

Voces: MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACIONES ~ OBLIGACION DE DAR DINERO ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ MONEDA DE CURSO LEGAL ~ LEY DE CONVERTIBILIDAD ~ OPERACION CAMBIARIA ~ RESTRICCIONES FINANCIERAS ~ CONTRATO ~ CONTRATO DE CONSUMO ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ LEY DE EMERGENCIA ~ TITULO VALOR ~ INTERESES

Título: Obligaciones en moneda extranjera

Autor: Marino, Abel E.

Publicado en: LA LEY 17/09/2015, 17/09/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/3191/2015

Sumario: I. Ambito de aplicación. — II. Moneda y dinero. Curso legal. — III. El sistema del Cód. Civil — IV. Código Civil y Comercial de la Nación: Anteproyecto y Ley

Abstract: El deber de cancelar en especie y la inviabilidad del ejercicio de esta facultad por el deudor se configuran también en los casos en que la moneda extranjera ha sido considerada por las partes como esencial por la finalidad tenida en cuenta por ellas al celebrar el negocio jurídico. Por supuesto que dicha finalidad no podría resultar ilícita, por violentar prohibiciones legales —por ejemplo, no podría ser utilizada como cláusula de ajuste encubierta o como operación cambiaria por fuera del Mercado Único y Libre de Cambios (MULC)—

El Código Civil y Comercial de la Nación consagra, con epicentro en la segunda hipótesis del art. 765, un retorno al régimen originario del Cód. Civil -cuyo art. 617 disponía que la obligación de dar moneda sin curso legal en el país debía considerarse como de dar cantidades de cosas- y deja de lado la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral -más tarde del Peso-, que, desde 1991, había asimilado tales obligaciones a las de dar sumas de dinero.

En su parte final el art. 765 agrega la facultad del deudor de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal; el legislador no ha incluido pauta alguna para la determinación del mencionado equivalente (1). El sistema se completa con el art. 766, que precisa que la obligación del deudor consiste en entregar la cantidad correspondiente de la especie designada y el art. 772 que, al incorporar al derecho escrito la noción de las obligaciones de valor, establece que ellas pueden ser expresadas en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico (2).

I. Ámbito de aplicación

La categoría obligaciones en moneda extranjera se refiere a cualquier negocio jurídico que lleve aparejada, por lo menos para una de las partes, la entrega de una cantidad de moneda que no tenga curso legal en la República. Como obligación de cantidad, el deudor que asume este tipo de prestación debe, en principio, entregar la medida pactada de la clase de moneda indicada en el título de la obligación (3).

El concepto abarca un universo más amplio que el comprendido por las denominadas operaciones cambiarias, actividades reguladas por la autoridad monetaria -en Argentina, el Banco Central de la República Argentina, en adelante BCRA-, mediante abundante y variable normativa de carácter no disponible para los particulares, que ordena la actividad de las entidades que intervienen en el mercado de cambio. Ciertas conductas vinculadas con estas operaciones, en casos expresamente tipificados, pueden ser encuadradas en las sanciones represivas de la Ley Penal Cambiaria.

Quedan fuera de la noción de operación cambiaria los negocios que involucren la entrega de moneda extranjera como contraprestación por la entrega de bienes distintos de la moneda nacional -inmuebles, muebles, derechos inmateriales, servicios, etc.-, el canje entre diversas monedas extranjeras o la entrega de dicha moneda como contraprestación por la entrega de títulos de crédito, valores negociables o circulatorios, que no son dinero ni medios de pago comprendidos en la figura (4).

Una operación de cambio consiste, desde el punto de vista técnico/jurídico, en "el traspaso de divisas, primordialmente incluida la moneda extranjera, y siempre por moneda nacional" (5); por ello, la clasificación referida en la segunda hipótesis del art. 765 CCyCN, abarca además de los negocios de intercambio de divisa extranjera por nacional, otras situaciones no alcanzadas por el concepto de cambio; esto no implica minimizar la trascendencia que reviste la actividad cambiaria en general y su innegable influencia en el resto de las operaciones en moneda extranjera, no alcanzadas por el sistema regulatorio estatal.

II. Moneda y dinero. Curso legal

La actividad estatal de crear o emitir y otorgar curso legal (6) a la moneda de determinado país, nos permite establecer la diferencia entre estos dos vocablos, que en el uso corriente resultan expresiones equivalentes. En tal inteligencia moneda es el género, constituido por todas aquellas cosas que el hombre acepta y utiliza como instrumento de intercambio y dinero es la especie, es decir, la moneda de un determinado país, según la ley positiva que la crea y le otorga poder cancelatorio de las obligaciones.

La moneda es, pues, una objetivación material del concepto de dinero, en la medida que ha sido emitida y autorizada por el Estado. El dinero, por su parte, tiene, además de su configuración material, una potencialidad

abstracta dado que, si bien no pierde su condición de cosa mueble, su verdadera importancia no radica en dicha condición, sino en su carácter de título, de derecho de demanda sobre bienes del mercado (7). No toda moneda constituye dinero, dependiendo del sistema monetario de un Estado en particular, el tratamiento que se otorga a ciertos signos monetarios a los que la autoridad estatal asigna poder cancelatorio y regula de manera coordinada con las monedas de otros países. La emisión por el Estado y el curso legal, nos permite distinguir la moneda extranjera del dinero o moneda nacional. En principio, aquellos signos monetarios -moneda, cuerpos materiales- no son dinero fuera de los límites del país que los emitió y sólo pueden ser identificados como moneda extranjera, carentes de curso legal.

III. El sistema del Cód. Civil

En su redacción original el art. 617 del CCiv. consideraba a estas obligaciones como de dar cantidades de cosas -y no de dar dinero-. Cabe aclarar que la moneda extranjera nunca fue dinero de curso legal. Vélez consideró a las monedas extranjeras como cosas y dispuso que las obligaciones que las tuvieran por objeto, debían considerarse como de dar cantidades de cosas. No obstante, los usos y costumbres determinaron el uso de la moneda extranjera de manera más amplia, lo que hace necesarias algunas precisiones.

a. Período previo a la Ley 23.928.

En el extenso período que comenzó con la sanción del Cód. Civil en 1869 y se extendió hasta el 31 de marzo de 1991, dicha moneda era utilizada en los negocios jurídicos internos de distintas formas.

a.1. Como "cosa": es decir, como objeto específico debido, moneda "mercancía", en cuyo supuesto se aplicaban, además de lo dispuesto por el art. 617 en su redacción original, el 607 del Cód. Civil El deudor debía cumplir entregando las especies monetarias designadas en la obligación. En este caso, la moneda extranjera no era sustituible ni puede ser satisfecha "por equivalente" entregando moneda nacional, so pena de violar el principio de identidad del pago.

Se citaba como ejemplos de esta modalidad la compraventa de moneda extranjera con finalidad numismática o para cubrir las necesidades de pago efectivo de erogaciones contraídas o a contraerse fuera del país, es decir, realizar pagos en el exterior. También se incluía la deuda del mutuuario de restituir las especies extranjeras recibidas al perfeccionarse el contrato de mutuo (art. 2240 Cód. Civil), los supuestos de depósito regular (art. 2210) e irregular (art. 2220). Finalmente se consideraron incluidas en la especie las obligaciones de restituir depósitos y préstamos constituidos en entidades financieras y bancarias, así como sus respectivos intereses, que debían ser devueltos en la misma moneda en que fueron constituidos u otorgados (art. 4 de la ley 23.758).

En estos casos, en el supuesto de incumplimiento espontáneo, el acreedor podía forzar por los medios legales al obligado a la entrega de las especies monetarias debidas, en la cantidad pertinente, con más los perjuicios por la mora. En caso de imposibilidad de pago atribuible al deudor, el acreedor podía reclamar íntegramente los daños y perjuicios que fueran consecuencia del incumplimiento; por un lado, el contravalor dinerario de la prestación específica original y además, los mayores daños que pudieran acreditarse en cada caso, sin que el actor cuente respecto de estos últimos, con la presunción de daño moratorio que surge de la aplicación de intereses, institución propia de la obligación de dar dinero nacional.

a.2 Como "precio o cláusula de ajuste": la divisa extranjera podía incluirse en el contrato entre partes nacionales, como precio de una contraprestación cualquiera, cumpliendo funciones análogas a las del dinero. En esta hipótesis la moneda extranjera era utilizada en la contratación interna con el propósito de dar estabilidad a la prestación dineraria y evitar el previsible riesgo del deterioro de la moneda nacional, es decir, como cláusula de estabilización. La validez de dichas cláusulas había sido admitida pacíficamente, pero en tanto esa divisa carecía de curso legal, en el acto de cumplimiento de la obligación se producía la conversión a moneda nacional. (8)

a.3 Moneda extranjera como dinero esencial: para evitar las distorsiones que surgían de la hipótesis precedente, algunos elaboraron una tercera postura argumentando que en determinados contratos la moneda extranjera no debía ser considerada como cosa ni como cláusula de ajuste sino lisa y llanamente como dinero, cuya entrega en la especie designada era considerada esencial para las partes (9). Ante la generalización de esta práctica hacia fines de la década de 1980, cierta doctrina y jurisprudencia de nuestro país llegó a aceptar la constitución de hipotecas en dólares norteamericanos, lo que en verdad, contrariaba varios artículos del Cód. Civil (10) y las disposiciones de los organismos de inscripción registral de dichos derechos reales sobre inmuebles (11).

