



REVISTA DE DIFUSIÓN ACADÉMICA

ISSN 2718-6318

Año III | Número 11 | Agosto 2022

# Obligaciones en moneda extranjera y la opción de pago en moneda de curso legal\*

Héctor Luis Trillo<sup>1</sup>

profesortrillo@gmail.com

---

\* El presente trabajo es un extracto y adaptación de la tesis doctoral del autor –centrado en la primera y última parte de dicha investigación–, que lleva el título del presente, defendida y aprobada en el marco del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), mayo de 2021.

<sup>1</sup> Abogado, Profesor Universitario y Doctor en Ciencias Jurídicas. Docente en Contratos, Responsabilidad Civil y Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia en la carrera de Abogacía de la Universidad de San Isidro – Dr. Plácido Marín (USI).

## Introducción

*“Los hermanos sean unidos porque esa es la ley primera;  
tendrán unión verdadera en cualquier tiempo que sea,  
porque si entre ellos pelean los devoran los de afuera.”*

José Hernández, El Gaucho Martín Fierro

En el presente trabajo y en escueta síntesis compartiremos el planteo y conclusiones sobre una de las cuestiones –si se quiere– más álgidas en materia obligacional dado que a lo largo de las últimas décadas los compromisos asumidos en moneda extranjera en general, y entre particulares en especial, han presentado la compleja y recurrente problemática de que el deudor pueda extinguir en moneda de curso legal una obligación originariamente pactada en moneda foránea. Después de la salida de la convertibilidad y, aún hoy, luego de la entrada en vigencia (2015) del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), continúan los cuestionamientos sobre la interpretación que el operador jurídico puede darle a su propio articulado (Arts. 765 y 766, CCCN)<sup>2</sup>.

Así las cosas y frente al devenir incierto de las políticas económicas y cambiarias implementadas –y a implementarse– por los gobiernos de turno y su eventual impacto en las obligaciones de dar moneda extranjera contraídas entre particulares, el valor *seguridad jurídica* es puesto a prueba frente a la tensión creada entre, al menos, dos de los grandes principios del derecho: el *orden público* y la *libertad contractual*; todo ello, entendemos que justificaba ser analizado a fin de plasmar una tesis que pueda brindar un aporte superador a la cuestión así planteada.

---

<sup>2</sup> 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 **cantidades de cosas** y el **deudor puede liberarse** dando el **equivalente en moneda de curso legal**.” (el texto en negritas nos pertenece)

Art. 766.- “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.”

## Problema

La investigación que llevamos adelante se enmarcó en materia de Obligaciones de dar sumas de dinero contraídas en moneda extranjera y la opción a favor del deudor de extinguir dicha obligación mediante el pago en moneda de curso legal.

El problema se materializa en el quiebre de la prestación debida, en la intangibilidad del objeto de pago –identidad e integridad– afectado por el tipo de cambio que desde el poder político se impone; todo ello, en un contexto que no amerite el planteo de revisión tendiente a repartir el mayor riesgo y/o excesiva onerosidad contractual sobreviniente.

Así presentado el problema, éste lo abordamos sólo en el ámbito de las obligaciones nacidas de contratos paritarios entre particulares<sup>3</sup> regulados por el derecho común argentino según disposiciones del CCCN, sean que aquéllas hayan nacido y/o se tornen exigibles antes o después de la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo (01-08-2015) y siempre que no se trate de contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, ni se encuentren reguladas por el derecho del consumidor, cambiario u otra contratación o régimen especial y/o de emergencia.

## Hipótesis

Nuestra hipótesis de trabajo: La renuncia a la opción (Art. 765, 2ª parte, CCCN) estipulada en un contrato paritario celebrado entre particulares y que no encuadre en ninguna figura, contrato o régimen especial y/o de emergencia, es jurídicamente eficaz.

## Objetivos

Nos planteamos uno general y dos (2) específicos:

---

<sup>3</sup> Así y a los fines del presente trabajo, excluimos del objeto de nuestra investigación los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (Arts. 984 y ccds., CCCN) y los contratos de consumo (Arts.1092, 1093 y ccds., CCCN; Arts. 1º, 2º y ccds. Ley N° 24.240). Asimismo, entendemos por “particulares” tanto a la persona humana como jurídica de carácter privado (Arts. 19, 145 y 148, CCCN) y siempre, claro está, que la categoría contractual que los vincule sea paritaria, discrecional o negociada –cualquiera de los términos será utilizado como equivalente y de manera indistinta–.

- General

Determinar la (ir) renunciabilidad de la opción a favor del deudor de liberarse en moneda de curso legal, en las deudas pactadas en moneda extranjera dentro del marco de los contratos paritarios;

- Específicos

1. Analizar la normativa vigente en el derecho común sobre las obligaciones dinerarias en moneda extranjera convenidas entre particulares;

2. Analizar la doctrina y jurisprudencia del fuero más relevante con relación al carácter disponible o no de la mentada opción –a favor del deudor– prevista en el Art. 765 del CCCN.

### Marco teórico de la tesis

Tomamos como referencia la técnica jurídica utilizada por la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2012) basada, principalmente, en la interpretación y aplicación teleológica<sup>4</sup> y sistemática de la norma a la luz del Título Preliminar en donde se insertan los grandes paradigmas del derecho privado que van estructurando el resto del ordenamiento por medio de la aplicación de los principios jurídicos.

Así las cosas, interesa destacar la importancia de la seguridad jurídica en la actividad económica en general y en el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero –que no tienen curso legal en la República Argentina– en especial. Para ello es necesario conjugar los principios de libertad contractual y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad de las partes por un lado y, por el otro, el orden público, de modo tal que permita “... un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto...” (Fundamentos Anteproyecto CCCN, 2012).

---

<sup>4</sup> Entendida como finalidad de la ley en términos objetivos y al momento de ser aplicada –y no en términos subjetivos, tratando de indagar la *intención del legislador* al momento de su sanción–. Véase: *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, 4.2. “Reglas de interpretación”.

### Institutos jurídicos implicados

- Orden Público;
- Libertad Contractual;
- Seguridad Jurídica.

### Tesis y Aporte

Dentro del llamado reporte final, en lo sustancial, observamos el esquema siguiente:

- a) Tesis generales;
- b) Tesis especiales (con relación al marco teórico propuesto);
- c) Aporte.

Previo a ello y si bien no es éste el ámbito del desarrollo, consideramos oportuno tener presente algunas aproximaciones conceptuales<sup>5</sup> a las que hemos arribado.

La “obligación de género” comporta una única categoría legal, y que captaba dos (2) subcategorías (doctrinarias):

- Obligaciones de dar cosas inciertas fungibles (cantidades de cosas);  
y
- Obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles (de género).

Siendo ello así, la obligación de dar moneda extranjera, a la luz del CCCN, pertenece a la única categoría regulada en dicho cuerpo normativo que compromete la entrega de cosas inciertas fungibles y no fungibles: las obligaciones de género.

Con lo cual, para el supuesto de liberación por *equivalente* a través del ejercicio de la *opción* y a falta de previsión contractual, habrá que: *sólo contar* o *contar* y

---

<sup>5</sup> Y que, *in extenso*, hemos elaborado, desarrollado e interpretado en nuestro trabajo de investigación de tesis.

*elegir* los pesos (\$) según que exista *una o más cotizaciones* lícitas y posibles vigentes en el mercado, respectivamente.

Al ser la obligación de dar moneda extranjera considerada obligación de género, en el caso de ejercerse la opción –en tiempo propio–, aquella como *obligación de valor* deberá cuantificarse al momento en que la misma se torne exigible y antes de la mora, de acuerdo al tipo de cambio estipulado dentro del elenco de variantes lícitas posibles en el mercado y, a falta de estipulación, el que resulte del promedio de las cotizaciones lícitas existentes; y a partir de allí, adicionar los intereses moratorios que correspondan hasta el efectivo pago.

## Tesis General

### *Económica y normativa*

En relación al tema-problema planteado, a fin de armonizar la aparente contradicción entre los Arts.765 y 766 del CCCN, afirmábamos

a) Que el primero de los artículos mencionados (Art.765, 2º parte) es de aplicación supletoria y, ante la ausencia de previsión contractual, la obligación de dar moneda extranjera se considerará como la de “dar cantidades de cosas” [de género], tal como fuera en el derecho vigente con anterioridad al 1º de abril de 1991 (convertibilidad del austral, conforme textos originarios de Vélez Sarsfield: Arts. 617, 619 y ccds.);

b) Que para el caso en que las partes hubieran hecho previsión en el contrato – sea por la renuncia del deudor a la opción del Art.765, 2ª parte, *in fine*, sea señalando la aplicación exclusiva, lisa y llana del Art.766–, la obligación de dar moneda extranjera se asimila a la de dar dinero, pero con efectos y alcances exclusivos y limitados a la obligación convenida.

### *Económica y monetaria*

Si bien la opción de liberarse en moneda de curso legal es facultativa para el deudor, aquella puede dejarse de lado por las partes contratantes con

fundamento en la libertad contractual en tanto el orden público está llamado a preservar dicha esfera de libertad.

Es que nuestra *cultura económica* nos ha enseñado a pensar en pesos para atender las necesidades cotidianas y a proyectar –para quienes puedan– en dólares, sea a corto, mediano o largo plazo.

Dentro de esta descripción, puede pensarse en un sistema bi-monetario reglado, es decir, sujeto a paridad cambiaria *determinada* –vgr.: régimen de convertibilidad– o *indeterminada*, sea ésta última con paridad cambiaria flotante<sup>6</sup> o fija<sup>7</sup>.

Sin embargo y más allá de la seguridad jurídica que un escenario más o menos previsible pueda brindar en términos de política monetaria y cambiaria, lo cierto es que la confianza depositada en el *papel moneda* deviene esencial al momento de discutir, diseñar, concluir y asumir los riesgos cambiarios propios de un contrato (conmutativo) pactado en moneda extranjera.

En suma, la eficacia de las cláusulas contractuales que las partes discrecionalmente puedan acordar depende, en última instancia, de la seriedad, sustentabilidad y sostenibilidad de las políticas públicas implementadas en materia económica *lato sensu*.

### *Seguridad jurídica, orden público y libertad contractual*

La realidad jurídica y económica actual –coyuntural pero, lamentablemente recurrente en nuestro país– hace que la seguridad jurídica sea difícil de alcanzar a la hora de *blindar* los compromisos de pago pactados en moneda extranjera; así, muchas veces resulta incierto sostener la ejecución del contrato durante un tiempo más o menos prolongado.

---

<sup>6</sup> Que podría ser *pura* (sin intervención) o *sucia* (con la intervención), según la política monetaria y cambiaria que adopte la Autoridad Monetaria (BCRA).

<sup>7</sup> Sea entre bandas (paridad con *piso y techo*) o *desdoblada* (diversos tipos de cambio). En cualquier caso, con un flujo constante de moneda extranjera tal, que asegure una razonable disponibilidad a favor del Estado y público demandante, con reglas claras, atractivas, inclusivas y no confiscatorias; y destinadas a fomentar una matriz productiva-exportadora que garantice una genuina y sostenible fuente de recursos de divisa extranjera.

Entendemos a la seguridad jurídica como un valor que consagra la legítima expectativa de las partes asentada sobre las bases de la negociación y del contexto, tanto al momento de celebración como de ejecución del contrato.

El valor del acuerdo encuentra razón de ser en su realización pese al paso del tiempo desde su celebración siendo, en cierto modo, la política pública garante de la ecuación económica-financiera con sentido distributivo y conmutativo a la vez.

Dicho esto, en líneas generales consideramos que la renuncia a la facultad legal (opción) de liberarse en moneda de curso legal, estipulado entre acreedor y deudor, es eficaz porque la naturaleza económica de la convención y la ausencia de orden público –expresa o implícitamente comprometido– imprime a la norma el carácter dispositivo que sostenemos.

No obstante, pueden presentarse casos con ciertas aristas aún en el marco de los contratos paritarios entre particulares y en tiempos de normalidad jurídica referidos, y que generen cierta inquietud en el operador porque la regla no puede resolverlo –nos referimos a la vulnerabilidad de la persona humana, vgr.: el adulto mayor no consumidor–.

Por ello y para los casos difíciles, la clave estaría en su punto medio, es decir, en una amalgama de valores, principios y reglas, con la graduación de cada uno según las particularidades del caso.

Es que, a nuestro juicio y repasando conceptos ya vertidos, pensar en un modelo donde la regla solucione todos y cada uno de los casos posibles es tan ingenuo como en política pensar que las reglas del mercado podrán solucionar o paliar la *cuestión social* en todos los casos y por sí solas.

Y esto no significa incumplir la palabra empeñada sino que, antes bien, implica la participación del orden público como *válvula de escape* y garante de la libertad contractual.

Se trata de un juego de ponderación, donde la trilogía: libertad contractual, seguridad jurídica y orden público campean con determinada *cuota de*

*participación*, la cual no es pétrea sino cambiante, como la propia dinámica contractual, la del orden público y la del mercado.

Con todo, *los principios* del derecho integran el ordenamiento como verdaderas fuentes que *vienen a salvar* la insuficiencia o *textura abierta* (Hart, 1961) debido a las limitaciones que la regla presenta.

## Tesis especial

### *Seguridad jurídica*

Hemos tratado el principio de la seguridad jurídica en las obligaciones de dar moneda extranjera (Arts.765 y 766) a la luz del Título Preliminar que es la parte del CCCN que informa, orienta y guía al doctrinario y al operador jurídico a la hora de interpretar y aplicar el derecho.

El trabajo y la insistencia puesta en el 1º Capítulo del Título Preliminar del CCCN (Arts.1º, 2º y 3º), nos permite sostener que la opción a favor del deudor de moneda extranjera a liberarse en moneda de curso legal, en el marco de un contrato paritario celebrado entre particulares, es de carácter dispositivo; por ello, la renuncia a dicha facultad legal, en el caso que las partes así lo convengan, tiene plena eficacia jurídica.

Si bien de nuestro análisis excluimos a los contratos por adhesión, de consumo, figuras o contratos y/o regímenes especiales (vgr.: contratos bancarios y títulos cambiarios) y en contexto de emergencia económica, podrían presentarse supuestos realmente atendibles y de excepción –y que ya hemos advertido, vgr.: caso del vulnerable no consumidor– que, en todo caso, como excepción confirmará nuestra tesis expuesta como regla.

### *Orden público*

La facultad de sustitución legal –u opción de liberación– a favor del deudor, contenida en el Art.765, 2ª parte del CCCN es para las partes derecho disponible y, como tal, válidamente renunciabile.

Esto es así, claro está, en situación socio-económica relativamente estable; sea ello en *contextos de normalidad* o de *crisis* (de hecho) o *emergencia* (de derecho) crónica, es decir, con cierto grado de profundidad y permanencia – reconocida o no como tal en la normativa legal–.

Entonces, además de la opción como derecho disponible interesa conocer si la renuncia a la misma será o no eficaz, según se trate de una sociedad con variables económicas, financieras, monetarias y cambiarias relativamente estables o no.

La determinación de la previsibilidad contractual será la medida de las consecuencias por las que deberá responderse en caso de incumplimiento.

Si el caso fortuito o fuerza mayor puede ser asumido por el deudor (Art.1730, CCCN) y ello es trasladable al ámbito contractual, entonces “... la imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad...” (Art.955, CCCN), salvo disposición (legal o convencional) en contrario.

Resulta que también desde este enfoque, la renuncia del deudor a la opción de liberarse en moneda de curso legal será jurídicamente eficaz en tanto sea especial –y no general–, no esté prohibida por la ley, tenga carácter indubitado y sólo comprometa intereses particulares (Arg. Arts. 13, 944 y 948, CCCN).

### *Libertad contractual*

Dentro del esquema de trabajo habíamos dicho que el encuadre jurídico de nuestra investigación está captado por los artículos 765 y 766 del CCCN.

Desde el eje *libertad contractual* incluido en nuestro marco teórico, las partes pueden negociar y acordar –libre y eficazmente– la renuncia a la opción, estipulando que el deudor sólo se libere de la obligación con la entrega de la especie prometida.

En los términos expuestos la libertad contractual se encuentra sujeta al principio constitucional de legalidad (Art. 19, C.N. y 4, CCCN) y amparada por el derecho constitucional de propiedad (Arts. 14 y 17, C.N.; 965, CCCN).

Sin perjuicio de ello, tengamos presente que los tres (3) ejes abordados en nuestro esquema de trabajo, pueden encontrar –como ya advertimos– excepción en ciertos casos.

Como ya dijimos, la trilogía: *libertad contractual, seguridad jurídica y orden público* campean con determinada cuota de participación que limitan y garantizan a la vez a la autonomía de la voluntad.

Y aquella participación es dinámica, cambiante, propia del contexto en el que nace, ejecuta y extingue el contrato, presentándose un juego de ponderación más que de subsunción atendiendo a las particularidades de caso concreto.

### Aporte

Por último y como aporte tanto al ámbito científico como de la sociedad en su conjunto, de *lege ferenda* sostuvimos –y sostenemos– que los textos normativos directamente implicados deberían ser modificados con el fin de brindar mayor seguridad jurídica.

En ese entendimiento, los artículos 765 y 766 del CCCN podrían mejorarse en su redacción sin la necesidad de una reforma radical –en un país con caminos sinuosos, con avances y retrocesos y con más incertidumbres que certezas–.

Así, al sólo efecto de ajustar los textos normativos implicados y como resultado de nuestra investigación, los mismos podrían llevar la redacción siguiente:

*ARTÍCULO 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 extranjera, la obligación debe considerarse como de género y el deudor puede, salvo estipulación en contrario, liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.*

*ARTICULO 766.- Obligación del deudor de dar moneda extranjera. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, considerándose como obligación dineraria a los efectos de la obligación así*

*contraída y sin perjuicio de lo previsto en la segunda parte del artículo anterior.*