

**Voces:** RESTRICCIONES FINANCIERAS ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CONTRATO DE MUTUO ~ DOLAR ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ TASA DE INTERES ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ ACTUACION DE OFICIO ~ DETERMINACION DE INTERESES ~ EJECUCION HIPOTECARIA

**Título:** La facultad judicial de morigerar los intereses exorbitantes y el nuevo Código

**Autor:** Mazzinghi, Marcos

**Publicado en:** LA LEY 01/09/2015, 01/09/2015, 9 - LA LEY2015-E, 11

**Fallo comentado:** [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B ~ 2015-07-13 ~ Cardosi, Eduardo José c. Onetto, Claudio Ernesto y otro s/ ejecución hipotecaria](#)

**Cita Online:** AR/DOC/2919/2015

**Sumario:** I. Introducción.- II. Los hechos y el fallo de Cámara.- III. La facultad de reducir la tasa de interés en las obligaciones de dar moneda extranjera.- IV. El art. 765 del Cód. Civil y Comercial. Importancia de su interpretación correcta.- V. La facultad judicial de morigerar los intereses en el Código Civil y Comercial.- VI. Conclusión.

### I. Introducción

El propósito del presente es comentar brevemente el reciente fallo de la Sala B de la Cámara Civil, en los autos "Cardosi Eduardo J. c/Onetto Claudio E. y otro s/ejecución hipotecaria", en el que el tribunal se expidió sobre la facultad judicial de morigerar de oficio los intereses pactados en una obligación contractual derivada de un mutuo hipotecario.

Aprovecharemos la oportunidad para analizar la cuestión a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) [\(1\)](#), principalmente teniendo en cuenta la significativa modificación introducida en el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera, contempladas en el artículo 765 del CCyC.

### II. Los hechos y el fallo de Cámara

En una ejecución hipotecaria derivada de un mutuo acordado en moneda extranjera, el magistrado de primera instancia resolvió —de oficio—, reducir los intereses pactados por las partes, fijando los en el 6% anual, entre compensatorios y punitivos.

El ejecutante se agravió por considerar dichos intereses insuficientes, argumentando que la tasa pactada por las partes en el mutuo era del 2% mensual, es decir del 24% anual entre compensatorios y resarcitorios.

La sentencia de Cámara fijó los intereses —por todo concepto— en un 8% anual.

Para justificar dicha decisión, el tribunal invocó la aplicación del segundo párrafo del artículo 656 del Código Civil.

Cabe recordar que esta norma fue introducida por la reforma de la ley 17.711 [\(2\)](#), con el objeto de atenuar la rigidez del primer párrafo del artículo 656, en cuanto preveía que en materia de cláusula penal, "el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno."

La norma transcripta contiene lo que se denomina el principio de la inmutabilidad de la pena, característica típica de la cláusula penal, que además de una función resarcitoria, puede perseguir una finalidad compulsiva [\(3\)](#).

El segundo párrafo de la misma norma preveía:

"Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

En su fallo, la Sala B se encarga de resaltar que la determinación de soluciones para la fijación de los intereses es esencialmente provisional, ya que depende de las fluctuantes condiciones de la economía de un país, que ameritan revisar constantemente los criterios establecidos, para adaptarlos a las nuevas realidades económicas.

Asimismo, destaca que como regla debe respetarse la voluntad de las partes en la fijación de la tasa de interés, y que la intervención judicial —aun de oficio— sólo se justifica excepcionalmente, cuando se verifique que la tasa acordada contractualmente atenta contra el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Con base en estos lineamientos, la Sala B consideró que se configuraban los presupuestos que habilitaban la intervención judicial, y resolvió reducir la tasa del 24% nominal anual (entre intereses compensatorios y punitivos) fijando una tasa total y definitiva de 8% nominal anual.

La decisión nos parece razonable y justa, coincidiendo en el criterio de que en las condiciones actuales la aplicación de una tasa del 24% en dólares es manifiestamente exorbitante, mientras que la alícuota del 6% nos parecía algo exigua.

### III. La facultad de reducir la tasa de interés en las obligaciones de dar moneda extranjera

La facultad judicial de morigerar los intereses no es privativa de las obligaciones que deben cancelarse en moneda extranjera, ni siquiera de las obligaciones de dar sumas de dinero. Ella puede ejercerse en relación con cualquier clase de obligaciones, incluyendo las de hacer o no hacer (4).

