

“OBLIGACIONES EN DOLARES Y OPERACIONES CON MONEDA EXTRANJERA. SITUACION LEGAL DE LOS CONTRATANTES Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO”.

Por

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

(ABSTRACT: En este trabajo se sostiene que si bien en el sistema vigente las obligaciones en moneda extranjera solo pueden cumplirse entregando dicha moneda, cuando el incumplimiento deriva de las restricciones cambiarias el deudor podría invocar la “fuerza mayor” pagando la deuda en dólares en pesos al cambio oficial, cambio que también se aplicaría si se ejecuta la deuda en dólares pero en el remate solo se obtienen pesos. En tal supuesto, quedaría habilitada una acción del acreedor contra el Estado fundada en la inconstitucionalidad de las restricciones cambiarias. Como prevención, se proponen diversas cláusulas alternativas para incorporar a los contratos en dólares, como así medios lícitos para adquirir las divisas y formalizar cumplimientos voluntarios).

1.-LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.

En su redacción original, el Código Civil disponía en el art. 617 “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”, en norma que se complementaba con el art. 619 del mismo código.

O sea, las monedas extranjeras eran cosas y, en caso de incumplimiento de entrega, daba éste lugar a daños y perjuicios.

Estos daños consistían en la obligación de abonar el equivalente en moneda nacional de curso legal al vencimiento de la obligación¹.

En cambio, si eran obligaciones en moneda nacional, el incumplimiento generaba intereses.

A partir del año 1991, con la ley de convertibilidad (ley 23.928), los artículos quedaron redactados de la siguiente manera: Art. 617: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Art. 619: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

En este esquema legal, que es el vigente, se asimila la moneda extranjera a la suma de dinero y ya no se trata de una cláusula estabilizadora, como antes, sino una verdadera obligación de dar dinero².

¹ Salerno, Javier Jose y Gesuiti, Juan Manuel “Normas cambiarias”, LL 2013-A-671.

² Trigo Represas, Felix A. “Las obligaciones en moneda extranjera antes y después de la pesificación”, en la obra colectiva “Obligaciones en Pesos y en Dólares”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., Sta.Fe, 2003, pag.43.

Vale decir que la moneda extranjera es una suma de dinero que tiene poder cancelatorio, aunque sin curso legal, forzoso y obligatorio.

Complementariamente, la ley 23.928 en sus arts. 7º y 10, prohibió cualquier tipo de indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o repotenciación de deudas haya o no mora del deudor y estableció que serían inaplicables las disposiciones que la contravinieren.

Luego de la crisis 2001/2002, la ley de emergencia productiva y cambiaria 25.561 dio por terminada la convertibilidad pero ratificó la vigencia de lo dispuesto por los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 que prohibían y siguen prohibiendo la actualización o indexación monetaria.

No obstante, la contratación en dólares luego de la pesificación ha quedado acotada por las restricciones para la apertura de cuentas corrientes bancarias en dólares, lo que ha llevado a que la exigencia fiscal de bancarizar los pagos superiores a un mil pesos no deba considerarse vigente en materia de obligaciones en dólares o en otra moneda extranjera³.

Recientemente, el tema fue considerado en el art. 765 del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado, donde se pasó de una redacción original similar a la del año 1991, a un nuevo texto del art. 765, introducido por el Poder Ejecutivo Nacional, estableciendo que si "...se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial", volviendo al sistema original del código civil⁴.

En definitiva, y no habiendo sido sancionado el referido proyecto de Código Unificado, el sistema legal vigente es el introducido por la ley 23.928 al Código Civil y, en consecuencia, hoy en nuestro país existe un sistema dualista por el cuál, además de la moneda nacional existe la moneda extranjera que tiene naturaleza legal de suma de dinero con poder cancelatorio por sí misma, aunque sin curso legal, forzoso ni obligatorio⁵.

O sea que la única forma para que el deudor cumpla la obligación de pago asumida en moneda extranjera en el contrato es con su entrega, sea dólares u otra la moneda foránea pactada⁶, limitándose las consecuencias de la mora a la aplicación de intereses sin que corresponda, en principio, mayor resarcimiento (art. 622 del código civil).

³ Trigo Represas, Felix A. , op.cít., pag. 64.

⁴ Canna Bórrega, Silvia Amelia "Obligaciones dinerarias (arts. 765 y 766 del proyecto de la comisión redactora) y la sustitución por el art. 765 redactado por el Poder Ejecutivo Nacional. Análisis del régimen propuesto por ambas partes. Viabilidad, consecuencias y comentarios" en El Derecho 251, 1º-2-13, nro.13.173, año LI, pag.1; Mozzi, German D. "Algunas reflexiones sobre la llamada "nueva pesificación" de los contratos en Argentina", Errepar, DSE, Suplemento Especial, "Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial", 2013.

⁵ C.N.Civil, Sala E, 30-5-2013, "Rzepnikowski, Lucía y otro c/Masri, David y otro s/ejecución hipotecaria", LL 7-10-13, pag.8 con comentario de Bilvao Aranda, Facundo M. "Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas".

⁶ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina "Los contratos inmobiliarios en moneda extranjera, restricciones cambiarias e imprevisión", LL 2013-E, 9-9-2013, pag.1.

No existe distinta posibilidad para el obligado de dar otra moneda, salvo que el contrato la prevea o, en su defecto, que el acreedor la admita.

