

LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

MARTÍN E. PAOLANTONIO*

Resumen: Se analiza críticamente la solución que propone el art. 765 del Proyecto de Código Civil para las obligaciones en moneda extranjera. La norma proyectada por el Poder Ejecutivo Nacional (apartándose del Anteproyecto) vuelve al sistema originario del Código Civil, al considerar a las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones de dar cantidades de cosas. De ese modo, se reabren cuestiones interpretativas que fueron objeto de vivo debate en la doctrina y jurisprudencia hasta 1991, sin que se aprecie ventaja alguna para el cambio propuesto. Por el contrario, la incertidumbre que genera la norma objeto de análisis, sumada a la prohibición de indexación contractual, se traducirán sin dudas en mayores costos de transacción en la contratación privada, y una innecesaria litigiosidad.

Palabras clave: obligaciones en moneda extranjera – nominalismo – indexación – costos de transacción.

Abstract: This work analyzes Section 765 of the Draft Civil Code, which deals with foreign currency obligations. The rule proposed by the Executive Branch returns to the original system of the Civil Code, which did not consider foreign currency obligations as monetary obligations. The proposed text reopens interpretive questions hotly debated in the doctrine and jurisprudence until 1991, without any apparent advantage to be expected from the change. On the contrary, the uncertainty generated by the proposed rule, coupled with the prohibition of contractual indexing, will undoubtedly result in higher transaction costs in private contracting, and unnecessary litigation.

Keywords: foreign currency obligations – monetary nominalism – indexation – transaction costs.

*Abogado, egresado con Diploma de Honor (UBA, 1988). Magister en Dirección de Empresas (UCEMA, 2005). Profesor Adjunto del Departamento de Derecho Económico Empresarial y del Departamento de Derecho Privado (Facultad de Derecho - UBA). Docente de posgrado (Facultad de Derecho - UBA y Universidad Austral). Autor de diversos libros y publicaciones (ver http://works.bepress.com/martin_paolantonio/).

La problemática del contrato internacional es diferente en cuanto incorpora nociones propias del Derecho Internacional Privado en cuanto al alcance de la autonomía de la voluntad, así como la posible aplicación de normas extranjeras. En este trabajo, nos referimos a las operaciones sin elementos multinacionales.

1. LA MONEDA EXTRANJERA Y LA CONTRATACIÓN PRIVADA: NOCIONES INTRODUCTORIAS

La contratación en moneda extranjera en el sector privado ha ocupado un lugar relevante en las últimas décadas, no solo en su ámbito natural de las operaciones internacionales, sino en el de las de carácter doméstico –las que constituyen el objeto de este trabajo–.

Las razones son variadas, pero fundamentalmente se ha tratado de un mecanismo convencional destinado a evitar las consecuencias que, bajo gobiernos de diferente signo político, se han seguido inexorablemente del permanente envilecimiento del poder adquisitivo de la moneda nacional.

No ha sido, en gran parte de los casos, más que un remedio –imperfecto– frente a la incertidumbre que genera la inflación corriente y la esperada, sin que la pretensión final del acreedor de la obligación nominalmente en moneda extranjera se identifique con la recepción de la especie contratada, aunque esta última circunstancia no puede descartarse de un modo apriorístico.¹

Es fácil comprender que en una legislación atada al principio nominalista, las obligaciones de dar sumas de dinero exponen al acreedor a un perjuicio sustancial para todos aquéllos contratos que no sean de ejecución instantánea, aun en el caso en que su deudor cumpla en tiempo y forma con lo pactado.

Ese criterio del legislador no genera inconvenientes en una economía relativamente estable, con una depreciación monetaria previsible.² Pero no ha sido ese el caso, por décadas, en la Argentina. Los desaciertos continuos de diversas políticas económicas –diferentes en el diagnóstico, pero coincidentes en la consecuencia inflacionaria– llevaron principalmente³ a dos mecanismos correctivos en la contratación privada:⁴ la dolarización y/o la indexación de las obligaciones monetarias.

1. De allí la distinción que tradicionalmente han reconocido la doctrina y la jurisprudencia entre el uso de la moneda extranjera como objeto específico debido, o “moneda del contrato”, y el recurso a ella como cláusula de ajuste o estabilización: *infra*, Sección 2.

2. Recientemente se ha cumplido el bicentenario de la primera moneda nacional, aunque la uniformidad real en materia monetaria data de 1883. Desde esa fecha a la actualidad (130 años), la moneda nacional “perdió” –inflación mediante– trece ceros, por lo que un peso actual equivale a 10 billones de 1883. Huelga cualquier análisis adicional.

3. Existen otros mecanismos contractuales que pueden utilizarse para fines análogos de estabilización (por ejemplo, cláusula oro/pesos argentinos oro; referencia al precio de otros bienes o servicios; cláusulas de renegociación periódicas), pero ninguno de ellos ha tenido un lugar relevante en la práctica, particularmente por la mayor complejidad de cálculo y menor difusión y conocimiento de los valores correspondientes.

4. Aquí nos referimos a la contratación privada, sin ignorar que las obligaciones en el ámbito del Derecho Público han seguido en reiteradas ocasiones un camino similar, ya que de otro modo hubiera resultado imposible captar fondos voluntariamente de los inversores.

En este trabajo nos interesa la primera de las alternativas mencionadas, cuya difusión fue generando problemas vinculados a los desajustes entre la función esperada de la práctica adoptada—estabilización del valor de las prestaciones contractuales— y sus concretos resultados, acrecentados por la volatilidad de la relación de cambio entre la moneda extranjera y la nacional: la utilización de moneda extranjera es una solución inacabada ante la depreciación de la moneda nacional, ya que la tasa de cambio no tiene necesariamente que seguir ni la inflación esperada, ni la modificación del valor de la contraprestación del deudor.⁵

Es también importante en esta sección introductoria prevenir sobre un error frecuente: suponer que el recurso a la moneda extranjera es un beneficio para el acreedor, simplemente trasladando el riesgo de la erosión inflacionaria a su deudor. En los contratos de ejecución continuada o diferida, la contraprestación de la obligación dineraria también modifica su valor nominal con el transcurso del tiempo, y el deudor que paga en moneda depreciada, obtiene una ventaja indebida. Ante esa situación, previsible por el acreedor, su voluntad de participar en el tráfico naturalmente se retrae, y el deudor también sufre las consecuencias seguidas de una menor oferta del bien o servicio que desee adquirir, y de los mayores costos de transacción⁶ cuando esa oferta exista.

