

“CEPO CAMBIARIO” OBLIGACION EN DOLARES

**Expte. N°: JU-4468-2013 CISARELLO JUDITH FANNY C/
EMPRESAGRO S.A. y otro/a S/COBRO EJECUTIVO**

-----IEMZ

N° Orden:29

Libro de Sentencia N°: 56

Folio:

/NIN, a los 26 días del mes de Febrero del año dos mil quince, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces que integran en autos la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y RODOLFO J. SHEEHAN en causa N° JU-4468-2013 caratulada: "CISARELLO JUDITH FANNY C/ EMPRESAGRO S.A. y otro/a S/COBRO EJECUTIVO", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Castro Durán, Guardiola y Sheehan.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Doctor Castro Durán dijo:

I.- A fs. 133/134vta. el Sr. Juez de primera instancia, Dr. Fernando H. Castro Mitarotonda, dictó sentencia, por la que, luego de tener por incumplida la carga de oponer excepciones legítimas, mandó llevar adelante la ejecución iniciada por Judith Fanny Cisarello contra Armando Rubén Marzol y "Empresagro S.A.", hasta tanto estos últimos hagan a aquella, íntegro pago del capital

reclamado de U\$S 200.000, con más los intereses a la tasa activa en dólares que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a treinta días, desde las distintas fechas de mora (30/06/12 y 30/06/13) y hasta el efectivo pago. Impuso las costas a la ejecutada y difirió la regulación de honorarios profesionales.-

Para adoptar dicha decisión, el magistrado "a quo" consideró que los planteos expuestos por los ejecutados exceden el ámbito de discusión propio del proceso ejecutivo, el que queda circunscripto a la validez formal del título; por lo que concluyó en que aquellos no interpusieron ninguna de las excepciones legítimas previstas por el art. 542 del C.P.C.C.-

II.- Contra este pronunciamiento, los ejecutados dedujeron apelación a fs. 140; recurso que, concedido en relación queja mediante, recibió fundamentación por vía del memorial agregado a fs. 198/205.-

En dicha presentación, los apelantes, en primer lugar, se agraviaron porque el sentenciante de primera instancia omitió tratar el planteo efectuado por su parte, referido a la posibilidad de pagar la deuda en pesos a la cotización del dólar tipo vendedor, tal como fue expresamente previsto en la cláusula cuarta del reconocimiento de deuda en ejecución.-

En segundo lugar, se agraviaron porque el "a quo" también omitió el tratamiento del planteo basado en la imposibilidad de adquirir los dólares necesarios para pagar las cuotas adeudadas, existente a partir del régimen instrumentado por la comunicación A 5318 del B.C.R.A., régimen de público y notorio conocimiento que resulta sobreviniente al reconocimiento de deuda suscripto en el año 2006.-

Añadieron que, de considerarse que la obligación debe ser

satisfecha en dólares, resultarían aplicables las teorías de la imprevisión, de la lesión o del abuso del derecho, consagradas por las reformas introducidas por la Ley 17.711 al Código Civil; en virtud de las cuales, en todo caso, debería ordenarse el pago en pesos, de acuerdo a la cotización oficial del Banco de la Nación Argentina.-

En tercer lugar, se agraviaron por la condena a su parte, al pago de los intereses y de las costas, argumentando que su voluntad de pago y la falta de cooperación de la acreedora han quedado acreditadas a través de las cartas documento agregadas en autos, por las que se les hizo saber a esta última que se encontraban a su disposición cheques por los montos adeudados convertidos a pesos, de acuerdo a la cotización oficial existente a la fecha de vencimiento de cada una de las cuotas.-

Subsidiariamente, solicitaron la aplicación de la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de descuento de documentos librados en dólares estadounidenses (tasa activa) y, para el supuesto de imposibilidad de obtención de dicha tasa, la aplicación de una tasa al 6% anual.-

III.- Corrido traslado del memorial reseñado precedentemente, a fs. 214/218 se agregó la contestación formulada por la ejecutante, quien solicitó el rechazo de la apelación de la contraria; luego de lo cual, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.-

IV.- En tal labor, comienzo por señalar que el planteo referido a la moneda de pago convenida en el reconocimiento de deuda en ejecución, puede ser abordado en el presente juicio ejecutivo, dado que queda comprendido en el marco de la excepción de inhabilidad de título prevista en el art. 542 inc. 4° del C.P.C.C.-

