

“OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO EN MONEDA EXTRANJERA”

Autor: Diego Emiliano Scotto Lavina*

Resumen:

- *Las obligaciones de dar moneda extranjera se deben considerar como de dar sumas de dinero, ya que la expresión del art. 765 del C.C.C.N.: “debe considerarse como de dar cantidades de cosa” se implementó para poder darle al deudor la posibilidad de sustitución, que como consecuencia implica un régimen distinto de incumplimiento, pues habilita la posibilidad de reclamar daños y perjuicios, en vez de intereses moratorios.*
- *El régimen de cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera en moneda de curso legal es de carácter supletorio y, por ende, renunciable por las partes conforme al art. 13 del C.C.C.N., ya que la redacción utiliza la palabra “puede” y no existe prohibición específica para dicha renuncia.*
- *Las partes pueden establecer otros tipos de cotización de los establecidos en el art. 765 del C.C.C.N.*
- *Es válida la compraventa con precio pactado en moneda extranjera.*
- *Es válida la constitución de derechos reales de garantía para afianzar créditos en moneda extranjera.*

1. Introducción

Los contratos en moneda extranjera son práctica habitual en nuestro país, usualmente para operaciones de gran importancia, con la intención de brindar estabilidad a las prestaciones pactadas (V.g. Compraventa de inmuebles, operaciones entre empresas, etc.).

El C.C.C.N. regula las obligaciones de dar sumas de dinero desde el art. 765 al 772, cuya redacción responde a las políticas cambiarias actuales, volviendo a la tesis anterior a la modificación introducida por la ley 23.928 en el Código Civil, considerando a las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera como de dar cantidades de cosas, con la posibilidad de que el deudor pueda liberarse de la obligación dando el equivalente en moneda de curso legal¹.

Este derecho de sustitución que se le reconoce al deudor puede significar una verdadera pesificación de las obligaciones pactadas en moneda foránea, generando complicaciones en el cumplimiento no deseadas para las partes al momento de contratar.

* Profesor Adjunto de la cátedra de Derechos Reales de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE).

¹ Art. 765 *in fine* del C.C.C.N.: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

El objeto de este trabajo es determinar el carácter supletorio de la mencionada norma, su aplicación en contratos en particular, y proponer posibles soluciones contractuales.

2. Dinero y Moneda

Consideramos al dinero como una “idea, un símbolo, un producto de la razón humana concebida como la unidad de medida del ámbito patrimonial de las personas... Es un poder patrimonial abstracto que se materializa en un objeto simbólico o signo, que es la moneda” y por ello “no puede considerarse ni tratarse como una cosa mueble más, pues aún consistiendo en un trozo de metal o de papel... sus características y régimen jurídico no se corresponden con las demás cosas y bienes muebles... es más genérico que las cosas y bienes genéricos; es más fungible que las cosas y bienes fungibles, ya que puede sustituirlos a todos ellos; es más divisible que las cosas y bienes divisibles, puesto que, incluso las divisibles, pueden resultar divididas por su valor contabilizado...”². “Así, la “moneda” es el género, constituido por todas aquellas “cosas” que el hombre acepta y utiliza como instrumento de cambio; y “dinero” es la especie, esto es, la moneda de un determinado país, según la ley positiva que lo crea y le otorga “curso” y poder cancelatorio de las obligaciones”³

En este orden de ideas, las funciones del dinero son:

En la economía, es instrumento para el intercambio de bienes y servicios, actuando como medida general de los valores de las cosas y bienes, constituyéndose en el común denominador de dichos valores. También sirve como patrón para pagos futuros y como instrumento de ahorro y atesoramiento.

Desde el punto de vista jurídico, es el “... medio común de pago de las obligaciones que lo tengan como objeto originario o final. Así, el dinero puede constituir el objeto propio debido desde el origen, y tendremos las obligaciones dinerarias genuinas (por ej., el precio en la compraventa); o bien, entrar el dinero en la obligación como subrogado en el acto de cumplimiento, y tendremos las obligaciones dinerarias finales, o de valor, como por ej. Las indemnizaciones de daños y perjuicios.”⁴

2.1. Valor del Dinero

Sea que la moneda forme el objeto de una prestación original (obligación dineraria genuina) o que desempeñe su papel extintivo subrogado (obligación dineraria final), se plantea el difícil problema de fijar su valor, pues según el criterio que se adopte los resultados pueden variar considerablemente.

