

LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA, SU INCIDENCIA EN LAS GARANTÍAS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**THE DEBTS IN FOREIGN CURRENCY AND ITS IMPACT ON SECURITY RIGHTS
UNDER THE PROVISIONS OF THE NATIONAL CIVIL AND COMMERCIAL CODE**

Recibido: 04/05/2016 – Aceptado: 28/08/2016

Horacio Cuervo¹

Universidad Nacional de Cuyo / horacio@cuervoponsabogados.com.ar

Alicia Puerta de Chacón²

Universidad Nacional de Cuyo–Universidad de Mendoza / alipuerta@speedy.com.ar

Irene Pujol de Zizzias³

Universidad Nacional de Cuyo–Universidad de Mendoza–Universidad del Aconcagua
estudiopujolzizzias@yahoo.com.ar

Raúl Martínez Appiolaza⁴

Universidad Nacional de Cuyo / rmartinezapp@gmail.com

- 1 Abogado. Profesor asociado efectivo de Derecho Privado II y profesor adjunto de Derecho Internacional Privado (Universidad Nacional de Cuyo). Abogado especialista en Derecho de Daños (Universidad del Litoral).
- 2 Profesora titular de Derecho Privado V (Universidad Nacional de Cuyo) y de Derechos Reales, Registrales e Intelectuales (Universidad de Mendoza). Autora de numerosos artículos y capítulos de libros de su especialidad. Profesora y Directora en varias universidades del país de cursos, doctorados y posgrados. Miembro de la subcomisión que redactó el capítulo de garantías reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.
- 3 Profesora adjunta de Derecho Privado V (Universidad Nacional de Cuyo) y de Derechos Reales, Registrales e Intelectuales (Universidad de Mendoza) y titular de Derecho Notarial y Registral I (Universidad del Aconcagua), especialista en Docencia Universitaria. Directora, Coordinadora y expositora de varias diplomaturas, maestrías, doctorados y cursos. Autora de numerosos artículos y capítulos en su especialidad.
- 4 Abogado. Especialista en Derecho Civil (Dirección de Cursos Extraordinarios del Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal de la Universidad de Salamanca). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional de Cuyo y Universidad del Litoral).

Resumen: Es factible interpretar valiosa y armónicamente el artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación que admite que el deudor se libere dando el equivalente en moneda de curso legal, cuando se obligó a dar moneda extranjera, y deducir que dicha norma no es imperativa. Ello en virtud de lo establecido en el artículo 962 del Código Civil y Comercial de la Nación y de un análisis literal del artículo 765 que utiliza el verbo “puede” liberarse, en vez de “debe” liberarse.

Además, puede considerarse que las monedas extranjeras son una clase de dinero, pero sin curso legal. Estas interpretaciones posibilitan que se admita que las garantías reales se puedan constituir por una suma en moneda extranjera y en dicho caso se considere cumplido el artículo 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación, que también en el texto reemplazado por la Ley 27.271 (artículo 23) establece que: “el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero”.

Palabras clave: Garantías reales; Hipoteca; Moneda extranjera; Obligación en moneda extranjera.

Abstract: This paper proposes an interpretation of article 765 of the National Civil and Commercial Code, allowing the debtor to discharge his obligation in foreign currency, paying the equivalent in national currency. This interpretation lies on the provisions of articles 962 and 765 of the National Civil and Commercial Code. Moreover, this interpretation also allow the debtor to grant security rights in foreign currency, since article 2189 of the National Civil and Commercial Code states that the amount of the guarantee must imply an amount of money.

Keywords: Security rights; Mortgage; Foreign currency.

Sumario

1. Introducción
2. Desarrollo
 - 2.a Relevancia Sociológica
 - 2.b Trayecto legislativo
 - 2.b.1 El Código Civil de Vélez
 - 2.b.2 Ley 23.928 y la ley 25.561
 - 2.b.3 Normas vigentes
 - 2.b.3.1 Normas sobre obligaciones de dar sumas de dinero
 - 2.b.3.2 Normas sobre la especialidad de las garantías reales en el CCCN
 - 2.c Análisis valorativo
3. Conclusiones
4. Bibliografía

1. Introducción

Es factible interpretar que la norma del artículo 765 que admite que el deudor se libere dando el equivalente en moneda de curso legal, cuando se obligó a dar moneda extranjera, no es imperativa; y que las monedas extranjeras son dinero, pero sin curso legal. Esta interpretación posibilita que se admita que las garantías reales se constituyan por una suma en moneda extranjera.

Es intención del presente trabajo lograr una interpretación valiosa y armónica de las normas vigentes, que hoy aparecen como aparentemente contradictorias y restrictivas, para evitar consecuencias negativas, especialmente en el régimen de las garantías reales.

