

Voces: RESTRICCIONES FINANCIERAS ~ OBLIGACIONES ~ OBLIGACION DE DAR DINERO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ JURISPRUDENCIA ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS ~ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA ~ CONTRATO ~ ACTIVIDAD INMOBILIARIA

Título: El "cepo cambiario" y las obligaciones de pago en moneda extranjera

Autor: Mazzinghi, Marcos

Publicado en: RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 202

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I ~ 2015-03-19 ~ Virtuoso, Mario Gerardo c. Gelasen, Hilda Marta s/medidas precautorias](#)

Cita Online: [AR/DOC/2603/2015](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos.— III. El fallo.— IV. El art. 765 del Código Civil y Comercial. Importancia de su interpretación correcta.— V. Conclusión

I. Introducción

El propósito del presente artículo es comentar el breve pero interesante fallo dictado recientemente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, en los autos "Virtuoso, Mario Gerardo c. Gelasen, Hilda Marta s/Medidas precautorias". ⁽¹⁾

Se trata de un caso en el que las actuales restricciones para adquirir moneda extranjera impuestas por la Administración Federal de Ingresos Públicos ("AFIP") y el Banco Central de la República Argentina ("BCRA") —cuyo compendio se denomina comúnmente "cepo cambiario"⁽²⁾— entraron en pugna con obligaciones contractuales de pago en moneda extranjera derivadas de una operación inmobiliaria.

Lo resuelto en el fallo aquí comentado suscita particular interés frente a la inminente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial ⁽³⁾, cuyo polémico art. 765 ofrece diversas interpretaciones, algunas de las cuales serán esbozadas en el apartado IV del presente.

II. Los hechos

Con fecha 2 de noviembre de 2011, la actora celebró un contrato de compraventa inmobiliaria, a través del cual adquirió un inmueble ubicado en el barrio de Villa Devoto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La operación se hizo por un precio total de US\$ 285.000 (dólares estadounidenses doscientos ochenta y cinco mil), de los cuales US\$ 135.000 se pagaron al firmarse la escritura traslativa de dominio, y el saldo —es decir US\$ 150.000— debía pagarlo el comprador a los 3 años, esto es el 2 de noviembre de 2014.

Las partes acordaron que sobre el saldo de precio, el comprador debía pagar un interés compensatorio del 1,3% mensual (15,6% anual), debiendo el mismo cancelarse mensualmente a partir del mes siguiente a la fecha de escrituración, y a partir de allí el mismo día de los meses subsiguientes.

En garantía del pago del saldo de precio —y de sus intereses— el adquirente constituyó una hipoteca en primer grado de privilegio sobre el mismo inmueble adquirido.

Las partes pactaron que todos los pagos debían realizarse en dólares estadounidenses billete y que la falta de pago de cualquiera de los importes adeudados importaría la constitución en mora automática del deudor, sin necesidad de requerimiento alguno.

Asimismo, al firmar la escritura de venta las partes acordaron que "...si por un motivo de fuerza mayor y/o en la República Argentina no existiere mercado libre de cambios y los deudores no pudieren efectuar el pago de lo adeudado en moneda dólar estadounidense billete, se calculará la cotización del dólar estadounidense en el mercado de cambios de Londres o Zurich o la cotización del Dólar turista en la República Argentina, a opción del acreedor, conforme a las cotizaciones publicadas el día hábil anterior a la fecha de los pagos, en los diarios Ámbito Financiero y/o Infobae, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y/o diarios de los Estados Unidos de Norteamérica, Zurich o Londres, a elección del acreedor" (Cláusula 6ª, apartado V de la escritura).

De la descripción de la situación fáctica que se realiza en el fallo de Cámara se puede inferir que el deudor alegó la imposibilidad de pagar en Dólares —por haber agotado las reservas de dicha moneda y debido a las restricciones impuestas por la AFIP y el BCRA para adquirir moneda extranjera—, mientras que el acreedor rechazó dicha postura, y exigió el cumplimiento de la obligación en los términos pactados en la escritura.

