

**OBLIGACIONES PACTADAS EN MONEDA EXTRANJERA BAJO EL RÉGIMEN
DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LA REGLA GENERAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 765**

Por Gustavo Carlos Liendo

Fecha de recepción: 27 de junio de 2018

Fecha de aprobación: 23 de julio de 2018

Resumen

La presente investigación analiza si es constitucional la discriminación que realiza el Código Civil y Comercial de la Nación al momento de legislar sobre las obligaciones pactadas en moneda extranjera, visto que su artículo 765 dispone como regla general, que el deudor, a su exclusiva decisión, puede optar por cancelar su obligación en la moneda pactada o en la cantidad de moneda de curso legal equivalente.

Abstract

The present investigation analyzes if the discrimination that the Civil and Commercial Code of the Nation is constitutional at the moment of legislating on the obligations agreed in foreign currency, since its article 765 has as a general rule, that the debtor, to his exclusive decision, can choose to cancel his obligation in the agreed currency or in the amount of national equivalent currency.

Resumo

A presente investigação analisa se é constitucional a discriminação que realiza o Código Civil e Comercial da Nação ao momento de legislar sobre as obrigações pactuadas em moeda estrangeira, visto que seu artigo 765 dispõe como regra geral, que o devedor, a sua decisão exclusiva, pode optar por cancelar sua obrigação na moeda pactuada ou na quantidade de moeda de curso legal equivalente.

Palabras clave

Moneda Extranjera, Código Civil y Comercial de la Nación, Obligación Alternativa.

Keywords

Foreign Currency, Civil and Commercial Code of the Nation, Alternative Obligation.

Palavras chave

Moeda Estrangeira, Código Civil e Comercial da Nação, Obrigação Alternativa.

1. Introducción

El presente trabajo estudia el funcionamiento del cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, específicamente en relación con el tipo de moneda con la que se da por cumplida dicha obligación.

Consecuentemente, en esta investigación se analizan principios que integran la esencia del Derecho en la República Argentina, como es la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, el concepto de las obligaciones, sus nociones generales, la

forma habitual de cumplimiento, y las otras formas de extinguir una obligación; el contrato en general, como causa fuente más usual de las obligaciones, entre los que se destacan el contrato de mutuo hipotecario, los contratos bancarios y los del comercio electrónico, por ser aquellos en los que usualmente se pacta el pago en moneda extranjera.

Asimismo, estudiamos una cuestión que entendemos importante para poder arribar a la conclusión de esta tesis, como es la teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa.

También examinamos el derecho comparado referido a cómo tratan las obligaciones pactadas en moneda extranjera en Paraguay, Uruguay y México.

En relación con la jurisprudencia comparada, nos hemos concentrado en la de Estados Unidos de América, toda vez que es la que, en forma relevante, ha sido utilizada por nuestro máximo tribunal al momento de resolver cuestiones relativas a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, y también las limitaciones al derecho de propiedad y a la igualdad ante casos de emergencia nacional.

Dentro de la jurisprudencia de Argentina, centramos nuestra atención en la que ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la materia.

Consecuentemente, nuestro trabajo pretende responder a las siguientes preguntas: **¿Cuál es el régimen normativo establecido por el Código Civil y Comercial de la Argentina en relación con las obligaciones contraídas en moneda extranjera?; ¿Es constitucional la discriminación que realiza el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina al momento de legislar sobre obligaciones contraídas en moneda extranjera?**

Para poder contestar estos interrogantes, el objetivo general de este trabajo es ahondar el conocimiento del régimen establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación en relación con las obligaciones contraídas en moneda extranjera, a los fines de analizar si es constitucional la discriminación que realiza al momento de legislar sobre ellas.

En virtud de lo explicado, la hipótesis que intentaremos constatar la definimos en los siguientes términos: **En las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el Código Civil y Comercial argentino, establece como regla general, que un deudor se puede liberar de su obligación, pagando pesos equivalentes, sin que para ello sea necesario el consentimiento del acreedor, lo cual afecta, por un lado, a la igualdad ante la ley, y por el otro, y solamente si el valor del dólar al momento de pago no refleja la realidad, al derecho de propiedad, ambos expresamente protegidos por la Constitución Nacional.**

2. La igualdad ante la ley

El concepto de igualdad ante la ley ha sido motivo del pensamiento de grandes hombres a lo largo de la historia, pese a lo cual y en lo sustancial, no ha variado la esencia de su concepción a lo largo de los tiempos, porque ese concepto siempre ha sido entendido como reconocerle el mismo derecho y las mismas obligaciones a los sujetos de derecho, en tanto y en cuanto ellos sean equivalentes y tengan las mismas circunstancias, es decir, que no puede haber igualdad entre desiguales, porque ello nos conduce a la inequidad, a lo contrario de justicia, a lo injusto, así lo entendió Aristóteles (s.f.) y del mismo modo lo han seguido aceptando, con diferentes matices, los diferentes pensadores hasta nuestros días.

Entonces, si el concepto de igualdad como principio elemental del Derecho no ha variado, ¿qué es lo que ha cambiado con el tiempo?

La respuesta a esa pregunta no es simple. A dicho efecto consideremos que desde tiempos inmemoriales y hasta el presente, la humanidad ha ido incorporando más sujetos dentro de la categoría de igual y ello no quiere significar otra cosa que cada vez son menos los excluidos de tal reconocimiento, lo cual reafirma que el concepto de igualdad no ha variado en lo sustantivo, solo se ha incrementado la calidad de sujetos que se reconocen con la categoría de igual, por supuesto, dependiendo también de cada circunstancia en particular.

A lo largo de la historia de la humanidad y hasta nuestros días, diferentes categorías han sido integradas como iguales. Así se ha abolido de la faz de la tierra la esclavitud, y también se ha integrado en casi todos los países el pleno ejercicio de los derechos para la mujer, además de resultar ahora aberrante diferenciar a las personas por cuestiones de etnia, religión, creencias, etc.

No conformes con ello, los países han aplicado políticas activas para integrar a los grupos vulnerables con el resto de la comunidad y para ello han dictado diversas leyes que buscan equipararlos con los demás ciudadanos dentro del menor tiempo posible.

Ello significa que las comunidades ahora dictan leyes que protegen y reconocen privilegios a determinados sectores de una población con derechos que no le reconoce al resto, es decir que aplica políticas objetivas que discriminan a favor de grupos vulnerables, buscando con ello lograr la igualdad con los demás habitantes.

No obstante, pese a toda esta evolución que busca llevar a los hechos el derecho natural de igualdad para todos los seres humanos, aún se mantienen ciertas exclusiones y no parece posible que el hombre llegue en algún momento a poder integrar a todos como iguales, ello, porque aún hoy y dentro de las democracias más avanzadas y abiertas, no todos pueden participar plenamente en ejercicio de sus derechos, el caso más evidente es el de la niñez, la cual es cierto que cada vez está siendo más acotada, pero aún existen edades que tornan imposible habilitar a esos sujetos como iguales con el resto de los miembros adultos de esa misma comunidad.