Para ello, se comenzará realizando un somero análisis de la importancia que en la Argentina ha tenido la utilización de moneda extranjera, para luego pasar a los antecedentes fundamentalmente legales desde la vigencia del Código Velezano a la fecha, para posteriormente detenerse en la nueva normativa referida a las obligaciones de dar dinero brindadas en el Libro Tercero, Título I, Capítulo 3, Sección 1ª, Parágrafo 6º, desde el artículo 765 al 771, intentando

una interpretación amplia de dichas normas que permita capitalizarla al analizar su impacto en el régimen de los derechos reales de garantía.

2. Desarrollo

Partiendo de la teoría del trialismo jurídico, que postula que derecho, es realidad, ley y valor, se esbozarán algunas apreciaciones sociológicas o relativas a la realidad, y luego se estudiará el aspecto normológico o legal, para analizar finalmente la problemática planteada desde el punto de vista valorativo.

2.a Relevancia Sociológica

Antes de iniciar el análisis de cuál ha sido el tratamiento que el nuevo codificador ha dado a este tipo particular de obligaciones dinerarias, resulta indispensable realizar una breve referencia a la importancia que para la realidad social, jurídica, económica y política de la República Argentina, han presentado los negocios jurídicos expresados en moneda extranjera.

Es importante recordar que sociológicamente la moneda extranjera —específicamente el dólar americano— ha estado entrañablemente unido a los diversos vaivenes de la economía argentina (tanto en su faz nacional como internacional) e inescindiblemente vinculado a la idea a veces cierta, a veces no, de que la moneda extranjera es un refugio seguro contra los fenómenos como la depreciación monetaria (inflación) o la desvalorización monetaria (devaluación)⁵. Ello así porque la moneda extranjera también sufre los vaivenes de la economía internacional, porque tiene fluctuaciones en su valor de cambio que impactan en las diversas economías nacionales de distinta maneras.

Pese a ello en nuestro país ha sido una referencia obligada como herramienta económica para el comercio internacional, así como también ha tenido relevancia como cláusula indispensable de estabilización de la fluctuante moneda nacional, llegando incluso a ser el sostén en una década, de todo el sistema monetario convertible impuesto por la ley 23.928, siendo esta norma la que estableció la paridad cambiaria de un peso un dólar.

El dólar se transformó para la gran mayoría de la ciudadanía el último

5 PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de Derecho Privado*. Bs. As.: Ed, Hammurabi, 1999. Tomo 2, pág. 386 y ss.

refugio para sus ahorros, ante el flagelo de las hiperinflaciones padecidas.

De allí el inusitado interés que presenta en nuestro país el tema en análisis, fenómeno que no se da en otros países en donde el ciudadano común poco interés demuestra en monedas que no sean la propia.

2.b Trayecto legislativo

Se puede apreciar, que luego de mucho desarrollo en el derecho argentino en derredor de las obligaciones de dar dinero y específicamente en las de dar moneda extranjera, el Código del siglo XXI ha vuelto a la solución pensada por el codificador del siglo XIX.

Y si bien las normas proyectadas seguían las soluciones vigentes brindadas por la ley 23.928, la doctrina y jurisprudencia dominantes, al ser el proyecto modificado por el Poder Ejecutivo de la Nación –que se hallaba más preocupado por aspectos de política monetaria vinculadas al cepo cambiario que a cuestiones de derecho– se modificaron los textos proyectados, provocando graves desarmonías que pueden ocasionar consecuencias negativas de peso.

Entre ellas la de mayor relevancia, es la que tiene relación al régimen relativo a las garantías reales, en razón de la repercusión en el crédito y por ende la posibilidad de desarrollo en general.

Es entonces relevante realizar un breve paneo de cuales han sido las soluciones legislativas desde la vigencia del Código de Vélez en 1871 a la fecha. Se debe adelantar desde ya que por las paradojas históricas –frecuentes en la República Argentina– el régimen que pensó Vélez para un país agrario, en donde recién se estaba desplegando el ferrocarril, lo ha vuelto a pensar el legislador de hoy, que pretende capitalizar la globalización, el comercio internacional, revitalizar la industria nacional, captar capitales y potenciar los distintos factores económicos para el desarrollo tan anhelado de la Nación.

En definitiva, un mundo donde el crédito es esencial para ese crecimiento, y donde justamente ese crédito es el que se ve amenazado por las disposiciones finalmente sancionadas.

En esta trayectoria se pueden señalar tres pasos relevantes, la regulación en el Código de Vélez, el régimen de la ley 23928, la ley 25.561, y las normas del Código Civil y Comercial (CCCN) vigente.

2.b.1 El Código Civil de Vélez

El primer codificador optó por regular las obligaciones de dar moneda extranjera como de dar cantidades de cosas, siguiendo el derecho comparado de su época. En su artículo 617 del Código Velezano 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”.

