

XXXI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Título: “El rol del notario en la
contratación en moneda extranjera” (*)

Tema II. Contratación en moneda extranjera.
Instrumentación de compraventas e hipotecas en
moneda que no tiene curso legal en la República.

Exigibilidad. Pagos en divisas.

Coordinador: Not. *Diego Maximiliano MARTÍ*

Autores: Nots. Sebastian BERMUDEZ

Humberta DE ANGELI

María Lujan LALANNE

Javier H. MOREYRA

Leandro N POSTERARO SANCHEZ

Alejandro TURJANSKY

(*) El presente trabajo obtuvo Premio Mención Especial en la 31 Jornada
Notarial Argentina. 2014

**“Acuñar moneda es una de las características básicas del
Estado soberano”.**

Jean Bodin (año 1576)

I. INTRODUCCION:

Debemos admitirlo, los argentinos tenemos fascinación por el dólar. No nos pasa con otras monedas, aunque nos muestren billetes más bonitos y quizás con valor hasta más fuerte. No importa que suba o baje (de a ratos), en Argentina siempre lo queremos.

En los últimos cincuenta años, este amor por la verde moneda fue creciendo alimentado por las “desilusiones y abandonos” que nos hicieron sufrir nuestras distintas monedas criollas.

Para conocer el presente que rige los contratos en moneda extranjera primero nos iremos adentrando en la “rica”¹ historia argentina en la materia. Observaremos así los distintos criterios doctrinarios y situaciones que han ido moldeando la jurisprudencia (también muy variada) en la materia.

De la casi prohibición a contratar en monedas extranjeras en los inicios de la República, pasando por su utilización como cláusula de ajuste y resguardo de valor ante los distintos procesos inflacionarios; luego por la libertad de elección de las partes; hasta llegar a nuestros días con importantes dificultades para lograr el cumplimiento de las obligaciones.

Y ante toda esta diversidad de situaciones, doctrina y jurisprudencia, es la actividad del notario la que debe ser cada vez más importante para brindar un asesoramiento imparcial y redactar los contratos con total equidad y brindando alternativas de cumplimiento, buscando así reducir la conflictividad entre las partes.

Por lo cual, en la faz práctica observaremos las cláusulas recomendables en los distintos contratos, a tenor de la legislación nacional, y resoluciones de

¹ No creemos que rica por la abundancia de dólares, sino más bien por la variedad de leyes nacionales, provinciales, resoluciones de organismo recaudador, normativas de máxima autoridad bancaria, etc, etc, marchas y contramarchas respecto de estas contrataciones.

mucha menor categoría pero que, en la práctica, van obstaculizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

El análisis del Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados nos brindará un panorama de lo que puede ocurrir en un futuro bastante cercano, y que significaría una vuelta a los orígenes de nuestra legislación; con todas las consecuencias que podría acarrear.

Por último, destacaremos el esencial rol del notario, quien con su imparcialidad y en pos de la equidad entre las partes se convierte en hacedor del derecho que rige las convenciones particulares; debiendo tener una participación cada vez más activa, procurando evitar que se deba poner en funcionamiento el órgano jurisdiccional.

II. VAIVENES HISTORICOS:

No podemos conducir un auto sin mirar por el espejo retrovisor; así como no podemos construir un futuro económico de un país sin observar hacia el pasado.

Por ello, para tener una clara idea del por qué hemos llegado a la actual situación en la cual hechos emanados del poder público tienen importante incidencia en los acuerdos contractuales privados, generando dificultades en los cumplimientos de aquellos basados en moneda extranjera, se torna necesaria esa revisión a nuestra variada historia en la materia.

Sin duda los importantes procesos inflacionarios y las consecuentes devaluaciones de la moneda nacional han ocasionado que en nuestro país se confíe más en monedas foráneas, en especial en el dólar de los EEUU, que en la propia para resguardo de valor.

En principio, tener moneda propia es significado de soberanía. El art. 75 inc, 11 de la Constitución nacional dictada en 1853 dispuso como regla general e inexcusable que la política monetaria corresponde al Gobierno Federal y prohibió expresamente la acuñación de moneda por parte de las provincias.

II. 1. Código Civil Original:

El 25 de septiembre de 1869 se sanciona nuestro Código Civil², el cual en su Art 617 CC estableció un criterio fundamental para la época respecto de las obligaciones en moneda extranjera: *“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.”*

Asimismo el art 619, referido a las obligaciones ya de moneda nacional, determinaba:

“Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día de vencimiento de la obligación.

II.2 Ley 733³: el Peso Fuerte:

El mencionado art 617 debe interpretarse en un contexto nacional en el cual convivían distintas clases de monedas metálicas de oro y plata⁴. Así en 1875 se dicta la ley 733 que establece el Peso Fuerte. Esta ley avanzó más, estatuyendo como unidad monetaria al peso fuerte, moneda de oro de un gramo y dos tercios de peso, y 900 milésimos de fino (o 1,5 gramos de oro puro), que sería acuñada en piezas de 5 pesos, denominada medio colón, de 10 (colón) y de 20 (doble colón). También creaba monedas de plata, desde cinco centavos a un peso (definido como de 27,110 gramos y 900 milésimos de fino), y piezas de cobre de 2 y 1 centavos. La Ley 733, en fin, ordenaba la instalación de dos cecas, una en Buenos Aires y otra en Salta.

II. 3. La Ley 911 - Creación de la Casa de Moneda

El 15 de Octubre de 1877 se sanciona la Ley 911, que autorizó al Poder Ejecutivo a invertir hasta 267.000 pesos fuertes en la instalación de una Casa de Moneda en Buenos Aires, y a enviar a Europa a uno de los ingenieros del Estado

² Ley 340.

³ Sancionada el 26 de septiembre de 1975

⁴ Doblones españoles, las águilas estadounidenses, los cóndores chilenos, los soles peruanos, y otras en el interior, principalmente de plata de baja ley, como las denominas "chirolas", además del papel moneda que emitía el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que había sido casa de Moneda y que tenía papel moneda de curso legal forzoso que cotizaba frente al oro en la Bolsa

para que examinase los procedimientos y maquinarias de acuñación. Así la Municipalidad de Buenos Aires donaba un terreno en la esquina de Defensa y México. Comenzaron los trabajos en Julio de 1879 y la Casa de Moneda fue inaugurada el 14 de Febrero de 1881, con el ingeniero Castilla como director.

II.4. La Ley 1130: Prohibición de monedas extranjeras:

En el año 1881 se sanciona la ley 1130 que establece la unidad monetaria metálica vigente: el peso oro, otorgándole curso legal al mismo (art. 5°), y prohibiendo la circulación legal de toda moneda extranjera de oro o de plata a partir del momento en que se hubieran acuñado ocho y cuatro millones respectivamente de las monedas nacionales de oro y plata, lo que se daría a conocer por decreto del Poder Ejecutivo (art. 7°).

Dicha norma estableció que los tribunales y las oficinas públicas no podrían dar curso a gestiones o actos que, estipulados con posterioridad al plazo que la ley establece, se expresasen en moneda distinta a la nacional (art. 8°).

III. CONSECUENCIAS DEL SISTEMA SOBRE LOS CONTRATOS EN MONEDA EXTRANJERA:

Así, la redacción original del art 617 del CC, según observáramos significaba que la obligación de dar moneda extranjera no se consideraba como dinero sino simplemente de dar cosas (conf art. 617 y 2311 del Cód. Civil).

La consecuencia directa era que el no cumplimiento de las obligaciones en moneda se sancionaba con la indemnización de los daños y perjuicios a favor del acreedor. Dicho daño debía resarcirse en el valor, en moneda nacional, que tenía la moneda extranjera al tiempo de la mora del deudor, más los intereses correspondientes.

Se aplicaban así las estipulaciones de los artículos 607 a 615 del Cód. Civil.

Se discutía entonces acerca de la posibilidad de contratar en moneda extranjera, a pesar de la prohibición de los arts 7 y 8 de la ley 1130. Doctrinaria y jurisprudencialmente se determinó en favor de la validez. Si bien con fundamentos divergentes se coincidía en la conclusión: nuestro orden jurídico aceptaba la

validez de las obligaciones en moneda extranjera; considerándose sin embargo, que el deudor podía liberarse dando el equivalente en moneda nacional, dado el curso legal y forzoso de esta última⁵.

Resuelta la validez de las obligaciones contraídas en monedas extranjeras, faltaba resolver si el deudor podía liberarse dando el equivalente en moneda nacional, dado el curso legal y forzoso de esta última. Obviamente este tema resultaba de gran importancia dado el interés del acreedor de la obligación en que se le pagase en la moneda convenida.

Este planteo era solucionado implícitamente a través de la consideración moneda extranjera como una cláusula de garantía o estabilización que se incorporaba al convenio. Consideración que fue la habitual en los contratos de derecho interno que incluían prestaciones en moneda extranjera; es decir, se tomaba a ésta como "moneda de cuenta" a los fines de dar estabilidad a las obligaciones dinerarias.⁶

Asimismo una importante corriente consideraba nula la cláusula por la cual se excluyera la posibilidad de pago en moneda nacional, por violatoria del orden público⁷.

A dicha postura se le contrapuso otra que sostenía que la convención de dar moneda extranjera podía constituirse para ser cumplida necesariamente con la misma como moneda de pago, sin posibilidad por parte del deudor de pretender

⁵ Autos "Gómez Pombo, Gregorio H. c. Bco. Hipotecario Franco Argentino" (J. A. 73 - 941 y 947) y que encontramos reeditada en el dictamen del fiscal de Cámara doctor Luis U. de Iriondo, en autos: "La Papelera Argentina S.A." (E.D. t. 7-564/570). Para esta corriente, la prohibición que contenían los arts. 7° y 8° de la ley 1130, estaba condicionada al dictado por parte del P. E. de un decreto que hiciese saber que se habían acuñado las cantidades de monedas de oro y plata indicadas por dicha ley. Como el decreto que en tal sentido se dictara en noviembre de 1890 fue inmediatamente dejado sin efecto por otro decreto en enero de 1891, al haberse sustraído al mercado los argentinos-oro acuñados, según esta posición, de ahí en más faltó el presupuesto que se requería para que entrara en vigor la prohibición legal para la validez de las obligaciones en moneda extranjera.