2.-LAS ACTUALES RESTRICCIONES CAMBIARIAS.

A partir de Octubre de 2011 el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), dictaron diversas normativas⁷ que establecieron un sistema de consulta y registro de operaciones cambiarias con el fin de evaluar la situación fiscal, económica y financiera de los adquirentes de moneda extranjera.

Posteriormente, dicho régimen de consultas se transformó en un régimen de restricciones a la adquisición de moneda extranjera para cancelar obligaciones, efectuar transferencias y realizar viajes al exterior⁸.

Finalmente, en el mes de julio de 2012, la Comunicación "A" 5318 del BCRA (5-7-12), suspendió la vigencia de la "A" 5326 del 27-10-11 que permitía la adquisición para varios conceptos, con lo que quedó suspendida la posibilidad de adquirir moneda extranjera para su mera tenencia, lo que configuró una situación comúnmente denominada como "cepo cambiario", vigente al día de este trabajo.

De todos modos las restricciones rigen en la práctica y, hoy por hoy, no se pueden adquirir dólares para cancelar deudas.

3. ALTERNATIVAS CONTRACTUALES AL PAGO EN BILLETES.

3.1.-CONCEPTO Y VALIDEZ.

Frente a las restricciones vigentes o posibles al momento de contratar, las partes gozan de la libertad de establecer formas alternativas de cumplir la obligación en moneda extranjera, las que poseen plena validez.

Al respecto la jurisprudencia ha establecido que "Ante las resoluciones de la AFIP y del BCRA que limitan la adquisición de moneda extranjera, quienes celebraron un mutuo hipotecario en dólares estadounidenses deben ceñirse a las previsiones contractuales en las que se contemplaron el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran la adquisición de la divisa, previendo para tal caso otros mecanismos para calcular la paridad y efectuar el pago debido; máximo si no se acreditó que fuera imposible el cálculo de la cantidad adeudada conforme a ellas"⁹

3.2.-DIVERSAS CLÁUSULAS.

Resulta posible y de buena práctica que el contrato consigne, además del pago en dólares billete, una cláusula que confiera, como alternativa ante una restricción cambiaria, la obligación del deudor a favor del acreedor de abonar la deuda en

⁷ Comunicación "A" 5326 BCRA del 27-10-11. RG AFIP 3210/2011 del 29-10-11 y Comunicación "A" 5239 BCRA del 28-10-11.

⁸ RG AFIP 3212/11, 3252/12, 3276/12, 3333/12, 3378/12 Y 3375/12 y Comunicaciones BCRA "A" 5240, 5242, 5245, 5236, 5241, 5261, 5264, 5295 y 5314.

⁹ C.N.Civ., Sala E, 12-4-13 "Torrado, Norberto L. c/Popow, Alexis", JA 2013-III, fascículo n.7 pag.41; C.N.Civil, Sala E, 30-5-2013, "Rzepnikowski, Lucía y otro c/Masri, David y otro s/ejecución hipotecaria", LL 7-10-13, pag.8 con comentario de Bilvao Aranda, Facundo M. "Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas".

pesos al cambio del mercado de una plaza extranjera (vgr. Montevideo, Uruguay o Nueva York, U.S.A.).

Otra opción válida y usual es la de entregar bonos u otros títulos que, negociados en las plazas de Nueva York o Montevideo, produzcan neto la cantidad de dólares billetes correspondientes al pago.

En el punto, téngase en cuenta que una cláusula que obligase al deudor a adquirir bonos en moneda extranjera para venderlos en el exterior y transferir las divisas al país a los efectos del pago de la obligación en moneda extranjera no sería operativa ya que toda transferencia recibida desde el exterior por el mercado bancario se transforma imperativamente en moneda nacional conforme con el cambio oficial.

4.-OPERACIONES PARA LA ADQUISICIÓN DE DOLARES POR EL DEUDOR QUE QUIERE CUMPLIR.

Un tema muy interesante se presenta cuando existe la obligación de entregar moneda extranjera, el deudor no posee ni ha declarado poseer los billetes y no se ha previsto alternativa contractual alguna frente a la imposibilidad de adquirirlos en el mercado cambiario en virtud del “cepo”.

Como regla, el deudor no puede ser compelido a acudir a medios “alternativos” porque esa no fue su obligación asumida.

No obstante, si por diversas razones (mantener el crédito, evitar el conflicto, etc.), desea pagar en la moneda extranjera aparecen en el mercado algunos medios “alternativos” para adquirir los dólares y cumplir con lo pactado, como son los siguientes:

4.1.-COMPRA DE DOLARES EN EL MERCADO NO OFICIAL.

Al respecto, la primera alternativa estaría dada por la adquisición de la moneda extranjera, al precio determinado por la libre oferta y demanda, en el denominado mercado “paralelo” o “blue” dentro del país.

Sin embargo, dicha alternativa debe descartarse de plano por tratarse de una conducta que configura un ilícito penal.

En efecto, conforme con el art. 1º de la ley 19.359 (“Régimen penal cambiario”), están sancionadas “toda negociación de cambio” donde no intervenga una institución autorizada (inciso a), y “toda operación de cambio” que no se realice en las condiciones establecidas por las normas en vigor (inciso e).