Existen tres teorías principales para fijar dicho valor:

- Valor Nominal: es el que le asigna el poder público al billete o moneda a los fines circulatorios, imprimiéndolo con su sello una cifra por cuyo importe se le concede

² Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. La Ley. Segunda Edición. Tomo II. 2009. Pág. 326.

³ Casalini, Rodrigo Ariel. *Las obligaciones en moneda extranjera en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. AR/DOC/1061/2015. La Ley 2015.

⁴ Lafaille, Héctor. *Ob. Cit.* Pág. 322.

irrecusablemente poder cancelatorio de obligaciones. Es asignado por el poder público en ejercicio de la soberanía.

- Valor Real, Valor Metálico o Valor Intrínseco: Esta dado por el contenido de metal fino o substancia susceptible de ser apreciada de que está compuesta la moneda, con independencia del sello oficial. No está relacionado con la soberanía puesto que la cosa tendría en el comercio el precio que resultara de aquellos factores.
- Valor Corriente, Valor de Cambio o Poder Adquisitivo: Es el que deriva de la confianza pública y se impone dentro del comercio jurídico por el juego de las leyes económicas y sociales. Es el poder que tiene la moneda de adquirir bienes y servicios en el mercado económico.

3. Régimen Legal de las Obligaciones de Dar Sumas de Dinero

Por la gran importancia que tiene el dinero como fenómeno sociológico y económico, nuestro ordenamiento jurídico - al igual que la gran mayoría de los restantes ordenamientos mundiales - regula de forma específica dentro de las obligaciones de dar, las obligaciones de dar sumas de dinero.

En sentido lato, hay deuda de dinero siempre que alguien esté obligado a entregar una determinada suma. Pero en sentido estricto, la deuda dineraria debe ser distinguida de otras obligaciones que también se traducen, en definitiva, en la entrega de una suma de dinero, pero que sin embargo no son deudas dinerarias puras.

Así, distinguimos entre: a) las deudas dinerarias, en las que su objeto es la moneda misma, originariamente determinada en una suma de dinero; y b) las deudas de valor, en las que lo debido no es una suma de dinero, sino un valor, a pesar de que el pago finalmente se realice en dinero, que el acreedor tiene derecho a exigir en compensación de la prestación o en resarcimiento del daño sufrido.

Cuando se trata de divisas extranjeras, desde antes del dictado del Código Civil eran consideradas como simples mercaderías, conforme a los arts. 7 a 9 de la ley 1.130 que las pusieron fuera del curso legal. A pesar de ello, siempre se utilizaron en nuestro país con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.

En sintonía con esto, el art. 617 del Código Civil, en su redacción original, disponía que: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.

Así las cosas, el público recurrió muchas veces al uso de divisas extranjeras en sus transacciones, en busca de mayor fortaleza y estabilidad de valor de la divisa que se escogía. Y esto se ponía de mayor relieve en las transacciones en las que se encontraban involucrados bienes de gran valor y representativos de buena parte del patrimonio de las partes, tal como ocurre en la gran mayoría de las operaciones inmobiliarias.

Durante largos períodos, no hubo inconvenientes con el uso de esa alternativa contractual. Pero al ingresar nuestro país en la etapa crítica de la inflación endémica, el Estado intervino en ese mercado imponiendo un determinado tipo de cambio para ciertas operaciones y hasta prohibió la comercialización de la divisa por los particulares. Con ello frustró la función de la moneda extranjera como cláusula estabilizadora, ya que

dejaba de tener un valor de mercado y su valor regulado distaba mucho de acercarse al valor real de la divisa.