Por otro lado, también cabe destacar desde el inicio que la opción que en su momento ofrecía una posible solución al potencial problema de una devaluación importante o una inflación sostenida—las cláusulas de ajuste o indexación— fue

5. Aunque la historia argentina, recordando la infeliz frase de un ministro de economía antes de una devaluación significativa, muestra la falsedad de la frase “*el que apuesta al dólar pierde*” (Lorenzo Sigaut, 1981), lo cierto es que la contratación en moneda extranjera supone el riesgo de revalorización de la moneda nacional (devaluación de la foránea), y la inflación que puede erosionar su poder adquisitivo. Pueden no estar tan presentes en el imaginario colectivo (más proclive al recuerdo de las devaluaciones sustantivas de la moneda nacional, que tantas dificultades han planteado a la doctrina y jurisprudencia), pero su existencia es innegable. Sin necesidad de un detalle sobre el tema, típicamente a cada devaluación importante de la moneda nacional la precede un período de su revalorización o sobrevaloración (así, los períodos de la “tablita” del último gobierno militar, los años finales de la convertibilidad y, probablemente, la situación actual en la primera parte de 2012). Y cabe destacar que no es viable un reclamo indemnizatorio contra el Estado por la modificación de la paridad cambiaria “prometida”: CSJN, 15-8-1995, LL 1996-E-678.

6. El concepto de costos de transacción no es estrictamente jurídico, más allá de su utilización en el ámbito del Análisis Económico del Derecho. Pero tiene una indudable relevancia en el plano contractual y en el beneficio social que se sigue del intercambio económico. En lo que ahora interesa, nos referimos a los costos de negociación y de decisión para llegar a un acuerdo aceptable para las partes. Nótese que la incertidumbre que genera de suyo la inflación endémica pero imprevisible en su cuantificación, es magnificada por la ausencia de herramientas jurídicas para morigerar su efecto vía cláusulas contractuales, cuando existen normas restrictivas de la autonomía de la voluntad a las que se le atribuye el carácter de orden público (como es el caso en la Argentina de la prohibición de indexación contractual: ver notas 3, 25 y 38).

prohibida en 1991 con la Ley 23.928, y su inadmisibilidad ratificada aun con la desaparición de la convertibilidad monetaria.⁷

En ese escenario, los costos de transacción en la contratación privada se incrementan, y la situación –anticipamos– empeora con la norma que incorpora el Proyecto de Código Civil (art. 765), en un contexto de una irrazonable animadversión del poder político al atesoramiento de moneda extranjera por parte de los ciudadanos preocupados por la coyuntura económica, y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda nacional.

Volveremos sobre esta cuestión en la sección final de este trabajo, pero visualicemos a continuación las normas particulares para las obligaciones en moneda extranjera del Código Civil en diferentes momentos, y su análisis por la doctrina y jurisprudencia, para luego considerar la legislación proyectada.

2. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

El art. 617 del Código Civil en su versión primigenia establecía 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*”.

La norma remitía, en consecuencia, a los arts. 606 a 615 del Código Civil, con aparente exclusión de las reglas propias de las obligaciones dinerarias.

Pero pronto en la doctrina y jurisprudencia, aceptada la validez de la contratación en moneda extranjera, aparecieron interpretaciones que fueron erosionando esa –a primera vista– simple solución, incursionando en el difícil terreno de la determinación de los fines queridos con la inclusión de la divisa estadounidense⁸ en el clausulado contractual.

7. Art. 4, Ley 25.561. Sin embargo, la doctrina ha señalado que la prohibición de indexación –al menos en el escenario de un incumplimiento contractual– solo sería constitucionalmente sustentable en escenarios de inflación moderada (donde se supone la tasa de interés moratorio puede cubrir el envilecimiento monetario). Ver por ejemplo: PAOLANTONIO, Martín E., “Inviabile retorno al nominalismo”, en *LL* 1991-C-692; CASIELLO, Juan J. y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, en *LL* 2003-E-1282; y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato”, en *DJ* 2009-1917. En esa línea, también las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003): “*las normas que prohíben los mecanismos de ajuste o repotenciación del monto nominal de la prestación dineraria devendrían inconstitucionales de sobrevenir un persistente o relevante incremento de la depreciación de nuestra moneda*”. Ver también notas 6, 25 y 38.

8. Por supuesto, la mención del dólar estadounidense considera la práctica generalizada en la contratación en moneda extranjera, pero el desarrollo no se modifica por la presencia de otra especie monetaria.

Así, se distinguía entre:⁹

- a. *Obligaciones en moneda extranjera donde se trataba a aquélla auténticamente como “cosa o mercancía”*, las que plenamente se consideraban sujetas a la regla del art. 617 del Código Civil. En este supuesto, típicamente reflejado por la moneda con relevancia numismática, debía estrictamente entregarse el objeto debido para cumplir con el principio de identidad en el pago.
- b. *Obligaciones en moneda extranjera como “cláusula de ajuste”* –la variante más frecuente en la contratación doméstica–, en la que se admitía la posibilidad de liberación en moneda de curso legal¹⁰, considerándose que el propósito de las partes había sido dar estabilidad al valor de la prestación comprometida.
- c. *Obligaciones en moneda extranjera como dinero esencial*, último eslabón de la evolución interpretativa, que implicaba un apartamiento pleno de la regla del art. 617 del Código Civil. En este caso, se reconocía la necesidad de cumplimiento *in natura*, sea por previsión expresa de las partes, o como recurso constructivo para proteger el derecho de crédito que podía verse seriamente afectado por la cotización “oficial” sobrevaluada de la moneda nacional.

