



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**"MASSOLA MARIA CRISTINA C/ UNAMUNO
ISABEL MERCEDES Y OTROS S/
ESCRITURACION"**

Causa N° MO-11878-09 R.S.135 /2015

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 11 de Junio de 2015, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores Jose Luis Gallo y Felipe Augusto Ferrari**, para pronunciar sentencia interlocutoria en los autos caratulados: **"MASSOLA MARIA CRISTINA C/ UNAMUNO ISABEL MERCEDES Y OTROS S/ ESCRITURACION"**, Causa N° MO-11878-09, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **FERRARI-GALLO**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR FERRARI dijo:

I.- Antecedentes

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 12 de este Departamento Judicial a fs. 488/490 resolvió rechazar el planteo formulado por la actora Maria Cristina Massola a fs. 478/80 y ordenó estarse a lo resuelto a fs. 477/vta. Impuso las costas a la actora y difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad en que la aludida resolución adquiriera firmeza.-

2) Contra tal forma de decidir se alzó a fs. 494 la actora interponiendo recurso de apelación; el mismo fue



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

concedido en relación a fs. 495 y se fundó con el memorial de fs. 499/503 vta., replicado a fs. 505/506.

Se agravia la quejosa por cuanto la sentenciante de grado no hizo lugar a su pedido referente a que aquella ordene la venta de dólares necesarios para cumplir con la obligación y del no tratamiento del pedido de inconstitucionalidad de las normas administrativas del Banco Central.-

A los términos de la fundamentación recursiva cabe remitirse *brevitatis causae*.-

3) Llegados los autos a esta Sala Segunda, desde la Presidencia de la misma y previo informe del Actuario, a fs. 512 vta., se llamó "**AUTOS**", providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.-

II.- Solución propuesta

De todo comienzo es preciso efectuar un breve recorrido a lo largo de esta causa en lo que al recurso se refiere.-

En primer lugar hay que ubicar a nuestra resolución obrante a fs. 415/417 que data del 4/07/2013 donde se confirmó la sentencia por la cual *se hizo lugar a la demanda por escrituración promovida por la actora disponiendo que en el acto escriturario la actora abone el saldo de seis mil dolares estadounidenses deduciéndose la clausula penal*.-

A fs. 425 la actora solicitó se ordene abrir una cuenta bancaria a fin de cumplir con lo ordenado; asimismo practicó liquidación; a fs. 426 la Sra. Juez a quo (en Septiembre de 2013) dispone que **el cálculo se efectúe en la moneda indicada en la sentencia**.-

Así es que se efectúa la liquidación de fs. 428, la que se impugnó a fs. 436/vta.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Así, la jueza a quo rechazó la impugnación aprobando la liquidación realizada por la actora a fs. 425 por la suma de cinco mil novecientos sesenta y uno con 53/100 dólares estadounidenses e **intimó a la actora para que dentro del término de cinco días proceda al depósito de dicha suma la que deberá realizarse en la moneda convenida -dólares estadounidenses--**

A fs. 478/480 la Sra. Massola solicitó a la Sra. Juez de Grado se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones del BCRA y ordene a la autoridad bancaria correspondiente la venta de dicha divisa a fin de cumplimentar con la sentencia.-

Luego del traslado de aquella presentación, a fs. 488/490 la a quo rechazó tal petición e impuso las costas.-

Hasta aquí lo acontecido en el proceso.-

Comenzando a dar respuesta al tema convocante, debemos memorar que cuando hablamos de inconstitucionalidad **se trata nada más ni nada menos que de quitar fuerza de aplicación a una norma que como bien se dice es la "última ratio" del sistema legal** (MO 49389 R.S. 448/07 fallo del 11-9-2007, entre otros).-

Y, en este sentido, estimo que el tema puede resolverse sin llegarse a tal extremo.-

En primer lugar debo dejar sentado que la actora en cada una de sus presentaciones expone su voluntad de cumplir la sentencia en la moneda convenida -dólares estadounidenses- viéndose impedida por las normas creadas tanto por el BCRA y AFIP.-

Así, debemos recordar -y nos sirve para comprender el caso de autos- que el artículo 740 del Código Civil establece que el acreedor de una obligación no puede ser obligado a recibir en pago una cosa diferente a cuya entrega se obligó el deudor, lo cual se complementa con lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

establecido en el art. 742 del mismo ordenamiento.-

Por ello es que la única forma para que el deudor cancele la obligación de pago, es la asumida en la misma moneda en la que se obligó, en este caso concreto, en dólares estadounidenses.-

Es del caso traer a colación las consideraciones expuestas -recientemente- por esta Sala en la causa nro. 54.043 RS. 49/2015 en una situación con cierto grado de analogía.-

Se decía allí que es de público conocimiento que a partir de mediados del año 2010 comenzó el proceso de transformación de las reglas cambiarias mediante el dictado de la Comunicación "A" BCRA 5085 de fecha 7/6/2010, que creó un régimen especial para la compra de billetes y divisas en moneda extranjera que superaran la suma de US\$ 250.000 en el año calendario, entre otras medidas.

