

Contrato Bursatil Caucion Pase Modalidad Colocadora

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Contrato bursátil. Caución. Pase. Modalidad colocadora Se confirma la sentencia que rechazó la demanda incoada por cumplimiento de contrato bursátil, al probarse que se trató de una operación de caución -y no de pase- y bajo la modalidad de colocadora, por lo que bien corresponde desestimar la pretensión de reintegro de las acciones y el pago de los dividendos.

En Buenos Aires, a 22 de septiembre de 2016, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?BONFIGLIO, MARIA ROSA c/ LACOSTE Y CIA. S.A. SOCIEDAD DE BOLSA s/ ORDINARIO?, registro n° 62273/2005, procedente del JUZGADO N° 7 del fuero (SECRETARIA N° 14), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo: 1°) La señora María R. Bonfiglio, invocando la condición de cesionaria del señor Eligio C. Zamparo, demandó a Lacoste y Cía. S.A. Sociedad de Bolsa por cumplimiento del contrato bursátil que quedó instrumentado en los boletos n° 5918 y 5919, o bien, subsidiariamente, por resolución para el caso de incumplimiento, procediendo la demandada a la devolución de las acciones que garantizaron las operaciones respectivas con sus dividendos, así como a la reparación de daños y perjuicios -daño emergente, lucro cesante y daño moral- fundados en las normas sobre responsabilidad aplicables a los comisionistas de bolsa, e intereses (fs. 21/31). La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, con costas a la actora. Para así concluir sostuvo el fallo, en sustancial síntesis, que el contrato bursátil invocado en la demanda no fue un ?pase? como lo postulaba la señora Bonfiglio sino, en realidad, una ?caución? y que se trataba -tal como lo había informado el peritaje contable- de una operación liquidada y cancelada en tiempo y forma, frente a lo cual devenía improcedente tanto la acción de cumplimiento como la subsidiaria resolución contractual incoadas. Asimismo, observó que la pretensión de reintegro de las acciones era improcedente porque en la ?caución? tales títulos asumieron una simple función de garantía (fs. 314/321). Contra tal decisión apeló la actora (fs. 326), quien expresó sus agravios a fs. 361/364, los que fueron resistidos a fs. 406/409. Asimismo, existen apelaciones por los honorarios regulados, las que serán consideradas al finalizar el acuerdo (fs. 323/324, 329 y 336) 2°) Como se observó en la contestación de demanda, la actora utilizó en el escrito de inicio ambivalentemente las locuciones ?pase? y ?caución? para referirse a la operación por cuyo cumplimiento y/o resolución promovió el presente juicio (fs. 72 vta.). En efecto, si bien dicha parte dijo demandar en función de una operación bursátil de ?pase? y explicó las características de ese contrato (capítulos I y VI), aludió indistintamente a la falta de reintegro de ?...las acciones caucionadas...? (fs. 22), de los ?...títulos caucionados en los boletos n° 5919 y 5918...? (fs. 23 vta.). Tal ambivalencia en el léxico se aprecia acaso más notoria en el texto de la diligencia preliminar que se tiene a la vista (causa n° 58.205/2004), en la que si bien la actora habló de la existencia de un contrato bursátil de ?pase? (fs. 35 vta., 37 vta.), con reiteración aludió igualmente a los títulos valores ?...caucionados...? (fs. 35, 35 vta. y 36) y, mostrando una extrema imprecisión conceptual, refirió que los referidos boletos daban cuenta de un ?contrato de pase y caución? (fs. 36 vta., 37 vta., 38 vta. y 40 vta.), aunque en tres oportunidades dijo estar en presencia de un ?contrato de caución bursátil? (fs. 35, 36 y 36 vta.), expresión esta última que sugestivamente no se reprodujo en el escrito de demanda. La ambivalencia de las palabras de la actora parece ser también conceptual y con pretensión de tener eco en la decisión jurisdiccional de esta alzada, ya que de modo inocultable subyace en el memorial de fs. 361/364 (particularmente en el agravio primero) la intención de tratar de convencer, frente a lo resuelto en la instancia anterior, que es un ejercicio inútil determinar si el contrato bursátil invocado en la demanda fue un ?pase? o una ?caución? pues, cualquiera sea la respuesta, la solución final favorable a la recurrente habría de ser la misma. Se trata, empero, de un intento vano. Es que no puede dudarse que ?pase? y ?caución? son negocios bursátiles diferentes, como resulta claramente de la normativa dictada por la autoridad de control (conf. Normas de la Comisión Nacional de Valores, Título VI, Capítulo V, arts. 16 y 17, texto aprobado por decreto 1023/13), más allá de la nota común y a la vez específica en cuanto a la inexcusable necesidad de efectuar el depósito de los valores objeto de la operación en el Mercado de Valores respectivo, o en la cámara de compensación y liquidación (conf. Anaya, J. y Podetti, H., Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 179, n° 32). Y siendo negocios bursátiles diferentes, lógicamente son también diferentes los efectos jurídicos que, según sea el caso, habrían de tenerse en cuenta para resolver el sub lite.