Un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil del año 1988, por voto de mayoría, admitió la inscripción de la hipoteca otorgada en moneda extranjera, manifestando que la condición impuesta por el art. 3109 del Cód. Civil se cumple expresando una suma cierta en moneda extranjera, pues lo contrario sería mantener una restricción absolutamente formal y alejada de la realidad de los negocios (12).

b. La Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral

A partir del 1ro de abril de 1991, entró en vigencia la denominada Ley de Convertibilidad del Austral que, entre otros importantes aspectos, dispuso la modificación del precitado art. 617 del Cód. Civil La obligación de

dar moneda extranjera a partir de esta norma dejó de asimilarse a la de dar cantidades de cosas para producir efectos similares a la del dinero nacional. El cambio fue radical pues, durante este período, la moneda extranjera -que, pese a la reforma no era dinero porque carecía de curso legal- debía ser tratada como si fuera moneda nacional, siempre que las partes la hubieran incorporado voluntariamente a sus contratos, lo que implica que resultaban de aplicación a esta especie las reglas de los arts. 616 a 624 del Cód. Civil y toda otra disposición que aluda a las obligaciones dinerarias. Los efectos que produjo esta reforma fueron los siguientes:

b1. Legitimación del uso voluntario de la moneda extranjera: podía ser considerada como precio en los contratos de compraventa y locación (13) e incluida sin problemas como parte del contrato de hipoteca y prenda con registro (14).

b2. Inadmisibilidad de la función de "cláusula de ajuste": por aplicación de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 se dispuso -y subsiste al presente- la prohibición absoluta de ajustar la obligación de entregar moneda nacional, en una afirmación del denominado nominalismo rígido (15), según el cual existe plena identidad entre la suma o cantidad de dinero debida y la suma o cantidad con la que se cancela la obligación. La derogación de toda norma legal o reglamentaria que establezcan cualquier tipo de repotenciación -aplicación de índices de precios, variación de costos o cualquier otra forma- también alcanzaba -y se mantiene al presente- a la referencia a la moneda extranjera como mecanismo de actualización, tal como lo sostiene -aún en recientes pronunciamientos- generalizada jurisprudencia nacional, encabezada por fallos del Supremo Tribunal Federal (16).

b3. La cuestión del pago por equivalente: principio general y excepciones: la doctrina prácticamente unánime (17) consideró que quedaba derogada la regla de cumplimiento por la cantidad necesaria de moneda nacional para adquirir la moneda extranjera, toda vez que, por aplicación del principio de identidad del pago, debe entregarse necesariamente la especie designada, conforme art. 619 del Cód. Civil.

No obstante lo expuesto, si las partes hubieran dispuesto un mecanismo de cálculo específico, correspondía atenerse al procedimiento pactado. En tal sentido, en autos "Torrado, Norberto c/ Popow Alexis s/ Ejecución Hipotecaria" (18) la Sala C de la Cámara Nacional Civil resolvió en abril de 2013 que frente a la imposibilidad de adquirir dólares y encontrándose prevista dicha circunstancia en el contrato (con una correspondiente solución al respecto), corresponde aplicar lisa y llanamente lo acordado por las partes y no una solución no prevista por ellas (como sería abonar pesos equivalentes al tipo de cambio oficial). Sentado ello, cabe describir algunas excepciones legales al pago en especie de moneda extranjera.

b3.1. Procesos concursales: cabe consignar, empero, una excepción legal a este principio, en materia de procesos concursales en los que, tanto en el concurso preventivo como en el liquidatorio o quiebra, a los efectos del cómputo del pasivo y de las mayorías necesarias, las deudas en moneda extranjera deben calcularse en moneda de curso legal a la fecha de presentación del informe individual del síndico (arts. 19 y 127 de la Ley 24522), es decir, deben pesificarse.

b3.2. Las leyes de emergencia de 2002: otra excepción legal al pago en especie de la moneda extranjera, consistió en la normativa de emergencia que, en ocasión de disponerse el default de la deuda externa argentina y la pesificación de las obligaciones en esa moneda, contraídas antes y pendientes de cumplimiento total o parcial al 6 de enero de 2002, en virtud de la sanción del dec. PEN 214/2002 y de la ley 25561 (19). Esta normativa no alcanzó a las obligaciones en moneda extranjera nacidas y pagadas totalmente antes de la fecha de corte ni, por supuesto, a las nacidas con posterioridad, que actualmente pueden contraerse -y deben cancelarse- en la moneda pactada, sin que sea relevante a esos efectos, el actual carácter no convertible del peso.

b3.3. Letras de cambio y pagarés: según los arts. 44 y 103 del dec. 5965/63 aplicable a tales títulos valores, cuando hubieran sido librados para ser pagados en moneda sin curso legal en el país, su cancelación podía ser efectuada en moneda nacional a menos que se hubiera pactado la cláusula de pago efectivo en moneda extranjera. (20).

b4. Intereses compensatorios y moratorios

Una de las consecuencias prácticas más importantes de la asimilación de moneda extranjera a la nacional, consistió en la posibilidad de pactar intereses al igual que en el caso del peso de curso legal en el país. Además, en caso de retardo, el deudor moroso de una obligación de dar moneda extranjera debe los intereses moratorios y está alcanzado por un régimen indemnizatorio especial tarifado, limitado por ende a la cuantía de tales intereses.

b5. Ejecuciones judiciales

Por aplicación del mismo principio de cumplimiento en especie, las acciones judiciales por cumplimiento de obligación de moneda extranjera se llevaban adelante del mismo modo que las de moneda nacional. Así la demanda, el mandamiento de embargo, la orden de embargo registral si correspondiere y la subasta judicial, todo ello se realizaba en moneda extranjera, resultando inaplicables -por colisionar con las leyes de fondo- las normas procesales locales que manden llevar adelante la ejecución por el equivalente en moneda nacional (21).

IV. Código Civil y Comercial de la Nación: Anteproyecto y Ley

El Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora integrada por los Dres. Ricardo LORENZETTI,

Elena I. HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en la parte relativa a las obligaciones de moneda nacional y extranjera, dispuso -y así fue aprobado por el Congreso- que para las obligaciones que se contraigan en moneda nacional, es decir, de curso legal, el mantenimiento del principio nominalista, -antes establecido por el art. 619 del Cód. Civil. La primera hipótesis del artículo 765 dispone que el deudor se libera entregando la cantidad designada al momento de constitución de la obligación. La novedad se incluye con la admisión expresa de la categoría de deudas de valor, reguladas en el art. 772, refiriéndose al valor real, al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda, pudiendo incluso expresarse en moneda sin curso legal, que sea habitualmente usada en el tráfico.

En el art. 765 segunda hipótesis, sobre obligaciones sin curso legal, el Anteproyecto de la Comisión mantenía lo previsto en el art. 617 del Cód. Civil, en su redacción de 1991 según Ley 23.928, ratificada en 2002 por la Ley 25.561. A tenor de la redacción propuesta, debían ser consideradas como obligaciones de dar sumas de dinero. Por último el art. 766, según el texto del Anteproyecto, preveía que la liberación sucedía al entregar la especie designada, tanto para la moneda con curso legal como sin curso legal.

Luego de completar su trámite legislativo, el art. 765, en su primera parte, ratificó el texto del Anteproyecto y lo modificó en su última parte, relativa a las obligaciones de dar moneda extranjera. En ese pasaje dispone 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 podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal."

En consecuencia, se mantiene el principio nominalista en materia de obligaciones de dar dinero de curso legal en el país, pero se modifica el art. 765 en su parte final, volviendo en lo sustancial al sistema que surgía de la redacción original del art. 617 del Cód. Civil, antes de su modificación por la Ley 23.928; las obligaciones en moneda extranjera vuelven a ser obligaciones de dar cantidades de cosas y se crea una facultad del deudor que contrata en moneda extranjera, de liberarse entregando el equivalente, en moneda de curso legal. Esto parece desarticulado con otra modificación al Anteproyecto, la del art. 766, que al describir la obligación del deudor, señala que éste debe entregar la cantidad correspondiente de la especie comprometida-, eliminando la referencia a las dos especies de moneda -con o sin curso legal- que poseía el artículo propuesto por la Comisión Redactora. Analizaremos a continuación las principales características y efectos que lleva aparejada la nueva regulación de este tipo de obligaciones.

A. Validez de las obligaciones en moneda extranjera.

El texto admite expresamente la concertación de obligaciones en moneda que no tenga curso legal en la República, pero no con la asimilación a la moneda que tiene esa característica, sino concebidas como obligaciones de dar cantidades de cosas. Esto debe integrarse con la normativa de fondo y reglamentaria sobre actividad cambiaria y de ingreso/egreso de divisas, así como con la que tipifica delitos penales vinculados con infracciones a la precitada normativa y con la continuidad de la prohibición de utilizar la moneda extranjera -como cualquier otro medio explícito o encubierto de repotenciación- para el reajuste por desvalorización monetaria.