En el mes de octubre del año 2011 la Comunicación "A" 5239 introdujo una reforma en el sistema vigente y estableció que las entidades autorizadas a operar en cambios deberían consultar y registrar todas las operaciones de venta de moneda extranjera a realizar con sus clientes alcanzados por el "*Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias*", implementado por la Administración Federal de Ingresos Públicos mediante la Resolución General 3210/2011, el cual indicará si la operación resulta "*validada*" o "*Con inconsistencias*".-

A su vez, la norma dictada por la autoridad cambiaria dispuso que en los casos de venta de moneda extranjera ya sean divisas o billetes, por conceptos de formación de activos externos de residentes sin obligación de una aplicación posterior específica, comprendidos en el punto 4 del Anexo a la Comunicación "A" 5236, las entidades aludidas solo podrán dar acceso al mercado local de cambios



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

a las operaciones con clientes que obtengan la validación mencionada, fijando excepciones expresas al régimen de consultas instaurado y aclarando que el requisito de validación en el sistema no será de aplicación para las ventas de cambio que se realicen por otros conceptos que no correspondan a la *"formación de activos externos sin la aplicación a un destino específico"*, sin perjuicio de la verificación de las restantes normas cambiarias aplicables.

Por su parte, la citada Resolución General AFIP 3210, dispuso la forma de implementación del sistema aludido, precisando que a los fines fiscales las entidades autorizadas a operar en cambio por el Banco Central de la República Argentina deberán consultar y registrar el importe en pesos del total de las operaciones de venta en moneda extranjera -divisas o billetes- en todas sus modalidades, cualquiera fuere su finalidad o destino (arts. 1o y 2o). Estableció que dicha evaluación se efectuará en tiempo real sobre los datos ingresados y emitirá la respuesta correspondiente de acuerdo con la información obrante en las bases de datos del organismo.-

Asimismo, la mencionada resolución fue complementada por la Resolución General No 3212/2011, la cual en su art. 2º reguló el trámite administrativo a seguir en los supuestos en que la respuesta a la operación requerida resultara *"Con inconsistencias"* (art. 7º de la RG 3210/11).-

Con posterioridad, se dispusieron nuevas excepciones al régimen previsto en la Comunicación "A" 5239 (Comunicaciones "A" 5240, 5241, 5242), las que fueron reemplazadas por la Comunicación "A" 5245, y continuó la emisión de normas por las que se delimitaron las ventas en concepto de viajes y turismo, egresos de divisas y compra venta de valores.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Con fecha 5 de julio de 2012, el Banco Central de la República Argentina dictó la Comunicación "A" 5318, modificada luego por la Comunicación "A" 5330, la que estableció el régimen de las distintas operaciones relacionadas con el Mercado Único y Libre de Cambios, suspendió la compra de divisas para "atesoramiento personal" y motivó la adecuación por parte de la AFIP de lo dispuesto en la R.G. 3210 a través del dictado de la R.G. 3356 con fecha 3/8/2012, la que dejó sin efecto la mencionada Resolución General como así también las 3212 y 3333, no obstante estableció en los arts. 4º y 5º un sistema de consulta previa para la validación de las operaciones de compra de moneda extranjera para su posterior evaluación, y para el caso de disconformidad con la respuesta obtenida, fijó un procedimiento específico a cumplir por el interesado.-

En agosto de 2012 la comunicación del BCRA "A" 5337 refiere lo concerniente al pago de deudas financieras con el exterior que estén originadas en la compra de mercaderías no ingresadas al país y vendidas a terceros países.-

Asimismo, la comunicación "A" 5377 establece las pautas para realizar transferencias al exterior, determinando los posibles destinos y las formas a respetar.-

Luego la Comunicación "A" 5526 (27/01/2014) derogó parte de la referida "A" 5318 estableciendo que las personas físicas podrán acceder al mercado local de cambios en función a los ingresos de su actividad declarados ante AFIP. A su vez modificó la Comunicación "A" 5236 en cuanto a los requisitos y normas de aplicación para el acceso al mercado de cambios por la formación de activos externos residentes, entre ellos, que la operación sólo podrá



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

efectuarse con débito a una cuenta a la vista abierta en entidades financieras o con transferencias vía MEP o pago con cheque.-