Por su lado, y aunque la redacción de la norma generó algún debate en la doctrina,¹¹ el art. 619 redactado por Vélez introducía el principio nominalista como la otra regla fundamental vinculada con las obligaciones monetarias: “*si la obligación del deudor fuese de entregar una suma determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación*”.

No obstante la voluntad del legislador, sus previsiones no suponían un contexto de depreciación del valor de la moneda como consecuencia de la inflación, circunstancia que supone una alteración sustantiva de las funciones que aquélla

9. CASIELLO, Juan J., en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, t. 2A, pp. 431 y ss.

10. Con un intenso debate acerca de la relación de cambio en los extensos períodos de vigencia de controles cambiarios en nuestro país, a lo que se suma el interrogante actual acerca de la validez de esa alternativa ante la prohibición de cláusulas de ajuste o indexación. Volvemos sobre la cuestión en la Sección 4.

11. La discusión acerca del principio nominalista se enfocaba en la parte final del art. 619, y la referencia al derecho de sustitución en otra moneda nacional. Esa solución no tiene espacio en la redacción del Proyecto de Código Civil, y fue ya modificada por la Ley 23.928.

cumple en el tráfico económico. De allí que la inflación—no sin un trabajoso sendero jurisprudencial—¹² tornaría inoperante al nominalismo de las obligaciones dinerarias.

Pero retornemos al ámbito de nuestro desarrollo: las obligaciones en moneda extranjera, y el transcripto art. 617 del Código Civil.

Aunque parte de la doctrina y de la jurisprudencia se aferraron a una interpretación literal de la norma,¹³ pronto quedó en evidencia que ese pensamiento llevaba a conclusiones impecables en la lógica jurídica, pero irremediamente reñidas con la realidad económica,¹⁴ por lo que se fue abriendo paso una interpretación distinta.

Así, a pesar de la calificación de obligación en moneda extranjera querida por el legislador (obligación de dar cantidades de cosas), no resultaba extraño en la doctrina y jurisprudencia prescindir, de manera abierta o solapada, de esa solución,

12. Nos referimos al debate jurisprudencial (acompañado por la doctrina), particularmente luego del denominado “rodrigazo” y la aceleración de los niveles inflacionarios. En nuestro trabajo *Inviabile...*, cit. en nota 4, sintetizamos la jurisprudencia de la CSJN, asentada luego de años de discusiones, del siguiente modo: el reajuste de la deuda no importa un beneficio para el acreedor ni un perjuicio para el deudor, sino que solo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda; (ii) la indexación, manifiesta la necesidad de restablecer el valor real de las prestaciones, en tutela del derecho de propiedad, que es el fundamento constitucional del reajuste; (iii) el reconocimiento del reajuste monetario, se da con independencia de la situación de mora; (iv) el ajuste posterior a una sentencia firme no importa desconocer los lineamientos de un fallo consentido, sino reafirmar la cosa juzgada; y (v) si bien el reajuste por depreciación monetaria constituye una cuestión de hecho, prueba y derecho común, lo que obstaría en principio a la procedencia del recurso extraordinario, el menoscabo del derecho de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), permite la apertura de la vía recursiva extraordinaria. Los temas vinculados con la indexación sobresalieron en la producción de la doctrina hasta la vigencia de la Ley 23.928, y aun una mención acotada sería de una considerable extensión, con lo cual solo destacamos dos trabajos de carácter general que contienen numerosas referencias (MOISSET DE ESPANÉS, Luis; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Gustavo, *Inflación y actualización monetaria*, Bs. As., Editorial Universidad, 1981; y GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Efectos de la inflación en los contratos*, Bs. As., Depalma, 1979), y remitimos al desarrollo y citas de la obra de CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones. 4° ed. aumentada y actualizada por Cazeaux, José M.*, Bs. As., La Ley, 2010, t. II, pp. 219 y ss. Ver también más abajo notas 25 y 38.

13. Ver por ejemplo LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1975, t. II-A, pp. 183 y ss., señalando el argumento tradicional de que la moneda extranjera no es dinero sino cosa, y más precisamente cantidades de cosas atento a su fungibilidad, y afirmando en consecuencia en la nota 152 de p. 251 que estipulado el precio de una compra en dólares, no se tratará de una compraventa sino de una permuta; REZZÓNICO, Luis María, *Manual de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 1959, pp. 145, también indicando que las monedas extranjeras “son simples cosas o mercaderías”.

14. BOGGIANO, Antonio, *Obligaciones en moneda extranjera*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 6 expresa acertadamente que “el vendedor que pacta el pago en moneda extranjera jamás esperaría ser tratado como un acreedor de mercaderías...sería gravemente perturbador de las regulaciones típicas que los contratos más heterogéneos, desde una compraventa, una transferencia de tecnología, hasta un leasing, quedarán todos sujetos al régimen de la permuta o al de los contratos atípicos, solo porque el precio del contrato se pacta en moneda extranjera”.

aplicándole al vínculo jurídico las reglas propias de las obligaciones dinerarias,¹⁵ llegándose incluso a sostener que el art. 617 del Código Civil había sido tácitamente derogado.¹⁶

La discusión presentaba consecuencias prácticas de indudable interés, que fueron decantando en soluciones jurisprudenciales,¹⁷ las que ratificaron lo que se calificó como un “*criterio realista, bien adaptado a las exigencias y necesidades del momento actual que vive el país*”,¹⁸ que “*responde adecuadamente a la intención de los contratantes en sus operaciones y evita el divorcio entre lo normativo y la realidad económica*”.¹⁹

En síntesis, aunque no sin vacilaciones, hacia mediados y fines de la década de 1980 se fue instalando como criterio en la doctrina y jurisprudencia la aceptación del carácter dinerario de la moneda extranjera, que aunque no excluía la posibilidad de liberación en moneda nacional ante restricciones de acceso al mercado cambiario, ofrecía soluciones respetuosas del sinalagma contractual.²⁰

Dicho de otra manera, la modificación sustancial que impondría la Ley 23.928,²¹ no fue una consecuencia de la convertibilidad monetaria, sino que puede considerarse como la elevación a norma positiva de un criterio que venía cobrando cada vez más impulso en la doctrina y jurisprudencia.

