



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA SANTA MARÍA
DE LOS BUENOS AIRES**

FACULTAD DE DERECHO - DEPARTAMENTO DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

TRABAJO FINAL INTEGRADOR:

OBLIGACIONES DE “DAR DINERO” EN MONEDA EXTRANJERA. ESTADO DE SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO ARGENTINO SOBRE LA POSIBILIDAD DEL DEUDOR DE PAGAR EL EQUIVALENTE EN MONEDA DE CURSO LEGAL.

Autor: Doctor Juan Pablo Francisco Montesano.

Director: Doctor Jorge Nicolás Lafferriere.

Fecha de presentación: 4 de abril de 2022.

Fecha de defensa: 3 de octubre de 2022.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

A mis Padres Cristina y Raúl que me enseñaron a vivir en familia y con los frutos de la dedicación, del estudio y del trabajo.

A mi esposa María Eugenia y a mis hijas e hijos Caro, Juanchi, Santi y Guada que hicieron posible y me acompañaron constantemente en la concreción del presente.

Al claustro docente y no docente de la Universidad Católica, que me permitieron crecer profesional y académicamente.

A las alumnas y a los alumnos de las diferentes Unidades Académicas en las que tuve el honor de dictar clases, ya que tanto con las exposiciones efectuadas, como con las preguntas y dudas que se han ido formulando a lo largo de los años, nos han permitido encontrar diferentes problemáticas a cuestiones planteadas y posibles soluciones a las mismas.

INDICE.

<u>INTRODUCCIÓN</u> ·	6
<u>CAPITULO 1. OBLIGACIONES DE “DAR DINERO”</u> ·	8
1) Concepto. ·	8
2) Importancia. ·	11
3) Clases De Moneda. ·	12
a) La Moneda Metálica ·	12
b) La Moneda De Papel ·	13
c) El Papel Moneda ·	13
4) Funciones Del Dinero. ·	14
5) Caracteres Del Dinero. ·	15
6) Nominalismo Y Valorismo. ·	17
a) Introducción. ·	17
b) Valor Intrínseco O Real. ·	17
c) Valor Nominal. ·	18
d) Valor De Cambio. ·	18
e) Nominalismo Y Valorismo. ·	18
e.1) Introducción. ·	18
e.2) Nominalismo. ·	19
e.3) Valorismo. ·	20
f) Régimen Del Código Civil Y Comercial De La Nación. Principio Consagrado: Nominalismo. Excepciones. ·	20
<u>CAPITULO 2. OBLIGACIONES DE DAR DINERO EN MONEDA NACIONAL Y EXTRANJERA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.</u> ·	23
1) OBLIGACIONES DE DAR DINERO EN MONEDA NACIONAL. ·	23
2) OBLIGACIONES DE DAR MONEDA EXTRANJERA. ·	24
a) Introducción. Dos concepciones sobre la importancia de la moneda propia para un país. ·	24
b) Las Obligaciones de Dar Dinero Extranjero en el Código de Vélez. Breve descripción de la Evolución hasta la actualidad. ·	27
c) Postura sobre Inconstitucionalidad de la prohibición de Indexar. Afectación al Derecho de Propiedad Constitución Nacional. Postura Conesa/Bueres. ·	28
d) Jurisprudencia sobre Inconstitucionalidad prohibición adquirir divisas. Inconstitucionalidad Normativa Bcra Que Impide Adquisición De Moneda Extranjera. ·	29

e) El Tratamiento de Dinero Extranjero como cosa. La legalidad de pactar en moneda extranjera. · 29

f) Remisión a Obligación de Dar Cantidades de Cosas. Problema. Posturas. · 31

CAPITULO 3. POSIBILIDAD DEL DEUDOR DE PAGAR EL EQUIVALENTE EN

MONEDA DE CURSO LEGAL. ARTICULO 765 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. · 34

1) Introducción. · 34

2) Noción de “equivalente”. Importancia práctica ante la imposibilidad y/o restricciones para la adquisición de divisas o moneda extranjera al tipo de cambio oficial. · 34

3) Principio General del Derecho de Obligaciones: Pago en Especie. El pago por Equivalente en moneda de curso legal. Excepciones o Contraexcepciones. Diferentes posturas. · 35

4) Situaciones de excepción a la posibilidad de pagar con equivalente. · 38

4.1) Si el tipo de cambio ofrecido como equivalente no posibilita la adquisición de divisas afectando el principio de integridad del pago. · 38

4.2) Mutuo Oneroso de Dinero. · 39

4.3) Depósito Bancario de Dinero. · 39

4.4) Préstamo bancario. · 39

4.5) Obligaciones que por su naturaleza deben ser pagadas en la especie comprometida y de Pago Esencial en especie. Posibilidad de pactar pago esencial en moneda extranjera. 40

4.6) Renuncia. · 41

5) Análisis de la renunciabilidad de la “posibilidad” de pagar el equivalente en moneda de curso legal. Normativa dispositiva. Discusión planteada sobre el orden público. · 41

5.1) Principio Dispositivo. Renunciabilidad. · 41

5.2) Jurisprudencia acerca de la renunciabilidad a pagar en equivalente en moneda de curso legal. Norma Dispositiva. · 49

6) El Caso de Letras de Cambio y Pagarés pagaderos en moneda extranjera: · 53

7) Irretroactividad de la Opción de Pagar con moneda de curso legal. · 53

7.1) Jurisprudencia sobre la Irretroactividad del ART. 765 CCCN. · 55

CAPITULO 4. LA DETERMINACION DEL MONTO DEL EQUIVALENTE EN

MONEDA DE CURSO LEGAL. · 58

1) Introducción. Importancia. · 58

2) Concepto de Equivalente y de Valor. · 58

3) Obligación de Valor. El monto resultante debe referirse al valor real. Otras cuestiones: principio de integridad del objeto del pago y buena fe. · 59

4) El pago por “equivalente” en virtud de las “Indemnizaciones correspondientes”. · 62

5) Cuestión referida a los intereses en caso de pago por “equivalente”. · 63

6) Jurisprudencia sobre el tipo de cambio a tomar para calcular el “equivalente” en moneda de curso legal. · 64

6.a) Jurisprudencia. Equivalente a tipo de cambio alternativo. Pacto sobre tipo de cambio alternativo al oficial para adquirir divisas. Pago esencial en dólares. Norma supletoria. · 64

6.b) Jurisprudencia. Inaplicabilidad de imprevisión para pedir pago pesos al tipo de cambio oficial. · 72

6.c) Jurisprudencia. Esfuerzo Compartido en el caso de vigencia Leyes de Emergencia Económica y declaración de normativa de orden público en virtud de la emergencia económica, social y política. · 73

CONCLUSIONES · 74

BIBLIOGRAFIA · 78

INTRODUCCIÓN

Nos dedicaremos en el presente “Trabajo Final Integrador” del Máster en Derecho Patrimonial, a las obligaciones de “dar dinero” en moneda extranjera, analizando el estado de situación actual en el derecho argentino sobre la posibilidad del deudor de liberarse mediante el pago por “equivalente” en moneda de curso legal.

Desarrollaremos brevemente el estado de situación actual, desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, mencionando preferentemente doctrina y jurisprudencia desde la vigencia del Código nuevo, y mencionaremos doctrina y jurisprudencia anterior, en la medida que haya sido receptada actualmente.

En este sentido nos extenderemos en el análisis del Art. 765 del CCCN que establece que “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.”.

Y también el Artículo 766 del CCCN que dispone que “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.”.

Expondremos las diferentes posturas que hay hasta el presente, como así también la interpretación con relación a normas concordantes.

Analizaremos la cuestión, únicamente en lo referido a contratos sobre Derechos Personales, y dentro de éstos, sobre Obligaciones Civiles y Comerciales, en los que rige la justicia conmutativa, resultando ajeno al objeto del presente trabajo la aplicabilidad de la norma en materia de justicia legal (lo que los particulares deben al estado) y justicia distributiva (lo que el estado le debe a los particulares).

La cuestión planteada adquiere relevancia práctica, ante la imposibilidad de adquirir divisas al tipo de cambio oficial y resultar diferente el “equivalente” o “valor” al que puede adquirirse legalmente la moneda extranjera por medios alternativos, siendo la brecha en algunos momentos de los últimos años de casi del 100% entre el precio oficial -inaccesible materialmente a los particulares- y el precio de mercados legales alternativos.

Por el contrario, para las épocas en las que el tipo de cambio oficial sea libre, sin restricciones en cuanto a personas y/o montos para adquirir moneda extranjera, la cuestión tendrá menor importancia práctica, ya que no habrá afectación desde el punto de vista de la cantidad de moneda extranjera que pueda efectivamente adquirirse al tipo de cambio oficial con la suma dada en pago a dicho tipo de cambio, con relación a la cantidad efectivamente comprometida en el título de la obligación.

A la fecha de finalización de la redacción de este trabajo (marzo de 2.022), el Dólar del Banco Nación cotiza a valor oficial \$115,50, siendo inaccesible para la

compra por parte de los particulares a ese valor; el denominado Contado con Liqui cotiza a un valor de \$201 y el Dólar denominado MEP a \$200.¹

Tenemos que referirnos a las obligaciones en moneda nacional y extranjera, ya que la posibilidad que la legislación le otorga al deudor de pagar en moneda de curso legal, en atención a la imposibilidad de adquirir moneda extranjera al tipo de cambio oficial, genera dificultades prácticas y jurídicas, por la diferencia de valor entre la cantidad de moneda extranjera comprometida y la suma que el deudor puede pagar por “equivalente”, que en los casos de existencia de “brecha cambiaria” no alcanzará para comprar la cantidad comprometida mediante mecanismos alternativos legales permitidos en el mercado bursátil o en el mercado del exterior.

Es así que desde el punto de vista metodológico mencionaremos las obligaciones de dar dinero, su concepto, funciones, caracteres, posturas sobre el nominalismo y valorismo, dar dinero en moneda nacional -muy brevemente-, y dar dinero en moneda extranjera, analizando la posibilidad del deudor de cancelar dicha clase de obligación “dando el ‘equivalente’ en moneda de curso legal”.

Expondremos las posturas sobre si rige una cuestión de orden público o si la norma resulta dispositiva y como tal renunciable, como así también otras excepciones a la posibilidad de pagar en moneda de curso legal las cantidades debidas en moneda extranjera.

Posteriormente, trataremos la cuestión acerca que el “equivalente” en moneda de curso legal para liberarse el deudor de una deuda en moneda extranjera, no puede ser otro en los contratos referidos a los Derechos Personales, en materia de Obligaciones, que el tipo de cambio que permita adquirir divisas físicas para cumplir con la cantidad de la especie designada en el título de la obligación.

Finalmente, en las conclusiones, sintetizaremos las cuestiones a ser tenidas en consideración, que esperamos sean de utilidad para resolver cuestiones conflictivas que se presentan a diario en negociaciones entre particulares y ante los tribunales de justicia.

¹ www.infobae.com, fecha consulta 25.3.2022.

CAPITULO 1. OBLIGACIONES DE “DAR DINERO”.

1) CONCEPTO.

El Código Civil y Comercial de la Nación, al legislar sobre las “Obligaciones de dar dinero”, en lugar de “Obligaciones de dar ‘sumas’ de dinero” se aparta de la denominación que se utilizaba desde el Código de Vélez y del derecho comparado².

El “dinero” se define como la moneda autorizada por el Estado (*Llambías*), y tiene como fin ser la unidad de medida de valor de los bienes, instrumento de cambio y medio de pago.

Las obligaciones de “dar sumas de dinero” han sido definidas como “...aquellas en las cuales el deudor, desde el mismo nacimiento de la relación jurídica, está obligado a entregar una cierta o determinada cantidad de moneda, que puede ser determinada o determinable....”³.

Conforme la postura clásica estas obligaciones han sido definidas como aquellas que se cumplen entregando la cantidad de dinero expresada en el título de la obligación (*Llambías, Borda*).

Ameal define la obligación dineraria como “aquella en la que, desde su mismo nacimiento, el deudor está obligado a entregar una determinada cantidad de moneda”⁴; y define el dinero, la moneda, como “aquella cosa mueble que el comercio utiliza como medida de valor para toda clase de bienes, pudiendo emplearse como calibre general para oficializar operaciones de cambio.

² BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello, pág. 255.

³ Calvo Costa, Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con Jurisprudencia - Tomo II, Comentario Art. 765 y 766; EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870336716, ASIGNADO A: USUARIOIPU; <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2018%2F42564570%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=65ecbecadba4aa047c42ed2abf41b9b2&eat=97E46555-92B7-D6D7-674F-E7AB45AEA3AD&pg=&psl=e&nvgS=false> (fecha consulta 11.2.2022).

⁴ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág. 163; cita la definición adoptada en Altrerini, Atilio, Ameal, Oscar J, Lopez Cabana, Roberto, Derecho de las obligaciones Civiles y Comerciales, 2^a. Edición act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 462.

Considerándose -en definitiva- como el denominador común de aquellos valores e instrumento idóneo para la cancelación crediticia.”⁵.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en la primera parte del Artículo 765 da una definición legal de Obligación de “Dar Dinero” al disponer: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación....”.

Guffanti define las obligaciones de dar dinero como aquellas “en que la prestación (objeto de la obligación) consiste en entregar una cantidad de moneda. La cantidad de moneda que debe ser entregada puede ya estar determinada al inicio de la obligación o ser determinable. Pero desde el mismo nacimiento de la obligación debe estar establecido que el objeto de la obligación es entregar dinero y no otra cosa.”⁶.

Al ser la obligación de dar dinero una deuda de sumas de dinero desde el origen hasta la extinción, el dinero está *in obligatione* (en la naturaleza de la obligación) e *in solutione* (al momento del pago), siendo esta una de las diferencias con las obligaciones de valor en las que el dinero está únicamente *in solutione* (al momento del pago)⁷.

El párrafo 6, de la Sección 1ra. de la clasificación de obligaciones que se refiere a “Obligaciones de dar dinero”, comprende los Artículos 765 a 772 que tratan Obligaciones de Dar dinero, Dar moneda que no sea de curso legal, y Deuda de Valor; por lo que todas estas quedan comprendidas en el título de “Obligaciones de dar dinero”.

Con relación al objeto e intercambio de bienes y servicios e interacción socioeconómica que incumben a este tipo de obligaciones, que denotan una importancia superlativa, resulta de interés para la comprensión de algunas cuestiones a tener en cuenta, temas de economía política, finanzas, el derecho público y privado.

Además, por ser el dinero o la moneda valor de cambio de diferentes tipos de bienes y servicios, quedan comprendidas varias clases de contraprestaciones pudiendo utilizarse el dinero o moneda a título de capital prestado, de precio de una prestación, como interés del capital, como salario o retribución, como indemnización, como instrumento en que se debe calcular una deuda de valor, etc.

⁵ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág. 164.

⁶ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 249.

⁷ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 250, con cita de Méndez Sierra, Eduardo C., Obligaciones dinerarias, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pág. 260.

El dinero o moneda es “cosa mueble” (art. 223 del CCCN) y “fungible” (art. 232 CCCN) por lo que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otros de la misma calidad”.

Según Jorge Alterini, las obligaciones de dar dinero se distinguen de las de dar cantidades de cosas (de género en el CCCN), ya que la moneda no existe en el reino de la naturaleza, sino que es un instrumento de pago, constitutivo de cualquier “cosa” a la que el Estado le atribuya la calidad de dinero mediante la correspondiente legislación, ya sea moneda metálica, papel moneda, moneda de papel u otros⁸. En este sentido, la importancia que tienen los signos monetarios deviene del valor de cambio o poder adquisitivo, independientemente de sus propiedades físicas, por ejemplo cabe mencionar el valor de las criptomonedas, criptodivisas, los asientos contables de los diferentes medios de pagos electrónicos, etc.

La doctrina (Llambías, Alterini, Bueres) remite a la conceptualización de las deudas que efectúa Arthur Nussbaum⁹ que distingue las deudas dinerarias en deudas pecuniarias, que son "las deudas de dinero propiamente dichas" y deudas monetarias, "que tienen por objeto primordialmente, no un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como moneda (signos monetarios)".

Las deudas pecuniarias las divide en deudas puras de dinero -en moneda de curso legal- y en deudas en moneda sin curso legal (dólares, euros, etc).

Las deudas monetarias las divide, a su vez, en deudas monetarias genéricas (por ejemplo, en los casos en que la moneda extranjera es necesaria para efectuar un viaje al exterior) y deudas monetarias específicas (por ejemplo, la determinada en concreto individualizada físicamente en un lugar específico), siendo inexcusable cumplirlas en especie en la moneda sin curso legal convenida.

El concepto de obligación de dar dinero supone el concepto de dinero o moneda, términos que se utilizan como sinónimos, por parte de la mayoría de la doctrina.

El dinero se define como una “cosa mueble que es utilizada como medida o denominación común del valor de los bienes, que por ello puede emplearse como

⁸ Alterini, Jorge Horacio, Código Civil y Comercial: tratado exegético - 3a ed on line- Tomo IV, Comentario Art. 765, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870338000, ASIGNADO A: USUARIOIPU, <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2019%2F42653317%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=679a8ed7a66ea4a372e50a7033545aa9&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false> (Fecha consulta: 11.2.2022).

⁹ Citan Teoría jurídica del dinero [El dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero], traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral, Madrid, 1929, pp. 141 y ss. y 152 y ss.).

medio general de cambio, pues es instrumento de pago del valor de los bienes; a su vez, que es un medio de conservación de valor.”¹⁰.

El dinero ha sido conceptualizado modernamente como un activo financiero neutro, líquido, utilizado como plataforma para la optimización del intercambio de bienes y servicios, superando el trueque que resulta inexacto como medida de valor.

Al ser el dinero un instrumento para valorizar los bienes, se utiliza también como depósito de valor para adquirir bienes en el futuro, aunque esta función en los casos de procesos inflacionarios se encuentra afectada. Como medio de intercambio supera las dificultades del sistema del trueque al tener una referencia común para establecer el valor de los bienes, generando un equilibrio económico. Esta última función está fundada en el valor que tiene el dinero como medio de pago resultante del respaldo de la autoridad pública del emisor.

En lo referido al dinero como conservación de valor, en la práctica se utilizan diferentes monedas, u otros activos que mantengan o mejoren el poder adquisitivo a futuro de la población y de las entidades públicas o estados que lo utilizan.

Finalmente, el dinero es utilizado dentro de un sistema monetario en el que resulta enmarcado, regulado en mayor o menor medida por el Estado -o conjunto de Estados- que lo crea y emite, determinando el signo monetario y la unidad monetaria “peso”, “dólar”, “euro”, “real”, etc.

Quedan fuera de las obligaciones de dar dinero el “dinero virtual” o cibermonedas, por no tener regulación legal ni ser emitidas por autoridad pública o por delegación de autoridad estatal en organismos supranacionales (por ejemplo el caso del Euro)¹¹.

2) IMPORTANCIA.

“En el sistema capitalista evolucionado contemporáneo, las obligaciones dinerarias tienen gran importancia cualitativa y enorme impacto cuantitativo”.¹².

¹⁰ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 255; véase cita de Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., Economía, con aplicaciones a Latinoamérica, 19ª edición, México, Ed. Mc Graw Hill Educación, 2010, pág. 469ss.

¹¹ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 258.

¹² Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 253.

Al ser un instrumento de intermediación en los cambios, además de los mutuos en dinero puros, es uno de los objetos de suma importancia económica y práctica.

En numerosísimos contratos con prestaciones recíprocas, una de ellas consiste en una cantidad de dinero, como el precio en la compraventa, el canon locativo en el contrato de alquiler el precio del transporte, la retribución en la locación de obra, el precio en el suministro, el salario en la relación laboral, etc¹³.

A las transacciones entre particulares, si se suma la cantidad de transacciones que se efectúan de dinero entre particulares y entidades financieras y entre entidades financieras entre sí, y las prestaciones referidas a jubilaciones, pensiones, seguros, tributarias, del sistema productivo, etc., la cuestión se multiplica exponencialmente.

Al ser un activo líquido, las funciones del dinero adquieren fundamental relevancia, por ser de disponibilidad inmediata.

3) CLASES DE MONEDA.

Entre las clases de moneda encontramos en la evolución del dinero, básicamente la moneda metálica, la moneda de papel y el papel moneda.

Actualmente el papel moneda puede ser emitido en billete o en “dinero electrónico”, e-money, efectivo electrónico, dinero digital. Las transferencias electrónicas de fondos de una cuenta a otra, pagos electrónicos con tarjetas de crédito o débito, códigos QR. Son medios de utilización de dinero bancarizado. El caso de las monedas virtuales o criptomonedas no son dinero, ya que no son emitidas por un ente estatal ni tienen respaldo del mismo o bien no son aceptadas por el estado como tal.

Ello, no obstante que de la misma forma que un estado puede emitir moneda, podría también emitir dinero electrónico o asumir cualquier moneda, como moneda de curso legal.

a) La moneda metálica:

Se acuñan metales preciosos generalmente oro o plata en gran proporción y el resto son otro tipo de metales para lograr una aleación que le otorgue dureza.

El valor de la moneda metálica está dado principalmente por el valor de metal contenida en ella que coincide generalmente con el que figura nominalmente acuñado en la misma.

¹³ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, págs. 254 y ss.

Actualmente no se utiliza para circulación, ya que su uso no es ni práctico ni seguro; en la evolución del dinero, generalmente se dejaban en depósitos en custodia, otorgándose a los depositantes certificados de depósito, que terminaron siendo el origen de la moneda de papel y los depositarios los bancos comerciales.

b) La moneda de papel:

En su versión más pura y originaria tiene como respaldo el metal que nominalmente dice representar el papel, resultando 100% convertible.

Pero actualmente aún la moneda de papel no tiene el 100% de respaldo en el metal que representa, sino que depende del “encaje”, es decir del porcentaje que el estado le asigne, pudiendo emitirse más moneda de papel que el metal que representa.

No obstante, aún así, la moneda de papel mantiene su poder adquisitivo por la confianza que genera el emisor, hasta momentos en que se presentan determinadas crisis económicas con fuertes pérdidas de valor.

En nuestro país entre los años 1991 a 2002, debido a la Ley N° 23.928 de Convertibilidad, rigió el Austral y luego el Peso convertible a dólares estadounidenses.

En este caso, se trató de un peso convertible en moneda “fuerte” que a través de Reservas en el Banco Central debía respaldar inicialmente el 100% de la base monetaria.

Por diferentes razones, que exceden el marco del presente trabajo, este sistema desencadenó en una crisis financiera, monetaria y económica a fines de 2001 y fue dejada de lado la convertibilidad del peso con el dólar estadounidense¹⁴.

c) El papel Moneda:

Es el dinero emitido por el Estado, sin garantía o respaldo en metales o divisas, pero con curso forzoso.

Puede ser emitido en billete, moneda y también en formato electrónico - inmaterial; depende de la legislación que lo emita.

El valor de cambio se funda en el curso forzoso y en la confianza del Estado emisor.

¹⁴ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 259.

Presenta el problema de la pérdida de poder adquisitivo y la inflación frente al principio nominalista, en los casos de depreciación monetaria por la desconfianza en el estado, por el desajuste de diferentes variables económicas, por la marcha de la economía, etc.

4) FUNCIONES DEL DINERO.

En doctrina nacional Casiello¹⁵ clasifica las funciones del dinero en la economía y en el derecho.

Dentro de las funciones esenciales en la economía, para las que es presupuesto la exigencia de que la moneda posea un valor estable en cuanto a su poder adquisitivo menciona:

- a) Instrumento de intercambio de bienes y servicios;
- b) Medida de valor de los bienes y servicios;
- c) Medida para pagos futuros;
- d) Instrumento de ahorro y atesoramiento.

Como función del dinero para el derecho resalta:

- a) la de cancelar mediante el pago las obligaciones ya sean originarias en dinero o de valor que son también cancelables mediante dinero, una vez determinado el mismo.

