



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 2 de diciembre del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**RUBERTONI MIRTA ADRIANA S/SUCESION AB-INTESTATO**", (JNQC16 EXP N° 376755/2008), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Los herederos de la causante interpusieron recursos de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 1.977/1.978 (dictada el día 27 de julio de 2020) que dispone que, hasta tanto rijan las medidas de política económica establecidas por el Gobierno Nacional que limitan la adquisición de moneda extranjera, el heredero Cecilio Miguel Muñoz cumpla con el pago de las cuotas pactadas en el acuerdo de partición hasta U\$D 200 en moneda extranjera y el saldo del importe de la cuota en moneda de curso legal, conforme cotización del Banco de la Nación Argentina correspondiente al día del pago, con más el 30% por el impuesto determinado por decreto n° 99/2019, distribuyendo las costas en el orden causado.

a) En su memorial de fs. 1.983/1.986 - presentación web de fecha 7 de agosto de 2020- el heredero Cecilio Miguel Muñoz se agravia por la adición del 30% al pago en moneda de curso legal.

Dice que de la ley 27.541 surge claramente que impone la percepción del impuesto sobre las operaciones en dólares, pero no se aplica al pago de deudas, lo que también es ratificado por el decreto reglamentario de la AFIP.

Agrega que en el art. 37 de la ley citada se enumeran los agentes facultados para el cobro del impuesto y entre ellos no figuran los jueces como agentes de percepción, liquidación o retención, entendiendo que la jueza de grado se ha arrogado una facultad que no le fue otorgada.

Sigue diciendo que el art. 38 de la ley 27.541 enumera el momento y forma en que deberá percibirse el impuesto, estableciendo que se deberá discriminar y consignar fehacientemente tal impuesto y la constancia será comprobante de las percepciones, pero en ninguno de los supuestos que contempla el artículo hay siquiera una lejana similitud o congruencia con la imposición del impuesto resuelto en la resolución recurrida.

Transcribe la resolución reglamentaria de AFIP.

Insiste en que la ley 27.541 no es de aplicación al caso de autos.

b) El heredero Emanuel Terrarossa expresa sus agravios a fs. 1.998/2.001 vta. -presentación web de fecha 18 de agosto de 2020-.

El recurrente sostiene que la jueza de grado ha errado en la pretensión del deudor.

Dice que el deudor, en su presentación de fecha 4 de febrero de 2020, indicó que no había recibido respuesta de la entidad bancaria para adquirir dólares, y que debido a la comunicación A 6815 del BCRA, sólo se le permite la compra de U\$D 200 mensuales, por lo que solicita la aplicación del art. 765 del Código Civil y Comercial, y que la jueza de la causa lo autorice a abonar los U\$D 2.700 en moneda de curso legal, al tipo de cambio oficial.

Entiende que la omisión de la jueza de grado de indicar que el deudor funda su pretensión en el art. 765 del

Código Civil y Comercial es grave, en tanto que el señor Muñoz, con la excusa de no poder adquirir dólares como consecuencia de las restricciones impuestas por el Poder Ejecutivo Nacional, introduce el art. 765 del Código citado, en forma deliberada, para, de esa manera, incumplir su obligación pactada en dólares, y hacerlo en pesos a un valor muy inferior.

Afirma que la pretensión del deudor fundada en el art. 765 del Código Civil y Comercial fue rechazada por su parte, omitiendo la jueza de primera instancia analizar la postura planteada por su parte, basada en el art. 962 del Código Civil y Comercial, en cuanto a que las normas son supletorias de la voluntad de las partes, y en el art. 959 de la misma codificación -contrato obligatorio para las partes-, entre otras.

Cita el fallo "Alvarez c/ Proyección Médica S.A." de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 14/10/2015, señalando que fue introducido en su presentación en la instancia de grado, sin que la jueza a quo se refiriera a él.

Manifiesta que su parte desconoció la documental acompañada por el heredero peticionante, entre la que se encontraba la comunicación A 6815 del BCRA. Entiende que habiendo sido desconocida dicha reglamentación no podía ser aplicada en el sub lite.