El texto de la norma, sumado a cierta interpretación extraña que le dieron algunos autores al artículo 7 de la ley 1.130 que sigue vigente, y que regula que:

“Queda prohibida la circulación legal de toda moneda extranjera de oro, desde que se hayan acuñado ocho millones de pesos en moneda de oro de la Nación, y la circulación legal de toda moneda extranjera de plata, desde que se hayan acuñado cuatro millones de plata”;

llevó a sostener que no podía circular moneda extranjera, extralimitando el texto y finalidad del legislador, que fue estoquear el sistema monetario nacional de argentinos de oro y plata. Sin embargo, triunfó en la doctrina, y especialmente en la jurisprudencia, la postura que consideró válida la contratación en moneda extranjera. Ante este panorama el deudor, salvo en determinados casos particulares⁶, tenía la facultad de liberarse pagando en la moneda pactada, o en moneda nacional de curso legal al valor de cambio del día de vencimiento. Conclusión a la que se arribaba mediante la interpretación armónica de los artículos 607, 608, 619 del CCCN⁷, que establecían el régimen general de obligaciones

6 En los contratos internacionales en donde la moneda específica de pago era una divisa extranjera, en los contratos en los que el objeto era la moneda extranjera a manera de mercancía, Vgr.: compraventa de moneda extranjera. El caso del mutuario (artículo 2240 C. Civil) y el depositario (artículo 2210 C. Civil).

7 Así como el artículo 5 de la ley 1.130 que estipulaba: *“las monedas de oro y plata, acuñadas en las condiciones de esta ley, tendrán curso forzoso en la Nación, servirán para cancelar todo contrato u obligación, contraído dentro o fuera del país, y que deba ejecutarse en el territorio de la República, a no ser que se hubiera estipulado expresamente el pago en una clase de moneda nacional”*.

que tienen por objeto las obligaciones de dar dinero. Este sistema se coordinaba con lo dispuesto por el decreto ley 5665/63 sobre letra de cambio (artículo 44) y pagaré (artículo 103), que permitía el mismo tipo de alternativa para el deudor cambiario ante la presentación del título.

Esa fue la solución que durante años funcionó sin ningún inconveniente en la República Argentina, sobre todo cuando no había demasiada injerencia estatal en el mercado de cambio, debido a que cuando el Estado decidió intervenir imponiendo determinados tipos de cambio oficiales (como en la actualidad), distorsionó el sistema al alejar la cotización oficial del mercado de divisas de valores reales.

2.b.2 Ley 23.928 y la ley 25.561

La primera de ellas supuso un giro copernicano en la economía argentina e hizo lo propio en el plano normológico, no sólo porque modificó la clase de moneda y la transformó en nominal y convertible (moneda de papel) o porque estableció un respaldo total en divisa extranjera u oro⁸, sino porque modificó la tradición argentina en cuanto a las obligaciones que tenían por objeto dar moneda extranjera.

A partir de la nueva redacción del artículo 617 que disponía:

“Si por el acto por el cual 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”⁹,

estas obligaciones tuvieron el mismo tratamiento que las de dinero en moneda nacional. Por ello no se les aplicó el régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas con importantes consecuencias en la práctica que debemos

8 Eliminó la moneda fiduciaria, aquella porción del circulante que no tiene respaldo real en divisas u oro, pero que se apoya en la confianza en que el estado respaldará su conversión. En los países desarrollados, representa siempre más del 70 % del circulante.

9 Texto del artículo 617 modificado por la ley 23.928 “Si por el acto por el cual 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”.

sintetizar: 1) el deudor debía liberarse en la especie de moneda pactada; 2) devengan intereses, tanto compensatorios como moratorios; 3) es factible consignar en moneda extranjera mediante depósito judicial; 4) pudo contratarse onerosamente estipulando el precio en moneda extranjera; 5) en cuanto a las garantías reales, como la hipoteca y la prenda, solucionó la discusión relativa al principio de especialidad crediticia que exigía la determinación de una suma cierta en dinero (artículo 3.109 y cctes. CCCN); 6) se derogó el principio de pago por equivalente vigente hasta ese momento; y 8) se potenció el principio de identidad del pago.

El texto de esta nueva norma a su vez presentó arduos problemas a la doctrina, en tanto al ser consideradas suma de dinero, se preguntó si tenía o no curso legal, predominando aquellos que le negaron tal característica¹⁰, toda vez que este carácter sólo lo tiene la moneda nacional regulada desde antaño por la ley 1.130.

Otras dificultades que provocó fue la desarmonía con el decreto ley 5665/63 ya comentado, sistema que aún sigue vigente, lo que hizo que la doctrina en su mayoría considerara a dichas normas derogadas por la disposición general del artículo 13 de la ley 23.928.