Calvo Costa¹⁶ destaca como funciones más relevantes, la de ser unidad de medida de valor de bienes patrimoniales y de aspectos económicos de la vida humana; instrumento de cambio -para la obtención de otros bienes y servicios- y como instrumento de ahorro -como reserva de valor.

En la misma línea Jorge Alterini¹⁷ trayendo a Von Tuhr, define el dinero o la moneda como “aquellas cosas muebles que el comercio utiliza como medida de valor

¹⁵ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, pág. 255ss, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello.

¹⁶ Calvo Costa, Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con Jurisprudencia - Tomo II, Comentario Arts. 765/766, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870336716, ASIGNADO A: USUARIOIPU
<https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2018%2F42564570%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&cid=65ecbecadba4aa047c42ed2abf41b9b2&eat=97E46555-92B7-D6D7-674F-E7AB45AEA3AD&pg=&psl=e&nvgS=false> (fecha consulta 11.2.2022)

¹⁷ Alterini, Jorge Horacio, Código Civil y Comercial: tratado exegético - 3a ed on line- Tomo IV, Comentario Art. 765, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870338000, ASIGNADO A: USUARIOIPU, <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2019%2F4265331>

para toda clase de bienes, pudiendo por lo tanto emplearse como medio general de cambio"; como "instrumento o medio común de cambio" y como "la medida y el signo de valor, reconocidos en el tráfico".

Siguiendo la doctrina clásica, el dinero tiene entonces una función económica y una función jurídica.

La función económica está fundada en que el dinero es la medida de cambio de los valores económicos, en este sentido ha sido denominada "valorímetro", y como tal funciona también como instrumento de cambio.

La función jurídica del dinero es ser el medio común de cancelación de los créditos.

5) CARACTERES DEL DINERO.

En doctrina, siguiendo a Casiello¹⁸, en forma coincidente con la mayoría de los autores, menciona entre los caracteres del dinero ser:

a) cosa mueble (Art. 227 CCCN): es una característica muy importante para ser utilizado como medio de cambio y de fácil almacenamiento y guarda, lo que potencia la facilidad para su utilización. Estas funciones son potenciadas en cuanto a la velocidad en el tráfico de bienes y servicios mediante la utilización de medios electrónicos de pago.

b) fungible, el dinero es intercambiable por dinero de la misma especie y calidad que represente el mismo valor (Art. 232 CCCN); la fungibilidad facilita la utilización como unidad de valor, y la medida del dinero es intercambiable entre sí por ser las fracciones equivalentes entre sí (un peso es igual a un peso o a diez monedas de diez centavos, etc.). La fungibilidad deviene de la decisión estatal que impone al dinero como medio de cambio y de curso legal forzoso¹⁹. Dentro de este carácter incluimos

7%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=679a8ed7a66ea4a372e50a7033545aa9&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false (Fecha consulta: 11.2.2022).

¹⁸ BUERES, Alberto J., "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", Tomo 3^a, págs. 256 a 261, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello; ídem Calvo Costa, Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con Jurisprudencia - Tomo II, Comentario Arts. 765/766, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870336716, ASIGNADO A: USUARIOIPU <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2018%2F42564570%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=65ecbecadba4aa047c42ed2abf41b9b2&eat=97E46555-92B7-D6D7-674F-E7AB45AEA3AD&pg=&psl=e&nvgS=false> (fecha consulta 11.2.2022).

¹⁹ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 261.

la liquidez, que permite su uso inmediato para la adquisición de bienes y servicios o para la cancelación de deudas.

c) cantidades de cosas: volveremos sobre esta cuestión, ya que la categoría de dar cantidades de cosas no se encuentra regulada por el CCCN, por lo que la mayoría de la doctrina se inclina por ser una clase de obligaciones de dar, y dentro de éstas, por analogía de género.

d) divisible, susceptible de ser fraccionado indefinidamente sin afectar su naturaleza (Art. 228 CCCN); al ser divisible puede ser fácilmente utilizado como unidad de medida, generalmente es dividido hasta la unidad de centavos.

e) consumible, se extingue con el primer uso (Art. 231 CCCN); el dinero se consume, se pierde en propiedad para el que lo usa o gasta para pagar o adquirir bienes y servicios.

f) curso legal, es una característica del dinero, no en su carácter de cosa, sino que proviene de la ley de su creación que lo torna como medio de pago irrechazable; el valor “fiduciario” es otorgado y garantizado por el Estado -o por un conjunto de estados, por ejemplo el Euro-, no pudiendo los particulares cambiar ni discutir dicho valor. Inclusive un estado puede imponer curso legal en su país a una moneda de otro estado²⁰. Pero, por esta característica del dinero, las criptomonedas no son dinero. No obstante, la imposición de curso legal a una moneda determinada creada por el estado, no impide la utilización de otras monedas o moneda extranjera, tal como lo prevé el Art 765 del CCCN al admitir la categoría “moneda que no sea de curso legal en la República”, que califica como de “dar cantidades de cosas”. En Argentina conforme lo establece el Art. 75 inciso 11 CN es facultad del Congreso de la Nación hacer sellar la moneda y fijar su valor y conforme el Art. 75, inc. 6 CN también le corresponde establecer y reglamentar un banco federal para emitir moneda (en nuestro caso el BCRA).

Es así que el BCRA, creada como entidad autárquica del Estado Nacional es la autoridad monetaria que “tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social. (Arts. 1 y 3 de la Ley 24.144 y modificatorias).

g) curso forzoso, es una característica del dinero “inconvertible”, de los billetes o signos monetarios que circulan forzosamente como medio de pago, por imperio legal, y que no pueden ser canjeados por su equivalente metálico o por divisas. El Estado le impone el uso obligatorio a los particulares estableciéndolo como unidad de valor, y le otorga poder cancelatorio, razón por la que los particulares tienen la obligación de recibir la moneda de curso legal como instrumento cancelatorio de los derechos creditorios en las obligaciones de dar dinero.

²⁰ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 262.

Como quedara expuesto supra, es una característica del dinero no convertible, del papel moneda, que necesita que se consagre legislativamente el curso forzoso para que circule como medio cancelatorio obligatorio para las partes.

Asimismo, Casiello menciona como caracteres específicos de las Obligaciones de Dar dinero:

- a) favor creditoris, ya que la seguridad del acreedor represente una conveniencia del crédito en general.
- b) No es posible la imposibilidad objetiva de la prestación, ya que es fungible. Ameal, agrega, como argumento propio de la obligación de género, que no resulta aplicable la imposibilidad objetiva de la prestación, por lo que el deudor siempre tendrá posibilidad de cumplir, y en caso de no poder hacerlo, será siempre una impotencia meramente subjetiva referida al deudor²¹.
- c) la mora genera automáticamente los intereses moratorios.
- d) el incumplimiento del deudor genera responsabilidad objetiva.
- e) La mora genera automáticamente la obligación de pagar intereses sin necesidad de alegar o acreditar perjuicio alguno.

6) NOMINALISMO Y VALORISMO.

a) Introducción.

La doctrina²² distingue entre el valor intrínseco, el valor nominal y el valor de cambio que van a dar lugar a los principios del nominalismo y valorismo. Veremos las diferentes posturas.

Los diferentes valores de la moneda:

b) valor intrínseco o real.

Es el de la moneda metálica, que vale lo que vale el metal fino contenido en ella.

En la moneda de papel, si bien su valor intrínseco puro es solamente el del material con que está hecho, no obstante el valor económico que tiene como medio de cambio, en el caso que tenga respaldo en oro al 100%, mantiene en este supuesto ese valor oro.

²¹ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág. 165.

²² BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, págs. 257/258, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello.

c) valor nominal.

Es el valor de “cuño”, el que figura escrito en la moneda o billete. “El dinero de acuerdo a este valor, vale lo que el Estado dice que vale” y es el que aplica el principio nominalista.

El valor nominal es entonces “el que el Estado emisor le atribuye a la moneda”²³.

Históricamente, cuando se utilizaba moneda metálica, el valor nominal coincidía con el valor real.

Pero, en determinados momentos, los príncipes, urgidos por sus problemas económicos, recurrieron disminuir el contenido de metal, no obstante mantener el valor nominal acuñado que constaba en la misma. En esos casos, ya el valor nominal comienza a no coincidir con el valor real, generándose posteriormente las primeras experiencias inflacionarias por la emisión sin el adecuado respaldo.

d) valor de cambio.

Representa el poder adquisitivo o poder de compra del dinero, pudiendo aumentar o disminuir a lo largo del tiempo, apreciándose o depreciándose con relación a otros bienes o divisas.

En atención a esta fluctuación, se discute sobre la aplicación del nominalismo o del valorismo a las obligaciones de dar dinero.

Véase que si se sigue el principio nominalista, ante la pérdida del poder adquisitivo se verá empobrecido el acreedor y beneficiado económicamente el deudor y ante la apreciación, se verá beneficiado económicamente el acreedor y perjudicado el deudor; con el principio valorista, por el contrario, se mantendrá incólume el valor adquisitivo de la moneda.

Esta consideración con relación a los contratos entre particulares, sin entrar a analizar las bondades o no económicas de seguir uno u otro principio, ya que ello excede el objeto del presente trabajo.

El valor de cambio es el que la sociedad acepta como tal como parámetro y medida para la adquisición de divisas en el mercado libre; consiste en el valor bursátil, comercial, real, y en el sistema financiero nacional e internacional.

e) Nominalismo y Valorismo.

e.1) Introducción.

Es así que surge la discusión, ante la pérdida o aumento del poder adquisitivo del dinero o moneda -entre el período de tiempo desde la constitución de la

²³ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 269.

obligación hasta su efectivo pago-, sobre qué monto de dinero debe pagarse para cancelar la obligación.

En los casos en que no haya modificación en el poder adquisitivo de la moneda, la discusión es abstracta; pero, en nuestro país, como es de público y notorio, salvo muy pocas excepciones, se vive históricamente con una pérdida constante del poder adquisitivo de la moneda.

Esto da lugar a la discusión sobre la aplicación del nominalismo, valorismo, o sin entrar en dicha discusión, en la necesidad de encontrar algún mecanismo que reestablezca el equilibrio prestacional y/o patrimonial entre acreedor y deudor en los períodos inflacionarios, de pérdida de poder adquisitivo.

No obstante, siguiendo a Galli/Alterini, si bien hay sistemas jurídicos que se inclinan por el valor real y otros por el valor nominal, generalmente no se encuentran sistemas puros, y casi todos tienen importantes excepciones, sean nominalistas o valoristas.

e.2) Nominalismo.

El nominalismo le brinda relevancia jurídica al valor nominal del dinero.

En este sentido, si seguimos el principio nominalista, el deudor cumple su obligación entregando la cantidad expresada en el título de la obligación.

Se fundamenta en que el dinero emitido por el estado tiene iuris et de iure el valor nominal que este le ha otorgado y se prescinde del mayor o menor valor adquisitivo que pueda generarse durante el transcurso del tiempo por diferentes variables internas o externas.

Es así que la pérdida del valor adquisitivo es soportada por el acreedor.

Se toma el valor de cuño de la moneda y no su valor de cambio para la cancelación de la obligación (en el mismo sentido Pizarro, Lopez Mesa).

Se han mencionado como ventajas del nominalismo: la sencillez del sistema ya que permite determinar con precisión cuánto se debe y posibilita al Estado manejar diversas variables en la economía.

Se ha sostenido que el principio nominalista resulta sencillo y no es nocivo para el acreedor en los casos de inflación tolerable o razonable en términos económicos.

Pero, para subsanar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ha sido de práctica el pacto de cláusulas estabilizadoras, que pueden tener como parámetro el valor de un metal precioso o de una moneda extranjera “fuerte” o de alguna mercadería en particular o índice de precios.

e.3) Valorismo.

Determina que la cantidad de dinero necesaria para cancelar la obligación de dar dinero dependerá del poder adquisitivo del dinero entre la fecha de constitución de la obligación y la fecha del efectivo pago.

El valorismo es una herramienta jurídica frente a la inflación y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que salvo excepciones ha sido una constante histórica en nuestro país.

Los defensores de este sistema entienden que es injusto que el acreedor no reciba el mismo poder de compra que tenía el dinero al momento del pago con relación al que tenía al momento de la constitución de la obligación.

En contra del valorismo se ha expuesto que generaría inseguridad jurídica al no saber el deudor qué monto de dinero tendrá que afrontar para pagar una deuda, se discutiría qué método sería el apropiado para mantener el poder de compra, profundizaría el proceso inflacionario por la potenciación de las deudas, se sostiene que se podría compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda mediante la tasa de interés pactada.

f) Régimen del Código Civil y Comercial de la Nación. Principio Consagrado: Nominalismo. Excepciones.

El CCCN, en el Art. 766 que establece: "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada", adopta como principio general el principio nominalista.

Actualmente, en nuestro país (Ameal/Alterini/Mayo Rivas/Guffanti), rige el peso como moneda de curso legal y forzoso; el principio nominalista; la prohibición de la indexación de deudas salvo las excepciones regladas²⁴.

No obstante, se ha devaluado la moneda constantemente en los últimos años, "... de forma tal que, como siempre ha sucedido en este tipo de procesos, el precio de dicha devaluación "lo pagan los acreedores de moneda extranjera, que por mandato de la ley deben recibir moneda argentina, cuyo futuro contenido será la paridad que su relación determine en cada momento. En cambio, los deudores pagarán con moneda argentina depreciada". Todo lo cual acarrea ineludibles nefastas consecuencias, atento a que "las cantidades retenidas en poder de sus titulares en moneda extranjera (en el territorio o fuera del mismo) desaparecen del mercado porque, contrariamente a lo querido por el gobierno, esa moneda efectivamente mantiene su valor económico en el resto del mundo y continúa cumpliendo su función económica de atesoramiento. Y aquellos créditos en moneda extranjera que

²⁴ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág. 167.

hubieren quedaron sometidos a las medidas de racionamiento y de control de cambio, entran a otra fase de conflicto, porque con relación a los mismos se plantea el problema de que la naturaleza de la moneda en que están constituidas representa poder de riqueza del cual el sujeto acreedor resulta privado pese a la garantía constitucional a la propiedad"²⁵.

El principio nominalista y la prohibición de indexar surge del juego de los Arts. 765 y 766 CCCN y los Arts. 7 y 10 de la ley de Convertibilidad N° 23.928 y sus modificatorias.

Asimismo, en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor puede reclamar intereses moratorios (Arts. 768 y 886), como así también los intereses punitivos en caso de haber sido pactados (Art. 769 CCCN) y en su caso, de ser acreditados, los mayores daños causados (Art. 1740 CCCN).

A efectos de mitigar los efectos de la depreciación monetaria, la doctrina entiende como posibilidad pactar obligaciones de valor, intereses que compensen el efecto inflacionario y obligaciones en moneda extranjera o sin curso legal.

Volveremos más adelante sobre estas cuestiones.

Si bien el Código de Vélez receptaba el principio nominalista, el mismo estaba fundado en el valor de la moneda con respaldo en el patrón oro, es decir, más cercano al concepto de moneda de papel que de papel moneda.

Cuando se dejó el patrón oro y el dinero pasó a ser moneda de papel fundado más en la confianza y valor que le daba el estado emisor, ante los procesos inflacionarios el dinero comenzó a perder en gran medida en algunos momentos históricos el valor intrínseco o poder adquisitivo. Esto generaba perjuicios a los acreedores que pedían la actualización de deudas y la jurisprudencia lo ha aceptado.

Pero, desde la sanción de la Ley 23.928 que impide la indexación de las obligaciones de dar sumas de dinero, tal previsión legal ha sido aceptada por la jurisprudencia que ha declarado constitucional, rigiendo actualmente el principio nominalista; ya que la Ley 25.561 que derogó la convertibilidad, mantuvo vigente la prohibición de indexar. Es así que la CSJN ha dicho que “la aplicación de cláusulas de actualización monetaria significaría traicionar el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las Leyes federales Nros. 23.928 y 25.561, mediante la prohibición genérica de indexación, medida de política económica cuyo acierto no

²⁵ Alterini, Jorge Horacio, Código Civil y Comercial: tratado exegético - 3a ed on line- Tomo IV, Comentario Art. 765, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870338000, ASIGNADO A: USUARIOIPU, <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2019%2F42653317%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=679a8ed7a66ea4a372e50a7033545aa9&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false> (Fecha consulta: 11.2.2022)

competite a la Corte evaluar”²⁶. Se adopta entonces el principio de soberanía monetaria.

La pregunta es cómo en la economía real se mantiene el objetivo antiinflacionario indicado por la legislación, con desajustes económicos importantes, tales como elevada deuda externa, déficit de la balanza comercial, déficit fiscal y emisión monetaria sin respaldo en la confianza del emisor ni en otros activos.

La solución encontrada por la jurisprudencia ha sido mediante el pacto de tasa de interés que compense el efecto de la inflación.

Pero, el problema es que pactándose la tasa de interés al momento de constituirse la obligación, generalmente, se efectúa una previsión de inflación que se “carga” a tasa de interés, desde antes que se produzca, y generando inflación; y por otra parte, esa previsión de inflación convencional, puede que ocurra como que no ocurra efectivamente. Es lo que se denomina la generación de expectativa inflacionaria por los particulares. Si todos los particulares, o gran parte de los mismos, prevén de antemano una determinada tasa inflacionaria, muchas veces en contratos de larga duración calculadas por años en conjunto parte de esa inflación necesariamente va a ocurrir en la práctica. Otra solución que ha encontrado la doctrina es la renegociación de los contratos de larga duración (Art. 1011 CCCN).

Algunos autores, se han inclinado por plantear la inconstitucionalidad de la prohibición de indexar, por afectar al derecho de propiedad consagrado por el Art. 17 de la Constitución Nacional, en los casos de depreciación monetaria²⁷.

²⁶ Guffanti, Daniel Bautista, *Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores*, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 274ss; cita CSJN “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, Y.11.XXII, 3-3-1992, Fallos 315:158; “Massolo, Alberto Jorge c/Transportes del Tejar SA y otro s/ daños y perjuicios”, M.913.XXXIX, RHE, 20-4-2010, Fallos 333:447; “Puente Olivera, Mariano c/ Tizado Patagonia Bienes raíces del Sur S.R.L. s/ despido”, P.536.XLIX. RHE, 8-11-2016, Fallos 39:1583, entre otros.

²⁷ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, págs. 280 y siguientes.

CAPITULO 2. OBLIGACIONES DE DAR DINERO EN MONEDA NACIONAL Y EXTRANJERA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

1) OBLIGACIONES DE DAR DINERO EN MONEDA NACIONAL.

Las obligaciones en moneda nacional son “aquellas que consisten en la entrega de una determinada cantidad de moneda autorizada por el Estado, de curso legal y forzoso en todo el territorio de la República Argentina”²⁸.

Se conceptualiza como “aquella que tiene curso legal en el país en que es emitida. El peso en la Argentina, según el Decreto 2128/91, ateniéndose así al valor extrínseco del dinero.”²⁹.

Guffanti define la “obligación dineraria en moneda de curso legal nacional” como “aquella en la que debe ser entregada una suma de dinero en la moneda admitida por el Estado Nacional como de circulación oficial en el territorio nacional. No siempre la moneda de curso legal en un país es moneda nacional del mismo.”³⁰.

La moneda nacional es la que emite cada estado dentro de sus facultades soberanas, pero es posible la elección por parte de un estado de una moneda de curso legal de otro estado o que sea compartida o creada una moneda por varios estados - por ejemplo el Euro.

En Argentina circularon a lo largo de la historia varios tipos de moneda, encontrándose vigente actualmente el “peso” y el “peso argentino oro” que no tiene circulante, pero sirve como unidad de medida para determinadas situaciones, por ejemplo, previstas en la ley de navegación y en el Código Aeronáutico.

Asimismo, en determinados momentos hubo monedas convertibles (peso moneda nacional (Ley N° 1130), peso ley (Ley N° 18.188), peso argentino (Ley N° 22.187), austral (Decreto N 1086/85), peso convertible con el dólar (Ley 23.928),

²⁸ Calvo Costa, Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con Jurisprudencia - Tomo II, Comentario Arts.765/766, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870336716, ASIGNADO A: USUARIOIPU
<https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2018%2F42564570%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=65ecbecadba4aa047c42ed2abf41b9b2&eat=97E46555-92B7-D6D7-674F-E7AB45AEA3AD&pg=&psl=e&nvgS=false> (fecha consulta 11.2.2022)

²⁹ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág. 166.

³⁰ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 264/265.

peso actual (Ley 25.551 que derogó la convertibilidad con el dólar estadounidense de la Ley 23.928).

La Ley 1130 no fue derogada, por lo que sigue vigente el peso argentino oro, pero no circula físicamente.

Con relación a los efectos de las obligaciones, pago, ejecución forzada, daños y perjuicios, son de aplicación las normas generales, con las salvedades propias de la naturaleza de la obligación.

En lo referido al lugar del pago, es de aplicación el Art. 873 CCCN que dispone: "El lugar de pago puede ser establecido por acuerdo de las partes, de manera expresa o tácita", y el Art. 874 "esta regla no se aplica a las obligaciones: a) de dar cosa cierta; en este caso, el lugar de pago es donde la cosa se encuentra habitualmente; y, b) de obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo; en este supuesto, lugar de pago es donde debe cumplirse la prestación principal".

Ello nos lleva a concluir que

a) En primer lugar, debe respetarse como lugar de pago el que las partes hayan convenido (arts. 959, 1021 y 2651, Cód. Civ. y Com.).

b) De no darse este supuesto, entonces el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación; y, si este se mudara, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior (arts. 873 y 874, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, se deben intereses compensatorios, moratorios, punitivos, pudiéndose reclamar mayores daños y perjuicios en caso de ser acreditados. Por lo demás, siendo obligaciones de resultado, el incumplimiento genera responsabilidad objetiva del deudor.

2) OBLIGACIONES DE DAR MONEDA EXTRANJERA.

a) Introducción. Dos concepciones sobre la importancia de la moneda propia para un país.

Algunos autores (Conesa/Bueres) entienden que el Código Civil y Comercial de la Nación cae en la contradicción entre dos concepciones de moneda.

La primera concepción "tradicional" para la cual "la moneda es un atributo esencial de la soberanía y para ello debe fomentarse el uso de una sola moneda, la

nacional dentro de los límites de un país para las transacciones entre residentes en el mismo”³¹.

La segunda, opuesta y receptada en los años 1990 en Argentina, que alienta el uso de moneda extranjera como alternativa, sujeta a la libre elección de los contratantes.

Entre otras normas, surge de los Arts. 765 y 766 del CCCN transcriptos supra, la primera, o cuanto menos la intención del legislador de propiciar o promover normativamente el pago en pesos de deuda en moneda extranjera.

La segunda, es receptada en las excepciones que veremos más adelante, pero no puede escapar la previsión del Art. 1390 del CCCN que en contratos de depósitos bancarios establece que “Depósito en dinero. 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.”, previendo que el dinero debe devolverse en moneda de la misma especie.

Con relación a la primera de las concepciones hay países como Estados Unidos, México, Canadá que solamente permiten sus monedas de curso legal como válidas en las obligaciones dinerarias.

En nuestro país, la tendencia devaluatoria constante, por momentos más acentuada y crítica y por momentos más amesetada, pero sin detener la continua caída del poder adquisitivo, sumado a la desconfianza socioeconómica y política que mantiene latentes amenazas de crisis económicas agudas, el peso solamente es de utilidad para transacciones corrientes y de muy corto plazo.

Posiblemente esta dificultad para poder utilizar el peso a mediano y largo plazo se encuentra agravada por la prohibición de indexar que sigue vigente por imperio de la Ley de Convertibilidad y de la inexistencia de mecanismos no distorsivos que permitan mantener el equilibrio patrimonial entre acreedor y deudor dentro de parámetros razonables de poder adquisitivo de la moneda.