La comunicación "A" 5531 del BCRA (21/01/2014) establece la creación de las cuentas denominadas "Caja de Ahorros comunicación "A" 5526" con la única finalidad de compras para tenencia de billetes extranjeros en el país, sin cobro de comisión alguna.-

Y la AFIP en su Resolución General N° 3583, estableció un régimen de percepción del 20% que se aplicará sobre las operaciones de adquisición de moneda extranjera efectuadas por personas físicas para tenencia de billetes extranjeros en el país, salvo que la moneda extranjera sea depositada por un lapso no inferior a 365 días.-

El andamiaje de normas referidas tiene por finalidad el control de ingresos y egresos de todo tipo de la moneda extranjera, estableciendo requisitos y formalidades para su compra y venta, intentando con ello evitar operaciones cambiarias que podrían perjudicar el sistema financiero.-

Corroboramos lo expuesto en el texto de la Comunicación 5245 del BCRA en la cual se efectuó un listado de operaciones de cambio en las cuales se indicó que el requisito de tener validación fiscal no era aplicable; de su lectura surge que varios de esos supuestos (2 a y b) se relacionaban con organismos públicos en ejercicio de sus funciones. Y entre ellos se menciona a los "gobiernos locales". De su intelección podemos concluir que cuando el Poder Judicial provincial disponga, en el ejercicio de su función jurisdiccional específica (vgr. el hacer cumplir una decisión propia), la realización de una operación de tipo cambiario no quedaría incluido dentro de la necesidad de validación.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Lo contrario conllevaría una situación poco razonable.-

Me explico.-

En la normativa fondal -hoy vigente- está permitida la contracción de obligaciones en moneda extranjera; el acreedor -por cierto- tiene derecho a percibir lo acordado (art. 740 C. Civil) e incluso puede negarse a recibir algo distinto; en esta causa no entra en juego la pesificación: la obligación nace en virtud de circunstancias posteriores al año 2002.-

Y, de alguna manera, la jurisdicción ha de dar respuesta a esta situación, pues es de su esencia el mandar a cumplir sus propias resoluciones; y justamente para ello el actor acudió en procura de tutela.-

A no olvidarlo, el derecho a la tutela judicial efectiva viene constitucionalmente asegurado (arts. 8 y 25 Convención Americana Derechos Humanos; art. 15 Const. Pcial.). Por cierto, la efectividad de la tutela se relaciona con el cumplimiento efectivo -valga la redundancia- de las mandas del proceso (Com. Int. Der. Hum., Informe 105/1999 L.L. 2000-F-594; Corte Europea de Derechos Humanos, Case Of Immobiliare Saffi V. Italy (Application no. 22774/93), del 28 de Julio de 1999; Trib. Const. Español, Sentencia 49/2004; Nro. de Registro 4791-2001); y difícilmente podemos predicar la efectividad de la tutela si el proceso no llega a producir aquella virtualidad satisfactiva.-

Vayamos al caso concreto: aquí el vínculo que ligó a las partes data del año 2008; se pactó en dólares estadounidenses en un proceder ajustado totalmente a la ley vigente (arts. 617 y 619 del Cód. Civil). Existe sentencia de ambas instancias, en las cuales se hizo lugar a la demanda, dándole razón a la parte actora.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Es decir, la actora ha sido gananciosa en el proceso.-

No comparto el argumento de la *a quo* que hace referencia a la época en que debía abonarse el saldo de precio; la actora ha triunfado en este proceso, en el cual se determinó -con la resistencia de la demandada- la forma en que debía abonar aquel saldo de precio (descontando la cláusula penal debida por su co contratante). Con lo cual, mal puede retrotraerse el análisis de las cosas, como se lo hace en el auto apelado.-

Por otro lado, en cuanto a la moneda de la obligación la actora ha pretendido que se le permita depositar pesos, y recibió decisiones judiciales adversas; fue tal la razón que motivó que la acreencia deba ser indefectiblemente satisfecha en moneda extranjera.-

Desde otro punto de vista, *y aquí lo medular*, no es cierto que resulte una cuestión ajena a la tramitación de la causa lo relativo a la adquisición de la moneda extranjera.-

Es que, justamente, ello se vincula con el cumplimiento de lo aquí decidido; es el juez quien dictó el fallo, el que debe disponer lo necesario para su materialización práctica (arg. arts. 497 y 509 CPCC).-

Aquí la actora viene a reclamar se la autorice a adquirir moneda extranjera para cumplir su compromiso, muy anterior -por cierto- a las actuales restricciones cambiarias.-

No parece razonable que ello se le impida, si se piensa en la posibilidad -por ejemplo- de que el sistema autorice consumos en moneda extranjera vía tarjeta de crédito -o débito- para turismo u otras adquisiciones actuales (aunque sea con la condigna percepción tributaria); y, paralelamente, no se prevea ninguna



