



Consejo Federal del Notariado Argentino

XXXI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO. - CÓRDOBA. 2014. 7 y 8 DE AGOSTO 2014.

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 nacional: *Diego Maximiliano MARTÍ* (011) 4372.9873 ó (011) 4372.9874 Email: diego.m.marti@gmail.com

DESARROLLO DEL TEMARIO

1. Contratación en moneda extranjera.

- a.** Moneda. Concepto, características e importancia. El dinero desde el punto de vista jurídico. Su función económica. Curso legal, convencional y forzoso. Breve reseña histórica de la evolución de la moneda Argentina. Ley 1.130, de unidad monetaria. Del Argentino de oro al Peso actual. Vigencia del Argentino de Oro como referencia de valor.
- b.** Incidencia de la moneda utilizada en los diferentes tipos de contratos y frente a los distintos tipos de obligaciones. La prohibición de indexación y las alternativas para mantener el valor. La necesidad de previsibilidad, especialmente para calcular la paridad cambiaria. Cláusulas sugeridas para cada contrato. Fundamentos, validez y efectos jurídicos de cada mecánica. Consecuencias para las partes involucradas según sus intereses. Diferencia en los contratos de adhesión, predispuestos, de consumo. Cuestiones alcanzadas por la ley 24.240, de defensa del consumidor.
- c.** El sistema de los artículos 617 y 619 del Código Civil. La ley 23.928, de convertibilidad, y su modificación por la ley 25.561, de emergencia pública y reforma del régimen cambiario. El Decreto 214 / 2002 (conversión a pesos de las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en moneda extranjera). Principios de identidad e integridad del pago (arts. 740 y 742 del Código Civil). Mercado único y libre de cambio (Comunicación A3471 del BCRA, del 8 de Febrero de 2002). C.E.R., C.V.S. y esfuerzo compartido. Comparación de la situación actual con la denominada



Consejo Federal del Notariado Argentino

Crisis de 2001. Similitudes y diferencias, a nivel normativo y especialmente en materia jurisprudencial.

- d.** Modificación del sistema: primeros atisbos en Junio de 2010 (Comunicación A5085 del BCRA), y comienzo de las restricciones en Octubre de 2011 (Resolución General 3210 de AFIP y Comunicación A5239 del BCRA). Evolución de la normativa y sus consecuencias. El deudor frente a la imposibilidad de obtener divisas para cumplir con sus obligaciones. Incumbencias notariales vinculadas.
 - e.** Reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Diferencia de tratamiento de la situación en la legislación actual y en la proyectada. El periodo de transición: cómo encararlo desde la incumbencia notarial. Aplicación de normas que no resultan aún aplicables. Obligaciones del Notario.
 - f.** Restricciones cambiarias: diferentes efectos respecto de los contratos celebrados con anterioridad o con posterioridad a las mismas. Caso fortuito, fuerza mayor, teoría de la imprevisión, hecho del Príncipe.
- 2.** Instrumentación de compraventas e hipotecas en moneda que no tiene curso legal en la República.
- a.** La autoría del documento notarial y las cláusulas potencialmente conflictivas relacionadas con los montos expresados en moneda extranjera. El deber de imparcialidad y la función asesora del Escribano. Conocimiento real de los efectos de las alternativas introducidas. El Notario como garante de la seguridad jurídica y su función preventiva de litigios.
 - b.** Especialidad en cuanto al crédito en la hipoteca. Accesoriedad. Incidencia de la reforma proyectada. Hipoteca de máximo. La publicidad registral. Antecedentes jurisprudenciales y legislativos. Ley 21.309 (de estabilización o reajuste).
 - c.** Previsiones para calcular la paridad cambiaria. Cláusulas sugeridas. Fundamentos, validez y efectos jurídicos de cada mecánica. Consecuencias para las partes involucradas según sus intereses.
 - d.** Intentos de reactivación del mercado inmobiliario. El CEDIN. Régimen de la Ley 26.860, Resoluciones de AFIP,



Consejo Federal del Notariado Argentino

Comunicaciones del BCRA y demás normas administrativas. Su fundamentación, objetivos y efectos. Experiencias locales en su implementación. Incidencia en el mercado inmobiliario y en la actividad notarial. Breve referencia a la U.I.F. y la normativa antilavado.

3. Exigibilidad.

- a.** Diferencia entre las situaciones preexistentes a la modificación del régimen y las nacidas con posterioridad.
- b.** Período de transición en entre la aprobación de la codificación civil y comercial unificada y su entrada en vigor, prevista actualmente para el 1 de Enero de 2016. Qué puede exigirse y cómo se cumple en el interin.
- c.** Efectos prácticos de las diferentes cláusulas ideadas por los actores del derecho. Evolución jurisprudencial.

4. Pagos en divisas.

- a.** Letra de Cambio y Pagaré. Cláusula de pago efectivo en moneda extranjera. Legislación comparada. Diferencias de tratamiento entre los títulos valores con dicha cláusula y los contratos expresados en moneda extranjera. Adquisición y liquidación de títulos nominados en dólares para obtener tal moneda. Pagarés hipotecarios. Carácter incompleto. Accesoriedad respecto del negocio principal.
- b.** Pago en especie. Contratos en los que se utiliza habitualmente, y aquellos en que puede considerarse como indexación encubierta.

5. Otras cuestiones de interés.

- a.** Reglamentaciones locales particulares, especialmente en materia registral e impositiva.
- b.** Soluciones o paliativos que puede brindar el notariado. *De lege lata. De lege ferenda.*
- c.** Novedades producidas desde la difusión de las pautas hasta la realización de la Jornada.
- d.** Cuestiones no previstas en estas pautas y consideradas de relevancia por los ponentes.



Consejo Federal del Notariado Argentino

FUNDAMENTOS Y OBJETIVOS GENERALES.

El sentido de estas breves palabras es brindar una explicación tendiente a expresar el origen motivacional del tema, clarificar sus contenidos, enmarcar su alcance y sugerir un enfoque.

El universo temático convocante, que ha sido propuesto por la Academia Nacional del Notariado (cuyos fundamentos hemos intentado dejar aquí reflejados), trata una delicada y trascendente cuestión de nuestra actualidad, que, lejos de estar definida y servida para su análisis, se encuentra en plena evolución normativa y jurisprudencial. Y como si no bastara con ello, nos encontramos a la espera del impacto que la reforma y unificación de la legislación civil y comercial ocasionará al respecto, en caso de ser aprobada en los términos que hoy son de dominio público (al momento de la presentación de estas pautas, acaba de obtener media sanción por parte de la Cámara de Senadores, conforme el dictamen de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación), dado que, como estamos ya acostumbrados, los Notarios somos de los primeros en tener que interpretar y aplicar las nuevas normativas, sin contar con el andamiaje de una elaborada doctrina ni de experiencias jurisprudenciales que avalen determinada postura.

En la redacción original de Vélez Sarsfield, el Código Civil disponía que las obligaciones concertadas en moneda extranjera debían interpretarse como obligaciones de entregar cantidades de cosas. Fue la ley 23.928, de convertibilidad del Austral, la que dio la redacción actual de los artículos 617 y 619, equiparando toda obligación de dar moneda que no tenga curso legal en la República Argentina con las obligaciones de dar sumas de dinero, agregando que el deudor cumple su obligación mediante la entrega de la moneda convenida. Posteriormente, derogada la convertibilidad (ya del peso) con el dólar, mediante la ley 25.561, de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, y a pesar de haberse modificado o derogado la mayoría del articulado de la ley 23.928, las disposiciones de los artículos 617 y 619 del Código Civil no sólo fueron mantenidas sin alteración alguna, sino que fueron expresamente ratificadas (art. 5°¹ de la citada ley de emergencia). De tal guisa, podemos sin lugar a duda sostener que, en la actualidad, es factible celebrar válidamente contrataciones en moneda que no tenga curso legal en la República.

¹ Ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario 25.561, art. 5°: *Mantiénese, con las excepciones y alcances establecidos en la presente ley, la redacción dispuesta en el artículo 11 de la Ley N° 23.928, para los artículos 617, 619 y 623 del Código Civil.*



Consejo Federal del Notariado Argentino

Sin embargo, resoluciones administrativas, naturalmente de rango inferior a las normas del Código Civil, han establecido restricciones para obtener moneda extranjera, tornándolo virtualmente imposible. La realidad impuesta por las disposiciones aludidas, que en modo alguno tienen la virtualidad de prohibir la contratación en moneda extranjera, ha generado serios inconvenientes a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones así concertadas, y ha generado el nacimiento y desarrollo de un mercado cambiario informal ².

Cuando la moneda pierde su atributo de estabilidad, no puede representar adecuadamente su función de unidad de medida del valor de los bienes ³. A lo que debemos apuntar, entonces, es a lograr la integridad de la garantía frente a los efectos de la depreciación monetaria, a lograr el equilibrio entre, por un lado asegurar el valor del patrimonio del acreedor, y por el otro evitar que el deudor fracase en su obligación por imposibilidad de cumplirla.

Resulta entonces de vital importancia analizar en profundidad la situación que plantea el texto del art. 765 del proyecto de reforma y unificación de la legislación civil y comercial, que en el anteproyecto de la Comisión creada por Decreto 191 / 2011 mantenía el sistema de los artículos 617 y 619 del Código Civil vigente, pero que fue modificado por el Poder Ejecutivo Nacional, restableciendo el concepto de que la obligación en moneda extranjera equivale a entrega de cosas, de la que el deudor puede librarse entregando pesos al tipo de cambio oficial. En definitiva tendremos que intentar dilucidar si será realmente una contratación en dólares, o sólo tendrá su apariencia.

Como criterio aplicable a la situación de transición en general, se propone un apartado respecto a la posición que debe adoptar el notario cuando la situación a instrumentar tenga soluciones y/o consecuencias diferentes entre la legislación actual (durante cuya vigencia se formaliza) y la legislación proyectada (o sancionada pero con vigencia diferida al 1 de Enero de 2016), durante cuya vigencia deba cumplirse con parte de las obligaciones.

² ... Toda persona, cualquiera sea su edad, sexo, clase o nivel de ingresos, deberá, a partir de ahora, gastar anualmente en la compra de bienes la misma cantidad que ha gastado en el Año Básico, ni más ni menos. Quien no se ajuste a esta medida será multado ... (Ayn Rand, "La rebelión de Atlas") - Citado por Eduardo J. Nuñez en "Adquisición de moneda extranjera en el mercado marginal", Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), Tomo/Boletín XXXIII, Noviembre de 2012.

³ Autos Santamarina Miguel M.A. - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A (11 de Agosto de 1988). LL 1988-E , 491, con nota de Jorge R. Causse; LLP 1988, 906. Cita Online: AR/JUR/1393/1988.



Consejo Federal del Notariado Argentino

Por otro lado, si bien no es objetivo central de la temática, sí se encuentra entrelazado con ella (así como con cualquier otra que involucre el ejercicio de nuestra función y su trascendencia integral), por lo que proponemos dedicar también algunos párrafos al papel que juega la actividad del Notariado en pos de favorecer el desarrollo económico, y a los beneficios que su intervención brinda a las partes del negocio, lo que redundará a su vez en un auténtico valor económico añadido, generando verdaderas externalidades positivas, ya que sus consecuencias no sólo se proyectan a las partes, sino también a los terceros y al conjunto de la sociedad. Además, la práctica notarial es un elemento más que idóneo para el nacimiento, desarrollo y perfeccionamiento del derecho positivo ⁴.

Desde la etapa precontractual, en su rol asesor y mediador, hasta el plasmado del ejercicio de su función a través de la producción del documento notarial, portador de seguridad jurídica, certeza y equidad, que resultan indispensables para la convivencia y el desarrollo social, el Escribano aconseja y asiste en la formación y exteriorización de la voluntad negocial, ejerciendo una actividad pacificadora que, resulta innegable, redundará en una reducción de la litigiosidad. El notario actúa como amigable componedor y facilitador, desarrollando una actividad preventiva de litigios, en cumplimiento de su natural función de mediador, convirtiendo en realidad el adagio de Alfonso el Sabio, *Notaría abierta, Juzgado cerrado*. Los contratantes necesitan que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas se encuentren en un relativo pie de igualdad, logrando una ecuación justa y equilibrada entre ellos. A través de los mecanismos e instituciones establecidos para garantizar el estado de certeza, dando nacimiento a relaciones que no se verán amenazadas por conflictos judiciales, evitamos la incertidumbre, y al crear certeza, creamos valor ⁵. La instrumentación en escritura pública de los contratos brinda la garantía de que la intervención notarial presupone el previo asesoramiento de las partes.

Además, no puede soslayarse que el Estado estructura el servicio de seguridad jurídica preventiva descargando todo el peso de la organización sobre la propia institución notarial. En el sistema notarial

⁴ El tema ha sido abordado en el XXV Congreso Internacional del Notariado Latino, “El Notariado: Institución Mundial” (Madrid, España, 3 al 6 de Octubre de 2007).

⁵ Dr. José Manuel García Collantes, Notario de Madrid, en oportunidad de desarrollarse la Mesa Redonda con que se dio apertura a la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, el día 14 de Septiembre de 2006.



Consejo Federal del Notariado Argentino

latino-germánico, la vida de una transacción es siempre económicamente más útil que su quiebre o frustración. *El Notario ejerce funciones públicas en el marco de actividades no contenciosas instauradas por el Estado, y cumple numerosas funciones sociales en el ámbito del orden social nacional, y, con este fin, es un oficial público delegado autónomo de la autoridad pública del Estado. El notariado es una institución con plena vigencia en nuestra sociedad, en la cual desempeña un rol activo que contribuye al mantenimiento de la seguridad jurídica y la equidad* ⁶.

Debemos entonces reparar tanto en que no siempre los contratos prevén mecanismos convencionales alternativos de cumplimiento, como en que, en ocasiones, plasman algunos sin el debido conocimiento de las partes en cuanto a cuál sería su resultado si se aplicaran (tal el caso de las cláusulas que plantean cantidades de pesos fijadas en función de la adquisición de dólares, libre de todo gasto, en una plaza extranjera determinada a opción del acreedor ⁷), por lo que resultará de gran utilidad dedicar parte de la tarea propuesta al estudio de diferentes situaciones que podrían plantearse a nivel fáctico y jurídico, así como al de las redacciones habitualmente utilizadas y a la propuesta de nuevas alternativas, para los diferentes tipos de contratos, ello teniendo en cuenta la legislación actual, la proyectada, y también la necesidad de concertar hoy obligaciones que deban cumplirse luego de la entrada en vigor de la reforma de la codificación civil y comercial. A modo de ejemplo, algunas de las hipótesis de trabajo podrían ser, entre otras:

- a) Contratante que asegura instrumentalmente disponer de la moneda extranjera para cancelar la obligación asumida.
- b) Deudor de una obligación en moneda extranjera que ha consumido la divisa facilitada en préstamo, al que le resulta imposible adquirir la misma en el mercado de cambios para cumplir con los vencimientos pactados, sin que el contrato haya previsto métodos alternativos de conversión para su cumplimiento. Como alternativa podría analizarse el que pueda o no acreditar el deudor que ha intentado obtener la moneda debida en los lugares habilitados y de acuerdo a las mecánicas reguladas.

⁶ XXI Congreso Internacional del Notariado Latino – Berlín (1995).- Iturbe Galindo, Adrián - “El notariado en sustantivo”, Colegio de Notarios del DF, ciudad de México, 1999, citado en la página web de la ONPI (<http://www.onpi.org.ar/rol.php4>).

⁷ Informó el Dr. Mariano ESPER, en su exposición dada en el marco del LXVI Seminario de la Academia Nacional del Notariado, los días 7 y 8 de Noviembre de 2013, que por cada dólar adquirido en la plaza de Montevideo debían pagarse cerca de \$ 12,00.



Consejo Federal del Notariado Argentino

- c) Deudor en igual situación que en apartado anterior, pero que ha pactado cláusulas alternativas de pago, tomando como referencia cotizaciones de mercados extranjeros o de negociaciones con bonos en divisas extranjeras.
- d) Contratante obligado a entregar moneda extranjera a quien se le prueba que dispone de la misma.
- e) Letras de cambio y pagarés librados en moneda extranjera con cláusula de pago efectivo en moneda extranjera (art. 44, Dec. 5965 / 63 ⁸).

Será de suma importancia estar no sólo al sentido literal de los vocablos sino también a la intención que razonablemente hayan podido tener los contratantes, para lo que resultará menester valorar las particulares circunstancias que rodeen cada estipulación en orden a reconstruir el contexto negocial que pueda haber motivado la expresión de voluntad ⁹, a efectos de dilucidar la voluntad real.

Ahora bien, si en materia contractual la función asesora y mediadora del Notario van de la mano de la seguridad jurídica, la certeza y la equidad, en materia hipotecaria todos estos valores cobran una importancia que se extiende de manera exponencial, dado que, en cuanto al crédito, indudablemente las posibilidades de financiación se ven favorecidas contando con la garantía de una propiedad inmueble. Sabemos que los derechos reales de garantía han sido precisamente los generadores de la necesidad de creación de los Registros Inmobiliarios, los que se alimentan permanente y fundamentalmente de las

⁸ Art. 44: *Si la letra de cambio fuese pagable en moneda que no tiene curso en el lugar del pago, el importe puede ser pagado en la moneda de este país al cambio del día del vencimiento. Si el deudor se hallase en retardo, el portador puede, a su elección exigir que el importe le sea pagado al cambio del día del vencimiento o del día del pago.*

El valor de la moneda extranjera se determina por los usos del lugar del pago. Sin embargo, el librador puede disponer que la suma a pagarse se calcule según el curso del cambio que indique en la letra.

Las reglas precedentes no se aplican en el caso de que el librador haya dispuesto que el pago deba efectuarse en una moneda determinada (cláusula de pago efectivo en moneda extranjera).

Si la cantidad se hubiese indicado en una moneda que tiene igual denominación pero distinto valor en el país donde la letra fue librada y en el del pago, se presume que la indicación se refiere a la moneda del lugar del pago.

Respecto del pagaré rige la remisión del Decreto en el Art. 103: *Son aplicables al vale o pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones de la letra de cambio relativas: ... al pago (artículos 40 a 45); ...*

⁹ "Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas". Bilbao Aranda, Facundo Martin – Comentario al fallo "Rzepnikowski Lucía y otro c/. Masri David y otro s/. Ejecución hipotecaria". LL, 07/10/2013. Cita Online: AR/DOC/3164/2013.



Consejo Federal del Notariado Argentino

registrações de los documentos notariales. Un documento notarial, con todos los atributos que le son propios, y la información de un Registro de la Propiedad eficaz, completo y ágil, son una combinación que hace que una propiedad inmueble sea una garantía formidable para el acceso al crédito ¹⁰. Pero de ese documento, de la *calidad del producto notarial*, dependerá en buena medida que las relaciones entre las partes se asienten sobre bases claras, y se logre así mantener o incluso disminuir las bajas tasas de litigiosidad que se presentan en nuestro sistema.

Podemos también, y debemos, hablar del Notariado como una institución de equilibrio entre las tensiones producidas por la interacción del Estado, los consumidores, las partes y la seguridad jurídica; como estandarte y resguardo de las libertades y de los derechos. La aludida *calidad del producto notarial* nos enfrenta aquí al peligro de la pérdida de equidad en favor del *cliente poderoso*. Juegan al respecto un papel preponderante las Instituciones Colegiales en cuanto a la capacitación permanente, marcando el camino e impartiendo un profundo sentido ético en el ejercicio de la función.

No es en modo alguno objetivo del trabajo propuesto el efectuar una valoración política de la situación económica, de las restricciones cambiarias, de sus efectos respecto del mercado inmobiliario, ni de la postura que adopta en materia de contratación en moneda extranjera el proyecto de reforma y unificación de la codificación civil y comercial. El análisis debe ser jurídico, lo que no significa que deba ser abstracto ni tibio, o que no pueda ser crítico, sino que, por el contrario, las consecuencias prácticas de los tópicos en análisis son de gran relevancia para la sociedad y para nuestra profesión, por lo que deben necesariamente ser tenidas en cuenta.

Tampoco se trata de tomar partido por el deudor o por el acreedor, ni por quien requiera de nuestros servicios o su contraparte. La propuesta es avocarnos a analizar objetivamente la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, conforme a nuestros antecedentes, a nuestra historia. Somos reconocidos por nuestra función natural de mediadores, por nuestra objetividad y equidistancia entre las partes, y queremos seguir siéndolo.

¹⁰ Tema también abordado en el XXV Congreso Internacional del Notariado Latino citado.



Consejo Federal del Notariado Argentino

Por último, sin perjuicio del intento de este Coordinador en el sentido de detallar lo más posible la temática predispuesta, evidentemente pueden introducirse aquellas cuestiones que los ponentes consideren relevantes para el objetivo planteado.

ASPECTOS METODOLÓGICOS:

- Los trabajos deberán presentarse en papel tamaño A4; fuente Times New Roman, tamaño 12; interlineado 1,5; citas bibliográficas al pie de página; bibliografía en hoja aparte, al final del trabajo; páginas numeradas al pie, en margen derecho.
- Deberán entregarse con una copia (2 ejemplares) y enviarse por correo electrónico.
- En la carátula del trabajo deberán figurar los datos relativos a su autor (nombres y apellidos, teléfono y correo electrónico), tema para el que se presenta y título. Su extensión no deberá superar las * carillas. La ponencia no deberá exceder las dos carillas.
- Plazo final de entrega de trabajos y ponencias: *** de * de 2014.**

Acompaña a estas pautas una lista resumida de Bibliografía, que no intenta limitar a ella la investigación, pero sí acercar la información para simplificar en algo la tarea. Las referencias allí contenidas son de la Biblioteca *José A. Negri*, del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. El listado completo de Bibliografía está a disposición aquellos que lo soliciten.

Como palabras de cierre, este Coordinador queda a disposición de todos aquellos que se avoquen a su participación en las Jornadas, deseándoles éxito en los trabajos que se propongan realizar.

Noviembre de 2013.