Señala que durante los últimos diez años han sido mayores los años en que hubo restricción para la compra de dólares, que aquellos en la que no hubo tal restricción, por lo que no puede ser considerado un hecho sobreviniente el decreto n° 99/2019 y las comunicaciones A 6776, 7870 y 6815 del BCRA. Agrega que la resolución apelada no fundamenta en

derecho la solución que otorga ni indica por qué el hecho sobreviniente influye en el contrato.

Se refiere a los cambios en la política económica y sostiene que si con cada decreto de necesidad y urgencia se convierte en letra muerta a los derechos y garantías de la Constitución Nacional y del Código Civil y Comercial estamos en un grave problema de inseguridad jurídica.

Recuerda que el deudor asumió la obligación de pagar en dólares, y que la única cláusula en la que se estableció la posibilidad supletoria de abonar en pesos, se refería a las penalidades en caso de incumplimiento, pero en las restantes cláusulas se pactó expresamente el dólar billete.

Insiste en que las partes no convinieron nada que diera lugar al nacimiento de una obligación facultativa.

También se queja de que la jueza de primera instancia ha dejado libradas al azar, en forma indeterminada, las nuevas reglas del contrato.

Reitera que las partes pactaron cláusulas con el fin de fijar pautas claras, concretas y determinadas para el futuro, y sabiendo de los vaivenes de la economía nacional se pactaron cuotas en dólares, cuya financiación debió soportar su parte, dado que el deudor se benefició con varios departamentos y la vivienda familiar, mientras que su parte financiaba al deudor que no quiso ceder esas propiedades, pero sí adquirirlas, sin solicitar un crédito bancario.

Finalmente se agravia por la distribución de las costas en el orden causado, señalando que si el deudor no hubiera intentado incumplir el contrato, ningún trabajo judicial se hubiera generado.

c) El heredero Terrarossa contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraparte a fs. 2.005/vta. -presentación web de fecha 26 de agosto de 2020-, en tanto que el heredero Muñoz hace lo propio a fs. 2.006/2.007 - presentación web de fecha 31 de agosto de 2020-.

II.- Ingresando en el tratamiento de los recursos de autos, comienzo por los agravios del heredero Terrarossa, en tanto critica la modificación contractual determinada en la resolución recurrida, y, por ende, de ser el mismo procedente devendría abstracto el análisis de la queja del heredero Muñoz.

Los herederos de la causante han celebrado un acuerdo de partición y adjudicación del acervo hereditario, obrante a fs. 1.888/1.890, en fecha 7 de marzo de 2017.

En la cláusula TERCERA de dicho acuerdo se dispuso que el heredero Cecilio Miguel Muñoz entregaría al heredero Emanuel Terrarosa la cantidad total de U\$D 375.000, equivalente, en ese momento, a \$ 6.000.000,00. La entrega de esta cantidad de moneda extranjera se pactó de la siguiente forma: una primera cuota de U\$D 125.000, y el saldo (U\$D 191.562) en 69 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de U\$D 2.700 y una final de U\$D 5.262.

El heredero Muñoz se presentó en autos el 22 de noviembre de 2019, solicitando autorización para abonar la cuota del mes de diciembre en moneda de curso legal, invocando la imposibilidad de acceder a la compra de moneda extranjera en virtud de las restricciones impuestas por el Banco Central de la República Argentina, e informando que había requerido al banco referido autorización para la adquisición de la cantidad de moneda extranjera necesaria para la cancelación de las cuotas pactadas, y en fecha 4 de febrero de 2020, dado que no

recibió respuesta de la autoridad nacional, solicitó se autorizara la cancelación de la cuota en pesos.

La jueza de grado, en el entendimiento que las restricciones para acceder al mercado de cambios configuran un hecho sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, que repercute en el acuerdo celebrado por ellas, dicta la resolución que aquí se apela.

Abordando ahora el concreto análisis de los agravios vertidos por el heredero Terrarossa, es necesario formular una primera aclaración: el derecho nacional vigente no requiere de prueba para su aplicación, y más allá del "desconocimiento" y oposición formulados por la parte, el juez o jueza está obligado a encuadrar su decisión en él.

