

POSIBILIDAD DE CONVENIR EL PAGO EFECTIVO EN MONEDA SIN CURSO LEGAL

Autores: Eduardo C. Méndez Sierra y Maximiliano N. G. Cossari *

Resumen:

1. *Lo dispuesto en la segunda parte del art. 765 CCCN es una norma supletoria. Resulta válido pactar en el acto constitutivo de la obligación de dar moneda sin curso legal su pago efectivo en dicha moneda, y en tal caso el deudor carece del derecho de sustitución contemplado en dicho artículo, debiendo cancelar su obligación exclusivamente con la especie comprometida.*

2. *La operatividad del pacto de pago efectivo en moneda extranjera queda siempre condicionada a que no existan normas de derecho público que impidan la concertación de obligaciones en moneda sin curso legal, o al menos su efectivo cumplimiento con exclusión de la moneda de curso legal. Lo que no sucede actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.*

1. Introducción.

Sabido es que luego de un proceso que tuvo diversos vaivenes, en lo atinente a la regulación de las obligaciones en moneda extranjera¹ el nuevo Código Civil y Comercial adoptó el criterio de volver al régimen legal del Código de Vélez anterior a la ley 23.928. En consecuencia, según la segunda parte del art. 765 del nuevo Código:

“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.”.

Numerosísimos son los interrogantes y cuestiones que plantea el renovado sistema legal, muchos de las cuales ya se daban en el régimen anterior a la ley de convertibilidad. Sin embargo, el objeto de esta ponencia es analizar únicamente si con el nuevo Código Civil y Comercial los particulares pueden convenir el pago efectivo en moneda sin curso legal.

2.. Acerca de la posibilidad de convenir el pago efectivo en moneda extranjera

* Eduardo C. Méndez Sierra. Profesor titular de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Responsabilidades especiales y seguros, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. Maximiliano N. G. Cossari. Profesor adjunto por concurso de Derecho Civil II (Obligaciones) Universidad Nacional de Rosario (UNR), profesor adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho de Daños, Universidad Católica Argentina (UCA).

¹ Aclaremos que utilizamos aquí las expresiones “moneda extranjera” y “moneda sin curso legal” en sentido equivalente.

En derredor de las obligaciones estipuladas en moneda sin curso legal el aspecto con más dificultades antes de la ley 23.928 y seguramente lo es ahora, fue el relativo a la posibilidad de que las partes convengan que la deuda de dar moneda extranjera deba cumplirse exclusivamente en la moneda pactada, con exclusión de la posibilidad de hacerlo en moneda nacional de curso legal. Esto es, ¿permite el art. 765 el pacto en contrario? ¿Es una disposición supletoria o imperativa?

La clave del problema es si las partes pueden excluir por adelantado, en virtud de una convención libremente acordada, la moneda de curso legal, esto es el instrumento legal de pago, estipulando que el pago deberá hacerse únicamente por medio de la moneda extranjera que era el objeto mediato de la obligación de entrega.

2.1. Estado de la cuestión antes de la vigencia de la ley 23.928

Antes de la ley 23.928 una tendencia entendía que si se hubiese pactado la exclusión de la moneda argentina como derecho sustitutivo del deudor, tal cláusula obligacional en moneda extranjera era nula, por violatoria del orden público. En tal sentido Borda sostenía que debían considerarse nulas las cláusulas que prohibieran el pago en moneda nacional, porque ésta es un medio de pago cancelatorio de carácter obligatorio dentro del territorio nacional: las cláusulas que se opusieran a la utilización del peso nacional como medio de pago serían contrarias al orden público². Tal era también la opinión de Mosset Iturraspe y Lorenzetti³. Y en el mismo sentido se había pronunciado la C.N.Com. Sala A (30/11/64)⁴.

Sin embargo, otra tesis sostuvo que la convención de dar moneda extranjera podía constituirse para ser cumplida necesariamente con la misma como moneda de pago, sin posibilidad por parte del deudor de pretender sustituirla por moneda nacional. En la doctrina ello fue defendido por Jorge H. Alterini⁵, Trigo Represas⁶, Boggiano⁷, Orelle⁸ y Causse⁹.