De todos modos, no debe llevarse el lector la impresión de que el relativo grado de acuerdo en la doctrina y jurisprudencia puede borrar las cuestiones conflictivas inherentes a la contratación en moneda extranjera.

Ante cada episodio de crisis económica, el desafío de *hacer justicia* se renovaba, ya que los inconvenientes del uso de la moneda extranjera²² se manifestaban allí con particular visibilidad.

15. Por ejemplo, ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, en *LL* 1987-E-873; TRIGO REPRESAS, Félix, “Obligaciones en moneda extranjera con garantía hipotecaria”, en *LL* 1991-B-328.

16. BOGGIANO, *Obligaciones...*, p. 2. El autor citado sustenta su opinión en la existencia de normas que admiten los intereses (obligación accesoria típica de las obligaciones dinerarias) en obligaciones en moneda extranjera, y la existencia de un mercado de depósitos bancarios local en moneda extranjera.

17. Así, el pago en especie en la moneda contratada en lugar de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de dar cantidades de cosas; y la aceptación de la hipoteca en moneda extranjera (que por imperativo del principio de especialidad del crédito, supone una obligación dineraria).

18. TRIGO REPRESAS, *Obligaciones...*, cit. en nota 15.

19. ALTERINI, *Obligaciones...*, cit. en nota 15.

20. *Infra*, Sección 4.

21. *Infra*, Sección 3.

22. *Supra*, Sección 1 y nota 5.

Lamentablemente, no se trata de cuestiones que simplemente recuerdan tiempos pasados y nos permiten reencontrarnos con debates de alto nivel científico como un mero ejercicio intelectual. La inesperada vuelta del Proyecto de Código Civil a un régimen similar al referido en esta sección, hará sin duda desempolvar pretéritos análisis, que más abajo trasladaremos al espacio de debate que sin dudas abrirá la sanción de la legislación proyectada.

Permítasenos ahora simplemente enunciar las principales áreas de debate y conflicto, que pueden presentarse sintéticamente del siguiente modo, y seran objeto de ulterior consideración:²³

- a. Posibilidad de pactar el pago en especie, sin liberación del deudor en moneda de curso legal.
- b. Cláusulas que determinan una tasa de cambio entre la moneda nacional y la extranjera, tema particularmente relevante en los frecuentes períodos con restricciones para la adquisición de moneda extranjera, típicamente acompañados por un valor de la divisa artificialmente establecido y la existencia de un mercado “informal” (e ilegal) para la compra y venta de aquélla.
- c. Excesiva onerosidad sobreviniente por severas devaluaciones de la moneda nacional, y su impacto en las obligaciones contraídas en moneda extranjera.

3. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN LA REFORMA DE 1991 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La Ley 23.928 estableció tres reglas fundamentales vinculadas con las obligaciones de dar sumas de dinero, dos de las cuales se reflejaron en normas del Código Civil:²⁴

- a. El art. 617, que quedó redactado de la siguiente forma: “*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.*”
- b. Por su parte, el art. 619, recogía el principio nominalista: “*si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o*

23. Ver Sección 4.

24. La Ley 23.928 modificó además la norma sobre anatocismo (art. 623), pero ella no es relevante para este trabajo.

calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento”.

Adicionalmente, el art. 7 de la Ley 23.928 desterró la posibilidad de establecer mecanismos convencionales de ajuste o repotenciación de deudas, reforzando la solución nominalista del art. 619 del Código Civil.²⁵

Aunque, como lo señalamos en la sección introductoria, las cláusulas de indexación y las de pago en moneda extranjera pueden cumplir funciones análogas para paliar los efectos negativos de la inflación en los contratos que sean de ejecución instantánea, en este trabajo solo corresponde analizar lo atinente a la última cuestión.

La regla del art. 617 del Código Civil es clara en su redacción: la obligación de entregar moneda que no tenga curso legal es de carácter dinerario.²⁶

La solución se mostraba consistente con la convertibilidad monetaria, pero de ningún modo la requería como presupuesto lógico. De hecho, tal como lo explicamos en la sección precedente, aún bajo el Código de Vélez parte de la doctrina y jurisprudencia propiciaba de *lege lata* esa interpretación, y el carácter de obligación dineraria ha subsistido por más de una década luego de la derogación de la convertibilidad por la Ley 25.561.

La doctrina y jurisprudencia, ante la claridad del nuevo texto del art. 617 no presentaron mayores matices²⁷ y ni siquiera el descalabro económico y la quiebra

25. La norma estableció que *“el deudor de una obligación de dar una suma determinada de Australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”*. El texto fue mantenido en lo sustancial por la Ley 25.561: *“El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y seran inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”*. Ver *supra*, nota 7 e *infra*, nota 39.

26. Vale aclarar que la Ley 23.928 otorgó carácter dinerario a la moneda extranjera, pero no curso legal, entendido este como poder cancelatorio universal para todas las obligaciones monetarias. Por todos, CASIELLO, *Código...*, p. 439, con referencias adicionales. Ver también en la misma obra, las consideraciones de HIGHTON, en pp. 443 y ss.