⁶ Autos "Bell, Adelina E. Trillia de c.Kogan, Mauricio y otro", Cam. Civ. sala "A", 5/6/63 en J. A. 1963-V-220; CNEspecial Civ. y Com., sala VI, 1/4/82, "Garde y Cía. S.A., Otto c. Beratz, José y otra" en LA LEY, 1982-C-192; CS, 27/9/79 "Peña Argentina y otra c. Moldes, Leónidas M.", en LA LEY 1980-A-346 y sigtes, CNCiv., sala A, 7/7/83, "Falcone, Ricardo O. c. Mieres, Roberto",

⁷ BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil, "Obligaciones", t. 1, p. 393, núm. 480, 5ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1983; MOSSET ITURRASPE, L. y LORENZETTI, R. L., op. cit. p. 158 y sigts.; CNCCom. sala A, 30/11/64; "LUTSBERG, Jack y otro c. Landini, Raniero y/u otra" en LA LEY, 118-16.

sustituirla por moneda nacional, al ser establecida como una cláusula esencial del contrato.⁸

En síntesis, las posiciones durante el período anterior a la ley de convertibilidad eran:

A) **Obligaciones en moneda extranjera:** Se consideraban válidas.

Pero el deudor podía liberarse dando moneda nacional al cambio del día del pago, debido al curso legal y forzoso de la misma. (M. Iturraspe, Trigo Represas).

B) **Cláusula de Garantía o Estabilización:** para evitar la opción del pago en pesos se establecía el pago en moneda extranjera como una cláusula de garantía o estabilización. **(Llambias).**

C) No podía excluirse al pago en moneda nacional como moneda de pago, y tal cláusula se consideraba nula x ser contraria al orden público. (Borda, Mosset Iturraspe, Lorenzetti).

D) Leyes especiales prohibían contratar en moneda extranjera: Locaciones Urbanas (ley 23091), venta lotes a plazos (Ley 14005).

E) **Moneda extranjera como cláusula esencial:** se estaba ante la presencia de una deuda de cantidad específica de cosas, por lo cual el deudor no cumplía pagando equivalente en moneda nacional.

⁸ Alterini, Jorge H. ya la CNCiv., sala F, en el año 1984 (9 de marzo) en autos "Sciumbre, Pedro A. c. Dibar, Carlos M. s/ resolución de contrato" había condenado a reintegrar la misma cantidad de la moneda extranjera recibida como seña. (ALTERINI, Jorge H., "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca" en LA LEY, 1987-E-875). Igualmente la sala G de esa Cámara, resolvió en 1985 análoga situación en este sentido in re "Oks Silberman, Berta c. Achával y Cía. S.A. y otro" (D.T. 117, 483). Mucho más categóricamente la situación aparecía resuelta por la sala C de dicha Cámara Civil, en autos "Vignola, Nidia A. c. Colombo Marchi, José", 26/11/85 (LA LEY, 1986-B-299 y sigts.); puesto que lo debatido era cómo debía abonarse el saldo de precio de una compraventa que se había estipulado en dólares. También la sala A de dicha Cámara Nacional Civil aceptó la validez de una hipoteca constituida en moneda extranjera en fallo del 11/8/88 in re: "Santamarina, Miguel M.A." (LA LEY, 1988-E, 491). En el mismo sentido, la sala F de dicha Cámara en 3/8/90 in re "Rastelli de Verna A. c. González de Abdala" (LA LEY, 1991-B, 329). Y dentro del campo doctrinario apoyaban esta postura: ALTERINI, Jorge H., loc. cit. ps. 873 y sigts.; ORELLE, José M. R. Junio 1989: "Contratación en dólares", en ED., 132-920/922; CAUSSE, Jorge R., "Mutuo en moneda extranjera (Especialidad crediticia y registración)" en LA LEY, 1988-E, 488

II. 5. Dolarización ficticia o Ley de convertibilidad:

El 27 de marzo de 1991 se sanciona la ley 23928 de convertibilidad del austral, y que establece un cambio importante en los arts 617 y 619 del Código Civil.

Art 617 (nuevo y actual). *“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”.*

Art 619 (nuevo y actual). *Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento.*

En otras palabras, la norma dispone que si un deudor se obligó en una moneda, sea esta de curso legal o no, para liberarse de la obligación deberá devolver la misma especie de moneda en la que se obligó, y no otra (principio de especialidad).

Vemos que la norma, si bien mantiene el principio de especialidad (el deudor se libera pagando una suma de la misma especie en que se obligó) –lo que ya estaba en la norma anterior- la redacción actual elimina toda referencia a moneda corriente nacional. Es decir, como dijimos antes, está totalmente permitido obligarse en una moneda extranjera y el deber del deudor, salvo acuerdo con el acreedor en contrario, es pagar con esa misma moneda para liberarse de la obligación asumida

Consecuencias:

A) Se despejan dudas sobre posibilidad de contratar en moneda extranjera.

B) Se consideran como obligaciones de dar sumas de dinero. Aunque no transforma a las monedas extranjeras en monedas de curso legal.

C) Libertad de contratación en cualquier moneda.

D) Debe pagarse en la especie de la moneda convenida (art 619), sin posibilidad de pagar con el equivalente de moneda nacional (salvo pacto en contrario).

E) Principio General: Toda deuda de dinero deberá abonarse en pesos
Excepción: salvo que se pacte expresamente la obligación de dar moneda extranjera, en cuyo caso deberá cumplirse con el pago entregando la misma (art 619).

II.6 Pesificación forzosa temporaria.

La crisis del 2001 trajo como consecuencias más desempleo, inflación, cierre de industrias y colapso financiero.

La ficción del 1 dólar = 1 peso llegaba a su fin con la ley 25561 que derogaba los puntos más esenciales de la Ley de Convertibilidad.

A partir de allí se fueron sancionando leyes y decretos que con base en la emergencia económica y con carácter temporario tuvieron efectos retroactivos sobre los contratos en moneda extranjera que se encontraban celebrados a ese momento y en etapa de cumplimiento.

La Suprema Corte resumió las causas y consecuencias de la emergencia económica en un fallo sobre deuda de alquileres pactada en dólares de la siguiente manera:

“Por la vigencia de la ley 23.928 -que declaró la convertibilidad del austral (luego pesos) con el dólar de los Estados Unidos- se pudo adquirir dólares por un peso. En un país cuyo banco central no emite dólares ello es un despropósito, porque el Banco Central los ofrecía a ese valor artificialmente, porque el gobierno podía endeudarse en dólares, los cambiaba al citado banco por pesos y éste los ofrecía al mercado a tal paridad. También porque el Estado vendió su activo a particulares que abonaron con dólares. Pero cuando se agotó la capacidad de endeudamiento del Gobierno y la joyas de la abuela, se agotó también la oferta de dólares. Se dio el absurdo de haber cambiado a la par moneda de una de las economías más débiles por la moneda de la economía más poderosa. Y nadie reclamó el cese de su vigencia, pese a ser una ficción, contraria a todos los principios económicos y una de las causas de la presente crisis. Y si bien los acreedores, que bajo tal fantasía adquirieron dólares y los prestaron -en caso de que así hubiera sido y no simulado, implicando su denominación en tal moneda una cláusula de estabilidad- se sienten perjudicados con la pesificación, debe pensarse en aquellos deudores que a partir de la derogación de la ley mencionada, se vieron imposibilitados de adquirir la moneda extranjera en los términos que la misma establecía y que, creyéndose amparados bajo sus -

aparentes- "bondades" y reiteradas promesas de mantenimiento, contrataron en tales términos."⁹

6.1 La Ley 25561 (6-1-2002)

Así ante la emergencia indicada, se resolvió salir de la Ley de Convertibilidad, por lo cual la ley 25561 sancionada el 6-1-2002 deroga el 1 a 1:

"Art 2° — El Poder Ejecutivo nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1°, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias.

Art 3° — Deróganse los artículos 1°, 2°, 8°, 9°, 12 y 13 de la Ley N° 23.928 (Convertibilidad)."

Así se estableció una pesificación forzosa, de carácter temporario y con efectos retroactivos respecto de las obligaciones existentes en moneda extranjera:

Art 11. — 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) Cancelación: en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1), en concepto de pago a cuenta¹⁰ de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente

2) Renegociación por las partes, 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.

6.2 El Decreto 214/2002: Creación del índice CER (3-2-2002)

⁹ : Zanoni, Amalia Nelly c/ Villadeamigo, Valeria Mariana s/ Cobro de alquileres" SCBA 7-11-2002.

¹⁰ El subrayado nos pertenece.

Complementó la ley 25561 al establecer el sistema de pesificación según distintos tipos de deudas, sumándoles el índice C.E.R (Coeficiente de Estabilización de Referencia):

- Transformación a PESOS de todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales — expresadas en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a PESOS.
 - Depósitos en el sistema financiero: Pesificación U\$S 1 = \$1,40 + índice CER.
 - Deudas con el sistema financiero: Pesificación U\$S 1 = \$ 1 + índice CER.
 - Deudas entre particulares: Pesificación U\$S 1=\$ 1 + índice CER. Si el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podría solicitar un reajuste equitativo del precio.