En el punto, la operación de cambio¹⁰ no solo se refiere a la compra y venta de divisas con un intermediario profesional sino que también comprende a la compra

¹⁰ El concepto de “negociación de cambio” de la ley penal cambiaria coincide con el concepto de “operación de cambio” del art. 8º inc. 3º del código de comercio, que se refiere a la compra y venta de moneda nacional o extranjera, donde se distingue el cambio “manual”, que es el trueque de una moneda por otra, del “trayecticio”, que implica la entrega de la otra moneda en otro lugar, y donde no interesa ni el fin de lucro ni la calidad de las partes.

venta entre particulares¹¹ en tanto los bienes jurídicos protegidos por la norma penal son el valor de la moneda y el contralor del régimen de cambios.

Ahora bien, como la ley penal cambiaria se refiere solo a operaciones dentro del territorio nacional, una opción válida consiste en adquirir dólares contra pesos en bancos y agencias de cambio oficiales de países limítrofes (vgr. Uruguay), en operaciones regulares al valor de mercado, pero con los costos adicionales del traslado personal y con la limitación de que solo se pueden ingresar al país la suma de u\$s 10.000 por viaje.

4.2.-COBRO EN DOLARES POR LA VENTA DE BIENES Y SERVICIOS Y OPERACIONES CON TARJETA DE CRÉDITO.

A diferencia de los operaciones de cambio de pesos por moneda extranjera, que están prohibidas en el país aún entre particulares, es perfectamente lícito establecer como precio de una compraventa o locación o de un servicio, una suma a abonar en moneda extranjera, lo que se ajusta a lo establecido por los arts. 617 y 619 del código civil ya citados.

Sin embargo, a los efectos fiscales, si se trata de un contribuyente sometido a facturación electrónica, el aplicativo de la AFIP no admite los dólares y la factura deberá hacerse en pesos indicando el tipo de cambio utilizado¹².

Por otra parte, si el comprador o beneficiario de los servicios transfiere en pago divisas desde el exterior, las mismas se convertirán a pesos al cambio oficial conforme normativa vigente del Banco Central.

En cuanto a la situación inversa, cabe recordar aquí que existe un mecanismo para hacer compras de bienes y servicios en dólares pagando en pesos que consiste en utilizar tarjetas de crédito para su cancelación, las que en caso de utilizarse en el exterior solo pueden ascender a la suma de u\$s 100 por día y tienen un recargo en concepto de adelanto del impuesto a las ganancias y del impuesto a los bienes personales que hoy es del 20%, que también se aplica a las extracciones de moneda extranjera por cajeros automáticos en el exterior¹³

4.3.-OPERACIÓN DE “CONTADO CON LIQUIDACIÓN”.

En segundo lugar aparece la posibilidad de alguna operación de las denominadas “contado con liquidación” o “blue chip market”¹⁴.

Es una operatoria que a través de la adquisición en pesos de bonos emitidos en moneda extranjera y su posterior liquidación (sea en el mercado local o en el extranjero), permite hacerse de dólares billetes en base a una compra en pesos, con un costo operativo y un tiempo mínimo entre la compra y la venta.

¹¹ “Incorre en el delito de negociación de cambio sin intervención de un operador autorizado -art. 1 inc. a ley 19359- la jubilada que vendió U\$S 200 a un particular en la vía pública”. CNPE, Sala A, “Murillo, Hortensia E. y otro”, 15 de diciembre de 2004.

¹² El Anexo II de la Resolución General (AFIP) 1415, en su punto A.III.d), aclara que: “En los casos de operaciones realizadas en moneda extranjera, se consignará en el comprobante que se emita el tipo de cambio utilizado”. -

¹³ Resolución 3450/2013 de la AFIP.

¹⁴ Saravia Frías, Bernardo y Mazzinghi, Marcos “Transferencia de divisas al exterior con títulos”, LL 18-3-2013,pag.6.

Se trata de una operatoria no prohibida y, por ende, lícita (art. 19 C.N.), no regulada expresamente, salvo disposiciones tangenciales¹⁵, que dio lugar a un fallo de la Cámara Penal Económico donde se declaró la nulidad de una sentencia condenatoria de primera instancia por considerarse que las operaciones de compraventa de títulos públicos realizadas por un banco “no eran operaciones de cambio”¹⁶.

Otra operación de compra de bonos en pesos para obtener dólares consiste en la adquisición de bonos en moneda extranjera próximos a vencer y el cobro, al vencimiento, de la amortización en dólares billetes.

4.4.-COMPRA Y ENTREGA DE “CEDINES”.

Otra posibilidad es la compra por el deudor en el mercado de “Cedines” para su entrega al acreedor en pago de su obligación en dólares.

Se trata de instrumentos financieros denominados “Certificados de Depósito para Inversión” (CEDIN), creados a partir de la ley 26.860 y sus reglamentaciones¹⁷, con objeto de llevar a cabo inversiones productivas en sectores y áreas estratégicas del país¹⁸.

Se parte de una exteriorización voluntaria de tenencias de moneda extranjera en el país y en el exterior no declaradas al 30-4-13, las que deben ser depositadas en instituciones bancarias sin quedar sujetas a ningún impuesto, con beneficios fiscales y exentos de acciones de acciones civiles y penales.