27. Amplias referencias de doctrina sobre el régimen de convertibilidad pueden verse en LORENZETTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 25 en nota. Lo dicho en el texto no significa que no se presentaran discusiones acerca de algunas cuestiones puntuales, como la derogación tácita de normas en leyes especiales vinculadas con las obligaciones en moneda extranjera (ver un apunte en MOSCARIELLO, Ricardo V., y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Las obligaciones

del equilibrio contractual con la virulenta crisis a partir de fines de 2001 (y la devaluación típica de esas situaciones), provocaron voces opuestas al carácter dinerario de la obligación en moneda extranjera, más allá de las discusiones que se suscitaron a la hora de asignar el “esfuerzo compartido” (art. 11, Ley 25.561).²⁸

Las obligaciones en moneda extranjera tenían carácter dinerario, y de allí se seguía la derogación de la regla de pago por equivalente, rigiendo plenamente los principios de identidad en el pago.²⁹

Tampoco los sucesivos proyectos de unificación de la legislación pretendieron apartarse del criterio del reformado art. 617 del Código Civil.³⁰

en moneda extranjera ante la nueva ley monetaria”, en LL 1991-C-1148), tema que no resulta relevante para nuestro desarrollo.

28. Conforme esa solución legal, “*Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1), en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2° de la presente ley, durante un plazo no mayor a CIENTO OCHENTA (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido*”. Se trató de una norma imperativa de adecuación del contenido contractual, que evitaba el desgaste jurisdiccional que requeriría el análisis individual de la presencia de los elementos necesarios para la aplicación de la teoría de la imprevisión (excesiva onerosidad sobreviniente), como había ocurrido ante devaluaciones significativas previas de la moneda nacional. De todas maneras, los debates de la doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de la norma fueron de magnitud: ver por ejemplo PITA, Enrique, “Pautas para la adecuación contractual en el régimen de emergencia económica”, en LL 2003-B-116; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La revisión del contrato en la legislación de emergencia”, en LL 2003-E-1428; DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte y la emergencia hipotecaria: de “Rinaldi” a “Grillo”, en LL 2007-D-384; ARIZA, Ariel, “Contrato y emergencia económica en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación. El equilibrio de los contrarios”, en JA 2007-II-1279 e IBARLUCÍA, Emilio A., “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”, en LL 2008-D-272.

29. Ver CASIELLO, *Código...*, p. 437 y sus referencias. Una posición distinta en VÍTOLO, Daniel R., “Ley de convertibilidad y obligaciones de dar sumas de dinero”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-2, pp. 324 y ss.

30. Las reglas esenciales en materia de obligaciones dinerarias (incluyendo a la moneda extranjera) fueron las siguientes: (i) el Proyecto de 1987 no modificó el art. 617 del Código Civil (moneda extranjera

4. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL ANTEPROYECTO Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL: ENSAYO DE SU INTERPRETACIÓN

La regulación de las “*Obligaciones de dar dinero*” es tratada en el Proyecto en su Libro Tercero, Título I, Capítulo 3, Sección 1ª (“*Obligaciones de dar*”), Parágrafo 6º, que comprende ocho artículos: 765 a 772.

En los *fundamentos* del Anteproyecto de Código Civil, se señaló que “*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, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA., Fallos: 315:1209), de “un proceso de estabilización de la economía”. En este caso, es necesaria una definición de carácter normativo que establezca con claridad y precisión el alcance de la obligación. Por eso, se dice que 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 hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Se dispone que 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*”.

Si bien el texto del Proyecto respetó el principio nominalista, sin ninguna explicación particular el régimen de las obligaciones en moneda extranjera revirtió al original del Código Civil, descartando la continuidad que proponía el Anteproyecto.

Veamos la comparación de los textos.

En el Anteproyecto:

- a. El art. 765, preveía que “*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*

como “cosa”), pero sí se apartó del nominalismo, al prever el art. 619 que “*si los intereses no mantuvieran el valor de la suma adeudada, ante el simple retardo del deudor el acreedor tendrá derecho a obtener su recomposición*”; (ii) el Proyecto de 1993 (decreto 468/92), en consonancia con la ya vigente Ley 23.928, recogió las soluciones nominalistas de aquella (art. 736) y el carácter dinerario de la obligación en moneda extranjera (art. 736); y (iii) el Proyecto de 1998 unió en una norma única los dos principios entonces vigentes: “*el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si el dinero tiene curso legal en la República como si no lo tiene*” (art. 713).

la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

- b. El art. 766: *“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”.*

En el Proyecto:

- a. Art. 765: *“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.”*³¹
- b. Art. 766: *“el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”.*

Como se aprecia, la norma propuesta para las obligaciones en moneda extranjera retoma el concepto del art. 617 del Código Civil que había sido modificado por la Ley 23.928, regresando a su calificación como *obligaciones de dar cantidades de cosas*.

Con esa redacción, lógicamente volverán las discusiones en doctrina y jurisprudencia que referimos previamente, y que consideramos en esta sección, a efectos de anticipar alguna interpretación posible sobre el art. 765 del Proyecto.

Antes, señalemos algunas cuestiones más generales de técnica legislativa que se siguen de la modificación del Anteproyecto:³²

- a. La referencia a obligaciones de dar cantidades de cosas, no tiene un sentido concreto en el Proyecto, que no contempla esa categoría de manera específica, a diferencia del Código Civil vigente (arts. 606 a 615).

31. Casi como nota de color, señalamos que la primera versión conocida del Proyecto, incorporaba otra modificación del Poder Ejecutivo: la referencia a que la conversión se haría al *“tipo de cambio oficial”*. El agregado fue objeto de una amplia recepción (crítica) en los medios, con exageradas referencias quizá algo exageradas a la *“pesificación”* de la economía, y finalmente se descartó en el texto final publicado.

32. En un sentido similar, TRIGO REPRESAS, Félix A., *“Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”*, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-XI-5.