Así lo entiendo, puesto que como la fundamentación del

planteo bajo análisis radica en que los ejecutados, de acuerdo a lo convenido en el reconocimiento de deuda base de la pretensión, contaban con la posibilidad de cancelar, mediante la entrega de pesos, la obligación en dólares reconocida; el mismo se encuentra íntimamente vinculado a la liquidez del crédito en ejecución, por lo que su tratamiento en modo alguno excede el limitado ámbito cognoscitivo del proceso ejecutivo (art. 518 C.P.C.C.).-

Asimismo, cabe mencionar que este planteo fue introducido en la instancia de origen, ya que a fs. 108 se lee textualmente que *"...tan impensada era esta medida que las partes pactaron que la obligación se pagaría en billetes dólares estadounidenses y/o en pesos a la cotización del dólar tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina al día del efectivo pago o aquella cotización que le permita a la acreedora hacerse de los dólares..."*; no pudiendo soslayarse que por vía del principio del "iuria novit curia" se reconoce a los jueces la facultad de determinar las normas jurídicas aplicables al caso que se les presenta, aunque las partes no las hubieran invocado o lo hayan hecho deficientemente, siempre que no se alteren los hechos expuestos por los litigantes en el proceso (art. 163 inc. 6º C.P.C.).

Entonces, habiendo expuesto los ejecutados, al contestar la demanda, que se había pactado la posibilidad de pagar la deuda en pesos a la cotización del dólar tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina; queda descartada la violación del principio de congruencia alegada por la parte ejecutante en la contestación del memorial de agravios (arts. 266 y 272 C.P.C.C.).-

V.- Sentado ello, y pasando al tratamiento de dicho planteo, es dable señalar que en la cláusula primera del reconocimiento de deuda y convenio de pago en ejecución, los accionados reconocieron adeudar a la ejecutante, la suma de U\$S 280.000.-

Paralelamente, en la cláusula cuarta, las partes regularon

el mecanismo de pago del monto adeudado, en dos apartados que, en sus partes pertinentes, dicen: "A) Es condición esencial de esta operación que el pago se abone...en billetes dólares estadounidenses y/o a la cotización del dólar tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina del día del efectivo pago o aquella cotización que permita a LA ACREEDORA hacerse de los dólares correspondientes a cada cuota, a sus respectivos vencimientos, o donde posteriormente ésta lo indique...B) En el supuesto caso de una futura o eventual modificación en el vigente sistema de cambios, que implique la total o parcial eliminación o prohibición del actual mercado libre de cambios, LA DEUDORA se obliga a entregar, a criterio de LA ACREEDORA: 1) la cantidad suficiente de moneda nacional para adquirir los billetes dólares estadounidenses necesarios para la cancelación de lo adeudado y los punitivos que pudieran corresponder, más los gastos de la operación por compra de los citados billetes en los Mercados de Montevideo, Zurich o Nueva York, a opción del acreedor; o 2) la cantidad de BONOS EXTERNOS necesarios para que el acreedor proceda a su negociación en el mercado que el mismo elija; y con el importe obtenido de su venta, efectúe la compra de los dólares estadounidenses en el exterior para la cancelación de lo adeudado y los punitivos que pudieran corresponder, más los gastos de la operación por compra de los billetes dólares..." (Ver fs. 21, el entrecomillado es copia textual).-

De la interpretación conjunta de las cláusulas primera y cuarta, resulta, por un lado, que los deudores reconocieron la existencia de una obligación en dólares; y por otro lado, que la acreedora y los deudores, previeron un mecanismo específico de pago de la obligación reconocida.-

Respecto del mecanismo de pago convenido, es dable señalar que la ejecutante, en la demanda, simplemente se limitó a

reclamar el pago de la suma de U\$S 200.000, sin mención alguna a la cláusula cuarta del reconocimiento de deuda en ejecución.-

Así delimitado el objeto de la pretensión ejecutiva, automáticamente quedó descartada la alternativa prevista en el apartado B de la cláusula cuarta.