A cambio de ese depósito el Banco Central emite un “Certificado de Depósito de Inversión” (CEDIN), que es en dólares, nominativo y endosable, con la función de cancelar obligaciones de dar sumas de dinero en dólares, pudiéndose aplicar a inversiones inmobiliarias y/o de construcción.

El Cedin no devenga interés ni tiene fecha de vencimiento y será cancelado en dólares por el BCRA o la institución que éste indique, luego de su presentación y previa acreditación de su aplicación a la compraventa, construcción o refacción de inmuebles.

Si bien los “cedines” no son sumas de dinero sino obligaciones de entregar dinero contraídas por un tercero¹⁹, el deudor puede pagar con ellos y el acreedor está obligado a recibirlos cuando se trata de una operación inmobiliaria de las previstas por la normativa y en los términos del art. 2º de la ley 26.860.

¹⁵ La Comunicación A 4568 del BCRA y la Resolución 538 de la CNV, dictadas en el año 2008, requieren que los agentes deban mantener los títulos valores en cartera por al menos 72 horas hábiles computadas retroactivamente desde la fecha de liquidación de la operación de venta o, en su defecto, pedir autorización previa al BCRA.

¹⁶ C.N.Penal Económico, Sala B, 21-12-2012, “BBVA Banco Frances S.A. y otros s/Infracción ley 24.144”, LL 26-2-2013, pag.3 con comentario de Salaber, Ramiro y Becerra, Federico “El contado con liquidación y la ley penal cambiaria”.

¹⁷ Dec.642/2013, RG 3.509 de la AFIP, RG 256 del Ministerio de Economía, Comunicaciones BCRA A 5437, A 5438 y A 5447.

¹⁸ Camerini, Marcelo “La ley de blanqueo, ¿un camino al trimonetarismo”, Errepar, DSE, tomo XXV, nro.308, julio 2013, pag.739.

¹⁹ Giovenco, Arturo C. “A propósito del llamado plan de exteriorización voluntaria de moneda extranjera”, JA 2013-III, fasc.9, pag.7.

Tal obligación no rige en los otros casos²⁰, sin perjuicio de la posibilidad de aceptarlos por el acreedor para una transferencia posterior.

4.5.-CONTABILIZACIÓN DE LAS OPERACIONES EN DÓLARES.

Existen varias disposiciones y principios con relación al modo de registrar las operaciones en dólares o en otra divisa, sea por tenencia de moneda extranjera, por créditos o por deudas en dicha moneda, en la contabilidad del ente, a saber:

a.-Registración en moneda nacional.

En cumplimiento del principio de “uniformidad” de la información (conf. art. 51 del código de comercio).

b.-Especificación del tipo de cambio utilizado.

Al respecto, la RT 17 FACPCE establece lo siguiente:

4.5.9. Otros pasivos en moneda: “...En los casos de cuentas a ser pagadas en moneda extranjera o en su equivalente en moneda argentina, sus importes se convertirán a moneda argentina al tipo de cambio de la fecha de la transacción. Se admitirá que el descuento de las sumas a pagar, se efectúe únicamente sobre los saldos de estos pasivos a la fecha de los estados contables”.

Como se advierte, la Resolución habla de convertir a moneda argentina pero no dice que debe ser al cambio oficial.

c) Elaboración de un cuadro específico sobre moneda extranjera.

Por su parte, la ley 19.550, en su art. 65, inc. 2, letra f, dispone que el activo y pasivo en moneda extranjera deberá consignarse en un cuadro detallando: las cuentas del balance, el monto y la clase de moneda extranjera, el cambio vigente o el contratado a la fecha de cierre, el monto resultante en moneda argentina, el importe contabilizado y la diferencia si existiera, con indicación el respectivo tratamiento contable.

d) Inserción de una nota con información sobre cláusulas de pago al cambio no oficial., Si existe una cláusula en el contrato que diga que si no se pueden comprar los dólares se va a pagar a pesos según cotización en el exterior, la misma debería constar en una nota al balance. Al respecto, la Norma A1 del Capítulo VII de la RT 8 establece lo siguiente: La información complementaria, que forma parte integrante de los estados básicos, debe contener todo los datos que, siendo necesarios para la adecuada comprensión de la situación patrimonial y de los resultados del ente, no se encuentren expuestos en el cuerpo de dichos estados.

e) Impacto sobre el destino de los resultados. Finalmente, la existencia de obligaciones en moneda extranjera genera una contingencia cambiaria, por la eventual variación del precio de la divisas para una empresa que esté endeudada en dólares y tenga ingresos en pesos, lo que debe ser ponderado en la memoria y tenerse presente como fundamento para una reserva voluntaria en los términos del art. 70 in fine de la ley 19.550.-Por su parte, la apreciación de los activos por tenencia de moneda extranjera, en la medida en que pueda ser reconocida por la contabilidad, puede generar una ganancia no operativa que, como tal, exige prudencia para su distribución y ser ponderada al momento de retribuir a los administradores por su gestión.

²⁰ Es por ahora una cuasi moneda dada las limitaciones de uso. Ver Camerini, Marcelo, op.cít., pag.748.

5.-INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ENTREGAR MONEDA EXTRANJERA.

Bajo alguna de las alternativas referidas en los puntos precedentes, el deudor entregará la moneda extranjera prometida o la alternativa pactada y, por ende, habrá cumplido su obligación.