6.3 Ley 25713. (28-11-2002). Carácter de ley al CER.

Ante la duda respecto si resultaría viable establecerse dicho Coeficiente por decreto, se aprobó una ley nacional para darle carácter de normativa de fondo:

Así la ley 25713 determinó: “**Art 1°** — Obligaciones en U\$S u otra moneda extranjera y que hubieren sido transformadas en PESOS a partir de la sanción de la ley 25.561 o bien posteriormente, se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.) en base al índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el INDEC”

6.4 Ley 25713. (28-11-2002) Excepciones al CER:

También dicha norma exceptuó a determinadas obligaciones de la aplicación del CER:

- ▶ Préstamos con garantía hipotecaria sobre única, familiar y de ocupación permanente, originariamente convenidos hasta U\$S 250.000) u otra moneda extranjera y transformados a PESOS.
- ▶ Contratos de locación de vivienda.

6.5 Síntesis de Pesificación Forzosa Temporal y Retroactiva:

Deudas en U\$S anteriores a ley 25561 (6-1-2002) y Dec 214/2002:

▶ **Entre particulares:** Pesificación 1 a 1 + CER. Teoría del Esfuerzo compartido.¹¹

▶ **Depósitos en entidades: U\$S 1 = \$ 1,40**

▶ **Deudas con el sistema financiero:**

Hipotecas menores a U\$S 250.000 (vivienda única, familiar y de ocupación permanente) Pesificadas 1 a 1.

Hipotecas mayores a U\$S 250000: Pesificadas 1 a 1 + CER.

Personales menores a U\$S 12000. 1 a 1 sin CER

Prendarios menores a U\$S 30.000. 1 a 1 sin CER.

▶ **Deudas del sistema financiero con particulares:**

Depósitos: USD 1 = \$ 1,40 + CER.

Deudas en U\$S posteriores a ley 25561 (al 6-1-2002):

Como expresáramos, la pesificación forzosa de obligaciones contraídas en moneda extranjera se trató de una medida de emergencia, temporal y con carácter retroactivo.

Por lo cual todas las obligaciones nacidas luego del 6 de enero de 2002 asumidas en moneda extranjera se deben cumplir de acuerdo a los arts 617 y 619 del CC los cuales no fueron modificados y recuperaron su vigencia luego de la ley de emergencia.

¹¹ **CORTE SUPREMA NACION: Autos “Rey c/Hefler s/Ejecución Hipoteca”. Teoría del esfuerzo compartido:** Pesifica deuda en U\$S + el 50% de brecha entre el peso y la cotización oficial del U\$S. Excepto que aplicación del CER genere una suma mayor.

III. Cronología de las restricciones al mercado de cambios:

Luego de la crisis del 2001 que, como vimos, desembocó en la salida de la Ley de Convertibilidad y la Pesificación forzosa temporaria; alejados los fantasmas de nuevas devaluaciones importantes, pero con índices de inflación que poco a poco se fueron acercando a los dos dígitos anuales; paulatinamente se fue volviendo a la vieja costumbre argentina de contratar en moneda extranjera.

Así, especialmente el mercado inmobiliario retomó su etapa de dolarización.

Sin embargo, luego de años de calma en el frente financiero, comenzaron a surgir inconvenientes diversos que generaron la necesidad del Estado Nacional de acumular dólares para compras en el exterior en especial en el rubro energético, pago de intereses de deuda, financiamiento de importaciones, turismo de argentinos en el exterior, entre otros, por lo cual fue perdiendo su capacidad de retener dólares en las reservas del B.C.R.A.

Esto generó que a mediados del 2010 ya se comenzara a esbozar el establecimiento de restricciones a la adquisición de moneda extranjera.

Comenzó así el dictado de distintas restricciones que se fueron imponiendo, englobando un conjunto de resoluciones generales de la AFIP y comunicaciones del BCRA, acotando la libertad de adquisición de moneda no nacional hasta llegar a nuestros días al conocido “cepo cambiario”.

Veamos a continuación la cronología que decantó en el complicado presente:

III. 1. El Mercado Único y Libre de Cambios: Comunicación A 3471 DEL BCRA del 08/02/02 a partir del 11/2/02:

A partir de dicha comunicación se establece un Mercado Único y Libre de Cambios con las siguientes características: “1. *El tipo de cambio resultará del libre juego de la oferta y la demanda.* 2. *Las operaciones de cambio sólo podrán ser efectuadas en las entidades autorizadas por el Banco Central para operar en cambios, que quedan facultadas para realizar todas las operaciones que se reglamenten por norma de aplicación.* 3. *Todas las operaciones que no se ajusten a lo dispuesto*

en la normativa cambiaria, se encuentran alcanzadas por el Régimen Penal Cambiario.”

En consecuencia a partir de dicha fecha no se encuentran autorizados al cambio de moneda extranjera personas que no sean las entidades autorizadas por el BCRA a tal efecto.

Por lo cual se prohíbe la compra-venta de moneda extranjera entre particulares.

III.2. Comunicación A 5085 del 7-6-2010 del BCRA:

Mediante la misma la máxima autoridad financiera efectuó un reordenamiento y dictó nuevas normas aplicables para el acceso al mercado local de cambios para la formación de activos externos de residentes que no sean entidades autorizadas a operar en cambios, abarcando los casos más usuales de acceso al mencionado mercado, según los distintos destinos a darle a los activos en moneda extranjera. .

Los casos no encuadrados en las condiciones establecidas, debían contar con la previa conformidad del Banco Central con anterioridad a que la entidad le otorgue al cliente el acceso al mercado local de cambios.

III.3. Resolución General AFIP 3210/2011:

-Impone al BCRA y demás entidades financieras restricciones a la venta de moneda extranjera para quien no acredite el origen de los fondos para compra de divisas.

-Están alcanzadas con este sistema de consulta y registro, las operaciones de venta de moneda extranjera -divisas o billetes- en todas sus modalidades efectuadas por las entidades autorizadas, cualquiera sea su finalidad o destino.

-Crea el sistema por el cual las entidades autorizadas a operar en cambios por el Banco Central de la República Argentina deberán consultar y registrar el importe en pesos del total de cada una de las operaciones cambiarias a que se refiere el artículo siguiente, en el momento en que la misma se efectúe.

-Otorga potestad a la AFIP para efectuar evaluaciones sistémicas, en tiempo real, sobre los datos ingresados y emitir la respuesta correspondiente de acuerdo con la información obrante en las bases de datos del Organismo, a saber:

a) Validado: Indica que los datos ingresados superaron los controles sistémicos, asignándose a la operación un número de transacción.

b) Con Inconsistencias: Indica que no se han superado los mencionados controles, detallando el/los motivo/s correspondiente/s.

III. 4. Comunicación A 5318 6-7-2012 BCRA:

Permitía hasta el 31-10-2012 comprar moneda extranjera sólo para pagar compra de viviendas con crédito hipotecario ya pre-acordado con entidades financieras y que no fuese de corto plazo.

III.5. Panorama Actual: Imposibilidad o Complicaciones para el cumplimiento=Judicialización de los contratos en moneda extranjera:

Así la consecuencia de este conjunto variado de resoluciones de la AFIP y del BCRA en la práctica ha ocasionado innumerables inconvenientes a aquellos deudores que deben cumplir sus obligaciones pactadas en monedas extranjeras; provocando en muchos casos la judicialización de los contratos.

Cabe recordar que los arts 617 y 619 del Código Civil no han sido derogados; a pesar que normativa de rango muy inferior parecería decir lo contrario.

Más allá de las distintas complicaciones/prohibiciones de adquirir moneda extranjera, y, por ende, de cumplir con los contratos; las partes no han sido convencidas por las autoridades económico/financieras/recaudadoras de las “bondades” de la contratación en moneda nacional; por lo cual acuden a diario al notario para ser asesoradas en la celebración de nuevos acuerdos en moneda foránea.

Es por ello que la función del notario asume un rol de suma importancia en la celebración de los nuevos contratos en monedas “gringas”.

IV. INSTITUTOS JURIDICOS DE IMPORTANCIA QUE RIGEN ACTUALMENTE LA MATERIA:

Sin ser menester el análisis exhaustivo de cada principio que actualmente rigen las obligaciones de dar moneda extranjera, un repaso general de los mismos nos dará las bases para buscar una redacción de los contratos en moneda extranjera acorde a los tiempos que corren:

IV.1 Principio de Autonomía de la voluntad:

Esbozado en el art. 1197 del CC determina que los contratos constituyen para las partes un marco obligacional como la ley misma.

De todas maneras se reconoce la potestad del órgano jurisdiccional de revisar los contratos entre particulares.

Así esto significa en especial referencia a los contratos en moneda extranjera como primera medida se deberá estar a lo determinado por las partes en los mismos.

IV.2. Principio de buena fe contractual:

Complementario del anterior, el art 1198 determina el mismo al dejar establecido que los acuerdos privados deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y según lo que las partes entendieron o pudieron entender.

IV. 3. Principio de identidad de pago:

Consagrado en el art. 740 del CC, significa que el deudor debe dar en pago al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. Y su vez el acreedor no está obligado a recibir otra cosa en reemplazo de la debida, sin importar que sea de igual o mayor valor.

3.1. Identidad de Pago y contratos en moneda extranjera:

Esto significa que como, principio general, quien se obliga a cumplir una obligación en moneda extranjera deberá cumplir abonando con la misma y no con otra.

De todas maneras este principio general puede ser dejado de lado por las partes al momento de contratar o posteriormente, acordando cláusulas alternativas

de cumplimiento; lo cual ante la actualidad de dificultades para adquirir las monedas pactadas comienza a constituir un inicio de solución.

IV.4. Principio de Especialidad:

Consagrado en el art. 619 del CC, que establece que el deudor obligado a pagar en determinada especie o calidad de moneda, para cumplir con la obligación debe dar la especie designada a su vencimiento.

IV. 5. Reajuste o Resolución por onerosidad excesiva: La Imprevisión Contractual:

Sin embargo el mencionado art. 1198 determina la posibilidad de reajuste o resolución de aquellos contratos bilaterales y conmutativos en los cuales, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la obligación de alguna de las partes se tornare excesivamente onerosa.

Igual solución se aplica a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del mismo.