Aclarado lo anterior, se impone observar que en los dos boletos mencionados en la demanda aparece, arriba a la izquierda, la leyenda ?APER. COLOCADORA VENTA en U\$\$? y a la derecha, en un recuadro, la expresión ?ESPECIES VS. EN CAUCION?

-especies varias en caución- (fs. 42 y 43, reservadas en sobre). Asimismo, Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. (MERVAL) informó que la operación a la que se refirió el boleto n° 5919 fue una ?caución Colocadora? (fs. 172), y el peritaje contable estableció que ese instrumento y el boleto n° 5918 fueron contablemente registrados por la demandada como ?operaciones de caución y no de pase? (fs. 250). Todos estos elementos de juicio fueron especialmente ponderados por el juez a quo en su sentencia para descartar la existencia de un ?pase? (fs. 318 vta./319). Sin embargo, el memorial de agravios guardó silencio sobre ellos, mencionando dicho informe y el peritaje contable a un efecto distinto del referente a la calificación de la operación como ?caución? (fs. 362 vta.). En este aspecto, pues, la apelación adolece de una crítica concreta y razonada del fallo apelado (art. 265 del Código Procesal), sin que pueda dejar de ser advertido, además, que la actora fue declarada negligente en la activación de la impugnación que hiciera a dicha experticia (fs. 277/278), lo que tampoco cuestionó en esta alzada en la oportunidad prevista por el art. 260, inc. 2°, del Código Procesal. Así las cosas, no cabe sino confirmar la decisión adoptada por la sentencia apelada en cuanto a estar en presencia de una operación de ?caución? y no de ?pase?. Se debe además concluir que la ?caución? fue bajo la modalidad ?colocadora?. Ello es lo que se desprende, en efecto, de la simple lectura de los mencionados documentos y, particularmente, de la referida prueba informativa que corrobora la corrección de la contabilidad de la demandada (art. 386 del Código Procesal). Bajo tal perspectiva, no cabe sino desestimar el primer agravio de la actora. 3°) La conclusión referente a estar en presencia de una ?caución?, no de un ?pase?, y que ella fue ?colocadora?, permite también rechazar el segundo agravio de la actora y confirmar la sentencia de primera instancia en tanto desestimó la pretensión de dicha parte de que se le reintegren las acciones, haciéndose cargo la demandada de los dividendos que ellas hubieran devengado. La ?caución? bursátil puede ser ?tomadora? o ?colocadora?. En el primer caso el inversor toma fondos en calidad de préstamo a ser devueltos a una tasa fijada previamente y debiendo depositar valores negociables o dinero en garantía de la misma. En contraposición, la caución es ?colocadora? cuando el inversor coloca dinero (en forma similar a un plazo fijo) a una tasa previamente establecida. En este caso es el ?tomador? quien se lleva el dinero, dejando como garantía títulos que son tomados a un valor inferior al de mercado, dependiendo el porcentaje (o aforo) de cada especie. De tal suerte, por haberse tratado de una ?caución colocadora?, no fue el señor Eligio C. Zamparo (cedente de la actora) quien tomó los fondos y garantizó con acciones su reintegro, sino quien los aportó (colocó) quedando él garantizado con esos títulos de los que, obviamente, no era propietario. Así lo explicó con claridad el MERVAL (informe de fs. 173), siendo ello, además, lo que da respuesta a la