Ello es así, en primer lugar, porque ni siquiera fue invocada "*...la total o parcial eliminación o prohibición del actual mercado libre de cambios...*", situación a la que quedó supeditado el régimen allí previsto; y en segundo lugar, porque ninguno de los modos de pago allí establecidos, prevé la entrega de dólares estadounidenses (objeto del reclamo de autos), sino su sustitución por la suficiente cantidad de pesos o de bonos externos para comprar en el exterior los dólares adeudados.-

Por lo tanto, considero que la pretensión deducida debe encuadrarse en el apartado A) de la cláusula cuarta, en el que se previó que el pago de la deuda reconocida podía realizarse mediante la entrega de dólares estadounidenses o de la cantidad de pesos suficiente para adquirir los dólares adeudados, conforme a la cotización tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina.-

De la coordinación del aludido apartado A) de la cláusula cuarta con la cláusula primera del reconocimiento de deuda y convenio de pago base de la pretensión, surge que la ejecutante y los ejecutados dieron nacimiento a una obligación facultativa, dado que la misma tiene por objeto una prestación principal consistente en el pago de U\$S 280.000; pero paralelamente se confiere a los deudores la posibilidad de liberarse de ella, mediante el pago de otra prestación subsidiaria, consistente en la entrega de su equivalente en pesos a la cotización vendedora de la divisa estadounidense en el Banco de la Nación Argentina (art. 643 C. Civil).-

En consecuencia, opino que corresponde modificar el

pronunciamiento en revisión, mandando llevar adelante la ejecución promovida por Judith Fanny Cisarello contra Armando Rubén Marzol y "Empresagro S.A.", hasta tanto estos últimos hagan a aquella, íntegro pago del capital reclamado de U\$S 200.000 o de su equivalente en pesos conforme a la cotización del Banco de la Nación Argentina, tipo vendedor del día del pago (art. 643 C. Civil).-

Vale aclarar que la posibilidad de sustituir la prestación principal por otra accesoria, no priva de ejecutividad al título base de la acción, ya que la primera importa el pago de una suma líquida de dinero, y la segunda, el pago de una suma fácilmente liquidable (art. 518 C.P.C.C.).

VI.- La decisión adoptada en el punto anterior, me exime del tratamiento de los planteos basados en la imposibilidad de pago en dólares estadounidenses, en el abuso del derecho, la lesión y la imprevisibilidad; los que, por otra parte, indudablemente exceden el reducido ámbito cognoscitivo del proceso ejecutivo (art. 542 C.P.C.C.).-

VII.- En cuanto a la mora, es dable señalar que habiéndose establecido en la cláusula quinta del reconocimiento de deuda y convenio de pago, que la falta de pago en las fechas previstas acarrearía la mora de pleno derecho, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna; no cabe más que coincidir con el sentenciante de grado en cuanto tuvo por configurada la mora en las fechas de vencimiento de cada una de las cuotas adeudadas, es decir 30/06/12 y 30/06/13 (art. 509 C. Civil).-

No obsta a la solución propuesta, los ofrecimientos de pago formulados por los ejecutados mediante las cartas documento agregadas en autos, ya que la entrega de cheques no estaba incluida entre las prestaciones subsidiarias con aptitud cancelatoria de la prestación principal; amén de que es sabido que la entrega de

cheques no comporta el pago de la deuda dineraria, sino que ellos se emiten para que el acto extintivo se verifique mediante la percepción de la suma contenida en la orden de pago dirigida al banco girado; es decir, su entrega es "pro solvendo" y no "pro soluto" (arts. 725, 740 y ccs. C. Civil).

Asimismo, es dable destacar que los ejecutados bien pudieron consignar las sumas con las que pretendían liberarse, tal como lo hubiera hecho un deudor diligente (art. 756 y ccs. C. Civil).-

VIII.- En cuanto a los intereses aplicables, cabe señalar que habiéndose establecido en la sentencia apelada que a la suma adeudada se le adicionen intereses a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de descuento a treinta días, desde las fechas de mora y hasta el efectivo pago; dicha tasa debe mantenerse, aclarándose que si los ejecutados optan por el pago en pesos, será la que corresponda al descuento de documentos librados en pesos, en cambio, si el pago se efectuara en dólares estadounidenses, será la que corresponda al descuento de documentos librados en dicha moneda extranjera (art. 622 C. Civil).-

IX.- En lo atinente a la costas, es dable recordar que conforme a la naturaleza de la obligación facultativa, el acreedor únicamente puede reclamar el cumplimiento de la prestación principal, no pudiendo la prestación subsidiaria ser objeto de su pretensión, dado que el único que cuenta con la facultad de sustitución de una por otra, es el deudor (art. 647 C. Civil).