Requisitos para su aplicación:

- Acontecimientos extraordinarios, imprevistos e insuperables por las partes.
- Acontecimientos sobrevinientes a la celebración del contrato.
- Excesiva onerosidad para obligaciones de una de las partes en virtud de dichos acontecimientos.

5.1. Imprevisión contractual y las obligaciones en moneda extranjera:

Este instituto de la Imprevisión Contractual puede ser dejado de lado por las partes a través de la renuncia a invocar la misma, como comúnmente ocurre en los contratos en moneda extranjera. Por lo cual no podrá ser invocada por la parte que hubiere renunciado.

Aquí será de suma importancia el establecimiento o no en el contrato de cláusulas alternativas de cumplimiento, ante la imposibilidad de adquirir la moneda pactada.

IV. 7. Imposibilidad de pago por Caso Fortuito o Fuerza Mayor:

Regido por los arts 888, 889, 513 y 514 del CC, ocurre en el caso de los contratos en moneda extranjera cuando el deudor no pudiere abonar por no ser posible adquirir legalmente la misma, en virtud de un caso fortuito o fuerza mayor.

Así el art. 888 determina la extinción de la obligación, cuando la prestación se volviera física o legalmente imposible.

Todo ello, siempre que el deudor no hubiere tomado a su cargo el riesgo del caso fortuito o fuerza mayor, o renunciare a su invocación; no pudiendo encontrarse en mora en el pago (conf arts 513, 514, y ccs CC).

7.1. Caso Fortuito o Fuerza Mayor y los contratos en moneda extranjera:

¿La Imposibilidad de adquirir la misma debe probarse o es de público conocimiento?:

Sabemos que en materia contractual el deudor que pretenda invocar la imposibilidad del pago basada en dichos supuestos deberá acreditar fehacientemente la misma.

Ahora bien, en la actualidad, la simple existencia de normativa por la cual es de público y notorio conocimiento que se impide al deudor adquirir la moneda extranjera necesaria para el cumplimiento podría interpretarse como suficiente para invocar la extinción de la obligación en los términos del art 888 del CC?.

Las respuestas más recientes de la justicia no son uniformes:

Jurisprudencia Aplicada:

Así por un lado la resolución del Expediente n32.149/2003 Dorin Berta c/Mergherian Santiago Raul y otro s/Ejecucion Hipotecaria” CNCIV SALA J 14/11/2013, determinó que el deudor debe acreditar de todas formas la imposibilidad.

En dicho fallo se manifestó que *“al haberse establecido por sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada que la deuda por la cual prospera la ejecución debe ser satisfecha en la especie o calidad de moneda convenida, el argumento esgrimido por el deudor, relativo a la imposibilidad de cumplir su obligación de pago en virtud de las normas que restringen la adquisición de divisas extranjeras, deviene inatendible cuando no ha probado que haya verificado que se*

encontraba efectivamente imposibilitado de adquirir la divisa a la fecha en que debía cumplir con la obligación, acudiendo al régimen implementado a tal efecto. Recuérdese que el art. 377 del Código Procesal impone a los litigantes el deber de acreditar los hechos en que fundan su pretensión y, ciertamente poca trascendencia ha dado el apelante a la falta de acreditación de dicho extremo.

Es que, si bien es de público conocimiento que la alegada imposibilidad puede encontrar motivo en las diversas resoluciones dictadas por la Administración Federal de Ingresos Públicos y del Banco Central de la República Argentina, ello por si solo no conduce necesariamente, a sostener que en el caso, el deudor se encontrara impedido de adquirir los dólares estadounidenses con que debe cancelar la obligación y concluir en que corresponde relevarlo de cumplir con lo determinado en la sentencia de autos”.

Y agrega “nótese que, aun en la actualidad, no existe impedimento legal y/o administrativo para que los deudores en moneda extranjera puedan adquirir en el mercado, títulos de la deuda pública de nuestro país, nominados en dólares estadounidenses y liquidarlos en el mercado de valores, para hacerse de dicha moneda y saldar sus deudas”.

Por otro lado en el Expediente 112529/2011 “D, A J c. D, M A s/ Ejecución de convenio” CNCIV- SALA I- 02/10/2013, se plantea el hecho del príncipe.

El tribunal planteo que *“aun cuando pueda considerarse que el comportamiento de la obligada no fue del todo diligente habida cuenta que en ningún momento intento obtener la autorización administrativa para adquirir los dólares estadounidenses con el objeto de cancelar la deuda que se le reclama, sobre todo cuando todavía existía alguna posibilidad de que ella se le concediera; lo cierto es que luego de la sanción de la referida comunicación A-5318 del Banco Central de la Republica Argentin, vigente a partir del 6 de julio de 2012 y que suspendió las normas contenidas en el punto 4.2 del anexo a la comunicación A-5236, ha quedado como unico caso en que se requiere la validación en el “Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias” implementando por la AFIP, el acceso al mercado de cambios por las compras de moneda extranjera del sector privado en concepto de turismo y viajes. De ahí que al no haberse*

cuestionado la constitucionalidad de dicha normativa, y no existiendo razones para prescindir de su aplicación, no cabe más que concluir que la obligación reclamada por el actor se ha tornado de imposible cumplimiento”.

IV. 6. Obligaciones Alternativas al cumplimiento:

Legisladas en los arts 635 a 642 del CC, son aquellas en las cuales se cumple con la obligación mediante cualquiera de las prestaciones, a elección del deudor o del acreedor o de un tercero.

Asimismo nada obsta que dicha elección esté supeditada a la imposibilidad de cumplimiento de alguna de ellas; como ocurre en muchos contratos con obligaciones en moneda extranjera.

6.1 Caracteres:

a) Si una de las obligaciones se ha hecho imposible, se debe la otra (art 638 CC).

b) Establecen un derecho de opción a favor del deudor, acreedor o un tercero.

c) Pueden establecer el derecho de opción ante la acreditación de la imposibilidad de cumplimiento de una de ellas.

6.2. Importancia en la contratación en moneda extranjera:

Habiendo observado las complicaciones en la adquisición de moneda foránea para cancelar obligaciones, la inserción de cláusulas alternativas de cumplimiento reviste singular importancia; ya que de existir las mismas se evitará en la mayoría de los casos la judicialización de los contratos.

Jurisprudencia Aplicada:

Por otro lado, en fallo reciente, al no existir en el contrato cláusulas de tal carácter, fue la misma justicia la que estableció alternativas al pago en moneda extranjera.

Así la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro Sala 3 27/03/2014- Cooperativa de Vivienda y Credito y Consumo Finanzas e Invers. Ltda c. M.R. s/ cobro ejecutivo, ED 13/05./2014, NRO 13.481

La sentencia de primera instancia mandó a llevar adelante la ejecución hasta tanto el deudor haga integro pago a la acreedora del capital reclamado en dólares o su equivalente en pesos al cambio oficial establecido por el Banco Central de la Republica argentina más sus intereses. La cooperativa apela aduciendo que el demandado debe saldar su deuda en dólares y no en su equivalente en pesos.

Al respecto la Cámara manifiesta *“Ha de modificarse, pues, en este aspecto la sentencia mandando a llevar a delante la ejecución por el capital reclamado de 33754 dólares estadounidenses. No empece a ello la resolución 3210/2011 de la AFIP puesto que nada indica que el deudor carezca de la moneda en cuestión y nada dijo en este aspecto al oponer excepciones, en ultima instancia podrá adquirir títulos de la deuda publica en nuestro país nominados en dólares que coticen en los mercados de Nueva York o Montevideo y liquidarlos en el mercado de valores conforme la normativa vigente, para obtener los billetes y saldar la deuda o en definitiva ejecutar la actora la sentencia a fin de obtener los pesos necesarios para la adquisición de tales bonos en dólares”*

De tal manera que en primera instancia el juez le da una vía alternativa de cumplimiento al deudor a pesar de que este no lo solicitó y la Cámara resuelve modificar el fallo ofreciendo otras vías alternativas al deudor para satisfacer la deuda original.

V. SINTESIS DE LA ACTUALIDAD CONTRACTUAL EN MONEDA EXTRANJERA:

Conociendo que las cláusulas en materia contractual pueden llegar a ser casi infinitas, podríamos de todas formas efectuar una síntesis de la actualidad que rige la materia:

Principios Generales:

1) Cláusulas contractuales: Rigen como primer medida las cláusulas que las partes han suscripto al contratar y la interpretación de

buena fe de las mismas (Autonomía de la Voluntad, art 1197 y Buena Fe Contractual, art 1198).

2) Imposibilidad de pago:

Debemos diferenciar si el contrato es rígido al no permitir la cancelación de la obligación con otra prestación o si existen alternativas:

a) Cláusula rígida de cumplimiento en la moneda extranjera, sin alternativas de cumplimiento:

El deudor deberá demostrar fehacientemente la imposibilidad de adquirir la misma para luego ofrecer cumplir con otra prestación. En caso de no aceptación del acreedor la decisión deberá ser judicial.

b) Alternativas de pago: existiendo cláusulas de alternativas de cumplimiento el deudor podrá cumplir pagando con alguna de ellas, siempre que acredite los supuestos que permiten su utilización. Por lo cual no podrá alegar imposibilidad de cumplimiento, excepto que probare que todas las cláusulas alternativas de cumplimiento también son de cumplimiento imposible.

V. COMPRAVENTAS E HIPOTECAS EN MONEDA EXTRANJERA:

El notario es, en más una ocasión, el operador del Derecho que actúa en primera instancia en la relación entre particulares, dado que es su tarea dar un encuadre jurídico a la voluntad de las partes contratantes (respetando la autonomía definida por el artículo 1198 del Código Civil) y proceder a una instrumentación adecuada del negocio. Uno de sus deberes es brindar un asesoramiento claro, completo e integral, que incluya una explicación de los alcances y efectos jurídicos del acto a otorgar, y sus variantes o alternativas si las hubiere.