Y en la jurisprudencia diversos fallos se inclinaron en este sentido. Así la CNCiv. Sala F, en el año 1984 (9 de marzo), en “Sciumbre, Pedro A. c. Dibar, Carlos M. s. resolución de contrato”, al declarar la resolución de un boleto por culpa del vendedor, condenó a reintegrar en dólares la cantidad recibida en esa moneda extranjera¹⁰. Igualmente la Sala G de esa Cámara, en 1985 (25 de setiembre) resolvió in re “Oks

² BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, 4ª ed., Perrot, Bs.As. 1976, T° I, n° 480, p. 405. Lo que se sostuvo en las primeras 6 ediciones de la obra.

³ MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Monetario*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p.s. 158 y ss. Ver igualmente: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos en dólares*, ed. La Rocca, Bs.As. 1989, p. 136 y ss.

⁴ Con cita de Schoo, había dicho: “Una cosa es estipular la exclusión del billete papel de curso legal en forma absoluta –cláusula nula porque es atentatoria al orden público- y otra, radicalmente distinta, es estipular la exclusión del billete por su valor nominal, pero no por el valor real, cláusula perfectamente lícita desde que no atenta contra ninguna ley del Estado” (re “Lutsberg, Jack y otro c. Landini, Raniero y/u otra”, en LL 118, p. 16).

⁵ ALTERINI, Jorge H., *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*, en LL 1987-E, p. 875.

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Obligaciones en moneda extranjera con garantía hipotecaria*, en LL 1991-B, p. 328.

⁷ BOGGIANO, Antonio, *¿Australes o dólares?*, en LL 1986-E, p. 952.

⁸ ORELLE, José M. R., *Contratación en dólares*, en E.D. 132, p. 920.

⁹ CAUSSE, Jorge R., *Mutuo en moneda extranjera (especialidad crediticia y registración)*, en LL 1988-E, p. 488.

¹⁰ Citado por ALTERINI, J. H., *op.cit.*, p. 875.

Silberman, Berta c. Achával y Cia S.A.”, que al frustrarse la reserva de compra de un departamento, correspondía restituir los dólares anticipados con motivo de la reserva en la misma moneda¹¹. Y mucho más categóricamente la situación fue resuelta por la Sala C de dicha Cámara Civil en “Vignola, Nidia c. Colombo Marchi, José” (26/11/1985); puesto que lo debatido era cómo debía abonarse el saldo de precio de una compraventa en dólares, decidiéndose que se debía hacer en la moneda prevista en el contrato¹². Además, la Sala A de dicha Cámara Nacional Civil aceptó la validez de una hipoteca constituida en moneda extranjera en fallo del 11/8/1988, in re “Santamarina, Miguel M.A.”, ordenando su inscripción en el Registro de la Propiedad¹³; y en el mismo sentido, la Sala F de dicha Cámara en 3/8/1990, in re “Rastelli de Verna A. c. González de Abdala”¹⁴.

Es particularmente trascendente en este punto el caso "Vignola", anteriormente citado. Con voto preopinante del Dr. Durañona y Vedia, al que adhirieron Jorge Alterini y Santos Cifuentes, la Cámara resolvió al debatirse cómo debía abonarse el saldo de precio de una compraventa en dólares, cuando en el contrato se había estipulado expresamente que “era condición esencial” de la venta que el saldo se efectivizase en billetes dólares estadounidenses, que dicho saldo debía cancelarse en la moneda prevista en el contrato. Entre otros fundamentos allí se señaló:

- Que era indudable que con ello la verdadera intención de las partes fue pactar una “obligación monetaria genérica”, cuyo objeto es la cosa-moneda y no un tanto de dinero.
- Que dentro de tal especie se encuentra el supuesto de que una persona se obliga a entregar una determinada cantidad de una moneda que en la época del contrato es escasa; y aquí la escasez está dada “por la restricción impuesta por las normas que regulan el tráfico de divisas, que hacen que no se puedan adquirir libremente los dólares estadounidenses, sino por el precio mayor que el oficial, ya sea en el mercado negro o paralelo o en plazas extranjeras. El interés del acreedor en cobrar en la moneda designada y no en otra reside también en esa importante diferencia de valor”.
- Que la facultad del deudor de liberarse dando el equivalente en moneda nacional, presente en principio, no se da “cuando se trata de obligaciones monetarias genéricas –o las de cosa dineraria- en las que resulta esencial el pago de determinada especie”. Se cita luego a Nussbaum, quien sostiene que “el derecho de sustitución del deudor puede quedar vedado por la convención, al estipularse que “el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera”.
- Que en la estipulación del contrato –de pagar inexorablemente en dólares-, que es ley para las partes según el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 Cód. Civ.), “no puede verse ninguna lesión a principios de orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad (art. 17, Carta Fundamental). Si bien están restringidas las operaciones de cambio en el mercado financiero, las monedas extranjeras no son cosas fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ellas sus negocios y contratos dándoles el valor real que a sus intereses convenga.”

¹¹ E.D. 117, p. 483.

¹² LL 1986-B, p. 299.

¹³ LL 1988-E, p. 491.

¹⁴ LL 1991-B, p. 329.

2.2.. La posibilidad de convenir el pago efectivo en moneda sin curso legal en el nuevo Código Civil y Comercial

En relación al nuevo Código, Ossola ha señalado que todas sus normas relativas a las obligaciones de dar dinero son de orden público, ya que constituyen una de las bases jurídicas de nuestro sistema monetario, motivo por el cual no pueden ser derogadas o modificadas por la voluntad de las partes y deben ser aplicadas de oficio por el juez¹⁵. Sin embargo, en lo que a nuestro tema respecta admite que las partes puedan pactar expresamente el pago en moneda extranjera y la renuncia a la opción, entendiendo que la norma residual del art. 765 no resulta de orden público¹⁶. E igualmente se han pronunciado por el carácter supletorio del art. 765 Pizarro¹⁷, Márquez¹⁸ y Gagliardo¹⁹.

Por nuestra parte, también consideramos que la disposición de la segunda parte del nuevo art. 765 CCCN es supletoria y por tanto no impide que las partes, en el acto constitutivo de la obligación de dar moneda sin curso legal estipulen expresamente que dicha obligación sólo puede ser cumplida mediante la entrega de la especie designada, sin posibilidad de sustitución por otra, incluso la moneda nacional de curso legal.

1. Sobre cuál es el alcance del art. 765 CCCN

Según el art. 962 del nuevo Código, las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter imperativo. En nuestro caso, consideramos que ni del modo de expresión de la fórmula legal del art. 765, ni de su contenido o su contexto, surge imperativamente que la obligación de dar moneda sin curso legal deba cancelarse con su equivalente en moneda de curso legal. Sino todo lo contrario.

Según el criterio del nuevo Código, como la moneda extranjera no es estrictamente dinero –no tiene curso legal–, su obligación de entregarla queda comprendida en el régimen jurídico de las obligaciones de género²⁰. No obstante, el legislador admite implícitamente que la obligación de dar moneda sin curso legal participa del carácter de una obligación “dineraria”, en sentido amplio, aunque su objeto mediato no sea estrictamente el dinero. Ya que, en definitiva, en ellas el vínculo recae sobre una determinada cantidad de medios de pago de acuerdo al patrón monetario de que se trate. Esto es, la deuda se refiere a “X” veces la unidad fundamental de dicho sistema monetario²¹. Y entonces, en consideración de esta análoga naturaleza con las

¹⁵ OSSOLA, Federico Alejandro, *La teoría general de las obligaciones en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en J.A. 2015-I, 9, p. 11.

¹⁶ OSSOLA, Federico Alejandro, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ricardo Luis Lorenzetti (Dir.), Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (Coord.), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T° V, art. 766, p. 125/126.

¹⁷ PIZARRO, Ramón D., *Clases de obligaciones*, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio C. Rivera (Dir.), Graciela Medina (Coord.), ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2012, p. 538/539.

¹⁸ MÁRQUEZ, José Fernando, *Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial*, en LL 2015-B, p. 606.

