



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

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

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@fairweb.com.ar

CIRCULAR N° 528/02

UNREGISTERED

Dolores, 14 de noviembre de 2.002.-

Created by Unregistered Version

REF: “ Acuerdo Plenario de la Cámara 1a. de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro Vinculado a la PESIFICACION U\$S 1 = \$ 1, Aun en caso de mora del deudor ”.-

Causa “Zanoni, Amalia Nelly c/ Villadeamigo Valeria Mariana y otr. s/Cobro de Alquileres”

Causa n° 91.272 (j.12) Reg. n° 1035

PLENARIO

“Zanoni, Amalia Nelly c/Villadeamigo Valeria Mariana y otr. s/Cobro de Alquileres”

Causa n° 91.272 (j.12) Reg. n° 1035

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los siete días del mes de noviembre de dos mil dos, se reúnen en Acuerdo Plenario los señores Jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores ROLAND ARAZI, GRACIELA MEDINA, MARIA CARMEN CABRERA DE CARRANZA, DANIEL MALAMUD, ROGER ANDRE BIALADE y JUAN IGNACIO KRAUSE, para dictar sentencia interlocutoria en el juicio: "Zanoni, Amalia Nelly c/ Villadeamigo, Valeria Mariana y otro s/ cobro de alquileres" causa n° 91.272; y habiéndose oportunamente practicado a fs. 137 el sorteo pertinente (art. 37 de la ley 5827), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Bialade, Arazi, Medina, Malamud, Krause y Cabrera de Carranza. De conformidad con lo dispuesto a fs. 136 y a fs. 138 del citado expediente, la cuestión a resolver es la siguiente:

En las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses, no vinculadas al sistema financiero, ¿corresponde *pesificar* al valor de U\$S 1 = \$ 1, aún en caso de mora del deudor?

VOTACION

A la cuestión sometida a acuerdo plenario, el señor Juez doctor Bialade dijo:

I) La ley 25.561 (con vigencia a partir del 6-1-2002, según dec. 50/2002) establece para las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero, que las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, pactadas en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecidos cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, serán cancelables en pesos a la relación de cambio de un peso igual a un dólar estadounidense.... (art. 11).

Mientras que el dec. 214/2002 -dictado, según se dice en el último párrafo de sus considerandos, en uso de las facultades contenidas en el art. 99 inc. 3 de la CN- establece en su art. 1° "A partir de la fecha del presente Decreto quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen -judiciales o extrajudiciales- expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas en pesos".

Aclarándose mediante Decreto 320/2002 (del 15-2-2002) -de igual naturaleza que el anterior- que las disposiciones contenidas en el Decreto 214 del 3 de febrero de 2002 son aplicables a todas las obligaciones en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras, reestructuradas por la ley 25.561 a la relación un peso (\$) igual un dólar estadounidense (u\$S 1) (art. 1°). Reiterándose, en el siguiente artículo que el art. 8° del mencionado decreto es de aplicación exclusiva a los contratos y a las relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561.

Por lo que -más allá de la deficiente técnica legislativa- me resulta claro que tales decretos amplían el espectro de las obligaciones "pesificadas" a que hacía referencia la ley 25.561. No se podría pensar que quedaran excluidas la enorme cantidad de prestaciones vencidas y pendientes de cumplimiento, cuando el nacimiento de la obligación ha sido tenido en cuenta al delegar en el P.E la facultad de "Reglar la reestructuración de las obligaciones, *en curso de ejecución*, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2° (ver art. 1° inc. 4° de la ley 25.561). También, la misma ley se refiere a los contratos nacidos con anterioridad a su vigencia, cuando deja sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, en los *contratos celebrados* por la administración pública (art. 8°).

Por otra parte, la reforma constitucional de 1994 convalidó la delegación legislativa en materias determinadas de administración o emergencia pública (art. 76 1° párr.) y los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3° de la Const. Nac).

Y, debemos tener presente, que el art. 1° de la ley 25.561 declara la emergencia económica pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo las facultades que enumera en sus cuatro incisos, encomendando en el último -como dijera recién- reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2°.

Ello dio fundamento al dictado del dec. 214/2002 y el posterior 320/2002 ya mencionados.

Tales decretos de necesidad y urgencia pueden modificar una ley (conf. Sañes, "Elementos de Derecho Constitucional" t° 1 pag. 275). Y nuestro superior Tribunal Federal -en el caso "Peralta"- admitió los decretos de necesidad y urgencia, considerándolos constitucionales siempre y cuando mediaren tres factores: a) real situación de gravísimo riesgo social; b) necesidad de decidir la medida tomada y c) no adopción por parte del Congreso de medidas contrarias (autor y ob. cit, pag. 610).

Sobre la gravedad de la situación económica, social, financiera, cambiaria y administrativa es claro Mallo Rivas (E. D., diario del 5-4-2002) al decir que la República, luego de una larga decadencia, hoy está en estado de colapso económico, lo que da razón a la decisión de la medida tomada (sobre cuyo mérito, oportunidad y conveniencia no nos corresponde juzgar). Y en cuanto al último de los requisitos mencionados, el Congreso tuvo oportunidad de adoptar una medida

contraria y no lo hizo, como lo fue la posterior sanción de la ley 25.587 que se refiere expresamente a la ley 25.561 y sus reglamentarios y complementarios (para mí en alusión, entre otros, a los decretos mencionados al principio), a contrario de lo que hiciera al sancionar la ley 25.557 en donde no ratifica los decretos 1570/2001 y 1606/2001 (art. 3°).

Soy de opinión, entonces, que la normativa de emergencia económica se aplica a todas las obligaciones dinerarias de cualquier causa y origen, judiciales o extrajudiciales, de plazo pendiente o vencido, los que están en demora en el pago y también los que están en mora.