En atención a ello, sumado a la desconfianza económica y política del peso - conforme lo expusieramos en gran medida en valor de la moneda en nuestros días está fundado en la confianza del emisor-, se generalizó el dólar como moneda para contrataciones a largo plazo, como por ejemplo hipotecas, alquileres comerciales y algunos de vivienda, para atesoramiento, etc.

Creemos que, si se encontrara o legislara un mecanismo adecuado que permita mantener el poder adquisitivo del peso, con normas claras sobre un nominalismo atenuado o un valorismo atenuado, en ambos casos que llegue a un

³¹ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Eduardo Conesa, “La moneda en el Código Civil y Comercial y la indexación. Propuesta de reformas dictadas por la ciencia de la economía política.”, págs.. 296ss.

punto de equilibrio económico, no habría obstáculo práctico ni económico a su utilización a mayor escala por los particulares.

Pensamos que, más allá de problemas coyunturales, siempre es una herramienta de política económica para un país tener su propia moneda, lo que le permite influir en diferentes variables económicas que son positivas para el conjunto; pero claro está, la emisión debe estar acompañada por la confianza, el crecimiento económico y el desarrollo sociopolítico.

El caso de la “dolarización” también podría ser una opción válida, es decir el estado puede emitir moneda o puede elegir otro sistema, tal definición dependerá de una definición sociopolítica, de oportunidad, mérito y conveniencia.

No obstante, ha sido expuesto por la doctrina, algunas cuestiones negativas a tener en cuenta si se decidiera una dolarización total de la economía:

Seguimos en esto la exposición de Conesa ³² que explica que la dolarización trae 7 interrogantes: peligro de hiperinflación en pesos, peligro de crisis bancarias letales, el pago cierto e innecesario de un alto impuesto de “señoreaje” de Argentina a USA, desvalorización de ahorros por inflación de entre 2 y 3% promedio anual USA en dólares, cimbronazos por los cambios de tasas de interés en USA., fuga de capitales porque ante la desconfianza los ahorros y circulante quedan fuera del sistema de circulación, pérdida de la capacidad del peso para atemperar y regular las oscilaciones en el desempleo y en el ciclo económico.

Expedirnos sobre la oportunidad, mérito o conveniencia en momentos actuales sobre mantener la moneda nacional o adoptar una moneda extranjera, excede el marco del presente trabajo, pero queda planteada la cuestión, que se presenta en nuestra realidad.

Lo cierto es que de la misma forma que puede pactarse una obligación en moneda nacional, es habitual que entre las partes de una obligación se convenga como moneda de pago una que sea moneda extranjera.

Como advierte Calvo Costa “muchas son las razones que pueden llevar a las partes de una obligación a pactar el pago de una obligación en moneda extranjera, pudiendo destacarse la desconfianza que suele provocar la moneda nacional (por su continua desvalorización) y también la necesidad de los contratantes de limitar el riesgo cambiario acudiendo para ello a una moneda más fuerte y estable que la argentina”³³.

³² BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Eduardo Conesa, “La moneda en el Código Civil y Comercial y la indexación. Propuesta de reformas dictadas por la ciencia de la economía política.”, págs. 297ss., cita en pág. 307, a Laura-Riva, La moneda virtual, unidad de cuenta ontológicamente estable, 2012; Bidart Campos, La indexación de las deudas como principio constitucional, ED, 72-697; y en pág. 307, cita CSJN-Fallos, 294:434, “Camusso de Marino, Amalia c. Perkins S.A.

³³ Calvo Costa, ob. Cit. Código Comentado.

Asimismo, la doctrina critica lo que denomina como una “pesificación” que implica la posibilidad otorgada al deudor de entregar el equivalente en moneda de curso legal; advirtiendo que tendrá incidencia negativa en el otorgamiento y condiciones de los préstamos de dinero; al margen de la contradicción con el Art. 766 del Código Civil y Comercial que establece: "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada".

En suma, la regulación de obligaciones en moneda extranjera es de suma importancia económica y práctica en nuestro país, en atención a que las valuaciones de bienes de capital y de cierta importancia económica, como así también las transacciones más importantes se realizan en dólares estadounidenses; ello tiene diferentes causas, siendo las principales la constante devaluación del peso, y la desconfianza social y política de la mayoría de la población en el estado emisor.

b) Las Obligaciones de Dar Dinero Extranjero en el Código de Vélez. Breve descripción de la Evolución hasta la actualidad.

Era válida en el Código de Vélez la contratación en moneda extranjera; si bien no era considerado “dinero” en Argentina, la moneda extranjera, el texto originario del art. 617 del Código Civil estableció, debían "considerarse como de dar cantidades de cosas".

No obstante, entre particulares se recurrió habitualmente “bajo la forma de una cláusula de certeza”, al uso válido de monedas extranjeras para los contratos onerosos, “posibilitando así subordinar lo debido al monto fijado en otra moneda de las conocidas como "fuertes", dado precisamente su mayor estabilidad frente a la muchas veces débil y claudicante moneda nacional. De esta manera, aunque la prestación se cumplió generalmente mediante la entrega de signos monetarios de curso legal, variaba la cantidad de los mismos a satisfacerse por el deudor, a tenor de las fluctuaciones del patrón adoptado como medida de valor; de manera de asegurar así el mantenimiento del contenido económico de la prestación³⁴.

Sobre el tiempo de efectuar la conversión, en principio se aplicaba el tipo de cambio al día en que se hiciese efectivo el pago, o bien a la cotización del día del vencimiento de la obligación o la del día del efectivo pago, según cuál favoreciese más al acreedor.

En lo referido al tipo de cambio, en las épocas en que hubo diferentes tipos de cambio oficiales, se tomaba el más alto, por considerarlo el más representativo del valor real.

³⁴ Alterini, Jorge, ob cit, Código Comentado; véase también Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág.167ss.

Asimismo, se ha determinado la validez en contratos internacionales y en los casos de pacto de moneda extranjera en especie como esencial.

Con la sanción de la Ley 23.928 la obligación en "moneda extranjera" se consideró como obligación de "dar dinero".

Así, dejó de considerarse como una "cláusula estabilizadora" de dar cantidades de cosas, a tener el mismo régimen que una obligación de dar sumas de dinero, no pudiendo el deudor pagar dando el equivalente en moneda nacional.

Se consagró legislativamente, la tendencia minoritaria de doctrina y jurisprudencial, que admitía contratar en moneda extranjera como prestación específica para el objeto de la obligación y del pago.

El Artículo 619 del Código Civil modificado por la Ley 23.928 establecía que la obligación de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, se cumple "dando la especie designada, el día de su vencimiento"; es decir que todas las obligaciones originarias en moneda extranjera debían cumplirse "dando la especie designada", y no ya con su equivalente en moneda nacional como anteriormente se aceptaba.

Así se consideró válida desde entonces la intimidación de pago en moneda extranjera, conforme a lo dispuesto por el art. 619 Código Civil, reformado por ley 23.928.

La moneda extranjera, que no es dinero de curso legal se trataba en la práctica como si lo fuera, debiendo el deudor cumplir en especie el objeto del pago.

Con la Ley 25.561, que derogó algunos aspectos de la ley de convertibilidad, se mantuvo vigente el mismo sistema, ya que conforme a su art. 5° continuaban en vigencia los textos de las artes. 617 y 619 del Código Civil, según la ley 23.928; no obstante la pesificación asimétrica, dispuesta por la normativa de emergencia, para esos casos anteriores a la emergencia económica del año 2001/2002.

c) Postura sobre Inconstitucionalidad de la prohibición de Indexar. Afectación al Derecho de Propiedad Constitución Nacional. Postura Conesa/Bueres.

Sostiene Conesa en el Código Comentado dirigido por Bueres que resulta inconstitucional actualmente, la prohibición de indexar establecida por la Ley 23.928.

En este sentido refiere "... que tarde o temprano los jueces de nuestra Corte Suprema se negarán a herir la propiedad de los acreedores, que tienen un derecho constitucional superior a ingresar a su patrimonio una cantidad de dinero equivalente a la que entregaron en su momento al deudor. Si el art. 7° de la Ley de Convertibilidad y su modificatorio de la ley 25.561 colisiona con los arts. 14 y 17 de la CN, estos últimos, sin duda, deben prevalecer. El deudor moroso no puede alegar perjuicio ni agravio constitucional alguno por aplicación de la indexación porque tiene a su disposición un remedio poderoso: pagar puntualmente..." y continúa

exponiendo que “...Los fallos de nuestra Corte Suprema anteriores a la Ley de Convertibilidad eran favorables a la indexación, por ejemplo: “el aumento del monto nominal función de los índices de precios al consumidor no *hace a la deuda más onerosa en el origen; solo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda*”³⁵.

d) Jurisprudencia sobre Inconstitucionalidad prohibición adquirir divisas. Inconstitucionalidad Normativa Bcra Que Impide Adquisición De Moneda Extranjera.

Alguna jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de la prohibición de adquirir divisas mediante normativa del Banco Central de la República Argentina. Aunque referida a los Artículos 617/619 del Código de Vélez, esta jurisprudencia podría resultar aplicable por analogía en algunos supuestos futuros.

En primera instancia se denegó el pedido de inconstitucionalidad de la normativa del BCRA que impide la adquisición de dólares estadounidenses, pero la Cámara la revocó.

Así se ha resuelto que “Sumarios. 1 - Las Comunicaciones “A” 5318, “A” 5330 y “A” 5339 del BCRA y toda otra disposición administrativa que impida la adquisición de dólares estadounidenses, por parte del actor, son inconstitucionales, pues no pasan el test de razonabilidad y formulan una política cambiaria contraria a la que alienta y sostiene el Poder Legislativo, tornando obligaciones de cumplimiento imposible las contratadas en los términos de los arts. 617 y 619 del Cód. Civil.”; Expte. 79290/2008 - “D, L. L. c/ R, J. C. s/ daños y perjuicios” – CNCIV – SALA I - 05/11/2013; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B; Oulton Pino, Julia Ercilia Candelaria c. Vidal, Susana Mabel s/ preparación de la vía ejecutiva • 04/11/2013; Publicado en: LA LEY 12/11/2013 , Cita online: AR/JUR/72983/2013.

e) El Tratamiento de Dinero Extranjero como cosa. La legalidad de pactar en moneda extranjera.

Seguramente se dio el carácter de “cosa” al dinero extranjero a efectos de no equipararlo a la moneda nacional y con el objetivo de darle una mayor jerarquía a esta última.

No obstante, la utilización del dinero nacional o extranjero, en nuestros días estará dado por la confianza que las partes tengan en uno u otro, no pudiendo reemplazarse esa circunstancia que hace al valor por normas que impongan o no un uso determinado, ya que la sociedad siempre encontrará o bien herramientas que le permitan obtener una cierta seguridad para mantener la equivalencia de las prestaciones en el tráfico comercial, o de lo contrario habría una reducción constante de la actividad económica.

³⁵ BUERES, Alberto J., ob cit, pág 307.

La diferencia, para algunos autores es que la moneda extranjera no se considera dar dinero sino dar cantidades de cosas; y para otros autores, la moneda extranjera sí se considera dar dinero y la remisión a dar cantidades de cosas, en realidad al género para la mayoría, es para diferenciar el tratamiento entre moneda nacional y extranjera, pero no cambia la naturaleza de deuda de dar dinero.

La remisión a la categoría inexistente en el CCCN ha dado lugar a debate doctrinario, sosteniendo en este momento la mayoría que por analogía se aplicarán las de obligaciones de género, aunque éstas son reservadas para cosas de la naturaleza el dinero es una creación del hombre.

Entre nuestros autores, por ejemplo, para no caer en las críticas de los monetaristas Casiello³⁶ entiende que una salida elegante podría ser decir “...lo que hace la ley argentina es solo *regular el cumplimiento de una obligación de dar, en el caso, un compromiso de dar moneda extranjera en nuestro país*, disponiendo que se ha de entregar el objeto o las “especies” monetarias prometidas. Admítase, entonces, que en esta operación de pagar con la cosa prometida, *aunque se trate de una especie monetaria extranjera*, no se ha pretendido conceder “curso legal” a la moneda extraña. Simplemente se trató de regular el cumplimiento en el país de una *obligación de dar una suma de dinero extranjero concretada entre dos sujetos*. Solo que ha de respetarse, claro está, la congruencia: la moneda *argentina*, cancela obligaciones de dar sumas de dinero *argentino*; y la moneda *extranjera*, de igual modo, solo cancela obligaciones otorgadas en moneda *de su misma especie*.”.

La obligación de “dar moneda extranjera” el legal y expresamente prevista por el CCCN y funciona en la práctica de forma similar a la obligación de dar moneda de curso legal, pero, se confiere la “opción” al deudor de pagar con el “equivalente” en moneda de curso legal. Volveremos sobre el concepto de “equivalente” más adelante.

Pero, en primer lugar, el deudor debe cumplir su obligación entregando “cantidad de cosas”, en el caso moneda extranjera de la especie que se convino; y queda la “posibilidad” en el momento del cumplimiento, de la opción de pagar con “el equivalente” en pesos.

Guffanti sostiene que “La obligación de dar moneda extranjera es una obligación dineraria. Por ello se pueden fijar precios en moneda extranjera en diversos tipos de contratos. Se ha discutido si la obligación en moneda extranjera es una obligación dineraria o no lo es. Quienes sostienen que no lo es, parten de considerar a ese tipo de obligaciones como de dar cantidades de cosas, distinguiéndolas de las obligaciones de dar dinero. A nuestro criterio, esa interpretación es incorrecta. Consideramos que ese tipo de obligaciones son

³⁶ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello, pág. 282ss.

dinerarias por razones jurídicas y prácticas. Desde el punto de vista jurídico, existen diversos argumentos para considerarlas como obligaciones dinerarias. A diferencia del Código de Vélez, el Código Civil y Comercial no prevé las obligaciones de dar cantidades de cosas dentro de las distintas clases de obligaciones que regula. ... Si bien puede pensarse que podría aplicarse la actual denominación de obligaciones de género ... consideramos que ello no es óbice para no considerarlas como obligaciones dinerarias, pues éstas últimas también pueden ser consideradas como tales.”³⁷. Por lo demás, la obligación no es a determinados billetes, sino a la cantidad expresada en los billetes, es decir a la cantidad de moneda y no a la cantidad de determinados billetes. Otro argumento es que están reguladas dentro de las obligaciones de dar, y dentro de éstas, incluidas en el título “Obligaciones de dar dinero”. La posición mayoritaria de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca del año 2015 entendió que si el legislador estableció dentro de las obligaciones dinerarias a las obligaciones que no tienen curso legal (de moneda extranjera), es porque las trata como de dar dinero.

Así el dinero es el género y los diversos tipos de moneda son las especies, una tiene curso legal (el peso) y la otra no (dinero extranjero).

Otro argumento que suma Guffanti es que si no se considerasen las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones dinerarias, no devengarían intereses, ya que los intereses son los accesorios típicos de las obligaciones dinerarias.

Si las obligaciones en moneda extranjera no devengaran intereses, además de injusto si no se compensase el incumplimiento con otra denominación de daño moratorio, resultaría poco práctico desde el punto de vista jurídico, económico y social.

Finalmente, los Arts. 767/769 CCCN regulan los intereses compensatorios, moratorios y punitivos, incluyendo todo el Título de las “Obligaciones de dar dinero” entre las cuales están comprendidas la moneda nacional y extranjera.

Desde el punto de vista de la calificación jurídica, además si una compraventa se pactara en moneda extranjera, si no fuera dinero, sería una permuta y no una compraventa.

f) Remisión a Obligación de Dar Cantidades de Cosas. Problema. Posturas.

Casiello en el Código Comentado dirigido por Bueres refiere un inconveniente puramente formal, pero no insalvable, ya que si bien el CCCN no

³⁷ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 295.

regula la Obligación de “Dar Cantidades de Cosas” a las que remite el Art. 765 CCCN, sostiene que siempre con respeto a la opinión ajena, que podríamos servirnos igualmente del *modelo de la obligación de dar cantidades de cosas* que aunque no esté legislada en este nuevo Código naturalmente existe como concepto (o como “cosa” en la realidad), y debe entenderse regulada por los principios genéricos de las *obligaciones de dar*.”; ya que no resultaría aplicable del todo el Art. 762 CCCN que regula las obligaciones de género, porque “en estas obligaciones las cosas debidas no son fungibles, de modo que se hacía necesario realizar una elección entre las que pertenecen a la misma especie, mientras que aquí, atento a la fungibilidad del dinero no es necesaria esa elección previa, bastando identificar la “clase” o “especie” de dinero y sumar la “cantidad” debida”, por lo que el sistema funciona de la misma forma que desde el Código de Vélez.³⁸

La única diferencia importante desde el punto de vista práctico con relación al régimen anterior, es la facultad dada al deudor de pagar dando el equivalente en moneda de curso legal.

Pero, es una diferencia que se torna económicamente relevante en momentos de restricciones cambiarias y la imposibilidad parcial o total de adquirir moneda extranjera al tipo de cambio oficial, resultando más elevado su precio en mercados alternativos.

Estará en la valoración de este equivalente, si se perjudica o no económicamente al acreedor frente al fenómeno de la desvalorización monetaria.

Calvo Costa, siguiendo a la mayoría de la doctrina actualmente considera que “a las obligaciones de dar moneda que no es de curso legal en la República como obligación de dar cantidades de cosas, cuando dicha categoría clasificatoria ha sido eliminada por el Código Civil y Comercial y no existe como tal en el nuevo ordenamiento jurídico. Quizás habría que referirse a ellas como un supuesto de obligación de género, que sí existe en el nuevo Código Civil y Comercial como categoría de clasificación de obligaciones, y que comprende a las obligaciones de dar cosas inciertas fungibles.”³⁹.

Mariano Gagliardo, ya en el "Prefacio" de su Tratado de obligaciones según el Código Civil y Comercial, se encarga de advertir que, aunque no hay mayores innovaciones en punto a "obligaciones" en el Código Civil y Comercial, una de las dos que se destacan "corresponde a la obligación en moneda extranjera. Existe una contradicción, tanto más evidente pues se configura entre dos artículos contiguos, el 765 y el 766. El primero dice si 'se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República la obligación debe requerir como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

³⁸ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello, pág. 283ss.

³⁹ Cavo Costa, Ob, Cit, Codigo Comentado.

Según Alterini, “el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada' (...). Segundo interrogante: si el deudor debe entregar 'la cantidad correspondiente de la especie designada' y la especie designada es el dólar, ¿puede concluirse que el dólar es moneda de curso legal en la Argentina?”. En suma, lo que el art. 765 del Código Civil y Comercial en realidad habilitada es el pago del "equivalente en moneda de curso legal", de una obligación en "moneda que no sea de curso legal en la República"; vale decir, concretamente, de una obligación contraída en moneda extranjera. Al respecto, se considera que la obligación en moneda extranjera no tiene carácter dinerario, como lo preveían la ley 23.928 y el Anteproyecto del Código. Por el contrario, entiende que es una cosa no dineraria, regida por las obligaciones de dar cantidades de cosa (art. 765). Sostiene, además, que la prestación no está prohibida, y que la opción por el equivalente no la transforma en una obligación facultativa, porque no hay una prestación principal y otra accesoria (art. 786)”.

Ameal y Azar⁴⁰ refieren asimismo la incongruencia de la remisión a obligaciones de dar cantidades de cosas, al igual que en el Código de Vélez, categoría que no es legislada en el CCCN, pero entienden que queda absorbida por las obligaciones de género que sí existe como categoría legal.

⁴⁰ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, págs.. 172ss, con cita de Azar, Aldo M. Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera. Interpretación del régimen conforme a las pautas del Código Civil y Comercial, LL online AR/DOC/2096/2015.

CAPITULO 3. POSIBILIDAD DEL DEUDOR DE PAGAR EL EQUIVALENTE EN MONEDA DE CURSO LEGAL. ARTICULO 765 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

1) Introducción.

Por una cuestión metodológica trataremos en el presente capítulo sobre la posibilidad del deudor de liberarse pagando el equivalente en moneda de curso legal, cuáles son las discusiones en torno a si se trata de un principio general o una excepción, los supuestos que se presentan, como así también si se trata de un supuesto renunciante por ser un precepto dispositivo.

Expondremos las diferentes posturas seguidamente, como así también nos extenderemos en la jurisprudencia aplicable.

En el capítulo siguiente trataremos la cuestión sobre el tipo de cambio a aplicar, en caso de elegirse pagar en moneda de curso legal, cuestión que reviste particular interés en nuestro país, en los momentos históricos como el actual, en que hay imposibilidad de acceder libremente al tipo de cambio oficial, existiendo tipos de cambio legales, alternativos, sustancialmente mucho más onerosos, con “brechas” que han llegado prácticamente al 100% de diferencia.

2) Noción de “equivalente”. Importancia práctica ante la imposibilidad y/o restricciones para la adquisición de divisas o moneda extranjera al tipo de cambio oficial.

Ha sido visto de mala fe pagar con el equivalente (Bueres/Casiello), en atención a la diferencia de cotizaciones entre el dólar oficial, con restricciones de compra a ese precio y el o los dólares alternativos que generalmente tienen cotizaciones más altas, lo que genera un desequilibrio en las prestaciones, al no poder adquirir la cantidad de divisas debidas con los pesos pagados por equivalente al tipo de cambio oficial.

Esto le genera un claro perjuicio al acreedor, que ve “licuado” muchas veces en una proporción exorbitante su crédito.

Por el principio de libertad en las convenciones podía pactarse una cotización diferente de la oficial, pero en caso de conflicto judicial habrá una gran incertidumbre sobre el tipo de cambio que en definitiva se resuelva.

En caso que se resuelva por el tipo de cambio oficial se perjudica al acreedor por ser un tipo de cambio más bajo, que no le alcanza luego para adquirir las divisas adeudadas. Es decir, en este supuesto, no se logra en realidad el pago del equivalente.

No obstante que la jurisprudencia actualmente permite apartarse del tipo de cambio oficial, fijándose otros mecanismos para su determinación, y aceptando válidamente la renuncia a pagar en pesos y el pacto de pago en moneda extranjera como esencial.

Dice Casiello: “esta salida de pagar con un “equivalente” que no es, en verdad, equivalente, resulta en forma colateral de una política de Estado que

entendemos equivocada, y que en definitiva viene a imponer (bajo el ropaje -aquí mal aplicado- del orden público de la moneda) un determinado tipo de cambio en una relación jurídica que solamente vincula -lo repetimos- a personas individuales no vulnerables, y respecto de un negocio particular protegido por la Constitución Nacional, en el que el Estado no tiene facultades para intervenir, desde que no atenta contra sus políticas o incumbencias de gobierno (a salvo el caso de una *emergencia nacional*, regularmente declarada y limitada en el tiempo)” y agrega, pero: “el crédito del acreedor de recibir un “equivalente” que sea *tal*, está comprendido dentro del *derecho de propiedad* de él mismo, protegido por la Constitución Nacional, de modo que podrá valerse este acreedor, si fuere afectado, de un planteo ante la justicia tachando de inconstitucional, lesivo de su derecho, el pago que quiere hacerse con un equivalente que no es real. Como ha enseñado con razón Boggiano: “El derecho de sustitución (de la moneda extranjera) como modo o medio de pago no debe interferir con el valor sustancial de la obligación imponiendo al acreedor un pago que no sea exactamente el valor equivalente de la prestación debida- Así, el derecho de sustitución del deudor no debe afectar el derecho de equivalencia del acreedor”⁴¹.