cuestión también levantada por la actora en su segundo agravio en orden a que los boletos n° 5918 y 5919 no identificaron las referidas acciones. Es que no fueron identificadas por la sencilla razón de que ni el señor Zamparo dispuso sobre ellas como dueño, ni la demandada las recibió con ese alcance, por lo que mal puede la actora como cesionaria de aquél invocar violación a las reglas del mandato o de la custodia de títulos que dice aplicables en cuanto a la actividad de los comisionistas de bolsa. Tampoco la demandada es obligada a la gestión de restitución de las referidas acciones, ni menos al pago de los dividendos que le correspondan. Como se dijo, las titularidad de las acciones no estaba en cabeza del cedente de la actora y, por lo tanto, no es a esta última a quien le corresponden los derechos de disposición y económicos inherentes, sino que estos últimos le corresponden al tomador de la ?caución colocadora?. En efecto, es al tomador a quien le corresponde hacer cualquier reclamo sobre las acciones que, según lo informado a fs. 173, fueron depositadas en Caja de Valores S.A., para lo cual habría de ajustarse al régimen del art. 54 de la ley 20.643 (conf. esta Sala D, ?Castro, Nora Elba y otra c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ ordinario?); y es a la misma persona a quien, eventualmente, le corresponden los dividendos devengados por las acciones pues, como es sabido, la ?caución? es una operación bursátil que no importa transferencia de dominio sobre títulos valores (conf. Linares Bretón, S., Operaciones de Bolsa, Buenos Aires, 1980, p. 179), es decir, el tomador de fondos entrega en garantía, que permanecerá depositada como tal en el mercado o en la cámara de compensación y liquidación si estuviese escindida del mercado, cierta cantidad de valores negociables, sin perder la propiedad de éstos y siendo a su favor toda acreencia devengada por ellos, vgr. si durante la vigencia de la caución el título realiza pagos de dividendos u otros conceptos, el dueño original será quien goce de estos beneficios. En suma, como se adelantó, el segundo agravio de la actora no merece acogida. 4°) El peritaje contable informó que el producto de la caución colocadora de que tratan estas actuaciones fue incorporado a la cuenta corriente del cedente de la actora por su equivalente en pesos (\$ 105.413), calculado a la paridad de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense de un total de U\$S 75.150 (fs. 252, punto ?e?). Tal dato fáctico es concordante con la nota de fs. 45 que aparece suscripta por dicho cedente, por la cual solicitó y autorizó a la demandada para que los dólares estadounidenses que se hallaban depositados en su cuenta comitente fueran convertidos a pesos de acuerdo con las Resoluciones del Ministerio de Economía n° 6 y 9 de 2002, y la Comunicación ?A? 3426 del Banco Central de la República Argentina. Asimismo, el peritaje contable detalló que con posterioridad el señor Zamparo dispuso de los referidos fondos ?pesificados? para la adquisición de títulos valores accionarios (fs. 252, punto ?f?). A la luz de estos elementos de juicio y de las razones que seguidamente se exponen, no se aprecia incumplimiento alguno de la sociedad de bolsa demandada por el cual deba responder frente a la actora. En efecto: en el caso de las cauciones bursátiles es el Mercado de Valores el que