II) El derecho de propiedad, al igual que los demás que consagra la Constitución, no es absoluto ("Ercolano" Fallos:136:161). Siendo también doctrina de nuestro Superior Tribunal Federal que en determinadas circunstancias resulta lícita la aplicación de leyes con alcance retroactivo, aún cuando se limite el derecho de propiedad y los efectos de las sentencias firmes, en tanto que las nuevas medidas no eliminen el derecho reconocido y no sean irrazonables en relación a las causas que las han hecho necesarias (caso "Peralta" del 27-12-90, L.L. 1991-C-158).

Debe tenerse presente -como dijera el Dr. Krause en la causa n° 90.691 "Inversiones Yatay S.A. c/ Ferreyra, Ramón A.", sent. del 10-7-2002, reg. int. 598/2002, "...que en situaciones de emergencia, es decir ante la existencia de un crisis o bien de un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos etc., la potestad reglamentaria del Congreso a que se refiere el art. 14 de la C.N., se hace más amplia y profunda y, por lógica derivación, da origen a una mayor injerencia del Estado en el régimen de los derechos individuales que la que le asiste en períodos de sosiego y normalidad; acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 200; 450, 313; 664, 313;1513, 321;1984) resultando constitucionalmente válidos medios y procedimientos que en circunstancias normales no lo son, máxime en la actual crisis económica que tiene....ribetes inéditos y terminales. Con ese criterio ha admitido la Corte Suprema de la Nación que, en la medida que lo requiera la atención de los superiores intereses y la situación de la economía general lo imponga, resulta lícita la sanción y aplicación de leyes con el alcance retroactivo, aún cuando de esa manera se limite el derecho de propiedad de los habitantes y aún los efectos de las sentencias firmes, en tanto las medidas adoptadas no eliminen el derecho reconocido y no sean irrazonables en relación a la causa que las ha hecho necesarias (Fallos; 171;349, 172;29, 263;83, "Peralta, Luis y otro c/ Est. Nacional", 27-12-90, L.L. 1991-C-158, DJ. 1991-2-128)."

Congruentemente con ello, en uno de los considerandos del dec. 320/2002, se explica que tal solución normativa, si bien podría ser considerada írrita en situaciones de normalidad, se deberá ser considerada en orden a la gravedad de los acontecimientos que está atravesando la Nación y a las consecuencias que podría derivarse, en caso de no adoptarse tal remedio transitorio.

Hice referencia antes, a la gravedad de la situación económica, social, financiera, cambiaria y administrativa que reseña Mallo Rivas en el trabajo mencionado. También la crisis es puesta de manifiesto por Eduardo Conesa (en "El caos monetario argentino y su resolución" L.L. diario del 1-7-2002), al decir que *nuestro país atraviesa la peor crisis económica de su historia generada por causas principalmente monetarias. El desempleo y subempleos sumados alcanzan al 40%. La deuda externa es la más alta del mundo en relación a las exportaciones del país. La caída del PBI es del 15% anual. El acorralamiento de los depósitos bancarios destruye y traba la actividad económica e impide el otorgamiento de crédito para la reactivación productiva. Toda esta hecatombe tiene su origen en la permisividad de depósitos en dólares y en la ley de convertibilidad de 1991.*

No es descabellado entonces razonar, que el actual conflicto excede en mucho al que soportara la República en los hechos de 1989 que dieran lugar al fallo que citara anteriormente ("Peralta"). Por cuanto en ésta se carece de crédito externo e interno; mientras la recesión económica de los últimos años, ahora se asemeja más a una paralización de la economía; la baja recaudación impositiva hace que el significativo déficit fiscal sea mayor; y ni qué hablar de los bolsones de pobreza cada vez mayores y el excesivo porcentaje de desocupados.

Más; en aquella oportunidad aceptó la Corte el denominado plan "Bonex", siendo que el valor de los títulos —en un primer momento- representaba sólo una parte del valor de lo depositado en su momento por su tenedor, debiendo transcurrir un tiempo considerable para que, aquellos que tuvieron la posibilidad de retenerlos, al venderlos, pudieran recuperar un valor cercano al primitivo. Cuando la situación del país era muy distinta a la actual.

Ahora, -como consecuencia de esta crisis- sólo han salido beneficiados —ante el alicaído mercado nacional- quiénes retuvieron la moneda extranjera, sin invertirla. Todos los demás —de una u otra manera- han sido perjudicados, más aún los que no pudieron hacerse de dicha moneda ante la devaluación de nuestro signo, la falta de empleo y la significativa disminución de los salarios reales que desde meses atrás viene ocurriendo. Los que pudieron acceder a su compra en paridad con el peso —que a la postre fuera causa importante de la emergencia actual, como fuera mencionada en el trabajo de Eduardo Conesa- y la invirtieron adquiriendo bienes —muebles o inmuebles- éstos tampoco ahora representan —en el valor de la moneda extranjera- siquiera la mitad del valor en que fue adquirido. Lo que hace que si el acreedor hipotecario quisiera recuperar los dólares que prestara, con la venta del bien gravado, difícilmente lo pueda hacer. Y no creo que el acreedor no haya tenido en mira el valor de la propiedad dada su singularidad por que es usual que el monto de tales créditos sea menor al valor real del inmueble.

Tampoco el locador que contratara en dólares podría luego seguir cobrándolo -por el mismo valor nominal de dicha moneda- con otros contratantes en el futuro. Porque sería un precio totalmente irreal (es un hecho notorio que las locaciones no han aumentado tres veces y media su valor original) ni tampoco guardaría relación con la cotización de la finca. Y pretender percibirlo actualmente en un contrato aún vigente -que no implica mantener el valor original del crédito por lo dicho anteriormente- hace que se añade una plusvalía que conlleva un enriquecimiento sin causa para el acreedor a costa del detrimento equivalente para el deudor (doc.art. 784 del CC)

Si bien la devaluación de la moneda esta relacionada con las medidas relativas a la emergencia económica, sus efectos la exceden. Y no puede considerársela inscripta en el ámbito de la emergencia, porque cesada la misma, el peso no tendrá el valor de conversión que estableció la ley 23.928. El carácter definitivo del fenómeno hace que no pueda calificárselo como simple emergencia y sí la necesidad de referirlo a la bancarrota del Estado, lo cuál es mucho más que una emergencia (Mallo Rivas, E. D. diario del 5-4-02).