Manili en el Código Civil y Comercial comentado dirigido por Bueres expone que el “Anteproyecto de la Comisión de Juristas preservaba adecuadamente los derechos adquiridos en los contratos, manteniendo la sustancia de la moneda pactada en ellos, a diferencia de lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había resuelto en relación a la pesificación de depósitos bancarios (fallo “Massa”) y de bonos del Estado (fallo “Galli”), en los que convalidó la pesificación de obligaciones en dólares dispuesta por el decr. 214/02 (con el voto afirmativo de dos de los integrantes de la Comisión de Juristas que redactó el Anteproyecto). Esas medidas, si bien fueron convalidadas bajo el argumento de la emergencia, significaban una alteración de la sustancia del contrato, similar a la que esta norma, luego de la reforma introducida por el PEN, ordena para los pagos en moneda extranjera. Paradojas de la historia argentina”; y agrega que “Esta norma ordena que queden convertidas a pesos todas las obligaciones contraídas en dólares, euros o en cualquier otra moneda extranjera- Para peor, esa pesificación es obligatoria para el acreedor y voluntaria para el deudor... lo cual genera una asimetría que en muchos casos puede resultar injusta, dado que se obliga al acreedor a recibir moneda extranjera o pesos, a opción del deudor...”⁴².

3) Principio General del Derecho de Obligaciones: Pago en Especie. El pago por Equivalente en moneda de curso legal. Excepciones o Contraexcepciones. Diferentes posturas.

⁴¹ Bueres, ob cit, cita a Busso, Código Civil Anotado, 1951, T.IV , p. 262; Bueres; Trigo Represas; Salvat; Lafaille, Mayo, pág. 287; y cita a Boggiano, Obligaciones en moneda extranjera, 1987, p.3, pto III., pág. 288).

⁴² BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3ª, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766, Aporte del profesor doctor PABLO LUIS MANILI, “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA “ PESIFICACION “ DISPUESTA POR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.”, pág. 311.

Según la doctrina que compartimos, el principio general en materia de Obligaciones Civiles y Comerciales es el pago con la especie prometida (Art. 766 CCCN).

Casiello entiende que “no podemos desconocer la anómala facultad concedida al deudor de pagar con el equivalente en moneda nacional, que aparece como contradictoria (o enfrentada, por lo menos) con la obligación primera contenida en el art. 766, esta que fue asumida por el deudor al obligarse, como contrapartida de la prestación del acreedor. Por esto último, porque altera sin razón alguna y en forma unilateral la relación contractual conmutativa acordada libremente entre las partes, exponiendo al acreedor a la cambiante voluntad del deudor que podrá pagarle potestativamente con lo debido o con el equivalente en moneda de curso legal, manifestamos nuestra dura crítica contra el dispositivo legal que podrá tacharse de inconstitucional.” y continúa exponiendo que la posibilidad de liberarse en moneda de curso legal es una excepción: la posibilidad que se le concede al deudor de “liberarse en moneda de curso legal”, es solo una excepción que, en ocasiones, puede facilitar el cumplimiento, pero sin menoscabarlo en absoluto, porque el “equivalente” es: “Ser igual una cosa a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia”; y el reconocido Diccionario de uso español, de María Moliner, ... dice que es “Tener una cosa el mismo valor de otra que se expresa: cinco duros equivalían a veinticinco pesetas”⁴³.

Ameal⁴⁴ sigue a Casiello y explica la incongruencia de los Arts. 765 in fine y 766 que dispone el pago en la especie comprometida, sosteniendo que en las obligaciones de dar, rige el principio de identidad e integridad del pago (arts. 868/869); por lo que debe darse la clase y cantidad que fueron prometidas en el título de la obligación. No obstante, el deudor “puede” al momento del pago cancelar el “equivalente” en pesos.

A pesar del debate acerca de si se trata de una obligación facultativa o alternativa, sea una u otra “imperá un sistema mixto” que reconoce al deudor pagar en moneda de curso legal, siempre que no haya renunciado a esa facultad⁴⁵.

Otros autores sostienen que la pesificación sería la regla, pero con la cantidad de excepciones que veremos, queda reducida con numerosas excepciones, por

⁴³ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello, pág. 284/285.

⁴⁴ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág. 173, véanse notas 280/281, citas a Casiello, Juan J., La obligación de dar moneda sin curso legal en la República: El régimen del Código Civil y Comercial, LL online AR/DOC/

⁴⁵ Ameal, ob, cit, pág. 174; ver cita 286 COMPIANI, María Fabiana, La regulación de las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial, LL on line, AR/DOC/3018/2015.

ejemplo Guffanti expone que la pesificación es la regla al sostener que “De acuerdo al Código vigente, como regla general, el deudor de dar moneda extranjera tiene la facultad de liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal. Sin perjuicio de esa regla general, existen diversas excepciones en las cuales el deudor solamente puede liberarse entregando la cantidad de moneda pactada. Esas excepciones son las obligaciones en los contratos de depósito bancario, de préstamo bancario, de descuento bancario, de apertura de crédito al contrato de mutuo, la de los intereses compensatorios, la letra de cambio o el pagaré con cláusula de pago efectivo en moneda extranjera. Consideramos que tampoco se aplica la regla general cuando el deudor expresamente renuncia a la facultad de pagar en moneda nacional; pero esa facultad no puede ser renunciada en los contratos de consumo y en algunos contratos con cláusulas predispuestas. A su vez, otra excepción, que impone el pago de la deuda en la misma moneda extranjera, es cuando la misma es esencial a la finalidad del contrato (contratos internacionales o de comercio exterior y de renta vitalicia).”⁴⁶.

Según Guffanti⁴⁷ cuando se ejerce la posibilidad de pagar en moneda de curso legal “la deuda en moneda extranjera es una obligación facultativa. Tal interpretación permite darle sentido a la aparente contradicción en la redacción de las normas del Código sobre la temática. En virtud de tal interpretación, el deudor solamente puede ejercer la facultad de pagar la deuda en moneda extranjera mediante la entrega del equivalente en moneda de curso legal hasta el vencimiento de la obligación. Luego del mismo, el acreedor puede exigir el pago en moneda extranjera. El nuevo Código ordena, como regla de interpretación de normas, que las mismas deben ser interpretadas de acuerdo al significado de sus palabras, y propone que luego se debe recurrir a la finalidad de aquellas y a la analogía (art. 2º, CCCN). Asimismo, es un criterio pacífico que el intérprete debe esforzarse por alcanzar la solución que permita brindar sentido a todas normas al mismo tiempo, sin descartar ninguna; aún cuando pueda aparecer alguna contradicción que, a primera vista, parezca insalvable. Por último, cada norma debe ser interpretada en coherencia con el ordenamiento jurídico.”

Y continúa “si la regulación de obligaciones en moneda extranjera permite el cumplimiento de dos tipos de prestaciones distintas, debemos recurrir a las clases de obligaciones con pluralidad de prestaciones.”. Estas pueden ser alternativas o facultativas. La analogía permite ver cuál tiene más similitud y aplicarla. Las alternativas tienen por objeto “una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas” (Art. 779 CCCN); en cambio en las facultativas “tiene una prestación principal y una accesoria. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse

⁴⁶ Guffanti, Daniel Bautista, *Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores*, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 278/279.

⁴⁷ Guffanti, Daniel Bautista, *Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores*, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 284.

cumpliendo la accesoria. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar” (Art. 786 CCCN). Por eso no coincidimos con Guffanti en el sentido que el deudor tiene hasta el vencimiento de la obligación para ejercer la facultad de pagar en pesos, sino que conserva dicha facultad en cada pago que haga, aún pasado el vencimiento y encontrándose en mora; ya que el Art. 765 dispone “puede liberarse” y la liberación del deudor es posible aún estando en situación de mora mediante el pago por consignación. En este sentido, la analogía implica caracteres similares y diferentes, pero no idénticos.

Se ha dicho consecuentemente ⁴⁸que “la aplicabilidad del art. 765 del Código Civil y Comercial quedaría circunscripta, prácticamente, únicamente al pago del precio en dinero en los contratos de compraventa (arts. 1123, 1133 a 1136, 1141 inc. a], 1143, 1144 y concordantes), y al canon o alquiler en la ubicación de cosas (arts. 1187, 1208, 1216 y concordantes); lo que, sin embargo, es, por cierto, bastante. Empero ello solo habría de ser así, si el precio de la compraventa no se hubiera de determinar con referencia al valor de otra cosa cierta, como lo posible el art. 1133 del Código Civil y Comercial; principio que es igualmente aplicable para la fijación del precio del alquiler en el contrato de ubicación o arrendamiento de cosas, según reza el último párrafo del art. 1187 del Código Civil y Comercial.”

4) Situaciones de excepción a la posibilidad de pagar con equivalente.

4.1) Si el tipo de cambio ofrecido como equivalente no posibilita la adquisición de divisas afectando el principio de integridad del pago.

En los momentos que hay cepo cambiario e imposibilidad de adquirir divisas al tipo de cambio oficial, como en el presente; pero, por el contrario encontrándose tipos de cambio más elevados a los que puede legalmente accederse en el país o en el exterior, si el deudor ofreciera el equivalente en pesos al tipo de cambio oficial, estaría afectando al acreedor.

Se destaca que ha habido hasta el presente hasta una “brecha” cambiaria entre el tipo de cambio oficial y el tipo de cambio alternativo legal al que acceder a divisas físicas en Argentina o en exterior de prácticamente el 100% de diferencia.

Es así que Gagliardo expone que conforme al art. 868 del Código Civil y Comercial, en la parte referida al "pago" de las obligaciones, resulta que "el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta de la debida, cualquiera sea su valor"; lo cual se opone a todo lo dispuesto en la parte final del mencionado art. 765. Y que "sería ilusorio el pacto en moneda extranjera si indiscriminadamente se atribuyera al deudor la facultad de verificar el pago en la moneda que más le convenga". Lo cual incluso, generalmente vendría además a infringir también el principio de "integridad" del pago contemplado en el art. 869 del Código Civil y Comercial, el que dispone: "El acreedor no está obligado

⁴⁸ Alterini Jorge, Ob. Cit, código comentado.

a recibir pagos parciales...", por cuanto la insuficiencia de la prestación cumplida provocaría en realidad que tal pago viniese en definitiva a resultar parcial.

Obsérvese que por imperio de la imposibilidad de acceso a divisas por parte de los particulares al tipo de cambio oficial, en momentos de brecha del 100%, de aceptarse el tipo de cambio oficial, se estaría pagando U\$S 0.50 por U\$S 1 debido.

Volveremos sobre este punto en el capítulo siguiente al que remitimos en honor a la brevedad.

4.2) Mutuo Oneroso de Dinero.

El Art. 1525 del CCCN establece que "Concepto. Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie." y el Art. 1527: "Onerosidad. El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario. Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada. Si el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios, el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario. Los intereses se deben por trimestre vencido, o con cada amortización total o parcial de lo prestado que ocurra antes de un trimestre, excepto estipulación distinta. Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuario voluntariamente son irrepetibles. El recibo de intereses por un período, sin condición ni reserva, hace presumir el pago de los anteriores."

Es un supuesto de pago con moneda extranjera en especie y supone la renuncia tácita e inequívoca del deudor a optar por la devolución en otra moneda; en lo que refiere a Bancos, ese compromiso es expreso y forma parte de la reglamentación del Banco Central de la República Argentina.

4.3) Depósito Bancario de Dinero.

Se encuentra regulado en el Art. 1390 CCCN que dispone: "Depósito en dinero. 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."

Es un supuesto de pago con moneda extranjera en especie y supone la renuncia tácita e inequívoca del deudor a optar por la devolución en otra moneda; en lo que refiere a Bancos, ese compromiso es expreso y forma parte de la reglamentación del Banco Central de la República Argentina.

4.4) Préstamo bancario.

Sobre los "préstamos bancarios" el Art. 1408 CCCN establece que si el banco entrega una suma de dinero y el prestatario se obliga a su devolución, con más sus intereses, "en moneda de la misma especie"; y sobre los "descuentos bancarios" el Art. 1409 CCCN dice "si el titular de un crédito contra terceros se obliga a cederlos a

un banco, y éste le anticipa el importe del crédito "en la moneda de la misma especie..."; y el Art. 1410 CCCN que trata de "apertura de crédito" dispone "el banco se obliga, a cambio de una remuneración en moneda de la misma especie de la obligación principal, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero dentro de límite acordado y durante un tiempo fijo o indeterminado".

Estas excepciones legales abundan el argumento que se trata de un principio dispositivo la posibilidad de pagar en moneda de curso legal, ya *que lex specialis per generalem non derogatur*.

4.5) Obligaciones que por su naturaleza deben ser pagadas en la especie comprometida y de Pago Esencial en especie. Posibilidad de pactar pago esencial en moneda extranjera.

No es la ley la que expresamente lo establece, sino que "la solución se impone por la *propia naturaleza* del objeto que prometió el deudor que *no admite ser sustituido por ningún equivalente*."⁴⁹.

Quedan comprendidas las obligaciones de dar dinero extranjero, por ejemplo por finalidad numismática, de atesoramiento, para cubrir necesidades para viajes al exterior.

En estos supuestos, el objeto debido (moneda extranjera) debe ser entregado en el acto cancelatorio en especie, ya que no tendría sentido que pudiera cumplirse por equivalente, por afectarse el principio de identidad del pago y además no se honraría la función económica de negocio. Nussbaum los calificaba como una "deuda de medios de pago".

Otro caso es cuando es esencial el pago en moneda extranjera en especie: por ejemplo el caso de compra venta de inmuebles en las que hay que pagar hipotecas en dólares durante un largo período de tiempo. Boggiano ha dicho "a las partes les interesa, en estos casos, que el pago se haga en la misma moneda extranjera cualquiera sea su relación de valor con la sustancia de la obligación. Si existiere una quiebra en base de tal relación de valor podría plantearse un problema de revisión de la deuda, pero esta siempre sería pagadera en la moneda extranjera prevista como medio de pago *in solutione*".

En atención a la facultad legal conferida por el Art. 765 CCCN al deudor al momento del pago, se sugiere pactar expresamente el pago como esencial en estos casos o bien la renuncia inequívoca, expresa o tácita -aunque preferentemente expresa- de renunciar a pagar en moneda de curso legal por equivalente.

⁴⁹ BUERES, Alberto J., "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello, pág. 289ss; véase también cita al igual que Alterini y Llambías, a Nussbaum, Teoría Jurídica del dinero, trad. Del alemán por Sancho Seral, 1929, ps. 314/315; y cita a cita a Boggiano (Obligaciones en moneda Extranjera, 1987, p 3 pto II, cita jurisprudencia CNVIV, Sala C, 26/11/85, "Vignola, N.c.Colombo Marchi, J.", LL, 1986-B-301).

Asimismo, se ha entendido que si se pacta que es esencial el pago en moneda extranjera, esta cláusula equivale a una renuncia tácita inequívoca a pagar en equivalente en moneda de curso legal.

4.6) Renuncia.

Es posible, por tratarse de un principio dispositivo entre contratos efectuados por particulares, renunciar a la posibilidad de pagar en equivalente en moneda de curso legal.

Trataremos la posibilidad de renuncia en acápite aparte por la importancia y extensión de las discusiones que se han presentado en la cuestión.

5) Análisis de la renunciabilidad de la “posibilidad” de pagar el equivalente en moneda de curso legal. Normativa dispositiva. Discusión planteada sobre el orden público.

5.1) Principio Dispositivo. Renunciabilidad.

Cabe destacar que en momentos de libertad cambiaria y tipo de cambio unificado, la cuestión no plantea problemas desde el punto de vista de la ecuación económica financiera del contrato o del valor de las prestaciones, ya que adicionándose a los gastos del pago, los gastos de la adquisición de moneda extranjera por parte del acreedor, con un sencillo trámite bancario el acreedor podría hacerse de la cantidad de dinero o moneda extranjera comprometida en el título de la obligación.

Pero, la cuestión adquiere relevancia para las partes, en momentos de restricciones o imposibilidad de adquirir divisas por parte del deudor, por normativa emanada del Estado Nacional, y existen diferentes tipos de cambio legales, ya sea en el país o en el exterior, que permiten adquirir divisas, pero a un tipo más elevado que el oficial; existiendo una “brecha” cambiaria entre el tipo de cambio oficial al que el deudor pretende pagar, con relación a otro tipo de cambio alternativo que ha llegado prácticamente al 100% de diferencia en nuestro país.

Se ha expuesto que la justicia conmutativa, concretada en el mandato legal (art. 766, CCCN), impone que la cancelación se haga en especie, en la moneda que se ha prometido pagar y que se atentaría contra la justicia del cambio si el deudor haciendo uso de la “posibilidad” que se le concede de cancelar al momento del pago con moneda de curso legal, quisiera obligar al acreedor a recibir una suma que implica una quita en los casos en el habiendo restricciones cambiarias, el tipo de cambio oficial es inaccesible para que el acreedor compre en especie la cantidad de divisas comprometidas en la obligación.

En estos supuestos, la renuncia del deudor a hacer uso de la opción a pagar en moneda de curso legal, o el pacto de otro tipo de cambio diferente al oficial, que permita adquirir divisas físicamente al acreedor, mantendría el equilibrio económico tenido en cuenta por las partes al contratar.

Otra postura, por el contrario, entendió que esa facultad no es renunciable por ser atentatoria del *orden público económico*, en cuyo caso podría estar en juego el orden público y el curso forzoso de la moneda de curso legal (arg. Arts. 12 y 944 CCCN).

Creemos que el Estado tiene la facultad de emitir moneda, facultad soberana, pero que el ejercicio de tal potestad, no puede afectar a los particulares en los contratos que estamos tratando, ni el equilibrio de las prestaciones, ni el derecho de propiedad entre otros, y por tal razón las normas en estudio entendemos que son dispositivas y renunciables por las partes.

Opina Casiello (Bueres) en el mismo sentido que Azar, Bomchil, Marquez, Compiani, Alterini y la mayoría de la doctrina que no se atenta contra el orden público, contra ningún pilar ni principio superior del ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, se fortalece el mismo renunciando a esta facultad, porque se mantiene la justicia conmutativa que impone el Código Civil y Comercial de la Nación para las obligaciones de dar moneda sin curso legal, como así también para el resto de las obligaciones de dar; se cumplen dando al acreedor el objeto prometido.

Entiende que la posibilidad de pagar con una cosa distinta de la debida es una excepción sobre el orden legal y natural, y la renuncia a ello no afecta el orden jurídico⁵⁰.

Manili (Bueres), en el mismo sentido sostiene que la norma es supletoria y puede ser renunciada, ya que sería inconstitucional interpretarla como norma imperativa.

Entiende que “no está en juego ... ninguno de los valores superiores del sistema constitucional argentino que justificarían semejante limitación a la autonomía de la voluntad, según la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema: orden público, moral pública, derechos de terceros, salud pública ... Por lo tanto, por mandato de las normas de jerarquía constitucional, la norma del Código Civil y Comercial debe ser interpretada como dispositiva y no imperativa. De ese modo, se

⁵⁰ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3ª, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello, pág. 290/292, ver citas: Cita a Azar, Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera. Interpretación del régimen conforme a las pautas del Código Civil y Comercial, en “Revista Código Civil y Comercial”, año 1 nro. 3, sep. 2015mp135ss; que dice que no es imperativa ni de orden público la opción de pagar con el equivalente. Es un “simple permiso”, pero no es ni una prohibición ni una obligación.; a Bomchil, columna de opinión en LL, ejemplar del 6/7/15 p1: “sostenemos sin lugar a dudas que es una norma supletoria”. Agrega que por principio todas las normas que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias; a Marquez, Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, LL, 2015-B-606; a Compiani, Las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial, en “Revista Código Civil y Comercial”, año 1, nro 3, sept. 2015, p 3ss; a Alterini, tratado exegético; la voz “puede” es diferente de “debe”. “Hay allí un nítido mensaje acerca de que el legislador no impone esa alternativa para la liberación del deudor, sino que meramente lo faculta para que acuda a ella al servicio de su propio interés. Es supletoria, ya que si el legislador hubiera querido que fuese imperativa no habría dejado lugar a dudas.”

salva su constitucionalidad, porque las partes pueden exceptuarse de su aplicación y si no lo hacen al celebrar el contrato, luego no podrán impugnar la validez de la norma que les pesificó la obligación...”⁵¹.

Para salvar la constitucionalidad propone lo que se denomina una interpretación “manipulativa”.

Explica que la interpretación constitucional “manipulativa” se encuentra arraigada en la jurisprudencia de la Corte Suprema que ya desde el año 1.888, sostuvo: “Que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición a ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con las que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (CSJN fallos: 33:162). Y en 1.887 ya había expuesto una postura similar en “Sojo” (CSJN fallos: 32:120), en el que la Corte se abstuvo de declarar inconstitucional una norma pero la interpretó de modo tal de salvar su validez, sostuvo algo así como: “la única interpretación válida es esta, ya que otra conduciría a un resultado inconstitucional”⁵².

De esta forma interpreta que el 765 es válido con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y que es una norma supletoria y no imperativa, lo que implica que si las partes, por negligencia o torpeza, no se exceptuaron de la aplicación de esta norma, deberá interpretarse que renunciaron a exceptuarse de ella y consintieron la posible pesificación de la obligación, a opción exclusiva del deudor. Creemos que aún así, podrá discutirse el tipo de cambio a tomar para calcular un equivalente, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Calvo Costa al exponer el tema también sostiene que la norma es dispositiva y que la renuncia no afecta al orden público: “En el régimen del anterior Código Civil antes de su derogación, no se establecía la posibilidad de que el deudor pudiera liberarse entregando su equivalente en moneda de curso legal, por lo cual, ante la falta de entrega de la moneda extranjera comprometida, incurría en mora y debía responder por los daños que ocasionaba su incumplimiento. En esto se produce un cambio importante, puesto que el Código Civil y Comercial faculta al deudor a

⁵¹ BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766, Aporte del profesor doctor PABLO LUIS MANILI, “ANALISIS CONSTITUCIONAL DE LA ‘‘PESIFICACION’’ DISPUESTA POR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.”, págs. 314/315, cita CSJN fallos: 3:468, 7:152, 31:273.

⁵² BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766, Aporte del profesor doctor PABLO LUIS MANILI, “ANALISIS CONSTITUCIONAL DE LA ‘‘PESIFICACION’’ DISPUESTA POR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.”, págs.. 315/316.

cancelar la obligación en moneda nacional, sin que incurra en mora. Ello traerá algunos inconvenientes en la práctica, seguramente, en razón de los distintos tipos de cambios existentes en nuestro país con relación a la moneda extranjera (donde solo es viable el tipo de cambio oficial), y debido a la importante brecha que existe entre uno y otro, lo cual determina que existan dos valores diferentes —al menos— para un mismo bien que son las divisas. Frente a esta cuestión, cabe preguntarse: ¿puede pactarse en contra de esa facultad que el art. 765, in fine, le concede al deudor para liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal? ¿Puede el deudor renunciar anticipadamente a dicha facultad? Estimamos, por nuestra parte que cualquier conclusión a la que se arribe, debe partir de un análisis previo: el de analizar si dicha previsión normativa constituye una disposición de orden público (y, por ende, indisponible), o bien si afecta solamente intereses privados. Nosotros estimamos que no se trata de una norma de carácter imperativo por ser de orden público, por varias razones: a) en nuestro país no existe prohibición expresa de pactar obligaciones en moneda extranjera, sino que, por el contrario, el Código Civil y Comercial contiene normas en las cuales se prevé la contratación de pago en moneda que no sea de curso legal en la República (v. gr., arts. 1390, 1408, 1410, 1527, entre otros), razón por la cual ello es un indicio de que nos encontramos en el ámbito de la autonomía privada; y, b) en materia contractual, las partes son libres de fijar el precio (cfr. art. 958, Cód. Civ. y Com.) y —en los contratos de consumo— no puede ser considerada como abusiva ninguna cláusula referida al precio (cfr. art. 1121 inc. a), Cód. Civ. y Com.), razón por la cual queda claro que allí prevalece la autonomía de la voluntad de las partes. Asimismo, como apoyo a nuestra postura debemos destacar que, si se interpretara lo dispuesto en el art. 765, in fine, como una disposición de orden público, se debería haber vedado en el ordenamiento jurídico nacional la contratación en moneda extranjera, cuando ello no ha ocurrido en el Código Civil y Comercial, como lo mencionamos precedentemente. Basta como ejemplo de ello, mencionar que en algunos países del derecho comparado no se prevé la contratación en moneda extranjera, y existen algunos países que prohíben expresamente la contratación y los pagos en moneda que no sea la oficial de dicho país; es el caso, por ejemplo, del Código Civil de Brasil de 2002, que en su art. 318, dispone tal prohibición y la nulidad de las cláusulas que así lo dispongan: "São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial"⁵³.