Por lo tanto, forzoso es concluir que la aquí accionante demandó correctamente el pago en dólares de una obligación que se encontraba en mora, por lo que considero bien impuestas a los ejecutados, las costas de primera instancia (art. 68 C.P.C.C.).-

X.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: Modificar la sentencia apelada, mandando llevar adelante la ejecución promovida

por Judith Fanny Cisarello contra Armando Rubén Marzol y "Empresagro S.A.", hasta tanto estos últimos hagan a aquella, íntegro pago del capital reclamado de U\$S 200.000 o de su equivalente en pesos conforme a la cotización del Banco de la Nación Argentina, tipo vendedor del día del pago (art. 643 C. Civil); con más intereses a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de descuento a treinta días, que corresponda a la moneda de pago elegida, desde las fechas de mora fijadas en la sentencia apelada y hasta el efectivo pago (art. 622 C. Civil).

Las costas de Alzada, atento al éxito parcial de la apelación en tratamiento, se imponen en el orden causado (art. 71 C.P.C.)

ASI LO VOTO.-

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÒN, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Disiento con el voto del Dr. Castro Durán, en lo referido a la opción de pagar los u\$s 200.000 en el equivalente en pesos conforme a la cotización del Banco de la Nación Argentina tipo vendedor del día de pago.

Haciendo a un lado que entendió que en la cláusula cuarta del reconocimiento de deuda en ejecución (ver fs. 21) se consagra una obligación facultativa cuando es criterio mayoritario, al que adscribo, que la opción de cambio de moneda extranjera o nacional es una obligación alternativa (ver Llambías Código Civil Anotado To. II-A p. 405; López Mesa "Código Civil " LexisNexis Tomo I p. 779; Boggiano, Antonio "Australes o dólares? (Condena a pagar dólares sin derecho de sustitución por australes)"La Ley 1986-E, 952; CCiv. En pleno JA 5-58; CNCiv Sala F "Compañía Financiera Atari S.A. v. Asociación del Espíritu Santo para la Unificación del Cristianismo Mundial. JA 1995-III-319; CNCiv Sala E "Banco de Río Negro y Neuquén c. Independencia Transportes Internacionales, S.A." ED 97,

604, etc.), estimo que nos encontramos en el escenario de la segunda parte de esa cláusula, al cumplirse la condición suspensiva que abría las dos alternativas prestacionales que allí se indican en favor del acreedor y que no son la que recepta la propuesta.

En efecto, surge evidente que fue intención de las partes - "condición esencial"- que la devolución del monto se hiciera ya en dólares estadounidenses o a la cotización "que permita a LA ACREEDORA hacerse de los dólares correspondientes", de tal suerte que expresamente se indica que "En el supuesto de una futura o eventual modificación en el vigente sistema de cambios, que implique la TOTAL O PARCIAL ELIMINACIÓN O PROHIBICION DEL ACTUAL MERCADO LIBRE DE CAMBIOS" (el resaltado me pertenece), la deudora se obliga a entregar - a opción de la acreedora- ya moneda nacional para la adquisición de los billetes en los mercados de Montevideo, Zurich o Nueva York , ya Bonos Externos.

Así las partes contemplaron el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen en grado cierto y objetivo la adquisición en billetes de la mentada divisa extranjera y, para ello, previeron otros mecanismos de pago distintos a los establecidos en la primera parte, para calcular la paridad de dicha moneda, y es a los mismos - y no los desplazados- a los que deben ceñirse (ver CNCiv. Sala J "Narvaez Maria Cristina c. Cirauco Dora Delia s/ ejecución hipotecaria"07/10/2014 La Ley 21/01/2015, 3)

Es decir, "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; máxime si no se acreditó que fuera

imposible el cálculo de la cantidad adeudada conforme a ellas" (CNCiv., Sala E, 12-4-13, "Torrado, Norberto L. c/Popow, Alexis", JA 2013-III, fascículo n. 7 pág. 41; CNCiv., Sala E, 30-5-2013, "Rzepnikowski, Lucía y otro c/Masri, David y otros/ejecución hipotecaria", La Ley, 7-10-13, pág. 8 con comentario de Bilbao Aranda, Facundo M. "Contratos en moneda extranjera, buena fe y costas"; Favier Dubois, Eduardo M. (h.) "Obligaciones en moneda extranjera: Cepo y diferencias cambiarias" La Ley 2014-C, 471: "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, EE.UU".)