Las devastadoras consecuencias de la crisis actual y la devaluación de la moneda son circunstancias que exceden los efectos de la mora del deudor y no guardan relación con la misma (arts.508, 513 del CC).

Es que si bien el deudor está en mora, la excesiva onerosidad -proveniente y originada por la crisis actual y la consecuente devaluación de la moneda- no es causada por dicha circunstancia, la cual resulta al efecto irrelevante: la incidencia de la inflación, como factor general de pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sucede con independencia de la actitud del sujeto contractual singular y, por lo tanto, es ajena a él (Atilio A. Alterini, en "La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante", en La Ley t° 1980-C-1109).

III) No es impensable que con el transcurso del tiempo y la corrección previstas, por el art. 4° del dec. 214/2002, el desfase inicial que podría derivar de la condena en pesos pueda disminuir si consideramos que en la actualidad el valor de la moneda extranjera —como alguien dijera- por las caóticas y extremas circunstancias institucionales, económicas y sociales de la República se parece en mucho al que pudiera haber tenido un bote salvavidas en aquella fatídica noche del Titanic. Quiero significar con ello que no debe tomarse como pauta el dólar estadounidense para el ajuste de la obligaciones -y más aún en la actualidad- porque la escapada del mismo responde -en estas circunstancias- a diversos

factores, amén de que siempre el mismo está determinado por la oferta y la demanda, siendo que en definitiva no determina el valor de los precios internos.

De todas maneras existe la posibilidad del reajuste equitativo previsto en el art. 8° del mencionado dec. 214/2002, teniendo oportunidad el acreedor de instar la acción de reajuste. Siendo tarea del Juez el acercamiento de las partes para el logro de la equidad sustentada en la doctrina del art. 1198 del CC., que contemple la distribución equitativa de las consecuencias de la devaluación y de la abrupta salida de la convertibilidad. Porque la equidad es una de las fuentes legales, con fundamento en la norma recién citada, para sustentar la modificación o restablecer los valores de un contrato. Y si bien siempre se pensó en el deudor en la aplicación de la norma del art. 1198 del CC., bien puede la misma, en este caso, ser invocada por el acreedor.

Por la vigencia de la ley 23.928 -que declaró la convertibilidad del austral (luego pesos) con el dólar de los Estados Unidos- se pudo adquirir dólares por un peso. En un país cuyo banco central no emite dólares ello es un despropósito, porque el Banco Central los ofrecía a ese valor artificialmente, porque el gobierno podía endeudarse en dólares, los cambiaba al citado banco por pesos y éste los ofrecía al mercado a tal paridad. También porque el Estado vendió su activo a particulares que abonaron con dólares. Pero cuando se agotó la capacidad de endeudamiento del Gobierno y la joyas de la abuela, se agotó también la oferta de dólares (conf. Eduardo Conesa en trabajo ya citado).

Se dio el absurdo de haber cambiado a la par moneda de una de las economías más débiles por la moneda de la economía más poderosa (Miguel Angel Ciuro Caldani, en "Bases para la interpretación de la ley 25.561 en "Emergencia económica", rev. especial La Ley de abril de 2002, pág. 27).

Y nadie reclamó el cese de su vigencia, pese a ser una ficción, contraria a todos los principios económicos y una de las causas de la presente crisis.

Y si bien los acreedores, que bajo tal fantasía adquirieron dólares y los prestaron -en caso de que así hubiera sido y no simulado, implicando su denominación en tal moneda una cláusula de estabilidad- se sienten perjudicados con la pesificación, debe pensarse en aquellos deudores que a partir de la derogación de la ley mencionada, se vieron imposibilitados de adquirir la moneda extranjera en los términos que la misma establecía y que, creyéndose amparados bajo sus -aparentes- "bondades" y reiteradas promesas de mantenimiento, contrataron en tales términos.

Es que, como dijera el Dr. Malamud, en la causa ya citada de *Universión S.A. c/ Ferreyra*, el derecho subjetivo de comprar un dólar por cada peso, era propio de acreedores y deudores por igual. Y con la emergencia nace el conflicto entre quien se considera con derecho a ser pagado en dólares y quien se cree asistido a liberarse mediante la paridad que el Estado le prometió. Ante dicho conflicto sopesando la inusitada gravedad de la generalizada crisis a paliar y la previsión de los resultados que no es indiferente en el análisis de la constitucionalidad de una norma general, teniendo en cuenta lo que antes expusiera y el remedio que consagra el art. 8° del dec. 214/2002 para el caso de que, por su aplicación, el valor resultante de la cosa, bien o prestación fuere superior o inferior al del momento del pago, me convence de la razonabilidad de tales normas, por lo que doy mi voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Arazi dijo:

Se ha convocado a la Cámara en pleno para determinar si corresponde “pesificar” al valor de u\$s 1 igual \$ 1, las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses, no vinculadas al sistema financiero, aún en caso de mora del deudor (art. 37 ley 5827). Entiendo que la convocatoria se refiere al supuesto en que la mora se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.561 (6 de enero de 2002) y de ello me ocuparé en este voto.

La denominada “emergencia pública” originó un desorden legislativo sin precedentes; las leyes y decretos que intentaron paliar la crisis se sucedieron de manera caótica, existiendo algunas disposiciones que se contradicen entre sí y otras que tuvieron una vigencia efímera, demostrando la confusión del legislador; es suficiente como muestra observar lo sucedido con el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación incorporado por el Decreto 1387 del 1° de noviembre de 2001, luego modificado por la ley 25.561 del 6 de enero de 2002, para finalmente ser suprimido por la ley 25.587 del 26 de abril de 2002; recordemos también que la ley 25.561 suspendió la aplicación de la ley 25.557, promulgada y publicada en las mismas fechas que aquella.