¹⁹ GAGLIARDO, Mariano, *Tratado de las obligaciones según el Código Civil y Comercial*, ed. Zavalía, Bs.As., 2015, Vol. 1, p. 253/254.

²⁰ Aunque el artículo señale que dicha obligación debe considerarse como “de dar cantidades de cosas”, debe entenderse que remite al régimen de las obligaciones de género (arts. 762 y 763).

²¹ Explica Hedemann que dinero en sentido estricto son aquellos medios de pago que han de ser obligatoriamente aceptados, y cuya negativa de aceptación coloca al acreedor en “mora accipiendi”. En cambio, dinero en sentido amplio son, además de los medios de pago garantizados por el Estado, todos

obligaciones de dar dinero en sentido estricto aquí la ley, pese a remitir al régimen de las obligaciones genéricas, reglamenta su cumplimiento según su especificidad.

En las obligaciones dinerarias lo que interesa al acreedor, en principio, es recibir medios de pago representativos de un cierto valor y no un signo monetario específico²².

Ello así, el art. 765 atendiendo al carácter dinerario –en sentido amplio- de la deuda en que se ha estipulado entregar moneda sin curso legal, e interpretando el sentido que asume generalmente tal tipo de pactos en el derecho interno, le otorga al deudor la facultad de sustitución por su equivalente en “moneda de curso legal”; dado que siendo dicha moneda un medio irrecusable de pago, tiene aptitud para la cancelación de toda deuda dineraria.

Adviértase que lo que dispone el art. 765 no se podría explicar jamás si el objeto debido fuera otra cosa genérica: trigo, gas-oil, ganado, etcétera; donde debe cumplirse con la especie comprometida. Pero atento que aquí, en la generalidad de las situaciones, lo que aspira el acreedor en definitiva es una suma dineraria, en función del curso legal de la moneda nacional es otorgada al deudor legalmente la referida facultad de sustitución si no se ha determinado otra cosa.

Ahora bien, lo que el art. 765 otorga, interpretando la voluntad de las partes en la generalidad de los casos en que se estipule entregar una cierta cantidad de moneda sin curso legal, es una facultad de sustitución a favor del deudor, que éste puede o no utilizar. Vale decir, no impone que la deuda sea cancelada en moneda de curso legal, sino que permite al deudor hacerlo, a su opción. Según la norma legal, el deudor que se ha obligado a dar moneda extranjera puede cumplir su obligación entregando la especie designada en el acto constitutivo de la obligación. El art. 765 no le impide hacerlo. Sólo le otorga, legalmente y en principio, una “*facultas solutionis*”, derivada justamente del curso legal de la moneda nacional. Mientras que por la ley 23.928 –según los textos de los arts. 617 y 619 C.C. dispuestos por esta- el solo hecho de estipularse la entrega de la moneda extranjera lo obligaba a cancelar la obligación en la especie estipulada, ahora, cuando simplemente ello suceda así –esto es, simplemente el título de la obligación consigne que se debe entregar moneda extranjera- el régimen legal posibilita al deudor liberarse con el equivalente en moneda de curso legal, al actuar ésta como medio irrecusable de pago.

De lo antes analizado se desprende que, siendo este el único alcance de la norma, nada impide que en el mismo acto constitutivo de la obligación las partes acuerden expresamente dejar de lado dicha facultad de sustitución. Es decir, que el deudor renuncie anticipadamente a la dicha facultad, al convenirse que inexcusablemente el

los demás reconocidos en el tráfico, entre los que se encuentra la moneda extranjera (HEDEMANN, J.W., *Derecho de Obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, § 8, p. 91). En igual sentido: ENNECCERUS, Ludwig, NIPPERDEY, Hans Carl, *Derecho Civil. Parte general*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, ed. Bosch, Barcelona, 1934, T° I, § 116, p. 561.

²² Mientras que en las obligaciones de género lo debido, al cabo, son cosas concretas aunque en el acto constitutivo de la obligación sólo han sido determinadas por sus caracteres genéricos, en las obligaciones dinerarias, en general –y dentro de ellas las obligaciones de dar moneda extranjera-, lo debido en sí jamás es una cosa concreta. Por el contrario, son medios abstractos de intercambio en el tráfico, y por tanto de pago, según un sistema monetario. Por eso es que bien se ha dicho que jamás las sumas debidas se individualizan como cosas ciertas, y es debido a su especial carácter que la deuda dineraria está sujeta a reglas especiales.

pago deberá ser realizado en la moneda extranjera pactada. Esto queda dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes²³.