El hecho de ser el primero en actuar no es un detalle menor, sino que por el contrario conlleva una gran responsabilidad: como garante de la seguridad jurídica, debe actuar de manera tal de evitar el conflicto entre las partes o, en su defecto, debe anticiparse a una eventual disputa estableciendo y facilitando las herramientas necesarias para su mejor resolución.

Lo antedicho tiene íntima relación con un principio rector de nuestra actividad, que es el deber de imparcialidad. Recordemos que el escribano es una suerte de híbrido entre un profesional liberal y un funcionario público, por lo que su accionar debe tender a asegurar una relación equitativa y equilibrada entre las partes, considerando y protegiendo los intereses de todos los intervinientes, sin que ninguno de ellos obtenga un provecho indebido ni se vea injustamente perjudicado.

El notario, como autor del documento notarial, debe tener presente estas consideraciones a la hora de volcar de manera fiel la realidad del negocio, receptando y dándole forma jurídica a la voluntad de las partes, produciendo un instrumento autónomo que sea el nexo de una relación sana y pacífica entre las partes, pero que a su vez cuente con las herramientas necesarias para sobrepasar los obstáculos que puedan presentarse a lo largo del camino. Para seguir con la metáfora rodante: de poco servirá un automóvil que tenga un andar prodigioso en una autopista en óptimas condiciones, si colapsa su tren delantero con el primer pozo que agarra en una calle lateral. Nuestro documento notarial debe poder transitar en forma fluida y ágil, pero también tener la amortiguación adecuada para resistir los golpes de un camino más accidentado.

En los casos de compraventas e hipotecas en moneda que no tiene curso legal en la República, además de las circunstancias y variables típicas de estos contratos, el escribano debe prestar especial atención a la potencial conflictividad derivada de la circunstancia de que los montos se pacten o expresen en moneda extranjera.

Lamentablemente, es habitual que los contratantes opten por refugiarse en monedas que no son la nuestra. Decimos 'lamentablemente' porque esta decisión tiene que ver, claramente, con la desconfianza y temor que se le tiene al peso, y la sensación de que es mucho más factible defender el patrimonio a través del dólar u otra moneda extranjera. Este escepticismo es absolutamente entendible (aunque no deseable, desde ya), en un país que en los últimos cuarenta años ha sufrido duros ciclos de crisis económicas, con sendos rodrigazos, tablitas, inflación, hiperinflación, convertibilidad, y devaluación.

El legislador, como muchas veces sucede, normativizó lo que ya era un hecho de la realidad civil y comercial de nuestro país. Así, la Ley 21.309 del año 1976, recepitó las “cláusulas de estabilización o reajuste” que ya utilizaban las partes contratantes, y las compatibilizó con el requisito de especialidad en cuanto al crédito de la hipoteca (que surge de los artículos 3109 y 3131 del Código Civil): en su artículo 1, la norma estableció que “Si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar obligaciones en dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste, el requisito de la especialidad se considerará cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria, y la cláusula de estabilización o reajuste, con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste, y el tipo de interés pactado”. Para no perjudicar los derechos de terceros, la ley ordenó la debida publicidad de estas circunstancias, disponiendo en su artículo 2 que “Los registros de la propiedad inmueble y de créditos prendarios inscribirán los gravámenes, dejando constancia que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de estabilización o reajuste pactada, recaudos que deberán contener las certificaciones que al respecto se expidan por los indicados registros”.

En la actualidad, persiste la desconfianza hacia la moneda nacional para regir obligaciones de pago cuyo cumplimiento se encuentre diferido en el tiempo, por lo que es responsabilidad del notario asistir a las partes en la contratación para que alcancen esa anhelada estabilidad o seguridad. Por eso es de vital importancia en las escrituras de compraventa en las que exista un saldo de precio y en las de hipoteca incorporar cláusulas que establezcan con claridad cuál es la moneda debida (y que ésta es una condición esencial de la operación).

En este punto es relevante recordar el juego de los artículos 619 del Código Civil (modificado por la Ley 23.928), y 725, 740 y concordantes del mismo cuerpo legal (que receptan el principio de *identidad de pago*). La primera norma nombrada establece que “si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento”. A su vez, el art. 725 del C.C. dispone que “El

pago es el cumplimiento de la prestación que hace objeto de la obligación...”, y el art. 740 que “El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor”.

Consideramos también fundamental incorporar en el texto de la escritura de compraventa con hipoteca por saldo de precio o en la escritura de hipoteca (siempre tratándose de moneda extranjera, claro está) cuáles son los mecanismos financieros de los que dispone el deudor para cumplir esa obligación en el caso de que no pueda obtener esa moneda en el mercado local.

Ahora bien, la redacción debe ser lo suficientemente clara como para que no se interprete que el deudor tiene la *facultad* u *opción* de pagar ya sea en dólares o con la cantidad de pesos necesarios para obtener dólares (según los mecanismos establecidos), sino que *debe* cumplir su obligación pagando en la *moneda pactada*, y sólo ante la imposibilidad (debidamente acreditada, no meramente expresada) de hacerlo puede recurrir a los procedimientos alternativos admitidos. Con relación a esta última aclaración, jurisprudencialmente se ha determinado que “... para que nazca la posibilidad de cumplir la prestación por la vía del equivalente dinerario es preciso que se configure un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Es decir que la deudora deberá demostrar, si pretende eximirse, que la prestación ha devenido física o jurídicamente imposible, esto es, que exista una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta”.

Cláusulas de estabilización o ajuste

Nuestro derecho positivo no establece (como sí lo hace por ejemplo el artículo 219 del Reglamento Hipotecario Español) cuáles son los tipos de cláusulas estabilizadoras que deben utilizar las partes, por lo que éstas podrán ser pactadas convencionalmente bajo el amparo de la autonomía de la voluntad.

El objetivo de dichas cláusulas es, básicamente, procurar mantener el valor del crédito original frente a un contexto económico inflacionario, por lo que de ninguna manera puede sostenerse que afectan el principio de especialidad de

la hipoteca en cuanto al crédito: no buscan modificarlo o novarlo, sino solamente mantenerlo lo más actualizado y equitativo posible, tanto para el acreedor como para el deudor.

En este sentido, las partes podrán recurrir a todo tipo de índices o variables que, según su criterio, permitan alcanzar el objetivo referido: índice de precios al por mayor, índice de precios mayoristas no agropecuarios, índice de costo de vida, índice del costo de la construcción, el salario total medio mensual, entre otros.

Hipoteca de máximo o abierta

Los autores que han tratado el tema por lo general coinciden en que hay dos tipos de hipotecas “abiertas”: a) aquellas de rango compartido o reserva de rango, que se dan cuando un acreedor hipotecario posterior comparte el rango junto con el acreedor original como una especie de reserva de rango (conforme al art. 3155 del Código Civil y al art. 19 de la Ley 17.801); y b) aquellas hipotecas que se constituyen en garantía de créditos indeterminados, que podríamos llamar hipotecas abiertas “propriadamente dichas”, que pretenden garantizar todas o algunas de las operaciones que se hayan celebrado o que se celebren en el futuro entre acreedor y deudor. Este segundo tipo, que despierta más interés y controversia, es el que analizaremos sucintamente en este trabajo.

La objeción que siempre se ha esgrimido contra este tipo de hipotecas es que violarían el principio de identidad en cuanto al crédito, lo que acarrearía su nulidad. Ahora bien, consideramos que las cosas no son necesariamente tan tajantes, sino que puede haber matices: sí estamos de acuerdo en que aquellas hipotecas abiertas “propriadamente dichas”, esto es, aquellas que se constituyen para garantizar operaciones futuras sin que exista la causa fuente de la cual emana el crédito futuro que se garantiza (o que, si existe, no está debidamente determinado en el contrato de hipoteca) son nulas de *lege lata* puesto que incumplirían con el principio de accesoriedad en cuanto al crédito que rige a las hipotecas. Y también admitimos que dicho principio es absolutamente claro, en el sentido que la hipoteca siempre accede a un crédito; pero éste puede a su vez ser futuro,

eventual, condicional, o a plazo (en virtud del artículo 3153 del Código Civil). De hecho, nada obsta a que se constituya una hipoteca sobre un crédito futuro, puesto que no es necesario que el crédito haya nacido antes o simultáneamente con la instrumentación de la hipoteca, sino que será suficiente si en esta se especifica cuál es la obligación que nacerá. Por lo expuesto, es nuestro criterio que la hipoteca de máximo o abierta puede ser válida si en ella se establecen criterios de individualización que permitan identificar las prestaciones garantizadas.

Por último, y siguiendo a prestigiosa doctrina, consideramos que es conveniente promover una reforma legislativa que contemple este tipo de hipotecas (también llamadas “genéricas” o “generales” por algunos autores), que son una realidad en la vida económica de nuestro país, como queda evidenciado con la profusa (y contradictoria) jurisprudencia sobre este tema.

Jurisprudencia Aplicada:

A continuación transcribimos algunas decisiones judiciales sobre los temas abordados:

“La eficacia de la cláusula de un mutuo hipotecario que obliga al deudor a restituir dólares asumiendo cualquier variación de cotización y rechazando la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión debe ser interpretada en el sentido de que dicha estipulación no acuerda derechos tan absolutos que puedan perjudicar a uno de los contratantes cuando el cambio radical producido con relación al peso destruyó el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad tendiente a proteger el interés general”.¹²

“Cuando en el título que se ejecuta se constata una obligación exigible expresada en dólares estadounidenses, en forma inequívoca, se encuentran cumplidos los recaudos previstos en el art. 520 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, porque la reestructuración del sistema financiero establecida por la ley 25.561 no alcanzó a las previsiones de los arts. 617, 619 y

¹² "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán, Toledo Ronal C. y otra", 15-3-2007, Corte Suprema de Justicia de La Nación, publicado en La Ley el 13 de abril de 2007.