Frente a tal desorden se explica el desconcierto de los jueces que tienen que aplicar esas leyes; no obstante, para responder al interrogatorio de este Plenario corresponde advertir que esa legislación “de emergencia” debe interpretarse con criterio restrictivo pues las leyes y decretos que disponen la “pesificación” son de excepción dado que avanzan sobre la voluntad de las partes y de una u otra manera rozan derechos y garantías constitucionales; no me corresponde en esta ocasión pronunciarme sobre la magnitud de la lesión a estos derechos y garantías, es decir si esas leyes son o no inconstitucionales porque tal tema no ha sido planteado y, además, porque entiendo que ellas no rigen en el supuesto que nos convoca.

En mérito a la interpretación restrictiva a la que me referí, no podemos extender por analogía la aplicación de las leyes de emergencia a supuestos no contemplados expresamente por la ley. Una vez que el art. 11 de la ley 25.561 dispone: “las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación...”. Es cierto que el art. 8° del Decreto 214/02 se refiere a todas las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en dólares estadounidenses, no vinculadas al sistema financiero, sin hacer distinción alguna entre las exigibles con anterioridad a la vigencia de la ley 25.561 y las posteriores; pero también lo es que el Decreto 320/02 aclara que las disposiciones contenidas en el Decreto 214/02 son aplicables a todas las obligaciones en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras, reestructuradas por la ley 25.561 (art. 1°). Y, como vimos, esta ley se refiere a las obligaciones exigibles con posterioridad a su sanción.

Es evidente que el legislador no quiso avanzar más allá de la regulación de las obligaciones exigibles con posterioridad a la fecha en que se derogó la convertibilidad; y no podía ser de otra manera en mérito a lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil: la nueva ley puede aplicarse a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pero no puede alterar hechos cumplidos o que debieron cumplirse con anterioridad; los efectos de las situaciones producidas con anterioridad a la sanción de la nueva ley se rigen por la ley vigente en el momento en que se produjeron. Tanto el efecto cancelatorio del pago, en el caso de que se haya cumplido con la obligación, como el de la mora, en el supuesto contrario, no pueden ser alterados por leyes posteriores. Otra prueba de que el legislador no contempló las obligaciones exigibles con anterioridad a la “pesificación” es que durante ese período anterior tampoco se aplica el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER).

La mora del deudor equivale al retardo y éste exige tres condiciones para fundar la imputabilidad: a) exigibilidad de la prestación (obligación pura y simple, de plazo vencido o condición suspensiva cumplida); b) interpelación, cuando corresponda, y c) culpa, es decir que el deudor debe haber caído en incuria o desidia, la que se presume, salvo prueba en contrario (Belluscio-Zannoni “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado” Astrea, Buenos Aires, 1993, T° 2, p. 588); podríamos agregar una cuarta: que no haya mora del acreedor. El mero incumplidor no es deudor moroso; sólo éste es responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de su obligación (art. 508, Cód. Civil). Amparar al deudor que incurrió en mora cuando regía la ley de convertibilidad, es

contrario a elementales normas de equidad; como ha repetido siempre la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no pueden juzgar la equidad de la ley, pero sí deben juzgar con equidad los casos sometidos a su consideración. No parece justo ni equitativo premiar al incumplidor, colocándolo en situación ventajosa frente al deudor que cumplió puntualmente sus obligaciones abonando en tiempo y forma; es más, en caso de tener la moneda extranjera, cuanto más retarde el cumplimiento mayor será el beneficio, si, como es de prever, nuestro signo monetario continúa devaluándose frente al dólar. Asimismo, extender al deudor moroso los beneficios de la pesificación es ilegal en mérito a los términos de la ley 25.561 y del Decreto 320/02.

Quien incumplió su obligación en término por su culpa o dolo (elemento subjetivo de la mora) no puede pretender pagar casi cuatro veces menos de los que debió abonar en su momento, por el sólo hecho de no haber pagado cuando correspondía. Adviértase que el legislador trató con desfavor al moroso excluyéndolo expresamente de la posibilidad de solicitar un reajuste del precio (art. 8° Decreto 214/02), menos aún puede liberarse pagando en una moneda distinta a la pactada cuando aquella se ha depreciado notablemente después de la mora.

Podría sostenerse que la derogación de la ley de convertibilidad es un hecho ajeno a las partes, pues bien el art. 513 del Cód. Civil dispone que el deudor que ya hubiese sido constituido en mora responde incluso por los daños e intereses que se originen al acreedor cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor (a los que podríamos asimilar el “hecho del príncipe”). Si la mora se produjo con anterioridad al cambio de la legislación, y la consiguiente devaluación, queda claro que aquella no es consecuencia de este cambio y debe presumirse que se produjo por culpa del deudor moroso; en todo caso éste tiene la carga de probar lo contrario.

Lo dicho hasta aquí no impide que el juez en cada caso, atendiendo a las circunstancias particulares y después de oír a ambas partes, pueda atenuar los efectos de la mora en forma equitativa (doc. arts. 907, segundo párrafo; 954; 1069, segundo párrafo; 1198; 1638 y disposiciones concordantes del Cod. Civil); pero ello es materia ajena a esta convocatoria donde debemos limitarnos a responder si corresponde la “pesificación” al valor un dólar estadounidense igual un peso, de las obligaciones que estuviesen en mora a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561.

Por todo ello, voto por la negativa.

A la misma cuestión planteada, la Sra. Juez Dra. Medina dijo:

He sido convocada a este plenario a fin de decidir si corresponde pesificar al valor de 1\$ 1 dólar las obligaciones originariamente contraídas en dólares que se encontraban en mora al momento de entrada en vigencia de la ley 25.561?

La cuestión admite cuatro respuestas posibles.

