

## Interrogantes del art. 765 del Nuevo Código Civil y Comercial

Eduardo A. Barreira Delfino

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, introdujo un cambio sustancial en lo atinente al contenido económico de las obligaciones y los contratos, como es lo concerniente a la moneda de cumplimiento de los mismos, conforme sea en moneda nacional o en moneda extranjera.

El cambio introducido es altamente significativo, no solo desde el enfoque económico de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial sino también desde la óptica de las repercusiones en el seno de la sociedad en su conjunto, ya que la nueva normativa vuelve al esquema vigente con anterioridad a la reforma introducida por la ley 23.928, en los arts. 617 y 619 del derogado Código Civil.

Este viraje demuestra la predisposición de la dirigencia política de optar por la repetición en vez de la renovación. Quien repite mira para atrás; quien renueva mira hacia adelante. De allí que en el primer supuesto, generalmente se retrocede; en cambio en el segundo, se progresa. Macro visión que explica la asignatura pendiente del desarrollo integral del país.

El contenido económico de las obligaciones y los contratos gira alrededor de la correlación de acreencias y pasivos representativos de dinero, entendiéndose por tal, aquel bien con valor económico que es aceptado por una comunidad como unidad de medida de valor bienes y servicios transables y como medio de pago que permite el intercambio entre los mismos. En otras palabras, dinero es el denominador común de los valores y el instrumento idóneo para la cancelación de los compromisos crediticios.

Consecuencia de lo expuesto, resulta vital entender la psicología del dinero, expresado en las distintas monedas existentes y que hacen a la fluidez de las relaciones económicas dentro de un país como en su conexión con el resto de las naciones.

Las transacciones económicas y financieras, tanto en el sector público como en el privado y en el orden nacional como internacional, necesariamente conllevan a la convivencia de las monedas nacionales y extranjeras, principalmente en el mundo de hoy signado por la globalización económica y financiera.

Desde este punto de vista, es por demás sabido que el dinero puede estar representado en metálico o en billete o en impulsos electrónicos (obsérvese el fenómeno del “bitcoin”).

Si comparamos el dinero metálico con el dinero billete puede observarse que el primero puede valer más que el segundo, ya que los materiales utilizados para su acuñación, pueden disociarse y ser enajenados por separado como materia prima para la industria, obteniendo un resultado mayor al valor nominal. Desde este ángulo, es preferible aceptar una moneda

de \$ 2 a un billete de \$ 2, a pesar de que ambos representen el mismo valor nominal transaccional.

Resulta que el dinero billete carece de valor intrínseco, pues un billete de valor nominal (\$ 100), intrínsecamente (papel de impresión, tinta, banda de seguridad y diseño) puede valer centavos, conforme surge dividiendo la cantidad de billetes impresos por su costo de impresión, determinando así su valor unitario (supongamos que pueda ser de \$ 1).

Sin embargo, el dinero billete no es aceptado por la comunidad por su valor intrínseco (\$ 1) sino por su valor nominal (& 100).

*¿Por qué es aceptado o atesorado por ese valor nominal?*

Muy sencillo de responder: porque cuenta con el respaldo imprescindible para generar confiabilidad. La confiabilidad hace a la competitividad monetaria del signo de la moneda correspondiente a cada país. Esa confiabilidad despierta el interés macroeconómico en su utilización y aceptación por la comunidad.

*¿Y ese respaldo que genera la confiabilidad, de que factores depende?*

En mi opinión depende principalmente de cuatro factores intervencionales, a saber:

- Nivel de las reservas internacionales que sea adecuado para dar sustento real a la base monetaria, entendida ella como la cantidad de billetes en circulación más depósitos de las entidades financieras en el Banco Central (encajes).
- Eficiente política monetaria, financiera, cambiaria y fiscal que persiga una estabilidad económica perdurable, allanando la inversión en proyectos.
- Fortaleza y suficiencia dinámica de las estructuras productivas y de los mercados, de modo de evitar distorsionar la oferta y la demanda de bienes y servicios transables.
- Calidad de gestión y administración de los recursos públicos, por parte de los gobiernos de turno (nacional, provincial y municipal).

Las fallas o falencias detectables en alguno o varios de estos factores, se traduce inexorablemente en pérdida de confiabilidad por parte del conjunto de la sociedad, circunstancia que conlleva a la inquietud de desprenderse de la moneda nacional averiada para refugiarse en otros activos monetarios, financieros o físicos que ofrezcan mayor reserva de valor. Se cumple así con la famosa “ley de GRESHAM” acerca de que la buena moneda

(vgr. el dólar estadounidense) desaloja a la mala moneda (vgr. el peso), en razón de tratar de desprenderse de esta última.