La ley 25.561, no modificó el artículo 617 según la ley 23.928, por lo que el régimen de obligaciones en moneda extranjera previsto por esta última, continuó vigente.

2.b.3 Normas vigentes

En primer lugar, se analizarán las normas sobre obligaciones de dar suma de dinero, para luego detenerse en las normas relativas a la especialidad de las garantías reales y el impacto de las primeras sobre éstas últimas.

2.b.3.1 Normas sobre obligaciones de dar sumas de dinero

Como se anticipó en la introducción, el CCCN regula a las “Obligaciones de dar dinero” en el Libro Tercero, Título I, Capítulo 3, Sección 1ª, Parágrafo 6º, desde el artículo 765 al 771.

10 PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999. 4 vol., pág. 391.

Así en el artículo 765 que equivale al 617 derogado y antes comentado, establece:

“La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

El artículo 765 del Código Civil y Comercial, además de definir a las obligaciones de dar dinero, dispone el régimen aplicable a las obligaciones consistentes en dar moneda que no sea de curso legal en el país. Debe advertirse –como anticipáramos en el punto 2.b, primer párrafo– que el nuevo artículo sigue la letra del viejo 617 pensado por Vélez, salvo en el último apartado que establece que el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, texto que a pesar que no se hallaba incluido textualmente en la versión original del Código Velezano, fue el principio unánimemente aceptado por la doctrina y jurisprudencia.

Como se sostuvo en el apartado 2.b, segundo párrafo, otra particularidad de esta norma radica en la diferencia de tratamiento por parte de los autores del anteproyecto y el texto definitivo fruto de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo.

Así, mientras el anteproyecto conservaba el sistema nominalista rígido “tanto si la moneda tiene curso legal en la República, como si no lo tiene” (nominalismo de la moneda, y principio de identidad del pago)¹¹ en el texto definitivo se ha producido una alteración sustancial, al definir las obligaciones de dar moneda extranjera como obligaciones de dar “cantidades de cosas”.

Se debe advertir que posiblemente la modificación realizada en el texto

11 Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: “... Obligaciones de dar dinero. Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista reafirmado por la ley 23.928, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera”.

legal será fuente de incertidumbre, toda vez que remite a la categoría de obligaciones de dar cantidades de cosas, que estaba contemplada expresamente en los artículos 606 y 615 del Código de Vélez, pero que han sido suprimidas en el nuevo régimen legal.

Ante el vacío legal, podría entenderse que el artículo 765 se refiere a las obligaciones de género reguladas en los artículos 762 y 763¹². Es decir, obligaciones fungibles en donde cada miembro de la especie es idéntico al otro de la misma especie, advirtiendo desde ya que, al no necesitar elección tampoco se adecua totalmente a ese régimen.

Pero además, la disposición bajo análisis implica un sistema dual de cumplimiento obligacional, al posibilitar dar cantidades de cosas o su equivalente en moneda de curso legal. En efecto, si la moneda pactada es extranjera, el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal¹³.

Sin embargo, parece surgir una evidente contradicción con el artículo siguiente (artículo 766¹⁴). Pues mientras este último establece que la “obligación del deudor” es la de entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”; en el anterior se dispone que:

“... si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal, el deudor podrá librarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

12 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 de 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 tarifaria.

13 En el Código de Vélez la doctrina no decía que el deudor podía liberarse entregando una especie distinta de dinero, sino que la obligación incumplida se transformaba en pagar daños y, por ello, se satisfaría en moneda nacional. Ahora el deudor podrá no entrar en mora y lo mismo liberarse entregando una moneda distinta a la pactada –de curso legal.

14 Lo cual seguramente generará incertidumbre e inseguridad, reeditándose necesariamente viejas soluciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Otra contradicción se puede visualizar respecto al artículo 1525. En efecto, este último —que regula el contrato de mutuo—, dispone que el mutuario “se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”¹⁵.

Por lo tanto, si mediante un contrato de mutuo en moneda extranjera, el mutuario se obliga a devolver dicha moneda; la única forma de cancelar la obligación será devolviendo igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie, es decir, la moneda contratada (extranjera); sino se violaría el principio de identidad del pago.

Si las partes acordaron que debe pagarse en moneda extranjera, por aplicación del artículo 959 que establece que; “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes...” y, por aplicación del artículo 766 que regula que “el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”; éste deberá dar la moneda extranjera y no podrá liberarse de la obligación a través de la entrega de moneda de curso legal.

Las razones de la existencia de contradicciones normativas se explican por el cambio aislado del artículo 765, realizado por el Poder Ejecutivo, que obviamente no respeta la lógica del capítulo pensado por el anteproyecto.