- b. La eliminación del carácter dinerario, plantea posibles conflictos interpretativos con normas especiales del Proyecto que prevén una solución diferente.³³

Claro que resultan notablemente más importantes otras cuestiones que plantea la norma proyectada, que en gran parte obligarán al análisis de temas ampliamente debatidos en la jurisprudencia antes de la Ley 23.928, pero mayormente olvidados –o llanamente desconocidos– en la actualidad.

Su referencia, aun presentada de un modo simplificado acorde las características de este trabajo, resulta de suma utilidad para la comprensión de la legislación proyectada.

Planteemos pues, en forma de interrogante, los puntos centrales que proyecta el regreso al régimen original del Código Civil en materia de obligaciones en moneda extranjera:

- a. *¿Es posible la contratación en moneda extranjera?* La pregunta parecería ser ociosa, ya que ciertamente de la lectura del Proyecto nada sugeriría lo contrario, y la discusión en la doctrina nacional se cerró un largo tiempo atrás, por la afirmativa. Sin embargo, existe una cuestión que claramente diferencia el marco del debate actual del existente hasta 1991:³⁴ la prohibición vigente de pactar cláusulas de ajuste (arts. 7 y 10 de la Ley 23.928).³⁵ Si bien en nuestra opinión la restricción a la autonomía privada solo alcanza a aquéllas cláusulas de ajuste que se vinculan con expectativas inflacionarias³⁶, doctrina actual sostiene una opinión diferente,³⁷ que incluso se ha reflejado en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema.³⁸ Si esa fuera la solución finalmente prevaleciente,

33. Así, la obligación de restituir la misma especie en el depósito bancario y mutuo (arts. 1390 y 1525 del Proyecto). Si bien la norma en materia de depósitos bancarios podría entenderse como una razonable excepción a la regla general, la conclusión no es igualmente sostenible para el mutuo.

34. A esa fecha, la posición generalizada de la doctrina y jurisprudencia se inclinaba por la validez de las cláusulas de ajuste o estabilización: CAZEUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, t. II, p. 230.

35. Ver notas 7, 25 y 38. Recordamos la distinción “funcional” respecto al uso de la moneda extranjera en la contratación privada: *supra*, Sección I.

36. PAOLANTONIO, Martín E., “Alcances de la ley 23.928 y su vinculación con los contratos de locación”, *Responsabilidad Civil y Seguros* 1999-341.

37. PIZARRO, Ramón D., “Las medidas correctoras del principio nominalista en el derecho argentino actual”, en *JA* 2003-IV-1024.

38. CSJN, 10-3-2009, DJ 2009-1917, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato”; y 20-4-2010, *LL* 2010-C-554. En el primer caso referido, se consideró inválida la cláusula de un convenio de pago de aportes homologado que establecía

serían ineficaces las obligaciones convenidas en moneda nacional, pero ajustables por la evolución del precio del dinero extranjero.³⁹

- b. *¿Es posible pactar el pago “en especie” para las obligaciones en moneda extranjera?* La posibilidad había sido admitida aun antes de la Ley 23.928,⁴⁰ y no vemos razones para que esa conclusión sea modificada: no cabe interpretar a la regla del art. 765 del Proyecto como una norma de orden público de dirección. El pago en la moneda comprometida, no obstante, puede⁴¹ estar sujeto a la existencia de restricciones para la compra de divisas, lo que lleva al análisis de la tasa de cambio que es materia de la pregunta siguiente.
- c. *¿Cuál es la relación de cambio a aplicar en el caso de pago en moneda de curso legal?* Aun cuando las partes establecieran la obligación de pago efectivo en moneda extranjera, puede ocurrir que el deudor no consiga acceder a la adquisición de divisas por la existencia de normas de control de cambios. Para ese supuesto, y aun para otros en los cuales se autorizare convencionalmente la liberación en moneda nacional para el deudor,⁴² cabe inquirir acerca del valor de conversión a ser utilizado. Por supuesto, si las partes hubieran previsto una tasa de cambio determinada, habrá que aplicarla salvo su ilicitud conforme las reglas generales

que el monto de las cuotas pendientes de pago se reajustaría si variaba la paridad cambiaria del peso con el dólar estadounidense, a la que se le atribuyó “*un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, ya que su objeto es estabilizar el valor de las prestaciones vinculándolo con el de una moneda extranjera*”. En el segundo, ante un supuesto similar, se dijo además que “*permitir la vigencia y aplicación de una cláusula de estabilización como la establecida en autos, significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas mediante la prohibición genérica de la “indexación”, medida de política económica que procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (conf. Fallos: 329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional*”. El criterio de la CSJN ha sido objeto de críticas diversas de la doctrina: BORDA (h.), Guillermo J., “Inflación y equidad”, en LL 2010-C-555; CASIELLO, Juan J., “¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?”, en LL 2010-C-709; NICOLAU, Noemí L., “Las cláusulas prohibidas de indexación: un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones”, en LL 2010-F-38.

39. Además de abrirse la puerta innumerables discusiones acerca de la “real” intención de las partes al incluir a la moneda extranjera como objeto de la prestación debida.

40. CSJN, 9-12-1986, LL 1987-D-547; id. 18-9-1990, LL 1991-B-89.

41. Decimos “puede”, ya que el deudor no necesariamente requerirá el acceso al mercado de cambios para cumplir con la prestación comprometida. Así, en la perspectiva práctica, la presencia de normas restrictivas para el acceso a la compra de divisas resultará irrelevante si el deudor tiene en su poder la moneda extranjera que adeuda.

42. Supuesto que puede distinguirse, al menos en el plano de análisis, al del uso de moneda extranjera como cláusula de estabilización, que tratamos más arriba en esta sección.

para los actos jurídicos.⁴³ En esa línea de pensamiento, si bien las referencias a transacciones prohibidas en divisas no superan ese baremo,⁴⁴ sí son válidas aquellas que remitieran al valor de cambio implícito en la cotización de títulos valores en moneda extranjera.⁴⁵ Ese criterio, creemos que es igualmente aplicable en ausencia de previsión contractual,⁴⁶ aunque no se nos escapa que se trata de una cuestión con mayor espacio para la controversia.