Pensadores como Westen (1982) al tratar el concepto de la igualdad, Ortíz (1991), quien desarrolla la evolución de la igualdad dentro de la doctrina social de la iglesia, Gregorini Clusellas (2003), al momento de explicar las acciones contra la discriminación inversa, Freedman (2013), y la igualdad dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos y Fulford (2015), quien lleva adelante el análisis

al concepto de vacío de la igualdad que propugna Westen, son interesantes ejemplos de la importancia y desarrollo que la igualdad tiene dentro del Derecho.

En ese sentido, nuestra justicia ordinaria ha dictado fallos de importancia como “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Fredo S/ Amparo – Discriminación inversa”, y nuestra CSJN ha conformado su jurisprudencia con los precedentes generados en Fallos 123:106, Fallos 124:122, Fallos 147:307, todos los cuales tomaron las previsiones del artículo 16 de la Constitución Nacional como su basamento esencial.

En síntesis, la igualdad es un elemento con valores propios y autónomos que rige al derecho, y, por lo tanto, debe ser tenida presente al momento de legislar y de juzgar, porque su preservación es un elemento esencial para el mantenimiento de la paz entre los miembros de cualquier comunidad.

3. El derecho de propiedad

El derecho de propiedad aparece desde el mismo comienzo de la historia del hombre, como parte de su ser y de su preocupación, lo cual lo torna en un derecho humano, por lo menos en su núcleo más elemental, es decir, el que comprende la propiedad de las cosas indispensables para una subsistencia digna. En todo lo demás es un derecho, protegido, eso sí, por el derecho a la igualdad, por el derecho a la tutela judicial efectiva, etc., que sí son derechos humanos.

En ese sentido, ninguno de los pensadores, desde Aristóteles, conforme lo desarrolla Ravier (20012) y hasta el presente han negado la existencia del derecho de propiedad, solo se discute su intensidad, su alcance, y si el mismo es un derecho natural, como lo entiende Locke (2014), o si se trata de una creación del hombre, luego de establecerse en sociedad.

Por ello, el reconocimiento del derecho de propiedad conforma parte esencial de los derechos humanos y así lo prevén las convenciones internacionales, a ese efecto, resaltamos los artículos 2 y 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 21 de la Convención Americana de los derechos humanos, etc.

Es cierto que la evolución de las sociedades, el crecimiento demográfico, el avance de la ciencia y la tecnología, entre otros motivos, fue regulando cada vez de forma más intensa ese derecho a la propiedad, pero en ningún caso, lo ha eliminado.

En relación con el derecho de propiedad y la ley, destacamos las ideas de Bentham (1864), González (1897), Carratalá (1918), Bidart Campos (1983), Badeni (2001), Marx y Engels (2008), Cianciardo y Sacristan (2014), Highton (2015), entre otros.

También resulta importante dejar en claro que la garantía constitucional que protege a la propiedad privada es extensible al dominio, toda vez que la jurisprudencia ha sido muy clara al momento de tener que explicar la extensión que tiene esa garantía. En ese sentido, nuestro máximo tribunal ha dicho:

Las palabras “libertad” y “propiedad”, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad ; por lo que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, luz eléctrica, explotación de canales, etc., etc.) se encuentran tan protegidas por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. (CSJN, Fallos: 145:307, Considerando 2)

Terminando con este punto, creemos útil remarcar que se encuentra pleno y sin ninguna modificación, el artículo 17 de la Constitución Nacional, el cual no ha sido alterado en la reforma del año 1994.

No estamos diciendo que el derecho de propiedad no haya recibido cada vez mayor número de regulaciones, sino que la plena vigencia del artículo 17 de la Constitución Nacional y la imposibilidad de desconocer esa garantía, salvaguardan uno de los verdaderos derechos humanos que se le reconoce al hombre.

Por lo explicado, la garantía incólume del artículo 17 de la Constitución, es una de las más sabias previsiones de nuestro ordenamiento normativo, toda vez que pese a los embates que ha recibido ante cada una de las innumerables crisis que ha vivido nuestro país, se ha mantenido como el estandarte del cual cada uno de los habitantes de la Nación se ha aferrado buscando que pase la tormenta, y esperanzados, en que tarde o temprano, amainará el mal tiempo y regresarán los días de paz y seguridad jurídica, y con ellos, el progreso.

4. Nociones generales de obligaciones

Dentro de este trabajo resulta elemental tratar a las obligaciones, pero únicamente para entender los conceptos y elementos que son de interés para nuestra investigación, como por ejemplo determinar la diferencia que existe entre la causa fuente y la causa fin, ambas definidas en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), porque las dos tienen significativa importancia para este trabajo, visto que la causa fuente de una obligación pactada en moneda extranjera provendrá esencialmente de la ley o del contrato, y la causa fin o causa del acto jurídico, deberá responder a la pregunta ¿para qué me obligo?

Justamente, la respuesta a esa pregunta es importante para poder saber si la ley debe proteger el pacto de cumplir una obligación en moneda extranjera o no, y para ello, resulta trascendente saber qué persiguieron las partes al momento de pactar una obligación en moneda extranjera, es decir, seguridad, menor costo del dinero, pago en el exterior, deuda de valor, etc.

En función de ello, la parte final del artículo 765 del CCyC debe ser resaltada, porque dicha norma, en su primer parte establece que una obligación de dar dinero es una especie dentro del género de dar, pero su última parte dispone la extinción de una obligación pactada en moneda extranjera, si el deudor cumple con una prestación alternativa.

Conforme con lo explicado, resulta de interés enfatizar que el CCyC regla las obligaciones alternativas en sus artículos 779 al 785 y a las facultativas dentro de los artículos 786 al 789, lo cual deja en claro que la previsión del último párrafo del artículo 765 del CCyC debe ser ubicada dentro de las obligaciones alternativas.

Resulta útil remarcar que la facultad que le otorga el artículo 765, última parte, al deudor de moneda extranjera, es entendida como supletoria, y por lo tanto renunciable, pese a lo cual, tenemos ciertos reparos a la efectividad que dichas eventuales renunciaciones puedan tener en caso determinados.

En relación con la forma de extinción de las obligaciones, destacamos que el pago constituye la forma usual de cumplir con una obligación.

De todos modos, existen otros medios de extinguir una obligación, todos los cuales están expresamente tratados en el CCyC, como por ejemplo la compensación, la confusión, la novación, la dación en pago, la renuncia y la remisión, la imposibilidad de cumplimiento e incluimos dentro de un modo anormal de extinción de las obligaciones, al instituto de la prescripción.

En síntesis, es sustantivo destacar que la ley reconoce a la obligación como una relación jurídica protegida, en la cual el acreedor tiene el derecho de exigirle a su deudor el cumplimiento de la prestación destinada a satisfacer un interés lícito, y en caso de incumplimiento, poder obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.

5. Concepto y reglas de los contratos

El régimen del Código de Vélez equiparaba a las convenciones hechas en los contratos, con la ley misma para las partes, por lo cual resultaba coherente, que, ante su incumplimiento, se pudiese demandar la reparación del daño, más allá de la ejecución del mismo, la cual también podía ser accionada.

En tiempos del Código de Vélez y más aún ahora, debemos entender al mundo de los contratos como en plena y continua evolución, por ello, no podemos

encerrarnos en una enumeración de los contratos, porque como ha dicho Hariri (2011), la vida nos enseña que aparecen otras modalidades de contrato, como producto de la voluntad y de la creación del hombre.