Dejamos de lado lo relativo a cómo debe categorizarse la obligación cuando se ha estipulado tal cosa. Según las enseñanzas de Nussbaum configuraría una *deuda monetaria genérica*, en atención a que no tendría por objeto un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como monedas (signos monetarios)²⁴. Y tal fue el encuadramiento dado a la misma, por ejemplo, referido caso "Vignola". De todos modos, en la medida que se admita que la *deuda monetaria genérica* participa de la naturaleza de las *deudas dinerarias*, como lo señalara Jorge H. Alterini²⁵, no vemos objeción alguna en denominarla de tal manera. Lo trascendente es que aquí la entrega de la moneda sin curso legal pactada constituye un elemento esencial del acto, que así debe realizarse en la especie comprometida, debiéndose dejar de lado lo previsto por el art. 765 CCCN

2. Sobre la inexistencia de compromiso con disposiciones de orden público

2.1. Por otra parte, el simple hecho de que el art. 765 se refiera a obligaciones en las cuales su objeto mediato sea la moneda no implica de por sí que el orden público quede comprometido en todo caso. En tal sentido, entendemos que del curso legal del peso nacional no se desprende la imposibilidad de que las obligaciones dinerarias puedan cancelarse con moneda sin curso legal. Esto es, no puede considerarse afectado el sistema monetario argentino vigente en la actualidad porque las partes acuerden la cancelación de una obligación dineraria sin la utilización de la moneda de curso legal.

En tal sentido, como hemos visto, del mismo art. 765 se colige que el deudor, si quiere, puede pagar en la moneda sin curso legal estipulada. De ahí que no pueda sostenerse que la cancelación de la obligación en moneda extranjera esté proscripta, por violentar ello el orden público monetario.

Esto se robustece aún más al advertirse que en diversas ocasiones la misma ley se aparta del régimen general establecido en el art. 765 y dispone que en todo caso, aún cuando lo debido sea moneda sin curso legal, la obligación debe cumplirse en la moneda de la misma especie que la comprometida.

Dejando de lado las normas relativas a títulos públicos, se puede señalar que el propio Código Civil y Comercial contiene las siguientes: en materia de contratos bancarios, los arts. 1390 (depósito bancario), 1408 (préstamo bancario) y 1410 (apertura de crédito); en materia de mutuo, el art. 1525 y en materia de depósito irregular, el art. 1367.

Por otra parte, fuera del nuevo Código, en materia de letras de cambio y pagaré el art. 44 del decreto-ley 5965/63 contempla igualmente que el librador haya dispuesto que el pago deba efectuarse en una moneda determinada (cláusula de pago efectivo en moneda extranjera).

Como vemos, en más de una oportunidad la misma ley prevé que la obligación de dar moneda sin curso legal debe cumplirse en la especie debida, sin facultad de sustitución. Lo que evidencia que no queda comprometido el orden público monetario en ello.

²³ En esta ponencia no hacemos referencia a contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas ni a contratos de consumo, donde resultan aplicables normas particulares, que podrían poner en cuestión un pacto de tal naturaleza en desmedro de los derechos del adherente o consumidor.

²⁴ NUSSBAUM, Arthur, *Teoría jurídica del dinero*, trad. Luis Sancho Seral, Madrid, 1929, p. 152/153.

²⁵ ALTERINI, J. H., *op. cit.*, p. 873 y ss.

2.2. Por cierto, en materia de obligaciones dinerarias inciden no sólo las normas de derecho privado sino que su régimen jurídico es determinado simultáneamente por normas de derecho civil y de derecho público y administrativo²⁶.

Pero la existencia de una moneda de curso legal no lleva, de por sí, a la imposibilidad de realizar pagos en moneda que no lo tenga. Dependerá ello del régimen de derecho público monetario vigente. Y en nuestro país, en la actualidad, ello no se da.