En ese contexto, se intentó superar el escollo de la regulación cambiaria, mediante dos arbitrios de la doctrina:

a) La moneda extranjera se utilizó como cosa, siendo la obligación de dar este tipo de moneda una obligación de dar cantidades de cosas, exigiendo la entrega cabal dicha moneda para cumplir con el principio de identidad del pago (art. 740 del Código Civil). Se las llamaron “obligaciones genuinas en moneda extranjera” y para el caso de incumplimiento, se podía forzar legalmente al deudor a la entrega de las especies monetarias debidas, con daños y perjuicios; y si el cumplimiento en especie fuere imposible, la obligación se convertía en el pago de daños y perjuicios, que se solventarían con la entrega de moneda nacional. Pero al no tratarse de dinero, no se debían solo los intereses en concepto de daños y perjuicios, sino cualquier daño resarcible que pudiera acreditarse.

b) En otra solución, la moneda extranjera se utilizaba como “precio” de una contraprestación no dineraria, funcionando como “cláusula de ajuste” y “moneda esencial del contrato”, de donde no podía admitirse de ninguna manera la sustitución por otro signo monetario.

En ese contexto, al comenzar la inflación endémica durante la década de 1980, se dictó la “ley de convertibilidad del austral” (ley 23.928 del 27 de marzo de 1991), con el fin de lograr la estabilidad económica y proveer al país de una moneda nacional que sea, a la vez, unidad de cuenta, reserva de valor, y común denominador de las transacciones.

Con esa intención, reguló los siguientes instrumentos: la convertibilidad de la moneda argentina con el dólar de los Estados Unidos de América, en la relación un peso igual a un dólar; reafirmó la vigencia del nominalismo monetario y proscribió toda forma de indexación de las deudas de dinero.

Además, reformó el art. 617 del Código Civil, que quedó redactado así: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Esta ley fue recibida con beneplácito por la comunidad y durante casi once años la inflación detuvo su marcha ascendente y fue desapareciendo, las obligaciones de dar moneda extranjera ya no debían ser consideradas como de “dar cantidades de cosas”, sino como obligación de “dar sumas de dinero”, y la moneda extranjera debía ser tratada como si fuera dinero nacional, siempre que las partes la hubieran incorporado voluntariamente a sus contratos.

Pero esa identidad de valor entre el peso y el dólar, a costa de grandes esfuerzos del tesoro y las reservas del Banco Central, no podía prolongarse indefinidamente, y el desenlace se precipitó como consecuencia de los desajustes de nuestra economía hacia finales del siglo XX.

El Estado debió disponer un forzado cese de la convertibilidad, por la ley 25.561 de “Emergencia Económica”, y la pesificación de las obligaciones pactadas en dólares (esto es, debían pagarse con pesos, en la relación uno a uno, los dólares debidos en obligaciones internas) mediante el decreto 214/02, previendo un índice de ajuste que se denominó “coeficiente de estabilización de referencia”.

Así, por un lado se abandonó la convertibilidad, y por el otro se confirmó el nominalismo monetario y se ratificó la prohibición absoluta de indexar; y el peso volvió a ser moneda inconvertible y de curso forzoso, librado a su suerte en cuanto a mantener su poder adquisitivo.

Esta prohibición de indexar (que suponía en su origen la inexistencia de inflación), se tornó arbitraria, produciendo injusticias, negando a los operadores económicos la posibilidad de tomar recaudos para proteger sus prestaciones dinerarias de los efectos de la inflación.

Ante este panorama y los primeros signos de inflación, los particulares comenzaron nuevamente a buscar remedios que protegieran sus prestaciones dinerarias, y se generalizó la contratación en moneda extranjera (que por no haberse modificado el art. 617 del Código Civil, debía ser tratada como dinero nacional), lo que permitió conservar la equidad en estas contrataciones.

