

**“OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA Y CEPO CAMBIARIO.
¿QUIEN SE DEBE HACER CARGO DE LA DIFERENCIA?”**

Por Eduardo M. Favier Dubois (h).

1.-EL FALLO Y SU DOCTRINA.

Con fecha 27 de marzo de 2014, la Sala 3ª de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en los autos “Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Finanzas e Invers. Ltda c/Michelich, Renzo s/cobro ejecutivo”, estableció, en lo que aquí interesa, que el deudor que había recibido dólares, conforme con el art. 619 del código civil, debe saldar su deuda en dicha moneda exclusivamente y no en su equivalente en pesos.

Para ello consideró: a) que los arts. 617 y 619 del código civil han terminado con la facultad del deudor de convertir el signo adeudado en moneda nacional; b) que, por ello, debe considerarse derogada la regla procesal por la cuál la ejecución debe promoverse por el equivalente en pesos moneda nacional, según la cotización del banco oficial, al día de la demanda (art. 518 del cod.proc. Pcia.Bs.As. y art.520 del cód.proc. nacional); c) que, en el caso, el ejecutado nada dijo al respecto al oponer sus excepciones.

Asimismo, y con relación a la Resolución 3210/11 de la AFIP (cepo cambiario), estableció que la misma no impedía lo resuelto en tanto: d) no indicaba que el deudor careciera de la moneda en cuestión, lo que tampoco fue alegado al oponer excepciones; e) no impedía al deudor adquirir títulos de deuda pública en nuestro país, nominados en dólares, que coticen en los mercados de Nueva York o Montevideo y liquidarlos en el mercado de valores conforme la normativa vigente para obtener los billetes y saldar la deuda; y f) el acreedor podía ejecutar la sentencia a fin de obtener los pesos necesarios para la adquisición de tales bonos en dólares.

En definitiva el fallo establece que el acreedor de una obligación en dólares tiene derecho a cobrar de su deudor tales dólares sin que tenga relevancia el cepo cambiario y que en la respectiva ejecución judicial deberán obtenerse los pesos necesarios para la adquisición de bonos convertibles en dólares.

2.-EL DEBATE ACTUAL Y SUS ANTECEDENTES.

Dicha doctrina, que reconoce algún antecedente¹, se inserta en un debate actual sobre el tema en el que pueden distinguirse diversas posiciones que hacen caer el peso de la brecha entre el dólar oficial y el dólar libre, derivado del denominado “cepo cambiario” sobre distintos sujetos como son el deudor, el acreedor o el Estado².

¹ C.N.Civil, Sala J, 16-8-2013 “B, L.C. c/J, J.J. s/Ejecución de Convenio”.

² Ver del autor, junto con Favier Dubois (p), “Obligaciones en dolares y operaciones con moneda extranjera. Situación legal de los contratantes y responsabilidad del Estado”. Errepar, DSE, Nro. 313, Tomo XXV, Diciembre 2013, pag. 1320 y stes.

A esos fines, entendemos conveniente hacer referencia a algunos antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales del tema.

3.-EL REGIMEN LEGAL.

3.1.-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 obligación³.

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 dinero⁴.

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

³ Salerno, Javier Jose y Gesuiti, Juan Manuel “Normas cambiarias”, LL 2013-A-671.

⁴ 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.

superiores a un mil pesos no deba considerarse vigente en materia de obligaciones en dólares o en otra moneda extranjera⁵.

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 civil⁶.

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 obligatorio⁷.

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 pactada⁸, limitándose las consecuencias de la mora a la aplicación de intereses sin que corresponda, en principio, mayor resarcimiento (art. 622 del código civil).

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.

3.2.-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 normativas⁹ 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.

⁵ Trigo Represas, Felix A. , op.cít., pag. 64.

⁶ 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.

⁷ 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".

⁸ 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.

⁹ 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.

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 exterior¹⁰.

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.

4.-NEGOCIACIONES Y ACUERDOS ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR.

4.1.-CLAUSULAS CONTRACTUALES DE ALTERNATIVAS AL PAGO EN BILLETES.

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 validez¹¹.

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"¹²

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 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

¹⁰ 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.

¹¹ Ver Galmarini, Pedro "Cepo Cambiario: enfoque y alternativas", en JA 2013-IV, fasc.nº 7, nov.13-2013, pag.7

¹² 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".

bancario se transforma imperativamente en moneda nacional conforme con el cambio oficial.

4.2.-CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DEL DEUDOR QUE NO TIENE LOS BILLETES. OPCIONES.

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”.

Más allá del debate de si debe hacerlo o no, si por diversas razones (mantener el crédito, evitar el conflicto, etc.) el deudor 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:

4.2.1.-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 cambio¹³ no solo se refiere a la compra y venta de divisas con un intermediario profesional sino que también comprende a la compra venta entre particulares¹⁴ 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.

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

¹³ 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.

¹⁴ “Incurrir 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.

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 utilizado¹⁵.