- a. Corresponde pesificar a 1\$ 1 dólar las obligaciones contraídas en dólares que se encontraran en mora al momento de entrada en vigencia de la ley 25.561.
- b. No corresponde pesificar a 1\$ 1 dólar las obligaciones contraídas en dólares que se encontraran en mora al momento de entrada en vigencia de la ley 25.561.
- c. Corresponde pesificar de oficio cada dólar a un valor en pesos arbitrario que a cada tribunal fije cada dólar de las obligaciones contraídas en dólares que se encontraran en mora al momento de entrada en vigencia de la ley 25.561 en virtud de la teoría del esfuerzo compartido.
- d. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso y previo prueba las obligaciones contraídas en dólares que se encontraran en mora al momento de entrada en vigencia de la ley 25.561, corresponde que sean pesificadas a un valor acorde al valor de los bienes o prestaciones en virtud de la teoría de las bases del contrato.

A fin de dar respuesta al interrogante inicial abordaré la cuestión de la siguiente manera.

Antecedentes del caso.

Normativa a aplicar.

Interpretación de la normativa aplicar desde un análisis

Gramatical

Integrador

Teleológico o finalista.

Críticas a la no pesificación de las obligaciones en mora

Respuestas a las críticas de la no pesificación de las obligaciones en mora.

Críticas a la pesificación de las obligaciones en mora a valores arbitrarios fijados por cada tribunal.

De la interpretación a dar al favor de los deudores

2.- ANTECEDENTES DEL CASO

Previo a todo quiero aclarar por qué realizo una referencia a los antecedentes del caso.

Lo hago porque el fallo plenario tiene un doble objeto - como reiteradamente lo ha sostenido la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Capital Federal en sus numerosos pronunciamientos - y es la circunstancia concreta del caso y es doctrina obligatoria en la jurisdicción. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal “Capizzano de Galdi, Concepción c-I.O.S. s amparo 3-6-99” C-Sampio S. y Ure Agüero c-I.O.S. An 106 y Corte Suprema “Magistrelli, Nelly c-IOS” del 16-5-89.) Por ello al emitir mi voto no me puedo desentender del resultado del caso en particular.

Realizada la anterior precisión analizaré las circunstancias del caso.

La Sra. Amalia Nelly Zanoni L.C. 4.302.108, alquiló a la Señorita Valeria Marina Villadeamigo el primero de julio de 1996 una propiedad comercial en la Avenida Maipú N 546 de la Ciudad de Vicente López por un valor locativo previsto para el año 1999 de 800 dólares. Las partes convinieron que el precio debía ser pagado en dólares y en caso de imposibilidad jurídica en la cantidad de pesos necesarios para comprar los dólares en billetes en el mercado de Montevideo o Nueva York.

Fueron garantes del referido contrato el Señor Alberto Villadeamigo y la Sra. Teodolina Marcela Zaidner.

La locataria no pagó los meses de julio agosto, setiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1999 ni tampoco los meses de Enero Febrero del 2000, motivo por el cual la locadora inicia la vía ejecutiva en marzo del 2000, contra Valeria Mariana Villadeamigo y contra los fiadores Alberto Villadeamigo y Teodolina Marcela Zaidner.

La inquilina, ni los fiadores pagaron cifra alguna y siguieron haciendo uso del local comercial hasta noviembre del año 2000. Motivo por el cual fue ampliada la demanda por los meses de marzo abril, mayo junio, julio, agosto, setiembre y octubre del 2000.

Ni el inquilino, ni los fiadores pagaron hasta el momento por el uso del inmueble comercial, ni presentaron ninguna excepción, se limitan a solicitar una audiencia conciliatoria dilatoria, y cuando se promulga la ley de emergencia económica peticionan la suspensión de la ejecución y pretender pagar su obligación vencida hace tres años en pesos.

Por lo tanto en el presente caso lo que corresponde decidir es si la deuda que debió haber sido pagada en dólares hace tres años, puede hoy ser pagada en pesos, cuando el peso argentino cotiza a 3,60 \$ por dólar., con mas el CER que no se aplica durante el periodo de la mora sino a partir del 15 de Febrero del 2002

Lo que implica definir en el caso concreto si es justo que quien hace uso de un local comercial durante dos años sin abonar el canon pactado en dólares, tres años después se desobligue pagando en una moneda diferente, a un valor distinto, por una circunstancia sobreviniente, sin aplicación de actualización alguna durante la mora, porque el CER está previsto para las

obligaciones pesificadas que vencieran con posterioridad a las leyes de emergencia económica.

3.- *NORMATIVA APLICAR*

Comenzaré mi desarrollo desde la enunciación de las normas que surgen de las leyes de emergencia, que son las mas actuales, para luego fortalecer la decisión con las normas que fluyen del ordenamiento privado que no han sido derogadas por la pléyade de disposiciones coyunturales, luego trataré las críticas formuladas a la no pesificación de las obligaciones en mora para finalmente dar mi opinión de por qué no se puede pesificar en forma arbitraria, al valor variable y subjetivo que a cada Tribunal se le ocurre dar las obligaciones en mora de acuerdo a la tesis del esfuerzo compartido. Las normas que se deben interpretarse son los siguientes.

Normas de emergencia relativas a la pesificación

El art. 11 de la ley La ley 25.561 establece en su art. 11 que: "... las obligaciones dinerarias exigibles “desde la fecha de promulgación de la presente “ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho “privado, pactados en dólares u otra moneda “extranjera o en los que hubiesen establecido cláusula".... serán pesificadas.

El art. 11 in fine de la ley 25.561 establece "El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido." (NÓTESE que el poder facultado para dictar normas sobre el esfuerzo compartido es el Poder Ejecutivo nacional y que en ningún momento se le ha delegado al poder judicial dicha facultad.)

El artículo 1ro de la ley 25.561 delegó en el Poder Legislativo las facultades necesarias para inc. 4 Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2do (nótese que la delegación realizada en el ejecutivo es para la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución, no para los contratos vencidos ni para las obligaciones en mora)

El art. 1 del decreto 214 que establece. A partir de la fecha del presente Decreto quedan transformadas a PESOS todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales — expresadas en DOLARES ESTADOUNIDENSES, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a PESOS.