Tales inconsistencias, desde nuestro punto de vista requerirán seguramente de un esfuerzo interpretativo para lograr una aplicación armónica de las normas.

A continuación, se intentará una posible interpretación de esta nueva normativa. En primer lugar cabe aclarar, que en el Nuevo Código Civil y Comercial no existe prohibición para la contratación en moneda extranjera.

De ahí se colige que la contratación en moneda extranjera por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es válida, si en el caso concreto no contraría fines superiores de orden público.

La particularidad reside, en que ahora el deudor en moneda extranjera podrá liberarse transformando dicha obligación en obligación en moneda nacional, conforme la cotización oficial, lo cual merece ser interpretado de manera integral y armónica con todo el régimen del Código Civil y Comercial.

15 La situación es similar en materia de contrato de depósito bancario, respecto del cual el proyecto artículo 1390 establece que “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”.

La pregunta es si la posibilidad del deudor de liberarse mediante la entrega de moneda de curso legal, puede ser dejada de lado por los particulares. Para ello, es crucial determinar el carácter imperativo o supletorio del artículo 765 del Código Civil y Comercial.

La redacción del artículo 962 del nuevo Código es:

“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”.

Las normas supletorias, habituales en materia contractual, son aplicables cuando las partes no hayan establecido ninguna previsión al respecto y siempre pueden ser dejadas sin efecto de común acuerdo, pero el hecho de que la norma nada diga en forma expresa sobre su carácter, complica su interpretación.

Una opinión doctrinaria sostiene que la norma está destinada a regular relaciones particulares, que perfectamente podría haberse resuelto en otro sentido, sin que ello implique ningún perjuicio de índole social. Si las partes nada establecieron, es decir, el deudor no renunció a la posibilidad de su obligación de pago en moneda extranjera a través del pago en moneda de curso legal, entonces regirá la norma en cuestión.

Una interpretación literal, nos lleva a igual resultado. En efecto, el hecho de que el artículo 765 diga “puede” y no “debe”, da suficiente argumento para considerar su carácter supletorio.

Si se lo interpreta de manera armónica con el artículo 766 (que establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, es decir, la que se obligó), se refuerza su carácter no imperativo.

Por otra parte, el hecho de que existan normas como el artículo 1525 para el mutuo y el artículo 1390 para el depósito bancario en el mismo Código, que claramente consagran el principio nominalista, –en virtud del cual se debe cumplir con la misma especie, calidad y cantidad pactada– refuerzan el carácter dispositivo o supletorio de la norma en análisis.

Entonces, es posible afirmar que el artículo 765 es una norma supletoria que puede dejarse de lado por los particulares sin lesionar el orden público. Mientras exista la posibilidad de obtener moneda extranjera, no hay obstáculo

legal para no permitir que se pacte la entrega de moneda extranjera como condición esencial del contrato¹⁶.

En cambio, si la contraprestación a la entrega de moneda extranjera no tiene vinculación con dicha moneda, sino sólo como una forma de resguardar el valor adquisitivo de la moneda nacional, entonces debe reconocerse la posibilidad del deudor de abonar en moneda nacional al tipo de cambio del día del vencimiento de la obligación. Lo contrario sería desconocer la vigencia del principio nominalista y la prohibición de actualizar, que subsiste.

La Cámara Nacional Civil sala F¹⁷, ha dictado un reciente fallo sobre la problemática, a la luz de la normativa del nuevo Código, en donde se admite el carácter supletorio o dispositivo de la norma del artículo 765 y analizando las dificultades que puede enfrentar el deudor ante la cancelación de una obligación pactada en moneda extranjera, refuerza las argumentaciones aquí vertidas y sugiere además las siguientes pautas.

Ante la falta de previsión en el contrato respecto a que el deudor cuente con los dólares billetes para efectuar el pago, algunas opciones viables serían:

- la compra con pesos de valores negociables que coticen en Argentina y en el exterior, su venta en un mercado externo por dólares y la transferencia del producido a la cuenta del acreedor en el exterior;
- la compra de dólares en cualquier otro mercado legal;
- la entrega de títulos denominados en dólares con un valor de mercado equivalente a la deuda en dólares; estableciéndose en todos los casos que ninguno de los métodos constituirá el pago de la obligación, hasta que el acreedor no reciba el monto total de dólares adeudados.

Si ninguna de las alternativas anteriores es viable, pero se dispuso el pago en moneda extranjera como moneda esencial del contrato y la renuncia expresa a la regla de cumplimiento por equivalente que establece el nuevo

16 Si la obligación en moneda extranjera está vinculada a un negocio en el cual el bien o servicio para cuya adquisición o uso es esencial el pago en moneda extranjera, entonces el deudor podrá liberarse entregando sólo moneda extranjera, lo que fue sostenido mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia anterior a ley de Convertibilidad.