No se nos escapa el interés público en materia monetaria, en este sentido Jorge Alterini⁵⁴ trae a colación la postura de Lorenzetti y Moset Iturraspe que sostienen “todo lo relacionado con el "manejo de la moneda, tanto de la nacional como de la extranjera, como de sus sucesores, puede comprometer el orden público económico del país, noción ésta olvidada a veces, pero muy presente en la temática y de una importancia excepcional. económico de dirección tiende, como el orden público político y moral tradicional, a imponer una concepción del cierto interés

⁵³ Calvo Costa, Ob. Cit, Código Comentado.

⁵⁴ Alterini, Jorge, Ob. Cit. Cód. Comentado.

general. Pues bien, las cuestiones relacionadas con la moneda nacional y con la moneda extranjera, lo reiteramos, no escapan, en muchas situaciones, al denominado "interés general". Lo cual implicaría que se trata de preceptos imperativos e irrenunciables (arts. 19, 21 y 872 del Código Civil derogado y 12, primer párrafo, 13 y 1004 del Código Civil y Comercial) (482) ; por cuanto "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público", tal como literalmente lo decía el art. 5º del Código Civil derogado, luego derogado por la ley 17.711, lo reiteró el art. 19 de la ley de emergencia económica 25.561, y resulta además de la doctrina de los arts. 19, 21, 502, 530, 872, 953 y sus concordantes del Código Civil derogado y 12, 13, 279, 344, 958, 1004 y concordantes del Código Civil y Comercial. Amén de que en similar sentido el art. 21 del Código Civil derogado establecía la imperatividad de las leyes de "orden público", tal como hoy lo hacen los precitados arts. 12 primer párrafo, 279, 958 y 1004 del Código Civil y Comercial; y su supremacía con relación al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el art. 1197 del Código Civil derogado y los arts. 959, 1021, 1061 y 2651 del Código Civil y Comercial. Por lo que, en consecuencia, debiendo tenerse en cuenta a mayor abundamiento, que toda transgresión a leyes de "orden público" resulta ser de nulidad absoluta.

Esta postura del orden público no rige para las cuestiones dispositivas entre particulares de los contratos sobre obligaciones de Dar moneda extranjera, a excepción que se trate de normas de emergencia, debidamente declarada y en momentos históricos puntuales. Y aún en estos supuestos, la jurisprudencia ha concertado o bien reajustes de las prestaciones, o bien aplicado la teoría del esfuerzo compartido, entre otras.

Mariano Gagliardo, en cuanto a las dificultades interpretativas generadas por el pago de estas obligaciones, y salvaguardar la coherencia del sistema implantado por el Código (art. 2º), "estima que esta regla —la opción de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal— tiene las siguientes excepciones: 1) que las partes hayan pactado expresamente el pago en moneda extranjera y la renuncia a la opción (arts. 958, 959, 1121 inc. a)], y 2) que esté expresamente prevista otra solución (por ejemplo, el Art. 1390 para los contratos bancarios). A continuación, y luego de referenciar las normas del Código que tratan a las obligaciones en moneda extranjera (arts. 772, 1390, 1405, 1408, 1409, 1410, 1525), concluye que "la norma residual del art. 765 no resulta de orden público, 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 y que, generalmente, son la mayoría".

La doctrina especializada sigue esta misma interpretación considerando que la opción del deudor de liberarse de la obligación mediante el pago del equivalente en moneda de curso legal tiene carácter "supletorio" por no encontrarse en juego disposiciones de orden público (Arts. 958, 960 y 962 CCCN) y que la opción también puede ser renunciada en el contrato de mutuo (Art. 944CCCN).

Asimismo, al encontrarse previstas la "obligaciones de valor" del Art. 772 CCCN, de ninguna manera, tener carácter imperativo ni, menos aún, ser de orden público.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015 (Bahía Blanca), con votos de los Dres. Ameal, Casiello, Compagnucci de Caso y Trigo Represas, llegaron a esa misma conclusión.

Específicamente concluye Alterini con precisión terminológica explicando que "Sucede en rigor, que tal como ha quedado redactado el art. 765 se refiere en lo esencial, tal como reza su título, al "Concepto" de las obligaciones de dar dinero; mientras que concretamente todo lo referido a la "Obligación del deudor", aparece expresamente contemplado, y precisamente bajo ese título, en su subsiguiente art. 766: "Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie debida". Todo lo cual a mayor abundamiento se reafirma con el propio texto del citado art. 765, que utiliza como inflexión verbal que el deudor "puede liberarse (no que "deba") dando el equivalente en moneda de curso legal"; lo cual evidencia que solo le transmite una facultad de solución, de las reguladas luego en sus arts. 786 a 789, posibilitándole acudir, si lo prefiere, a esa otra forma de pago. Facultad, poder o derecho de hacer alguna cosa, que en cuanto tal, obviamente puede ser renunciada por el deudor en forma expresa o implícita; mediante una convención en la que se establezca por el contrario que el pago se deberá hacer específicamente, en una moneda determinada sin curso legal."⁵⁵

Continúa el citado autor en la opinión a la primera y segunda ediciones sosteniendo que "...la peculiar forma liberadora que surge del art. 765 del Código Civil y Comercial no comporta una disposición de orden público, pues puede ser renunciada por el deudor de manera expresa o implícita a través de un convenio que impone el pago en una moneda determinada sin curso legal. Adviértase que la norma emplea la inflexión verbal "puede" y no la imperativa "debe". Hay allí un nítido mensaje acerca de que el legislador no impone esa alternativa para la liberación del deudor, sino que meramente lo faculta para que acuda a ella al servicio de su propio interés. Nos parece que si el legislador hubiera pretendido una solución legal que se impusiera a la voluntad de las partes, de ningún modo habría acuñado una facultad para el deudor y hubiera disipado cualquier duda al respecto si su designio fuera la imperatividad inexcusable de la norma, que aparece así como supletoria de la autonomía de la voluntad en sentido contrario del acreedor y el deudor. ..."⁵⁶

Es clara la posibilidad de renuncia cuando la norma está impuesta en interés particular, no resultando de la expresión de la norma un deber inexcusable.

Obsérvese que en otros artículos, por el contrario, sí se impone pagar en la especie designada, a saber en materia de mutuo (arts. 1525, 1527), depósitos bancarios (art. 1390), préstamos bancarios (arts. 1408), descuentos bancarios (arts. 1409) y apertura de crédito (art. 1410).

⁵⁵ Alterini, Jorge, Ob. Cit. Cód. Comentado.

⁵⁶ Alterini, Jorge, Ob. Cit. Cód. Comentado.

Por ello, conforme lo establecido por el art. 962 puede colegirse que la norma del Art. 765 no es de "carácter indisponible".

Continúa Alterini argumentando que "...los distintos preceptos que predicen ajustarse a la especie designada no son más que réplicas del requisito de la identidad del pago regulado por el art. 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". Por otra parte, la desvirtuación de lo pagado sería máxima si quienes pensaran que no afecta la identidad de pago hacerlo en moneda nacional, pese a tratarse de obligaciones contraídas en moneda sin curso legal, si además con insólita atadura a una desprolija letra legal se propiciara inferior del art. 765 que como la determinación o determinabilidad de la cantidad de moneda debería hacerse al momento de la "constitución de la obligación", igualmente correspondería que la conversión se retrotrajera a ese tiempo y no se dilatara hasta la fecha del "vencimiento de la obligación". Esta última solución, era la contenida en la redacción originaria del art. 619 del Código Civil derogado, que en ese aspecto se mantuvo en el texto incorporado por la ley 23.928. Paradójicamente, con esa desviada inferencia cuando más tardará en pagar el deudor en tiempos inflacionarios menos satisfaría el objeto debido. Ajustando las reflexiones al contenido del nuevo Código, ya dijimos en "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", publicado en LA LEY, 1987-E, 873, que debe desecharse el pensamiento tan difundido de que es por regla imposible satisfacer en moneda sin curso legal la obligación contraída en esa moneda, pues puede sortearse la imposibilidad prevista en los arts. 955, 956 y 1732. Frente a la renuencia del deudor, en virtud del art. 730, Inc. 1º, el acreedor tiene derecho a "emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado". De tal suerte, cómo supone la imposibilidad de pago en moneda sin curso legal por el deudor si éste, por ejemplo, tiene depositada esa moneda a interés en una entidad bancaria nacional; nada obsta a que por medio de acciones judiciales se provoque oportunamente el cumplimiento forzado. Se dirá que ante el fracaso del cumplimiento voluntario o forzado por el deudor, el acreedor debería renunciar a ver insatisfecha su pretensión de cumplimiento específico; sin embargo, queda en pie la posibilidad que reconoce el inc. 2º del art. 730. No encontramos obstáculos para que aquello a lo que se obligó el deudor, el acreedor pueda "hacérselo procurar por otro a costa del deudor". Desde la mira del acreedor ese es un cumplimiento específico de la prestación debida y es fácil comprender cuánto resulta factible que un tercero pueda aportar la moneda sin curso legal que el deudor no desembolsará." Y en la Opinión a la Segunda Edición exponen que "La temática en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Con posterioridad a la 1ª edición de esta obra, las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015 se pronunciaron por la mayoría acerca de distintos aspectos destacables de las obligaciones de dar dinero, en la misma dirección por la que nos dispararon oportunamente. Ponemos el acento en la conclusión 12.1: "La obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de dar suma de dinero"; o sea, que no dudaron sobre la identificación entre "moneda" y "dinero" (ver nuestra glosa al art. 2189). El criterio mayoritario se

inclinó también en el sentido de que "la facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva".⁵⁷

La facultad de pagar en moneda de curso legal también es renunciable en los Contratos de Consumo, ya que si bien en principio las cláusulas abusivas son irrenunciables, en el caso que estuviera vinculado al precio quedan a salvo. En estos casos se sugiere analizar la cuestión a la luz de lo establecido por el Art. 1121, Inc. a) CCCN, en los casos que la cláusula atañe a una relación entre el precio y el valor del bien o de la prestación debida.

Ameal⁵⁸ comparte que es una norma dispositiva, ya que todos los preceptos del CCCN referidos a obligaciones y contratos son supletorios (arts 958/960 y 962); y que por otra parte el modo de expresión del Art. 765 utiliza la palabra "puede" en lugar de "debe"; sostiene que se aplica el principio dispositivo, a los contratos paritarios, con amplio alcance y que abarca también los contratos con cláusulas generales predispuestas y de consumo en los que la renuncia al pago en moneda de curso legal no es abusiva.

Guffanti⁵⁹ sostiene que "El deudor puede renunciar a la facultad de liberarse pagando el equivalente en moneda de curso legal, pues es supletoria la norma que le otorga esa facultad y disponible el derecho allí otorgado. Esa renuncia debe ser expresa y es de interpretación restrictiva, aunque no está sujeta a formas especiales. Tal renuncia a la facultad de pagar en moneda de curso legal no es válida en los contratos de consumo y no siempre es válida en los contratos con cláusulas predispuestas.". No coincidimos en esto último cuando se trata del precio de la contraprestación en el contrato de consumo o de cláusulas predispuestas.

Para Guffanti no es una norma inmersa en cuestiones de orden público de materia monetaria, ya que "ello implica darle a tal norma una dimensión exagerada, que no tiene; pues la norma se limita a regular derechos entre particulares (acreedor y deudor de obligación en moneda extranjera) sin involucrar al bien común. Por el contrario, el art. 765 no es una norma monetaria, de Derecho Público, sino una norma de Derecho Civil, que se aplica en las relaciones de crédito entre particulares."⁶⁰

⁵⁷ Alterini, Jorge, Ob. Cit. Cód. Comentado.

⁵⁸ Ameal, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017, pág 174/175 con cita fallo CNCiv, sala K, 21/8/2015, "De Marco, Diego c. Flores, María Gabriela y o", sala F, 25/8/2015, "F, MR c A, CA"; cita a BOMCHIL, Máximo, Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas, LL online AR/DOC/2098/2015.

⁵⁹ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 287ss.

⁶⁰ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 288.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Massa” y “Galli” de los años 2006 y 2005 se refieren a la constitucionalidad de normas sobre pesificación en el marco de las leyes de emergencia dictadas con motivo de la crisis económica social y política ocurridos en los años 2001/2002; pero nada tienen que ver con situaciones de normalidad entre particulares.

Es decir, en aquellos fallos, la consideración acerca de que la “pesificación” era de orden público, estaba fundada en normas de emergencia económica, que declararon expresamente la normativa de emergencia en que se encontraba dispuesta la “pesificación” como una cuestión de orden público, pero solamente para esa situación de crisis económica, social y política ocurrida en los años 2001/2002, y para obligaciones anteriores a la entrada en vigencia de las referidas normas.

No hay disposición alguna, en el CCCN que prohíba la renuncia a la posibilidad de pagar en pesos al tipo de cambio oficial; y como principio general las disposiciones en materia de “Derechos Personales” son disponibles y supletorias, rigiendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia regulatoria.

Guffanti entiende que debe ser una renuncia expresa a la facultad de pagar en moneda extranjera, creemos que ello no debiera ser necesario en todos los casos, pero sí debe resultar inequívoco de la forma de contratación, de lo accesorio a un contrato principal, de contratos relacionados, etc.

Como adelantamos, creemos que se trata de una norma de carácter dispositivo.

Podemos agregar, del estudio del tema y a los argumentos expuestos, que no fue considerado nunca una cuestión que afecte al orden público pactar obligaciones en moneda extranjera, sino que siempre fue siempre legal -desde el Código de Vélez- el pacto en moneda extranjera.

Asimismo, siendo que el Código Civil, vigente hasta el 2015 establecía que las obligaciones en moneda extranjera eran de dar dinero y se cumplían pagando la especie designada (Art. 619 y ccs. Código de Vélez), nunca se discutió que fuera una norma atentatoria contra orden público que pudiera pactarse y que hubiera que cumplir en moneda extranjera; por lo que mal puede interpretarse que la posibilidad del deudor de pagar en moneda de curso legal fuera una norma imperativa.

Es decir, nunca se discutió que la obligación de pagar en moneda extranjera una deuda en moneda extranjera fuera atentatoria contra el orden público o que pudiera ser inconstitucional, por lo que a contrario sensu, la posibilidad de renunciar a la facultad de pagar en moneda de curso legal, en contratos referidos a Derechos Personales, en el caso dentro de las Obligaciones Civiles y Comerciales no afecta al orden público ni a ninguna norma imperativa.

5.2) Jurisprudencia acerca de la renunciabilidad a pagar en equivalente en moneda de curso legal. Norma Dispositiva.

En atención a la importancia desde el punto de vista jurídico y la trascendencia económica de la cuestión, nos extenderemos en el análisis de jurisprudencia que se ha dictado por los tribunales de nuestro país.

Así se ha resuelto en el “Reclamo a la empresa aseguradora ante su decisión de suspender la cobertura de seguro y de no atender el siniestro denunciado. ADMISIÓN. El argumento en el que la aseguradora sustentó el rechazo del siniestro no fue veraz, y tuvo por objeto dilatar el cumplimiento de la obligación de garantía asumido. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN. La aseguradora deberá efectuar el pago en moneda extranjera. Art. 765 Código Civil y Comercial de la Nación”.

Entre los sumarios al fallo, la doctrina judicial ha expuesto: “(...) si por hipótesis considerásemos que la importadora, devenida deudora, cuando demandó a la asegurada lo hizo basada en la supuesta mala calidad de lo que le fue enajenado e instrumentado en las órdenes de compra y conocimientos de embarque, el casi inmediato desistimiento de esa acción, que fue decidido voluntariamente y por lo tanto no como producto de una negociación entre acreedor y deudor, dejaría sin sustento la excusa que esgrimió la aseguradora para no atender el siniestro que le fue tempestivamente denunciado.”; “(...) a la carga de informar del asegurado se contraponen la consecuente facultad de la aseguradora de controlar y pedir información y realizar las indagaciones necesarias para verificar el siniestro y la extensión de la prestación a su cargo (ley 17.418: 46). No es pues la aseguradora un sujeto que, en pasiva actitud, recibe información, sino que es un activo agente que la recaba, que realiza indagaciones, que investiga y verifica (esta Sala, “Transchemical S.A. c/ Boston Compañía Argentina de Seguros S.A.”, 25.9.12; íd., “Bocel S.A. c/ Provincia Seguros S.A.”, 14.5.13).0”; “(...) el argumento en el que la aseguradora sustentó el rechazo del siniestro, que notificó a la asegurada por medio de la carta documento en la que le acusó de haber incumplido lo dispuesto en las cláusulas 8º y 9º de las Condiciones Generales del contrato no fue veraz, y sólo tuvo por objeto dilatar in extremis el cumplimiento de la obligación de garantía que había asumido.”; “(...) el seguro es un contrato que tradicionalmente ha sido calificado como de uberrimae bona fidei en donde las partes deben conducirse con buena fe en la celebración y en la ejecución de sus obligaciones, y si los principios de la buena fe hallan una aplicación más frecuente y rigurosa, se debe a la naturaleza del contrato y a la posición especial de las partes (Halperin- Morandi en “Seguros”, tº. I, pág 50, ed. Depalma, Buenos Aires, 1986; Stiglitz, en op. cit., tº. I, pág. 605).”; “Debió, pues, la aseguradora demostrar que por parte del asegurado existió un comportamiento malicioso y obstruccionista como modo de liberarse de su obligación de pago (ley 17.418: 58) desde que, la mera conducta omisiva en la que él pudo, tal vez incurrir, sólo tuvo virtualidad para originar la prolongación del efecto interruptivo del plazo estipulado en el art. 56 derivado del pedido de información.”; “(...) la moneda extranjera no tiene carácter dinerario cual lo preveía la ley 23.928, sino que es una cosa no dineraria: de allí que el cciv y com 765 establece que si la obligación se pacta en tal denominación se considera como de dar cantidades de cosas. Y si bien según lo dispone la parte final de esa misma norma, el deudor tiene la opción de liberarse dando al accipiens el equivalente en moneda de curso legal, la

regla presenta dos excepciones: (i) que se encuentre prevista otra solución (cual ocurre, por ej., con determinados contratos bancarios); y (ii) que las partes hayan pactado expresamente el pago en moneda extranjera, en consonancia con el principio de libertad de contratación regulado por el cciv y com 958. Es este último el supuesto de autos.”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala E, Buenos Aires, 27 de Febrero de 2013., Expediente n° 28.240/2012 - “Coto C.I.C.S.A. c/ Cesce Argentina S.A. seguros de crédito y garantías s/ ordinario” – CNCOM - 03/12/2015, Citar: elDial.com - AA9404. Publicado el 26/01/2016.

Se trataba del caso del incumplimiento de cobertura por parte de una Compañía de seguros, en cuyo contrato se había renunciado a la facultad de pagar el siniestro en pesos, y había intentado demorar el pago, incausadamente al solo efecto de que se “licuara” su deuda por imperio de la constante devaluación del peso.

Asimismo, en otro caso referido a compraventa de inmueble, “El juez condenó a pagar al demandado una suma determinada en dólares a raíz de un contrato de compraventa de un inmueble celebrado en esa moneda entre aquel y los actores. Contra ese pronunciamiento, el demandado dedujo recurso de apelación. La Cámara rechazó el remedio intentado y confirmó la sentencia en crisis.”.

Entre los sumarios se destaca que “1 - La persona que celebró un contrato de compraventa y contrajo una obligación en dólares previo a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial debe abonar al acreedor la suma en la moneda estipulada, ya que si bien el art. 765 del Código Civil y Comercial establece que la obligación de dar moneda que no sea de curso legal en la República debe considerarse como de dar cantidades de cosas, pudiendo el deudor liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, lo cierto es que la norma bajo análisis no es imperativa, ni mucho menos de orden público, por lo que no existen inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie de moneda designada; a lo que se suma la pauta básica establecida en el art. 962 del Código Civil y Comercial, según la cual, como regla, las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes. 2 - El deudor debe entregar al acreedor la cantidad correspondiente a la moneda designada en el contrato —dólares estadounidenses—, aun cuando hipotéticamente acredite la imposibilidad de adquirir la moneda extranjera al momento en que debió hacerse el pago, ya que tampoco hubiera quedado habilitado para pagar en pesos el saldo de precio adeudado, sino que, a tal efecto, debió adquirir en el mercado, títulos de deuda pública del país, nominados en dólares estadounidenses, y liquidarlos en el mercado de valores, y por tal vía saldar su deuda. 3 - La renuncia de la facultad concedida al deudor por el art. 765 del Código Civil y Comercial de pagar su deuda con el equivalente en moneda de curso legal no atenta contra ningún pilar del orden jurídico y por lo tanto es válida, en tanto que de dicha manera se fortalece la solución genérica que impone el ordenamiento tanto para estas obligaciones de dar moneda sin curso legal, como para todas las otras obligaciones de dar en donde deben cumplirse dándose al acreedor el objeto prometido, siendo la posibilidad de pagar con el equivalente una excepción sobre el orden legal y natural; a lo que se suma que el derecho de propiedad del contratante se

vería vulnerado al modificarse el consentimiento de la parte afectada el objeto de la prestación (del voto del Dr. Guardiola). Expte. 23284/2013 - “Producción Animal SRL c/ B. M. I. s/ Consignación” – CNCIV – SALA A - 05/04/2016, El Dial.

Es decir, se resolvió que la facultad de pagar en pesos el “equivalente” en moneda de curso legal no se sustenta en ningún pilar que afecte al orden público y que como tal es renunciable, resultando una norma supletoria de la voluntad de las partes.

En un contrato de compraventa de un terreno con mutuo hipotecario en una consignación judicial se ha resuelto con relación al precio pactado en moneda extranjera: “Alegación de imposibilidad de pago de la primera cuota, por las restricciones cambiarias impuestas para la compra de dólares estadounidenses. Falta de prueba. MEDIDAS PREEXISTENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. Derecho transitorio. Aplicación del Código Civil derogado. ARTÍCULO 7 DEL CCCN. Autonomía de la voluntad. ARTÍCULOS 765 Y 766 DEL CCCN. Falta de prueba de que el demandado se negara a recibir las sumas adeudadas. Renuncia expresa a ampararse en el instituto de la teoría de la imprevisión. SE CONFIRMA LA SENTENCIA QUE RECHAZÓ LA DEMANDA DE CONSIGNACIÓN. “En primer término, entiendo que los hechos de esta causa han de ser subsumidos en las disposiciones del anterior Código Civil de la Nación, aprobado por Ley 340, y no en las del flamante Código Civil y Comercial, aprobado por Ley 26.994. Es que “la nueva ley toma a la relación jurídica en el estado que se encuentra al tiempo que la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron” (S.C.B.A., E. D. 100-316). Es decir que “las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico” (LLAMBÍAS, “Tratado de derecho civil - Parte general”, 4ta. ed., I-142).”; “El art. 765 del Cód. Civil y Comercial al que hace alusión el apelante no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten -como dice el art. 766 del mismo ordenamiento-, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada (OSSOLA, Federico Alejandro en LORENZETTI, Ricardo Luis, “Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. V, p. 126, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015). Consecuentemente, por tratarse de normativa supletoria, corresponde aplicar las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Cód. Civil (texto s/ ley 23.928) (cfr. CNCiv., Sala F, “F., M. R. c. A., C. A. y otros s/ consignación” del 25/08/2015, Publicado en: LA LEY 14/09/2015, Cita online: AR/JUR/28259/2015).”; “En síntesis, la ausencia de prueba sobre la negativa del acreedor a recibir las sumas adeudadas basta, a mi juicio, para mantener el temperamento desestimatorio de la presente acción.”; “Así, es indudable que el recaudo primordial para que sea aplicable la teoría de la imprevisión, esto es, la existencia de un hecho imprevisible, no se encuentra acreditada en la especie, amén de que la firma accionante renunció expresamente a ampararse en tal instituto.”; “Coincido en líneas generales con el ilustrado voto del Dr. Li Rosi, así

como con la solución allí propiciada. Simplemente quiero aclarar que -en mi opinión- si bien es cierto que la autenticidad de la misiva de fs. (constancia de recepción a fs.) fue desconocida por los demandados (fs.), tratándose de un instrumento público la carta documento hace plena fe de su contenido –así como de su eventual recepción o falta de ella- en tanto no sea redargüida de falsedad (art. 993, Código Civil; esta sala, 3/6/2013, “C., Ana Karina y otro c/ F., Marcelo Manuel y otro s/ Daños y perjuicios”, L. n° 604.329), lo que en el caso no sucedió.” (Dr. Picasso, según su voto), Expte. 23284/2013 - “Producción Animal SRL c/ B. M. I. s/ Consignación” – CNCIV, SALA A - 05/04/2016.