El art. 8 del decreto 214 establece que no podrán solicitar un reajuste equitativo los deudores que se encuentren en mora y esta les sea imputable..

El decreto 320 del 15 de Febrero del 2002 que viene a armonizar el art. 11 de la ley 25.561 con el artículo q del decreto 214 diciendo Artículo 1° — Aclárase que las disposiciones contenidas en el Decreto N° 214 del 3 de febrero de 2002, son aplicables a todas las obligaciones en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras, reestructuradas por la Ley N° 25.561

El decreto 214 establece el CER para las obligaciones exigibles a `partir de su vigencia Art. 4° — A los depósitos y a las deudas referidos, respectivamente, en los Artículos 2°, 3°, 8° y 11 del presente Decreto, se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Además se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos. El coeficiente antes referido se aplicará a partir de la fecha del dictado del presente decreto.

Normas de fondo relativas a la mora contenidas en el código civil que no han sido derogadas por las leyes de emergencia.

El art. 508 del Código Civil establece que el deudor es responsable / "... por los daños e intereses que su morosidad “causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación...".

El art. 513 del Código Civil que dice el caso fortuito libera al deudor de toda responsabilidad salvo que el deudor esté constituido en mora.

Normas contenidas en el Código Civil relativas a la aplicación de la ley con relación al tiempo. Que no han sido derogadas por las leyes de emergencia.

El art. 3 del Código Civil que expresamente dice: "... A partir “de su entrada en vigencia Las leyes se aplican “aún a las consecuencias de las relaciones y “situaciones jurídicas existentes. No tienen “efecto retroactivo, sean o no de orden “público, salvo disposición en contrario. La “retroactividad establecida por la ley en “ningún caso podrá afectar derechos amparados “por garantías constitucionales. A los “contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias."

Normas contenidas en el Código Civil relativas a la moneda. Que no han sido derogadas por las leyes de emergencia.

El art. 617 del Código Civil "... si por el acto por el que se ha constituido “la obligación, se hubiere estipulado dar “moneda que no sea de curso legal en la “República, la obligación deberá considerarse como de dar sumas de dinero...".

El art. 619 establece "que si la obligación del deudor “fuese de entregar una suma de determinada “especie o calidad de moneda, cumple la “obligación dando la especie designada el día de su vencimiento".

4.- *DE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR LA NORMA Y DEL METODO A EMPLEAR.*

Los jueces al juzgar somos llamados a aplicar las normas y en tal sentido debemos aplicar algún criterio de interpretación. Lo contrario sería caer en la "escuela del derecho libre" o en el voluntarismo judicial.

Como no soy partidaria ni de la escuela del derecho libre, ni del gobierno de los jueces por su propia voluntad, voy a aplicar las normas al caso y voy a realizar su interpretación desde las formas clásicas de hacerlo,

Pero previo a ello me permito recordar a mis distinguidos colegas las palabras de Orgaz dichas hace 30 años. El Poder Judicial no puede arrogarse funciones legislativas y debe preservar la división de los poderes, así como el poder legislativo tampoco puede arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas; el argumento del tribunal sobre la equidad, justicia conmutativa y la igualdad estricta de las recíprocas prestaciones “no tiene una sola cita legal” y no fue por lo tanto una conclusión razonable del derecho vigente. Se trató de una jurisprudencia” sentimental” a la par que de la que practicó el juez Magnaud en Francia o la que preconiza la peligrosa escuela del “derecho libre”. Se ha visto una sola cara del problema, la “pretendida injusticia de la solución legal” pero se olvida lo mas importante, aquello que decía Del Vecchio “No olvidemos que quien viola la ley socava las bases de la sociedad civil” Los argentinos y en general los latinoamericanos “gozamos del bien ganado prestigio de no respetar las leyes”. A esta falta de madurez para la convivencia organizada y libre – solo la ley es garantía de libertad – se debe en gran medida el desorden institucional que nos aqueja de continuo y que, en las frecuentes crisis periódicas asume contornos lamentables.(Orgaz “ Los jueces y las leyes injustas” ED 75-757, citado por Santos Cifuentes en “Reacciones del poder judicial ante la emergencia económica y las obligaciones de dar sumas de dinero” Suplemento especial de la Revista La Ley Setiembre 2002. p 31)

Por mi parte voy a enunciar específicamente el método interpretativo que utilizaré porque me preocupa no ser clara en la importante decisión que debo tomar, y esta preocupación me surge porque particularmente no entiendo algunos de los

considerandos del primer voto. Así me extraña que el respetado colega preopinante Dr. Bialade para sostener la tesis de la pesificación de las obligaciones en mora anterior a la vigencia de la ley 25.561 se haya limitado a afirmar " *por lo que más allá de la deficiente técnica legislativa- me resulta claro que tales decretos amplían el espectro de las obligaciones pesificadas a que hacia referencia la ley 25.561*". Mi extrañeza es que el preopinante

No explica por qué llega a tal conclusión

No aclara de donde le surge la claridad para dar por derogado lo dispuesto por el art. 1 de la ley 25.561, que ha sido reafirmado por el art. 1 del decreto 320.

No indica como llega interpretar que si en el artículo 1 de la ley 25.561 el poder legislativo delegó al Poder ejecutivo las facultades para reglar la reestructuración de las obligaciones en curso se ejecución, (no las finalizadas y que están en mora) el poder ejecutivo estuviera facultado para actuar en contra del mandato dado por el legislativo

Omite explícitamente decir que técnica interpretativa usó. Ciertamente no es obligación decir que técnica interpretativa se utiliza, pero sinceramente yo no logro inferir de donde surge tal interpretación normativa.