regula y garantiza las operaciones y contra el que ellas se liquidan. La Comisión Nacional de Valores -y en algunos casos también el B.C.R.A.- tiene facultades reglamentarias y de control al respecto. En tal sentido corresponde recordar que el decreto n° 1582/01 (B.O. 6/12/01) previó en su art. 9° que "...Las entidades sujetas al control y a la supervisión de la Comisión Nacional de Valores, organismo descentralizado dependiente de la Subsecretaría de Servicios Financieros de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía, deberán ajustar su operatoria a las disposiciones establecidas por el decreto n° 1570 del 1° de diciembre de 2001...". En el mismo sentido la Comisión Nacional de Valores dictó la Resolución General n° 379/2001 (B.O. 6/12/01) por la que dispuso que "...las entidades autorreguladas deberán ajustar su operatoria a lo establecido en el decreto n° 1570/01, en particular a lo prescripto en el art. 1° del citado cuerpo normativo...". Esa Resolución fue luego derogada por la Resolución General n° 387/2002 (B.O. 18/1/02) que dispuso que "...Las entidades autorreguladas deberán ajustar su operatoria a lo establecido en el artículo 7° de la ley n° 25.561 (Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario) que deroga el artículo 1° del decreto n° 1570/01 y dictar las normas necesarias en la órbita de su competencia, a los efectos de la adecuación de su operatoria a lo dispuesto en el presente artículo...". En dicha resolución se destacó: "...Que en el marco de estas circunstancias extraordinarias corresponde a la Comisión Nacional de Valores dictar las medidas concernientes a la adecuación de la operatoria de las entidades bajo su control y fiscalización a lo establecido en el artículo 7° última parte de la ley n° 25.561, entre las cuales cobran especial relevancia las operaciones de pases y cauciones pactadas en dólares...". Cabe también recordar que el referido artículo 7° última parte- de la ley 25.561 dispuso que: "...Sólo podrán consignarse en dólares u otras divisas, los consumos realizados fuera del país. Los saldos deudores pendientes de pago a la fecha de promulgación de la presente ley, serán cancelados en pesos a la relación de cambio un peso (\$) = un dólar estadounidense (US\$ 1)...". Por último debe resaltarse que el Mercado de Valores de Buenos Aires -que por Circular n° 3473 del 3/12/01 había dispuesto que "...las operaciones de pase y caución bursátil que se concierten a partir del día de la fecha se efectuarán exclusivamente en dólares estadounidenses...? aclarando que "...en las operaciones ya concertadas y pendientes de cumplimiento, se mantienen las condiciones pactadas en su concertación...?- dispuso el 16/1/02, luego de distintos feriados bursátiles, por Comunicado n° 10.025: "...suspender a partir del primer día de negociación la concertación en dólares estadounidenses en todas las operaciones previstas...? agregando que "...el primer día que se realicen las liquidaciones en dólares estadounidenses pendientes y/o a vencer, estas últimas anticipadamente, las mismas se convertirán a pesos con la paridad del dólar oficial \$1,40, de acuerdo a las disposiciones vigentes en la materia...". Cabe aquí recordar que aún no había sido sancionado el decreto n° 214/02 (B.O. 4/2/02), por lo que lo dispuso en razón de la sanción de la ley 25.561 que derogó el régimen de convertibilidad establecido por la ley 23.928 y previó en su art. 11 la forma de cancelar las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero (previendo que se convertirán a razón de US\$ 1 = \$ 1, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace). Conforme a lo expuesto, la Sociedad de Bolsa demandada en cuestión debió sujetarse a lo dispuesto por el Mercado de Valores en el Comunicado n° 10.025 antes referido, que dispuso la liquidación de las operaciones en dólares a la paridad US\$ 1 = \$ 1,40 (conf. Cám. Fed. La Plata, Sala III, 25/8/2009, ?B., A. c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo?). A partir de lo precedentemente expuesto, como se dijo, no puede afirmarse que la demandada hubiera actuado contra derecho, pues se limitó a cumplir disposiciones legales (art. 1071, primer párrafo, del Código Civil), dicho sea ello, ciertamente, más allá de la pertinencia de las citas legales volcadas en la referida nota de fs. 45 y de las conclusiones que, en punto a esas citas, hubieron de formularse en el precedente de la Sala C de esta alzada mercantil citado en fs. 363 que, valga señalarlo, no tuvieron en cuenta el plexo normativo antes reseñado. Por otra parte, la conformidad con la ?pesificación? que el cedente de la actora prestó al suscribir la citada nota y el uso de los respectivos fondos que ulteriormente hiciera, determina que sea aplicable en el sub lite la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ?Cabrera?, según la cual al tratarse de derechos patrimoniales de los cuales su titular puede disponer e incluso renunciarlos expresa o tácitamente, si aceptó el pago de su depósito a la paridad establecida en el régimen normativo de emergencia sin efectuar reserva alguna, no puede sustraerse luego de las consecuencias de dicho acto (CSJN, 13/7/04, "Cabrera, Gerónimo R. y otros c/ P.E.N. ley 25561, dctos. 1570/01, 214/02 s/ amparo?", Fallos 327:2905, considerando 7°). Esto último, obviamente, es aplicable a la cesionaria actora, toda vez que no puede ella invocar un derecho mejor o más extenso que el de su cedente (art. 3270 del Código Civil y art. 399 del Código Civil y Comercial de la Nación; esta Sala D, 30/6/2016, ?Encina, Sonia Clara c/ Shell CAPSA s/ ordinario?). Lo expuesto precedentemente, permite fundamentar el rechazo del tercer y último agravio de la demandante. 5°) Por lo expuesto, y no sin antes expresar la desazón que provoca advertir que la pretensión actora solamente se explica en la evidente falta de comprensión de cuál fue en concreto el negocio bursátil que instrumentaron los boletos n° 5918 y 5919, sus efectos y características, propongo al acuerdo rechazar la apelación de dicha parte, con costas a su cargo. Así voto. El señor Juez de Cámara, doctor Vassallo adhiere al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a)