Ahora bien, si no hay obligación alternativa en pesos y el deudor no entrega la moneda extranjera, siendo una obligación de dar cantidades de cosas, no podrá cumplir entregando moneda nacional a ningún cambio, salvo que el acreedor lo acepte.

En consecuencia, corresponderá tener por no cumplida su obligación con los efectos señalados por el código civil en su art.505: forzar al deudor a cumplir (ver cap.7), lograr el cumplimiento por otro a costa del deudor (ver cap.8.4) u obtener las indemnizaciones correspondientes (intereses, por ser sumas de dinero, art. 622 del código civil).

A ello se suma, en el caso de que la obligación corresponda a un contrato con prestaciones recíprocas pendientes, la posibilidad del acreedor de resolver el contrato por incumplimiento (art. 1204 del código civil y 216 del código de comercio), poniéndole fin y reclamando, en su caso, la restitución de la cosa sobre la que versara (compraventa, locación, etc.), más los daños y perjuicios.

6.-POSIBLES PLANTEOS LEGALES DE LAS PARTES.

Ante la imposibilidad de hacer entrega de la moneda extranjera, el deudor podría articular algunas defensas legales lo que podría dar lugar al acreedor a plantear las propias, conforme con lo siguiente:

6.1.-LA FUERZA MAYOR.

Se configura la “fuerza mayor” cuando el incumplimiento deriva de un hecho que pudo ser previsto pero no evitado, que es sobreviniente, ajeno al deudor, actual y que hace imposible el cumplimiento (arts. 513 y 514 código civil), como ocurre con las normas dictadas por el Estado calificadas como “hecho de príncipe” de las que resultara una imposibilidad legal de cumplir²¹.

En el caso, las restricciones cambiarias, que de hecho importan la imposibilidad legal de adquirir dólares en el mercado oficial mediante operaciones de cambio no sancionadas por la ley penal cambiaria (ver supra cap.4), si bien no ponen a la divisa “fuera del comercio”, configuran un supuesto de fuerza mayor.

Al respecto, en un fallo que rechazó una medida cautelar contra el Estado en una acción de amparo (ver cap.8.3), se entendió que la imposibilidad de cancelar un saldo hipotecario en dólares no constituía en mora al deudor al estar su conducta cubierta por la fuerza mayor derivada de los actos del poder público, por lo que no había peligro en la demora²².

²¹ Trigo Represas-Compagnucci de Caso “Código Civil Comentado”, Obligaciones, tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pag.174; Belluscio-Zannoni “Codigo Civil y leyes complementarias”, tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As., 2008, pag.668.

²² C.Fed.Gral.Roca, 5-7-12 “M., C.M. c/Adm.Gral. de Ingresos Públicos y otros” J.A. 8-8-12 – JA 2012-III, fasc.6 pag.68.

Y si bien se registra un caso que negó al deudor, que invocaba la imposibilidad de adquirir divisas, la posibilidad de pagar en pesos al cambio oficial una obligación en dólares²³, corresponde destacar que en el mismo no se había invocado fuerza mayor y, además, la mora era anterior a la restricción cambiaria por lo que ésta no podía ser válidamente considerada ya que la fuerza mayor no opera cuando media mora del deudor anterior al hecho.

En cuanto a las consecuencias de la fuerza mayor, implicando la imposibilidad legal de adquirir los dólares al cambio oficial "imposibilidad" de cumplir la obligación, queda extinguida la deuda en moneda extranjera (art.888 del código civil) pero con la obligación del deudor de restituir lo que hubiera recibido a cambio (art. 895 del código civil)²⁴, planteándose la situación de que si lo que recibió en su momento el deudor fueron dólares y no tiene los dólares para restituir por haberlos consumido, también habría imposibilidad de restituir.

En tal situación, en el fallo "Micheloni" se autorizó al deudor, ante la fuerza mayor, a pagar en pesos según la cotización del Banco Nación²⁵.

Para alguna doctrina, en tal caso, la parte afectada podría pedir la resolución y la otra parte podría impedirla ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato²⁶.

Cabe recordar que la fuerza mayor también podría renunciarse expresamente al asumir la obligación o fijarse un tope de variación²⁷.

6.2.-LA IMPREVISIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

Si obtener los fondos para abonar en la moneda extranjera (cap.4) o si acudir a alguna alternativa pactada (cap.3), pudiera haber tornado excesivamente onerosa la obligación del deudor, desnaturalizando el contrato original, y se tratase de un contrato bilateral conmutativo, unilateral oneroso o conmutativo de ejecución diferida o continuada, podría comenzar a jugar la imprevisión prevista por el art. 1198, segunda parte, del código civil como elemento reparador del sinalagma contractual²⁸.

Al respecto, alguna doctrina²⁹ considera que, a pesar de la falta contractual de alternativas para pagar en moneda distinta al dólar, la parte que se considere afectada puede intimar a la co-contratante la adecuación del contrato instaurando

²³ C.N.Civil, Sala J, 16-8-13 "B., L. C. c/G., J.J. J. s/Ejecución de convenio".

²⁴ Conf. Rezzonico, Luis María "Estudio de las Obligaciones", 9ª Ed. Vol.2, Ed. Depalma, Bs.As. 1966, pag.1086 y stes.

²⁵ C.Civ.Com. de Pergamino, 6-3-2013, "Micheloni, Alberto c/Alvarez, Gustavo Jose s/cobro ejecutivo" (Expte.1511/2012), citado por Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.IV.