- d. *¿Cuál es la situación de las obligaciones en moneda extranjera con relación a la imprevisión (art. 1091 del Proyecto de Código Civil)?* Creemos que, aun con las diferencias de redacción entre el art. 1091 del Proyecto y el actual art. 1198 del Código Civil, las líneas principales de la doctrina y jurisprudencia que interpretaron esta última norma mantendrán su validez. Así, salvo una previsión general al estilo del art. 11 de la Ley 25.561,⁴⁷ se reiterarán las discusiones acerca del carácter extraordinario o imprevisible de la devaluación⁴⁸, y retomará relevancia la distinción entre el recurso a la moneda extranjera como esencial

43. Nos referimos especialmente a la licitud del objeto y su conformidad con el orden público: art. 279 del Proyecto.

44. Así, las que refieran al mercado “paralelo”, “negro”, o como se lo refiere actualmente, “blue”. Ver CNCom. Sala B, 12-9-1984, LL 1984-D-599.

45. Conocidas en su momento como “cláusula Bonex”, se trata de provisiones que remiten a la entrega de las sumas necesarias para adquirir la cantidad de ciertos títulos valores denominados en dólares, que una vez (hipotéticamente) negociados y liquidados en el mercado extranjero (neto de gastos, impuestos, tasas y comisiones) equivalga a la suma de dólares adeudadas.

46. Es que, en última instancia, se debe intentar respetar la voluntad de las partes, considerando las razones generales del recurso a la moneda extranjera en la contratación privada. En esta línea, cabe recordar la jurisprudencia de la CSJN acerca de la necesidad de preservar la voluntad real de los contratantes e interpretar de buena fe los contratos a la hora de determinar la tasa de cambio a aplicar: CSJN, 22-6-1978, Fallos: 300:659 (conversión de obligaciones en pesos oro); CNCom. Sala B, 8-8-1977, LL Online AR/JUR/866/1977 (tasa de cambio “más cercana a la real”); CNCom. Sala C, 9-2-1979, LL 1980-D-752 (la cotización debe permitir la adquisición en el mercado de la moneda pactada). Por la misma razón, entendemos que habrá de considerarse la tasa de cambio más alta entre la existente al vencimiento y al efectivo pago: ver CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, t. II, p. 237.

47. *Supra*, nota 29.

48. Ver por ejemplo MOISSET DE ESPANÉS, PIZARRO y VALLESPINOS, *Inflación...*, pp. 363 y ss., con el análisis de la devaluación de 1981; BORDA, Alejandro, “Un peligroso precedente jurisprudencial”, en LL 1983-C-214 (comentando un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial que había considerado que el “rodrigazo” era previsible) y “La hiperdevaluación del año 1989 como hecho imprevisible (cuestiones conexas)”; en LL 1989-E-995; AMADEO, José L., “Cláusula de garantía dólar y devaluación”, en LL 1984-C-176; CASIELLO, Juan J., “Sobre la cláusula dólar y la teoría de la imprevisión”, en LL 1984-C-437.

(moneda del contrato) o moneda de cuenta, como cuestión previa para la aplicación del mecanismo de reajuste contractual.⁴⁹

- e. *¿Cambian las respuestas precedentes en los casos de relaciones de consumo y contratación predispuesta?* Contra la primera respuesta intuitiva que sugiere el interrogante formulado, no existen en nuestra opinión diferencias sustantivas en la respuesta en el supuesto bajo análisis. De inmediato es necesaria una aclaración para prevenir un frecuente error conceptual: típicamente, la intervención estatal en la contratación por adhesión o mediante cláusulas generales predispuestas se da por el control de las denominadas cláusulas abusivas. Pero por definición, la moneda extranjera es el precio del dinero en la obligación contractual nuclear, lo que queda fuera de la posible declaración de abusividad.⁵⁰ De allí que el aspecto jurídico central relevante, pasa por la transparencia o claridad informativa en la formación y ejecución del contrato, con la aplicación de los criterios generales en materia de deberes de información e interpretación contractual.⁵¹

5. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL ANTEPROYECTO Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL: SÍNTESIS Y CONCLUSIONES ACERCA DE LA LEGISLACIÓN PROPUESTA

El retorno a la solución que preveía la redacción original del Código Civil es en nuestra opinión la propuesta más desafortunada en materia de obligaciones y contratos de la legislación proyectada.

49. Así, se ha entendido que cuando la moneda extranjera es esencial para el contrato, el reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente no es viable: CSJN, 10-6-1992, LL 1992-D-503; CSJN, 28-9-1993, Fallos: 316:2069 (en ambos casos, se trataba de operaciones financieras en las cuales el prestamista se había a su vez endeudado en el exterior).

50. La solución apuntada supone la veda del análisis de contenido para los elementos esenciales del contrato, criterio que estaba ya presente en la Directiva 93/13 de la entonces Comunidad Económica Europea (BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., “La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5-191). Ver en el Proyecto de Código Civil, el art. 1121 inc. a): no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado, y en doctrina VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012, p. 77. Para el derecho español, y por extensión el comunitario europeo, resultan interesantes la sentencia del Tribunal Supremo Español Sala Civil, 18/06/2012, disponible en <http://bit.ly/12kzi8W>; y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas*, disponible en [<http://bit.ly/17fBKgU>].

51. Arts. 985, 987 y ccs. del Proyecto de Código Civil.

Las razones jurídicas de ese regreso al pasado no se han realmente explicitado, y sobre la existencia de otras motivaciones generales de política económica podríamos largamente reflexionar, pero nos desviaríamos del objeto material de nuestro trabajo.