La jurisprudencia es conteste en admitir que se trata de una norma supletoria, renunciable, y en el último caso referido, que no resulta aplicable la teoría de la imprevisión; si bien pareciera que en el caso no habría sido adecuadamente planteada, de la contratación no pareciera que habría sido imprevisible la dificultad cambiaria apuntada.

En lo referido a Contratos de Consumo, pero por aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor se ha entendido abusiva la cláusula de renuncia a la imprevisión y a la fluctuación del tipo de cambio: “Generalidades. Cláusulas abusivas. Nulidad. Hechos: El juez concluyó que la cláusula en un contrato de compraventa relativa a la moneda de pago era abusiva y nula. Los demandados dedujeron recurso de casación. La Cámara no hizo lugar al pedido y confirmó la sentencia atacada. Sumario: La cláusula incorporada a un contrato de compraventa que establece como moneda de pago dólares estadounidenses y que pone a cargo exclusivo del comprador los riesgos de la conversión y fluctuación de aquélla es abusiva en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor e implica una restricción de derechos en detrimento del consumidor, ya que la transferencia de la totalidad de los riesgos de la conversión de la moneda de pago, como de la fluctuación de su precio, así como la expresa renuncia a la teoría de la imprevisión o a invocar lesión enorme, constituyen una alteración del equilibrio contractual que no puede ser tolerada.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala II, 28/12/2016, G., A. del C. c. Archvil S.A. y otro s/ especiales (residual) (acción de consumo), Cita online: AR/JUR/97913/2016.

No obstante, entendemos, como quedara expuesto supra, que el caso de la fijación del precio aún en los contratos de consumo y con cláusulas predispuestas, no podría ser una cláusula sujeta a revisión, por tratarse del valor de la contraprestación. Pero, en este caso, no se pone en discusión si se trata de orden público la facultad del Art 765 CCCN, sino que se resuelve por normas del estatuto del consumidor, a nuestro juicio erróneamente aplicado.

6) El Caso de Letras de Cambio y Pagarés pagaderos en moneda extranjera:

Se entiende que sigue vigente el Decreto 5965/63 que en los arts. 44 y 103 autorizaba a consignar el pago en efectivo en moneda extranjera, que se interpreta

como una renuncia tácita (Art. 949 CCCN) a la facultad de pagar en moneda de curso legal⁶¹.

7) Irretroactividad de la Opción de Pagar con moneda de curso legal.

La cuestión reviste interés, ya que en nuestro país los contratos de larga duración referidos a bienes de determinado valor se pactan en dólares estadounidenses, por lo que hay numerosísimos contratos celebrados durante la vigencia del Código de Vélez que continúan vigentes por muchos años más.

Si bien de una ligera lectura literal del texto podría parecer que la norma prevé la retroactividad de la posibilidad del deudor de cancelar la obligación de dar moneda extranjera pagando con moneda de curso legal, se debe interpretar dicha previsión integrándola con la totalidad del ordenamiento jurídico.

El Art. 7 CCCN establece: “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”

Por su parte el Art. 965 CCCN dispone: “Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.”

En palabras de Manili⁶² el Art. 7 dice que admite disposición en contrario y el Art. 765 es una norma específica por lo que “*lex specialis derogat generalis*”, y “Es aquí donde debemos acudir al bloque de constitucionalidad como parámetro de validez de todas las leyes, incluido, por supuesto, el Código Civil y Comercial. Ese bloque está compuesto por la Constitución Nacional y los catorce tratados que a esta fecha gozan de jerarquía constitucional y debe ser utilizado como pauta interpretativa de toda norma de inferior jerarquía para evitar interpretaciones inconstitucionales de ellas- De una vez por todas debemos entender que el derecho constitucional está por encima de todos los demás derechos y que no solo tienen validez todas las normas infra-constitucionales, sino también su interpretación debe estar regida por aquél. Bajo esa lupa, los arts. 7° y 965 deben primar sobre el art. 765, dado que el art. 17 de la CN, en cuanto protege los derechos adquiridos, genera que la única interpretación posible es que el art. 765 solo se aplica a obligaciones contraídas con posterioridad a

⁶¹ Idem Casiello, ob cit, pág. 292, Jorge Alterini. Idem, cita a comentario al art. 766, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Lorenzatti. 2015, t.V, p. 126.

⁶² BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3^a, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766, Aporte del profesor doctor PABLO LUIS MANILI, “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA ‘‘PESIFICACION’’ DISPUESTA POR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.”, págs.. 312ss.

la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (1° de agosto de 2015) porque, aún cuando el art. 7° del CCCN tolere excepciones a ese principio, ni las leyes ni aun una reforma constitucional, podrían alterar derechos adquiridos y obligaciones preexistentes. Y el derecho a percibir moneda extranjera pactado en un contrato es un derecho adquirido.”.

Es por ello, que para las obligaciones contraídas con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la opción de pago en moneda de curso legal viola el derecho de propiedad (art. 17 CN) por cuanto “arrebata un derecho a quien firmó un contrato en moneda extranjera, cual es el de recibir una cierta cantidad de esa moneda y no de otra. Ese derecho está incorporado a su patrimonio y la ley no puede privarlo de él. ... Máxime cuando al momento de sanción de esta norma regía, como se dijo, una prohibición de adquisición de moneda extranjera (salvo para muy escasos fines), la cual generó que, en esa época, el valor oficial de la moneda extranjera no coincidía con su valor real en el mercado; por lo cual, quien recibiera pesos (al valor oficial) no podía adquirir moneda extranjera: ni la cantidad pactada ni ninguna otra...”. Asimismo, “... las referencias en moneda extranjera ... No son una especulación financiera, ni un modo de enajenar la soberanía nacional, ni un ardid fraudulento: son tan solo un método automático de ajuste de las obligaciones. Son habituales en contratos de locación, de compraventa y hasta en convenios sobre obligaciones alimentarias. En reiteradas ocasiones la Corte convalidó los mecanismos destinados a superar conflictos generados por la inflación, así en “Valdez” de 1976 (CSJN Fallos; 295:937) la Corte sostuvo que la merma del poder adquisitivo de la moneda era violatoria del derecho de propiedad (art. 17 CN) y del Preámbulo -en cuanto obliga a “afianzar la justicia” -y en “Santa Coloma” (CSJN, Fallos: 308:1160), de 1986, reiteró ese criterio fundándose en la misma frase del Preámbulo y en el principio *alterum non laedere*, que la Corte consideró incluido en el art. 19 de la CN. La norma bajo análisis, en cambio aniquila ese tipo de mecanismos, que están amparados por el principio de autonomía de la voluntad.”⁶³.

En las obligaciones posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la norma es aplicable, pero dispositiva, ya que no afecta el orden público.

Justamente, si el art. 765 CCC es supletorio, entonces en función del último párrafo del art. 7 CCC no sería aplicable a los contratos en curso de ejecución.

7.1) Jurisprudencia sobre la Irretroactividad del ART. 765 CCCN.

La jurisprudencia ha resuelto con relación al precio de una compraventa pactada en moneda extranjera que “Restricciones cambiarias. Posibilidad de adquirir moneda extranjera por medios alternativos. Mora. Derecho transitorio. Aplicación del Código Civil derogado. Art. 7 del CCCN. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 765 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. SE ORDENA EL PAGO EN DÓLARES ESTADOUNIDENSES. DISIDENCIA: El saldo de precio impago y la multa adeudada por mora son consecuencias pendientes

⁶³ Bueres, ob. Cit, comentario de Manili, Págs..313/314.

de una relación jurídica existente entre las partes. ART. 765 DEL CCCN. Aplicación. Facultad del demandado de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”; y se estableció que “Atento la normativa invocada por las partes y la que funda la sentencia, y la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación producida el 1º de agosto del año en curso, que contiene regulaciones que contemplan otros criterios distintos a los adoptados en la legislación anterior en relación con el conflicto planteado en autos (por ejemplo su art. 765), corresponde dejar desde ya asentado que el mismo y en consecuencia la apelación deducida, habrán de ser resueltos a la luz de las disposiciones del derogado Código Civil de Velez Sarfield, conforme artículo 7º de la normativa ahora vigente, que reitera la fórmula del art. 3º de aquel, teniendo en cuenta que el hecho que origina el pleito - contrato de compraventa de inmueble-incumplimiento de la obligación de pago asumida- se consumó con anterioridad a la vigencia del que hoy rige.” (Del voto de la mayoría); y que “...toda vez que el art. 765 del nuevo Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público, y tampoco una norma imperativa, no habría inconveniente en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten –como dice el art. 766 del mismo ordenamiento-, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada (Ossola, Federico Alejandro en Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T V, pág. 126 Rubinzal-Culzoni Editores Santa Fe 2015). Consecuentemente, por tratarse de normativa supletoria, corresponde aplicar las previsiones contempladas en los arts. 617 y 619 del Código Civil - texto s/ley 23.928- (del voto del Dr. Galmarini con adhesión de sus conjuces Posse Saguier y Zannoni).” (Del voto de la mayoría); asimismo que “Con mora o sin mora, o cualquiera sea el momento en que acaeciera la misma –estoy de acuerdo, como dije, en que se produjo al notificarse la demanda-, el modo en que puede hacerse el pago, todavía pendiente, del saldo de precio adeudado que la generó, es una consecuencia separada alcanzada por la vigencia inmediata de la nueva ley. Y consolidados al amparo de la legislación anterior el incumplimiento y la mora atribuidos al demandado, el modo en que puede pagarse la multa asimismo devengada en dólares estadounidenses, es también una consecuencia separable y pendiente que resulta incidida por el nuevo régimen legal (art. 7 CCivCom)” (Dr. Ribichini, en disidencia parcial); “Luego, no se trata de revisar los pagos ya consumados con anterioridad, ni de revisar la mora operada también al amparo de la ley anterior. La parte del precio pagada en dólares estadounidenses antes de la entrada en vigencia del nuevo CCivCom es, ciertamente, una consecuencia agotada bajo el régimen de la ley derogada. También lo es que, al no haberse satisfecho la obligación en la moneda pactada frente al reclamo judicial formalizado por la demandante, operó la mora del comprador. Revisar estos efectos o consecuencias ya agotados de la relación jurídica contractual todavía existente, supondría, claramente, una vedada aplicación retroactiva de la nueva ley. En cambio, no lo es, categóricamente, aplicar la nueva ley a las consecuencias todavía no extinguidas de la relación contractual: el pago de la prestación principal adeudada que generó la situación de mora, y el pago de la multa misma devengada a consecuencia de la mora.” (Dr. Ribichini, en disidencia parcial); “...no puede sino arribarse a la conclusión de que asiste al demandado la facultad de desobligarse en moneda de curso legal, por aplicación inmediata del art.

765 CCivCom (art 7 párr. 1ro mismo Cód).” (Dr. Ribichini, en disidencia parcial); “...no es cierta la imposibilidad alegada en tanto existen medios alternativos de adquirir los dólares billetes estadounidenses necesarios al efecto, como por ejemplo, las operatorias previstas como dólar bolsa (ver al respecto www.lanacion.com) y el llamado contado con liquidación (ver pronunciamiento recaído en autos “BBVA Banco Frances y ot. s/infracción ley 24.144” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B sent. del 11/03/2015 que llegara a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que recayera pronunciamiento el 14/07/2015 –LL 29/04/2015, LA LEY 2015-B, 544).”, Expte N° 144.785 - “Carpo, Elena Nora c/ Peralta, Ceferino Víctor Alberto, Cumplimiento de Contrato” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE BAHÍA BLANCA (Buenos Aires) - SALA PRIMERA - 03/12/2015 Citar: elDial.com - AA9432, Publicado el 28/01/2016.

Con relación a un incidente de verificación de crédito se ha expuesto que “Tratándose de un incidente de verificación tardía de un crédito en dólares promovido en un proceso concursal, no corresponde aplicar las disposiciones referidas a la moneda extranjera del Cód. Civ. y Com., en tanto son de carácter supletorio y, tanto el art. 7° como el art. 3°, disponen que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución (art. 765)”, (CCiv. y Com. Común, Concepción, 16/12/2015, "Carrazana Hermanos o Sociedad de Hecho Carrazana, Antonio y Ángel s/concurso preventivo s/incidente de verificación tardía promovido por Banco de la Nación Argentina", LL Online, AR/JUR/75054/2015).

Vemos que hay argumentos en favor y en contra de aplicar el Art. 765 CCCN a situaciones jurídicas en curso de ejecución y aún no cumplidas, creemos que la mayor discusión estará en los casos de “brecha” cambiaria, ya que en caso de no existir brecha cambiaria, la cuestión podría ser abstracta.

CAPITULO 4. LA DETERMINACION DEL MONTO DEL EQUIVALENTE EN MONEDA DE CURSO LEGAL.

1) Introducción. Importancia.

Conforme expusiéramos al inicio del trabajo, la cuestión planteada adquiere relevancia práctica, ante la imposibilidad (al momento de redactar este trabajo en abril de 2022) de adquirir divisas al tipo de cambio oficial y resultar diferente el “equivalente” o “valor” al que puede adquirirse legalmente la moneda extranjera por medios alternativos, siendo la brecha en algunos momentos de los últimos años de casi del 100% entre el precio oficial inaccesible a los particulares y el precio de mercados legales alternativos.

Por el contrario, para las épocas en las que el tipo de cambio oficial sea libre, sin restricciones en cuanto a personas y/o montos para adquirir moneda extranjera, la cuestión tendrá menor importancia práctica, ya que no habrá afectación desde el punto de vista de la cantidad de moneda extranjera que pueda efectivamente adquirirse al tipo de cambio oficial con la suma dada en pago a dicho tipo de cambio, con relación a la cantidad efectivamente comprometida en el título de la obligación.

Por ejemplo, al mes de marzo de 2.022, en Argentina, el Dólar del Banco Nación cotizaba a valor oficial \$115,50, siendo inaccesible para la compra por parte de los particulares a ese valor; el denominado Contado con Liqui cotizaba a un valor de \$201 y el Dólar denominado MEP a \$200.

Obsérvese que con esa “brecha” cambiaria, a un deudor que le adeuden U\$S 100.000, si se pretende cancelar la deuda al tipo de cambio oficial, podría adquirir físicamente solamente U\$S 57.750 en el mercado alternativo; es decir, el acreedor perdería U\$S 42.250 y el deudor se enriquecería en esa misma cantidad a costa del acreedor.

Ha quedado expuesto también que se trata en el presente trabajo de lo referido a contratos en la órbita de la justicia conmutativa, entre particulares, Derechos Personales y dentro de ellos Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Obligaciones de dar dinero.

Asimismo, no está afectado el orden público, se trata de normas dispositivas, que no interfieren en ninguno de los pilares del orden público, ni se trata tampoco de cuestiones vinculadas ni a la justicia legal (lo que los particulares le deben al estado) ni a la justicia distributiva (lo que el estado le debe a los particulares).

Siendo así, nos avocaremos a determinar cuál es el “monto equivalente” de la moneda extranjera en moneda de curso legal.

2) Concepto de Equivalente y de Valor.

En lo referido al concepto terminológico de “equivalente”, según la Real Academia Española⁶⁴ el término “equivalente” proviene “Del lat. tardío *aequivalēns*, *-entis*, part. pres. act. de *aequivalēre* 'equivaler'. 1. adj. Dicho de una persona o de una cosa: Que equivale a otra. U. t. c. s. m. Gastó el equivalente A cinco salarios. 2. adj. Geom. Dicho de una figura o de un sólido: Que tiene igual área o volumen respectivamente y distinta forma que otro. 3. m. Quím. Masa mínima necesaria de un cuerpo para que pueda combinarse con otro. 4. m. Quím. Número que representa el peso del equivalente, tomado con relación al de un cuerpo escogido como tipo 1. m. Quím. Masa de una sustancia pura cuyo valor en gramos se expresa por el mismo número de su equivalente químico.”

Asimismo, siguiendo la Real Academia Española⁶⁵, el término “valor” proviene “Del lat. tardío *valor*, *-ōris*. 1. m. Grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite. 2. m. Cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente. 3. m. Alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase. 4. m. Subsistencia y firmeza de algún acto. 5. m. Fuerza, actividad, eficacia o virtud de las cosas para producir sus efectos. 6. m. Rédito, fruto o producto de una hacienda, estado o empleo. 7. m. Equivalencia de una cosa a otra, especialmente hablando de las monedas. 8. m. ...”.

Si cotejamos los conceptos y antecedentes terminológicos, “equivalente” es similar en el concepto, y en algunas acepciones significa lo mismo que “valor”.

3) Obligación de Valor. El monto resultante debe referirse al valor real. Otras cuestiones: principio de integridad del objeto del pago y buena fe.

Es decir, los conceptos de “equivalente” y “valor” son dos caras de la misma moneda para las obligaciones de dar dinero, y por otra parte el Artículo 772 CCCN que se encuentra dentro del mismo título de Obligaciones de Dar Dinero establece que: “cuantificación de un valor. 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 que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta sección.”

El mismo Artículo 772 CCCN establece que una deuda de valor puede ser expresada en moneda sin curso legal, a saber, moneda extranjera.

⁶⁴ <https://dle.rae.es/equivalente> (Fecha de Consulta 23.3.2022).

⁶⁵ EN [HTTPS://DLE.RAE.ES/VALOR](https://dle.rae.es/valor) (FECHA DE CONSULTA 23.3.2022).

Y la cuantificación según el Art. 772 CCCN dice: “Si la deuda consiste en un cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real”.

Es decir, el “equivalente” en moneda de curso legal para pagar una deuda en moneda extranjera, no puede ser otro que el “valor real”.

El valor real, no es otro que aquél al que pudiera adquirirse físicamente el dinero o moneda extranjera, ya que lo ficticio, la suma de dinero en moneda de curso legal que no alcance para adquirir el objeto debido en forma real no es real.

Cabe preguntarse qué es lo “real”.

El término “real”⁶⁶, terminológicamente, consultado en el Diccionario de la Real Academia Española, significa “Del lat. tardío *reālis*, y este del lat. *res, rei* 'cosa' y *-ālis* '-al'. 1. adj. Que tiene existencia objetiva...”.

Es decir, habrá que calcular el valor de la moneda extranjera calculado para que la misma pueda tener “existencia objetiva” física por equivalente en pesos; si ello es posible al tipo de cambio oficial, será a este tipo de cambio; pero si ello es posible únicamente por medios alternativos en el país o en el exterior, habrá que estar al tipo de cambio alternativo que permita al acreedor acceder a los billetes físicos de moneda extranjera (o bien del signo monetario representativo según el caso).

Ello, no obstante que las partes, en orden a la autonomía de la voluntad puedan fijar un tipo de cambio alternativo o bien renunciar a la facultad de liberarse pagando el equivalente en moneda de curso legal, conforme fuera expuesto en el Capítulo anterior.

No puede ser otra del juego de la interpretación integral del ordenamiento jurídico y de la protección del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional, en una interpretación armónica, y eventualmente siguiendo la interpretación “manipulativa” que permita interpretar la norma de acuerdo a lo prevista supralegalmente, Constitucionalmente y por los Tratados Internacionales.

Esto es lo que sigue de los Artículos 1 y 2 del CCCN que podrían no haberse escrito y de todas formas el sistema jurídico los tendría que haber tenido por establecidos aún tácitamente en cuanto disponen el Art. 1 que “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”; y el Art. 2 que “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes

⁶⁶ <https://dle.rae.es/real> (fecha de consulta 2.4.2022).

análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”.

Finalmente, conforme expusiera también en el capítulo anterior, desde el Código de Vélez originario hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto se ha previsto que las deudas en moneda extranjera debían pagarse en moneda extranjera, nunca se ha discutido que ello pudiera ser inválido por atentar contra el orden público o contra alguna norma imperativa.

Es así, que no habiendo sido modificadas las bases constitucionales ni haberse dispuesto expresamente que se trata de una norma de orden público que modifique el *statu quo* de organización social, política y económica vigentes hasta el presente, no hay argumento alguno para apartarse del principio dispositivo y de interpretarla como una norma supletoria, en los contratos de Derechos Personales, Obligorios, dentro de las Obligaciones de dar Dinero, que tratan de la justicia conmutativa, sin encontrarse en juego ni la justicia legal (lo que los particulares deben al estado) ni de justicia distributiva (lo que el estado le debe a los particulares).

Sin desconocer las dificultades que por diferentes situaciones sociales, económicas y políticas se tienen en nuestro país para adquirir divisas, ya sea por imposibilidad de compra al Estado al tipo de cambio oficial o por el elevado valor con relación al ingreso per cápita; como así también la utilización del tipo de cambio como política monetaria; no hay razón de proporcionalidad en los cambios, en los derechos personales que estamos analizando, que justifique que un particular que debe una suma de dinero a otro particular le ocasione un perjuicio patrimonial por no devolver idénticamente lo debido, o su equivalente para que “realmente” pueda adquirir el acreedor por equivalente la especie “real”, que tenga existencia objetiva, física, de lo debido.

Entre nuestros autores, Guffanti dice: “cuando efectivamente el deudor optase por ejercer esa facultad y liberarse de la obligación mediante la entrega del equivalente en moneda de curso legal, surge el tema del tipo de cambio que debe utilizarse para establecer el monto de tal equivalente. En tal sentido, hay consenso en que si se ha pactado un tipo de cambio determinado, debe aplicarse el mismo; ello siempre y cuando resulte lícito conforme las reglas del mercado cambiario en vigencia. En tal sentido, si hubiese una regulación del mercado de divisas y rigiese una restricción al acceso al mismo, o con la vigencia de una cotización solo oficial y no libre, no podría aplicarse un eventual acuerdo que hubiese previsto el precio de la divisa extranjera según el tipo de cambio del mercado ilegal o paralelo. Sin embargo, si la restricción no lo prohibiese, se podría aplicar la cotización de la moneda extranjera con relación a la moneda nacional en una plaza extranjera, como New

York o Londres, por ejemplo. La otra cuestión radica en la fecha que debe ser tenida en cuenta para determinar el tipo de cambio que corresponda aplicar.”⁶⁷.

Coincidimos parcialmente con lo expuesto, con respeto por la trayectoria del autor, ya que siempre será posible adquirir divisa en algún mercado legal del exterior o bien haber renunciado a liberarse en pagar el equivalente en moneda de curso legal; dejando a salvo la posibilidad de reajuste únicamente en el caso de emergencia económica legalmente declarada en la que se establezca alguna cuestión de orden público como ha ocurrido en algún momento histórico en nuestro país, que ha quedado expuesto en el Capítulo anterior.

Una postura mayoritaria entiende que hay que tomar la cotización del día del pago y una postura minoritaria que debe tomarse la cotización del día del vencimiento de la obligación.

