

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Dr. E. Daniel Balonas

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Cualquier solución que se proponga para la cancelación de una obligación en moneda extranjera, en tanto no se trate de un pago en tal moneda, debe implicar la cantidad de moneda necesaria para adquirirla mediante operaciones legalmente y fácticamente posibles, y no la elección de un tipo de cambio que no puede traducirse en operaciones reales.

1. INTRODUCCIÓN. INEXISTENCIA DE MONEDA EN LOS ÚLTIMOS 50 AÑOS.

Lamentablemente hemos de admitir que la inflación es, a esta altura, una característica endémica de nuestra economía. De ningún modo importa eso aceptarla como un hecho irreversible, mas la realidad demuestra que a lo largo de los últimos cincuenta años, con la única excepción de los años 1991 a 2001, la inflación casi siempre ha superado el 30 % anual¹.

La inflación suele ser definida como un aumento generalizado de precios². Sin embargo, el fenómeno en nuestro país es el de la permanente pérdida de valor de la moneda, que se traduce en la necesidad de mayor cantidad para adquirir los mismos bienes.

Quien contrata necesita conocer el poder de compra que tendrá el dinero que acepta recibir a plazo. A carecer de una moneda cuyo valor se mantiene en el tiempo debe procurar por otros medios lograr la relativa certidumbre que le permita comerciar.

En su tercera acepción, el diccionario de la Real Academia Española define a

¹El promedio de los últimos 30 años es de un 376 % anual, aun cuando comprende siete años del recordado período de convertibilidad. El promedio de los últimos 20 años es de un 269 % anual y actualmente no baja del 100 % anual.

²Que puede obedecer a muchos motivos, inclusive a un exceso de demanda o escasez de oferta.

la moneda como “*Instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago*”. Tal unidad de medida es la utilizada por las personas para acordar sus obligaciones y créditos.

Mas cuando la moneda se deprecia a razón de más de un 100 % anual en promedio, y resulta, además, imposible de prever en qué medida lo hará en los próximos meses, el mercado se queda sin esa unidad de medida y, necesariamente, acude a distintos mecanismos para compensar la incertidumbre que, de otro modo, paralizaría los negocios al impedir determinar, a priori, el justo sinalagma.

2. LAS SOLUCIONES DEL MERCADO A LA AUSENCIA DE MONEDA.

En los años 70 nació la costumbre de “*indexar*” las obligaciones. Tal neologismo se refería a la acción de actualizar la moneda mediante índices que medían la inflación, y así llegar a lo que se llamaba “*moneda constante*”, o sea una re expresión de la moneda histórica en cifras mayores que representan un mismo poder de compra que la original.

Tal mecanismo en teoría absolutamente justo, mas en la práctica influenciado por los no siempre correctos métodos y mediciones utilizados en la confección de los índices utilizados funcionó razonablemente hasta su prohibición legal en el año 1991³. Ya hemos dicho que la prohibición tuvo razonabilidad en el momento, mas se volvió irrazonable con el paso del tiempo⁴.

La prohibición encontró en los últimos tiempos excepciones legales -que corroboran su irrazonabilidad- en materia alquileres (Ley 27551 Art. 14), o en materia de créditos y financiación de la Vivienda (Ley 27271, Art. 21) que dieron nacimiento a los créditos “UVA” y con ello otros negocios financieros en esa unidad. Mas la regla general sigue siendo la prohibición⁵.

3. LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN DÓLARES.

En ese contexto, la posibilidad de pactar en moneda extranjera, generalmente

³Ley 23928 de Convertibilidad del Austral.

⁴Ver nuestra ponencia “*Inconstitucionalidad de la Prohibición de Indexar*”, 37 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, Monte Hermoso, Junio de 2003, cuyas conclusiones sostenemos aún 20 años después.