Lo que es disposición de orden público monetario es que el Banco Central de la República Argentina sea el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina de curso legal por el importe expresado en ellos; que ningún otro órgano o autoridad pueda emitir billetes o monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda; es decir, imponiendo su emisor su aceptación forzosa para la cancelación de cualquier tipo de obligación, o induciendo en forma directa o indirecta a ello (arts. 30 y 31 ley 24.144).

Pero no queda involucrado el orden público en la posibilidad de que las partes convengan en sus contratos contraprestaciones en moneda sin curso legal, estipulando expresamente que será exclusivamente dicha moneda la que tenga aptitud para realizar el pago.

Distinto sería el caso si estuviera vigente una prohibición de circulación legal de la moneda extranjera, o de que los actos jurídicos se expresasen en moneda sin curso legal, o contuvieran obligaciones de dar moneda sin curso legal, o de algún otra forma la tuvieren por objeto. O que existiesen normas legales que exigieran que las obligaciones pagaderas en moneda extranjera fuesen previamente autorizadas por algún organismo estatal, quedando prohibido bajo pena de nulidad estipularlas sin tal aprobación²⁷. De existir tales limitaciones, obviamente ellas prevalecerían sobre las normas de derecho privado del Código Civil y Comercial, pero al presente esto no se da en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3. Aquí cabe recordar que en otros derechos los códigos civiles contienen normas semejantes. Según el § 244 del BGB una deuda dineraria expresada en moneda extranjera que deba ser pagada en Alemania puede pagarse en moneda alemana; pero ello siempre y cuando no se haya estipulado expresamente el pago en moneda extranjera (cláusula de pago efectivo). Es decir, se otorga al deudor la “facultad de sustitución” por la moneda de curso legal, pero ella caduca frente al pacto expreso en contrario. Sin embargo, la doctrina destaca la incidencia que las normas de derecho público pueden tener en estas disposiciones de derecho privado. Así Medicus, luego de explicar el régimen del § 244, señala que otra cuestión consiste en hasta qué punto pueden establecerse obligaciones en determinada moneda extranjera; indicando –al momento que escribe su obra- que el § 3 p.1 de la ley de la moneda en relación con el § 49 AWG lo hace depender de una autorización del Bundesbank, cuando acreedor y deudor tienen su residencia en el interior del país²⁸.

²⁶ BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, ed. EDIAR, Bs.As. 1951, T° IV, art. 616, n° 54 y ss., p. 215.

²⁷ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T° I, § 13, p. 181, donde el autor hace referencia a las restricciones que fueron sucediendo en Alemania respecto a la estipulación de obligaciones en moneda extranjera, las que originariamente no estaba limitada.

²⁸ MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, trad. Ángel Martínez Sarrión, ed. Bosch, Barcelona 1995, Vol. I, § 18, p. 90. En el mismo sentido: LARENZ, K., *op. cit.*, p. 181.

Por su parte, el Código Italiano dispone en su art. 1278 que si la suma debida se determina en una moneda que no tenga curso legal en el Estado, el deudor tiene la facultad de pagar en moneda legal, al curso del cambio en el día del vencimiento y en el lugar establecido para el pago. Pero seguidamente, el art. 1279 establece que la disposición del artículo anterior no se aplica si la moneda sin curso legal en el Estado se indica con la cláusula “efectivo” u otra equivalente, salvo que al vencimiento de la obligación no sea posible procurarse tal moneda. No obstante tales reglas, luego el art. 1281 se encarga de aclarar que las normas que anteceden se observan en cuanto no estén en oposición con los principios derivados de leyes especiales. Y Messineo destaca al respecto que las normas contenidas en los arts. 1279 y 1280 se observan en cuanto no estén en contraste con los principios derivados de leyes complementarias (art. 1281, primer apartado), que son emanación de la *política monetaria*, practicada por el Estado; a propósito de los cual se ha hablado de “orden público monetario”²⁹.

2.4. Volviendo a nuestro derecho, no puede sostenerse que las restricciones cambiarias ahora existentes impliquen la prohibición de pactar que la obligación de dar moneda sin curso legal deba cumplirse exclusivamente en dicha moneda³⁰.