17 CNCiv., Sala F in re "F.M.R. c/ A.C.A. y otros s/ consignación" expediente n° 79.776/2012. "L.T. y otros. c/ F.M.R. s/ Ejec.. Hipotecaria, expediente" n° 76.280/2012, de agosto de 2015.

artículo 765, el deudor no podrá liberarse entregando moneda nacional, salvo aceptación del acreedor. De lo contrario, la obligación debe considerarse como incumplida y se aplican las herramientas previstas en el artículo 730 del CCCN¹⁸.

El deudor podrá plantear:

- la teoría de la imprevisión (artículo 1091 del CCCN), si el acceso a la moneda extranjera o la alternativa prevista en el contrato frente a las restricciones para obtener dicha moneda hiciese excesivamente onerosa la obligación, y siempre y cuando su ejercicio no haya sido renunciado o no se haya previsto en el contrato que el deudor tenía en su poder la moneda extranjera;
- el caso fortuito o la fuerza mayor, institutos incorporados en los artículos 955 y 966 del CCCN, en caso de imposibilidad de pago sobreviniente;
- o apelar a la teoría del esfuerzo compartido para solicitar que se reajuste el contrato.

En las recientes XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca en octubre del 2.015, también se arribó a dicha conclusión. Precisamente sostuvo la mayoría, que la facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse por ser la norma dispositiva y que el equivalente de la moneda extranjera se determinará al tipo de cambio pactado (en tanto resulte lícito conforme las reglas del mercado cambiario en vigencia) y considerado al momento del pago.

2.b.3.2 Normas sobre la especialidad de las garantías reales en el Código Civil y Comercial

Como se adelantó, se analizará la repercusión del artículo 765 sobre las normas relativas a la especialidad de las garantías reales. Se empezará con algunas precisiones sobre el principio de especialidad crediticia y las garantías de máximo en el nuevo Código, para luego adelantarse en el estudio de las garantías de máximo en moneda extranjera y así analizar el impacto de las normas estudiadas en el punto anterior sobre estas últimas.

18 Dicho artículo dispone que: “La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacerlo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes...”.

Especialidad crediticia. Garantías de máximo

Es necesario aclarar conceptualmente que en la normativa del Código Civil y Comercial antes de la modificación de la ley 27.271, la obligada especialidad respecto del crédito, que exige la determinación de éste, se cumple con la sola determinación del monto máximo de la cobertura para todas las garantías (tanto fueren las de créditos individualizados en todos sus elementos como no), lo que resultaba discutible. Corresponde señalar que las garantías de máximo que reconoce el derecho extranjero (alemán y español) han sido previstas para las que garantizan créditos indeterminados o que son determinados en el contrato, pero todavía no han nacido al momento de constitución de la garantía (créditos eventuales, condicionales, futuros). Por esta razón, los créditos que se generen durante ese lapso temporal, que se debe establecer también, quedan cubiertos por la garantía.

El nuevo artículo 2189 reemplazado por el artículo 23 de la ley 27.271 conforme el derecho comparado y la mayoría de la doctrina, establece el requisito del monto máximo en dinero sólo para las garantías abiertas en estos términos:

“Especialidad en cuanto al crédito: En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa. El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito. Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”¹⁹.

Esta norma es común a todos los derechos reales de garantía que recepta el citado Código: la hipoteca, la anticresis y la prenda (arts. 1887 incisos l, m,

19 Además el artículo 24 de dicha ley reemplaza el texto del artículo 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente: “Duración de la inscripción: Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco (35) años, si antes no se renueva...”.

n y arts. 2205, 2212, 2219 y concordantes del CCCN). En los fundamentos del anteproyecto 2012, la Comisión Redactora expresaba que la más importante diferencia con el Código anterior refiere al monto del gravamen, que es “el monto garantizado por todo concepto o sea, capital, intereses y costas”. Sin lugar a dudas era el aspecto más novedoso en materia de garantías reales del nuevo régimen, porque se consagraba la fijación del monto como “tope máximo” de la garantía sin distinguir los créditos determinados de los indeterminados. Surge claro que el monto de la garantía es la medida de la responsabilidad en que el objeto de ella se encuentra afectado al pago del crédito garantizado, también denominado techo, tope, montante, quantum o máximo²⁰.

Garantía de máximo en moneda extranjera

Como se explicó en el punto 2.b, el artículo 765 del anteproyecto 2012 mantenía el régimen de las obligaciones en moneda extranjera dentro del que corresponde a las obligaciones dinerarias que impuso la ley 23.928 modificatoria del Código Civil de Vélez. O sea que para los proyectistas del Código no existía duda que la moneda extranjera debía considerarse dinero. Esta disposición se conjugaba con la seguridad de las garantías de máximo, porque los contratantes –ante los vaivenes de la economía y el proceso inflacionario– podían pactar el tope máximo de la garantía en moneda extranjera, es decir como variable de ajuste ante la devaluación de la moneda nacional.