Tampoco me resulta claro por qué el Dr. Bialade afirma *que la normativa de emergencia económica se aplica a todas las obligaciones de cualquier causa y origen, judiciales o extrajudiciales, de plazo pendiente o vencido los que están en demora en el pago y también los que están en mora.*" No llego a entenderlo porque :

La normativa de emergencia - relativa a la pesificación que es el tema que nos convoca -no se aplica a todas las obligaciones dinerarias, sino solo a los contratos celebrados con anterioridad, que no se encuentren en mora, y con prestaciones pendientes de ejecución. No se aplica a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.561, ya que expresamente la ley y sus decretos reglamentarios dicen que las partes pueden seguir pactando en dólares, que el pacto en dólar debe ser cumplido en la moneda pactada, y que el CER y el CVS no se aplican a las relaciones nacidas con posterioridad a la emergencia.(BORDA, Alejandro "Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares." JA 10 de abril del 2002.

Por otra parte no entiendo por qué quien votara en primer término afirma que pretender percibir en dólares, lo pactado en dólares y no pagado hace dos años " *en un contrato aún vigente- que no implica mantener el valor original del crédito por lo dicho anteriormente – hace que se añade una plusvalía que conlleva un enriquecimiento sin causa....*" No lo entiendo porque

No advierto como se puede hablar de un contrato vigente ya que el contrato de locación esta finalizado en virtud del art. 1604 del código civil, que establece de manera expresa la extinción del contrato de locación

Entre los efectos del fin del contrato de locación por culpa del deudor está el de pagar los daños moratorios. (BORDA, Guillermo " Manual de contratos" con la colaboración de Alejandro Borda, Decimonovena edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, p 371, N° 654 y p. 373 N ° 653).

El enriquecimiento sin causa sin prueba alguna surge como una mera conjetura.

Para lograr dar claridad a mi opinión analizaré las leyes en juego desde las diversas formas de interpretación existentes, sin limitarme a la interpretación gramatical, ni exegética propia del siglo XIX, pero sin olvidarlas

5.- INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.

La interpretación gramatical es aquella que se atiene al sentido de las palabras. Una de las dudas que se genera en esta materia es si la interpretación ha de ceñirse al sentido técnico de las palabras o al sentido vulgar; la mayor parte de la doctrina ha concluido que debe predominar el sentido técnico, pues se presume que es parte del lenguaje especializado empleado por el legislador (RIVERA, Julio Cesar *Instituciones de Derecho Civil- Parte General I*, 2ª ed., actualizada- Abeledo Perrot, Bs As. , 1998, p. 193).

Nuestra Corte Suprema afirma que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico. CSN 27/7/1976, fallos 295:376.

Partiendo de esta concepción de la interpretación gramatical debemos determinar cual es el sentido a dar al art. 11 de la ley 25.561, en relación con el artículo 1 del decreto 214 y del art. 1 del decreto 320 .

Del artículo 11 de la ley 25.561 surge claro que las únicas obligaciones pesificadas son las exigibles a partir del 6 de enero del 2002, no las que ya eran exigibles con anterioridad.

A este aspecto aclara Atilio Killmeate que cuando la ley 25.561 establece que se aplica a las obligaciones exigibles al 6 de enero del 2002, hace un distingo temporal que no es casual y halla su razón de ser en la letra de la ley 25.561 que precisamente creo varias categorías diferenciando - entre otras cosas - en un antes y después de esa fecha. (Killmeate, Atilio " Obligaciones en dólares exigibles con anterioridad al 6 de enero del 2002: inconstitucionalidad de su pesificación" E.D. 17 de Setiembre del 2002)

Puede llegar a sostenerse que la ley 25.561, no se encuentra vigente o ha sido derogada por el decreto 214. Esto resulta impensable porque las leyes no se derogan sino por ley y además por el decreto 320 en su artículo 1ro hace expresa mención a que la aplicación del decreto 214 del 3 de febrero del 2002 se refieren a las reestructuradas por la ley 25.561.

Por otra parte no puedo olvidar que el poder legislativo expresamente delegó las facultades de reglamentación del ejecutivo en cuanto al impacto de la pesificación para aquellas situaciones que surjan de los contratos en curso de ejecución aunque el decreto 214 fue dictado como Decreto de Necesidad y Urgencia no pudo haber avanzado mas allá de las facultades que le fueron expresamente delegadas en el artículo 1ro de la ley 25.561

Explica el maestro Lino Palacio que la tesis de pesificar las obligaciones en mora solo puede ser sustentados si se tiene por no escrito el decreto 320 del 2002" (PALACIOS, Lino " Sobre la inaplicabilidad de la denominada " Pesificación" a las obligaciones en mora al 6-1-02" en La Ley 22 de Agosto del 2002).

Por otra parte no es cierto que como sostiene Bialade no se podría pensar que quedarán excluidas la enorme cantidad de prestaciones vencidas y pendientes de cumplimiento, al contrario todo indica que estas obligaciones han sido dejadas de lado por el legislador, porque:

Claramente establece que el deudor moroso no puede pretender el reajuste de sus prestaciones. Textualmente el legislador excluyó al deudor en mora, cuando esta le es imputable del régimen emergencial proyectado.

Resulta tan evidente que las obligaciones en mora no se encuentran pesificadas, que cuando el decreto 214 complementa la pesificación con el CER aplica este coeficiente a partir de la fecha del decreto 214.. De haberse pesificado las obligaciones en mora lo mínimo que se podría haber hecho es aplicarle el CER desde la fecha de la mora

En definitiva, desde una interpretación gramatical las obligaciones pesificadas son las exigibles a partir del 6 de enero del año 2002 por expresa disposición del art. 11 de la ley 25.561, como los cánones locativos cuyo cobro se persigue en autos eran exigibles dos años antes de esa fecha, deben pagarse en la moneda de origen.