²⁶ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.IV.

²⁷ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.III.

²⁸ Pirovano, Pablo A. "Obligación en moneda extranjera frente a la ruptura del sinalagma contractual como consecuencia de la conducta del Estado Nacional", ED t.249, 30 de agosto de 2012, pag.1; Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.IX.b).

²⁹ Bilvao Aranda, Facundo M. "Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas", LL 7-10-13, pag.10.

la denominada “acción autónoma de reajuste de contrato”³⁰, pudiendo incluso invocar la resolución por frustración del fin del contrato³¹.

En todos los casos, la viabilidad de la acción depende de una situación de hecho a considerar en cada caso, de la que resulte la excesiva onerosidad sobreviniente y su imprevisión, lo que depende del momento de la contratación y de lo acontecido posteriormente hasta el vencimiento de la obligación.

Sin embargo, la posibilidad de pedir la aplicación de la imprevisión no existe si se declaró tener los dólares al momento de la celebración del contrato, lo que no podría ocurrir en el caso de mutuo en dólares dado el carácter consumible del préstamo.

Finalmente, téngase en cuenta que la imprevisión no es de orden público y, por ende, puede renunciarse expresamente a su futura articulación³².

6.3.- EL ESFUERZO COMPARTIDO.

Alguna doctrina considera que podría pedirse el reajuste del contrato conforme con las pautas del “esfuerzo compartido” previsto en su momento por la ley 25.561 y Dec.324 y 320/2002 en el caso que se hubiera pactado alguna referencia a la cotización del dólar en diversos mercados, pero no si no se hubiera hecho eso³³.

6.4.-CONCURSO O QUIEBRA DEL DEUDOR.

El deudor podría no pagar en dólares si, encontrándose en cesación de pagos, acudiera a los procedimientos de concurso preventivo o de quiebra.

En caso de concurso preventivo del deudor, conforme con lo establecido por el art. 19 último párrafo de la ley 24.522, las deudas en moneda extranjera se calculan en moneda de curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto en el art.35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías.

El modo en que en definitiva se atiendan dichas obligaciones dependerá de la propuesta que sea aprobada al respecto (art. 55 LCQ).

O sea que la propuesta puede implicar una pesificación o una conversión a un cambio igual o distinto al oficial, o el pago en billetes.

En caso de quiebra del deudor, los acreedores en moneda extranjera concurren por el valor de su crédito en moneda de curso legal calculada a la fecha de la quiebra o, si vencieran antes y a opción del acreedor, a esa fecha (art. 127 LCQ).

Vale decir que la quiebra importa la pesificación de la deuda al cambio oficial.

7.-LA EJECUCION SE SENTENCIA CONTRA EL DEUDOR INCUMPLIDOR.

7.1.-LA MONEDA DE LA EJECUCIÓN.

Si el juicio de cobro contra el deudor que no entregó los dólares concluye con una sentencia de condena, conforme con el código procesal civil y comercial, art. 520,

³⁰ Se cita a Tobías, Jose W – De Lorenzo, Miguel Federico “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del art. 1198 del código civil” en Suplemento especial LL “Revisión del contrato”, Ed. La Ley, Febrero 2003, pag.25 y stes.

³¹ Arts. 1522 y 1531 del código civil. Ver Gastaldi, Jose M. “Contratos”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994, pag.225; Rivera, Julio “La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión”, ED 179-64.

³² Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.III.

³³ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.III.

tercera parte, las condenas en moneda extranjera deben ser ejecutadas “por el equivalente en moneda nacional, según la cotización del banco oficial que corresponda al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago”.

Dicha norma debe entenderse modificada por la ley 23.928 y, en su mérito, considerar que el acreedor puede iniciar y proseguir la ejecución en dólares, inclusive trabar medidas cautelares en dicha moneda y obtener sentencia en ella³⁴.

O sea que el acreedor tiene la opción de ejecutar en pesos o hacerlo en moneda extranjera.

También es factible que los derechos reales de garantía hayan sido inscriptos en dólares en los registros respectivos³⁵

El problema se va a plantear al momento de cobrar. Si el acreedor embargó en dólares, remató en dólares y el adquirente depositó dólares, no habrá problema. Pero si la subasta se hizo en pesos y en la cuenta judicial hay solo pesos, deberá hacer una liquidación de los dólares adeudados a pesos utilizando la única pauta de conversión vigente: el cambio oficial³⁶.

Alguna particular doctrina sostiene que el acreedor podría, en esa instancia y siempre que el contrato no estuviera ya resuelto por incumplimiento, plantear la resolución del contrato por imprevisión contractual y forzar al deudor a que ofrezca un reajuste equitativo de las prestaciones³⁷.

7.2.-LA TASA DE INTERES

Cuando no existe tasa pactada, la tendencia en los fallos que han admitido la conversión de la deuda en dólares a deuda en pesos al cambio libre por aplicación de pactos expresos al respecto, han reducido la tasa de interés al 4%³⁸.

8.-LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

8.1.-LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS.

Si bien no cabe negar las facultades del Estado en materia cambiaria, las restricciones aludidas en el cap.2 y actualmente vigentes generar reparos en cuanto a su legalidad.