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

solución para los acreedores anteriores, que celebraron acuerdos en el marco de la ley vigente (art. 619 C.C.), teniendo entonces derecho a la protección jurisdiccional.-

Agrego que el quejoso estaba habilitado legalmente para contratar en moneda extranjera, hizo ejercicio de sus derechos de propiedad, que incluye el de "la libertad de contratar" de acuerdo con las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 C.N.).-

Es mas: el inmueble objeto del boleto (fs. 5) es justamente el mismo domicilio de la actora (fs. 6/13 y 38) con lo cual, en el análisis de la cuestión, no podemos dejar de tener en cuenta -como norte interpretativo- el tema de **LA PROTECCIÓN Y EL ACCESO A LA VIVIENDA** (art. 14 bis Const. Nac.) y su potencial menoscabo si la operación llegara a frustrarse por alguna cuestión administrativa.-

No parece, entonces, razonable que desde el Estado se le haya procurado dar una solución a la problemática de la vivienda de aquellas personas que contrataron en moneda extranjera con anterioridad a 2001 (cfe. leyes 26.167, 14.432 -de la Provincia-, y concordantes) y no se procure, paralelamente, la atención de las situaciones que estas nuevas restricciones cambiarías han generado.-

Destaco, por último, que ninguno de los antecedentes de esta Sala que se citan en el fallo apelado ha sido dictado en situaciones análogas al presente; con lo cual la solución que allí se dio, deviene inaplicable aquí.-

Es suma: aquí nos hallamos ante acreencias nacidas en moneda extranjera, entre particulares, mucho antes de instauradas las actuales restricciones cambiarías; existen resoluciones judiciales que dispusieron el pago de la acreencia en moneda extranjera y que quedaron firmes; la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

actora (que no está en mora) tiene voluntad de abonar y la parte demandada voluntad de percibir; y aquí lo principal, está en juego el acceso a la vivienda (valor prevaeciente).-

No está prevista esta situación en las aludidas resoluciones administrativas, aunque sí se permite la adquisición para otras situaciones (atesoramiento, turismo) donde no está en juego aquel supremo interes.-

Digo, por último, que ni siquiera podría la actora procurar una adquisición en el mercado (ilegal) paralelo, dada la ilicitud que ello implicaría.-

Hay, entonces, razones mas que fundadas para revocar el auto apelado.-

Así las cosas y asistiéndole razón a la reclamante toda vez que -como se explicitó en los párrafos que antecede- la misma se encuentra imposibilitada de cumplir con la obligación asumida en virtud a las recientes restricciones cambiarias, soy de la idea que se deberá revocar la resolución apelada debiendo la sentenciante de grado librar oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos a fin de que, por donde corresponda, se sirva emitir las autorizaciones necesarias para permitirle adquirir a la Sra. María Cristina Massola la cantidad de dólares estadounidenses necesaria para cumplir con la obligación de autos, con la condigna percepción tributaria si fuere menester; haciéndole saber a la actora que, dentro de las 48 horas de concretada tal adquisición, deberá proceder a depositar en autos la suma obtenida; adoptando la Sra. Juez de Grado las medidas del caso si ello no se concreta.-

Atento la índole de la cuestión debatida, lo dudoso y controvertido de la misma, como así también la ausencia de vencido, las costas de ambas instancias deberán



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

quedar impuestas en el orden causado (art. 68 2º p. del C.P.C.C.).-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta por

LA NEGATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **GALLO**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Ferrari.-

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE REVOCA** la resolución apelada debiendo la sentenciante de grado librar oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos a fin de que, por donde corresponda, se sirva emitir las autorizaciones necesarias para permitirle adquirir a la Sra. María Cristina Massola la cantidad de dólares estadounidenses necesaria para cumplir con la obligación de autos, con la condigna percepción tributaria, si fuere menester; haciéndole saber a la actora que, dentro de las 48 horas de concretada tal adquisición, deberá proceder a depositar en autos la suma obtenida, quedando a cargo de la Sra. Juez de Grado el adoptar las medidas del caso si ello no se concreta.-

Costas de ambas instancias, atento la índole de la cuestión debatida, lo dudoso y controvertido de la misma, como así también la ausencia de vencido, en el orden causado (art. 68 2º p. del C.P.C.C.).-

REGISTRESE. REMITASE encomendándose a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Instancia de Origen las pertinentes notificaciones.-

Dr. JOSÉ LUIS GALLO
Juez

Dr. FELIPE AUGUSTO FERRARI
Juez

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI
Secretario de la Sala Segunda de la
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial del Departamento Judicial
de Morón