Por ello, es de suma importancia como política de Estado, preservar el valor de la moneda nacional. Es el gran desafío de los bancos centrales hoy día y, consecuentemente, la preocupación constante de sus autoridades.

En este sentido, el art. 75, inc. 19) de la Constitución Nacional le asigna al Congreso de la Nación... “Proveer lo conducente... a la defensa del valor de la moneda”, por entenderse que la estabilidad monetaria, financiera y cambiaria permite alentar las posibilidades de proyectarse hacia el futuro, tanto para el sector privado como el público y, de ese modo, mejorar las expectativas del ahorro, del crédito y la inversión. El incumplimiento de este mandato constitucional, reiterado sistemáticamente en las últimas 4 décadas, ha provocado que la sociedad centralice su actuación en el corto plazo, generándose así una economía de simple subsistencia.

Siempre recuerdo una frase de LENIN que sostenía “si quieres destruir un país, comienza por destruir su moneda.”

Este rol tuitivo institucional, que compete al Congreso de la Nación como diseñador (titular de la soberanía monetaria) y al Banco Central como ejecutor, en las últimas cinco décadas ha sufrido gravísimas interferencias, traduciéndose ello en la destrucción de la moneda nacional y su sustitución por la atracción de la moneda extranjera (principalmente por la más fuerte del mundo, el vilipendiado dólar estadounidense).

Este proceso de deterioro comienza formalmente con la sanción de la ley 18.188 que creó un nuevo signo monetario nacional en sustitución del peso moneda nacional y al que denominó caricaturescamente “peso ley 18.188”. A partir de allí comienza el derrotero de destrucción de la moneda nacional y, por ende, del ahorro, el crédito y la inversión, consolidado formalmente mediante la sanción de la ley 22.707 (“peso argentino”), seguida por el decreto 1096/1985 (“austral”), la ley 23.928 (“peso convertible”) y la ley 25.561 (“peso no convertible”). Demostración alarmante de la ineficiencia en la administración de los recursos públicos en la gestión de gobierno.

Así arribamos a la vigencia actual del art. 765 del CCCN que, en su parte pertinente, reza:

“... 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.”

El texto sancionado es diferente al texto elaborado por la Comisión de Reformas creada por el decreto 191/2011 como así también al texto elevado por el Poder Ejecutivo nacional al Congreso de la Nación para su debate y aprobación parlamentaria.

El primero establecía: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.”

Por su parte el segundo rezaba: “...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, de conformidad con la cotización oficial.”

En otras palabras, el texto originario del art. 765 del CCCN, coherente con el resto del proyecto, fue retocado en las instancias ejecutiva y parlamentaria en dos ocasiones, que son reveladoras de improvisación jurídica e imprecisión conceptual.

Es por ello, que el texto normativo de marras ofrece las interrogantes siguientes:

- a) Si la moneda es considerada como una cosa, ¿cuál es su valor intrínseco?
- b) ¿Las cosas generan intereses?
- c) ¿La norma es de orden público?
- d) ¿La norma es indisponible para la integración del contrato respectivo?
- e) ¿La liberación en moneda de curso legal configura que la obligación sea facultativa?
- f) ¿Si es facultativa, el deudor puede renunciar a la misma?
- g) ¿Es factible establecer pactos de cotización, diferentes a la cotización oficial?
- i) ¿La cotización de que día debe tomarse en cuenta?
- j) ¿La cotización que sea aplicable es la del vencimiento o la del pago cancelatorio?
- k) ¿Debe tenerse en cuenta la cotización del valor de compra o de venta de la moneda extranjera?

l) ¿Cómo se concilian los arts. 765 y 766 del CCCN?

m) ¿El Estado nacional, provincial y municipal pueden utilizar esta facultad?

En este último sentido, el art. 766 del CCCN establece:

“Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada.”

La redacción de esta norma es la originaria redactada por la Comisión de Reformas, por lo que era coherente con el texto originario proyectado para el art. 765. Pero las reformas acaecidas en esta última norma, como hemos visto precedentemente, introduce un marco de confusión inexplicable ante la importancia institucional que reviste el contenido de las obligaciones y contratos.

El art. 765 se enrola en el denominado “principio de la equivalencia”; por el contrario, el art. 766 adopta el “principio de la especie”. Ambos son incompatibles entre sí, lo cual implica un grave retroceso con relación a lo pautado en la materia por los arts. 617 y 619 del derogado Código Civil.

Para todas las obligaciones de dinero, expresadas en moneda extranjera, resulta aplicable el art. 765, circunstancia que permite al deudor especular con el valor de cotización de la moneda extranjera. Si la moneda extranjera se encuentra devaluada respecto a la moneda nacional (período del 2002 al 2006) el deudor utilizará la moneda extranjera para liberarse; por el contrario, si sucede al revés (período del 2007 hasta el cepo cambiario), el deudor utilizará moneda nacional para desobligarse.