Sin embargo, nuevamente la intervención del Estado modificó este contexto mediante el dictado de resoluciones por parte del Banco Central de la República Argentina y de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Dichas normas (principalmente la Resolución General 3210/2011 de la AFIP) instalaron un cepo cambiario que impuso grandes restricciones para adquirir moneda extranjera, implicando una “pesificación de hecho”, que en la práctica modificó los arts. 617 y 619 del Código Civil, generando la imposibilidad de cumplir una variedad de contratos vinculados especialmente al ámbito inmobiliario (compraventa, locación, leasing, fideicomiso), cuya moneda de pago es primordialmente el dólar estadounidense, y generó innumerables conflictos entre las partes. De esta forma, “la AFIP discrecionalmente y sin brindar razón fundada alguna, ... niega al deudor adquirir en el mercado oficial cambiario, la divisa necesaria para cumplir su débito contractual, hecho que ha motivado la presentación por los perjudicados de varios amparos judiciales con resultados disímiles”⁵.

Estas disposiciones cambiarias que supuestamente buscaban evitar incrementos de las cotizaciones de monedas extranjeras sobre la nuestra, han provocado el efecto contrario, dando lugar a una "corrida bancaria" y apreciamiento del dólar marginal ("blue"), generando una virtual devaluación del peso, basada en la natural desconfianza de los ciudadanos en su experiencia de los contratiempos vividos en el pasado (por ejemplo, lo acontecido en los años 2001 y 2002, en 1989, durante el "Sigotazo" y el "Rodrigazo", etcétera).

Con el dictado del C.C.C.N. aprobado por la ley 26.994, éste regula las obligaciones de dar sumas de dinero desde el art. 765 al 772.

En lo que respecta a las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera los art. 765 y 766 del proyecto original estipulaban, respectivamente: “...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” y “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”; siguiendo el criterio del art. 617 del Código Civil. Luego el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 191/2011 sustituyó las citadas redacciones por las siguientes, respectivamente: “...Si por el acto por el que se ha constituido la obligación,

⁵ Abatti, Enrique L. y otros. *Contratos inmobiliarios en moneda extranjera*. L.L. 2013.

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” y “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. De esta forma la redacción del C.C.C.N. vuelve a la tesis anterior a la modificación introducida por la ley 23.928 en el Código Civil, considerando a este tipo de obligaciones como de dar cantidades de cosas y no de dar sumas de dinero como lo creyó conveniente la Comisión de Reformas en su exposición de motivos. Y como corolario agregó la posibilidad de que el deudor pueda liberarse de la obligación dando el equivalente en moneda de curso legal. De esta manera se crea un verdadero derecho de sustitución a favor del deudor, afectando la coherencia del articulado del mismo cuerpo normativo.

4. ¿Obligación de dar sumas de dinero o de dar cantidades de cosas?

Desconocer que el carácter dinerario de la moneda extranjera es esencial para los contratantes, es perder de vista la realidad social y económica imperante.

Consideramos que la obligación de dar moneda extranjera encuadra en la clasificación de dar sumas de dinero y que la expresión del art. 765 del C.C.C.N.: “debe considerarse como de dar cantidades de cosa” se implementó para poder darle al deudor la posibilidad de sustitución, que como consecuencia implica un régimen distinto de incumplimiento, pues “en cualquier caso, el incumplimiento de una obligación de género o de cantidades de cosas, a diferencia de la falta de pago que afecte a una obligación en dinero, acarrea una indemnización integral de los daños y perjuicios que éste ocasionó al acreedor, indemnización que genera una deuda de valor..., a diferencia de las obligaciones dinerarias cuyo incumplimiento se sanciona con el pago de los intereses, en principio, como reparación tarifada. 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”⁶.

Las razones son las siguientes:

a) Las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en la República están reguladas en el Libro III, Título I, Capítulo 3, Sección 1º bajo el parágrafo 6º “Obligaciones de dar dinero”.

b) El dinero es cosa mueble, fungible⁷, consumible⁸, divisible, tiene curso legal⁹ y forzoso¹⁰. La moneda extranjera no se encuadra en la última categoría, ya que carece de aptitud cancelatoria generalizada y no puede ser impuesta al acreedor, aunque en los

⁶ Calvo Costa, Carlos A. *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. Tomo I. Pág. 676.