⁵Otras leyes encontraron unidades de medida más confiables, con valor determinado por terceros y útiles solo a algunos fines (por ej. el JUS, el UMA, la UHOM, el antiguo Caduceo de los Contadores, etc.) Mas ello no resuelve, en general, la posibilidad de negociar contratos y obligaciones a largo plazo.

en dólares estadounidenses⁶, fue la solución. Al carecer nuestro país de una moneda útil como unidad de medida, se acudió a una foránea.

En el plano jurídico ello siempre encerró problemas que el derecho debió sortear, convirtiéndose, la mayor parte de las veces en enemigo de esta posibilidad de pactar en dólares para superar la inexistencia de moneda local.

En el Código Civil original se consideró a la obligación de dar moneda extranjera como una obligación de dar cosas fungibles (Art. 617). Tal regulación no permitía la imposición de intereses ni de otra reparación por la mora que los daños y perjuicios causados. Pese a ello la costumbre imponía el pago de intereses aun antes de la reforma del año 1991, que modificó la letra del referido Art. 617 caracterizando a la deuda en moneda extranjera como deuda de dinero, que obligaba al deudor a pagar en la moneda prometida.

El Código Civil y Comercial del año 2015, volvió al concepto de obligación de dar cantidad de cosas (Art. 765) que el Art. 766 indica debe satisfacerse en la especie designada y admite se adicionen intereses (Art. 767), los que incluso se presuponen en caso de mora (Art. 768). Sin embargo, dispone el Art. 765, que el deudor de moneda que no sea de curso legal -que se entiende como cantidad de cosas- se libera "*dando el equivalente en moneda de curso legal*".

No ahondaremos en los grandes problemas que históricamente ha padecido la contratación en moneda extranjera: La pesificación arbitraria del Dto. 214/01 y la posterior construcción judicial de la Teoría del Esfuerzo Compartido; las sucesivas prohibiciones y limitaciones a la compra de dólares y su utilización como lógica defensa por quienes debían abonar en esa moneda, seguida por las cláusulas de arbitraje de cambios en el extranjero y su habitual tacha de nulidad. Por el contrario, acotaremos este trabajo a la legislación y situación legislativa actual.

4. LA SITUACIÓN ACTUAL.

La compra de dólares no está prohibida. Y, dado el avance de las contrataciones digitales es poco probable que vuelva a estarlo.

El Banco Central de la República Argentina ha regulado y limitado el acceso al denominado Mercado de Cambios⁷, al que solo pueden acceder -para comprar moneda extranjera- ciertas personas humanas, hasta el límite de USD 200 por mes y

⁶La facilidad para obtener esa moneda en nuestro mercado, lo que determina un spread menor en su comercialización la hizo la preferida de empresarios.

abonando un impuesto por única vez y ciertas retenciones a cuenta de impuestos futuros⁸. Muchas otras personas tienen totalmente vedado el acceso a ese mercado.⁹

Mas ese no es el único modo de acceder a la moneda extranjera.

Existe otro procedimiento, legalmente previsto, llamado en la jerga “dólar MEP” o “dólar Bolsa” que consiste en adquirir títulos públicos argentinos de los que cotizan en dólares y en pesos¹⁰ y luego venderlo en dólares. Tal operación es absolutamente lícita y es el modo en que las principales empresas del país –y aún particulares- se hacen de los dólares que necesitan para su operatoria. Lleva entre 10 y 15 minutos¹¹ y se hace *on line* a través de la banca electrónica de cualquier banco autorizado. Numerosas normas del BCRA regulan esta operación, lo que confirma su licitud.