De modo tal, que la norma bajo análisis permite a los deudores especular con la moneda a utilizar para cancelar sus compromisos, en detrimento del acreedor.

Sin embargo, el art. 766 del CCCN no queda desplazado por el art. 765 del mismo Código, ya que para los depósitos bancarios se impone la restitución en moneda de la misma especie (art. 1390 del CCCN) al igual que para la devolución de los préstamos bancarios (art. 1408 del CCCN), el anticipo de los importes en el descuento bancario (art. 1409 del CCCN) y en mantener a disposición los fondos en la apertura de crédito (art. 1410 del CCCN).

Entonces, desde la óptica interpretativa ¿cuál norma prevalece? Entiendo que el art. 765 del CCCN, atento que configura una norma general en materia de regulación de la moneda extranjera asignándole determinada naturaleza jurídica y, además, por ser representativa de la última voluntad del legislador.

En síntesis, una vez más el art. 765 del CCCN demuestra una falencia estructural vigente en la sociedad argentina desde hace varias décadas, consistente en el divorcio entre los postulados de la ciencia jurídica y de la ciencia económica.

Fácilmente puede deducirse que la intencionalidad subyacente en la norma bajo análisis ha sido la de introducir la pesificación de las obligaciones dinerarias, cuestión discutible porque la economía no se modifica por normas legales sino por reglas y conductas de los mercados, tal lo sucedido en el período 2002 hasta 2006, donde el dólar estadounidense estaba mantenido artificialmente (alrededor de \$ 2,90), atento las políticas desplegadas de favorecimiento de las exportaciones, porque de lo contrario, la cotización del dólar estadounidense hubiera bajado a \$ 2,70 / \$ 2,50.

Pero hay algo más, consistente en lo que prevé el art. 772 del CCCN respecto a la cuantificación de valor de las obligaciones, que dice:

“Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real del 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 sea cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.”

En este proceso de cuantificación de valor, el nuevo Código determina que ese valor puede estar contenido en la referencia a una moneda extranjera de habitual uso en el país, lo cual huelga mencionar que el dólar estadounidense va a ser -casi con seguridad- la pauta de referencia (no creo que el legislador haya considerado como moneda extranjera de uso habitual el peso cubano).

Contestes con lo expuesto, resulta indubitable el renacimiento de las cláusulas de estabilización de los valores contractuales, tan difundidos en las décadas de los 70 y 80, por lo que las deudas de dinero muy posiblemente se transformen en deudas de valor.

Más aún, también van a renacer las cláusulas de indexación (hasta ahora por la vigencia del art. 10° de la ley 23.928), tal vez no utilizando los índices del INDEC en razón de su desprestigio por las manipulaciones orquestadas sino los elaborados por consultoras técnicas de prestigio consolidado o de institutos provinciales creíbles.

En este sentido, me atrevo a presagiar corta vida a la ley 23.928 en razón de que los representantes de las ciencias económicas vienen esgrimiendo que la prohibición de indexar no responde a los tiempos actuales signados por la inflación indomable (superior a dos dígitos) y que se trata de una previsión normativa adecuada para la época en que se dictó.

Más aún, también se predica que la prohibición de aplicar ajustes por inflación en los estados contables merece reverse, como consecuencia de su pernicioso efecto de gravar las ganancias empresariales nominales y no las reales, ya que la tasa del impuesto adquiere una proporción significativa cercana a la confiscatoriedad. Esta falta de homogeneidad en la medición de los ingresos y costos provoca distorsiones significativas en la determinación de los resultados alcanzados por el tributo.

Tan es así, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado pautas sobre límites razonables de imposición y de inconstitucionalidad, con el dictado de fallo recaído en la causa “CANDY SA c/AFIP s/AMPARO” del 3 de julio de 2009, que han permitido en otros pronunciamientos judiciales se autorizase que se practique el ajuste por inflación impositivo en las declaraciones juradas del impuesto a las ganancias.

Me atrevo a puntualizar que la ley 23.928 va a ser una de las primeras leyes a ser derogadas, en el proceso abierto el 1º de agosto de adecuación y ensamble que va requiriendo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Téngase presente que el texto del art. 765 del CCCN y los interrogantes que presenta más los postulados del art. 772 del CCCN, permiten vislumbrar que el espíritu y la intención del legislador, ha consistido en brindar a la sociedad dos herramientas para tratar de cubrirse del proceso de depreciación continua de la moneda nacional, bajo la presunción de que las políticas inflacionarias se han consolidado con vocación de perdurabilidad.

Publicación: Revista de Derecho Bancario y Financiero

Número 24 - Agosto 2015

Fecha: 24-08-2015 Cita: IJ-LXXXI-586