Sin embargo, ante la modificación introducida por el Poder Ejecutivo Nacional al artículo 765, que ya comentamos en el apartado 2.b, se produce una gran dificultad en el tema de las garantías. Ello, puesto que la constitución de la “garantía de máximo” de acuerdo con el artículo 2189 del CCCN exige que: “El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero...”, y “dinero” se considera para algunos solamente, la moneda nacional de curso legal en virtud de lo establecido en el artículo 765.

La interpretación que se ha esbozado en los puntos antecedentes, sobre el carácter dispositivo, no imperativo, ni de orden público de la norma del artículo 765 (solución que favorece al acreedor y al crédito) puede ser viable entre

20 BONO, G. Y PUERTA DE CHACÓN, A. *Proyecto de 2012: Propuesta de ajuste de la normativa proyectada.*

Rev. Jurídica La Ley 2012-E, pág. 1233 y sgtes.

contratantes en el ámbito de las obligaciones (ámbito en el que impera el principio de autonomía de la voluntad), pero es más discutible en el campo de los derechos reales dado el carácter estatutario de sus normas, inderogables por la voluntad particular (artículo 1884 del CCCN). Es así que para los terceros, sólo es oponible el tope máximo de la garantía asentado en el registro que debe ser en “dinero”.

Seguramente, serán reflatados los enjundiosos estudios de la doctrina autoral y los frutos de la evolución jurisprudencial que durante las décadas inflacionarias de los años 70 y 80 abordaron esta problemática en el Código Civil de Vélez, luego superada por la ley 23.928 que consagró a la moneda extranjera como dinero²¹.

Hoy el desafío para el intérprete de las normas es determinar si a la moneda extranjera la podemos calificar como “dinero” en la letra del Código Civil y Comercial, para permitir que el crédito (especialmente hipotecario), motor del crecimiento de la economía y producción, subsista.

En efecto, una posible y valiosa interpretación podría ser considerar que la moneda extranjera es dinero, sin curso legal como lo afirmaba Alterini antes de la ley de convertibilidad²².

Arthur Nussbaum, explica que las deudas dinerarias se pueden clasificar de diversas maneras. Como deudas pecuniarias, que son

“... las deudas de dinero propiamente dichas” y como deudas monetarias, “que tienen por objeto primordialmente, no un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como moneda (signos monetarios)”²³.

A su vez el dinero puede tener o no curso legal, y es una cosa fungible y consumible²⁴. Esta es la postura que triunfó en las recientes XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca citadas, en las que se concluyó con despacho mayoritario: que la “obligación en moneda extranjera

21 *Ibidem*.

22 ALTERINI, J. H. *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. Rev. Jurídica La Ley 1987-E, pág. 873 y sgtes.

23 NUSSBAUM, A. *Derecho monetario nacional e internacional*. Bs. As.: Arayú, 1954. 889 p.

24 ALTERINI, J. H. *Op. cit.* pág. 873 y ss.

está encuadrada en la categoría de obligación de dar suma de dinero”.

Es decir, si la garantía real está expresada por ejemplo en dólares cumple con lo prescripto por el artículo citado, porque es dinero en estos términos, aunque carezca de curso legal en el país.

La postura contraria ya había sido criticada por Alterini, quien expresaba:

“... la consideración de que el “techo” hipotecario en una suma de dinero, apunta exclusivamente a una suma en moneda nacional—, descartando a las monedas que no sean de curso legal— se había hecho por una supuesta e inexistente limitación”²⁵.

Por otro lado, considerar que la garantía en moneda extranjera es inválida, por no ser dinero, no es una solución valiosa. Máxime, si además se llega a interpretar que el plazo de diez años establecido en la última parte del artículo 2189 del CCCN rige para todas las garantías reales, lo que se considera errado, porque dicho plazo se aplica exclusivamente para las garantías de créditos eventuales, futuros, o llamadas garantías abiertas y no es un plazo de validez de las garantías en dichos casos, sino un período en el que sólo los créditos nacidos durante el mismo podrán ser considerados como garantizados por éstas.

Debe advertirse que el texto del artículo 2189 clara y expresamente dispone que: “Vencido el plazo (10 años) la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos, durante su vigencia”.