En base a estos antecedentes, el deudor promovió una acción declarativa de certeza —art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)— respecto de los alcances y modalidades del contrato celebrado.

En resumidas cuentas, a través de dicha acción pretendió que se determine judicialmente la moneda y la modalidad de pago de la deuda, evitando que la parte acreedora promueva en su contra la correspondiente ejecución hipotecaria.

III. El fallo

La cuestión fue declarada de puro derecho y en primera instancia la demanda fue rechazada.

Interpuesta la apelación, la Sala I de la Cámara Civil desestimó la misma y confirmó el fallo de primera instancia, con costas a la vencida.

El rechazo de la demanda se apoyó en varios fundamentos —tanto procesales como de fondo—, entre los que se destacan los siguientes:

Inexistencia de incertidumbre:

La demanda fue canalizada como una acción meramente declarativa, cuya procedencia queda supeditada a la presencia de un "...estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente". (4)

Tanto el fallo de primera instancia como el de Cámara coincidieron en que la alegada situación de incertidumbre no se configuraba en el caso, ya que el propio contrato celebrado entre las partes contenía las opciones a seguir para el supuesto en que no fuere factible el pago en moneda extranjera.

Ya hemos visto que la cláusula sexta de la escritura preveía que en caso de sobrevenir un evento de fuerza mayor y/o cualquier otro impedimento para realizar el pago en dólares, el comprador debía cancelar sus obligaciones mediante la entrega de Pesos al tipo de cambio vigente en Londres o Zurich, o a la cotización del Dólar Turista en Argentina, a opción del acreedor.

Es decir que la existencia de las restricciones cambiarias impuestas por la AFIP y el BCRA no tornó imposible el cumplimiento de la prestación asumida por el comprador, sino que en todo caso la encareció. (5) El propio contrato preveía la solución frente a la hipótesis de imposición de restricciones cambiarias: el pago debía realizarse en Pesos, tomando la cotización del dólar en Londres o Zurich, o la correspondiente al Dólar turista en la Argentina.

Estas cotizaciones siempre estuvieron disponibles y podían perfectamente haberse utilizado como referencia para calcular el importe que el comprador debía pagar en Pesos para cancelar el saldo de precio de la operación inmobiliaria.

De esta manera queda en evidencia la verdadera intención del actor, quien oblicua y solapadamente invoca la imposibilidad del pago en Dólares para intentar forzar un reajuste de sus obligaciones que le permita abaratar sustancialmente las mismas.

El fallo de Cámara rechaza tajantemente esta pretensión, sosteniendo al respecto que:

"...en el caso no se verifica una situación de incertidumbre —que es la base que justifica la acción que se intenta— si, en definitiva, las propias partes previeron el supuesto en que el actor pretende fundar la alegada falta de certeza en el contrato que suscribieron.

Tal estipulación conforma la regla a la cual deben someterse "como a la ley misma", según la conocida fórmula del art. 1197 del Código Civil, sin posibilidad de sustraerse al deber de observar su cumplimiento dado que en ningún momento —ni siquiera al deducir la demanda que dio origen a estos actuados— se ha propiciado la revisión del acuerdo así conformado con sustento en la teoría de la imprevisión (art. 1198 del Código Civil) y no existen normas legales que priven a la aludida convención del efectivo vinculante al que se hizo referencia".

El razonamiento es lúcido e irreprochable: si las partes previeron contractualmente de qué forma debían cancelarse las obligaciones en caso de que sobrevinieran restricciones cambiarias, deben cumplir con lo pactado que es ley para ambas partes. Cualquier pretensión de sustraerse a dicha consecuencia, debe estar fundada en alguna norma legal que prive a la convención de su efecto vinculante y/o en la invocación y demostración de la teoría de la imprevisión, nada de lo cual hizo la actora.

Nos parece sumamente elogiable esa posición, en tanto refuerza el valor de la palabra empeñada y la plena exigibilidad de las convenciones contractuales (que expresamente contemplaban el camino a seguir para el supuesto de impedimentos de pago en moneda extranjera), realzando así la importancia de la seguridad jurídica e indirectamente de la propia convivencia social.