Por otra parte, bastantes cambios han sido introducidos por el CCyC en relación con las previsiones del código anterior en cuestión de contratos, aunque en realidad, la definición que el código de Vélez le otorgaba a los contratos en su artículo 1197, ya venía sufriendo alteraciones, producto de la evolución social que recogía la jurisprudencia, todo lo cual y en general, se explica bajo la figura de que ha nacido un nuevo paradigma.

Es decir, que aún bajo la vigencia del código de Vélez, la autonomía de la voluntad ya había comenzado a ceder ante las disposiciones legales que buscaban preservar el orden público y las buenas costumbres, conforme con lo que ya disponía el artículo 21 de dicho código y con la irrupción de la reforma de la ley 17.711, el derecho argentino incorporó la lesión como vicio propio de los actos jurídicos en su artículo 954, y la doctrina de la imprevisión indicada en la segunda parte del 1198, además de la teoría del abuso del derecho previsto en el artículo 1071 de dicho ordenamiento legal.

Así, diferentes autores entendieron que el instituto del contrato estaba en crisis, porque los principios que lo sustentaban bajo la concepción de Vélez habían sufrido importantes condicionamientos que mermaban el principio de la amplia autonomía, que ese código les reconocía a las partes al momento de contratar.

Pero lo que perdura sin alteración y como rector para la correcta interpretación de los contratos, es el principio de la buena fe, al que deben subordinarse todas las demás reglas interpretativas.

Otro elemento de interés, es que el CCyC mantiene el principio de fuerza vinculante y obligatoria que los contratos tienen para las partes, y ello no podría ser de otro modo, vistas las previsiones existentes en los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que el artículo 965 del CCyC, establece que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del

contratante, pero hemos visto que pese a estas manifestaciones, esa vinculación y obligatoriedad es relativa y totalmente sujeta a las restricciones legales y a las de la interpretación judicial, en este último supuesto y como hemos visto, en caso que lo autoriza la ley o de oficio, si se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Por supuesto que esta facultad aparecerá mucho más usada dentro de los denominados como contratos celebrados por adhesión, porque en ello una de las partes es la que redacta las cláusulas del acuerdo y la otra simplemente adhiere o va al mismo, aceptando o rechazando el contrato en su integridad.

En relación con esta cuestión, Rivera (2015) dice que nuestra ley ha optado por una fórmula abierta, dejando de ese modo en manos de los jueces la determinación de si una cláusula en concreto cae o no dentro de las expresiones de la ley. (p. 465)

Corresponde tener en claro que la regulación de los contratos de consumo en el CCyC significó que esta norma recogiera principios que ya formaban parte de nuestro sistema jurídico -artículo 42 de la Constitución Nacional, Tratados Concordantes y Ley de Defensa del Consumidor con el objeto de otorgar un mayor marco de protección al consumidor, lo que se traduce una serie de prerrogativas a su favor.

También hay algunas cuestiones distintivas en las previsiones que trae el CCyC, al momento de tratar la extinción, modificación y adecuación de los contratos.

En lo que nos interesa, resaltamos las previsiones del artículo 1367 del CCyC, porque dicha norma involucra a las obligaciones de restituir depósitos de moneda extranjera, visto que expresa:

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentran en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad.

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo.

Esta norma, se compatibiliza con lo previsto en el artículo 868, porque ahí el CCyC dispone: “El acreedor no está obligado a recibir, y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta de la debida, cualquiera sea su valor”.

Finalmente, y en relación con la problemática de la moneda pactada, entendemos de utilidad tener presente en forma especial al contrato de mutuo con garantía hipotecaria, a los contratos bancarios y a los contratos de comercio electrónico, porque estas especies contractuales son usualmente pactadas en moneda extranjera.

6. Causas que habilitan el cambio de las reglas en los contratos y en las obligaciones que de ellos derivan

Dentro de este trabajo tiene importancia introducir una reseña sobre tres institutos que pueden habilitar al cambio de cláusulas contractuales, nos referimos a la teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa.

En el caso de la teoría de la imprevisión, esta figura no estaba prevista originariamente en el código de Vélez y fue introducida en la reforma del año 1968, tomando para ello los antecedentes de derecho comparado, especialmente el código civil italiano del año 1942.

La misma tiene extrema importancia para nuestro trabajo de investigación, toda vez que es el remedio jurídico que se utiliza cuando un contrato se ve alterado en forma desproporcionada, y sin que, para ello, hubiesen participado las partes.

Esto significa que para que proceda la teoría de la imprevisión, resulta indispensable que estemos en presencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y por ello, esta teoría puede interponerse en el cumplimiento con la moneda de pago libremente acordada por las partes, si ésta, se tornase extremadamente gravosa por hechos excepcionales, sobrevinientes y que fuesen ajenos al accionar de los contratantes.

Se trata del mecanismo de defensa más común opuesto por el deudor de moneda extranjera, ante la aparición de cada alteración significativa de su obligación de pago, a lo cual corresponde adicionar que gran parte de la doctrina entiende que no es posible renunciar a lo que no pudo ser previsto, pero nosotros, si bien compartimos esa regla general, hemos entendido que corresponde diferenciar entre una cuestión imprevista y alteraciones sustantivas que fueren expresamente tenidas en cuenta por las partes al momento de contratar y, por ello, sostenemos que esos cambios no pueden ser atendidos por la teoría de la imprevisión, justamente porque fueron previstos y porque además, las partes expresamente renunciaron a oponer defensas en caso que esos eventos se produjeran.

En relación con esta figura, resulta muy interesante la posición que sostiene Prieto Molinero (2010), porque bajo ella, no es necesario que la justicia declare que se produjo un evento extraordinario e imprevisible, sino que centra el problema en que se acredite la desproporción sobreviniente de la prestación de una de las partes, sin que ésta haya dado motivos para ello.

En realidad, él sigue el lineamiento que ha desarrollado la doctrina alemana bajo las teorías de la presuposición y de las bases del negocio, y explica que éstas son tratadas casi sin excepción por los autores argentinos que aluden a la llamada teoría de la imprevisión, luego de lo cual, Prieto Molinero (2010), se pregunta:

Como ya se ha señalado, las teorías de la presuposición y de las bases del negocio son tratadas casi sin excepción por los autores argentinos que aluden a la llamada "teoría de la imprevisión". Ahora bien, ¿acaso alguna de ellas alude a la necesidad de que concurran acontecimientos extraordinarios e imprevisibles? En absoluto como, de hecho, tampoco lo hacía la doctrina *rebus sic stantibus* y es que, como se ha visto, el requisito no hace a la esencia del problema, sino que se trata simplemente de una "adición" que surgió a raíz de una improvisación que tuvieron que hacer los italianos luego de la primera guerra. (I. La génesis del 1198 CC: tres historias, parr. 17)

En relación con la teoría de la imprevisión, el CCyC ha innovado con su artículo 1091, visto que además de prever que el afectado por un hecho extraordinario e imprevisible, tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, también se lo autoriza a demandar la adecuación del contrato, lo cual discrepa del artículo 1198 del código de Vélez, toda vez que en ese artículo, esa facultad solo se le reconocía al demandado, cuando quería utilizarla como defensa contra la resolución contractual.