En otras palabras, no obstante el desconocimiento por parte del heredero Terrarossa de las disposiciones del Banco Central, ellas son derecho vigente y, además, resulta de público y notorio la existencia de las restricciones impuestas por el Gobierno Nacional a la adquisición de moneda extranjera.

Ahora bien, la obligación que pactaron las partes, que integra el acuerdo particionario y que da origen a la cuestión que es traída a conocimiento de la Alzada, es una obligación de dar moneda que no es de curso legal en el país, por lo que resulta de aplicación el art. 765 del Código Civil y Comercial, haya sido o no invocado por los litigantes.

Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos señalan, refiriéndose a la solución normativa que el art. 765 del Código Civil y Comercial otorga a la obligación de dar moneda extranjera, que "El deudor tiene la facultad de pagar la deuda en moneda extranjera mediante la entrega de un equivalente en moneda nacional...Una calificada doctrina considera que estaríamos ante una obligación alternativa regular,

que permitiría al deudor liberarse pagando una u otra prestación, en moneda extranjera o en moneda nacional. Es un enfoque interesante, pero que ofrece algunos reparos que llevan a descartarlo. El deudor debe una sola prestación, consistente en la entrega de una determinada cantidad de moneda extranjera y no una entre dos obligaciones distintas e independientes entre sí (la antes mencionada y otra de entregar el valor equivalente en moneda nacional).

“Nosotros creemos con la doctrina dominante que estamos ante un supuesto de obligación facultativa. El deudor tiene una sola obligación, cuyo objeto es la entrega de una determinada cantidad de moneda extranjera, pero puede facultativamente liberarse optando por el pago con equivalente en moneda nacional” (cfr. aut. cit., “Tratado de Obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, T. I, pág. 489).

En similares términos, Federico Alejandro Ossola sostiene “La obligación que tiene por objeto una prestación en moneda extranjera presenta el problema del pago. Conforme con el régimen del Código, la regla es que el deudor tiene la opción de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal...Esta regla tiene las siguientes excepciones:

“a) Que las partes hayan pactado expresamente el pago en moneda extranjera y la renuncia a la opción (arts. 958, 959, en materia de contratos; 1121, inc. a, en los contratos de consumo);

“b) que esté previsto expresamente otra solución (ej.: contratos bancarios)” (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, pág. 125).

Conforme lo dicho, entiendo que, de acuerdo con el art. 765 del Código Civil y Comercial puede el deudor de autos, sin autorización judicial alguna, cancelar todas o cualquiera de las cuotas pactadas en el convenio particionario, entregando su equivalente en moneda de curso legal.

Cabe señalar que las discusiones suscitadas en torno de esta norma, además de la crítica referida a que remite a una obligación inexistente en el código (de dar cantidades de cosas), se registran en torno a si la norma es

imperativa o supletoria, inclinándose la posición mayoritaria por esta última opción.

Pero, en autos, las partes no han pactado expresamente que el deudor no podría hacer uso de la facultad de cancelación en moneda de curso legal. En tanto que surge de los términos del acuerdo que la previsión de la moneda extranjera se vincula con la necesidad de precaverse de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda nacional, y no porque la primera sea esencial para la adquisición de un bien o servicio, por lo que no existe cortapisa para que el heredero Muñoz pueda cancelar las cuotas pactadas dando en pago su equivalente en moneda de curso legal.

Y en este aspecto es que el caso de autos se diferencia del precedente citado por el recurrente ("Alvarez c/ Proyección Médica S.A.", Cám. Nac. Apel. Civil, Sala F, 14/10/2015), por lo que el mismo no resulta de aplicación en el sub lite. En dicho precedente se había previsto una forma alternativa, en el mismo contrato, de cumplimiento del pago por entrega de moneda extranjera, que era la cantidad de pesos necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o en el Mercado Abierto Electrónico S.A. una cantidad de bonos externos de la República Argentina, de cualquier serie y valor o ante la falta, insuficiencia, o ausencia de Bónex, cualquier otro título público pagadero en dólares estadounidenses. Justamente por la previsión contractual es que la Cámara resolvió que debía estarse a lo pactado en el contrato, en tanto expresamente se había previsto la alternativa de pago ante la imposibilidad de hacerlo en la moneda originalmente pactada.