⁷ Pues las unidades monetarias son intercambiables por otras unidades de la misma especie y calidad.

⁸ Ya que desaparece para el propietario por el primer uso que haga de él.

⁹ El Estado emisor garantiza el valor que le otorga.

¹⁰ El Estado que lo emite le otorga valor cancelatorio, es decir que debe ser aceptado como pago de obligaciones.

casos de obligaciones que la tengan por objeto tendrá dicho valor cancelatorio, conforme el principio de identidad de pago.

Más allá de la clasificación, el dinero no deja de ser cosa y la regulación no distingue si el dinero es moneda de curso legal o no. El encuadre jurídico especial que se le da a las obligaciones que tienen por objeto la entrega de cierta cantidad de moneda, se justifica porque el objeto: la cosa - el dinero, tiene una aptitud especial, diferente a las demás, y el legislador creyó necesario una regulación específica. Aunque el Estado no le reconozca curso legal a la moneda extranjera, no quiere decir que los individuos conforme a la autonomía de la voluntad, no se lo den, e instituyan por la costumbre su circulación, a la cual le darán valor cancelatorio al pago realizado con ésta.

“Los signos monetarios extranjeros no son dinero fuera de los límites de su soberanía, como sostiene Busso, y se los debe considerar mercancías, sin embargo ello no impide que se los tenga como “medios de pago”, en la medida en que sean admitidos en el tráfico mercantil y el ordenamiento en comentario establece que “pago es el cumplimiento de la presentación que constituye el objeto de la obligación”¹¹.

c) El art. 766 del C.C.C.N. establece que: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”, que responde al principio de identidad de pago.

d) A diferencia del Código Civil que regulaba las obligaciones de dar cantidades de cosas del art. 606 al 615, el C.C.C.N. no regula en su articulado dicha categoría de obligaciones. De lo que se deduce que el tratamiento de este tipo de obligaciones se cierne sólo con relación al derecho de sustitución del deudor y al régimen aplicable a su incumplimiento.

4.1. Casos particulares.

4.1.1. Compraventa en moneda extranjera: ¿Compraventa o permuta?

La diferencia sustancial entre la compraventa y la permuta es que en la primera se produce la enajenación de una cosa a cambio de un precio en dinero, en cambio en la segunda, se realiza la enajenación de una cosa a cambio de otra.

Si se considera a las obligaciones de dar moneda extranjera como de dar cantidades de cosas, al querer celebrar un contrato en el cual se transfiera una cosa a cambio de cierta cantidad de dicha moneda, se deberá calificar como una permuta en vez de una compraventa.

Adelantamos nuestra opinión en el punto anterior, por la validez de las compraventas celebradas en moneda extranjera, por considerar este tipo de obligaciones como de dar sumas de dinero y conforme a la regulación específica en los siguientes arts.: 1123 del C.C.C.N.: “Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero”. Por su parte el art. 1133 del C.C.C.N. reza: “El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo

¹¹ Clusellas, Gabriel. Código Civil y Comercial. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. Tomo 3. Pág. 272.

sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo”.

4.1.2. Derechos reales de garantía sobre créditos en moneda extranjera

Opinamos que nada obsta que el crédito protegido con derecho real de garantía se cuantifique en moneda extranjera, pues conforme al art. 2189 del C.C.C.N. “El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen...”.

5. ¿Norma imperativa o supletoria?

Sostenemos que la norma que recepta el derecho de sustitución de la moneda pactada es de carácter supletorio por las siguientes razones:

a) Del contenido de la norma y del modo que se expresa no resulta el carácter imperativo de la facultad de sustitución del deudor. La norma no obliga a las partes a aceptar la cotización oficial de la moneda, sino que da una opción, que las partes pueden optar o no, por ende renunciable conforme al art. 13 del C.C.C.N., ya que la redacción utiliza la palabra “puede” y no existe prohibición específica para dicha renuncia.