Lo que sin dudas podemos afirmar es que las razones que explican el recurso a la moneda extranjera en la contratación privada no pueden ser eliminadas por ninguna norma del Código Civil, que lo único que lograría con una solución como la propuesta, es exacerbar las dificultades para celebrar contratos de ejecución diferida o continuada que se siguen de mantener la errónea prohibición de pactar cláusulas indexatorias.

El contrato es un instrumento de planificación, y las partes necesitan contar con los mecanismos legales para morigerar los efectos perniciosos del envilecimiento monetario y la inestabilidad económica. Esas circunstancias han plagado la historia argentina por décadas, en las que los desequilibrios macroeconómicos han provocado el sacrificio, en más oportunidades de las que desearíamos recordar, de principios constitucionales (derechos de propiedad) bajo el velo distorsionador de las legislaciones de emergencia.

Por cierto, podría preguntarse el lector por qué se plantea un panorama tan desalentador por una propuesta normativa que es, en última instancia, retornar a la solución que ha estado en vigencia por un lapso mucho más prologando que el correspondiente a la redacción introducida por la Ley 23.928.

Las razones son varias, y las enumeramos a continuación:

- a. No existen argumentos que racionalmente sostengan una solución que implica retornar a escenarios de incertidumbre en la contratación privada, reabriendo debates que aunque interesantes en el plano de la doctrina, aumentan los costos de transacción⁵² en los contratos de ejecución diferida o continuada.
- b. En tanto se mantenga la prohibición de indexación contractual,⁵³ las partes solo tienen disponible, como alternativa sencilla y accesible en la contratación privada, el recurso a la moneda extranjera. Reducir la eficacia de esa previsión con el retorno al régimen original del Código Civil, no hace más que dificultar la función de planificación del contrato, sembrando desconfianza en un tema sensible para la sociedad.
- c. La necesidad de revisar los criterios de la doctrina y jurisprudencia, establecidos hasta la vigencia de la Ley 23.928, obliga además a considerar la difusa distinción entre la moneda extranjera como moneda “del

52. Ver *supra*, nota 7.

53. Ver notas 7, 25 y 38.

contrato” o “de cuenta”. Si bien la diferenciación es conceptualmente posible, no deja de ser –para el contratante ordinario– una sutileza técnica que no es siempre asequible. En esa línea de pensamiento, debe además valorarse la complejidad adicional que se sigue de la prohibición de cláusulas de ajuste o estabilización, aun para las obligaciones en moneda extranjera⁵⁴, lo que es una invitación a una mayor litigiosidad, circunstancia que nunca es deseable.⁵⁵

Por último, aun cuando el lector pueda no compartir las conclusiones de este trabajo, nos permitimos invitarlo a argumentar acerca de los beneficios de la legislación proyectada.

En última instancia, se supone que el cambio normativo ha de obedecer a una evaluación acerca de las deficiencias de las reglas legales vigentes, ofreciendo una solución superadora. Y estamos convencidos que ese examen no es aprobado por el proyectado texto del art. 765 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas*, disponible en <http://bit.ly/17fBKgU>.
- ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, en *LL* 1987-E-873.
- AMADEO, José L., “Cláusula de garantía dólar y devaluación”, en *LL* 1984-C-176.
- ARIZA, Ariel, “Contrato y emergencia económica en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación. El equilibrio de los contrarios”, en *JA* 2007-II-1279.
- BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., “La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5-191.
- BOGGIANO, Antonio, *Obligaciones en moneda extranjera*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

54. *Supra*, notas 7, 25 y 38.

55. En particular, quienes más sufrirán las consecuencias de la incertidumbre que plantea el retorno al “viejo” art. 617 del Código Civil, serán los contratantes con menores recursos para recurrir al asesoramiento legal adecuado para prevenir redacciones de cláusulas inadecuadas para los fines perseguidos.

- BORDA, Alejandro, “La hiperdevaluación del año 1989 como hecho imprevisible (cuestiones conexas)”; en *LL* 1989-E-995.
- “Un peligroso precedente jurisprudencial”, en *LL* 1983-C-214 (comentando un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial que había considerado que el “rodrigazo” era previsible).
- BORDA (H), Guillermo J., “Inflación y equidad”, en *LL* 2010-C-555.
- BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- CASIELLO, Juan J., “¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?”, en *LL* 2010-C-709.
- “Sobre la cláusula dólar y la teoría de la imprevisión”, en *LL* 1984-C-437.
- CASIELLO, Juan J. y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, en *LL* 2003-E-1282.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones. 4º ed. aumentada y actualizada por Cazeaux, José M.*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte y la emergencia hipotecaria: de “Rinaldi” a “Grillo””, en *LL* 2007-D-384.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato”, en *DJ* 2009-1917 y en *LL* 2010-C-554.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Efectos de la inflación en los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- IBARLUCÍA, Emilio A., “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”, en *LL* 2008-D-272.
- LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1975.
- LORENZATTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Gustavo, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.
- MOSCARIELLO, Ricardo V., y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Las obligaciones en moneda extranjera ante la nueva ley monetaria”, en *LL* 1991-C-1148.
- NICOLAU, Noemí L., “Las cláusulas prohibidas de indexación: un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones”, en *LL* 2010-F-38.
- PAOLANTONIO, Martín E., “Alcances de la ley 23.928 y su vinculación con los contratos de locación”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999-341.
- “Inviabile retorno al nominalismo”, en *LL* 1991-C-692.
- PITA, Enrique, “Pautas para la adecuación contractual en el régimen de emergencia económica”, en *LL* 2003-B-116.
- REZZÓNICO, Luis María, *Manual de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1959.

- TRIGO REPRESAS, Félix A., “La revisión del contrato en la legislación de emergencia”, en *LL* 2003-E-1428.
- “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-XI-5.
- “Obligaciones en moneda extranjera con garantía hipotecaria”, en *LL* 1991-B-328.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012.
- VÍTOLO, Daniel R., “Ley de convertibilidad y obligaciones de dar sumas de dinero”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-2.