La moneda extranjera no puede ser catalogada como una simple cosa fungible; ciertamente participa de esa calidad, pero su tratamiento jurídico debe observar las características particulares que se derivan de su condición de dinero en otros Estados -lo que explica la intervención estatal en todo lo relativo a la actividad de negociación internacional de bienes y servicios-, la costumbre arraigada en nuestro país para la utilización de dicha moneda con finalidades de atesoramiento -lo que motiva el dictado de normas restrictivas a su libre comercialización, especialmente en épocas de disminución de la oferta de divisas- y hasta 1991 de su corriente utilización como cláusula de estabilización monetaria en los contratos locales sobre bienes nacionales.

Debemos distinguir, pues, distintas hipótesis de obligaciones que involucran la entrega de moneda extranjera, que llevan aparejadas, a nuestro criterio, diferentes soluciones jurídicas: por un lado, las denominadas Operaciones de Cambio y Egreso/Ingreso de divisas derivadas del Comercio Exterior. Otra especie, por descarte, se puede definir como Otros Negocios en Moneda Extranjera. En esta categoría, podemos advertir dos subespecies; por un lado los denominados contratos paritarios y por el otro, los negocios susceptibles de incorporación al dispositivo tuitivo de usuarios y consumidores [\(22\)](#).

a) Operaciones cambiarias

La operación de cambio consiste en el traspaso de divisas, primordialmente incluida la moneda extranjera y siempre por moneda nacional. Existen dos especies: las operaciones de contado, en las que las partes intercambian sus monedas sin continuidad en el tiempo [\(23\)](#) o a término [\(24\)](#), es decir, cuando existe un acuerdo anticipado del tipo de cambio al cual debe liquidarse la transacción en cierto tiempo futuro. En ambos casos, el denominado cierre de cambio es el momento clave de la operación, productor de consecuencias concretas jurídicas civiles (irrevocabilidad del acto) y penales (autoría y consumación de un ilícito cambiario).

En el caso de las operaciones cambiarias y de comercio exterior, el art. 617 debe necesariamente integrarse con un sistema integrado por normativa de carácter público que rige la materia. Dejamos fuera del alcance de este trabajo las operaciones de comercio exterior y de control al ingreso y egreso de moneda extranjera a nuestro

país, sistema integrado fundamentalmente por normas aduaneras, de Derecho Internacional Público y Privado y regulaciones impuestas por las autoridades monetaria e impositiva (25).

Además de la normativa cambiaria que regula la compraventa de moneda extranjera y el ingreso y egreso de divisas, deben tenerse presentes las siguientes leyes: la Nro. 18.924, o de Entidades Cambiarias, la Nro. 19.359 y modificatorias especialmente la 24.144, cuerpo normativo ordenado por Decreto 480/95, también conocida como Ley del Régimen Penal Cambiario, y la Ley Nacional Nro. 26.683, de lavado de dinero, que tipifican infracciones y sus consecuentes sanciones pecuniarias o, en caso de reincidencia, privativas de la libertad.

En cuanto a la Ley de Entidades Cambiarias, su art. 1° dispone que "Ninguna persona podrá dedicarse al comercio de compra y venta de monedas y billetes extranjeros, oro amonedado y cheques de viajero, giros, transferencias u operaciones análogas en divisas extranjeras, sin la previa autorización del BCRA para actuar como casa de cambio, agencias de cambio u oficinas de cambio". También pueden realizar estas operaciones, las entidades financieras reguladas por la ley 21.526 (art. 22 inc. i) y sus modificatorias.

Dentro de las conductas reprimidas por el Régimen Penal Cambiario nos parece relevante destacar el art. 1ro de la Ley 19.359 cuyo inc. a) señala que la infracción queda configurada cuando se efectúa o practica una operación de cambio sin intervención de la entidad o institución autorizada para desempeñarla. La infracción penal al deber jurídico, consiste en realizar cualquier transacción que responda a la naturaleza jurídica del contrato de cambio -repárese en el destacado- por fuera del sistema formalmente autorizado para llevarla a cabo, ya sea en forma de billete o divisa, mediante entrega manual directa de la moneda extranjera o transferencias, giros, órdenes de pago, etc. entre entidades bancarias o financieras, que finalmente se completen con la entrega manual de la divisa o moneda extranjera.

En cuanto a la configuración del tipo penal, la doctrina agrega como requisito la habitualidad, ya que -según esta postura- no cabría reprimir la realización de una o más operaciones aisladas, sino que la previsión recaería sobre la conducta de quien intermediara en forma habitual entre la demanda y oferta de moneda extranjera, careciendo de la autorización pertinente (26). No obstante, la jurisprudencia parece adherir a la postura minoritaria. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, en junio de 2004, condenó a la pena de multa a la Sra. Hortensia Elena Murillo por considerarla coautora del delito previsto por el art. 1ro inc. a) de la Ley Penal Cambiaria, por haber vendido doscientos dólares a un particular -los comúnmente conocidos arbolitos- es decir, haber negociado cambio sin intervención de un operador autorizado.

Es pacífico el criterio de no considerar operación de cambio el simple cumplimiento de una obligación en moneda extranjera que no responda a un contrato de cambio, como por ejemplo, el pago en dólares estadounidenses del precio de una compraventa inmobiliaria (27) o de otros bienes muebles, registrables o no, semovientes o bienes inmateriales, o de servicios (28) o de monedas extranjeras entre sí -incluyendo el canje de moneda extranjera billete por moneda extranjera transferencia-, lo que constituiría una suerte de permuta o arbitraje, o de compraventa de títulos de crédito, valores negociables o títulos circulatorios -cheques, títulos de deuda, acciones-, hipótesis todas que se encuentran fuera de la noción de operación de cambio (29).

El 14/3/2015, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico dictó fallo en autos "BBVA Banco Francés SA y Otros s/ Infracción Ley 24.144", con relación a las operaciones conocidas como "contado con liquidación" (30). En forma unánime el Tribunal confirmó la sentencia de grado, que había absuelto a los sumariados, por cuanto las operaciones en cuestión no fueron de cambio en su sentido técnico, dado que sólo se verificó el intercambio de pesos o divisas por títulos valores no había norma punitiva previa. El principio de reserva (art. 19 Const. Nac.) exige que la ley penal prevea las acciones punibles de manera clara, precisa y cierta, lo que no ocurrió en este caso. Considera, asimismo que si bien con posterioridad a la fecha de las operaciones observadas, el BCRA dictó normas que condicionaban su realización (31), por el principio de irretroactividad de la ley penal, aquéllas no resultan aplicables al caso de autos. Finalmente, afirma que la naturaleza jurídica de las operaciones no puede ser apreciada desde la óptica de las pretensiones o finalidades tenidas en mira por los intervinientes, sino desde aspectos objetivos de sus características estructurales. El pronunciamiento comentado quedó firme, ante el rechazo que la Corte Suprema efectuó respecto del recurso extraordinario presentado por la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos -PROCELAC- sin fundamentación, por aplicación del art. 280 del CPCCN (32).

Al presente y como consecuencia de los acontecimientos económicos que determinaron -entre otros efectos- el default de la deuda externa argentina, se instauró en nuestro país una política de control monetario y cambiario del flujo de divisas y moneda extranjera, instrumentado principalmente mediante comunicaciones y circulares del BCRA. A principios de 2002 se creó el Mercado Único y Libre de Cambio -en adelante MULC- como único ámbito legal para realizar operaciones cambiarias y se desarrolló una abundante actividad estatal de regulación de los negocios cambiarios y de fijación del tipo de cambio, es decir, el número de unidades de moneda argentina que, para determinadas operaciones, deben entregarse para adquirir una cantidad de moneda extranjera

En cuanto a la compraventa de moneda extranjera, las Comunicaciones del BCRA establecieron la obligatoriedad de ingreso de la operación al MULC al momento de realizar la inversión así como también una serie de requisitos que deben cumplirse para su efectiva concreción - por ej., la conformidad previa estatal para

la realización de tales operaciones, salvo los casos expresamente previstos, entre otros, la suscripción de títulos públicos del Gobierno Nacional emitidos en moneda extranjera, el pago de deudas con acreedores externos, el pago de importaciones y la realización de inversiones directas en el exterior- (33).

b. Otros negocios en moneda extranjera

Por exclusión, el resto de las operaciones no alcanzadas por el concepto de operaciones cambiarias como, reiteramos, el pago en dólares estadounidenses del precio de una compraventa inmobiliaria, o de otros bienes muebles, registrables o no, semovientes o bienes inmateriales, o de monedas extranjeras entre sí -incluyendo el canje de moneda extranjera billete por moneda extranjera transferencia-, lo que constituiría una suerte de permuta o arbitraje, o de compraventa de títulos de crédito privados, tales como valores negociables o títulos circulatorios -cheques, títulos de deuda, acciones-, deben tratarse de acuerdo a las normas generales establecidas para los contratos y las obligaciones que de ellos emanan, por encontrarse fuera del alcance de la regulación administrativa y penal antes descripta.