Rechazar la apelación de la actora, con costas a su cargo (art. 68 del Código Procesal). (b) Corresponde tratar las apelaciones de honorarios conforme fuera anticipado en el considerando 1º. La parte actora se alzó contra la regulación de honorarios efectuada en el fallo de primera instancia, expresando los fundamentos de fs. 323, los que merecieran la respuesta de los letrados Ángel Daniel Vergara del Carril y Claudio A. Galli de fs. 332/333. De su lado, el abogado Ángel Daniel Vergara del Carril y el perito contador Félix Besteiro apelaron los emolumentos que se les fijara por bajos (fs. 329 y fs. 336, respectivamente). Por consiguiente, en atención a la naturaleza, importancia y extensión las tareas desarrolladas y a las etapas efectivamente cumplidas, elévanse los honorarios de Ángel Daniel Vergara del Carril a \$ 240.000 (doscientos cuarenta mil pesos) (arts. 6, 7, 19, 37 y 38 de la ley 21.839); por estar apelados sólo por altos, confirmase en \$ 20.700 (veinte mil setecientos pesos), \$ 157.600 (ciento cincuenta y siete mil seiscientos pesos), \$ 7.000 (siete mil pesos) y en \$14.000 (catorce mil pesos) los emolumentos de los abogados Claudio A. Galli, Guillermo Pablo Mitchell, Fernando B. Menéndez y Raúl Sitja y Balbastro, y redúzcanse los emolumentos de Débora Kanna Bergel y María Soledad Quintana a \$2.000 (pesos dos mil) y \$2.000 (pesos dos mil) (arts. 6, 7, 10 19, 37 y 38 de la ley 21.839). Con similares pautas en lo pertinente, confirmase los honorarios allí fijados para el perito contador, Félix Besteiro. Por último, por el escrito de fs. 406/409 se fijan en \$ 56.000 (cincuenta y seis mil pesos) y en \$ 17.000 (diez y siete mil pesos) los emolumentos de los abogados Rodrigo Sebastián Bustingorry y Ángel Daniel Vergara del Carril, respectivamente (art. 14 de la ley 21.839).

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Pablo D. Heredia Gerardo G. Vassallo Julio Federico Passarón Secretario de Cámara

011729E