El art. 765 del Código Civil y Comercial se encontró vigente al momento de la celebración del contrato entre las partes, por lo que integró el mismo, ya que estaba

incluido en el marco jurídico en el cual se celebró el acuerdo. Ello determina que, en rigor, la jueza de grado no ha modificado el contrato celebrado por los litigantes, siendo inaplicable, por ende, la manda del art. 960 del Código Civil y Comercial.

III.- No obstante lo dicho, y desde el punto de vista del fallo de grado -teoría de la imprevisión-, la sentencia también merece confirmación.

Si bien la jueza de primera instancia no lo ha dicho expresamente, surge de los Considerandos de su resolución que ella se encuentra fundada en la manda del art. 1.091 del Código Civil y Comercial, en tanto considera a las restricciones cambiarias como hechos sobrevinientes, ajenos a la voluntad de las partes que influyen sobre las prestaciones comprometidas y autorizan su adecuación.

Carlos A. Hernández sostiene que uno de los requisitos de la aplicación de esta figura es que “haya una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes. Se atiende así al suceso que sale del curso normal y ordinario de las cosas, con notas de imprevisibilidad, extraneidad y sobreviniencia. Sobre la imprevisibilidad, el más polémico de los recaudos, se recuerda que la doctrina y la jurisprudencia la consideró cumplida frente a los graves procesos inflacionarios de junio de 1975, febrero-abril de 1981 y mayo de 1989. Se juzgó que para ello era indispensable evaluarla en concreto, es decir, en atención a las cualidades subjetivas del contratante perjudicado, y prescindiendo de la opinión de expertos expresada en contraposición al plan de gobierno en curso.

“Se exige además que provoque una excesiva onerosidad de la prestación a cargo del deudor, representada en un notable desequilibrio. Se ratifica el criterio legal de dejar librada dicha medida a criterio judicial, recurriendo para ello a los principios generales del Derecho...” (cfr. aut.cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VI, pág. 224).

En autos, más que de excesiva onerosidad se trata de imposibilidad de cumplir la obligación de entrega de moneda extranjera, en atención a las restricciones cambiarias impuestas por el gobierno federal, claro que en forma parcial por cuanto la sentencia manda entregar la cantidad de U\$D 200 (límite mensual de adquisición) y el resto del importe de la cuota en moneda de curso legal. Se trata del hecho del príncipe que influye directamente en el contrato, impidiendo el cumplimiento de la prestación, conforme fuera pactada.

De ello se sigue que la restricción cambiaria es ajena a la voluntad de las partes, que es sobreviniente y que influye directamente en la prestación debida.

Ahora bien, el acreedor considera que la existencia de restricciones cambiarias no puede ser considerado, en la República Argentina, como imprevisible, dado su recurrencia.

No comparto esta opinión.

Es que, y de ser así, debieron las partes prever en el contrato la alternativa de cancelación de las cuotas para el supuesto de imposición de restricciones cambiarias, pero nada se dice en el acuerdo al respecto. Por lo que, estas restricciones no fueron previsibles para las partes, al momento de celebrar el contrato.

Entonces, la misma conducta de los contratantes está reconociendo que la imposición de restricciones para la adquisición de moneda extranjera adopta la característica de imprevisible.

Luego, de no aceptarse la adecuación del contrato, la opción para el deudor es acudir al mercado no oficial para la adquisición de la moneda extranjera, el denominado mercado paralelo o blue conforme se denomina en la

actualidad, con lo cual se estaría avalando una conducta ilícita, lo que no resulta posible.

Conforme lo adelanté, y desde la visión de la teoría de la imprevisión, la adecuación del contrato es razonable, más aún cuando se advierte que ella es transitoria, ya que regirá mientras se encuentren vigentes las restricciones para la adquisición de moneda extranjera.

Lo dicho importa el rechazo del recurso de apelación del heredero Terrarossa.

IV.- En lo que refiera a la distribución de las costas del proceso, entiendo que la distribución en el orden causado, determinada en la resolución recurrida se ajusta a derecho.