Para justificar su aplicación basta con que las partes hayan pactado como cláusula penal una determinada prestación, y que la exigencia de esta última se exhiba como desproporcionada con la gravedad de la falta que sanciona, tomando en cuenta el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configurándose así un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

El ámbito de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera luce actualmente como un campo fértil para la aplicación del instituto.

Esto se debe a que se trata de una materia en la que se verifican oscilaciones bruscas y constantes, que muchas veces implican alterar significativamente la ecuación económico financiera que el acreedor y el deudor tuvieron en cuenta al asumir el vínculo obligacional.

Como ejemplo alcanza con señalar que a la fecha la brecha que existe entre el tipo de cambio oficial y el tipo de cambio paralelo es del 63%, y que éste último está librado a volátiles escaladas en su cotización, que hacen que quien esté endeudado en moneda extranjera vea considerablemente encarecida su prestación, aún sin que se le apliquen los intereses pactados.

Pongamos por caso el adquirente de un inmueble que al escriturar paga el 70% del precio de compra, difiriendo el pago del saldo de precio a un año, con garantía hipotecaria. Las partes pactan que el pago debe realizarse indefectiblemente en moneda extranjera, fijándose una tasa de interés del 24% nominal anual.

El saldo de precio es de U\$S 100.000, y al momento de realizarse la escritura, el tipo de cambio paralelo es de \$11,50 por cada dólar.

Al cumplirse el año desde la escrituración, el deudor debe cancelar los U\$S 100.000 más los intereses (U\$S 24.000). En esa fecha el tipo de cambio paralelo se dispara, ubicándose en torno a los \$ 15.

Medida en pesos, la obligación del deudor se encareció en \$350.000 (o en U\$S 23.333 en dólares, calculados al tipo de cambio paralelo) (5). Si se suma el mayor costo derivado de la fluctuación cambiaria (U\$S 23.333) con los intereses devengados a la tasa contractual (U\$S 24.000) resulta que el deudor debe pagar el capital más U\$S 47.333 adicionales.

Esto equivaldría a convalidar la aplicación de una tasa del 47,3% anual, en dólares.

Si bien la situación arriba planteada es solo un ejemplo, en la práctica se está repitiendo con preocupante habitualidad, lo que demuestra la actualidad e importancia del tema.

Algún desprevenido podrá argumentar que la culpa la tienen quienes contratan en moneda extranjera, pero esa conclusión es apresurada e implica soslayar que por obvias razones las transacciones de importancia se pactan en moneda extranjera.

Sabido es que casi todas las operaciones comerciales de envergadura —o aquellas que sin ser de magnitud ven sus prestaciones diferidas en el tiempo— suelen pactarse en moneda extranjera. También son conocidas las causas que han provocado y arraigado esta costumbre de tomar como referencia el dólar estadounidense: una inflación galopante y la constante pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional.

Inútil es apelar a sentimentalismos y a posturas ideológicas o nacionalistas. Éstas nada tienen que ver con la cuestión de fondo. Toda persona lógica y previsora pretende preservar el valor de su propiedad y en ese afán es razonable que tienda a aferrarse a una moneda duradera y estable.

Quien vende un inmueble —para adquirir con el producto de la venta otro inmueble diferente, por ejemplo— previsiblemente querrá que el precio de venta le sea pagado en moneda extranjera. De lo contrario, al momento de tener que pagar el precio de su operación de compra inmobiliaria corre el albur de ver depreciado sensiblemente el poder adquisitivo de su dinero.

Ejemplos como el de más arriba pueden replicarse hasta el cansancio.

Esta situación cobra enorme relevancia con la entrada en vigencia del nuevo CCyC, cuyo artículo 765 genera incertidumbre y plantea incógnitas sobre la forma en la que se interpretará y se aplicará.

A esta cuestión dedicaremos el siguiente apartado.

#### **IV. El artículo 765 del Código Civil y Comercial. Importancia de su interpretación correcta**

El artículo 765 dispone:

"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."

Esta norma modifica drásticamente el régimen de las obligaciones en moneda extranjera que regía desde la

Ley de Convertibilidad, conforme al cual el deudor de una obligación de dar moneda extranjera sólo cumplía con su obligación entregando la cantidad comprometida de la especie designada (art. 619 del Código Civil).