623 del mismo ordenamiento –conforme a los arts. 3 y 5 de la ley citada-, lo cual implica conservar a la moneda extranjera como dinero y, por ende, a las obligaciones así contraídas como obligaciones de dar sumas de dinero”.¹³

“Si las partes al contratar han contemplado el posible acaecimiento de las circunstancias apuntadas y argumentadas, esto es, la imposibilidad para la adquisición de la mentada divisa extranjera y, para ello, en el mutuo que celebraran han previsto otros mecanismos, distintos al estricto pago de dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda y efectuar el pago debido en pesos, es a ellos a los que deben ceñirse las partes (arg. art. 1197 del Código Civil)”.¹⁴

“Cuando las partes han previsto y consensuado una alternativa contractual para cancelar la deuda en moneda nacional –en el caso, la cotización del dólar en el mercado de Nueva York o Montevideo- es absolutamente irrelevante todo lo relacionado a las normas dictadas por la AFIP y BCRA con posterioridad a la celebración del mutuo en relación a la regulación del Mercado Único de Cambios”.¹⁵

VI. CLAUSULAS SUGERIDAS DE ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO EN MONEDA EXTRANJERA:

A través del presente trabajo observamos los distintos contratos en los cuales se utilizan monedas extranjeras como pago de obligaciones.

Las consecuencia de la redacción de contratos demasiados rígidos en sus cláusulas, no permitiendo al deudor alternativas de cumplimiento terminan judicializando los mismos.

¹³ "Rzepnikowski, Lucía y otro c. Masri, David y otro s/ejecución hipotecaria", 30-5-2013, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E(CNCiv)(SalaE), publicado en LA LEY 07/10/2013, 07/10/2013, 8 - LA LEY07/10/2013, 8, Cita online: AR/JUR/19643/2013.

¹⁴ "Aparicio Alberto O. c/ Silva de los Santeos s/ Ejecución Hipotecaria" – CNCIV – SALA C – 21/11/2013, publicado en elDial.com el 14/2/2014 (cita elDial AA84B5).

¹⁵ "Rutois Gregorio C/ Calzolari Raul Alberto S/ EjecuciónHipotecaria" – CNCIV – SALA M – 03/12/2013, publicado en elDial.com el 30/01/2014 (cita elDialAA8494).

Por ello, si las partes están de acuerdo, creemos es menester la inserción de cláusulas alternativas de cumplimiento, en un todo de acuerdo con los principios de igualdad entre los contratantes.

Veamos entonces, algunos ejemplos de cláusulas que podremos insertar en los contratos en moneda extranjera.

Las mismas, según acuerden las partes, podrán establecerse:

- a) Ante la imposibilidad de adquirirse la misma
- b) A simple opción del deudor o del acreedor:
 - Cláusula de pago en \$ al tipo de cambio Banco Nación u otro banco oficial
 - Cláusulas de pago en \$ al tipo de cambio en Montevideo u otra plaza.
 - Cláusulas de pago en \$ al valor necesario para adquisición de determinados Bonos en U\$S en Mercado de New York u otro.
 - Cláusula de pago en \$ a tipo de cambio oficial + un % fijo y determinado.
 - Cláusula de pago en \$ al cambio de Montevideo u otra plaza con un valor tope.
 - Cláusula de pago en títulos de deuda pública que liquidados en mercado en el exterior a elección del acreedor permita adquirir la cantidad de U\$S pactados.
 - Cláusula de pago en \$ necesarios para adquirir en Mercado de Buenos Aires títulos de deuda pública o acciones de determinada empresa cotizante en bolsa, que negociadas en determinado mercado de valores permita adquirir la cantidad de U\$S pactados.
 - Cláusula de pago en \$ al tipo de cambio fijado por Resoluciones 3450 y 3550 AFIP para compras con tarjetas de crédito en el exterior (dólar tarjeta o dólar turismo).

- Cláusula de pago en \$ al tipo de cambio fijado para ahorro de dicha moneda (Resolución AFIP 3583)
- Cláusula de pago en \$ para adquirir determinada cantidad de soja y otro cereal u oleaginosa al tipo de cambio oficial en el Mercado de New York.
- Cláusula de pago en \$ necesaria para adquirir determinada cantidad de una cosa (litros de combustible, kg de novillo Mercado Liniers, cereales u oleaginosas en Mercado de Rosario u otro, litros de leche, etc).

LA CONTRATACION EN MONEDA EXTRANJERA SEGÚN EL PROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACION DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL:

En el Anteproyecto de reforma originario, elaborado por los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en forma conjunta con la Dra. Aída Kemelmajer, había sido implantado el *sistema nominalista*: las deudas estipuladas en moneda de curso legal o extranjera quedan canceladas mediante la entrega al acreedor de la cantidad y especie acordadas¹⁶. De esta manera, se mantenía el régimen vigente, introducido por la ley de convertibilidad¹⁷ en el artículo 617 del Código Civil, que regula a las obligaciones constituidas en moneda extranjera como de dar *sumas de dinero*, en concordancia con el *principio de identidad de pago* establecido en el artículo 740 del citado cuerpo normativo.

En los Fundamentos del Anteproyecto, los miembros de la Comisión Redactora argumentaban: “*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. Se trata*

¹⁶ Art.765: “Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

¹⁷ Art. 11 de la ley 23.928.

de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("*López c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.*"), de "un proceso de estabilización de la economía".

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo Nacional introdujo un cambio sustancial en el citado precepto proyectado, que originó serios debates en la Comisión Bicameral constituida para el tratamiento de la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial¹⁸: la obligación de dar moneda extranjera, en vez considerarse una deuda de dar sumas de dinero, es calificada como de dar *cantidades de cosas*, quedando la redacción del artículo 765 propuesto en los siguientes términos: "*Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la 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 podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*" (lo subrayado es nuestro).

Cabe tener en cuenta que la última frase propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional -"*de conformidad con la cotización oficial*"- fue suprimida en la versión aprobada por el Senado, que pasó a la Honorable Cámara de Diputados.

Así, se volvió a la escritura original del artículo 617 del Código Civil Velezano, como modo de receptar la pesificación de las deudas en moneda extranjera¹⁹, que ciertos autores consideran desventajosa, no sólo desde el aspecto jurídico²⁰, sino también desde una mirada mercantil-financiera²¹.

¹⁸ Versión taquigráfica (provisional) de la Cámara de Senadores de la Nación correspondiente a los días 27 y 28 de noviembre de 2013, 9º Sesión Especial. <http://www.senado.gov.ar>

¹⁹ Conf. BARREIRA DELFINO, Eduardo, "La Moneda de contratación en el devenir de la economía", eIDial.com.- TRIGO REPRESAS, Félix A., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS2012-XI,5- La Ley Uruguay 2012-12, 01/12/2012, 1493; AR/DOC/5351/2012.

²⁰ ZURUETA, Mariano R., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012", DJ19/06/2013,95; AR/DOC/520/2013.

²¹ TRIGO REPRESAS, Félix A. sostiene que el artículo 765 del Proyecto de Código Único "habrá de incidir negativamente en el otorgamiento y condiciones de los préstamos de dinero", ob. cit.

Inadvertidamente, se produce un vacío legal al no existir, en el proyecto legislativo de marras, un capítulo que trate a las obligaciones de dar cantidades de cosas, al cual remite aquella norma. Sin embargo, podría sobrepasarse dicho obstáculo si se considera que estas prestaciones caben dentro de las *obligaciones de género*, reguladas en los artículos 762 y 763 de dicho proyecto²².

La principal diferencia entre las obligaciones de *dar sumas de dinero* y de *entregar cantidades de cosas* es respecto a las consecuencias de su incumplimiento. En efecto, si debían darse cosas, habrá reclamo por daños y perjuicios; en cambio, si se trata de sumas de dinero, su eventual incumplimiento debe ser abonado con intereses moratorios y/o punitivos²³. Además, a las obligaciones de dar cantidades de cosas les es aplicable la actualización de su valor²⁴, mientras que las deudas de dinero son nominales y sólo corresponde el pago de intereses ante la mora o incumplimiento de éstas.

No obstante, entendemos que la consecuencia más gravosa para el acreedor sería soportar *la pesificación* de una obligación en moneda extranjera por mecanismos que, lejos de apreciar la valorización de la misma hasta el día del cumplimiento de la prestación, apenas permitirían evaluar el deterioro del poder adquisitivo de la moneda nacional desde la mora del deudor hasta el momento del pago²⁵.

Una problemática adicional deriva de la aparente contradicción entre los artículos 765 y 766 proyectados, a partir de las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional. Esta última norma establece que *“El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”*²⁶.

²² ZURUETA, Mariano R., ob. citada.

²³ Confr. fallo “Miro, Elsa v. Marchiano, Jorge”, DJBA 151-4343 citado por BRINDICI, Martin, en “Comentario sobre los nuevos arts.765 y 766 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial: Análisis sobre posible pesificación de los contratos”, JA 2012-III, N° 5, p. 6.

²⁴ Confr. BRINDICI, Martin, ob. citada.

²⁵ Confr. LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Abeledo Perrot, Tomo II-A, p. 139.

²⁶ Redacción original del Anteproyecto “Art.766. Obligaciones del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.

La referida incongruencia²⁷ entre dos preceptos contiguos podría generar diversas interpretaciones, tendientes a provocar conflictos en las relaciones contractuales.

Por ello, es imperativo preguntarse: ¿Cómo podrían compaginarse los artículos 765 y 766 propuestos? Si el deudor *debe* entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, según el artículo 766, ¿debe devolver pesos o la moneda extranjera pactada?

En este orden de ideas, es dable sostener que el proyectado artículo 765 tiene *carácter dispositivo*, susceptible de ser dejado de lado por convención de las partes²⁸. Es decir que, a efectos de conciliar las citadas normas, cabe interpretar que el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, y no que debe liberarse dando el equivalente en esa moneda.

Entonces, si consideramos que dicha previsión no es de orden público, sería válido un acuerdo entre partes que modifique tal regulación.²⁹

A esta altura, puntualizamos que no existe prohibición legal para contratar en moneda extranjera, ni en el derecho vigente³⁰ ni en el proyecto de Código Unificado. Por ello, si las partes pactaron la obligación en una moneda extranjera para que sea cancelada en esa moneda, corresponde aplicar el artículo 1198 del

²⁷ TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit.; BARREIRA DELFINO, Eduardo, ob. cit.; ZURUETA, Mariano Ramiro, ob. cit.

²⁸ Confr. ZURUETA, Mariano R., ob. cit.

²⁹ BRINDICI, Martin, ob. citada, sostiene: “(...) en modo alguno, según nuestro entender, el nuevo código impone la obligación de pactar la obligación en pesos o habiendo sido pactada en otra moneda, la obligación de devolver pesos. Refuerza esta idea la necesidad de hacer una interpretación armónica del art. 765 del proyecto y del nuevo artículo 766, que en forma algo confusa, reiterando el espíritu del 619 actual, establece que el deudor para liberarse de la obligación debe entregar la misma especie que se obligó. Debe entregar lo mismo que se obligó o puede entregar pesos si se obligó en otra moneda? Habrá que estar a lo que dice el contrato (...) Si las partes expresamente pactaron la obligación en una moneda extranjera y que debe ser cancelada en esa moneda, habrá que estar a la intención de las partes conforme el artículo 1197 del Código Civil y sus concordantes (lo que además estaría permitido en función que “el deudor debe entregar la cantidad de la especie designada”). Pero si nada dijeron, el deudor de una deuda en moneda extranjera podrá cancelar su deuda en la moneda pactada o bien liberarse pagando su equivalente en pesos”.

³⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Obligaciones en moneda extranjera. Evolución y su consideración en la Ley 25.561 y en el Decreto 214 de 2002”, Estudios sobre la Pesificación y la Emergencia Económica, La Ley, Serie IV- Instituto de Derecho Civil- Nro. 9, Bs. As., 2003, ps. 29-41.

Código Civil vigente³¹ y los artículos 957, 962 y 965 del Proyecto de Código Único³².

En este sentido, distinguidos juristas dicen: si las partes acordaron que se entregue moneda extranjera como un “elemento esencial”, no es posible cambiar por un equivalente³³. Repárese que este pensamiento no es extraño al Código Velezano, en tanto se encuentra previsto en el artículo 505 inciso 1 de dicho cuerpo normativo, que dispone la regla del cumplimiento específico o “*in natura*” de la prestación, de conformidad con el principio de *identidad* en el pago, consagrado en los artículos 740 del Código Civil³⁴ y 868 del Proyecto de Unificación³⁵.

Efectivamente, la jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 23.928 admitía, como excepción al referido derecho de conversión (o pago por equivalente) del deudor en moneda extranjera, la contratación en dicha divisa como *cosa* u objeto específico. En ese caso, el obligado al pago debía abonar en la misma calidad y cantidad de la moneda pactada, tal como lo marcan los artículos 607, 617 y 740 del Código Civil³⁶.

Mediante una interpretación literal de la norma, entendemos que la inserción de la palabra “*puede*” en el artículo 765 *in fine* del proyecto implica que la disposición no es de orden público.

Y desde el punto de vista dikelógico, resulta ponderable otorgar libertad a las partes para reglar sus relaciones jurídicas, teniendo en cuenta que los contratos constituyen una significativa causa fuente de las obligaciones.

³¹ “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las parte entendieron o pudieron entender (...)”.

³² ARTICULO 957: **Definición.** Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. ARTICULO 962: **Carácter de las normas legales.** 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. ARTICULO 965. **Derecho de propiedad.** Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

³³ SALVAT, Raymundo y GALLI, Enrique V., “Tratado de Obligaciones”, T. I, p. 407, N° 464; citado por COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Ob. cit.

³⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit.

³⁵ ARTÍCULO 868.- Identidad. El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor

³⁶ CNCiv., Sala A, 11/8/88, La Ley, 1988-E-491; íd. Sala C, 26/11/85, La Ley 1986-B-301 y J.A. 1986-IV-126.

Está visto, entonces, que en el Proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, las obligaciones en moneda extranjera son consideradas *deudas de valor*, al igual que en el Código de Vélez Sarsfield,³⁷ distinguiéndolas de las *obligaciones dinerarias*. Prueba de ello es el artículo 772 proyectado, que establece: “*Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios (...) Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección*” (lo resaltado es nuestro).

En suma, tal como están proyectadas las normas sobre la materia, si se convirtiesen en ley, el deudor obligado en moneda extranjera *podrá* cancelar su deuda en la moneda pactada o bien liberarse abonando su equivalente en pesos, ante la ausencia de estipulación en el contrato. De lo contrario, las partes deberán ajustarse a lo convenido.

A partir de la sanción de la reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, las partes podrán seguir conviniendo distintos mecanismos de pago de la moneda foránea, que posibiliten al deudor cumplir con su obligación, al mismo tiempo que satisfagan suficientemente al acreedor. Entre los esquemas contractuales a adoptar, los estipulantes podrían acordar -tal como en el derecho vigente-, que la deuda en divisas extranjeras sea abonada mediante la entrega de la cantidad de moneda de curso legal necesaria para adquirirlas en los mercados libres del exterior; o bien obteniendo la misma cantidad y especie de la moneda debida en los mercados cambiarios del país³⁸.

³⁷ Conf. ZURUETA, Mariano R., ob. citada.

³⁸ El Ministro de Justicia, Julio Alak, expresó que “lo que hace el proyecto del nuevo Código Civil receptando el espíritu que rigió durante 180 años en la Argentina con toda la normativa nacional, y el código de (Dalmasio) Vélez (Sarsfield), fue establecer la primacía de la voluntad de las partes en los contratos civiles”. Concordantemente, dijo que “es importante aclarar que no hay pesificación de contratos en moneda extranjera vigentes ni tampoco hay pesificación de ahorros en moneda extranjera” y agregó que “la voluntad de las partes está por sobre las normas de los contratos civiles, y en este caso la norma actúa supletoriamente porque no son normas de orden público ni tienen restricción como pueden tener los contratos laborales, u

Y aquí es cuando cabe resaltar la labor del notario que, previo a documentar la voluntad de las personas, realizará las tareas de calificación y legalidad que su actuación requiere para el debido asesoramiento a las partes.

Como lo ha señalado Castán Tobeñas³⁹, la función notarial tiene un contenido complejamente integrado por la actuación directiva o asesora con autoridad de jurisconsulto, la labor formativa o legitimadora de los negocios jurídicos y la tarea documental o autenticadora.

Dicha conjugación de quehaceres responden a la función preventiva y de profilaxis jurídica del notariado, que la enaltecen cotidianamente, cuando dicho profesional estudia, aplica la ley, sugiere de manera imparcial a los requirentes y contribuye a crear el derecho como vehículo de negociación y, en definitiva, de seguridad jurídica y pacificación social.

Por su parte, cabe destacar que el artículo 1525 del Anteproyecto, en materia de mutuo, obliga al mutuario a devolver “*igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie*”. Asimismo, el artículo 1390, al regular el contrato de depósito bancario, exige al depositario a restituir el dinero entregado “*en la moneda de la misma especie*”. Dado que dichos preceptos son normas especiales respecto a la general -artículo 765 del Proyecto-, debieran resultar de aplicación prioritaria en la materia específica que se regula⁴⁰.

Ahora bien, aquí se presenta otra duda: ¿Cuál es la cotización de la moneda extranjera que debería tomarse a efectos de cumplir con la prestación? Sabemos que actualmente existen distintas cotizaciones de la divisa más buscada -dólar estadounidense-, según el ámbito o mercado de que se trate (verbigracia, dólar turístico, dólar tarjeta, dólar soja, entre otros). Sin embargo, el mentado proyecto no establece cómo debe hacerse la conversión de la moneda⁴¹.

otros contratos, que gozan de una protección especial”. <http://www.prensa.argentina.ar/2012/06/12/31469-alak-no-hay-pesificacion-de-contratos-en-moneda-extranjera.php>.

³⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial de derecho*, Reus, Madrid, 1946, ps. 41 y ss.; citado por PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Astrea, Bs. As. 1987, 1° impresión, p. 141-142.

⁴⁰ Confr. ZURUETA, Mariano R., ob. citada

⁴¹ BARREIRA DELFINO, Eduardo, ob. cit.

En este aspecto, entendemos que la eliminación, en el artículo 765 del Proyecto de Código Civil y Comercial, de los términos referidos a la cotización oficial de la moneda de pago, posibilita que los contratantes acuerden libremente el mecanismo de conversión de la divisa extranjera que consideren adecuado a la materia del negocio.

En el supuesto que los contratantes no hayan convenido el modo de conversión de la divisa extranjera en moneda de curso legal en el país, sería razonable una liquidación efectuada a la cotización más alta⁴².

La norma proyectada tampoco determina la fecha de la valorización a considerar para proceder al pago en pesos de la deuda contraída en moneda extranjera⁴³. Ello podría constituirse en un grave problema en épocas como la actual, donde el valor de la moneda presenta oscilaciones importantes.

Al respecto, el Doctor Jorge ALTERINI, ya en el año 1987, sostuvo que *“aunque se han expuesto opiniones diversas, la solución legal contenida en el artículo 608 del Código Civil es inequívoca pues impone realizar el cálculo a la fecha del vencimiento de la obligación, lo que no obsta a su revalorización hasta la fecha del efectivo pago, por encuadrarse como obligación de valor”*⁴⁴.

También nos preguntamos cómo se conjugará esta temática con el principio de irretroactividad de las leyes previsto en el artículo 7 del Código Único proyectado. Conforme su texto, en tanto opinamos que el artículo 765 propuesto sólo regirá ante el silencio de los contratantes, *“las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”*.