2.c Análisis valorativo

Con respecto a las garantías de máximo, se advierte sin dificultad que esta innovación prevista en la normativa del nuevo Código antes de la modificación introducida por la ley 27.271; para todo tipo de garantía real y toda clase de

25 *Ibidem*. Tan es así, que agrega que el artículo 125 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17801 en el ámbito de la Capital Federal y Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, estableció en su artículo 125 que: “No se registrará documento que constituya derecho real de hipoteca si no se consignare su valor en pesos argentinos (ADLA, XL-D, 4126; XXVIII-B, 1929). Y señala que esa orientación es extraña a la normativa del Código, que trata como deudas dinerarias también a las contraídas en monedas que no sean de curso legal en la República.

crédito garantizado buscaba dar seguridad jurídica a los terceros que conocerían con certeza a través de la publicidad del registro el monto que opera como “el límite máximo de la cobertura” de la garantía. Pero castigaba al acreedor que no hubiera previsto la desvalorización de la moneda o la demora para cobrar su crédito. Y podía beneficiar al deudor que especulaba con la demora y creaba o simulaba un crédito ficticio para no pagar toda su deuda, premiando la morosidad, lo que resultaba antiético.

Debe siempre recordarse que la finalidad del derecho es incentivar que las conductas en los hombres sean valiosas desde el punto de vista social y no parece que incentivar la morosidad y premiar el incumplimiento (que es una consecuencia secundaria de la interpretación de la normativa del Código que se intenta refutar) lo sea.

Además como ya se vio, la innovación incorporada –por cuestiones más políticas que jurídicas– en la norma del artículo 765 y que despierta más de un cuestionamiento y cuya interpretación se complica al intentar coordinarlo con otras normas del ordenamiento, repercute además negativamente sobre la viabilidad de las garantías reales.

En el marco de una economía inflacionaria que utiliza a la moneda extranjera como variable de ajuste, en la que además subsiste la prohibición de todo tipo de cláusula de repotenciación o reajuste, el sistema de tope máximo, si sólo se acepta que sea en dinero de curso legal puede impactar desfavorablemente, generándose por esta vía un debilitamiento de las garantías reales, cuya utilización se vincula al otorgamiento de créditos de prolongada duración, que es motor de la economía, la producción, el empleo y por lo tanto del desarrollo y bienestar general. Debe tenerse en cuenta al respecto, que la nueva ley 27.271 también da solución a la posibilidad del ajuste monetario de los préstamos hipotecarios en moneda nacional expresados en UVIs –sujetos al índice de aumento del costo de la construcción– para acceder a la vivienda familiar única y permanente (arts. 6 y 9).

3. Conclusiones

Por todo lo expuesto es posible concluir, armonizando dicha norma con el resto del ordenamiento jurídico, que resulta factible y valioso interpretar que la

norma del artículo 765 del CCCN que admite que el deudor se libere dando el equivalente en moneda de curso legal cuando se obligó a dar moneda extranjera, es dispositiva, no imperativa, ni de orden público; y que las monedas extranjeras son dinero, pero sin curso legal en la Argentina.

En virtud de ello, cualquier obligación estipulada en moneda “que no tenga curso legal en la República”, podrá pagarse “dando el equivalente en moneda de curso legal”, es decir dando pesos a cambio oficial. Sin perjuicio de ello, no existe ningún obstáculo legal para contratar en moneda extranjera y obligarse a entregar dicha moneda.

Esta interpretación posibilita que se admita que las garantías reales se constituyan por una suma máxima en moneda extranjera, evitando un impacto desfavorable en el crédito, motor de la economía y la producción.

La doctrina y jurisprudencia con responsabilidad social, deben efectuar la interpretación que permita la solución de los problemas sociales del modo más valioso, justo y equilibrado.

Si por el contrario, se interpreta que la hipoteca en moneda extranjera es nula, que la misma tiene un tope máximo en moneda nacional y que se extingue a los diez años de constituida, se habrá sentenciado a nuestro país a no contar con crédito hipotecario que permita el despliegue económico, fuentes de trabajo genuino y el progreso social que tanto se anhela.

4. Bibliografía

- ALTERINI, J. H. *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. Rev. Jurídica La Ley 1987-E, pág. 873 y sgtes.
- BONO, G. Y PUERTA DE CHACÓN, A. *Proyecto de 2012: Propuesta de ajuste de la normativa proyectada*. Rev. Jurídica La Ley 2012-E, pág. 1233 y ss.
- CNCiv., Sala F in re “F.M.R. c/ A.C.A. y otros s/ consignación” expediente n° 79.776/2012. “L.T. y otros. c/ F.M.R. s/ Ejec.. Hipotecaria, expediente” n° 76.280.
- FUNES, M. V. *Obligaciones en moneda extranjera*. Rev. Jurídica La Ley 2015-B, 1066.
- NUSSBAUM, A. *Derecho monetario nacional e internacional*. Bs. As.: Arayú, 1954. 889 p.
- PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999. 4 vol.