La Comisión de Reformas que elaboró el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial propuso mantener inalterado dicho régimen, pero el Poder Ejecutivo Nacional introdujo el cambio arriba mencionado, y así fue finalmente aprobado por el Congreso de la Nación.

Dada la actualidad y la importancia del tema, causa preocupación la forma en la que se interpretará el artículo 765 del Código Civil y Comercial a partir del 1° de agosto de 2015.

¿Implica la norma en cuestión una nueva pesificación forzosa de las obligaciones pactadas en moneda extranjera?

Afortunadamente ya se han alzado voces —o plumas para ser más exactos— de autorizada y prestigiosa doctrina que se enrola en la interpretación correcta y razonable de la norma.

En esta línea se ha sostenido que el artículo 765 introduce el derecho de sustitución del deudor para las obligaciones en moneda extranjera. Ese derecho le permite al deudor reemplazar su obligación de dar moneda extranjera por la de dar moneda de curso legal, pero siendo dicha norma supletoria, no existiría ninguna restricción para que las partes voluntariamente dejen de lado su aplicación (6).

Es importante tener en cuenta que la norma aquí analizada no prevé expresamente cuál es el tipo de cambio que hay que tomar en cuenta para realizar la conversión a la moneda nacional a la que está facultado —no obligado— el deudor de una obligación de dar moneda extranjera.

La norma se limita a señalar que "... el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal."

Se dirá que la solución es evidente y que la norma sólo podría referirse al tipo de cambio "oficial", ya que jamás podría inferirse que la ley remite a un tipo de cambio "paralelo" o "informal", que es esencialmente ilegal.

Sin embargo, la realidad es que hoy en la Argentina conviven varios tipos de cambio diferentes, algunos de los cuales son plenamente legales y distan mucho de coincidir con el llamado tipo de cambio "oficial" (7).

Este es el caso por ejemplo del tipo de cambio del llamado "dólar tarjeta" que surge fácilmente de la realización de una operación aritmética consistente en sumarle al tipo de cambio oficial la carga de la retención impuesta por la AFIP para las compras con tarjetas realizadas en el exterior (35% a la fecha), o del "dólar ahorro", que es la cotización a la cual la AFIP autoriza la venta —dosificada y con cuentagotas— de pequeñas cantidades de dólares a los ahorristas con ingresos declarados impositivamente.

También es el caso de la cotización del dólar derivada de las operaciones conocidas como "contado con liquidación". Esta cotización surge implícita de la operatoria con títulos públicos que coticen en moneda extranjera, sobre cuya validez y legalidad no caben ya más discusiones (8).

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que el artículo 765 faculte al deudor a cancelar la obligación en moneda extranjera mediante la entrega de moneda nacional no implica necesaria y forzosamente que esa conversión deba realizarse al tipo de cambio oficial. No sólo eso no está previsto en la norma en cuestión, sino que además sería a todas luces arbitrario y confiscatorio de los derechos del acreedor (9).

En virtud de lo expuesto, no existe impedimento para que las partes voluntariamente escojan cuál va a ser el tipo de cambio a tomar en cuenta para realizar la conversión a la moneda de curso legal, que es finalmente la que se utilizará para extinguir la obligación.

En este sentido, es importante diferenciar claramente la imposibilidad fáctica que existe hoy en día para adquirir moneda extranjera —debido a las restricciones del cepo cambiario— de la posibilidad que existe de pagar las obligaciones en moneda extranjera utilizando la moneda nacional, pero calculada a un tipo de cambio real y que refleje verdaderamente el valor de la moneda extranjera pactada voluntariamente al contraer la obligación.

Resultaría absolutamente forzado y dogmático sostener que una convención de esa naturaleza es violatoria del "orden público". Este último en nada se ve involucrado cuando dos personas con similar poder de negociación y sin que existan vicios del consentimiento pactan un determinado mecanismo para cancelar una obligación en moneda extranjera.

El pago se realizará en moneda de curso legal, pero a un tipo de cambio que permita al acreedor mantener el poder adquisitivo de su crédito, sobre la base de variables económicas reales y transparentes, y no artificiales y meramente hipotéticas (un tipo de cambio se vuelve hipotético si la mayor parte de los agentes económicos tienen vedado el acceso a dicha moneda a ese tipo de cambio).