b) Conforme al art. 766 del C.C.C.N.: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. A pesar de parecer contradictorio con el art. 765, no existe tal situación, ya que ante el carácter supletorio del régimen de cumplimiento del primero, nada obsta que las partes pacten la inalterabilidad de la moneda extranjera como medio de pago. Aunque podría generar una potencial fuente de discordancias a la hora de formular interpretaciones.

c) El acreedor de la obligación no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor, conforme al art. 868 del C.C.C.N.

d) El principio de libertad de contratación receptado por el art. 958 del C.C.C.N. reza: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. A su vez el art. 960 dice: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Y el art. 962 dice: “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 indisponible”.

e) El contrato como fuente de la obligación de dar cierta cantidad de moneda se da en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes protegida por la Constitución Nacional por las garantías de propiedad, ejercicio de comercio y derecho al trabajo.

f) En el articulado del C.C.C.N. existen numerosas normas que reconocen la inalterabilidad de la moneda pactada, a saber:

- Depósito Irregular: Art. 1367 *in fine*: “...El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad...”

- Depósito bancario: Art. 1390: “Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”.
- Préstamo y descuento bancario: Art. 1408: “El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado”.
- Mutuo: Art. 1525: “Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”. Art. 1527: “...Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada...”

5.1. Consecuencias: Aplicación temporal

Conforme al art. 7 del C.C.C.N. “Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. Por lo cual, a las convenciones anteriores al 1º de Agosto de 2015, aun cuando se encuentren en curso de ejecución, no le serán aplicables estas disposiciones.

6. Soluciones Contractuales

A la luz de la autonomía de la voluntad que les permite a las partes estipular las condiciones contractuales, con la posibilidad de previsión, bajo este título trataremos de esbozar algunas de las posibles soluciones, advirtiendo al lector que las mismas tienen el carácter de meramente académicas, ya que dadas las circunstancias legales y de mercado de la actualidad no existen fórmulas infalibles y ante la revisión judicial del contrato, será el juez el que determine la validez o invalidez de lo convenido a la luz de circunstancias que generen anomalías en el cumplimiento del mismo.

Proponemos las siguientes:

a) Declaración de posesión de la moneda extranjera para el pago: Si se prevé la inclusión en el contrato (por ejemplo: compraventa de inmueble) la cláusula en la cual el deudor declara poseer la cantidad de moneda extranjera necesaria para abonar el precio o saldo de precio, dicha obligación sólo se cumplirá entregando dicha moneda y caso contrario el acreedor podrá rehusarse a continuar la operación y registrarán las penalidades pactadas, ya que si el deudor pretendiera ampararse en el caso de fuerza mayor por las restricciones cambiarias, estaría cometiendo una conducta abusiva y generando un enriquecimiento ilícito. El inconveniente con este tipo de cláusulas es que no operan para todo tipo de contratos, v.g. en los mutuos con garantía hipotecaria simultáneos con la compraventa de un inmueble, no corresponde que el deudor afirme poseer el total del monto en la moneda extranjera estipulada, ya que ha gastado lo recibido en ese mismo acto.

b) Cumplimiento mediante el pago en pesos de acuerdo a la cotización extranjera: Creemos que a la luz de recientes fallos¹² es conveniente estipular en el contrato que ante la imposibilidad del deudor de pagar en la moneda extranjera pactada por restricciones cambiarias, deberá abonar al acreedor la suma de pesos necesaria para adquirir la moneda pactada en las plazas cambiarias extranjeras (v.g. Montevideo, Nueva York o Zurich) libre de todo gasto.

c) Cumplimiento mediante el pago en bonos: Se puede estipular también que ante la imposibilidad del deudor de hacerse de la moneda extranjera, éste deba adquirir bonos de deuda pública cotizables en dicha divisa para pagar la obligación y así el acreedor recibir la moneda pactada.