Agregamos como argumentos lo expuesto por Gagliardo⁶⁸ en el sentido que si con el “equivalente” el acreedor pudiera adquirir menos moneda extranjera que la pactada en la obligación, se estaría afectando el principio de integridad del pago, requisito esencial en materia de Obligaciones Civiles y Comerciales, como así también se estaría vulnerando la buena fe en la relación entre partes.

4) El pago por “equivalente” en virtud de las “Indemnizaciones correspondientes”. Arts. 730 y 1740 y ccs. del CCCN.

En lo referido al pago por “equivalente” y su dilucidación por analogía, como argumento adicional a lo expuesto, cabe recordar lo establecido por el Art. 730 CCCN en materia de efectos de las obligaciones con relación al acreedor que establece que “Efectos con relación al acreedor. La obligación da derecho al acreedor a: ... c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes...”.

Y si nos remitimos a la Responsabilidad Civil del Título 1 “Otras Fuentes de las Obligaciones”, el Artículo 1740 CCCN establece que la reparación debe ser plena: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...”.

No puede haber reparación plena del incumplimiento de la obligación, en el caso de indemnización por equivalente, que es una típica e incuestionada obligación

⁶⁷ Guffanti, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, Tomo II, El Derecho, 2018, pág. 280.

⁶⁸ GAGLIARDO, Mariano, Tratado de Obligaciones, Según el Código Civil y Comercial, Ed. Zavalia, 2015, véase prólogo a la obra.

de valor, si no se ordena la restitución del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, dentro de los parámetros que integran los presupuestos del derecho de daños.

Creemos en cambio, y a diferencia de lo expuesto por alguna doctrina, que el supuesto del 730 inciso b), que consiste en “hacérselo procurar por otro a costa del deudor”, es más dificultoso en la práctica, ya que implica que el acreedor adquiera la divisa pagándola él mismo, y luego le pase “la cuenta” al deudor; entendemos que no aplicaría el supuesto directamente a que implique calcular el tipo de cambio de un mercado alternativo sin que haya erogación de fondos por parte del acreedor para luego recuperar del deudor; por lo que en el tema que tratamos es de aplicación poco práctica desde el punto de vista económico.

El tratamiento *in extenso* del presente acápite excede el objeto del presente trabajo, pero se menciona por analogía y como argumento adicional a que el “equivalente” en moneda de curso legal, no puede ser otro, de la interpretación legal, que el tipo de cambio que efectivamente permita al acreedor adquirir “realmente”, “físicamente”, “objetivamente”, moneda extranjera en la cantidad debida por el deudor en especie en el título de la obligación.

5) Cuestión referida a los intereses en caso de pago por “equivalente”.

Creemos, a diferencia de lo expuesto por alguna doctrina referida en el Capítulo anterior, que la facultad de liberarse pagando en moneda de curso legal, no obstante adherir a la postura de la obligación facultativa por analogía, presenta la diferencia que el deudor puede pagar con la obligación accesoria aún luego del vencimiento y aún estando en mora; ya que se trata de un supuesto de obligación facultativa legal en que se menciona la palabra “puede liberarse”; es así que la posibilidad de “liberación del deudor” se da aún encontrándose en mora.

No obstante, si bien el tema de los intereses de las obligaciones de dar sumas de dinero excede el objeto del presente trabajo, deberá considerarse que en las obligaciones en moneda extranjera “fuerte”, por ejemplo en el caso de deudas o créditos en dólares estadounidenses, se toma una tasa de interés “pura” que ha oscilado entre el 4 y el 8% anual por todo concepto (compensatorio, moratorio y punitivo).

En este sentido la jurisprudencia ha resuelto que “Sumarios: 1 . Resultaría injusto condenar a quien llevó a cabo una conducta ilícita —además, dolosa, pues quien instala software “pirateado” lo hace a sabiendas y con intención de producir ese resultado en la realidad— a abonar un precio menor al que debió haber pagado en su oportunidad. Adoptar un temperamento diverso implicaría contrariar la máxima “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” y significaría, lisa y llanamente, un premio y un incentivo a un accionar intencionalmente contrario a derecho. Finalmente, dado que el capital de condena en este caso concreto consiste en una

suma de dinero fijada en dólares estadounidenses, juzgo equitativo modificar el temperamento adoptado sobre la tasa de interés en el fallo de primera instancia y disponer el cómputo de la tasa de interés del 6% anual., Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L(CNCiv)(SalaL), Fecha: 03/03/2021, Partes: Microsoft Corporation c. Mattina Hnos. S.A.C. s/ daños y perjuicios, Publicado en: LA LEY 14/06/2021, 4, Con nota de Federico P. Vibes; Cita: TR LALEY AR/JUR/1001/2021.

En cambio, para las deudas en pesos, se calcula como compensatoria una tasa de riesgo mayor, como así también jurisprudencialmente ha sido admitido que se pueda calcular en los intereses compensatorios la previsión inflacionaria, y se suman los intereses moratorios y punitivos, por lo que podría según los años ascender a más del 80% anual en pesos en los últimos años.

Es por eso que, al pago en pesos del equivalente en moneda de curso legal, al ser a valor real, a un tipo de cambio que permita adquirir físicamente la moneda extranjera por parte del acreedor, habrá que calcular los intereses puros de la deuda en moneda extranjera, ya que de lo contrario habría un enriquecimiento indebido del acreedor en perjuicio del deudor.

6) Jurisprudencia sobre el tipo de cambio a tomar para calcular el “equivalente” en moneda de curso legal.

Transcribimos a continuación, diferentes criterios tenidos en cuenta por la jurisprudencia para calcular el tipo de cambio para pagar el “equivalente” en moneda de curso legal.

6.a) Jurisprudencia.Equivalente a tipo de cambio alternativo. Pacto sobre tipo de cambio alternativo al oficial para adquirir divisas. Pago esencial en dólares. Norma supletoria.

En una ejecución hipotecaria, de un mutuo pactado en dólares estadounidenses se ha dicho: “ambas partes discreparon en torno al efecto cancelatorio que se pretendió adjudicar al depósito efectuado por un tercero, consistente en una suma de pesos equivalente a la cantidad liquidada de moneda extranjera a la cotización oficial. La sentencia dispuso que se ciñeran a los métodos alternativos previstos en el contrato para efectuar el pago debido. La Cámara la confirmó. Sumarios 1 - Ante las resoluciones de la AFIP y del BCRA que limitan la adquisición de moneda extranjera, quienes celebraron un mutuo hipotecario en dólares estadounidenses deben ceñirse a las previsiones contractuales en las que contemplaron el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran la adquisición de la divisa, previendo para tal caso otros mecanismos para calcular la paridad y efectuar el pago debido; máxime si no se acreditó que fuera imposible el cálculo de la cantidad adeudada conforme a ellas.”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Torrado, Norberto Leandro c. Popow, Alexis s/ejecución

hipotecaria • 12/04/2013, Publicado en: LA LEY 12/07/2013. Cita online: AR/JUR/13507/2013.

Se trata de una causa anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, pero la doctrina resulta aplicable, atento que no se han modificado los pilares del orden público tenidos en cuenta para su sanción, por lo que la norma del Artículo 765 CCCN continúa resultando de carácter dispositivo.

En otro fallo se ha resuelto que el “equivalente” debe calcularse al tipo de cambio más alto, entre el oficial y el MEP que posibilitaba adquirir dólares estadounidenses físicos se resolvió al valor MEP. Así se resolvió que “el demandado deberá cancelar las cuotas adeudadas mediante la entrega de la suma equivalente en moneda de curso legal que se liquidarán al valor de cotización más alto, según el tipo “comprador” entre el dólar “MEP” y el dólar “contado con liquidación” conforme cotización a la fecha del efectivo pago.” Se trataba de una liquidación de comunidad de bienes pagadero una parte en moneda extranjera: “Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el demandado, con relación a lo establecido en el convenio de liquidación de la sociedad conyugal, sobre el pago de las cuotas acordadas por la adjudicación de un inmueble en Dólares Estadounidense como moneda de pago. Se modifica la sentencia dejando establecido que la cancelación de las cuotas adeudadas se hará mediante la entrega de la suma equivalente en moneda de curso legal, que se liquidará al valor de cotización más alto, según el tipo “comprador” entre el dólar “MEP” y el dólar “contado con liquidación” conforme cotización a la fecha del efectivo pago. “Se consideró que la moneda extranjera había sido considerada esencial por las partes, y que la pretensión del deudor de liberarse mediante el pago en moneda de curso legal - al cambio oficial - desatendía el interés lícito de la acreedora y no resultaba ajustada a derecho en tanto generaba un desequilibrio en las prestaciones”; asimismo que “El art. 765 del CCyC no es una norma de orden público, por lo que las partes pueden pactar la entrega específica de moneda extranjera, con mayor razón en un caso como este, en el cual la contraprestación en la divisa responde a solucionar un conflicto sobre un inmueble, cuya cotización se hace en dólares estadounidenses.”; “Los motivos que esgrime el apelante para pretender imponer su derecho de sustitución a una cotización tan perjudicial para la acreedora como beneficiosa para su patrimonio, no son válidos, pues “cuando resulta aplicable y el deudor ejerce la opción, la equivalencia debe tener en cuenta que no puede perjudicarse al acreedor.” (Parellada, C. A El derecho y la economía. Sus desencuentros en las obligaciones de dar moneda extranjera”, La Ley 16-11-2016, 3, Cita Online: AR/DOC/3767/2020), ni ejercerse abusivamente ese derecho”.; “La invocación genérica de la inflación habida, la emergencia sanitaria, el aislamiento y el cierre bancario, o “la inestabilidad propia de la economía argentina” no bastan para justificar la pretensión de cancelar el débito a una cotización que altera la equivalencia de las prestaciones, como bien se advierte en la decisión apelada, menos aun cuando la conducta impugnada se observa desde antes de la llegada de la pandemia (...); “Tampoco tienen la relevancia que el apelante les asigna las normas que limitaron la compra de moneda extranjera, pues no provocaron

una imposibilidad de cumplimiento de la obligación, ya que - conforme el art. 955 del CCyC - para que se configure tal imposibilidad, es necesario que la prestación haya devenido física o jurídicamente imposible constatándose una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta”; “Considero que el deudor no ha cumplido íntegramente con las cuotas mediante los depósitos efectuados y se encuentra incurso en mora, toda vez que el acreedor - justificadamente - no ha aceptado los pagos (depósitos) parciales realizados (art. 869 CCyC) 6 Por los fundamentos que anteceden considero que debe admitirse el pago en moneda corriente nacional, aunque el cumplimiento deberá efectivizarse mediante el depósito de la cantidad de unidades que corresponda a la cotización que se obtenga del dólar "MEP" o del dólar "contado con liquidación" al día del efectivo pago, el que sea más alto(...)”. Expte 171.468 - "R. K. E. c/ B. C. S/ Liquidación de la comunidad" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - SALA II - 10/06/2021, Citar: elDial.com - AAC4FF

El fallo, ratifica que el Art. 765 en cuanto a la posibilidad de pagar por equivalente es una norma supletoria, que no se da el supuesto de imposibilidad de cumplimiento, ni de imprevisión o emergencia económica; y por otro lado, cuestión que también resulta de suma importancia, que la contraprestación en dólares fue considerada esencias de pago en esa moneda, ya que se trataba del pago de un inmueble cuyo valor cotiza en plaza en dólares estadounidenses.

En el mismo sentido de compraventa de un lote en dólares, en que las partes previeron diversos mecanismos para hacerse de divisas frente a posibles sucesos que imposibilitaran o dificultaran su adquisición, la jurisprudencia se ha hecho eco del carácter esencial en el caso del pago en divisas y que se trata de una norma supletoria: “La sentencia hizo lugar a una demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares derivada de la compraventa de un lote y rechazó la consignación intentada por el demandado. La Cámara confirmó el pronunciamiento. Sumarios. 1 - Si en el boleto de compraventa cuya moneda de pago era en dólares las partes previeron diversos mecanismos que permitieran hacerse de esa divisa ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen su adquisición, corresponde rechazar el planteo del deudor de cancelar la obligación abonando pesos al cambio oficial que fija el Banco Central, pues surge evidente que aquella fue una condición esencial del convenio y, cumplida la condición suspensiva mediante el dictado de la Comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas para calcular la paridad de esa moneda.”; “2 - Conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial 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 su contexto resulten de carácter indisponible; y de acuerdo con lo previsto en el art. 7 del referido cuerpo normativo, cuando la norma es supletoria, no se aplica a los contratos en curso de ejecución, sino que corresponde la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Desarrolladora Terravista S.A. c. Verna, Emiliano Sandro s/ daños y perjuicios • 03/12/2015, Publicado en: LA LEY 06/04/2016 , Cita online: AR/JUR/70872/2015.

El mismo criterio de ordenar calcular un tipo de cambio alternativo real que permita la adquisición de divisas al acreedor ha sido resuelto en un mutuo en dólares: “OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA. Mutuo en dólares. Pago por consignación. Pretensión de abonar en moneda de curso legal. Imposibilidad de pago. Carga de la prueba. Rechazo de la pretensión. Derechos del acreedor. Requisito de identidad del pago. Método alternativo convenido para el caso de imposibilidad de pagar en la divisa extranjera. Inaplicabilidad del art. 765 del Cód. Civ. y Com. Norma supletoria y disponible.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 28/12/2017 Hohendahl, Marcelo Fabián c. Sustersich, José Oscar s/ consignación, Cita online: AR/JUR/95353/2017.

Asimismo, si se estableció como condición esencial se ha resuelto que: “1. Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares, en tanto si en el convenio de reconocimiento de deuda en dólares estadounidenses las partes previeron diversos mecanismos de pago que permitieran a la acreedora hacerse de aquella moneda ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen la adquisición en billetes de la mentada divisa extranjera, es a ellos a los que deben ceñirse, pues surge evidente que la moneda de pago fue una condición esencial del convenio y cumplida la condición suspensiva, mediante el dictado de la Comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas en favor del acreedor para calcular la paridad de dicha moneda.”, Autos: Desarrolladora Terravista S.A. c/ Verna, Emiliano S. s/Daños y Perjuicios, Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala H, Fecha: 03-12-2015, Cita: IJ-XCVI-156

También recientemente se ha resuelto el cálculo a dólar MEP, de una deuda en moneda extranjera: “Corresponde convertir el monto adeudado, en moneda de curso legal utilizando la cotización del “dólar MEP” tipo vendedor (Mercado Electrónico de Pagos), al día anterior al pago.”; “Son de público conocimiento las restricciones a la compra de moneda extranjera que ha establecido la autoridad económica y bancaria de nuestro país. Tales limitaciones permiten solo a un grupo de ciudadanos cuyo número se ha reducido por las exigencias establecidas a adquirir mensualmente 200 unidades del llamado “dólar ahorro” (comunicación A6815/2019 del Banco Central de la República Argentina), a la vez que esas operaciones –en los casos autorizados– se encuentran alcanzadas por el impuesto PAIS (Ley 27.541, B.O. del 23/12/2019 denominada “de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública) y la percepción prevista por la resolución general de la AFIP 4659/2020 en su art. 3º.”; “Este Tribunal entiende que la conversión de la deuda en dólares tal como lo hizo la parte demandada (cotización tipo vendedor BNA) no refleja el valor de la contraprestación a su cargo, eso debido a que las limitaciones vigentes ya señaladas en párrafos anteriores, no permitiría adquirir la cantidad de dólares estadounidenses equivalentes a la suma adeuda.”; “En efecto, el art. 765 del CCCN establece que si la cosa (moneda extranjera) no es entregada en la especie y cantidad pactada, el cumplimiento alternativo solo puede aceptarse de brindarle al acreedor la cantidad de pesos necesaria para hacerse del bien sustituido. Y ello solo puede darse mediante algún procedimiento legal que permita adquirir la cantidad de dólares “billete” a una cotización “libre” o de mercado.”; “En ese sentido

y, dentro de las opciones que otorga el mercado cambiario legal y regulado, corresponde el que deriva el llamado “dólar MEP o Bolsa” cuyo precio deriva de la compra y venta de títulos públicos, conforme los valores propios del mercado y sin afectar las reservas públicas. A su vez, la cotización de cada día puede ser conocida por el público por medio de las diferentes vías de información periodística, lo cual otorga publicidad y transparencia a tal valor de conversión...” Expte – N° 27330/2010 – “Arnaud Aníbal Enrique y otro c/ Viñales Carolina maría y otros s/cobro de sumas de dinero – CNCIV – SALA F – 10/08/2021, Citar: elDial.com - AAC6E3.

El fallo que antecede, desde el punto de vista práctico, resuelve la cuestión sosteniendo que el “equivalente” no puede ser otro que permita adquirir “billetes reales” al acreedor, conforme se expusiera supra, del análisis efectuado en el presente capítulo.

La Cámara Comercial, en algunos fallos se ha apartado de dicho criterio y en este sentido ha resuelto que se pesificara “una deuda en dólares al tipo de cambio conocido como “dólar solidario” (art. 35 Ley 27.541), aunque sin la percepción adicional del 35% a cuenta del Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales establecida por el BCRA reglamentada en la Resolución General AFIP 4815/2020. JUICIO EJECUTIVO. OBLIGACIONES ASUMIDAS EN MONEDA EXTRANJERA (Dólares estadounidenses). SUBASTA DE INMUEBLE. Condiciones de venta del bien. Base del remate fijada en dólares estadounidenses. Art. 765 Código Civil y Comercial de la Nación. Posibilidad de cancelar el saldo del precio en pesos, pero convirtiéndose el monto adeudado en dólares estadounidenses a moneda local, conforme el tipo de cambio oficial al que puede acceder el particular para hacerse de moneda extranjera en el mercado que en el régimen legal actualmente vigente se conoce como “dólar solidario” (art. 35 Ley 27.541), sin la percepción adicional del 35% a cuenta del Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales establecida por el BCRA reglamentada en la Resolución General AFIP 4815/2020. “En el caso, se encuentra involucrada una obligación asumida en moneda extranjera, que se pretende cancelar mediante el pago de una suma equivalente en pesos. Pues bien, el art. 765 CCCN establece que la obligación es de dar dinero, si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación y que, 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. El art. 766 CCCN agrega que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie asignada.” “Es claro, que el principio establecido en el art. 765 transcripto supra, da un giro en la cuestión relativa a la naturaleza de la obligación contraída en moneda extranjera con relación a la anterior regulación de la materia, contenida en el art. 617 del Código Civil -luego de su modificación por la ley 23.928-, que establecía que las obligaciones de dar moneda extranjera, se regían por las de dar sumas de dinero. El régimen hoy vigente estipula que dicha obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas, más establece, expresamente, que el deudor puede liberarse

dando el equivalente en moneda de curso legal.” “La moneda extranjera como principio, no es dinero en nuestro país, sino simple cantidad de cosas fungibles, sin embargo, a esa clase de deudas (en moneda extranjera), les resulta aplicable la disposición especial receptada en el CCCN, que admite para el deudor la posibilidad de desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal al tiempo del vencimiento de la obligación, siguiendo el criterio general que rige respecto de cosas fungibles, que permite que puedan ser sustituidas por otras equivalentes, a costa del deudor. Es claro que, tratándose de una deuda de “valor”, el CCCN prevé como expresa solución legal, que la valuación de la moneda extranjera puede efectuarse en moneda de curso legal, en términos pecuniarios actuales. Ello, dado que participa de la peculiaridad de las cosas fungibles, respecto de las cuales, como son cosas eminentemente reemplazables, cabe obtener la reposición de igual cantidad, en moneda de curso legal (véase sobre el tema: Llambías Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, T° II, p. 192 y ss.)” “Desde esta perspectiva no puede sino mantenerse la decisión apelada, en punto a la posibilidad de cancelar el saldo del precio en pesos, pero convirtiéndose el monto adeudado en dólares estadounidenses a moneda local, conforme el tipo de cambio oficial al que puede acceder el particular para hacerse de moneda extranjera en el mercado que en el régimen legal actualmente vigente se conoce como “dólar solidario” (art. 35 Ley 27.541), sin la percepción adicional del 35% a cuenta del Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales establecida por el BCRA reglamentada en la Resolución General AFIP 4815/2020.” 104.315 / 1998 – “Fideicomiso de Recuperación Crediticia c/ Yoma Emir Fuad y otro s/ ejecutivo” – CNCOM – SALA A – 19/10/2020 Citar: elDial.com - AABFBA Publicado el 27/10/2020..

El fallo entendió que en ese momento podía accederse al dólar al tipo de cambio “dólar solidario” que era el valor oficial más el impuesto país, pero sin el 35% a cuenta del Impuesto a las Ganancias por las particularidades del caso.

La jurisprudencia también ha mantenido en dólares estadounidenses, por la naturaleza de la prestación, las sumas debidas por una compañía de seguros de un seguro de renta vitalicia en dólares: “Seguro de renta vitalicia en dólares: emergencia económica; pesificación; improcedencia; doctrina del precedente “Benedetti” de la Corte Suprema; aplicación; obligación de la aseguradora; inversión del patrimonio del asegurado; riesgos inherentes. 1 - La renta vitalicia previsional es una modalidad de jubilación o retiro definitivo que contrata un afiliado con una compañía de seguros de retiro, por lo que en la solución de sus conflictos no puede prescindirse del carácter de las prestaciones debidas. 2 - Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema en el precedente "Benedetti" son suficientes para hacer lugar al recurso de la demandante y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de las normas de emergencia que "pesificaron" las deudas contraídas en moneda extranjera y reconocer a la accionante el derecho a cobrar en dólares estadounidenses tanto las diferencias adeudadas como las prestaciones que se le deban en el futuro. 3 - Si la aseguradora no estaba obligada a otorgar seguros en dólares pero igualmente los otorgó, no puede ahora invocar -para eludir las consecuencias de tal obrar- que su

parte no se hallaba en condiciones de arbitrar los medios para que sus inversiones quedaran al margen del riesgo que le impidiera cumplir en esos términos. Es decir, si existían normas que la obligaban a adoptar temperamentos que conducían -o podían conducir- a ese resultado, no debió aquella celebrar tales contratos. 4 - Dos son las relaciones que se generan para la aseguradora: por un lado, la que la vincula con los órganos del Estado que la controlan, que se rige por normas administrativas; por el otro, la relación que liga a aquella con cada uno de los terceros con quienes contrata, relación que escapa a dicha superintendencia y se rige solo por el derecho común, sin sufrir ninguna consecuencia ni restricción a causa de la primera. 5 - No existe ninguna norma del derecho de seguros oponible a la parte actora que permita ligar la suerte de las sumas aportadas por esta a la suerte de los activos en los que dichas sumas fueron invertidas. De tal modo, al no haber sido pactado ni existir disposición legal específica que disponga lo contrario, forzoso es concluir que rige aquí el principio según el cual la suerte de los derechos que integran un patrimonio es independiente de las obligaciones que pesan sobre su titular. 6 - El principio según el cual la suerte de los derechos que integran un patrimonio es independiente de las obligaciones que pesan sobre su titular es aplicable al contrato de renta vitalicia, desde que el asegurado no mantiene la propiedad de los fondos que aporta a su aseguradora, sino que estos pasan a integrar el patrimonio de esta última, que los invierte y asume los riesgos inherentes, con la consecuencia de que sus resultados no pueden ser invocados por ella para excusar su deber de cumplir frente a aquel.”, CNCom., Sala C, 13/09/2016. - L., E. J. c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y otro s/amparo El Derecho (29/09/2016, nro 14.050) [2016].