Como lo ha definido FISANOTTI¹² es “*una operatoria que permite la compra-venta de la divisa extranjera por medio de transacciones bursátiles registradas en los mercados de valores. Se trata de un mercado legal, pero paralelo. Es legal puesto que, observando las condiciones que establece el órgano de contralor del mercado de capitales, no infringe ninguna normativa. Es paralelo porque permite realizar transacciones de moneda extranjera sin hacer escala en el MULC (Mercado Único y Libre de Cambio)*”

También son posibles y lícitas operaciones algo más sofisticadas como el llamado “*Contado con Liqui*” que permite comprar la moneda pero depositarla en una cuenta del exterior, o incluso comprar los dólares en cuentas bancarias del exterior y luego traerlos al país en forma financiera o incluso en efectivo en tanto se declare en la Aduana¹³

⁷Hasta hace poco tiempo las normas lo denominaban Mercado Único y Libre de Cambio (MULC). Entendemos que acertadamente han dejado de utilizar los términos “Único” y “Libre”.

⁸El punto 3.8 del Régimen de “Exterior y Cambios” dispuesto por el BCRA (última actualización Comunicación “A” 7516) dispone restrictivamente quienes pueden y quienes no acceder a tal mercado, y en el punto 3.8.1. dispone que, aquellos que pueden acceder, no pueden adquirir más que USD 200 al mes

⁹Por otro lado, existen muchísimas personas que tienen totalmente vedado tal mercado (ver restricciones de puntos 3.8.4; 3.8.5; 3.8.6; 3.8.7; 3.8.8; y 3.8.10 del referido régimen entre muchas otras).

¹⁰ Por ejemplo: el Bono USD 2030 Ley NY (GD30)

¹¹ Para la compra de dólares se exige un parking que importa conservar los bonos durante 24 horas hábiles, por lo que la operación se debe comenzar un día hábil y finalizar el siguiente.

¹²FISANOTTI, Leandro en ¿Qué es el “Dólar MEP” o “Dólar Bolsa”?, publicado en la página Web de la Bolsa de Comercio de Rosario (<https://www.bcr.com.ar/es/print/pdf/node/64726>).

¹³Hasta USD 10.000 por pasajero se pueden traer sin declarar.

Vemos entonces que es posible adquirir en forma lícita dólares, aunque no al cambio “oficial”.

5. LA REGULACIÓN ACTUAL.

Como dijimos, actualmente el Art. 765 del Código Civil permite al deudor de moneda extranjera liberarse dando “*el equivalente en moneda de curso legal*”.

Entendemos que dicha norma no es de orden público, por lo que admite el pacto en contrario, aunque admitimos que la cuestión es opinable. Sin embargo, no nos ocuparemos de ello¹⁴, sino del supuesto en que nada se ha convenido -equivalente al caso en que se entienda que se trata de una norma de orden público y el pacto en contrario es nulo-.

La solución del Art. 765 es que el deudor entregue “el equivalente” en moneda de curso legal. Tal equivalencia puede definirse como la cantidad de pesos necesarios para adquirir los dólares adeudados por el procedimiento más económico para el deudor, mientras sea legal y fácticamente posible para el acreedor. En la mayor parte de los casos será el Dólar MEP.

Al contrario, existe jurisprudencia que pretende el pago a cotización “oficial”, o incluso cotización “oficial” más impuestos, que no resulta acertada. Ello desde que, como vimos, tal mercado no está abierto a la mayor parte de los ciudadanos y, cuando lo está, se limita a USD 200 al mes, por lo que, por regla, la suma de pesos que así se determine no será suficiente para adquirir los dólares y, en consecuencia, no guardará la relación de equivalencia que pregonan el Art. 765 del Código Civil.

6. CONCLUSIONES.

Para satisfacer el recaudo de equivalencia del Art. 765 del Código Civil y Comercial, el deudor debe dar los suficientes pesos como para adquirir los dólares debidos mediante el mecanismo más económico, lícito y posible. En la mayor parte de los casos ello se cumplirá con el Dólar MEP. Entendemos, además, que es lícito pactar tal conversión -o incluso otra similar- sin violentar el Art. 765 del Código Civil y Comercial, en la eventualidad que se lo considere de Orden Público.

¹⁴Ya que, existiendo antecedentes disímiles, la cláusula contraria al Art. 765 deja de ofrecer la seguridad jurídica que todo contratante desea.