En efecto, el heredero Muñoz no intentó incumplir su obligación sino que, por el contrario, ante las restricciones para la adquisición de la moneda extranjera en la cual había sido pactada la obligación, acudió a sede judicial justamente para no incurrir en mora.

Luego, por las características de la cuestión debatida y dado la oposición del heredero Terrarossa a la pretensión del heredero Muñoz, la distribución de las costas procesales conforme se ha hecho en el fallo apelado resulta razonable, por lo que ha de ser confirmada.

V.- Resta analizar el recurso de apelación planteado por el heredero Muñoz, adelantando que la queja también ha de ser rechazada.

Esta Sala II ya se ha expedido sobre el agravio que expone el recurrente en autos "Cooperativa de Servicios Públicos Plottier Ltda. s/ Incidente de Apelación" (inc. n° 44.040/2020, 4/11/2020), sosteniendo que: "...en autos no hay dos

obligaciones distintas, o una principal y otra accesoria. La obligación es única: entrega de determinada cantidad de moneda extranjera.

“Lo facultativo en el supuesto de autos es el pago, que puede ser hecho en moneda extranjera o en moneda nacional.

“Ahora bien, en el supuesto de pago de la obligación en moneda de curso legal, su equivalencia, o suficiencia –conforme reza el acuerdo celebrado entre las partes- debe ser valorada en función de la única obligación pactada que refiere a cantidad de moneda extranjera. En otras palabras, la suma de dinero nacional que el deudor entregue en concepto de pago debe permitir al acreedor hacerse de la cantidad de cosas que conforman el objeto de la obligación.

“Bajo este razonamiento, la pretensión de los letrados de la parte actora es justa, ya que de no reconocérseles el recargo tributario impuesto por el legislador, se les impide adquirir la cantidad de cosas objeto de la obligación con el importe entregado en moneda de curso legal.

“Si el deudor asumió la obligación de entregar moneda extranjera, debió prever contar con la cantidad necesaria para la cancelación de la deuda, y si no lo hizo, debe asumir los mayores costos que su adquisición demande, ya sea que elija cancelar la obligación entregando dólares estadounidenses, o su equivalente en moneda de curso legal”.

Esta posición es compartida por la jurisprudencia. Así, en autos “Ortola c/ Sarlenga”, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, por mayoría, sostuvo, con fundamento en el art. 765 del Código Civil y Comercial, que se debe pagar la cantidad de pesos necesaria para adquirir los dólares, debiendo tomarse, a tal fin, la cotización publicada por el Banco Nación (tipo vendedor) a la fecha de pago, pero incrementada en un 30% por el conocido impuesto PAIS (sentencia del 15/10/2020, LLAR/JUR/47237/2020).

De igual modo, en la causa “Zucatto c/ Lobos”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores también mandó pagar el equivalente en moneda de curso legal,

conforme cotización oficial con más el recargo del 30% por el impuesto PAIS (sentencia del 7/7/2020, LL AR/JUR/23730/2020).

Finalmente, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Fideicomiso de Recuperación Crediticia c/ Yoma" también otorgó la posibilidad de cancelación del saldo del precio en pesos, pero convirtiéndose el monto adeudado en dólares estadounidenses a moneda local, conforme el tipo de cambio oficial al que puede acceder el particular para hacerse de moneda extranjera en el mercado que en el régimen legal actualmente vigente se conoce como "dólar solidario" (art. 35, ley 27.541) -sentencia de fecha 19/10/2020, LL AR/JUR/48310/2020-.

VI.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de \$ 1.974,00 en conjunto para los Dres. ... y; y \$ 1.974,00 para la Dra., todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 10, 11 y 15 de la ley 1.594.

El Dr. José Ignacio NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución dictada en fecha 27 de julio del año 2020 (fs. 1.977/1.978), en todo lo que ha sido materia de recurso y agravio.

II.- Imponer las costas en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de \$ 1.974,00 en conjunto para los Dres.... y; y \$ 1.974,00 para la Dra..... (arts. 10, 11 y 15 de la Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria