



***Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.***

***Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343***

Página web: [www.colabdol.com.ar](http://www.colabdol.com.ar) E mail: [colabdol@fairweb.com.ar](mailto:colabdol@fairweb.com.ar)

**CIRCULAR N° 257/02**

**UNREGISTERED**

Dolores, 06 de junio de 2.002.-

Created by Unregistered Version

**REF: “ Fallo, EJECUCION HIPOTECARIA. Obligaciones contraídas en moneda extranjera. PESIFICACION. Inconstitucionalidad del Art. 8° Dec. 214/2002 y Art. 11 Ley 25561. Deudor en mora**

**Autos: "Maldonado de Sanguinetti Susana Maria y otros c/Sabatier Carlos Alberto y otros s/ejecución hipotecaria - ejecutivo" – JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 32 – 08/04/2002 ”.-**

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "MALDONADO DE SANGUINETTI SUSANA MARIA Y OTROS C/SABATIER CARLOS ALBERTO Y OTROS S/EJECUCION HIPOTECARIA - EJECUTIVO":: y

CONSIDERANDO:

I) A través de la presentación de fs. 64/5 la parte actora deduce la inconstitucionalidad del Art. 11 de la ley 25561 y Art. 8° del decreto 214/02.//

**UNREGISTERED**

Created by Unregistered Version

Corrido el traslado de ley, fue contestado a fs. 76/7.

II) La emergencia legislativa no es nueva en el Derecho argentino, pues tiene antecedentes que datan de las primeras décadas del siglo pasado.

En efecto, en el año 1920 se sancionó la ley 11157, cuyo Art. 1° congelaba durante dos años el precio de los alquileres por locación de casas, piezas y departamentos, destinados a habitación.

Planteada la inconstitucionalidad de esa ley, dijo por entonces la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ercolano Agustín c/Lantieri de Renshaw, Julieta s/consignación" (Fallos, 136:161)), que ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter absoluto. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos, pero no siendo posible prever en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para serlos adaptables a la vida de relación, ha confiado en el Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad regulatoria.

Como puede verse, la Corte se inclinó por la constitucionalidad de la ley, mientras que el Dr. Bermejo, votando en disidencia, dijo: "El valor de todas las cosas o el uso y goce de las mismas así como el del trabajo en sus diversas manifestaciones, depende de factores múltiples ajenos a la autoridad de los gobiernos y de los poderes que los constituyen, y no puede decirse que abuse de su derecho el que reclama por el mercado que constituye el verdadero y legítimo valor y, por consiguiente, su derecho y en manera alguna un abuso, pues como observa el codificador, refiriéndose al carácter absoluto del derecho de propiedad: "toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas". Si el gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida".

Unos catorce años después, a propósito de la sanción de la ley 11.741 de 1933, que establecía una moratoria hipotecaria, prorrogando por tres años las obligaciones garantizadas y fijando un tope para los intereses a cobrarse, volvió la Corte a expedirse sobre el tema en el caso "Avico, Oscar c/Saúl G. de la Pesa s/consignación" (fallos 172:21). Una vez más se inclinó por la constitucionalidad. Sostuvo que la gravedad y extensión de la crisis económica justificaban ampliamente la ley impugnada, todas sus disposiciones se proponían salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como lo es el interés público en esa grave emergencia. Los medios empleados, como la moratoria para el pago del capital e intereses y el tope puesto a éstos, eran justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales.

Fue necesario arribar a las postrimerías del siglo XX, previo paso por el famoso decreto 1096/85, que instrumentara el denominado "Plan Austral", para que los artículos 10 y 11 de la Constitución fueran objeto de una nueva serie de leyes de emergencia 23696 (reforma del Estado, Emergencia administrativa), 23697 (Emergencia Económica), 23928 (Convertibilidad del austral) y 23982 (Deuda Pública).

Por ese entonces hicieron su aparición en la escena jurídica los decretos de necesidad y urgencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como acabamos de ver, admitió desde muy antiguo la constitucionalidad de normas que limitaban los derechos individuales a partir de una regulación estatal de la economía.

Hace ya una década dijo ese tribunal en el caso "Peralta", que el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y de atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto. Agregó que, cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no priva a los particulares de beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del Art. 17 de la Constitución Nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis (confr. CSJN 27/12/90, LL 1991-C-141).

Por esa misma época, recuerdo que el Sr. Fiscal de la Excm. Cámara dijo en los autos "Inversiones Unidas S.A. c/M.C.B.A. S/ expropiación inversa", en trámite todavía por ante este Juzgado: "...la suspensión en forma transitoria del pago debido, ante la "emergencia económica", no provoca dicha transgresión al ordenamiento jurídico ya que es razonable que todos los ciudadanos contribuyan dentro de sus posibilidades al sostenimiento de las finanzas públicas".

Como puede verse, aún antes de la Constitución Nacional de 1994, se admitía que en determinadas circunstancias, en las que existe una situación grave, combinándose el estado de necesidad con la urgencia, remediable tan solo a través del dictado de normas por el poder ejecutivo, podía aceptarse la potestad excepcional de ese poder para emitir reglamentos o decretos denominados por ello "de necesidad y urgencia".

El fundamento que justifica el ejercicio de esa competencia excepcional es el de la subsistencia y continuidad del Estado, como lo sentara en más Alto Tribunal en el recordado caso "Peralta", como único modo de asegurar los derechos y garantías de las personas.

Las circunstancias que justifican el dictado de este tipo de disposiciones deben reunirse simultáneamente en una situación caracterizada por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecta la subsistencia y continuidad del Estado, b) una proporción adecuada entre el fin perseguido y las medidas descriptas por el reglamento; c) la premura con que deben dictarse las normas para prevenir graves riesgos comunitarios (Conf. Cassagne, Juan Carlos, "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia"; LL 1991-E-1187).

A su turno, debe interpretarse el estado de necesidad como respondiendo a pautas muy severas en su apreciación y admisión. Sólo acontecimientos fundamentales, definitorios de una epón entre la subsistencia o el aplastamiento del estado o de la comunidad, explican la presencia cierta de un real estado de necesidad. Pero por otra parte, esa necesidad tiene que exigir una respuesta estatal impostergable e inmediata, imposible de lograr a través del trámite legislativo normal (Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, "Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino", LL 1985-E-803).

El Art. 99 inciso 3° de la Constitución Nacional, permite al Poder Ejecutivo dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, solamente cuando "circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los tramites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes". Se prevé luego el procedimiento a seguir inmediatamente después del dictado del decreto.

III) Ahora bien, frente a ese permanente avasallamiento de las facultades del Congreso, traducido en el dictado de un sinfín de decretos de necesidad y urgencia y la aceptación sumisa de esa situación por parte de este último, claramente reflejada con la sanción de las leyes 25414 y 25561, a comienzos de este año vuelve la Corte Suprema a dejarse oír en el sonado caso "Smith" del 1° de febrero de 2002.

Sostuvo en esta oportunidad, con cita profusa de precedentes, que "la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato", que "si bien es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es la razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares", que "la facultad del Estado de limitar o extinguir derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo", que "ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que en este caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema".

Apenas dos días después de emitido este fallo, el Poder Ejecutivo decidió actuar por un camino distinto y, tal vez, con el propósito de reafirmar la separación de los poderes del Estado, dictó un nuevo decreto de necesidad y urgencia, que bajo el Nro. 214/02, pronto se haría tristemente célebre, como lo fue en su momento el decreto 260/96, aunque ahora los intereses en juego son infinitamente superiores y las consecuencias gravosas, inconmensurablemente más serias, al atentar contra el patrimonio, no de un grupo de víctimas de accidentes de tránsito, sino una parte considerable de la sociedad argentina.

Invocando en sus considerandos la necesidad de preservar el orden público económico, sin restringir irrazonablemente los derechos de las personas, a fin de conducir en el tiempo más breve posible a la compatibilización de todos los intereses en juego, con los menores costos y perjuicios para cada uno de ellos, el Art. 1° dispone la transformación a pesos de todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen, expresadas en dólares estadounidenses. Agrega el Art. 8 que esas obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, no vinculadas al sistema financiero, se convertirán a razón de un dólar estadounidense igual a un peso, sin perjuicio de la aplicación, con remisión al Art. 4, de un coeficiente de estabilización de referencia que será publicado por el Banco Central de la República Argentina, más una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos. Esto último fue dejado sin efecto poco después por el Art. 7 del decreto 410/2002.

Con anterioridad al dictado de este decreto 214/02, más concretamente, el 6 de enero de este año, el Congreso había sancionado la ley 25561 de Emergencia Pública, cuyo Art. 11 establece que las prestaciones dinerarias exigibles desde su fecha de promulgación, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares, serán canceladas en pesos a la relación de cambio de un peso igual un dólar estadounidense, en concepto de pago a cuenta de la suma que en definitiva resulte de la aplicación del inviable procedimiento indicado en los apartados 2 y 3 de la misma norma.

IV) Cabe preguntarse si, quienes redactaron estas normas, tuvieron presente el Art. 14 de la Constitución Nacional, cuando reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho de usar y disponer de su propiedad y el Art. 17, que sanciona su inviolabilidad, así como que nadie puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley? O el Art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando asegura a toda persona el derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa? O el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando garantiza a toda persona el derecho al uso y goce de sus bienes, de los que nadie puede ser privado, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social? O el Art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando reconoce a toda persona el derecho a la propiedad, no pudiendo nadie ser privado arbitrariamente de ella?

Cabe preguntarse también si, quienes redactaron estas normas, tuvieron presente que el Art. 3 del Código Civil dispone que la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales o que el Art. 1197 enfáticamente establece que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma?

Como las respuestas a tales interrogantes no pueden ser sino negativas, queda anticipada mi opinión en el sentido de considerar que las normas cuestionadas son absolutamente inconstitucionales.

V) Reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, un tratado o decreto o acto administrativo, es una decisión de gravedad excepcional; es decir, el último argumento que solamente se lo debe usar en casos extremos (Spota, Alberto Antonio, "El principio de supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial Federal, LL 1993-C-782).

En tal sentido se ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de suma gravedad que debe ser considerado como "última ratio" del orden jurídico (Cncivil, Sala E, 7/3/94, JA 1994-IV-606; Cntrab, Sala II, 17/9/94, Rep. LL LV, p. 425). Es decir que la declaración de inconstitucionalidad constituye la "última ratio" del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, sino es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (CSJN, 29-4-93, LL 1993-D-118). Porque se trata de un acto de suma gravedad institucional, no correspondiendo a los jueces el examen de la oportunidad o la conveniencia de las normas -aspecto reservado al legislador-, sino el control de su razonabilidad y adecuación a los

preceptos, principios y garantías de la ley suprema (CnFed, contenciosoadministrativo, Sala IV, 26-8-92, LL 1993-C-185; id. SC Buenos Aires, 2-4-91, DJBA, 142-1495). Para que proceda la declaración de inconstitucionalidad se requiere que se encuentre cuestionado el reconocimiento de algún derecho concreto a cuya efectividad obstaren las normas cuya validez se impugna (Cncivil, Sala C, 27-10-92, LL 1993-B-161).

Además, quien alega la inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera contraría la Constitución Nacional, causando un perjuicio que también debe ser fehacientemente demostrado, ya que la declaración de ésta constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional que debe considerarse como "ultima ratio" del orden jurídico (Cncivil, Sala F, 26/5/94, Rep. LL LV, p. 424; CSJN 9/12/93, JA 1995-I-44; id. 7/5/91, LL 1991-B-785).

Por otra parte, la Constitución no consagra derechos absolutos, insusceptibles de una razonable reglamentación, dependiendo la racionalidad de ésta de su adecuación al fin perseguido, no siendo pasible de tacha inconstitucional en tanto no tenga base en una inequidad manifiesta (CSJN, 24-11-92, LL 1993-D-141; id. 28-6-83, Fallos, 305-831). En este ámbito la normativa constitucional es genérica, enunciativa de los derechos y principios que las leyes regulan para su ejercicio, las cuales -en la medida de su razonabilidad- no pueden ser impugnados con éxito (CnFed. Civil y Com, Sala II, 3-7-92, LL 1992-D-112). Únicamente cabe formular la declaración de inconstitucionalidad cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Cfr. CSJN 12-5-92, LL 1992-E-480).

El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma o procedimiento debe demostrar claramente de qué manera contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen. Para ello es necesario que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición, pues la invocación de agravios meramente conjeturales resulta insuficiente para descalificar el precepto o procedimiento impugnado (CnFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 30-11-93, LL, 1994-D-33).

A los jueces sólo les compete controlar el uso de los poderes del legislador de restringir el ejercicio de derechos constitucionales, para preservar el bien común y otros bienes también ponderados por la Constitución Nacional a fin de evitar que ellos deriven en soluciones manifiestamente inicuas o irrazonables, ya que no es resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos para congregar una situación cierta. (CSJN 7-9-82, Fallos, 304-1259).

VI) Aplicando estas ideas a la situación creada con motivo de las normas que vienen dictándose desde el Decreto 1570/01 en adelante, es indiscutible que todas ellas son inconstitucionales, en tanto atentan contra el derecho de propiedad, la garantía del debido proceso y el acceso a la justicia.

Circunscribiéndome al primero, es evidente que la cuestión así planteada se relaciona en primer lugar, con lo dispuesto por el Art. 3° del código civil, modificado por ley 17711, en tanto dispone que la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Se ha dicho que el principio de irretroactividad deja de ser un mero criterio interpretativo y pasa a ser una exigencia constitucional en dos hipótesis: 1°) cuando la aplicación retroactiva de la ley redundaría en menoscabo de la propiedad particular; 2°) cuando se trata de una ley penal (Confr. Llambías, Jorge, "Tratado de Derecho Civil- parte general", T. I, pag. 133).

Indudablemente, el caso de autos se circunscribe a la primera de las hipótesis aludidas, por cuanto la aplicación retroactiva de las normas cuestionadas importa un real y efectivo menoscabo del patrimonio del particular afectado.

Decía Savigny hace casi dos siglos que el principio de la irretroactividad de la ley tiene dos significaciones diversas igualmente verdaderas e importantes: una relativa al legislador y otra relativa al juez. Para el primero este principio significa que no debe dar a las leyes nuevas efecto retroactivo ni atentar contra los derechos adquiridos; para el segundo, implica que toda ley nueva debe ser interpretada y aplicada de manera que no se le atribuya efecto retroactivo y se respeten los derechos adquiridos. Ello debe ser así porque es muy importante y muy de desear que los ciudadanos tengan una confianza inquebrantable en el imperio de las leyes existentes (el destacado me pertenece). Cada uno debe poder contar con que los actos jurídicos que realice con arreglo a las leyes existentes para adquirir derechos, conservarán en el porvenir su eficacia (confr. Savigny, M. F. C. de "sistema de Derecho Romano Actual", Madrid, 1879, tomo VI, CCCLXXXV, Págs. 350 y sigs.)

López de Zavalía, siguiendo a Savigny, pone un ejemplo esclarecedor: en un país hipotético se hace un préstamo por cinco años, al 10% de interés, a los tres años, cuando ya estaban pagadas dos anualidades y devengada otra, se dicta una ley que prohíbe la tasa superior al 6%. Siguiendo lo que denomina concepción del pasado espiritual, sostiene que ley nueva es retroactiva en primer grado si gravita sólo respecto de las anualidades devengadas pero aún no percibida, y en tercer grado, si alcanza incluso a las percibidas obligando al acreedor a devolver,. Analizando el Art. 3 del código civil, destaca el ilustre jurista tucumano que la negación del efecto retroactivo de las leyes del segundo párrafo, debe ser entendida en el sentido de que no tienen ese efecto de segundo y tercer grado, este último es claro que no puede ser aceptado, pero en cuanto al de segundo grado, tampoco debe ser admitido, aunque la ley es de orden público, pues se vulnera gravemente la igualdad "cuando se trata de un modo distinto al que percibió que al que no cobró pudiendo hacerlo, pues más que castigar la negligencia, parece que se premia la conducta ilegítima de quien debiendo pagar no pagó" (el destacado me pertenece" (Conf. López de Zavalía, Fernando, "irretroactividad de las leyes", LL, 135-1492).

También se ha sostenido que la sujeción de la retroactividad de la ley a la ausencia de afectación de derechos amparados por garantías constitucionales, conforme al texto actual del Art. 3, no ha importado ninguna revolución en relación al texto anterior, porque para detectar si la ley nueva retroactivamente ejercitada conculca un derecho cobijado por su propio rango constitucional, previamente es necesario cerciorarse de la efectiva conexión entre ese derecho y su pretendido titular. Es decir que hay que esclarecer en qué medida quien lo invoca realmente lo posee, lo que nos acerca de algún modo al debatido terreno de los derechos adquiridos y en expectativa. Sin embargo, la terminología utilizada en el texto reformado, al ser más amplia en su significación, deja mayor espacio al juez para evaluar en cada caso el criterio a aplicar conforme a la justicia (conf. Saux, Edgardo I, "efectos de la ley con relación al tiempo", en "Derecho Privado", libro Homenaje a Alberto J. Bueres, buenos Aires, 2001, pag. 86).

Lo cierto es que, no obstante la aparente supresión de la cuestionada distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa, la Corte sigue aludiendo a los primeros, afirmando que cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido. La situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior, sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el Art. 17 de la Constitución Nacional (confr. CSJN, 31/10/94, LL, 1995-C-493).

Al respecto se ha decidido que "el principio de irretroactividad de la ley consagrado por el Art. 3 del código civil sólo rige para los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia; y dicho principio pasa a ser una exigencia constitucional cuando la retroactividad importa el menoscabo de propiedad o cuando se trata de una ley penal (Cncivil, sala B, abril 14-983 LL, 1983-C, 261- ED 104-378).

Ha dicho la Corte Suprema (Fallos 314:1477, 316:2090, 317:1462, entre otros) que de acuerdo con una jurisprudencia tradicional en invariable, coincidente con lo que dispone el Art. 3 del Código Civil, las leyes en nuestro derecho pueden tener efecto retroactivo, bajo la condición obvia e inexcusable de que su retroactividad no afecte garantías constitucionales.

Si las afecta, la ley que de que se trate es jurídicamente inválida, mas no por su retroactividad sino por su inconstitucionalidad. Tal lo que sucede, por ejemplo, cuando el efecto retroactivo de una ley atenta contra los que suelen llamarse "derechos adquiridos" que son, por su naturaleza inalterables y no pueden ser suprimidos por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el Art. 17 de la Constitución Nacional.

Inclusive, el más alto tribunal reiteró en el ya citado caso "Smith" que ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, ya que en este supuesto el principio de no retroactividad de la ley se confunde con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad.

Recientemente se han recordado apreciaciones de Alfredo Orgaz, al emitir su dictamen a propósito de la nueva redacción que tendría el Art. 3 del Código Civil, al ser reformado por la ley 17711. Decía por entonces ese ilustre jurista que no asignaba mucha importancia a la supresión de la distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa, "pues en la práctica los jueces no podrán dejar se referirse a ella para detener la retroactividad aun dispuesta por la ley -en protección de los derechos constitucionales" (citado por Barbero, Omar U., "Corralito y derecho civil y comercial. Responsabilidad de los bancos, de los legisladores y del Estado", diario La Ley del 21 de marzo de 2002, pag. 2).

Pues bien, como juez que hace ya muchos años juró por dos veces observar y hacer observar la Constitución Nacional, no puedo traicionar ese juramento, lo que ocurriría si hoy aceptara aplicar las normas reseñadas a un vínculo contractual concertado en el libre juego de la autonomía de la voluntad en un estado de Derecho, que una de las partes ha violado al incumplir en tiempo propio con las obligaciones asumidas.

VII) En efecto, la cuestión aquí debatida también guarda estrecha vinculación con el principio de la autonomía de la voluntad, como fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos.

La libertad del hombre no debe ser coartada sino por su propia voluntad, de modo que el contrato es el instrumento para regular las relaciones jurídicas entre los hombres. Como es una regla que ambas partes han querido libremente, es necesariamente justo y, en el plano económico, constituye el mejor medio de asegurar el bien común (conf. Belluscio-Zannoni; "Código Civil Comentado", tomo 5, pag. 891).

Sin embargo, el legislador moderno ha infringido graves ataques a la libertad contractual, pero a pesar de ello, el consentimiento continúa siendo el elemento principal creador de la obligación. El respeto de la palabra empeñada impone al primero ser por demás prudente en las intervenciones relativas al ejercicio del contrato. La moralidad cesaría de reinar en el derecho de los contratos y las partes celebrarían las convenciones a la ligera con la secreta esperanza de no cumplir sus obligaciones, si el legislador los desligara con respecto a sus promesas (conf. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Jean, Mazeaud, León, Chabas, Francois, "Derecho Civil-Obligaciones", Buenos Aires, 1997, Tomo I, pag. 163).

Se ha resaltado la gravedad de la invocación de "situaciones económicas" para desconocer "situaciones jurídicas", unida a la limitación de las facultades del juez para decidir acerca de medidas tomadas en ciclos de emergencia social o económica, ya que no le correspondería resolver sobre las contingencias que las motivan ni evaluar la eficacia de los actos gubernamentales. Sin embargo, aún dentro de la posición restringida, se admite que corresponde a los tribunales el control, "cuando, abierta y groseramente, o con espíritu hostil y persecutorio, resultasen de los mismos menoscabos manifiestos a los derechos constitucionales" (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, "Derecho y Economía (Una difícil controversia)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 21, pag. 123).

Preguntándose si existe una tutela constitucional de la autonomía de la voluntad, se responde que más bien puede afirmarse que la autonomía privada y específicamente la libertad contractual, reciben en la jurisprudencia de nuestra Corte, una protección sujeta a la compatibilidad con otras garantías o derechos fundamentales (confr. De Lorenzo, Miguel, "El péndulo de la autonomía de la voluntad", en "Derecho Privado", ob, cit. Pág., 460).

En efecto, y volviendo al caso "Smith", sostuvo la Corte que la restricción del ejercicio normal de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución, debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o por contrato.

En el caso, si se aplicaran las normas cuestionadas a la relación jurídica que liga a las partes, se produciría irremisiblemente esa mutación de derechos adquiridos por contrato.

VIII) En efecto, las partes celebraron un contrato de mutuo con garantía hipotecaria en mayo de 1999. convinieron la forma de amortización del préstamo en cuotas mensuales expresadas en dólares estadounidenses, ya que el capital prestado también había consistido en esa moneda y previeron expresamente las consecuencias en el supuesto de no ser factible el pago en la forma pactada.

En diciembre de 2000 los deudores dejaron de cumplir con las obligaciones libremente asumidas, lo que motivó la promoción de la presente ejecución, en la que ya ha recaído sentencia, aún cuando la misma no se encuentra firme.

Es evidente que el derecho del acreedor quedó definitivamente consolidado al vencimiento de cada período y, lo que es más, al producirse la mora y consiguiente caducidad de los plazos.

Y ello es así porque los ejecutados asumieron, sin que hubieran sido constreñidos a hacerlo, que habrían de pagar tantos dólares mensuales, a cambio del uso de un capital, dólares que debieron pagar, no en diciembre de 2001 o enero de 2002, sino en épocas en que era inimaginable que nuestro país tendría un sueldo en el presente que impera en la actualidad y que, sin embargo, no hicieron.

Esa obligación libremente concertada tuvo como correlato el beneficio emanado de la utilización del capital, y al mismo tiempo, generó el legítimo derecho del acreedor a percibir el cumplimiento exacto de la prestación, derecho que quedó irremisiblemente incorporado a su patrimonio.

Aceptar que deudores morosos como los aquí ejecutados, puedan librarse de sus obligaciones abonando un tercio de lo que tuvieron que pagar cuando debieron hacerlo y no hicieron, importaría tanto como consagrar una expropiación al acreedor sin indemnización previa, o como sostiene Bidart Campos, en el trabajo citado en el dictamen del Sr. Agente Fiscal, una verdadera confiscación.

Nadie discute el estado de emergencia económica por el que atraviesa el país, nadie cuestiona que el fundamento de las leyes de emergencia radica en la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y de atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto, nadie duda en el sentido que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios.

Sin embargo, tampoco nadie puede dudar en cuanto a que el deudor moroso no puede ni debe ser premiado por ser tal, haciendo recaer todo el peso de su responsabilidad sobre el acreedor. Este contaba con la legítima expectativa de percibir su crédito en la fecha convenida. El deudor no cumplió, sin importarle que con su incumplimiento podía estar ocasionando un grave perjuicio a su acreedor o sin importarle que su acreedor podía estar contando con esa legítima expectativa de cumplimiento, para satisfacer a su vez otras obligaciones asumidas, o simplemente, para atender a sus necesidades o las de su grupo familiar.

Premiar al deudor moroso, permitiéndole pagar una tercera parte de lo que debió pagar, sería consagrar una verdadera iniquidad.

Por todo ello, RESUELVO: Declarar la inconstitucionalidad del 11 de la ley 25561 y del Art. 8° del decreto 214/02, disponiendo, en consecuencia, que las sumas reclamadas y por las que la sentencia ha mandado llevar adelante la ejecución,

deberán representar la suma de pesos necesaria para adquirir en el mercado libre de cambios la cantidad de dólares estadounidenses que arroje la liquidación definitiva. Notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal en su público despacho.//  
Fdo.: BEATRIZ AREAN, JUEZ

## **REF: " Fallo, "Antigoteo". Suspensión de la vigencia del Art. 1º, 2do. Párr. Ley 25587.**

### **Entrega del 50% del total del depósito en la moneda de origen**

**Autos: Expte. 62/02 - "Guidobono, Rubén H." -**

## **JUZGADO NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 10 – 10/05/2002”.-**

Buenos Aires, 10 de Mayo de 2002.//

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I) Atento haber variado las circunstancias del caso, la cautelar solicitada debe ahora admitirse, aunque con alcance diferente (Art. 204 CPCC)); pues:

1º) De conformidad con lo resuelto por la CSJN in re "Banco Galicia y Buenos Aires sobre solicita intervención urgente en autos "Smith, C.A." del 1/2/02, la verosimilitud del derecho aparece de un modo extremo (Sala V "Goldmann Susana Luisa" del 18/3/02). En especial, considerandos 3º y 15, haciendo hincapié en los fundamentos expuestos respecto a los derechos adquiridos a la luz de la legislación anterior, irretroactividad de las normas e irrazonabilidad de los medios establecidos para conjurar la emergencia.

La devolución al ahorrista, en la misma moneda o equivalente, se impone de cara a lo dispuesto por las leyes 25466 y 25561. La primera de ellas, en tanto garantizó la inalterabilidad del depósito contratado (arts. 1, 2 y 4). La segunda, en tanto, no sólo remitió a la nueva redacción de los arts. 617 y 619 del código civil, según el Art. 11 ley 23928 (Art. 5); sino también, en tanto ordenó al PE "...preservar el capital perteneciente a los depósitos..." comprendiendo los efectuados en "Cajas Extranjeras". Concepto que reprodujo su decreto reglamentario 71/02 (Art. 6).

Máxime que, prima facie, la paridad dispuesta por el Art. 2º del Dec. 214/02, no violenta el Art. 16 de la CN, al menos en un doble aspecto: a) al imponer un sacrificio mucho más gravoso a quien originariamente depositó "dólares", en comparación a quien lo hizo en "pesos"; y b) equiparar las extracciones mensuales, sin distinguir, importancia del depósito y/o fines del mismo; b) alterar retroactivamente -por vía reglamentaria-, lo convenido con el banco depositario, con agravio a lo dispuesto por los arts. 575 y 576 del código. (doc. ST Río Negro del 5/3/02 "M.H. y otra" en LL 20/3/02), y c) derogar las leyes 25466 y 25561.

Por ser así, la pesificación impuesta al ahorrista, con afectación, además, de sus derechos adquiridos resulta, en principio, ilegítima.

2º) El requisito atinente al peligro en la demora aparece suficientemente cumplido ante: a) las razones expuestas por la parte actora; b) el prolongado y progresivo tiempo de indisponibilidad de los fondos (desde Dec. 1570/01 BO 3/12/01); y c) la situación de colapso en que se encuentra este Fuero, con todo lo que ello implica, en especial, respecto al imposible cumplimiento de los plazos legales.

3º) Corresponde admitir lo solicitado por la actora respecto al Art. 1º, 2do. Párrafo de la ley 25587 -en tanto obsta a que el juez, disponga "...la entrega... al peticionario de los bienes objeto de cautela". Es que, esa norma, en principio, parece agredir varios aspectos de la Constitución Nacional. Entre ellos los siguientes:

a) El Art. 116 de la CN: atribuciones jurisdiccionales para decidir, en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y leyes de la Nación (doc. CSJN Fallos: 53:461).

b) La forma republicana de Gobierno y el principio de separación de Poderes (arts. 1 y 29 CN), en tanto se pretendería cercenar la independencia del juez.

c) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVIII (derecho de Justicia)), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 10 (derecho a Tribunal Independiente) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 (Juez Independiente e Imparcial) y 25 (Protección judicial contra actos que violen el compromiso del Estado para garantizar que, la autoridad jurisdiccional decida sobre todos los derechos de la persona que recurra), con jerarquía constitucional por imperio del Art. 75 inc. 22 de la CN.

4º) El carácter cautelar de la pretensión y las especialísimas circunstancias del caso, me persuaden a admitir, como razonable que la parte actora pueda retirar, en efectivo, el 50% de su depósito, en dólares o equivalente.

II) Es inaplicable al caso la suspensión del cumplimiento de medidas cautelares previstas en el Art. 3 del decreto 320/02, por oponerse a la letra y espíritu del Art. 43 de la CN

III) A todo evento, teniendo en cuenta no sólo las razones hasta ahora expuestas, sino también las particularísimas circunstancias del caso, resulta inaplicable, la última parte del Art. 2 de la ley 25587 en tanto dispone "...aunque los mismos se encuentren por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras", salvo que se trate de moneda en custodia por cuenta del BCRA y/o de fondos destinados al pago de jubilaciones, pensiones y/o sueldos. Lo que deberá constar en el mandamiento.

IV) Teniendo en cuenta que en reiteradas oportunidades el Banco Central de la República Argentina ya ha manifestado que carece de la información a la que alude el Art. 3º de la ley 25587, y no está en condiciones operativas de acreditar la existencia y legitimidad de las imposiciones (ver oficio N° 14.136/02) resulta absolutamente inoficioso y meramente dilatorio oficiar a la entidad en ese sentido.

Por todo ello,

RESUELVO:

1º) Declarar inaplicable la suspensión del cumplimiento de medidas cautelares dispuesta por el Art. 3 del decreto 320/02 (sust. Del Art. 12 del decreto 214/02).

2º) Suspender la vigencia de lo dispuesto por el Art. 1º, 2do. Párrafo de la ley 25587 en los términos expuestos en el considerando I) 3º).

3º) Declarar inaplicable la última parte del Art. 2 de la ley 25587, en los términos y con las salvedades expuestas en el considerando III).

4) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada en tanto suspendo los efectos del sistema implementado con motivo del Art. 2. inc. a) del Dec. 1570/01 y de la pesificación a \$1, 40, ordenando, en consecuencia al Banco HSBC haga entrega a la actora del 50% del total del depósito objeto de esta demanda -siempre y cuando esté a la orden indistinta- pactado en la moneda de origen o, en su defecto, la cantidad de pesos necesaria para adquirir la suma admitida en dólares, en el mercado libre de cambios.

A quien se entregue el dinero, quedará constituido en calidad de depositario judicial en los términos del Art. 217 del CPCC.

5º) La caución juratoria por costas y daños y perjuicios se entiende prestada en el pedido de medida cautelar (arts. 199 del CPCC).

6º) Regístrese y notifíquese a la actora, al banco HSBC y al Estado Nacional (PEN) mediante oficio que confeccionará y diligenciará la actora.//

Fdo.: LILIANA HEILAND, Juez Federal

Dr. Alberto O. Belén.-  
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-  
Presidente.-