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 exterior¹⁶

4.2.3.-OPERACIÓN DE “CONTADO CON LIQUIDACIÓN”.

En segundo lugar aparece la posibilidad de alguna operación de las denominadas “contado con liquidación” o “blue chip market”¹⁷.

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.

Se trata de una operatoria no prohibida y, por ende, lícita (art. 19 C.N.), no regulada expresamente, salvo disposiciones tangenciales¹⁸, 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”¹⁹.

¹⁵ 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”. -

¹⁶ Resolución 3450/2013 de la AFIP.

¹⁷ Saravia Frías, Bernardo y Mazzinghi, Marcos “Transferencia de divisas al exterior con títulos”, LL 18-3-2013,pag.6.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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”.

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.

4.2.4.-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 reglamentaciones²⁰, con objeto de llevar a cabo inversiones productivas en sectores y áreas estratégicas del país²¹.

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 tercero²², 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.

Tal obligación no rige en los otros casos²³, sin perjuicio de la posibilidad de aceptarlos por el acreedor para una transferencia posterior.

5.-CONFLICTOS ENTRE DEUDOR Y ACREEDOR.

5.1.-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.

²⁰ Dec.642/2013, RG 3.509 de la AFIP, RG 256 del Ministerio de Economía, Comunicaciones BCRA A 5437, A 5438 y A 5447.

²¹ Camerini, Marcelo “La ley de blanqueo, ¿un camino al trimonetarismo”, Errepar, DSE, tomo XXV, nro.308, julio 2013, pag.739.

²² Giovenco, Arturo C. “A propósito del llamado plan de exteriorización voluntaria de moneda extranjera”, JA 2013-III, fasc.9, pag.7.

²³ Es por ahora una cuasi moneda dada las limitaciones de uso. Ver Camerini, Marcelo, op.cít., pag.748.

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 infra), lograr el cumplimiento por otro a costa del deudor (ver infra) 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.

5.2.-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:

5.2.1.-LA FUERZA MAYOR.

Se configura la “fuerza mayor” cuando el incumplimiento deriva de un hecho que pudo ser previsto pero no evitado, que es sobreveniente, 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 cumplir²⁴.

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 demora²⁵.

Contrariamente, en otro caso se negó al deudor, que invocaba la imposibilidad de adquirir divisas, la posibilidad de pagar en pesos al cambio oficial una obligación en dólares²⁶, sin perjuicio de destacar que en el mismo no se había invocado fuerza mayor y, además, la mora era anterior a la restricción cambiaria por lo que

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ C.N.Civil, Sala J, 16-8-13 “B., L. C. c/G., J.J. J. s/Ejecución de convenio”.

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)²⁷, 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 Nación²⁸.

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 contrato²⁹.

Cabe recordar que la fuerza mayor también podría renunciarse expresamente al asumir la obligación o fijarse un tope de variación³⁰.

Para otra doctrina, en cambio, siendo una obligación de pagar cosas inciertas no fungibles, determinadas solo por su especie, el caso fortuito no desempeña ningún papel³¹.

5.2.2.-LA IMPREVISIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

Si obtener los fondos para abonar en la moneda extranjera o si acudir a alguna alternativa pactada, 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 contractual³².

Al respecto, alguna doctrina³³ 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

²⁷ Conf. Rezzonico, Luis María “Estudio de las Obligaciones”, 9ª Ed. Vol.2, Ed. Depalma, Bs.As. 1966, pag.1086 y stes.

²⁸ 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.

²⁹ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.IV.

³⁰ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.III.

³¹ Pagliotto, Silvina M. “Obligaciones celebradas en moneda extranjera y actuales normas cambiarias”, El Derecho 255 ejemplar del 15-11-13, nro.13.365, año LI, pag.3, con cita de Moisset de Espanés.

³² 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).

³³ 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”³⁴, pudiendo incluso invocar la resolución por frustración del fin del contrato³⁵.

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, existiendo doctrina que la considera admisible en estos casos³⁶.

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.

Adicionalmente, téngase en cuenta que la imprevisión no es de orden público y, por ende, puede renunciarse expresamente a su futura articulación³⁷.

5.2.3.- 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 eso³⁸.

5.2.4.-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.

6.-LA EJECUCION JUDICIAL DE LA DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Pagliotto, Silvina M. op.cít., pag. 3.

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

³⁸ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.III.

6.1.-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, 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 ella³⁹.

Al respecto se ha señalado, por un lado, que se trata de una disposición vigente para el despacho del mandamiento que inicia la ejecución pero no para la sentencia⁴⁰ y, por el otro, que debe considerarse implícitamente derogada por la ley 23.928, debiendo juzgarse el tema al momento de intentares la cancelación⁴¹.

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 respectivos⁴²

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 oficial⁴³.

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 prestaciones⁴⁴.

En algunos casos, la jurisprudencia, ordenó la condena en dólares billete con fundamento en la cosa juzgada anterior al cepo, en la falta de alegación de la imposibilidad de obtenerlos de la AFIP y cuando había opción contractual frente a la imposibilidad de adquisición libre⁴⁵.