Huelga aclarar que cuando la aplicación de los intereses pactados configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor y torne desproporcionada la pena, siempre se podrá solicitar su reducción judicial.

## **V. La facultad judicial de morigerar los intereses en el nuevo CCyC**

El segundo párrafo del artículo 656 del Código Civil es replicado prácticamente sin modificaciones en el

artículo 794 del CCyC, por lo que dicha facultad se encuentra plenamente vigente en el nuevo ordenamiento jurídico que rige a partir del 1° de agosto de 2015.

## VI. Conclusión

La facultad judicial de morigerar los intereses derivados de una obligación contractual puede ser ejercida cuando lo pactado por las partes configure en la práctica un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, habida cuenta del valor de las prestaciones y de las demás circunstancias del caso, analizadas en forma individual y sobre la base de criterios provisionales.

Teniendo en cuenta la actual situación del mercado cambiario y financiero, una tasa de intereses del 8% nominal anual en dólares luce como razonable y justa.

El nuevo CCyC mantiene en su artículo 794 la facultad de reducir judicialmente los intereses en forma idéntica a la que estaba prevista en el segundo párrafo del artículo 656 del Código Civil.

Dada su actual volatilidad y permanente fluctuación, el ámbito de las obligaciones de pago en moneda extranjera constituye un terreno propicio para la aplicación del instituto.

Resulta sumamente importante que el artículo 765 del CCyC sea interpretado y aplicado en forma correcta, ahorrándoles a los agentes económicos y jurídicos las nefastas consecuencias de una conversión forzosa de obligaciones a valores irreales y artificiales, que tanto daño ha causado en un pasado no muy lejano.

(1) Conforme lo previsto en la Ley 27.077, el nuevo Código Civil y Comercial entró en vigencia el 01° de agosto de 2015. Cabe destacar que el fallo fue dictado en julio de 2015, con lo cual la cuestión fue resuelta mediante la aplicación del antiguo Código Civil.

(2) Esta reforma brindó a los magistrados otras facultades de similar tenor, contenidas en los artículos 522, 622, 666 bis, 1069 del Código Civil, entre otras.

(3) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, pág. 444 y sig. Sobre el carácter compulsivo de la cláusula penal se ha sostenido que "...es indudable que por medio de ella, y sobre todo si asciende a un elevado importe, se ejerce sobre la voluntad del deudor una presión psicológica decisiva, inclinándola hacia el cumplimiento de la prestación." CAZEAUX, Pedro N.-TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las Obligaciones, La Ley, 4ª edición aumentada y actualizada por José M. CAZEAUX, p. 430.

(4) La cláusula penal puede estipularse respecto de cualquier tipo de obligación y a su vez la prestación contenida en la propia cláusula penal puede consistir en cualquier tipo de obligación, siempre que sea legal en los términos previstos en el artículo 953 del Código Civil. ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, p. 307. El artículo 725 del CCyC prevé al respecto que "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor."

(5)  $US\$100.000 \times \$11,50 = \$1.150.000$ . Los US\$100.000 a \$15 equivalen a \$1.500.000, por lo que si se restan los \$1.150.000 se llega a la diferencia de \$350.000 (que a \$15 equivalen a US\$23.333).

(6) BOMCHIL, Máximo, "Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas", La Ley, 06 de Julio de 2015.

(7) Al momento de escribirse este artículo, la brecha entre el tipo de cambio oficial y el tipo de cambio implícito en la operatoria de contado con liquidación supera el 50%.

(8) Así lo resolvió recientemente la Cámara Nacional en lo Penal Económico en el fallo "BBVA Banco Francés D.T.L.; E.J.A.; C.C.A. y Otros s/ infracción ley 24.144" de fecha 11/03/2015, publicado en La Ley del 04/05/2015 con comentario de Marcos MAZZINGHI "Compraventa simultánea de títulos valores ("contado con liquidación"). Respaldo a su legalidad" y de Marcelo TAVARONE "Contado con liquidación y ley penal en blanco". La Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló tácitamente la legalidad de esta operatoria, rechazando por aplicación del artículo 280 del CPCCN el recurso extraordinario federal interpuesto contra la citada sentencia.

(9) Al menos en este momento, en que la cotización real de la moneda extranjera es un 63% superior a la cotización denominada "oficial".