En el siguiente caso jurisprudencial además de los argumentos expuestos, se analiza que el pago al tipo de cambio oficial en el caso de brecha cambiaria e imposibilidad para el acreedor de hacerse de divisas a ese precio, implica también una afectación al principio de integridad del pago: “La postura del ejecutado de tener por cancelada la deuda debe rechazarse si la dación en pago efectuada resultó incompleta y el acreedor resistió esa pretensión, ya que este no se encuentra obligado a aceptar pagos parciales, con fundamento en los arts. 725, 740, 742 y ss. del Cód. Civil derogado, actualmente arts. 765 y ss. y 869 del Cód. Civ. y Com. (CNCom., sala D, 21/6/2016, "Donnadio, Fernando c. Pignolo, Marta Irma s/ejecutivo", LL del 19/7/2016, p. 8, LL 2016-D-310, AR/JUR/41183/2016).; “La imposibilidad alegada por la deudora de obtener moneda extranjera en virtud de las disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo no resulta suficiente para acreditar los presupuestos que tornen procedente la consignación pretendida, ya que existen otras operaciones de tipo cambiario y bursátil que habilitan a los particulares a adquirir los dólares necesarios para cancelar la obligación asumida, a través de la adquisición y el posterior canje de determinados bonos (art. 765, Cód. Civ. y Com.) (CNCiv., sala F, 25/8/2015, "F., M. R. c. A., C. A. y otros s/consignación", LL del 14/9/2015, p. 8, LL 2015-E-174, ED 264-198, LL del 6/10/2015, p. 5, con nota de Mariano Gagliardo, LL 2015-E-474, con nota de Mariano Gagliardo, RCCyC 2015 [octubre], p. 182, con nota de Eduardo Barreira Delfino, RCCyC 2015 [noviembre], p. 125, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, LL del 22/12/2015, p. 10, con nota de Jorge R.

Causse, LL 2016-A-154, con nota de Jorge R. Causse, DJ del 10/2/2016, p. 19, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, RCCyC 2016 [febrero], p. 232, RCyS 2016-II-185, DJ del 24/2/2016, p. 66, AR/JUR/28259/2015); El art. 765 del Cód. Civ. y Com. no es de orden público, y por ello, no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962, Cód. Civ. y Com.) pacten, como establece el art. 766 del mismo ordenamiento, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada” (C5ªCiv. y Com., Córdoba, 24/6/2016, "Odri, María Rosa c. Coco Cantor S.A. s/ordinarios - cobro de pesos - recurso de apelación", LL Online, AR/JUR/47367/2016).

Finalmente, siguiendo la autonomía de la voluntad de las partes, en un fallo se aceptó el pacto de partes que previeron un tipo de cambio oficial más 30%: “OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Convenio en dólares estadounidenses. Demandados obligados a adquirir la moneda pactada según la política monetaria actual y la diferencia en su equivalente en pesos con más el 30%. Principio de especialidad y derecho de propiedad de los contratantes. Sumario: Corresponde modificar la sentencia en cuanto a que las cuotas debidas (cuotas 12 a 24 inclusive), las que se deberán pagar U\$S 400 en la moneda pactada, según la política monetaria actual —comunicación A “6815” del BCRA— y la suma de U\$S 100 en su equivalente en pesos a la cotización del dólar tipo vendedor que informe el BCRA el día antes del pago de la cuota con más el 30%, pues de esa manera quedarán ambas partes en un pie de igualdad en atención a las medidas que sobrevinieron al acuerdo que firmaron. El haber puesto un tope a la moneda extranjera en el convenio hace presumir que las partes tuvieron en cuenta la debilidad del sistema económico financiero y sus consecuencias, por lo que en esta instancia, de conformidad con el art. 960, Cód. Civ. y Com., de la Nación se modifica tal límite.”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores 07/07/2020, Zuccato, María Catalina c. Lobos, Yanina Marial y otro/a s/ Reivindicación, Cita online: AR/JUR/23730/2020.

En materia de contrato de renta vitalicia en dólares, inicialmente se había resuelto en un caso la pesificación al tipo de cambio oficial en base a los siguientes argumentos: “Contrato de renta vitalicia en dólares; pesificación; improcedencia; doctrina del precedente “Benedetti”; aplicación; fondos pesificados; retiro; falta de reserva del rentista; irrelevancia; doctrina de los actos propios; inaplicabilidad; compra de divisas; restricciones; renta; pago en pesos; admisibilidad. 1 - De acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en el antecedente “Benedetti”, cabe hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 8 del decreto 214/02, las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y normas concordantes respecto del contrato de renta vitalicia provisional motivo de autos y ordenar a la aseguradora accionada que pague a la demandante la diferencia existente entre las sumas pesificadas y percibidas desde enero de 2002 en concepto de rentas y los dólares que debieron entregársele según su cotización a la fecha de efectivo pago. Sin que resulte óbice a ello que la accionante no haya efectuado reserva alguna al retirar los fondos pesificados, pues en el caso la teoría de los actos propios resulta inaplicable, ya que la situación al tiempo en que se dictó la normativa pesificadora era de tal extrema incertidumbre que resultaría injustificado exigir al

sufrido rentista una conducta rigurosa tendiente a reasegurar su posibilidad futura del resarcimiento íntegro de lo adeudado. 2 - Si bien es cierto que, con base en el precedente “Benedetti -en el que la Corte Suprema de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 8 del decreto 214/02, las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y normas concordantes en lo concerniente a la modalidad de renta vitalicia provisional-, cabe condenar a la aseguradora accionada a calcular la renta debida a la actora en la moneda extranjera originalmente pactada, no lo es menos que debido a la existencia de públicas y notorias restricciones para la compra de divisas en el mercado de cambios, no puede negarse a la demandada la posibilidad de cancelar su obligación en moneda de curso legal conforme al tipo de cambio vendedor publicado a la fecha de pago, puesto que un proceder diverso importaría contravenir la reglamentación en cuestión. Sin que tal solución implique vulnerar el principio de congruencia, ya que la misma responde a una circunstancia sobreviniente, introducida por la regulación legal del mercado de cambios y absolutamente ajena a la voluntad de las partes.” R.C. CNCom, sala F, marzo 31-2015.- C., A. M. c/ Metlife Seguros de Retiro S.A. s/ ORDINARIO.

Entendemos que la tendencia actual es calcular el “equivalente” en moneda de curso legal al tipo de cambio que permita al acreedor hacerse de la moneda “física”, es decir “real”, tal como analizamos supra en el capítulo.

6.b) Jurisprudencia. Inaplicabilidad de imprevisión para pedir pago pesos al tipo de cambio oficial.

Actualmente se ha dispuesto que la teoría de la imprevisión ha resultado también inaplicable a la pesificación: “El deudor hipotecario en dólares dedujo acción declarativa y de consignación en virtud de la cual pidió certeza respecto del importe adeudado y consignado en pesos, otorgando fuerza de pago a cada depósito. La sentencia y, a su turno, la Cámara, rechazaron la pretensión y mandaron a llevar adelante la ejecución. Sumarios: 1 - La acción de consignación intentada por el deudor hipotecario que calculó el importe de su deuda según la cotización oficial del dólar debe rechazarse, pues esa posibilidad pactada entre las partes lo era para el supuesto de existir un mercado libre de cambios, con lo cual optó por una variable no operativa a los fines de otorgar al pago efectos cancelatorios, cuando estaba a su alcance cumplir con su obligación con la única alternativa subsistente, máxime cuando las dificultades primero y la imposibilidad de adquirir dólares más tarde constituyó una circunstancia ya anticipada y de público conocimiento que en manera alguna tornó al hecho de imprevisible.”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, S., V. J. c. G., A. D. s/ acción declarativa • 27/09/2016, Publicado en: LA LEY 07/02/2017 Cita online: AR/JUR/65751/2016.

No obstante, en algún fallo de la justicia Comercial se ha resuelto aceptar el pago al tipo de cambio oficial por imposibilidad “por coyuntura”: “Sumarios 1. Corresponde revocar la sentencia que rechazó la dación en pago de \$147.886 (pregonados equivalentes a los dólares de condena -US\$7774-, según la cotización de la moneda practicada al día del depósito), y en consecuencia brindarle al demandado la facultad de desobligarse con el depósito del equivalente a los dólares de condena en moneda de curso legal, en tanto la dación en pago fue efectuada en un

contexto normativo en el que regía la Comunicación "A" 5318 BCRA, la cual establecía que el acceso al mercado de cambios se validaba únicamente con motivo de turismo y viajes (tal medida luego fue morigerada habilitándose con restricciones, la compra de divisas extranjeras para atesoramiento), por lo que mientras estuvo vigente tal normativa, resultaba conducente conferir al deudor la atribución de cancelar su obligación en moneda de curso legal conforme al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de pago, en la inteligencia que cualquier proceder diverso implicaba en los hechos contravenir la reglamentación en cuestión, es decir, dicha modalidad cancelatoria respondía a una coyuntura circunstancial que devino ajena absolutamente a la voluntad de las partes, y por lo tanto, no le era exigido al deudor acreditar la imposibilidad de cumplir la obligación asumida en la forma pactada, ya que el óbice provenía de una norma legal.”; Autos: Unipox SA c/Plastilit SA s/Ordinario, Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala F, Fecha: 17-05-2016, Cita: IJ-XCVIII-901

6.c) Jurisprudencia. Esfuerzo Compartido en el caso de vigencia Leyes de Emergencia Económica y declaración de normativa de orden público en virtud de la emergencia económica, social y política.

Referido a las leyes de emergencia económica, cuya normativa de pesificación exclusivamente para el período declarado como tal fue expresamente dispuesto como de orden público se ha resuelto aplicar la teoría del esfuerzo compartido: “Corresponde aplicar la doctrina del esfuerzo compartido, distribuyendo 50% y 50% entre las partes la diferencia entre la deuda pesificada y el valor del dólar en el mercado libre -tipo vendedor-, salvo que la utilización del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) arroje un resultado superior, máxime cuando la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes es la distribución proporcional del esfuerzo patrimonial, en tanto materializa de modo más acabado el principio de equidad.”; “La utilización de los instrumentos creados por las normas de emergencia debe efectuarse de manera coordinada y sistemática, preservando la efectividad del rol que el legislador ha conferido al CER como factor esencial en el mecanismo de reestructuración de las obligaciones y como una garantía para el acreedor a no ser constreñido a percibir montos inferiores de los que se obtengan mediante su aplicación.”; Tribunal: Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial - Sala E, Autos: IGT Argentina SA c/Green SA s/Ordinario, Fecha: 27-02-2013, Cita: IJ-LXVIII-255

CONCLUSIONES

Hemos expuesto en el presente “Trabajo Final Integrador” del Máster en Derecho Patrimonial, el estado de situación actual en el derecho argentino, en especial en doctrina vigente referida al Código Civil y Comercial y la recepción jurisprudencial que ha tenido, referido a las obligaciones de “dar dinero” en moneda extranjera, y la posibilidad del deudor de liberarse mediante el pago por “equivalente” en moneda de curso legal.

Analizamos la cuestión, únicamente en lo referido a contratos sobre Derechos Personales, y dentro de éstos, sobre Obligaciones Civiles y Comerciales, en los que rige la justicia conmutativa, resultando ajeno al objeto del presente trabajo la aplicabilidad de la norma en materia de justicia legal (lo que los particulares deben al estado) y justicia distributiva (lo que el estado le debe a los particulares).

Como expusieramos supra, la cuestión planteada es de suma relevancia económica y práctica, ante la imposibilidad libre e ilimitada de adquirir divisas al tipo de cambio oficial y resultar diferente el “equivalente” o “valor” al que puede adquirirse legalmente la moneda extranjera por medios alternativos, siendo la brecha en algunos momentos de los últimos años de casi del 100% entre el precio oficial -inaccesible materialmente a los particulares- y el precio de mercados legales alternativos.

En cambio, para las épocas en las que el tipo de cambio oficial sea libre, sin restricciones en cuanto a personas y/o montos para adquirir moneda extranjera, la cuestión tendrá menor importancia práctica, ya que no habrá afectación desde el punto de vista de la cantidad de moneda extranjera que pueda efectivamente adquirirse al tipo de cambio oficial con la suma dada en pago a dicho tipo de cambio, con relación a la cantidad efectivamente comprometida en el título de la obligación.

El principio general en materia de Obligaciones Civiles y Comerciales es el pago en especie, sin perjuicio de la opinión en contrario de algunos autores.

Ahora bien, se siga uno u otro camino, por imperio del principio general y excepciones, se llega en este supuesto a un resultado práctico similar.

Me inclino por sostener que el principio general es el pago en especie, y que la norma del Artículo 765 del CCCN fue incorporada pensando en restricciones cambiarias ante la eventual falta o dificultad de divisas por parte del Estado y en la intención de generalizar el uso de moneda nacional en lugar de moneda extranjera, para facilitar el pago en moneda de curso legal.

La facultad de pagar en equivalente en moneda de curso legal prevista en el mencionado Artículo 765 del CCCN es renunciable.

Hay cuestiones de interés público y de orden público referidas a las obligaciones de dar dinero -por ejemplo los intereses usureros, la potestad del estado de emitir dinero, entre otras-, pero la norma que prevé la facultad de pagar el “equivalente” en moneda de curso legal es dispositiva y como tal renunciable, en los

contratos entre particulares, regulados en el parte de Obligaciones Civiles y Comerciales que no tratan cuestiones de justicia legal (lo que los particulares le deben al estado) ni distributiva (lo que el estado le debe a los particulares), sino de justicia conmutativa en la que como principio general, rige el dispositivo.

Por otra parte, cabe destacar que históricamente, en condiciones de normalidad -es decir fuera de la emergencia económica por plazo determinado legalmente de forma expresa- nunca se discutió desde el Código de Vélez hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que las previsiones legales o voluntarias que previeran que una deuda en moneda extranjera se debía pagar en moneda extranjera afectara al orden público o al bien común.

El orden público o bien común, como bases fundantes del Estado, de la Sociedad, de la Argentina, no han cambiado en general con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que por el contrario, en materia de Obligaciones Civiles y Comerciales, muchas cuestiones se han consolidado legislativamente.

Es así, que la previsión del Art. 765 del CCCN que permite al deudor “liberarse” dando el “equivalente” en moneda de curso legal, de forma alguna afecta ningún pilar del orden público ni del interés general, cuando se trata de contratos referidos a la justicia conmutativa referidos a Derechos Personales.

Por el contrario, de no considerarse que el “equivalente” fuera una suma de moneda de curso legal que permitiera al acreedor efectivizar materialmente la cantidad de moneda extranjera comprometida en el título de la obligación, se estaría afectando la justicia conmutativa y la paz social.

Obsérvese un solo ejemplo a título ilustrativo: un deudor de moneda extranjera debe U\$S200.000 en la Ciudad de Buenos Aires, por el precio de compra de un departamento que en el mercado cotiza a ese valor en dólares “billete”. Si el dólar “alternativo” ej. MEP vale \$200 y el Oficial -materialmente imposible de adquirir- cotiza \$115,50; si el deudor pretendiera pagar al acreedor al tipo de cambio oficial, le estaría imponiendo para cancelar la obligación un pago de U\$S115.500. Luego, el acreedor no podría adquirir el mismo departamento, y el deudor podría vender el departamento a U\$S200.000, teniendo una ganancia de U\$S84.500 “billete” en perjuicio del acreedor.

Es cierto que se argumenta en general que el argentino promedio gana en pesos, y en los últimos años con una gran pérdida de poder adquisitivo que ha generalizado un empobrecimiento crónico, pero la solución al problema no puede ser la interpretación que por imperio de un tipo de cambio oficial ello implique en una situación de conflicto interpretativo tomar una parte del patrimonio del acreedor y transferirlo automáticamente al deudor mediante la fijación discrecional del tipo de cambio oficial, en los casos que resulte dicho valor inaccesible materialmente para los particulares.

Es decir, una solución como esta, afectaría claramente la paz social y las relaciones entre particulares, además que genera una retracción abrupta del crédito, ya que nadie presta dinero ante tan desproporcionado riesgo.

Resultando ser el dinero, el capital, uno de los factores de producción, su escasez o encarecimiento, claramente perjudican el conjunto de la economía y de la sociedad. Dejamos este último planteo, pero excede el objeto del presente “Trabajo Final Integrador”.

Hay además otras excepciones que la renuncia, como las obligaciones en los contratos de depósito bancario, de préstamo bancario, de descuento bancario, de apertura de crédito al contrato de mutuo, la de los intereses compensatorios, la letra de cambio o el pagaré con cláusula de pago efectivo en moneda extranjera y cuando la moneda extranjera es esencial a la finalidad del contrato.

En la cuestión referida a pagar en “equivalente” en moneda de curso legal se presenta la discusión a qué tipo de cambio debe cancelarse la obligación, aclarando que no se trata típicamente de un tipo de cambio sino de un valor de equivalencia; no obstante, en el presente se utiliza tipo de cambio por ser el vocabulario forense generalmente utilizado.

La cuestión tiene importancia práctica cuando hay restricciones parciales o totales cambiarias, no pudiendo acceder los particulares a adquirir divisas en especie al tipo de cambio oficial.

Y, ante esta situación, generalmente atento a la escasez de divisas por parte del Estado y la utilización del valor oficial del dólar como “ancla” para contener determinadas variables económicas, generan que haya varios tipos de cambio no oficiales, alternativos, algunos legales y otros ilegales, pero que no escapan a la realidad del mercado de intercambio habitual de bienes y servicios.

Es así que en la actualidad, el tipo de cambio oficial, inaccesible para la adquisición de divisas por parte de los particulares -salvo para determinadas operaciones muy restrictivas- es de \$115,50 por cada dólar; y en el mercado alternativo el valor es aproximadamente de \$200 por cada dólar.

Por lo tanto, si el deudor de moneda extranjera, sin curso legal en la República Argentina pretenderá pagar el equivalente a \$115,50 por cada dólar, el acreedor únicamente podría adquirir en especie en el mercado alternativo 0,5775 dólar; es decir, perdería más de 0.42 dólar por cada dólar que le pagan.

Si bien en las obligaciones de dar dinero como hemos expuesto, dependiendo los sistemas jurídicos rige el principio del nominalismo o del valorismo, generalmente atenuados; no cabe dudas que al calificar el Art. 765 como “dar cantidades de cosas” y no dinero, se enmarca en obligaciones de valor a las obligaciones de moneda extranjera.

El “equivalente” en moneda de curso legal, no es otra cosa que el “valor”, que permita reemplazar una cosa por otra con la misma “medida”.

Es así que el “equivalente” no puede ser otro que, como principio general, el valor real del bien, y no el valor ficto.

Algo parecido sucede en los casos de valuaciones fiscales referidas a inmuebles, que entre partes se pactan compraventas a valores reales, generalmente

muy alejados al fiscal; y a nadie se le ocurre plantear que el comprador puede pagar el precio de venta al valor expuesto en la valuación fiscal.

Esta postura es coincidente con lo establecido por el Art. 772 del CCCN que, dentro del mismo acápite de Obligaciones de Dar Dinero, dispone que en las obligaciones de valor deberá pagarse el valor real del bien al momento del pago.

Asimismo, del juego del Art. 730 inciso c) que faculta al acreedor a obtener las indemnizaciones correspondientes y del Art. 1740 y ccs. del CCCN que establece la indemnización plena, coadyuvan a la interpretación que la indemnización por “equivalente” debe ser “real”, ya que la típica indemnización por daños y perjuicios es una típica obligación de “valor”, en la que el cálculo de dicho “valor” deber ser el “valor real” al momento del pago.

La interpretación constitucional de la norma lleva a esta conclusión, ya que lo contrario sería afectar el derecho de propiedad.

Adherimos en este punto a la concepción del derecho constitucional, que entiende que si es posible interpretar una norma salvando su constitucionalidad, resulta conveniente enmarcarla en ese sentido, ya que otra interpretación la tornaría inconstitucional.

Es cierto que el manejo del tipo de cambio por parte del Estado ha sido utilizado y es utilizado como herramienta de política monetaria para contener determinadas variables económicas; pero tal potestad no puede ser una herramienta que se interprete de forma tal de vulnerar constante y habitualmente los derechos de los particulares, en el caso en el equilibrio de las prestaciones; dejando a salvo situaciones excepcionales de shocks de crisis económicas, que habrá que analizar en cada caso puntual, con leyes de emergencia económicas debidamente fundadas (tal el caso de la pesificación asimétrica dispuesta por las normas de emergencia de los años 2001/2002, que llevaron a planteos de teoría de la imprevisión, esfuerzo compartido, entre otros, para reajustar prestaciones de contratos paritarios).

BIBLIOGRAFIA.

- ALTERINI, Jorge Horacio, Código Civil y Comercial: tratado exegético - 3a ed on line- Tomo IV, Comentario Art. 765, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870338000, ASIGNADO A: USUARIOIPU, <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2019%2F42653317%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=679a8ed7a66ea4a372e50a7033545aa9&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false> (Fecha consulta: 11.2.2022)
- AMEAL, Oscar J., Director del Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial, Tomo 3, Editorial Estudio, 2017.
- AZAR, Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera. Interpretación del régimen conforme a las pautas del Código Civil y Comercial, en “Revista Código Civil y Comercial”, año 1 nro. 3, sep. 2015
- BIDART CAMPOS, La indexación de las deudas como principio constitucional, ED, 72-697
- BOGGIANO, Obligaciones en moneda Extranjera, 1987, p 3 pto II, cita jurisprudencia CNVIV, Sala C, 26/11/85, “Vignola, N.c.Colombo Marchi, J.”, LL, 1986-B-301).
- BOMCHIL, Máximo, Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas, LL online AR/DOC/2098/2015.
- BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3ª, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017.
- BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3ª, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Eduardo Conesa, “La moneda en el Código Civil y Comercial y la indexación. Propuesta de reformas dictadas por la ciencia de la economía política.”.
- BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3ª, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766 comentado por Juan José Casiello.
- BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Tomo 3ª, Ed. Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, 2017, art. 765/766, Aporte del profesor doctor PABLO LUIS MANILI, “ANALISIS CONSTITUCIONAL DE LA ‘‘PESIFICACION’’ DISPUESTA POR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.”
- CALVO COSTA, Carlos A., Derecho de las Obligaciones, -Obligaciones y Daños, Ed. Hammurabi, 2019.

- CALVO COSTA, Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con Jurisprudencia - Tomo II, Comentario Arts.765/766, EDITOR: LA LEY, ISBN: 9789870336716, ASIGNADO A: USUARIOIPU <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2060/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2018%2F42564570%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f000001628c321c0ae068c1b4#sl=0&eid=65ecbecadba4aa047c42ed2abf41b9b2&eat=97E46555-92B7-D6D7-674F-E7AB45AEA3AD&pg=&psl=e&nvgS=false> (fecha consulta 11.2.2022)
- CASIELLO, Juan J., La obligación de dar moneda sin curso legal en la República: El régimen del Código Civil y Comercial, LL online AR/DOC/
- COMPIANI, Las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial, en “Revista Código Civil y Comercial”, año 1, nro 3, sept. 2015, p 3ss.
- CSJN-Fallos, 294:434, “Camusso de Marino, Amalia c. Perkins S.A.
- EN [HTTPS://DLE.RAE.ES/VALOR](https://dle.rae.es/valor) (FECHA DE CONSULTA 23.3.2022).
- CNCiv, sala K, 21/8/2015, “De Marco, Diego c. Flores, María Gabriela y o”, sala F, 25/8/2015, “F, MR c A, CA”.
- GAGLIARDO, Mariano, Tratado de Obligaciones, Según el Código Civil y Comercial, Ed. Zavalia, 2015.
- GUFFANTI, Daniel Bautista, Obligaciones. Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores, El Derecho, 2018.
- <https://dle.rae.es/equivalente> (Fecha de Consulta 23.3.2022).
- <https://dle.rae.es/real> (fecha de consulta 2.4.2022).
- LAURA-RIVA, La moneda virtual, unidad de cuenta ontológicamente estable, 2012.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho Civil-Obligaciones”, 6 Tomos, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1980.
- LORENZETTI. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, comentario al art. 766, Ed. Rubinzal Culzoni, en 2015, t.V.
- MARQUEZ, Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial, LL, 2015-B-606
- NUSSBAUM, Teroría Jurídica del dinero, trad. Del alemán por Sancho Seral, 1929, ps. 314/315
- VITOLLO, Daniel Roque, Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado y Comentado, Ed. ERREIUS, 2016.