3° y 5°; arts. 7° y 10 de la ley 23.928, modificados por ley 25.561; art. 619 del código derogado).

*Obligaciones en moneda extranjera nacidas con anterioridad a la ley 25.561* (del 6-1-2002): la legislación de emergencia modificó sustancialmente el régimen del código civil vigente en aquel momento. Los principales cambios ocurrieron en esta especie. La regla general era que se "transforman" a pesos todas las obligaciones en moneda extranjera, existentes a la sanción de la ley 25.561, haya o no mora

del deudor. Se disponía una conversión diferenciada, según que la obligación se encuentre o no vinculada al sistema financiero y, en el primer caso, se distinguía entre los créditos y deudas de las entidades financieras. Se establecía, además, la aplicación de mecanismos de recomposición del valor, según los casos (coeficiente de estabilización de referencia, y coeficiente de variación salarial).

*Obligaciones en pesos nacidas con posterioridad a la ley 25.561* (del 6-1-2002): continúa rigiendo el principio nominalista (art. 7° de la ley 23.928 modificado por ley 25.561, y art. 619 del código derogado). Se prohíben las cláusulas de actualización monetaria, cualquiera sea su tipo (arts. 7° y 10 de la ley 23.928, modificados por ley 25.561; art. 5°, dec. 214/2002).

*Obligaciones en moneda extranjera nacidas con posterioridad a la ley 25.561* (del 6-1-2002): el sistema fue sustancialmente distinto respecto a las obligaciones nacidas con anterioridad a la ley 25.561. Se mantuvo *in totum* el régimen legal establecido originariamente por la ley 23.928. Regía el artículo 617 del código derogado, según la ley 23.928 (art. 5°, ley 25.561; arts. 1° y 5°, dec. 214/2002; art. 2°, dec. 320/2002). Se trata de *obligaciones de dar dinero* en las que rige el sistema nominalista. La moneda extranjera no tenía curso legal. No podía ser usada como cláusula de actualización.

En síntesis, en la tercera etapa se mantuvo el nominalismo para las obligaciones en pesos (cualquiera sea su fecha de nacimiento), y el régimen del artículo 617 del código derogado (t. o., ley 23.928) para las obligaciones en moneda extranjera nacidas con posterioridad a la ley 25.561. En estos tres casos, la actualización por vía directa se encontraba legalmente vedada.

### III.5.D) Cuarta etapa: el anteproyecto del Código Civil y Comercial

La redacción original del Anteproyecto disponía: "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".

"Art. 766 – *Obligación del deudor*. 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".

En el Anteproyecto se continuó con el régimen de la convertibilidad, considerando el nominalismo para las obligaciones de dar dinero, y el carácter dinerario para la moneda extranjera.

### III.5.E) *El nuevo Código Civil y Comercial (arts. 765 y 766)*

El Anteproyecto fue modificado por el Poder Ejecutivo y de este modo quedó el régimen que se ha explicado.

### III.6) *Los usos de la moneda extranjera*

Las partes pueden usar la divisa extranjera dándole dos sentidos diferentes: a) según que la moneda extranjera se haya introducido en el contrato como medio estabilizador de la prestación dineraria debida; b) según que la moneda extranjera sea cabalmente el objeto contractual o prestación debida<sup>94</sup>.

#### III.6.A) *La utilización de la moneda extranjera como cláusula de actualización*

En este caso, las partes utilizan la divisa extranjera como moneda de cuenta, es decir, para contar, para medir el objeto de la obligación cuando la moneda nacional se devalúa.

Se trata de una cláusula de actualización prohibida por la legislación vigente. Lo que está prohibido son las cláusulas de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, conforme a los artículos 7º y 8º de la ley 23.928 y la ley 25.561. Como no está prohibida la obligación de dar sumas de dinero en dólares, bastará que se pacte en esa moneda para dar a la moneda extranjera una función de estabilidad monetaria. Está prohibida la cláusula, pero no que sea objeto de la obligación.

<sup>94</sup> Conclusiones de las Primeras Jornadas sobre temas de Derecho Civil organizadas por el Colegio de Abogados de Rosario, en setiembre de 1982. Conf. J. A. 1982-IV-816.

Las modalidades de esta cláusula son variadas: a) Las partes pueden establecer el pago en moneda nacional valuada a una determinada cotización, con lo cual se está frente a una modalidad de cláusula de estabilización que previene futuras devaluaciones. La moneda de pago es la nacional, aunque si el lugar de pago fuera el país de la moneda extranjera podría interpretarse que fue intención de las partes conferir una opción de pago en dicha moneda. La cláusula de referencia neutraliza el riesgo cambiario de la moneda nacional, al fijarlo en una proporción con la extranjera. No esteriliza, en cambio, el deterioro de la moneda extranjera, que puede devaluarse en términos internacionales. Esta depreciación es ajena al negocio, rigiendo el principio nominalista respecto de la moneda extranjera; b) las partes pueden pactar una opción de pagar en un monto de una moneda nacional o en un monto de una moneda extranjera. Se trata de una obligación alternativa. Si a ello se adicionara lugares de pago distintos, y la moneda extranjera debiera pagarse en el lugar de su curso legal, devendrían aplicables las normas de Derecho Internacional Privado. Ambas prestaciones están en un mismo nivel, puesto que no hay una moneda tomada en referencia a otra. Podría argüirse aquí que se trata de un supuesto de moneda esencial.