Estos negocios en moneda extranjera, -y las obligaciones en moneda extranjera que de ellos emanan- deben ser tratados en el marco general del derecho de obligaciones, con predominancia del principio de autonomía de la voluntad y libertad de creación, regulación, aplicación e interpretación. Debe, empero ponerse de resalto que, si se tratara de un acto de consumo, estos principios cederán ante el principio general que informa este subsistema jurídico: el principio pro consummatore.

a) Negocios paritarios

Veamos, seguidamente, los efectos que surte el nuevo sistema en las obligaciones en las que, en principio, las partes concurren en pie de igualdad y fuera del ordenamiento imperativo cambiario.

1. Remisión a las obligaciones de dar cantidades de cosas.

El legislador ha considerado que las obligaciones en moneda extranjera no son de dar dinero, sino de dar cantidades de cosas; pero la clasificación que reconocía la existencia de una categoría autónoma de obligaciones de dar cantidades de cosas, había sido omitida por el Anteproyecto de la Comisión en su art. 762, manteniéndose su texto sin modificaciones luego de su paso por el Poder Ejecutivo. En efecto, el art. 765 en la versión finalmente aprobada, nos envía a una clasificación que, existente en el CCiv., no ha sido mantenida autónoma por el CCyCN, ya que ha sido absorbida por la categoría de las obligaciones de género, es decir de dar cantidades de cosas no fungibles, cuyo proceso de elección, según surge de la regulación actual, es diferente. La norma está incluida en el Parágrafo 4to, Obligaciones de género, dentro del Título I, Obligaciones en general, del Libro Tercero Derechos Personales, del nuevo CCyCN, art. 762 .

El art. 762 regula las obligaciones de género, categoría que incluye los supuestos en que el objeto consiste en la entrega de una cosa inicialmente no individualizada, pero sí determinada por su especie o cantidad, configuración coincidente con el régimen del CCiv. en materia de obligaciones de dar una cosa cierta no fungible (arts. 601 a 605) (34). Se mantiene la preferencia del deudor para la individualización así como la inducción a que la misma recaiga sobre una cosa de calidad media.

Ante la falta de regulación específica de las obligaciones de dar cantidades de cosas y resultando escueta la regulación de las obligaciones de género, será tarea de la doctrina y jurisprudencia establecer los contornos de la asimilación, para lo cual entendemos que corresponderá acudir a las disposiciones del CCiv. derogado -arts. 606 a 615- y su doctrina. Una vez contadas las cantidades de moneda extranjera cuya entrega se debe, éstas han quedado individualizadas. La calidad, obviamente, no estará en discusión, (los billetes valen por su carácter representativo y no por su calidad individual) aunque sí la especie (será el signo monetario del país o autoridad monetaria emisora y así veremos que la determinación será de dólares, euros, yenes, etc.). La concepción de la moneda extranjera como una cosa fungible y la derogación de su anterior asimilación al dinero, nos permite extraer las siguientes consecuencias:

- Las obligaciones en moneda extranjera no generarán intereses compensatorios -no son dinero- ni moratorios. Más adelante analizaremos las consecuencias del incumplimiento -más concretamente, su posible transformación en una obligación de dar moneda de curso legal- pero, por su carácter de cosa fungible no dineraria, la extensión del resarcimiento se regula por el sistema general y no por la tarifada vinculada con las de dar dinero.

- La moneda extranjera no puede ser utilizada como precio en el contrato de compraventa -art. 1123 CCyCN- ni de locación -art. 1187 CCyCN-, que expresan que dicho precio será fijado en dinero. Sí podría integrar el intercambio del dominio sobre cosas que no son dinero, propio del contrato de permuta -art. 1172 CCyCN-.

- Tampoco podrá ser tomada como precio en los contratos de suministro (art. 1176 CCyCN), locación de cosas (35), de servicio y de obra (arts. 1493, 1208, 1251 y 1255 CCyCN), leasing (art. 1227 y 1229), transporte (art. 1280), mandato (art. 1322) y renta vitalicia (art. 1599), entre otros.

- No puede ser incluida como monto en la constitución de derechos reales de garantía, puesto por el art. 2189 -que consagra el principio de especialidad de la hipoteca-, dicho monto debe ser estimado en dinero y la

moneda extranjera no lo es.

- Sí podrá ser objeto del contrato de mutuo, por cuanto el art. 1525 permite que sean cosas fungibles. En este caso, la norma prevé la obligación del deudor de devolver cosas de la misma calidad y especie.

- En cuanto al contrato de depósito bancario, el art. 1390 establece la obligación del banco depositario de restituir la cantidad en moneda de la misma especie (36). Si se concretara un depósito en moneda extranjera, la institución bancaria estaría en condiciones diferentes al deudor no bancario, ya que no se incluye la facultad que este último tiene para liberarse entregando moneda de curso legal. De todos modos, provoca incertidumbre la nominación de este contrato, que se refiere al depósito en dinero, y como hemos visto, la moneda extranjera ha dejado de serlo.

- El resto de los contratos bancarios, al perder la moneda extranjera su calidad de dinero, así como su aptitud para generar intereses, deberá ser revisado, a la luz del nuevo tratamiento aplicado por la segunda hipótesis del art. 765, juntamente con la Ley de Entidades Financieras y la normativa reglamentaria del BCRA, reiteradamente mencionada en el CCyCN (v gr., arts. 1738, 1739, 1387, etc.).

2. La potestad del acreedor: exigibilidad de cumplimiento específico.

Pese a que la parte final del art. 765 establece que el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, en los contratos paritarios que involucran para, por lo menos una de las partes, la entrega de moneda sin curso legal en la República, a nuestro criterio la nueva regulación no produce efectos diferentes a los correspondientes a cualquier obligación y, por imperio del nuevo art. 730 CCyCN -similar al antiguo 505 del CCiv.- subsiste para el acreedor la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento en especie, por el deudor o por un tercero a costa del deudor y, en su defecto, reclamar la indemnización de daños y perjuicios integrales -no ya tarifados como sería si se hubiera mantenido la asimilación a dinero- derivados del incumplimiento, con la extensión que describiremos más adelante.

Es decir, nada obsta a nuestro criterio para que el acreedor demande la entrega de la moneda extranjera en especie y que el pago, como primera hipótesis, debe realizarse en la especie designada, conforme arts. 766 -de lo contrario carecería de sentido su mantenimiento en el texto del CCyCN- y el principio de identidad del pago -arts. 740/741 CCyCN-.

3. La facultad del deudor de liberarse entregando moneda nacional

Según el art. 765 in fine el deudor en moneda extranjera podrá liberarse transformándola en obligación en moneda nacional. El art. 765 del Proyecto al regular esta cuestión dice: "el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal". Ante el texto transcrito, cabe reflexionar sobre si la mencionada facultad puede ser renunciada a priori por el deudor o si, por el contrario, la posibilidad de reemplazar el cumplimiento específico es irrenunciable, por considerar el art. 765 como una norma imperativa, no disponible para las partes.

Hemos dicho antes que, a diferencia del régimen de orden público aplicable a las denominadas operaciones cambiarias, el resto de los negocios jurídicos que involucran la entrega de moneda extranjera se encuentra incluido en un sistema en el que predomina la autonomía de la voluntad (arts. 958, 959, 962 y cdtes. del CCyCN). En especial, nos parece oportuno remarcar la claridad con que el art. 962 explica el funcionamiento de las normas legales relativas a los contratos y su carácter, en principio, supletorio de la voluntad de las partes, y, como excepciones a dicho principio, los supuestos en que tales normas resultarían indisponibles en atención a "su modo de expresión, su contenido o su contexto".

En tal sentido, en cuanto al modo de expresión, entendemos que la utilización del verbo transitivo podrá (37), no consagra un derecho irrenunciable para el deudor, quien puede abdicar de dicha facultad tanto in obligatione -al momento de contraer la obligación o en cualquier momento posterior antes de la exigibilidad- como in solutione -al momento del pago-.

En cuanto al contenido y contexto, la remisión al sistema de dar cantidades de cosas -hoy absorbido por la clase de obligaciones de género- es otro elemento de relevancia al momento de interpretar y aplicar la especie en estudio. En efecto, al retornar al régimen anterior a la Ley de Convertibilidad, cabe recordar lo antes expuesto en estas líneas, en cuanto a los casos en que el deudor en moneda sin curso legal carecía de posibilidad de liberarse mediante el pago por equivalente. Por ejemplo, cuando se consideraba a la moneda extranjera como "cosa" u "objeto específico", insustituible, propio de los contratos de mutuo (art. 2240 Cód. Civil actual 1525 del CCyCN), depósito (art. 2210 Cód. Civil), o como hoy prevé el art. 1390 del CCyCN para el contrato de depósito bancario, en cuyo caso la entidad bancaria debe restituir dicho depósito en la especie entregada.

En otro orden, al no mencionarse el Decreto Ley 5965/65 sobre Letra de Cambio y Pagaré, dentro de las derogaciones derivadas de la aplicación del nuevo código, debemos entender que no sufre modificaciones. Por lo tanto sería válido insertar en esos papeles de comercio la cláusula de "pago efectivo en la moneda extranjera". Sin ella, el importe puede ser abonado en moneda local, al cambio del día del vencimiento, aunque "el valor de la moneda extranjera se determina por los usos del lugar del pago", o sea que al mencionar "los usos" del lugar de pago, podría entenderse que se trate del valor real del mercado libre, que es el valor necesario para poder

obtener la divisa extranjera cuando existan restricciones para su adquisición.