En palabras del Tribunal "...no se advierte razón alguna que justifique interferir en la fuerza obligatoria de los contratos en los que subyace una necesidad de la propia convivencia social, que —como regla— impide al órgano jurisdiccional revisar el contenido de la obligación libremente asumida por los contratantes, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica".

El art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación:

En lo que podría calificarse como una pretensión de aplicación "ansiosa" del derecho, la actora invocó en apoyo de su postura la inminente entrada en vigencia del art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, argumento que fue rechazado de plano por el Tribunal.

En efecto, este último no sólo destacó que esa norma no se encontraba vigente a la fecha de resolver la cuestión, sino que "aún dejando de lado esta observación, lo cierto es que tal previsión no excluye lo que las

partes pudieron haber convenido como alternativa para el caso de que no sea posible para el deudor acceder al mercado libre de cambios, que es la situación que se verifica en la especie y que, cabe reiterar, excluye la pretendida incertidumbre que ha llevado al apelante a promover esta acción".

Coincidimos con este punto de vista, y creemos que el razonamiento de la Cámara deja una rendija de esperanza sobre cuál va a ser la correcta interpretación de la norma arriba citada, cuestión a la que dedicaremos el próximo apartado.

IV. El art. 765 del Código Civil y Comercial. Importancia de su interpretación correcta

El art. 765 dispone que:

"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.

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 al 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.

Dada la actualidad e importancia del tema, causa preocupación la forma en la que se interpretará el art. 765 del Código Civil y Comercial a partir del 1º 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 art. 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)

Sin la misma contundencia pero compartiendo similar tónica, el fallo aquí comentado parecería apoyar la supletoriedad del art. 765, dejando margen para que las partes voluntariamente escojan diferentes alternativas para cumplir las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

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 que 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.

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 más discusiones. (8)

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que el art. 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, en base a 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).

V. Conclusión

Compartimos el razonamiento y los fundamentos desplegados en el fallo aquí comentado, y rescatamos la defensa que realiza de la fuerza vinculante de las convenciones contractuales, como pilar sobre el cual se apoya la seguridad jurídica e indirectamente la convivencia social.

Asimismo, nos parece promisorio la pauta hermenéutica que se desprende del fallo al analizar el art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto parecería respaldar la supletoriedad de su aplicación.

Desde nuestro punto de vista, una vez que entre en vigencia la norma en cuestión, no habrá impedimento alguno para que las partes de una obligación de dar moneda extranjera pacten voluntariamente la cancelación de la misma mediante la entrega de moneda de curso legal calculada a un tipo de cambio diferente al tipo de cambio oficial.

(1) Expediente 81.243/2103 (J. 62), de fecha 19 de marzo de 2015.

(2) Una muy elocuente descripción del "cepo cambiario" es proporcionada por Martín E. PAOLANTONIO, en su artículo "La Corte Suprema y el "cepo cambiario", publicado en La Ley del 04/03/2015. Este autor sostiene que "Bajo la coloquial expresión "cepo cambiario", se disimula la referencia a la faceta actual de un conocido instrumento de política económica utilizado para paliar desequilibrios de la balanza comercial, o más precisamente, balanza de pagos. Limitar el acceso a la compra de moneda extranjera, las salidas de divisas al exterior y obligar a ingresar divisas obtenidas en el exterior por transacciones comerciales. El resultado práctico de ese desequilibrio es la disminución de las reservas internacionales del BCRA, circunstancia siempre propicia para las crisis económicas, o al menos, elemento de coyunturas económicas negativas con peligro de escenarios inflacionarios y recesivos".

(3) Conforme lo previsto en la Ley 27.077, el nuevo Código Civil y Comercial entrará en vigencia el 01° de agosto de 2015.

(4) Art. 322 CPCCN.

(5) Esta apreciación es relativa, si se tiene en cuenta que el valor de los inmuebles se mantiene generalmente en moneda extranjera.

(6) BOMCHIL, Máximo, "Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas", La Ley, 6 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 ronda 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 art. 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 50% superior a la cotización denominada "oficial".