Reiteramos entonces que este uso no está permitido en la contratación actual.

#### III.6.B) *El uso esencial: la pretensión de restitución de la moneda extranjera*

Las partes pueden referirse a la moneda extranjera como objeto de la prestación debida, siendo el cumplimiento *in natura* esencial al contrato celebrado; si se diera otra cosa se desnaturalizaría. A esta modalidad se le llama "uso esencial" de la moneda extranjera.

En la doctrina que estudió el tema en épocas anteriores hubo discrepancias acerca de este tipo de usos.

Un sector ha señalado su directa oposición, admitiéndolo únicamente en supuestos excepcionales, que son los contratos de cambio, pero siempre desvinculados de toda relación con el tema de la depreciación. Se ha objetado que las partes puedan decidir la circulación



forzosa de la moneda extranjera sin posibilidad para el deudor de extinguir la obligación así pactada, optando por el pago con moneda nacional<sup>95</sup>.

Otros autores consideraron válido admitir la deuda monetaria en moneda sin curso legal, y sólo en supuestos en que la ley expresamente la haya prohibido cabe anularla o darle otro sentido<sup>96</sup>. Con claridad expone Mann<sup>97</sup> esta tesis diciendo que el dinero extranjero es dinero, lo que no se ve afectado por que no sea circulante legal, ya que no todo el dinero es circulante legal, pero todo el circulante legal es dinero. El dinero extranjero es dinero cuando funciona como tal.

Para ordenar las ideas hasta el momento cabe decir, de conformidad con las costumbres negociales:

- Que la moneda extranjera puede ser usada como moneda esencial del contrato;
- que en el caso en que se le da un uso esencial, la intención de las partes es que se restituya la moneda extranjera y no otra cosa diferente.

En todos estos casos el problema reside en establecer cuál es el uso que las partes quisieron dar a la moneda, ya que no hay una regla firme y hubo muchas variaciones en la jurisprudencia.

Se trata de un problema de interpretación del contrato<sup>98</sup>.

**Art. 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.

<sup>95</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Dólar e imprevisión*, en L. L. 1981-D-865.

<sup>96</sup> ALTERINI, Jorge, *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*, en L. L. 1987-E-873.

<sup>97</sup> MANN, F. A., *El aspecto legal del dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 226.

<sup>98</sup> MANN, ob. cit., p. 256.

## D) Resumen

El concepto de interés no se limita al pago del "precio" de la liquidez, sino que se extiende a otra situación, pues también constituye la *indemnización* que el deudor debe pagar por no cumplir en tiempo y forma con la obligación de dar dinero.

Sobre estos parámetros, la *summa divisio* en materia de intereses se formula de la siguiente manera: a) intereses que se deben por tener el capital ajeno o que debe entregarse a otra persona, en concepto de precio, denominados *compensatorios* (art. 767 del Código); b) intereses que se deben por haber ingresado el deudor en *estado moratorio*. Los intereses *por mora*, a su vez se subdividen en *moratorios* (art. 768 del Código) y *punitivos* (art. 769 del Código). Ambos pueden tener origen legal o convencional.

En las relaciones jurídicas emanadas de una obligación de dar dinero cabe *distinguir los conceptos de "interés" y de "actualización monetaria"*. En el marco de nuestro sistema *nominalista*, la actualización por vía directa se encuentra vedada. Sin embargo, se admite que la *tasa* de interés contenga escorias inflacionarias, para así paliar -por vía *indirecta*- la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

Los intereses (cualquiera sea su clase) constituyen un *accesorio* del capital. Por tales razones: "Si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses" (art. 870 del Código).

El interés *compensatorio* o *lucrativo* es el que se paga por tener un capital dinerario que, o no es propio (porque nos ha sido prestado), o debe ser entregado a otra persona (porque se lo debemos por imperio de la ley), y ello con *independencia* de la existencia de mora del deudor. Como regla los intereses compensatorios no se deben, salvo pacto de partes o que lo imponga la ley. Las partes están facultadas para fijar la tasa de interés compensatorio, con los límites impuestos por la buena fe y el ejercicio regular de los derechos. Puede surgir también de la ley, o de los usos y costumbres. Si resulta excesiva, rige lo establecido en el artículo 771 del Código.