En consecuencia, afirmamos junto a muy autorizada doctrina (38) que la facultad incluida en el art. 765 in fine del CCyCN tiene carácter dispositivo y ya sea por decisión de las partes o de la ley, puede ser dejada de lado la facultad de conversión.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió, con fecha 25 de agosto de 2015, que la facultad asignada al deudor por el art. 765 del CCyCN no es 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, pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada.

En efecto, en los expedientes "Fau, Marta Renée c/ Abecian, Carlos Alberto y otros s/ consignación" -Expte: 79.776/2012- y "Libson, Teodoro y otros c/ Fau, Marta Renée s/ ejecución hipotecaria", -Expte: 76.280/2012- los Dres. GALMARINI, POSSE SAGUIER Y ZANNONI resolvieron confirmar la sentencia de grado según la cual se rechazó una demanda de pago por consignación promovida por una deudora de un mutuo en dólares estadounidenses con garantía hipotecaria, celebrado con los demandados el 15 de febrero de 2012. La actora se obligó a devolver la suma recibida en 36 cuotas, de las cuales canceló las seis primeras y, posteriormente, manifestó que le resultaba imposible adquirir en el mercado oficial la especie prometida, atribuyendo tal imposibilidad a un acto del poder público es decir, fuerza mayor. Paralelamente, a raíz de la mencionada hipoteca, los acreedores iniciaron el juicio de ejecución a fin de cobrar el crédito originado en el contrato de mutuo. La magistrada de primer grado rechazó la consignación promovida en dicho expediente y desestimó la excepción de pago invocada por la deudora hipotecaria, mandando llevar adelante la ejecución hasta que la deudora haga íntegro pago a los actores de las sumas adeudadas.

Ambos pronunciamientos fueron apelados y la Sala F resolvió que, "conforme 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 resulte de carácter indisponible (art. 962)". Asimismo, el fallo invoca lo dispuesto por el nuevo art. 7 CCyCN -que regula la aplicabilidad temporal de las normas y, consecuentemente, la forma de resolver el denominado derecho transitorio- y, en tal sentido, recuerda que "cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de celebración del contrato" (39).

De manera concluyente, la Cámara Civil de la Capital entiende que "El art. 765 del Código Civil y Comercial 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. 958/962 del código citado) pacten -como dice el art. 766 del mismo ordenamiento- que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada..." (40).

Por tal motivo, al tratarse de normativa supletoria, aplica en la especie las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Cód. Civil. La consignación efectuada mediante el depósito de las cuotas pendientes en pesos al tipo de cambio oficial, fue considerada inválida por incumplimiento de los requisitos de identidad e integridad en cuanto al objeto del pago.

Además de la hipótesis resuelta en este supuesto, dejamos sentada nuestra opinión en cuanto a que el deber de cancelar en especie y la inviabilidad del ejercicio de esta facultad por el deudor, se configuran también en los casos en que la moneda extranjera ha sido considerada por las partes como esencial por la finalidad tenida en cuenta por ellas al celebrar el negocio jurídico (41). Por supuesto que dicha finalidad no podría resultar ilícita, por violentar prohibiciones legales -por ejemplo, no podría ser utilizada como cláusula de ajuste encubierta o como operación cambiaria por fuera del (MULC)-.

Pero sí podría admitirse su utilización en negocios vinculados con el pago por la entrega de bienes o la prestación de servicios (42) en el país, cuya contraprestación sea moneda extranjera como condición de la operación. En el caso, no existiría el intercambio de divisas por pesos, propio de la operación cambiaria y, siempre que pudiera invocarse -y probarse- cualquier finalidad lícita -no lo sería si se interpretara como una forma de escape a la prohibición indexatoria- no habría inconveniente alguno para su inclusión en los contratos y ejecución específica.

4. Invocación de la imposibilidad de pago en especie.

El art. 955 del CCyCN atribuye efectos extintivos de la obligación a la Imposibilidad de Cumplimiento, siempre que se configuren los requisitos de sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva, producida por un caso fortuito o fuerza mayor, siendo que, si la imposibilidad se presenta por causas imputables al deudor -o, agregamos, susceptibles de conocimiento por éste o carentes del carácter extraordinario, imprevisible o inevitable que caracteriza al casus-, la defensa no resultaría invocable.. El art. 956 se refiere a la imposibilidad temporaria, que sólo tendrá efecto extintivo cuando el plazo es esencial o cuando la duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

En tal sentido, el fallo Fau c/ Abecian, antes citado, desestimó la alegación de la deudora en cuanto a que las actuales restricciones a la adquisición de moneda extranjera en el mercado cambiario fueran suficientes como para tener por acreditados tales requisitos, toda vez que "...Como lo ha sostenido esta Sala en similares

precedentes, existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida...". (43).

Este temperamento podría modificarse en caso de sobrevenir el dictado de disposiciones legales o reglamentarias que impusieran restricciones totales y absolutas, verdaderamente insuperables, a la adquisición de la moneda extranjera, en cuyo caso quedaría perjudicada la posibilidad de cobro en especie y, en tal caso, deberíamos acudir a la hipótesis del pago por equivalente, conforme las pautas que más adelante se expondrán.

5. El carácter de obligación de valor.

El art. 772 el Proyecto incorpora expresamente las llamadas "deudas de valor", es decir que, si por el incumplimiento de una obligación de dar moneda extranjera, considerada como de dar cantidades de cosas se genera la obligación de resarcir, esa indemnización, al ser una deuda de valor, comprenderá la cuantificación integral de los daños sufridos, debiendo justamente ponderarse los daños según "el valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda". En una obligación pactada en moneda extranjera, ante el incumplimiento, debe ser calculado al valor real, de mercado, de dicha moneda, que puede no coincidir con el tipo de cambio oficial, especialmente en épocas de restricciones a la libre adquisición de divisas.

La obligación en moneda extranjera es claramente una deuda de valor, no sólo porque así quedan emplazadas las obligaciones de dar cantidades de cosas (44) en caso de incumplimiento, sino porque el art. 772, que consagra legislativamente la creación doctrinaria de las obligaciones de valor, expresamente prevé que a los efectos de su cuantificación, puede utilizarse una moneda sin curso legal, que sea de uso corriente en el tráfico comercial, con lo cual en una obligación pacta en moneda extranjera, si no se entregara la especie designada originariamente, el cálculo de conversión de efectuarse al valor real de dicha moneda (45).

6. El tipo de cambio al que debe convertirse la deuda

Aun cuando se considerase que la facultad del deudor de liberarse entregando moneda nacional fuera de orden público y, por ende, irrenunciable para el deudor, o si el deudor se viera totalmente imposibilitado de acceder a la adquisición de divisas por la existencia de mecanismos, más o menos intensos de control de cambios, o si nada se dijera sobre la renuncia a la facultad del deudor en el negocio jurídico, ella podrá ser invocada y la liberación obtenida con la entrega de moneda nacional. En este caso, corresponde definir el valor de conversión a ser utilizado y, en tal sentido, opinamos lo siguiente.

Si las partes hubieran establecido una tasa de cambio determinada, deberán atenerse a lo pactado, salvo que dicha determinación fuera ilícita por aplicación de normas generales de los actos jurídicos (lesión, dolo, etc.) o por tratarse de una forma encubierta de evadir la prohibición de reajuste derivada de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928. En tal sentido, no vemos inconveniente alguno en que el contrato se refiera a la cotización de la moneda extranjera en el mercado oficial de cambios -si existiera-, o el de otra plaza, o el vinculado con la cotización de títulos de la deuda pública relacionados con la moneda extranjera, que pueden ser fijados en una paridad 1 a 1 o bien con el incremento que acuerden (v gr., 1,5 veces el precio del dólar tipo vendedor fijado por el Banco de la Nación Argentina).

Si nada hubieran dicho, descartamos toda posible referencia a operaciones cambiarias prohibidas por el sistema jurídico imperante (v gr. el valor del dólar en el mercado ilegal de cambios). En cambio, nos parece procedente que por aplicación del carácter de obligación de valor, que surge de su calidad de obligación de dar cantidades de cosas y por expresa consagración en el art. 772 CCyCN, deuda de valor expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico, el deudor deberá entregar en moneda nacional la cantidad necesaria para adquirir la suma de moneda extranjera convenida (46).

En tal sentido, el precedente Fau c/ Abecian, al referirse a las operaciones de adquisición de bonos que, canjeados, posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida, rechaza toda posibilidad de que las sumas de dinero nacional depositadas en consignación por la actora calculadas al tipo de cambio oficial publicado por el Banco Nación, resultaran suficientes para la liberación, por cuanto tales cantidades no permiten a los acreedores obtener el reintegro de lo dado en préstamo o el equivalente para su adquisición en la misma moneda que fue entregada a la deudora (47).