La segunda figura de interés es el abuso de derecho que se encuentra legislada en el artículo 10, esto es dentro del título preliminar del CCyC.

Ello tiene especial importancia porque indica que el legislador lo ha ubicado como uno de los principios fundamentales que rigen nuestro ordenamiento normativo, y ello se basa en que ningún derecho puede ejercitarse cuando contraría la buena fe, o cuando afecta la moral, o cuando contraviene las buenas costumbres.

Por ello, entendemos que todo ejercicio del derecho tiene límites, ninguno es absoluto, visto que, por un lado, está la ley que regla su ejercicio y por el otro, se encuentra el límite implícito, el cual no está expresado en ley, porque deriva de razones éticas, como son la moral, la equidad, la buena fe y las buenas costumbres.

En relación con esta figura, es vital entender que existen dos formas posibles de ejercer los derechos, el ordinario y el extraordinario, siendo este último el que origina el abuso de derecho.

Finalmente, el tercer instituto es el enriquecimiento sin causa, al cual lo entendemos como un cuasicontrato, que habilita una acción autónoma, excepcional y siempre subsidiaria.

El código de Vélez no lo había tratado en forma expresa, aunque sí lo había tenido presente en las notas a los artículos 43, 499, 784 y 2589 de ese cuerpo legal.

Se trata de una figura que es imposible que no sea considerarla dentro de una comunidad, porque ésta aparece en muchas circunstancias dentro del normal devenir de las relaciones entre las personas.

Por ello, y más allá de que el código de Vélez no lo incluyó, salvo en notas a determinados artículos, la jurisprudencia, por cuestiones de equidad debió tener presente su existencia, luego de lo cual, desarrolló los elementos necesarios para poder identificarlo, y con sus sentencias, dispuso cómo resolver dicha problemática.

El CCyC tiene expresamente presente al enriquecimiento sin causa en su artículo 1794.

Ahora bien, visto que esta figura jurídica busca restituir el equilibrio patrimonial alterado para quien sufre un empobrecimiento sin causa, podría suceder, que quien se encuentre obligado a pagar una obligación en moneda extranjera, y siempre que se produjese un encarecimiento desproporcionado por cuestiones ajenas a las partes, pueda plantear judicialmente que ese desfasaje está generando un enriquecimiento sin causa a favor de su acreedor y consecuentemente, su empobrecimiento. Por lo cual podría demandar que se le restituya el enriquecimiento sin causa que hubiese recibido su acreedor, en la medida de su beneficio.

Es cierto que hemos explicado que el enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria y que para que sea procedente, no debe derivar de un contrato o de una obligación legalmente asumida, porque en esos casos resulta improcedente, pero ello no ha evitado que ante cuestiones de obligaciones pactadas en moneda extranjera, sobre todo en la última experiencia de pesificación compulsiva del año 2002, los deudores argumentasen en sus demandas la presencia de un enriquecimiento sin causa por parte de sus acreedores, y demandasen la adecuación de esas obligaciones por medio de lo que la doctrina denominó esfuerzo compartido.

En síntesis, estas tres figuras del derecho han sido opuestas ante grandes desfasajes ajenos a las partes, con el objeto de lograr que la justicia invalide o adecúe obligaciones pactadas en moneda extranjera, siendo esa la causa que justifica el desarrollado de las mismas dentro de nuestra tesis.

7. Derecho comparado

En este trabajo hemos seleccionado el derecho de Paraguay, Uruguay y México.

Estos tres países cuentan con una norma superior que reconoce los derechos y garantías de sus habitantes y establecen los poderes públicos que ejercerán sus respectivos gobiernos.

En los tres casos tienen rango constitucional sus poderes judiciales y dentro de sus facultades específicas, se les reconoce el de control de constitucionalidad, que fuera inaugurada por la Suprema Corte de Estados Unidos de América, con su precedente *Marbury vs. Madison (1803)*.

En primer lugar, nos referiremos al derecho comparado de la República de Paraguay, que regula el régimen de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, partiendo de una remisión en su código civil a la ley especial que ese país ha dictado para tratar las obligaciones pactadas en moneda extranjera N° 434/94.

Esa normativa especial, reconoce que las obligaciones pactadas en moneda extranjera deben ser pagadas en la moneda acordada para que el deudor pueda librarse de su obligación.

Se trata de una ley muy proclive a que las obligaciones se cumplan conforme hayan sido pactadas por las partes, inclusive, los accesorios y las eventuales garantías, que se constituyan sobre ese tipo de obligaciones, también deben ser pagadas en la moneda acordada.

Asimismo, los registros públicos, para el caso de corresponder, deben inscribir las garantías sobre esas obligaciones en la moneda acordada.

El caso de la República Oriental del Uruguay no discrepa demasiado del régimen que impera en Paraguay para este tipo de obligaciones.

En particular, la ley especial uruguaya dispuesta para las obligaciones pactadas en moneda extranjera, consagra la plena e irrestricta validez de las cláusulas de estabilización o de garantía monetaria, lo cual se traduce en la

protección de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, dentro del territorio de Uruguay.

También en ese país existe un periodo que obligadamente deberá reconocer judicialmente el ajuste por desvalorización de la moneda, y que se computa desde la exigibilidad de la obligación y hasta su extinción, pero, asimismo corresponde tener presente que, desde que se inicia la obligación y hasta que se produce su exigibilidad, regirá la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, visto que la ley se abstiene de fijar ninguna regulación.

Finalmente, el derecho de los Estados Unidos Mexicanos tiene un régimen opuesto porque su Ley Monetaria establece la obligatoriedad de cancelar las obligaciones pactadas en moneda extranjera en pesos mexicanos, al tipo de cambio que corresponde a la fecha y lugar de pago.

Se trata de una solución diferente a la que adoptaron Paraguay y Uruguay, y a la que basan en dos cuestiones, por un lado, en la fuerza cancelatoria que tiene la moneda mexicana, por ser la única moneda de curso legal en ese país, y por otro lado, en el sostenimiento de una política activa a favor del presunto débil en esa relación obligacional.

Por esas dos razones, México dispuso que son nulas todas las renunciaciones que las partes puedan convenir en contra de esta previsión de cancelar las obligaciones en moneda extranjera, con pesos mexicanos, lo cual le genera la calidad de norma de orden público para la ley de ese país.

De todos modos, también destacamos, que la ley mexicana prevé excepciones que permiten cumplir algunas obligaciones pactadas en moneda extranjera, en la moneda convenida por las partes, tales los casos de las transferencias del exterior y los depósitos bancarios en moneda extranjera.

La revisión del derecho comparado que resumidamente hemos desarrollado en este punto, ha sido rica para nuestra investigación, porque hemos podido ver la evolución hacia el cumplimiento de lo pactado que han desarrollado Paraguay y Uruguay, y por otro lado, el mecanismo de prohibición que rige en México, aunque

bueno es reconocer, que paulatinamente ese país ha ido aceptando algunas excepciones a esa regla, lo cual entendemos que es un camino hacia el pleno reconocimiento que seguramente ese tipo de obligaciones tendrán en el futuro, también en México.

En esta cuestión, el CCyC de la Argentina se ubica en una posición intermedia, entre la que sustenta México y las que postulan Paraguay y Uruguay, pero conteniendo incongruencias y falta de fundamentación en este tema, lo cual torna indispensable su urgente revisión.

8. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América

El primer indicador referido al accionar de la Suprema Corte de Estados Unidos de América es al que ellos denominan “*judicial review*” o el control de constitucionalidad, el cual nació en Estados Unidos, específicamente en el año 1803, cuando Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el caso “Marbury v. Madison, se adjudicó competencia para no aplicar el texto de una ley que violase la Constitución.

Este precedente, se originó como consecuencia de un conflicto por la designación para el cargo de juez de paz, para el cual había sido designado Marbury y que el secretario de la administración de aquellos días, Madison, se negaba a formalizar, lo cual produjo que Marbury, recurriese a la justicia.

En relación con dicho fallo, expresa Zambrano Pasquel (2012), lo siguiente:

La formulación de la doctrina de la supremacía de la Constitución toma trascendencia sólo con el fallo del juez John Marshall, el 24 de febrero de 1803, donde quedaron sentadas las bases fundamentales: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; c) es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, la Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo; e) si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas. (p. 4)

Asentado este principio, el cual fue también tomado por nuestro máximo tribunal, desarrollamos a continuación los precedentes que ha invocado nuestra Corte Suprema de Justicia en los fallos que analizaremos en el próximo capítulo de esta investigación y sus alcances.

Resulta importante conocerlos, porque ello nos permitirá poder evaluar si la interpretación y alcance que les ha otorgado nuestra Corte es el correcto.

En función de ello, destacamos los precedentes *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*. 290 U.S. 398, *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*. 294 U.S. 240 y *United States vs. Bankers Trust Co.* 294 U.S. 240, el primero de ellos trata sobre la reglamentación del ejercicio del derecho de propiedad, y los siguientes sobre obligaciones pactadas en dólar patrón oro entre particulares, y la Suprema Corte los rechazó y obligó a las partes al cumplimiento de esas obligaciones bajo el nuevo régimen legal que el gobierno había dispuesto con motivo de la emergencia.

Mientras que, en el caso de la deuda pública, su precedente es *Perry vs. United States* (1935), 294 U.S. 330, y en él, la Suprema Corte de Estados Unidos de América fue contundente al declarar la inconstitucionalidad de las normas, cuando ellas son dictadas en beneficio del Gobierno en su calidad de deudor, ello, más allá de que la demanda fue desestimada, visto que el reclamante no había acreditado que los cambios de normas en el cumplimiento de esa obligación le hubiesen generado daño sobre su derecho de propiedad.

Destacamos como una cuestión sustantiva y curiosa, luego de haber recorrido estos precedentes, la mayoría de ellos dictados con motivo de la emergencia de los años 30, que la actuación de la Suprema Corte de Estados Unidos de América fue opuesta a la que asumió nuestro máximo tribunal, la cual analizaremos en el próximo capítulo, en cuanto a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, sobre todo en los depósitos bancarios.

Concluimos este punto, aclarando que no trataremos la pesificación e inexigibilidad del pago de la deuda pública que dispuso el gobierno argentino, por no

ser motivo de esta tesis, y por ello aprovechamos esta conclusión para simplemente resaltar, que el precedente “Perry” declaró la inconstitucionalidad de normativa cuando el beneficiario es el mismo gobierno, y nuestra Corte Suprema en In Re “Galli” declaró su constitucionalidad.

9. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Los precedentes que fueron dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con este asunto se deben dividir en dos partes, por un lado, los que conforman la doctrina de nuestro máximo tribunal referida a la igualdad ante la ley, donde invocamos los autos “Sánchez Viamonte, Julio en autos Guistinian, Emilio, Garantía Constitucional Igualdad ante la Ley. Fallos: 123:106 (1916), “Santoro, Cayetano c/ Frías Estela, Garantía Constitucional, Igualdad ante la Ley, Inconstitucionalidad. Pensiones Militares”. Fallos: 124:122 (1916), “Lanteri de Renshaw, Julieta, Solicitud de Enrolamiento en su carácter de argentina naturalizada. Fallos: 154:283 (1929), porque en estos tres casos, se encuentran insertos los principios de la igualdad que dispone el artículo 16 de nuestra Constitución y su interpretación, en lo que nos interesa.

Por otro lado, nuestro máximo tribunal tiene conformada su doctrina referida al reconocimiento del derecho de propiedad y sus límites.

En ese sentido corresponde tener presente en primer lugar el caso “Ercolano” (Fallos 136:161), porque en ese asunto la Corte dejó en claro que ningún derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto, visto que el Poder Legislativo tiene la misión de reglamentar dentro de ciertos límites, el ejercicio de los derechos que ella reconoce.

En “Avico” (Fallos 172:21), la Corte avanza un poco más en la limitación del derecho de propiedad en tiempos de emergencia, y para ello recurrió al análisis de la razonabilidad de las medidas adoptadas, que en esa sentencia fueron dos, por un lado, la quita de los intereses, y por el otro lado, la espera de 3 años para poder

cobrar el capital, y para ello desarrolló el principio del enriquecimiento o del empobrecimiento sin causa.

El caso “Peralta” (Fallos 313:1513) produjo un avance sustantivo hacia la conformidad judicial sobre las medidas que dictase el gobierno para limitar o suspender el ejercicio del derecho de propiedad, basado en cuestiones de emergencia.

Los demás fallos de la Corte que han terminado de generar la doctrina de la Corte en cuanto al derecho de propiedad y sus límites, especialmente en épocas de emergencia, se refieren a temas derivados de la pesificación dispuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 214/2002 y toda su normativa complementaria.

Resulta importante indicar que la Corte Suprema de Justicia, con su anterior conformación, es decir antes de los juicios políticos y renunciadas que se produjeron a partir del año 2005, había dictado dos fallos, ambos contrarios a la pesificación, nos referimos a “Smith” (Fallos 325:28) y “San Luis” (Fallos 326:417).

Pero a partir de la asunción del Dr. Lorenzetti, como su presidente, y de los demás ministros que reemplazaron a los salientes, la Corte cambió su criterio.

Ciertamente, los casos “Cabrera” (Fallos 327:2905) y “Bustos” (Fallos 327:4495), dejan en claro este cambio de opinión, más allá de que el último de estos dos asuntos nunca más pudo ser replicado en ninguno de las decenas de miles de asuntos similares que habían llegado a nuestro máximo tribunal.

No hay duda, de que la Corte buscó un lugar de equilibrio al momento de resolver “Massa” (Fallos 329:5913), visto que, pese a los considerandos en los votos de algunos ministros, como fue el tan crítico emitido por Dra. Argibay, todos los miembros votaron a favor de la pesificación de los depósitos bancarios.

Debemos recordar que, para ello, modificaron la norma que debían juzgar, es decir que, en primer término, se arrogaron facultades propias del Poder Legislativo, para luego y con la norma modificada, declararse a favor de la pesificación.

En ese momento, parecía que validar en esos nuevos términos a la pesificación o no hacerlo producía el mismo efecto, porque, en cualquier caso, el

ahorrista recibiría la misma cantidad de dólares que había depositado o, alternativamente, la cantidad de pesos necesarios para poder adquirir esos mismos dólares en el mercado único y libre de cambios.

La pregunta que surge naturalmente es qué hubiese sucedido si esa sentencia hubiese tenido que aplicarse en épocas posteriores, es decir cuando en la Argentina el gobierno impuso restricciones a la libre compra de divisas, conocido vulgarmente como cepo cambiario, que generó diferencias entre el mercado oficial y el de la alternativa de comprar bonos públicos o acciones con cotización internacional, para liquidarlos en el exterior y obtener de ese modo dólares.

Tengamos presente que, en momento del cepo, la diferencia cambiaria entre estas dos alternativas era superior al 60% y, obvio es decir que no era posible adquirir dólares en el mercado oficial, salvo pequeñas cantidades.

Esta circunstancia nos deja la enseñanza que el precedente “Massa” y su complementario “Kujarchuk” (Fallos 330:3680), parecieron soluciones ingeniosas, pero, generaron, por un lado, el precedente de que la Corte se arrogó facultades legislativas, sobre las cuestiones que debe juzgar, y por la otra, que la pesificación fue declarada constitucional y que la Corte no se expidió sobre la reprogramación de los depósitos.

Los demás fallos que conforman la doctrina sobre pesificación, que fueron dictados por la Corte y que conforman el criterio que nuestro máximo tribunal tiene sobre los límites a los cuales está sujeta la propiedad, dejan a las claras, la diversidad de contratos pactados en moneda extranjera que fueron afectados por esta normativa pesificadora, como son los casos “Rinaldi” (Fallos 330:855), “Souto” (Fallos 330:3593) y “Mata Peña” (Fallos 330:5111), todos ellos originados por discusión de acreedores y deudores de mutuos hipotecarios pactados en dólares, en donde no hubo votos en disidencia, aunque sí en alguno de ellos, miembros que no votaron, pero en todos los demás casos que conforman esta doctrina, se decidieron por 4 votos a favor y los demás votantes en disidencia, lo cual deja en claro que el

tema de la forma de resolver en asuntos de pesificación, no ha sido un tema de consenso unánime dentro de los miembros de la Corte.

Así ocurrió en “Longobardi” (Fallos 330:5345), “Fecred” (Fallos 331:1040), “Mexicana de Aviación SA de CV” (Fallos 331:1942), “Benedetti” (Fallos 331:2006), todos ellos por contratos de distintos ámbitos, todos ellos resueltos con disidencias, todos ellos referidos a las normativas de pesificación.

Más allá de lo hasta aquí expresado, corresponde que mencionemos, que, en nuestra opinión, los jueces son el último baluarte que tiene toda comunidad para poder preservar la paz, y ante graves situaciones de emergencia, deben velar por el bien común, aunque para ello deba afectarse momentáneamente, el libre ejercicio del derecho de propiedad privada, pero en todos los casos, sin alterar su sustancia y solo permitiendo esas restricciones mientras subsista la emergencia.

Justamente bajo esta premisa, es que resulta ineludible incluir dentro de este listado, la jurisprudencia que nuestro máximo tribunal fijara en el caso Galli (Fallos 328:690), toda vez que ella afectó a miles de acreedores particulares, que habían confiado sus ahorros a la República Argentina.

Concluimos este punto destacando que la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció con motivo de la pesificación, es la que impera aún en épocas de normalidad económica, y el CCyC lo deja en claro, vista la regla general que dispone el artículo 765 in fine, para las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Todo lo cual nos brinda importantes y claras bases para poder describir en el final de esta tesis, las conclusiones obtenidas, la comprobación de la hipótesis y nuestra recomendación.

10. Conclusiones obtenidas y comprobación de la hipótesis

Nuestro CCyC le concede al deudor de moneda extranjera una dispensa de alcance general, que lo habilita a cancelar su obligación de pago en la moneda pactada o dando en su lugar, pesos equivalentes.

Ahora bien, ¿a quién afecta la inclusión de esta obligación alternativa?, en primer lugar, al acreedor de esa obligación y, en segundo lugar, a cualquier otro deudor de moneda extranjera que se encuentre excluido de esa dispensa, al momento de tener que cumplir con su propia obligación.

¿Cómo los afecta?, a su acreedor, porque se le vulnera el derecho a la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 16 de la Constitución Nacional, el mismo CCyC y demás normas concordantes, asimismo, visto que se le otorga una prebenda a su obligado, sin causa que lo justifique, lo cual la torna en arbitraria, y del mismo modo, se le afecta el derecho a la propiedad, porque si su deudor opta por cumplir la obligación que tiene pactada en moneda extranjera, en pesos equivalentes, es porque lo beneficia, lo cual significa que al acreedor lo perjudica en la misma proporción, y tanto el artículo 17 de la Constitución Nacional, como el CCyC y demás normativa nacional, protegen el derecho de propiedad, a lo cual adicionamos que esa afectación, como ya lo hemos demostrado, no tiene fundamento legal alguno.

En relación con la afectación al derechos de propiedad que puede sufrir el acreedor de una obligación pactada en moneda extranjera, ésta solamente se presenta si su deudor opta por cumplirla bajo la premisa prevista en la última parte del artículo 765 del CCyC en momentos en que rija en Argentina un régimen de control de cambios y que dentro del mismo, se establezca una paridad artificial entre la moneda local y las divisas, el cual lógicamente sobrevalorará al peso en su relación con las monedas extranjeras, caso contrario y como resulta obvio, no tiene sentido que el gobierno imponga este tipo de restricciones cambiarias.

El otro elemento distintivo de todo régimen de control de cambios es que se impide el libre acceso para que se puedan comprar divisas y dispone que solo

pueden participar dentro de él a determinados sujetos, como sería el caso de los exportadores, importadores, entidades financieras, etc.

Consecuentemente y dentro de ese contexto, el deudor podría optar por cumplir la obligación alternativa que le autoriza la última parte del artículo 765 del CCyC, lo cual perjudicaría a su acreedor, porque la cantidad de pesos que le entregará para cancelar su obligación no serán suficientes para que éste último pueda adquirir en mercados alternativos la cantidad de dólares que estaban pactados, lo cual afecta claramente su derecho a la propiedad.

Un claro y actual ejemplo de esta posibilidad la hemos tenido en Argentina con el último régimen de control de cambios, el cual vulgarmente fue denominado cepo cambiario.

Dentro de ese régimen el valor de la moneda extranjera era claramente inferior al de mercado libre, en algunos momentos la diferencia entre el valor que fijaba ese control de cambios y el mercado libre era superior al 70% y además regía una obvia restricción para su compra.

Es justamente en esas circunstancias, en que se producirá una evidente violación al derecho de propiedad en perjuicio de su acreedor, toda vez que, si un deudor de obligación pactada en moneda extranjera opta por cumplir su pago bajo el procedimiento que le permite la última parte del artículo 765 del CCyC, el perjuicio a su acreedor se torna evidente.

En consecuencia, una norma permanente como el CCyC debe estar prevista para reglar conductas en todo tiempo y circunstancia, y por lo explicado en los párrafos anteriores, la última parte del artículo 765 vulnera en forma evidente al derecho de propiedad, en todos los casos en que un deudor opte por cumplir su obligación bajo la forma alternativa en momentos en que impere en la Argentina un régimen de control de cambios que impida al acreedor comprar con los pesos que reciba de su deudor, la misma cantidad de moneda extranjera que habían pactado.

También hay un trato discriminatorio sin fundamento contra otro deudor de moneda extranjera, al cual el CCyC no le reconozca esta facultad.

En este caso debemos ser muy claros en explicar que la desigualdad se produce porque, por un lado la ley le exige a un deudor que solo puede cumplir con su obligación restituyendo la especie, en la misma cantidad y calidad comprometida, y, por otro lado, pero en la misma ley, se le permite a otro obligado a liberarse de su obligación de pago en moneda extranjera, con la entrega de pesos equivalentes, y sin que la ley explique la causa por la cual le otorga ese beneficio.

La previsión de la última parte del artículo 765 del CCyC, se inmiscuye en una relación entre dos sujetos de derecho para desigualarla, sin exponer causa legal para ello.

Estas dos violencias que recibe el acreedor de moneda extranjera son evidentes e incontrastables.

Corresponde aclarar que compartimos el criterio del CCyC, cuando dispone que las obligaciones pactadas en moneda extranjera deben ser canceladas en la misma especie, como sucede en los casos de las obligaciones de restituir moneda extranjera dada en virtud de depósitos irregulares, en los contratos bancarios, en mutuos de dinero sin curso legal en el país, obligaciones de valor cuantificado en moneda extranjera por los usos del tráfico, obligaciones con lugar de cumplimiento en el extranjero, obligaciones con prórroga de jurisdicción expresa o tácita, a todos estos efectos, ver los artículos 1367, 1390, 1408, 1409, 1410, 1525, 1527, 772, 772, 873, 2605 y 2607, todos ellos del CCyC, a los cuales adicionamos, para el supuesto de corresponder, los subcontratos y contratos conexos, conforme lo que se dispone en los artículos 1071 y 1073 del CCyC.

Y lo compartimos porque quien se haya obligado a cumplir una obligación en determinada moneda, no tiene porqué ser eximido de esa forma de pago, basado en previsiones, que dispone sin causa la ley.

Consecuentemente, la pregunta es ¿cuál es el motivo que ha llevado al legislador a establecer esta regla general a favor del deudor de una obligación pactada en moneda extranjera?

El primer argumento que analizamos y que descartamos, es el relativo a que esta regla general, se basa en que toda obligación de dar sumas de dinero tiene que poder ser cancelada en moneda de curso legal.

Rechazamos este argumento por dos motivos, el primero porque al entender que la previsión del último párrafo del artículo 765 del CCyC es de carácter supletoria, lo cual le quita el sentido de norma de orden público, esto es, que tendría la obligación de aceptar el pago en moneda de curso legal que pesaría sobre todo acreedor.

La otra causa, es que el mismo CCyC dispone para determinados contratos, que la única forma de cancelarlas es con el pago en moneda extranjera, incluidos sus intereses, con lo cual, el legislador no aplica la regla de obligatoriedad del pago en moneda de curso legal, ni siquiera como obligación alternativa para otros contratos.

Asimismo, podría decirse que el legislador pudo haber incluido esta norma de alcance general, pretendiendo con ella darle una protección al débil dentro de una relación obligacional, pero nuevamente nos tropezamos con las previsiones del CCyC que impiden aceptar esta posibilidad como causa de dicho permiso.

Efectivamente, el CCyC tiene extensas normas tuitivas para el consumidor o usuario, de hecho, todos los contratos bancarios son considerados dentro de las relaciones de consumo, pese a los cual, la regla de pago para todos ellos es que deben ser cancelados únicamente dando la misma especie recibida y en igual calidad y cantidad.

Podría pensarse que, más allá de la exclusión de los contratos bancarios, aún quedan muchos otros contratos de consumo, y es sobre ellos que el legislador ha buscado otorgar políticas activas a favor del más débil, pero a poco que desarrollemos esa idea, veremos que, por una parte, el CCyC no hace mención alguna referida al pago en moneda de curso legal para ese tipo de contratos, cuando se hubiesen pactado monea extranjera.

Consecuentemente, el legislador no ha expresado motivo alguno para semejante prebenda, y tampoco es posible encuadrarla dentro de las causas de orden público, referidas a la obligación que todos tenemos de aceptar en cancelación de nuestros créditos, su pago en moneda de curso legal, ni obedece a una norma tuitiva por considerar al deudor como el débil en una relación obligacional, por ello, solo nos queda aceptar que estamos en presencia de una dispensa que genera una desigualdad entre iguales, sin causa alguna para ello.

Todo lo expuesto, deja en claro que hemos podido comprobar nuestra hipótesis, porque el infundado, y consecuentemente arbitrario permiso que otorga la última parte del artículo 765 del CCyC a determinados deudores, **afecta sin causa a otros sujetos de derecho, por un lado, en relación con la igualdad ante la ley, y por el otro, y solamente si el valor del dólar al momento de pago no refleja la realidad, al derecho que tienen sobre su propiedad, ambos, expresamente protegidos por la Constitución Nacional.**

11. Recomendación

Ha quedado demostrado a lo largo de nuestra investigación, que la facultad que el CCyC le otorga al deudor de moneda extranjera, en el último párrafo del artículo 765, es contraria a expresos derechos que se encuentran garantizados en la Constitución Nacional.

Efectivamente, no hay motivo valedero que le permita a la ley generar una desigualdad entre sujetos de derecho equivalentes, más aún si tenemos presente, que inclusive, no es inusual que el deudor sea más poderoso económicamente que su acreedor.

Además, resulta contrario a los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional que una ley inferior le reconozca a una sola de las partes, la facultad exclusiva de cancelar una obligación que libremente pactó en moneda extranjera, dando alternativamente el equivalente en moneda de curso legal.

Por lo expuesto, entendemos que la solución más acorde para solucionar esta problemática es que se elimine la última parte del art. 765 del CCyC, disponiéndose en su lugar que las obligaciones pactadas en moneda extranjera son obligaciones de dar sumas de dinero, lo cual bueno es destacar, que en ese sentido y en el mes de marzo de este año 2018, el PEN firmó el decreto 182/2018, por medio del cual creó una comisión para que revise y proponga modificaciones al CCyC, encontrándose como la principal cuestión a ser modificada, el régimen del art. 765, porque entienden que tal como hoy está previsto, aleja seguridad jurídica a los contratos y la modificación que estudian se dirige exactamente en el mismo sentido de nuestra propuesta, esto es que las obligaciones pactadas en moneda extranjera se consideren obligaciones de dar sumas de dinero y que deban ser cumplidas en la moneda pactada.

Conforme con lo expuesto, nuestra investigación se convierte de este modo, en un útil y actual documento para consulta de especialistas o estudiantes que busquen tener dentro de una sola obra el basamento integral que justifica el trascendente cambio que en estos tiempos estudia llevar adelante el gobierno dentro del Código Civil y Comercial de la Nación, vista la creación de la mencionada comisión.

12. Bibliografía y fuentes de información

12.1 Bibliografía

Aristóteles (s.f.) *Ética a Nicómaco*. Recuperado de <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>

Badeni, G. (2001). Reflexiones sobre la propiedad privada. *La Ley*, 2002(B), 896-903. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/6885/2001.

- Bentham, J. (1864). *The Theory of Legislation, translated from the French of etienne Dumont by R. Hildreth*. London: Trübner & Co. 60, Paternoster Row. MDCCCLXIV. Recuperado de <https://archive.org/stream/legislation00bentuoft#page/n3/mode/2up>, “Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases”. Traducción mía.
- Bidart Campos, G. (1983). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.
- Carratalá, R. (1918). *Las leyes de la Asamblea General Constituyente de 1813*. Recuperado de http://repositorio.educacion.gov.ar:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/106904/Monitor_7630.pdf
- Cianciardo, J., Sacristán, E. (2014). El caso “Avico” y sus ecos, ochenta años después. *La Ley*, 2014(C), 635-652. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1194/2014.
- Cohen, F. (1954). *Dialogue on Private Property*, 9 *Rutgers Law Review*. Connecticut, EEUU: New Haven. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5362&context=fss_papers, “That is property to which the following label can be attached. To the world: Keep off unless you have my permission, which I may grant or withhold. Signed: Private citizen. Endorsed: the estate”. Traducción mía.

- Freedman, D. (2013). Artículo 24. Igualdad ante la Ley. En E. M. Alonso Regueira (dir.). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino* (pp. 413-442). Buenos Aires: La Ley. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/024-freedman-igualdad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>
- Fulford, A. (2015). Peter Westen's "The empty Idea of equality", *The Calvinist International*. Recuperado de <https://calvinistinternational.com/2015/05/05/peter-westens-the-empty-idea-of-equality/>
- González, J. (1897). *Manual de la Constitución Argentina 1853/1860*. Buenos Aires: Estrada y Cía. S.A.
- Gregorini Clusellas, E. (2003). Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos. *La Ley*, 2003(B), 970-990. Recuperado de La Ley. Cita Online: AR/DOC/7832/2001
- Hariri, J. C. (2011). Evolución de los vínculos negociales y las nuevas modalidades de contratación. En J. Conte Grand, (dir.) y G. De Reina Tartiére (coord.). *Estudio del Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (pp. 461-484). Buenos Aires: El Derecho.
- Highton, E. I., (2015). El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-derecho-de-propiedad-en-el-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.-Por-Elena-I.-Highton.pdf>

Locke, J. (2014). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

Marx, K., y Engels, F. (2008). Manifiesto Comunista. Recuperado de <https://sociologia1unpsjb.files.wordpress.com/2008/03/marx-manifiesto-comunista.pdf>

Prietto Molinero, R. (2010). Los “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” del artículo 1198 CC: Un requisito innecesario. *La Ley*, 2010(C), 1329-1337. La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/4623/2010

Ravier, A. (2012). Aristóteles en defensa de la propiedad privada. Recuperado de <https://puntodevistaeconomico.wordpress.com/2012/01/16/aristoteles-en-defensa-de-la-propiedad-privada/>

Rivera, J. C. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.

Westen, P. (1982). *The empty idea of equality*. *Harvard Law Review*, 95(3), 537-596, 1. Recuperado de www.jstor.org/stable/1340593.

Zambrano Pasquel, A. (2012). Marbury v. Madison y el control de constitucionalidad. Recuperado de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-marbury_vs_madison.pdf

12.2 Fuentes de Información

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (2002). Fundación Mujeres en Igualdad y Otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo – Discriminación inversa. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/fallo-fundacion-mujeres-en-igualdad-y-otros-contra-freddo-sa-sobre-amparo.pdf>

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_uruguay.pdf

Código Civil de la República de Paraguay. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf

Constitución Nacional – Artículo 16 – Artículo 17. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Constitución de la República de Paraguay. Recuperado de <https://www.paraguay.gov.py/poder-judicial>

Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperada de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- CSJN (1916). Sánchez Viamonte, Julio en autos Guistinian, Emilio, Garantía Constitucional Igualdad ante la Ley. Fallos: 123:106. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1916). *Santoro, Cayetano c/ Frías Estela, Garantía Constitucional, Igualdad ante la Ley, Inconstitucionalidad. Pensiones Militares.* Fallos: 124:122. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1922). Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta. Fallos: 136:161. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1925). Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital. Fallos: 145:307. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN, (1929). Lanteri de Renshaw, Julieta, Solicitud de Enrolamiento en su carácter de argentina naturalizada. Fallos: 154:283. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1934). *Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl s/ Consignación de intereses.* Fallos: 172:21. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1990). Peralta, Luis Arcenio y Otro c/ Nación Argentina (Ministerio de Economía - BCRA) s/ Amparo. Fallos: 313:1513. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2002). Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado

Nacional s/ sumarísimo” Fallos: 325:28. Recuperado de
www.csjn.gov.ar

CSJN (2003). Provincia de San Luis c/Estado Nacional s/ acción de amparo. Fallos:
326:417. Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN (2004). Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/P.E.N. - ley 25.561, dtos 1570/01 y
214/02 s/ amparo. Fallos: 327:2905. Recuperado de
www.csjn.gov.ar

CSJN (2004). Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros. Fallos:
327:4495. Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN (2005). Galli, Hugo Gabriel y Otro c/ PEN – Ley 25.561 – Dtos. 1570/01 y
214/02 s/ Amparo ley 25.561. Fallos 328:690. Recuperado de
www.csjn.gov.ar

CSJN (2006). Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional. Fallos: 329:5913.
Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN (2007). Kujarchuk, Pablo Felipe c/P. E. N. ley 25.561 -dtos 1570 y 214/02
s/amparo ley 16.986. Fallos: 330:3680. Recuperado de
www.csjn.gov.ar

CSJN (2007). EMM S.R.L. c/Tia S.A. s/ordinario s/incidente de medidas cautelares.
Fallos: 330:971. Recuperado de www.csjn.gov.ar

- CSJN (2007). Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria. Fallos: 330:855. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). Mata Peña, Jose Rafael y otro c/Estado Nacional y otro. Fallos: 330:5111. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). Longobardi Irene Gwendoline y Otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio SRL y Otro s/ Ejecución Hipotecaria. Fallos 330:5345. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2008). Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel y Otro. Fallos: 331:1040. La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/1231/2008
- CSJN (2008). Mexicana de Aviación S.A. de CV c/E.N. - Mº Defensa - FAA dto. 577/02 - s/amparo ley 16.986. Fallos: 331:1942. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2008). Benedetti, Estela Sara c/ Poder Ejecutivo Nacional. Fallos: 331:2006. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 214/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar.

Decreto-ley 14.500 de la República Oriental del Uruguay. Actualización de obligaciones en moneda nacional. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/14500-1976>

Decreto N° 182/2018. Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación. Creación. Recuperado de www.infoleg.gob.ar.

Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperada de www.infoleg.gob.ar

Ley de la República de Paraguay N° 434/94. Obligaciones en Moneda Extranjera. Recuperado de www.impuestospy.com/Constitucion%20y%20Codigos/LEY%20N%20434-94.doc

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/152.pdf>

U.S. Supreme Court (1803). *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>

U.S. Supreme Court. (1934). *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*. 290 U.S. 398. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/398/case.html>

U.S. Supreme Court. (1935). *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*. 294 U.S. 240. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/240/>

U.S. Supreme Court. (1935). Perry vs. United States, 294 U.S. 330. Recuperado de
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/case.html>

U.S. Supreme Court. (1935). United States vs. Bankers Trust Co. 294 U.S. 240.
Recuperado de https://en.wikipedia.org/wiki/Gold_Clause_Cases