Al respecto, prestigiosa doctrina considera inconstitucionales a las apuntadas restricciones cambiarias sosteniendo que, conforme lo establece el art. 76 de la Constitución Nacional, la delegación legislativa se encuentra prohibida y solo se admite en materias determinadas de administración y emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de delegación que establezca el Congreso.

³⁴ Fenochietto, Carlos Eduardo “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, tomo 3, 2ª Ed. Ed. Astrea, Bs.As., 2001, pag. 12; Arazi, Roland y Rojas, Jorge A. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, 2ª Ed. Actualizada, tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Santa Fe, pag. 788, y jurisprudencia allí citada.

³⁵ Trigo Represas, Felix, op. cit. Pag. 44.

³⁶ Pirovano, Pablo A., op.cit.

³⁷ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cit. cap.IV.

³⁸ C.N.Civil, Sala E, 30-5-2013, “Rzepnikowski, Lucía y otro c/Masri, David y otro s/ejecución hipotecaria”, LL 7-10-13, pag.8 con comentario de Bilbao Aranda, Facundo M. “Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas”.

Si bien la ley 25.561 estableció una delegación amplia, incluyendo el reordenamiento del mercado de cambios, y la emergencia pública fue prorrogada anualmente venciendo la próxima el 31-12-13 (ley 26.729), al tornarse la situación excepcional de plazo indeterminado se incumple con el art. 76 de la Constitución Nacional citado.

Además, ninguna de las normas derivan de una ley y ni siquiera de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional sino de disposiciones del Banco Central y de la Administración Federal de Ingresos Públicos, y ninguna hace referencia a una situación de excepción que justifique la modificación del régimen cambiario.

En definitiva, se afirma que no hubo delegación legislativa concreta para el dictado de normas de restricción cambiaria por lo que ni el BCRA ni la AFIP pueden modificar el sistema del código civil³⁹.

8.2.-LOS JUICIOS DE AMPARO.

Además de los conflictos entre particulares, las restricciones al mercado cambiario han generado reclamaciones contra el Estado.

Es así que dieron lugar a la promoción de juicios de amparo para que la AFIP y el BCRA autoricen la adquisición de moneda extranjera para cancelar obligaciones contraídas mediante boletos de compraventa, préstamos hipotecarios o realizar viajes.

Los juicios de amparo aún no han recibido sentencias.

Por nuestra parte, consideramos viables tales acciones contra el Estado por los reproches constitucionales mencionados supra que compartimos.-

8.3.-LAS MEDIDAS CAUTELARES⁴⁰.

Por su parte, las medidas cautelares solicitadas en los juicios de amparo fueron resueltas por los tribunales y, en general, rechazadas por diversas razones de carácter procesal⁴¹, a saber: carácter innovativo, conocimiento restringido, identidad con la sentencia, posibilidad de reparación patrimonial posterior y

³⁹ Salerno-Gesuiti, op.cít. p. 672.

⁴⁰ La tendencia jurisprudencial de los últimos tiempos ha sido negatoria de las medidas cautelares en los amparos contra el Estado. Un ejemplo ha sido la negativa a ordenar la emisión de un certificado de importación en el caso "Color Living S.A. c/E.N.A. s/Amparo" (C.Fed.Córdoba, Sala B, 29-6-12, LL 13-9-12, criticado en el comentario de Santiago Deluca "Una interpretación judicial que contradice el código aduanero". De todos modos debe tenerse presente el impacto sobre la materia que produjo la reforma al régimen de las medidas cautelares contra el Estado introducida por la ley 26.854, más allá de sus cuestionamientos constitucionales.

⁴¹ Ver, entre otras: Un caso de pago de saldo de boleto de compraventa en dólares: C.N.Cont.Adm.Fed, sala IV, 6-9-12, "D., J.M. c/EN AFIP Resol.3210/11 s/amparo", ED 27-3-13; Un caso de compra de dólares para viajar y trasladar su residencia al exterior: C.Fed.La Plata, Sala I, 14-8-12 "L., V. c/AFIP y otro", JA 23-1-13 en JA 2013-I, fasc.4 pag.77 y LL 28-9-12; Un caso de compra de dólares para girar al exterior a los efectos de pagar un futuro master del hijo: Juz.Civil, Com. Y Cont. Adm. Fed. Nro.2, San Martín, 25-6-12, "N., G.M. y otro c/AFIP y BCRA s/amparo", El Derecho, 15-11-12, pag.7; Un caso de compra de dólares para viajar al extranjero: Juz.Civil, Com. Y Cont. Adm. Fed. Nro.2, San Martín, 8-6-12 "R., R.J.M. y otra c/AFIP y BCRA s/amparo", ED, 15-11-12, pag. 6; Un caso de compra de dólares para adquirir un inmueble: C.Fed. Mar del Plata, 5-10-2012 "A.E.A.y otra c/AFIP, LL 9-11-2012, pag.5, con comentario de Améndola, Manuel Alejandro "Revocan orden judicial de venderle moneda extranjera a un contribuyente".

presunción de legitimidad de los actos administrativos, o sea, que no fueron rechazadas por argumentos de fondo.

En algún caso especial, se rechazó la medida cautelar por no ser imposible el pago cuando había cláusula que preveía la entrega de la cantidad de pesos necesaria para comprar las divisas adeudadas, conforme a la cotización en la plaza de Nueva York, en el caso de una hipoteca⁴².