7. Imposibilidad de utilizar la moneda extranjera como cláusula de ajuste.

Por las mismas razones y fundamentos vigentes desde la sanción de la Ley 23.928, ratificada por la Ley 25.561, y el carácter expreso de orden público de tales leyes, la moneda extranjera no podrá ser utilizada en la segunda de las funciones que, históricamente, había sido incorporada a la costumbre de los negocios civiles y comerciales. Cabe al respecto, referir en extenso a los fundamentos del caso Massolo del año 2010, en que la Corte Suprema deja sentada la doctrina vigente en la actualidad sobre el particular (48).

8. Efectos del incumplimiento del deudor.

A falta de una regulación específica, consideramos que el legislador ha considerado suficiente la previsión genérica establecida en el nuevo art. 730 CCyCN que, al igual que el derogado art. 505 del Cód. Civil, ante el incumplimiento espontáneo del deudor, asigna derecho al acreedor para demandar el cumplimiento en especie o

in natura, o bien el cumplimiento por otro a costa del deudor o para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes -sean éstas el id quod interest o contravalor dinerario sustitutivo de la prestación originariamente comprometida, y también los llamados mayores daños, sea por mora o por incumplimiento total, absoluto y definitivo-.

Las obligaciones de dar cantidades de cosas -a las que remite el nuevo art. 765- sí estaban expresamente reguladas en los arts. 606 a 615 del Cód. Civil, por lo que resulta de suma utilidad hacer mención a los efectos que le asignaba el cuerpo legal derogado. La primera norma -art. 606 Cód. Civil.- las define como aquéllas que consten de número, peso o medida. Se trata, pues, de las obligaciones de dar cosas inciertas fungibles, cuyos actos de individualización son, justamente, la actividad de contarlas, pesarlas o medirlas. Los derechos del acreedor frente al incumplimiento de este tipo de obligaciones consisten en la alternativa de exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad, con los perjuicios e intereses, "o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación". En el régimen del Cód. Civil. se consagraba la acción del acreedor para demandar la entrega de la cantidad de cosas comprometida, de igual especie y calidad, con más los daños y perjuicios por la mora y, en su defecto, la indemnización total de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento total y definitivo.

En cuanto a la valuación del daño resarcible, resulta de suma importancia recordar lo que disponía el art. 608, que consagraba el derecho del acreedor de exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e intereses, o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación. De esto se deduce que el valor de las cantidades debidas debe determinarse por su costo de reemplazo al tiempo del vencimiento (49).

Este efecto consiste, lisa y llanamente, en el id quod interest que modifica el objeto de la obligación, pero no produce novación alguna. A este contravalor dinerario en reemplazo de la prestación en especie, algunos autores agregan los intereses moratorios (50). Por nuestra parte, con apoyo en el antiguo art. 519 del Cód. Civil, y de los actuales arts. 1738 y 1740 del CCyCN, la indemnización no se limita a los intereses moratorios -como sí sucedería si se hubiera mantenido la asimilación a obligación de dinero- sino que comprende el daño emergente y el lucro cesante, es decir, la ganancia que podría haber logrado el acreedor efectuando negocios con las cantidades recibidas en tiempo propio. En suma, se trata de un agravamiento objetivo de la situación del deudor que incumple, ya que la reparación no será tarifada sino integral.

9. Cuestiones procesales.

Hemos analizado antes la cuestión relativa a las ejecuciones judiciales de deudas en moneda extranjera en el régimen posterior a la ley 23.928 y anterior al nuevo Cód. Civil y Comercial. Cabe afirmar que, con el cambio de naturaleza de la obligación que propone el nuevo código, recobran vigor las normas rituales que, como el art. 520 CPCyCN, aplicable al juicio ejecutivo, determina que las obligaciones en moneda extranjera incluidas en un título que trae aparejada ejecución, deberá promoverse por el equivalente en moneda nacional según la cotización del banco oficial que corresponda al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago. En otros casos, si la obligación puede demandarse en especie, resultarán de aplicación normas procesales como la actual del art. 515 CPCyCN que prevé el libramiento de mandamiento para desapoderar de ella al vencido (51) y luego proceder a su entrega al acreedor. Si así no sucediera, ese artículo prevé que la condena se transforma en la entrega del equivalente de su valor, previa determinación si fuere necesaria, con los daños y perjuicios a que hubiere lugar, fijando el monto ante el mismo Juez en el proceso de ejecución o por juicio sumario.

b) Actos y contratos de consumo

En los Fundamentos elaborados por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma, se explican los problemas que debieron abordarse al tiempo de regular la materia de contratos en general y, en particular, los contratos de consumo. Esta categoría es tratada no como un tipo especial más (por ej. La compraventa), sino como una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (por ej., compraventa de consumo). De tal suerte, se lo incluye en la parte general de los contratos, solución que se declara consistente con la incorporación del consumidor o usuario como un sujeto de derechos fundamentales a tenor de lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 -en adelante LDC-.

En cuanto al CCyCN corresponde citar el último párrafo del art. 7 que, a propósito de la validez temporal de las normas involucradas, señala "...Las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

El art. 1095 establece la denominada regla pro consummatore, es decir, que el contrato de consumo se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor, y en caso de dudas sobre los alcances de la obligación, se adopta la que sea menos gravosa -obviamente, para él- Esto resulta congruente con las disposiciones contenidas en el Capítulo 4, referido a las denominadas cláusulas abusivas cuya incorporación a un contrato de consumo puede determinar la sanción de considerarlas como no convenidas o la declaración de nulidad parcial del contrato (art. 1122 inc. b) y c) CCyCN) . En lo que importa respecto de la materia en

examen, el art. 1117 remite entre otros al art. 988 que, para los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predisuestas, dispone que entre otros casos se tendrán por no escritas las cláusulas que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias.

En sentido concordante, el art. 37 de la LDC, el Art. 37 establece que "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas, entre otras, "b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte" y concluye diciendo que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

Por lo expuesto, una renuncia in obligatione del deudor a la facultad legal de liberarse de una obligación en moneda extranjera por su equivalente en moneda de curso legal, no sería tomada en cuenta en materia de contratos de consumo.

B. El derecho transitorio

El artículo 7 del CCyCN reproduce el art. 3 del Cód. Civil, salvo al agregar el beneficio de resolver en caso de duda a favor de los consumidores. En consecuencia, el nuevo Código no sólo rige para las situaciones y relaciones que nacen después de su entrada en vigencia, sino también para las "consecuencias" de las existentes (siempre que se trate de situaciones no agotadas). Por ejemplo, el pago de una compraventa o de las cuotas de un contrato de mutuo a pagar en moneda extranjera (52) con obligaciones comprometidas antes del 1ro de agosto de 2015 y pendientes de ejecución con posterioridad. El Cód. Civ. y Com. al igual que el Cód. Civil impone la ultractividad de la norma, salvo disposición en contrario y, en caso de existir tal disposición de aplicación retroactiva, ella no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Acerca de las leyes imperativas y supletorias, el tercer apartado del artículo 7 del CCyCN alude a las leyes supletorias, es decir aquellas que se aplican sólo si las partes no convienen otra cosa; mientras que las leyes imperativas prevalecen sobre cualquier acuerdo en contrario. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, dice el citado artículo 962 del CCyCN, ello así porque se supone que si las partes no se apartaron de las disposiciones legales, pudiendo hacerlo, es porque voluntariamente se sometieron a ella y, por lo tanto, debe respetarse su voluntad, salvo el caso de los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas y los contratos de consumo, como hemos visto anteriormente.

De conformidad con el sistema adoptado en el nuevo Código, en la constitución y extinción de un acto, cumplidos en su totalidad no resulta de aplicación el CPCCN, no se aplica la nueva ley. Respecto a los efectos y consecuencias del acto, debe distinguirse: a) si ya han sucedidos y agotados, la nueva ley es inaplicable, a menos que se disponga expresamente y ello no afecte derechos constitucionales; b) si no sucedieron o se encuentran en curso se rigen por la nueva ley, en su totalidad o en el tramo no sucedido. (53)

(1) La primera versión conocida del Proyecto, incorporaba otra modificación del Poder Ejecutivo: la referencia a que la conversión se haría "al tipo de cambio oficial", lo que fue muy criticado por los medios y doctrina lo que, posiblemente, determinó su eliminación en el texto remitido al Congreso. PAOLANTONIO, Martín E. "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil", Revista Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, p. 197. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires.

(2) SILVESTRE, Norma O. (Directora); MARINO, Abel Enrique; MAGLIO, María Claudia; BURGOS, Débora. (Autores). Obligaciones. 1ª. Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. LA LEY, 2014, p. 579.

(3) SALVAT, Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General". Sexta Edición, Actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. GALLI, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, Tomo I., p. 409, nota 464ª del actualizador.

(4) BECCAR VARELA, Manuel y SEITUN, Diego. "La ley penal cambiaría y las operaciones con títulos valores" (o de contado con liquidación). Revista Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año III, Nro. 4, Agosto de 2012, p. 267. En suma, no podrá hablarse de operaciones de cambio en la medida en que el objeto de las transacciones no sea el intercambio de una determinada moneda extranjera contra moneda nacional.

(5) GERSCOVICH, Carlos G. Derecho Económico Cambiario y Penal, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 159.

(6) Se trata del poder extintivo de obligaciones de manera irrecusable que caracteriza a una moneda, en el ámbito territorial del Estado -como instrumento de pago- cuando es ofrecido por el deudor en el cumplimiento de su obligación, tanto para las deudas que fueron originariamente concebidas como obligaciones de dar dinero como para aquellas que, con un objeto inicial distinto, se transforman posteriormente en obligaciones de dar el contravalor dinerario correspondiente a aquél objeto inicial. Es el Estado quien otorga dicho poder a una

moneda dentro de su territorio, lo que en Argentina posee actualmente el peso -según art. 1ro del Dec. PEN 2128/91 del 10 de septiembre de 1991, que establece que a partir del 1ro de enero de 1992 tienen curso legal los billetes y monedas que circulan con la denominación de pesos y con el símbolo \$, denominándose centavo a la centésima parte del peso. La no derogación de la Ley Nacional Nro. 1130 implica que, pese a haber sido dejado de emitirse desde hace décadas, aún ostente curso legal el denominado peso argentino oro, que en verdad subsiste con mero objeto numismático y carece de circulación actual

(7) CASIELLO, Juan José. Su aporte en BUERES, Alberto J- HIGHTON, Elena I. "Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial". T 2. A- p. 417, Ed. Hammurabi, 1ª. Ed.- Buenos Aires. 1998.

(8) CASIELLO, Juan José Su aporte en BUERES-HIGHTON, Código..., cit., t. 2 A, p. 433 quien señala que la solución del "pago por equivalente" se encuentra expresamente dispuesta por la ley en el caso de las letras de cambio y pagarés (arts. 44 y 103 del dec. 5965/63), que no obstante dejan a salvo el caso en que se hubiera pactado el pago efectivo en una moneda extranjera.

(9) BOGGIANO, Augusto llegó a plantear una suerte de derogación tácita del art. 617 del Cód. Civil, considerando a la obligación dineraria como dinero, productora de intereses y no como obligación de dar cantidades de cosas. Obligaciones en moneda extranjera, 1987, Depalma, p 2.

(10) Por ejemplo, el 3108 que establecía que se constituía en seguridad de un crédito en dinero y el 3109, que aludía a la suma de dinero cierta y determinada.

(11) Por caso, el art. 125 del dec. 2080/81, de Organización del Registro de Propiedad Inmueble de la Capital Federal. Esta regla fue modificada, luego de la sanción de la Ley de Convertibilidad, por el dec. 628/1991, que autorizó la inscripción de hipoteca en moneda extranjera, sin necesidad de hacer conversión alguna a moneda nacional.

(12) Fallo publicado en JA, 1988-VI-384, con crítica de la Dra. Elena I. HIGHTON, bajo el título Hipoteca en moneda extranjera (que es moneda, pero no es dinero). La actual integrante de la Corte Suprema y miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, sostuvo que no resultaba admisible la hipoteca en moneda extranjera, por tratarse ésta de cosas, mercaderías -no dinero- lo que afectaba decisivamente el denominado principio de especialidad de las hipotecas.. Ver. HIGHTON, Elena I., su aporte en BUERES-HIGHTON, Código..., cit., t. 5 C, p 239.

(13) En este punto, la ley de convertibilidad prevaleció sobre ciertas normas relativas a las locaciones urbanas, que proscribían el uso de la moneda extranjera, como por ejemplo, la 21342.

(14) En el caso de las hipotecas, en el orden de la Ciudad de Buenos Aires, por el dec. 628/91; en el caso de las prendas, por dec. 897/95.

(15) Conf. PIZARRO, Ramón D.- VALLESPINOS, Carlos G. Instituciones de Derecho Privado- Obligaciones, t. 1, p. 386, Ed. Hammurabi, 1999, Buenos Aires.

(16) CSJN, 20/04/2010, autos "Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.", que será objeto de análisis al tiempo de abordar el régimen actual, explicando los fundamentos por los cuales el carácter imperativo de la prohibición de indexar, conlleva la esterilidad de toda cláusula en moneda extranjera que, explícita o implícitamente, pueda ser considerada como violatoria de la misma.

(17) CASIELLO, Juan José. Su aporte en BUERES-HIGHTON, Código..., cit., t. 2 A, p. 437 y sus citas. En cambio, ALTERINI, Atilio A. Desindexación. El retorno al nominalismo. Análisis de la Ley 23928 de Convertibilidad del Austral.2ª reimpresión. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991, p. 120, consideraba que debía analizarse el caso con prudencia, ya que no existía precepto expreso que ordenara el pago en especie.

(18) CNCivil, Sala C, 12-04-2013, El fallo cita uno similar del 12 de abril de 2013, dictado por la Sala E de la CNCiv.

(19) El dispositivo de emergencia fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema en su anterior conformación (in re Smith, Fallos: 325:28, LL, 2002-A-770 y numerosos pronunciamientos en tribunales de todo el país) más luego, con la nueva conformación, varios años después, fue declarado constitucional, aceptando en líneas generales el sistema de conversión impuesto por el Estado con algunas precisiones en cuanto a los intereses aplicables (in re "Bustos, Alberto Roque c/ Estado Nacional s/ amparo", del 26-10-2004, Fallos: 327:4495; "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986", 27/12/2006.) o sobre la base de un ajuste equitativo (in re Rinaldi, Fallos: 330:855, de fecha 15 de marzo de 2007).

(20) Ver cita de MOISSET DE ESPANES, Luis en "La Ley de Convertibilidad, su estudio en el Congreso

de la Nación", p. 89, "Convertibilidad del Austral, Estudios Jurídicos Tercera Serie" En contra, PIZARRO-VALLESPINOS Instituciones de Derecho Privado- Obligaciones., t. 1, p. 392, Ed. Hammurabi, 1999, Buenos Aires. Quienes opinaron que los arts. 44 y 103 del Dec. Ley 5965/63 se encontraban derogados tácitamente por la ley 23.928, por cuanto admitir lo contrario, sería consagrar una válvula de escape al nominalismo rígido que propone la norma, por la vía de instrumentar mediante letras o pagarés, obligaciones con una cláusula de ajuste en moneda extranjera

(21) Por caso, el art. 520 del CPCCN en su tercera parte, dispone que las condenas en moneda extranjera deben ser ejecutadas por el equivalente en moneda nacional según la cotización del banco oficial que corresponda al día de la iniciación de la ejecución o la que las partes hubieran convenido, sin perjuicio del reajuste que correspondiere hasta el momento del efectivo pago. La norma procesal fue derogada por la ley 23.928, por lo que, al menos en teoría, el acreedor podía iniciar y proseguir la ejecución en moneda extranjera, incluso trabar medidas cautelares, inscribir tales medidas y los derechos reales de garantía ante los registros y obtener sentencia de ejecución en dicha moneda. (Conf. FENOCCHIETTO, Carlos E. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 2ª Edición, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 3 p. 12).

(22) Según Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor y modificatorias.

(23) Reguladas por la Comunicación BCRA A 3471 y cc.

(24) Reguladas por la Comunicación BCRA 4285 y cc.

(25) La legislación aduanera argentina está contenida fundamentalmente en el Código Aduanero (Ley N° 22.415), reglamentado por el Decreto 1001/1982 y sus modificaciones. En cuanto al Derecho Internacional Público, cabe remitir a los tratados internacionales celebrados por nuestro país, de carácter bilateral o multilateral. En cuanto a las normas de Derecho Internacional Privado, corresponde tener presente lo dispuesto por el CCyCN en su Título IV, a partir del art. 2594 y, en lo que nos ocupa, la Sección 11ª del Capítulo 3 -Contratos-, la Sección 12ª -Contratos de Consumo-, la Sección 13ª -Responsabilidad Civil- y la Sección 14ª -Títulos Valores-.

(26) RIVA, Jorge L. "Operatoria Bancaria en Comercio Exterior". Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 245. No resulta pacífica la interpretación propuesta por este autor, aunque la mayoría de autores se inclina por esta postura, por caso, MONCAYO, Néstor J. Delitos cambiarios, Depalma, 1985, p. 17; SUEIRO, Carlos C. "Análisis crítico del régimen penal cambiario", Revista práctica profesional, nro. 22, p. 111; GERSCOVICH, Carlos G. "El régimen cambiario sancionatorio extrapenal en el ejercicio del poder de policía del BCRA", JA, 2005-I-357. En contra, JAUREGUI, C. y PIÑEIRO, J. "Régimen penal del control de cambio". Ed. Arayú, 1953, p. 54.

(27) RIVA, Jorge L. Operatoria...cit. p. 246.

(28) Por ejemplo, el del hotel o establecimiento gastronómico o comercio en general que recibe dólares del pasajero por los servicios que éste ha recibido, aún cuando sea a una cotización diferente a la establecida por el Banco Nación para las operaciones cambiarias reguladas (Ver al respecto, aporte de BERTAZZA, Humberto J. en la publicación Práctica Profesional, Tributaria, Laboral y de la Seguridad Social, citado por BASUALDO MOINE, Alejo Osvaldo, Diferencias entre el Delito de Contrabando y los ilícitos violatorios del Régimen Penal Cambiario, página web Despachantes Argentinos, 3 de abril de 2014

(29) Ver CSJN, in re "Esterlina", 23/10/1994, Fallos: 312:1920, también publicado en LL, 1995-D-507. La utilización de fondos provenientes de la venta de BONEX -bonos externos emitidos por el Estado argentino- en operaciones celebradas al margen del mercado oficial de cambios que regía al tiempo de comisión, así como la colocación de BONEX por su precio en dólares estadounidenses en una misma plaza extranjera, la omisión de su depósito en la cuenta del BCRA y, eventualmente, su negociación en el mercado marginal, no constituían infracciones a la Ley Penal Cambiaria, por no ser susceptible de inclusión como una operación o negociación de cambios en el concepto técnico del término.