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO EN LA CONTRATACION EN MONEDA EXTRANJERA: SU IMPORTANCIA

⁴² C.Fed., 17/12/73, La Ley 156-854 (S-31.898); C.N.Civ., Sala D, 29/11/73, La Ley 155-57; íd. Sala E, 4/9/74, La Ley 156-463; C.N.Com., Sala A, 15/4/75, La Ley 1975-C-362; íd. Sala C, 27/4/73, La Ley 151-172, citados por TRIGO REPRESAS, Felix A., ob. citada.

⁴³ Conf. BARREIRA DELFINO, Eduardo, ob. citada.

⁴⁴ ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, L.L.1987-E-873. El art. 608 C.C. expresa que si la obligación tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas (que es el criterio del Proyecto) el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e intereses, o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación.

El notario en su tarea como redactor del documento no debe perder nunca de vista su esencia fundamental: él es buscador infatigable de la paz social, a través de conjugar la libre determinación de los individuos con la búsqueda del control de legalidad de las transacciones. En su accionar no debe privar nunca la fuerza económica del mas poderoso.

El notario de tipo latino es el que objetivamente se coloca en su rol de intérprete e instrumentador, como lo han sostenido las XVIII Jornadas Notariales Argentinas celebradas en Salta (1980), de las voluntades contractuales, a los fines de no distorsionarlas y sujetándolas a lo dispuesto por las Leyes.

En su tarea de asesoramiento, y aunque haya sido designado por una de las partes co-contratantes, no debe cejar en su búsqueda del equilibrio, e impedir que una parte prevalezca sobre la otra.

Es en el caso de las hipotecas otorgadas por Instituciones Financieras en donde el notario corre el más grande peligro de presentarse ante los ojos del deudor como un mero empleado adicional del acreedor. Y esta presunción se transforma a veces en realidad cuando se aceptan otorgar múltiples escrituras en la sede financiera, olvidando el principio rector de que ellas deben firmarse en la notaría; ó cuando profusamente se anuncian en las vidrieras de las oficinas, cual escaparate de ventas, que el notario es funcionario autorizante de entidades bancarias, como si aquello fuese un honor, cuando en realidad no hacen mas que desprestigiar el rol ético del notario, como funcionario encargado de velar por la igualdad de las partes.

Es fundamental mantener una independencia funcional y operativa a los fines de evitar confusiones en los requirentes de servicios notariales.

Por otro lado, las XXVI Notariales Argentinas celebradas en esta Provincia de Córdoba (2002) se ocuparon de resaltar la figura del notario y su relación con los Derechos de los Usuarios y Consumidores, llegando a muy interesantes conclusiones.

Así se analizó y declaró que el notario de ningún modo es ajeno al ámbito de aplicación de las normas que protegen a los Usuarios y Consumidores de bienes y servicios, lo cual tiene raigambre constitucional luego de la reforma en

1994 de nuestra Constitución Nacional lo que complementó a la Ley 24.240 sancionada un año antes, denominada "*Ley de Defensa del Consumidor*".

Sin embargo, frente al solo deber de "*información*" que manda esta norma, la función del notario de tipo latino, en cuanto Profesional de Derecho a cargo de una Función pública, debe ser mas amplia, y abarcar no solamente la información, sino también el "*asesoramiento*", entendido éste como la explicación razonada, basada en fuentes no sólo legales sino también jurisprudenciales, de las consecuencias de los actos y conductas posibles a seguir por las partes.

Por supuesto, esto es sólo posible con un profesional notarial que conserve y mantenga su imparcialidad, ya que de otro modo mal podría "*informar y asesorar*" con el debido tiempo y prudencia a las partes.

El notario no debería contemplar y asistir de manera pasiva en este fenómeno, y mucho menos contribuir a él, mediante la redacción del texto escriturario.

Imparcialidad de ningún modo significa neutralidad. Mas bien es todo lo contrario.

Debe tomar un rol mucho mas activo, debatiendo aquellos textos que a su juicio constituyen abusos de la posición dominante y proponiendo soluciones que, sin desbaratar algún derecho ó beneficio económico, no configuren un menosprecio contractual.

En este sentido la Cámara Nacional Civil, Sala C, en autos "*Migale, Eduardo C. c/Lafuente Liliana*" de fecha 24/XI/87; LL- Fallo 86.035 ha dicho: "*El escribano no es un instrumento pasivo de redacción para los contratantes, sino que debe preocuparse de todo lo que interesa a la validez del acto y de informar a las partes acerca de las dificultades legales, que pudieran, en contra de su intención, modificar la voluntad que manifiestan, restringir su alcance o anularla*".

Se dirá que todo esto es inútil; que cuando una persona solicita un préstamo hipotecario queda librada a la voluntad omnímoda del acreedor que, en cuanto dueño del capital, es el que fija las condiciones de la contratación, transformándose la escritura pública en un mero "*contrato adhesivo*". Sin embargo, no todos creemos esto. Debe mantenerse en el espíritu y la práctica notarial la

discusión de las cláusulas abusivas, ya que el equilibrio contractual es uno de los faros que guía nuestra actuación, todo esto llevado de la mano de la imparcialidad al ejercer nuestra función.

Por supuesto que estas hermosas palabras antecedentes ceden frente a la realidad de las transacciones.

Es allí donde el notario de tipo latino debe, como decíamos en un principio, hacer honor a su esencia de protector de las libres transacciones comerciales. Es allí donde debe celebrarse una audiencia con la parte mas “*débil*” a los fines de explicar, de manera profunda, las cláusulas que puedan configurarse como abusivas. Es allí donde los conceptos de “*información*” y “*asesoramiento*” se transforman de pilares de la ética profesional.

Es en la etapa previa a la concreción del acto en donde el notario pone en juego todo su prestigio y decoro al asesorar a las partes, y en donde justamente la valoración de las normas éticas que regulan nuestra profesión se hacen de cumplimiento riguroso. Aquí es donde el valor “*confianza*” que emana de la investidura notarial alcanza su tope máximo.

Esta arista de la actuación notarial puede remontarse tan antiguo como la labor de los Jurisconsultos romanos, donde una de sus funciones era el “*cavere*”, es decir redactar los contratos utilizando toda su sabiduría para evitar que luego fueran declarados nulos por los Jueces. “*Cavere*” no significa nada mas ni nada menos que “*velar por alguien, dar garantías, precaver...*”

Y justamente la imparcialidad del notario de tipo latino, tan distinta a la del notario de tipo anglosajón que generalmente es un abogado designado por la parte contractual más poderosa, es la falta de prevención a favor ó en contra de alguien y que nos permite actuar e intervenir en la redacción del contrato con la necesaria distancia de ambas partes.

Este principio no sólo debería inspirarnos a los notarios argentinos. Notemos uno de los principios del notariado uruguayo, formulados en su decálogo por el colega Julio BARDALLO: “*Debes ser siempre imparcial, guardando equidistancia en la oposición de las pretensiones, ejerciendo, respecto de ellas, el poder equilibrante de lo justo consentido*”.

Asimismo, bien cita el Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires, en autos “O. J. M. solicita intervención del Tribunal Notarial ante el Not. V. F. R.”: “Como bien lo señala el Dr. Luis Figa Fura: “La diferencia mas importante entre el Notario y los demás profesionales del derecho se encuentra en este punto: *La función Notarial va dirigida preferentemente al futuro, configura y predetermina derechos, conductas futuras, anuncia, predice y garantiza acontecimientos futuros*”.

O como ha dicho el Ministro de Justicia Francés ante un Congreso de Notarios reunido en Niza, y que cita DI CAGNO, Vittorio, “El papel social y humano del notario latino”, en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, Nº 11, 2001, p. 21: “El Notario es el sastre del Derecho”.

PONENCIAS:

1. Los artículos 617, 619 y 740 del Código Civil no han sido modificados por legislación nacional alguna. Por ende, en aquellos contratos con obligación de pago en moneda extranjera el principio general es que el deudor debe cumplir

entregando la especie de moneda pactada; excepto que se hubieren acordado cláusulas alternativas.

2. Ante imposibilidad de cumplimiento en la moneda pactada generada por resoluciones de organismos recaudadores o financieros, el deudor podrá cumplir mediante las alternativas acordadas.

3. Se recomienda la inclusión en los contratos de cláusulas alternativas de pago a la moneda extranjera pactada, a los efectos de prevenir la judicialización de los contratos.

4. El rol del notario adquiere trascendencia esencial en la contratación en moneda extranjera, siendo su función primordial asesorar y redactar las convenciones con imparcialidad, buscando la protección del principio de equivalencia de las prestaciones.

Bibliografía:

- Alterini, Jorge Horacio: "Hipotecas abiertas", en Revista Notarial N° 868 año 1983

- Armella, Cristina Noemí: "Contratación en moneda extranjera luego de la ley 23.928", en la XXVIII Jornada Notarial Bonaerense, 20 al 23 de junio de 1991, Mar del Plata

- Causse, Jorge Raúl: "Escritura de mutuo hipotecario con cláusulas de ajuste (ley 21.309)", en "Seminario sobre técnica notarial" del 8º Seminario Laureano Arturo Moreira, 2 y 3 de mayo de 1983

- Causse, Jorge Raúl: "Contratación sobre inmuebles en moneda extranjera", en la VIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Highton, Elena I.: "Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito", Editorial Depalma

- Nuta, Ana Raquel y Abella, Adriana N.: "La moneda extranjera es dinero a los fines del cumplimiento de la especialidad hipotecaria", en "Derecho Hipotecario", Editorial Abeledo Perrot.

- Orelle, José M.: "Hipoteca abierta", en "Síntesis de conceptos básicos, curso hipotecario", dictado por el Dr. José M. R. Orelle el 6, 13 y 21 de junio de 2001

- Piazza, Marta Rosa; Posteraro Sánchez, Leandro y Frontini, Elba María de los Ángeles: "Hipotecas abiertas - hipotecas y dominio desmembrado - rango hipotecario", XXVII Jornada Notarial Argentina, 29, 30 de septiembre y octubre de 2005, Salta