En los dos casos anteriores, el art. 765 C.C.C.N. plantea el derecho de sustitución de la moneda extranjera por la de curso legal, pero nada dice de la cotización aplicable. Por lo cual, nada obsta que las partes determinen otro tipo de cotización que no sea el valor oficial y de ésta manera mantener justas las prestaciones estipuladas en el contrato.

d) Renuncia del deudor -conforme al art. 13 del C.C.C.N.- del derecho de sustitución de la moneda pactada regulado por el art. 765 *in fine* del C.C.C.N.

e) La imprevisión es de aplicación excepcional y restrictiva. No puede utilizarse para rectificar malos acuerdos, ni para subsanar errores económicos de los mismos. El o los acontecimientos que la motivan deben ser de carácter extraordinario que reúna iguales exigencias que el caso fortuito, a saber: imprevisibilidad, irresistibilidad, extraneidad y sobreviniencia. A su vez que sea no corriente, y tan imprevisible que escapa la posibilidad de anticiparse en su producción y que produzca una excesiva onerosidad de las prestaciones generando un evidente desequilibrio. Los hechos deben ser posteriores a la celebración del contrato, y para su aplicación el deudor no debe estar en mora ni obrar con culpa. Por ello se propone como solución la renuncia a la imprevisión contractual. Creemos que la renuncia genérica es de ningún valor, ya que afecta el orden público. Por ello, la forma de proteger al acreedor de la alegación por parte del deudor de la imprevisión es la de estipular la renuncia mediante la previsión de las circunstancias específicas.

f) Asunción del riesgo por parte del deudor de la Fuerza Mayor¹³: El deudor puede asumir el riesgo de la fuerza mayor producida por restricciones cambiarias que dificulten el cumplimiento de las obligaciones.

Entendemos que ninguna de las estipulaciones relacionadas es eficaz por sí sola, sino que es conveniente la conjunción de varias, por ejemplo: la declaración de posesión del total de la moneda extranjera comprometida, y que sí por alguna cuestión el deudor no contase con la suma en la moneda pactada al momento del pago, estipular la renuncia de la última parte del art. 765 del C.C.C.N. y pactar el cumplimiento mediante el pago en pesos de acuerdo a la cotización extranjera o mediante bonos, sumado a la renuncia de

¹² "Torrado, Norberto L. c. Popow, Alexis s. Ejecución hipotecaria", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala E. en L.L. 12/07/2013. 13507/2013, allí se dispuso: "... las partes al contratar han contemplado el posible acaecimiento de las circunstancias arriba apuntadas y argumentadas por el recurrente –imposibilidad de adquisición de moneda extranjera – esto es, la imposibilidad para la adquisición de la mentada divisa extranjera y, para ello, en el mutuo que celebraran han previsto otros mecanismos, distintos al estricto pago en dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda y efectuar el pago debido en pesos y es a ellos a los que deben ceñirse las partes..."

¹³ Deriva de los hechos de los hombres, a diferencia del Caso Fortuito que deriva de los hechos de la naturaleza.

la imprevisión de circunstancias específicas (no genérica) y la asunción del riesgo de la fuerza mayor.

7. Conclusión

La moneda extranjera goza de un papel fundamental en la contratación en nuestro país, como consecuencia de la falta de una moneda de curso legal sana y firme, que conserve su valor a través del tiempo.

A pesar de lo previsto por el ordenamiento jurídico positivo, no se pueden observar con indiferencia los avatares que recurrentemente la realidad y el contexto económico en nuestro país han generado en el régimen de las obligaciones dinerarias.

Esto ha motivado la revisión judicial de innumerables contratos.

Consideramos que a pesar de la calificación que hace el art. 765 del C.C.C.N. respecto de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, éstas no dejan de ser de dar sumas de dinero. Dicho tratamiento se justifica en el reconocimiento del derecho de sustitución que se le atribuye al deudor por moneda de curso legal, y también, el cambio en el régimen de incumplimiento, pues habilita la posibilidad de reclamar daños y perjuicios, en vez de intereses moratorios.

La última parte del citado artículo es una norma de carácter supletorio, renunciable por las partes conforme al art. 13 del C.C.C.N.

Aunque no existen fórmulas contractuales infalibles, creemos conveniente la conjunción de varias.

Pasarán años, tal vez décadas, hasta que se forme un criterio jurisprudencial que permita dar certeza a los individuos para contratar en este tipo de monedas.