(30) En términos generales la llamada operatoria de "contado con liquidación" consiste en la venta que una entidad financiera -corresponsal de una entidad bancaria en el exterior- realiza a un sujeto de títulos de su cartera propia. El comprador, como contraprestación a la entrega de dichos títulos, paga un precio en una cuenta local en pesos y, simultáneamente -o, pocos días después- la entidad recompra los mismos títulos al mismo cliente, transfiriendo fondos en moneda extranjera desde su corresponsal en el extranjero a una cuenta del cliente, abierta en una entidad en el exterior. Estos fondos en el exterior son considerados de libre disponibilidad.

(31) Comunicación A 4864 del BCRA y por la Resolución de la Comisión Nacional de Valores 548/2000.

(32) CSJN, 14 de julio de 2015, "SA Banco Francés y otros s/ infracción ley 24.244." CPE,

(33) Cuestionada judicialmente tal normativa, instancias inferiores judiciales han considerado inconstitucional a toda restricción administrativa que impida la adquisición de dólares estadounidenses por parte del actor, considerando que normas de ese tipo 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 a las contratadas en los términos de los arts. 617 y 619 del Cód. Civil. CNCiv, sala C, 4/11/2013, "Oulton Pino, Julia c/ Vidal, Susana Mabel s/ preparación de la vía ejecutiva". Publicado en LL, 2013-F-198 y la cita de diversos fallos en juicios de amparo promovidos en distintas jurisdicciones del país. Al respecto, con fecha 28 de octubre de 2014, la CSJN resolvió el caso "Moyano Nores, José Manuel c/ Estado Nacional-AFIP s/ amparo", Expte, 237/2013, en que el actor recurría el rechazo que dispuso la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a la acción de amparo con la que buscaba obtener autorización para adquirir dólares estadounidenses con el fin de cancelar obligaciones emergentes de mutuos hipotecarios, restringida por las Comunicaciones BCRA arriba mencionadas. El Dictamen del Ministerio Público de fecha 30-12-2013, se expidió por la constitucionalidad de dicha normativa, afirmando que "la comunicación impugnada no determina que las partes no puedan pactar obligaciones en moneda que no sea de curso legal". Al dictar sentencia, la Corte Suprema consideró abstracta la cuestión ante el dictado de la Comunicación A 5526 BCRA del 27/1/2014 y la Resolución 3583 de la AFIP del 24/1/2014, que establecieron la reglamentación para que los particulares compren divisas extranjeras para atesoramiento. La Corte no se expide sobre la constitucionalidad de estas últimas normas, por no formar parte del objeto de dicho proceso.

(34) Cabe recordar que el art. 2234 del derogado CCiv. definía a las cosas fungibles como aquellas en que "todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad", concepto que es mantenido casi textualmente por el actual art. 232 del CCyCN.

(35) Esto implica una importante reforma, por cuanto durante el período post ley 23928, la doctrina entendió que esta ley, que admitía en general la contratación en moneda extranjera como dinero, prevalecía sobre el art. 1ro de la Ley de Locaciones Urbanas Nro. 23.091, que lo prohíbe. (ver, LLAMBIAS, cit., Tomo II-A, 140; PIZARRO-VALLESPINOS, cit., 1, 395). Con el CCyCN los dólares no podrán ser precio de la locación urbana.

(36) No existen iguales previsiones para los contratos de préstamo y descuento bancario (arts. 1408/9) ni para el contrato de apertura de crédito (arts. 1410/11), en los que se prevé solamente la hipótesis de negociación mediante dinero.

(37) Del latin *potere*, según el Diccionario de la Real Academia Española tener la facultad o potencia de hacer algo.

(38) PIZARRO, Ramón Daniel. Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César RIVERA (Director) Graciela MEDINA (Coordinadora), Ed. Abeledo Perrot, p. 539/540. Conf. LORENZETTI, OSSOLA, MARQUEZ y PAOLANTONIO consideran que se trata de una norma supletoria, apoyándose en los principios de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda* consagrados en los arts. 958 y 959 del CCyCN, así como en la ausencia de otras disposiciones del código que determinen alguna suerte de régimen imperativo. Particularmente se ha dicho que "es claro que la norma residual del art. 765 no resulta una norma imperativa, por lo que no habría inconvenientes que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada". (Conf. OSSOLA, Federico A. Su aporte en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dirección: LORENZETTI, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo V, p. 126.).

(39) Con cita de TOBIAS, José W. su aporte en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. ALTERINI, Jorge H. Dirección, Ed. La Ley, 2014, p. 48/49.

(40) El fallo remite al aporte de OSSOLA, Federico Alejandro, al que hemos hecho mención en la nota 59 supra.

(41) Ver al respecto, MARINO, Abel E. La causa fin del contrato. Suplemento Revista Jurídica LA LEY, Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos. Dirección STIGLITZ, Rubén S. 2015, Hemos manifestado allí que uno de los aciertos de la reforma, consistió justamente en la inclusión en el derecho escrito de la finalidad como elemento esencial de los actos jurídicos, conforme el art. 281 del CCyCN, que se refiere al fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad así como de los motivos exteriorizados cuanto sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

(42) Debe observarse que el art. 1251 define la obligación del comitente en el contrato de obra o de servicios como una retribución, omitiendo calificarla como dineraria.

(43) CNCiv., Sala F, 11/3/2015 en autos "Brod Szapiro, S y otros c/ Lorenzatto, R. D. s/ ejecución hipotecaria", expje 99.228/2013; "Deganis, C.A y otro c/ Podlogar, P.A.", del 10/11/2014; en el mismo sentido, Sala J, "Same Way SA c/ Fusca M y otro s/ Ejecución Hipotecaria" del 15/08/2013. Ver supra la operación de contado con liquidación.

(44) SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General. Sexta Edición, Actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. GALLI, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, Tomo I., p. 409, nota 464^a del actualizador que, en el sistema del CCiv. original, previo a la Ley 23.928, reconocía el carácter de deuda de valor de tales obligaciones. Esto implica que, en defecto del cumplimiento específico, el deudor sólo podrá verse desobligado entregando la cantidad en moneda nacional necesaria para adquirir la suma de moneda extranjera convenida.

(45) SILVESTRE, MARINO-MAGLIO-BURGOS, cit., p. 581.

(46) SALVAT-GALLI, cit., T. I, p. 409, nota del actualizador 464a. Dejando sentado que tal determinación dependerá de la configuración del mercado cambiario y de las normas que lo regulen -de mayor o menor intervención estatal- al momento de redacción de este trabajo, entendemos que la condena en moneda de curso legal debería atenerse a la cotización que surja del denominado contado con liquidación, operatoria lícita de compra y luego venta de bonos, cuyo desenlace consiste en la adquisición de moneda extranjera en especie.

(47) Ver, al respecto, el comentario sobre las operaciones denominadas "contado con liquidación", descriptas supra

(48) CSJN, 20/04/2010, autos "Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.". La Corte dejó sin efecto la resolución de la Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había confirmado la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley N° 25.561, modificatorio del artículo 7 de la Ley N° 23.928, que prohíbe la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor. Lo novedoso de este fallo es que ratifica la constitucionalidad de la prohibición mantenida por el artículo 4 de la Ley N° 25.561 (de Emergencia Económica) respecto a deudas a ser pagadas en un escenario de ausencia de paridad cambiaria y de flotación administrada del tipo de cambio, existente a partir de enero de 2002. Luego ratificaría la doctrina en autos "Belatti, Luis E. c/ F.A s/ cobro" de fecha 20/12/2011, rechazando la indexación judicial de un crédito de naturaleza laboral.

(49) La indemnización por el valor de reemplazo es aceptado por toda la doctrina, por caso, LLAMBIAS, Jorge J. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 1973, t. II, p. 175, nro. 884, nota 59 y 164 y sus citas.

(50) MAYO, Jorge A. Su aporte en BUERES-HIGHTON, cit., t. 2 A, p. 404.

(51) Previamente, el acreedor debería haber podido detectar y trabar medidas cautelares sobre moneda extranjera en poder del deudor o, eventualmente, sobre títulos de deuda en moneda extranjera o depósitos bancarios en moneda extranjera.

(52) Resultan de aplicación los razonamientos de la CNCiv. Sala F en el fallo del 25 de agosto de 2015, en autos "Fau, Marta Renee c/ Abecian Carlos Alberto s/ consignación" y "Libson, Teodoro y otros c/ Fau, Marta Renee s/ ejecución hipotecaria".

(53) Para un análisis completo sobre la cuestión, ver Aída Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, año 2015, y de la misma autora "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", en Revista La Ley ejemplar del 22/4/2015, comentando una resolución de la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Trelew.