Cualquier controversia que pudiere suscitarse en torno a si puede tenerse por cumplido el hecho condicionante - la supresión o restricción del mercado libre de cambio- quedó zanjada -a la época del intercambio epistolar- el 5 de julio del 2012, cuando el B.C.R.A. emitió la Comunicación "A" 5318, mediante la cual notificó oficialmente que quedaba prohibida la adquisición de divisas con fines de atesoramiento y elimino la posibilidad de hacerlo para la cancelación de obligaciones pactadas en moneda extranjera (apartado II), aunque del texto de dicha comunicación pueda extraerse que derogara lo establecido por la Comunicación "A" 5245 (10/11/2011) donde se precisaron los distintos supuestos de excepción al régimen establecido, pero sin liberar el mercado de cambios para la adquisición de moneda extranjera con destino a la cancelación del contrato en ejecución. "En suma, mal puede sostenerse la existencia de un mercado libre de cambio a poco de reparar en dichas directivas del B.C.R.A. y en la implementación de medidas de control cambiario,

con especial referencia al programa de consultas de operaciones cambiarias (Resolución General AFIP 3210)" (fallo de la Sala J citado).

Aún cuando la adquisición de dicha moneda para mera tenencia en alguna medida con posterioridad se flexibilizó, seguimos en la situación comúnmente denominada como "cepo cambiario", con restricciones en la práctica que impiden hoy por hoy adquirir dólares para cancelar deudas en la cantidad aquí debida (Favier Dubois artículo citado)

Esa imposibilidad incluso fue alegada por la misma parte ejecutada (ver contestación de fs. 106/112), no pudiendo en consecuencia venir a sacar provecho del hecho obstativo alegado para cargárselo a la actora, es decir abonando con pesos a una cantidad que ni ella ni tampoco la ejecutante pueden adquirir los dólares billete adeudados.

Así las cosas y en razón de lo expuesto actoralmente a fs. 215 vta., de no abonarse lo reclamado en billete de moneda extranjera los ejecutados deberán hacerlo en la cantidad de Bonos Externos necesarios para que el acreedor proceda a su negociación en el mercado de Nueva York haciéndose de los dólares para la cancelación de lo adeudado. Los intereses en uno u otro caso serán los que correspondan al descuento de documentos librados en dicha moneda extranjera. .

En lo demás adhiero a los puntos VI y VII del voto que antecede, al mantenimiento de la imposición de costas de primera instancia a los ejecutados, ya que el reclamo en billete no obstaba a las alternativas subsidiarias (arts. 68 y 556 CPCC) y a la distribución de las de Alzada por su orden por tratarse de una cuestión dudosa (art. 71 del CPCC).

ASI LO VOTO.-

TAMBIEN A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Sheehan, dijo:

Que se Adhiere y hace suyos todos los fundamentos y conceptos doctrinarios y legales dados por el Sr. Juez propiamente en segundo término, Dr. Guardiola, Votando en consecuencia en el mismo sentido.

ASI LO VOTO.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Doctor Castro Durán, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso - artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

Por mayoría (Dres. Guardiola- Sheehan).

I- DEJAR establecido que de no abonar los ejecutados la suma de u \$s 200.000 en dólar billete estadounidense, deberán hacerlo en la cantidad de Bonos Externos necesarios para que el acreedor proceda a su negociación en el mercado de Nueva York haciéndose de aquella cantidad . Los intereses en uno y en otro caso serán a la tasa que corresponda al descuento de documentos librados en dicha moneda extranjera.

II- Costas de primera instancia a los ejecutados y de alzada por su orden (arts. 68 y 71 del CPCC).

III- Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la Ley 8904).

Con lo que se dió por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí:

**FDO: DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, JUAN MANUEL CASTRO
DURAN Y RODOLFO SHEEHAN
ANTE MI: DRA. VERÓNICA LUCIA ZUZA**

//NIN, (Bs. As.), 26 de Febrero de 2015.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso - artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, se resuelve:

Por mayoría (Dres. Guardiola- Sheehan).

I- DEJAR establecido que de no abonar los ejecutados la suma de u \$s 200.000 en dólar billete estadounidense, deberán hacerlo en la cantidad de Bonos Externos necesarios para que el acreedor proceda a su negociación en el mercado de Nueva York haciéndose de aquella cantidad . Los intereses en uno y en otro caso serán a la tasa que corresponda al descuento de documentos librados en dicha moneda extranjera.

II- Costas de primera instancia a los ejecutados y de alzada por su orden (arts. 68 y 71 del CPCC).

III- Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la Ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.-

**FDO: DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, JUAN MANUEL CASTRO
DURAN Y RODOLFO SHEEHAN
ANTE MI: DRA. VERÓNICA LUCIA ZUZA**