6.2.-LA TASA DE INTERES

³⁹ 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.

⁴⁰ C.N.Com. Sala A, 8-12-2013, “Breitman, Valentin Hugo c/Galdeano, Jose Miguel s/ejecutivo”

⁴¹ C.N.Com. Sala D, 4-11-2013, “Trading and Investments S.A. c/Establecimiento Gráfico Vulcano S.A. y otros s/Ejecutivo”.

⁴² Trigo Represas, Felix, op. cit. Pag. 44.

⁴³ Pirovano, Pablo A., op.cít.

⁴⁴ Abatti, Enrique L., Rocca, Ival (h), y Guzman, María Cristina, op.cít. cap.IV.

⁴⁵ C.N.Civil, Sala J, 14-11-2013 “Dorin, Berta c/Mergherian, Santiago Raul y otro s/ejecución hipotecaria, LL 12-3-14, pag. 11;

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%⁴⁶.

7.-LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

7.1.-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.

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 civil⁴⁷.

En esa línea, la sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil, sala B, del 14 de noviembre de 2013, en los autos "Oulton Pino, Julia Ercilia Candelaria c/Vidal, Susana Mabel s/preparación de vía ejecutiva", estableció que las Comunicaciones A 5318, A 5330 y A 5339 del BCRA y toda disposición administrativa que impida la adquisición de dólares estadounidenses por parte del actor, son inconstitucionales, pues no pasan por el test de razonabilidad y formulan una política cambiaria contraria a la que alienta y sostiene el Poder Legislativo, tornando obligaciones de cumplimiento imposible las contratadas en los términos de los arts. 617 y 619 del código civil⁴⁸.

7.2.-LOS JUICIOS DE AMPARO.

⁴⁶ 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".

⁴⁷ Salerno-Gesuiti, op.cít. p. 672.

⁴⁸ Ver el sintético pero excelente comentario del Dr. Alberto J. Egües "Deber del Estado de someterse a sus leyes y jueces", La Ley, 23-4-2014, pag. 10 y el fallo en La Ley 2013-F, 198.

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.-

7.3.-LAS MEDIDAS CAUTELARES⁴⁹.

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 procesal⁵⁰, a saber: carácter innovativo, conocimiento restringido, identidad con la sentencia, posibilidad de reparación patrimonial posterior y 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 hipoteca⁵¹.

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 demora⁵².

En cambio, algunas medidas cautelares en acciones de amparo fueron acogidas favorablemente cuando se trataba de casos de jubilaciones giradas desde el

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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 Martin, 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 Martin, 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".

⁵¹ 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.

⁵² 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.

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 origen⁵³.

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 operación⁵⁴.

7.4.-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 cobrar⁵⁵, con lo que ninguna de las partes sufriría menoscabo, lo que también podría promoverse por acción abreviada⁵⁶.

En un caso se reconoció la facultad de acceder al mercado de cambios para convertir a dólares los fondos depositados, al cambio oficial, por no tratarse de atesoramiento personal y teniendo en cuenta la cosa juzgada en moneda extranjera⁵⁷.

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, sea por la inconstitucionalidad del cepo o aún con invocación de la doctrina de la responsabilidad por actividad lícita y con fundamento en el “sacrificio especial”⁵⁸.

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 responsabilidad⁵⁹.

8.-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.

⁵³ 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”.

⁵⁴ “M., C.M. c/Administración Nacional de Ingresos Públicos – Estado Nacional s/Amparo ley 16.986, Neuquen, 12-6-12, Expte. 257

⁵⁵ Pirovano, Pablo A., op.cít.

⁵⁶ Galmarini, Pedro, op.cít. pag.16.-

⁵⁷ C.N.Com., Sala A, 16-9-2013 “Velez, Miguel Angel c/Sanabria, Oscar y otros s/ejecución prendaria”.

⁵⁸ Ver Galmarini, Pedro, op.cít. pag.13.-

⁵⁹ 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.

2.-Las restricciones cambiarias han ido avanzando y, a la fecha del presente, se encuentra materialmente 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 no los tuviera, tiene la posibilidad, 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.-La doctrina del fallo comentado, en cuyos términos el acreedor de una obligación en dólares tiene derecho a cobrar de su deudor tales dólares sin que tenga relevancia el cepo cambiario y que en la respectiva ejecución judicial deberán obtenerse los pesos necesarios para la adquisición de bonos convertibles en dólares, no se comparte, debiendo destacarse que la jurisprudencia no es pacífica.

6.-En cualquier supuesto, somos de opinión que en caso de diferencia entre el dólar "libre" y el "oficial", el perjudicado, sea el deudor o sea el acreedor según lo resuelto en cada sentencia, tiene el derecho de reclamar la entrega de los dólares convertidos a pesos al cambio oficial o de accionar contra el Estado, dada la responsabilidad de éste derivada de la inconstitucionalidad de las restricciones cambiarias.