En otro, se entendió que la imposibilidad de cancelar un saldo hipotecario en dólares no constituía en mora al deudor al estar su conducta cubierta por la fuerza mayor derivada de los actos del poder público, por lo que no había peligro en la demora⁴³.

En cambio, algunas medidas cautelares en acciones de amparo fueron acogidas favorablemente cuando se trataba de casos de jubilaciones giradas desde el extranjero, que habían sido convertidas de euros a pesos al cambio oficial, considerando el carácter alimentario de las mismas y ordenándose pagar en la moneda de origen⁴⁴.

Recientemente, se hizo lugar en primera instancia a una medida cautelar en un amparo en el caso de quien debía pagar cuotas de una hipoteca en dólares y había justificado ante la AFIP su capacidad económica para la operación⁴⁵.

8.4.-OTROS REMEDIOS.

Otra alternativa frente al Estado estaría dada, para alguna doctrina, por la posibilidad del juez de la ejecución de una deuda en moneda extranjera que el deudor solo puede pagar en pesos, de ordenar al banco de depósitos oficiales que realice el cambio de los pesos que el deudor debe depositar por los dólares billetes que el acreedor debe cobrar⁴⁶, con lo que ninguna de las partes sufrirá menoscabo.

Tampoco cabe ignorar el derecho del acreedor, que termina cobrando en pesos al cambio oficial por un acto del Estado, de promover un juicio de daños y perjuicios contra éste por la diferencia.

Finalmente, en los casos en que el Estado por ley tiene la obligación de entregar la moneda extranjera, como es el caso de las obligaciones negociables emitidas conforme con el art. 4º de la ley 23.576, no cabe dudar que la restricción cambiaria no rige y que un eventual incumplimiento compromete gravemente su responsabilidad⁴⁷.

⁴² C.Fed. La Plata, Sala I, 11-10-2012 “L.V.M.y J.P.L. c/AFIP – BCRA s/amparo ley 16.986”, LL 31-10-2012, pag.8.

⁴³ C.Fed.Gral.Roca, 5-7-12 “M., C.M. c/Adm.Gral. de Ingresos Públicos y otros” J.A. 8-8-12 – JA 2012-III, fasc.6 pag.68.

⁴⁴ Juzg.Fed. Seguridad Social, nro.2, 28-12-12 “Ciconetti, Alberto c/PEN y otros” (JA 13-3-13 en JA 2013-I, fasc.11, pag. 69); Cam.Fed.de Apelaciones de Mar del Plata, 4-7-2013, “Diorio, Pascual c/PEN y otros s/amparo”.

⁴⁵ “M., C.M. c/Administración Nacional de Ingresos Públicos – Estado Nacional s/Amparo ley 16.986, Neuquen, 12-6-12, Expte. 257

⁴⁶ Pirovano, Pablo A., op.cit.

⁴⁷ Ver de los autores: “Las obligaciones negociables emitidas en moneda extranjera y su situación frente a las restricciones cambiarias”, Errepar, DSE, nro. 301, Tomo XXIV Diciembre 2012, pag.1175.

9.-CONCLUSIONES.

Siempre a título de propuestas interpretativas para los lectores, sujetas a la dialéctica del pensamiento⁴⁸, y a modo de síntesis, formulamos las siguientes conclusiones:

1.-La única forma para que el deudor cumpla la obligación de pago asumida en moneda extranjera en el contrato es con su entrega, limitándose las consecuencias de la mora a la aplicación de intereses.

2.-Las restricciones cambiarias han ido avanzando y, a la fecha del presente, se encuentra suspendida la posibilidad de adquirir dólares en el mercado oficial de cambios.

3.-Resultan válidas las cláusulas contractuales en las obligaciones en dólares que establecen como alternativa el pago de pesos al cambio de mercados extranjeros o la entrega de bonos en dólares por un valor equivalente a dicho cambio.

4.-El deudor que desee pagar en dólares y nos los tuviera, tiene la posibilidad, pero no la obligación, de adquirirlos con limitaciones en el extranjero, de percibirlos de terceros en concepto de precio por ventas y servicios, de hacer operaciones de “contado con liquidación”, y/o de adquirir “Cedines” para su venta o aplicación posterior.

5.-El incumplimiento de la obligación de entregar dólares da derecho al acreedor a ejecutar al deudor, a accionar contra el Estado en caso de diferencia y a cobrar intereses, sin perjuicio de su derecho a resolver el contrato por incumplimiento.

6.-El deudor podría invocar como excepción la “fuerza mayor” y, por ende, devolver la cosa recibida o terminar pagando en pesos al cambio oficial su deuda en dólares. En algún caso, frente a sistemas de conversión pactados, podrían alegarse la imprevisión o el esfuerzo compartido, según las circunstancias del caso.

7.-El acreedor que promueve una ejecución deberá hacerla en moneda extranjera, y embargar y rematar en tal moneda de modo de que se depositen dólares billete a los fines de cobrar su liquidación en esa moneda. De no lograrlo, terminará cobrando la deuda en pesos al cambio oficial.

8.-Existe responsabilidad del Estado por los daños causados a deudores y acreedores derivados de las restricciones cambiarias en la medida en que las normas que las fundan son inconstitucionales, lo que autoriza al inicio de acciones de responsabilidad.

FINIS CORONAT OPUS

⁴⁸ Los autores agradecerán comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com