Sin embargo, ninguna de estas restricciones conlleva que los particulares no puedan establecer en sus contratos contraprestaciones dinerarias en moneda que no tenga curso legal, estipulándose que el pago deba realizarse efectivamente en dicha moneda. Esto no configura una “operación de cambio” o “negociación de cambio”, en el sentido de la ley 19.359 (“Régimen penal cambiario”).

Más aún, según las normas actuales, es permitido a las personas físicas residentes en el país acceder al mercado local de cambios para la adquisición de moneda extranjera para su mera tenencia, en función a los ingresos de su actividad declarados ante la AFIP y de los demás parámetros cuantitativos establecidos, en el marco de la política cambiaria.

2.4. Por otra parte, tales restricciones cambiarias explican muchas veces el por qué las partes en un contrato pueden estipular que la contraprestación deba cumplirse en la moneda sin curso legal convenida, sin derecho de sustitución por parte del deudor; pues las mismas conducen a la escasez de la especie monetaria. En nuestro derecho Busso justamente da el siguiente ejemplo de una *deuda monetaria genérica*: supóngase una plaza comercial en la cual en determinado momento hay falta total de dólares, y que en un contrato se otorgan al deudor facilidades especiales siempre que se pague el precio en dicha moneda. Se advierte en tal caso que las partes han tenido en cuenta como elemento esencial del contrato la entrega de dólares; el deudor estaría en la necesidad de entregar ese signo monetario específico³¹. Y Alterini, en el contexto de la vigencia de restricciones cambiarias habidas con anterioridad, expresaba: “*De lo que llevo dicho se infiere que en el presente las contrataciones en moneda extranjera importan deudas monetarias genéricas, pues dada la prohibición del tráfico de moneda extranjera, ella*

²⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, ed. EJE, Bs.As. 1971, T° IV, § 112, p. 212/213.

³⁰ Comunicación “A” 5326 BCRA del 27/10/11; RG AFIP 3210/2011 del 29/10/11 y Comunicación “A” 5239 BCRA del 28/10/11. RG AFIP 3212/11, 3252/12, 3276/12, 3333/12, 3378/12 y 3375/12 y Comunicaciones BCRA “A” 5240, 5242, 5245, 5236, 5241, 5261, 5264, 5295 y 5314, Comunicación “A” 5318 del BCRA (5-7-12); Comunicación “A” 5526 (17/1/2014); etcétera.

³¹ BUSSO, E., op. cit., n° 94, p. 221.

se ha convertido en un objeto escaso, de donde la previsión de su entrega en el contrato mueve a pensar que obedece a una condición esencial del mismo”³².

Repárese que tal fue también unas de las consideraciones que sustentaron el decisorio del caso "Vignola" como hemos visto. Señalando el tribunal que en la estipulación del contrato –de pagar inexorablemente en dólares-, que es ley para las partes según el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 Cód. Civ.), “no puede verse ninguna lesión a principios de orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad (art. 17, Carta Fundamental). Si bien están restringidas las operaciones de cambio en el mercado financiero, las monedas extranjeras no son cosas fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ellas sus negocios y contratos dándoles el valor real que a sus intereses convenga.”³³.

3. Conclusión.

En definitiva, lo dispuesto en la segunda parte del art. 765 es una norma supletoria. Si la entrega de la moneda extranjera ha sido pactada como elemento esencial del vínculo, de tal modo que sea imprescindible para la cancelación de la deuda que el obligado entregue la moneda pactada, sin poder suplirla por una suma de dinero nacional equivalente, ello es válido y debe cumplirse entregando la cantidad de moneda “de la misma especie y calidad” pactadas. De lo contrario no se cumpliría el principio de identidad del pago (art. 868 CCCN).

Sin embargo, debe admitirse que su operatividad queda siempre condicionada a que no existan normas de derecho público que impidan la concertación de obligaciones en moneda sin curso legal, o al menos su efectivo cumplimiento con exclusión de la moneda de curso legal. Lo que no sucede actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

³² ALTERINI, J. H., *op. cit.*, p. 874/875.

³³ LL 1986-B, p. 306.