6.- INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

La interpretación sistemática obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico. Este criterio ha sido seguido frecuentemente por la jurisprudencia nacional; así, la Corte Suprema sostiene que la Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de ser interpretada según el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en suma, en la inteligencia de sus cláusulas

se debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto.(CSN 23/11/1976, Fallos 296:432). En igual sentido en el precedente " Transportes Servemar S.A. c- D.G.I. la C.S.J.N dijo " que una adecuada hermenéutica de la ley debe atender a la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento vigente y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la constitución (fallos 314: 145)
Una interpretación integradora de los textos de las normas constitucionales, de los textos del Código Civil y de las normas de emergencia sólo permite concluir que las obligaciones en mora no deben ser pesificadas. Por las siguientes consideraciones:

A) Mora, pesificación y principio constitucional de la igualdad.-

La Constitución Nacional establece el principio de igualdad; este principio de igualdad se vería notablemente alterado si los deudores que pagaron en tiempo entregaron dólares y los que pagaron tardía, retrasada y morosamente se desobligaran entregando una moneda diferente y con distinto valor.

Siguiendo el principio de igualdad de los deudores, la ley 25.561 estableció una fecha a partir de la cual las obligaciones que vencieran con posterioridad se cancelarían con otra equivalencia entre peso y dólar, pero lógicamente ello no puede afectar las obligaciones anteriores porque los buenos deudores, los pagadores en término, los que honran sus obligaciones, se verían injustamente tratados en desigualdad de condiciones que aquellos que pagaron con atraso, y en mora.

Considero que es contrario al principio de igualdad que el deudor que realizó el pago en tiempo se vea en inferioridad de condiciones con respecto a quien no pago en ese año y lo hace dos años después, y que no se puede liberar a éste último aceptando que pague una suma en pesos que no equivale al costo de la moneda pactada, en la obligación consolidada.

Por otra parte es contrario al principio de igualdad para el acreedor que todas las obligaciones pesificadas que no se encuentren vencidas se les aplique el CER desde el momento de la pesificación y a su obligación que era exigible hace dos años, no se le aplique el CER desde el comienzo de la mora, ya que aun durante la época de la ley de convertibilidad la Argentina había sufrido un proceso inflacionario del cual el acreedor se quiso preservar contratando en otra moneda..

Finalmente, adviértase que la situación de los acreedores de deudas no vinculadas al sistema financiero es la más perjudicada a la luz de las normas cuestionadas. Si se vuelve sobre la normativa cuestionada pronto se advertirá que de los supuestos que allí se contemplan, el del acreedor no vinculado al sistema financiero es el más perjudicado porque a él las obligaciones se le pesifican al valor 1\$ 1 dólar mientras que las deudas con el sistema financiero se pesifican a 1\$ 1,40 para los acreedores de plazo fijo y para los deudores de plazo fijo los bancos son compensados con un bono en el art. 7, del decreto 214-02.

Si a los acreedores no vinculados con el sistema financiero además de establecerse un tipo de cambio diferente se le pesificaran las obligaciones en mora, se estaría en contra del principio constitucional y supraconstitucional de igualdad.

B. Las obligaciones en moneda extranjera.-

El art. 617 del Código Civil reformado por la ley 23.829, no ha sido reformado. Es decir que rige el texto que dice "... *si por el acto por el que se ha constituido "la obligación, se hubiere estipulado dar "moneda que no sea de curso legal en la "República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero..."*.

No sólo no ha existido una derogación tácita de esta norma sino que por el contrario la ley 25.561 en su art.5° dice "... *Mantiénese, con las excepciones y alcances "establecidos en esta ley la redacción prevista "en el artículo 11 de la ley 23.928 para los artículos 617, 619 y 623 del Código Civil..."*.

Cabe recordar que el art. 619 establece "*que si la obligación del deudor "fuese de entregar una suma de determinada "especie o calidad de moneda, cumple la "obligación dando la especie designada el día de su vencimiento"*.

Con la vigencia de la ley 25.561 se liberará dando la especie designada siempre que la obligación hubiera vencido antes del 6 de febrero del 2002, sino las deudas se pesifican \$1 a un valor de u\$s1.

Como todos los alquileres vencieron con anterioridad a la fecha fijada por la ley 25.561 son de estricta aplicación los arts. 617 y 619 del Código Civil y el deudor sólo puede liberarse entregando la calidad de moneda a la que se obligó.

En efecto; el acreedor, al contratar, tiene la expectativa de que su crédito ha de ser satisfecho con el cumplimiento exacto de la prestación (art. 740 del Cód. Civil), particularmente en la moneda pactada en razón de la legislación que amparaba ese interés al momento en que se constituyó la deuda. Pero en virtud de la normativa actual no será pagado con esa moneda sino con otra que no entenderá como equivalente, constituyéndose en una inexacta pretensión de cumplimiento por ser representativa de un menor poder adquisitivo (Mallo Rivas, "Notas con motivo del decreto 214/02", en El Derecho, diario del 5 de abril de 2002).

C) Mora y pesificación.-

Las leyes de emergencia económica no han derogado el derecho privado nacional, por lo tanto hay que tener en cuenta que el régimen de la mora sigue vigente en la Argentina y compatibilizar las normas sobre mora con el régimen de pesificación.

D) Mora y responsabilidad civil.-

La mora del deudor constituye uno de los presupuestos que determinan la responsabilidad civil del deudor que no cumple con sus obligaciones en el tiempo asignado en virtud del art. 508 del Código Civil. (Conf. ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto " Derecho de las Obligaciones civiles y comerciales" ed. Abeledo Perrot, p 177. , Wayar ob. cit. p. 578, BORDA, Guillermo " "Tratado de Derecho Civil" Obligaciones T I . N 76 p 74, LLAMBIAS Jorge Joaquín " "Tratado de Derecho Civil" Obligaciones T I . N° 132).

En efecto; el art. 508 del Código Civil establece que el deudor es responsable / "... *por los daños e intereses que su morosidad "causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación..."*.

En el caso en que el deudor estuviera en mora con anterioridad a la vigencia de la ley de emergencia económica es él moroso quien debe los daños al acreedor y mal puede decirse que indemniza el daño que causa, el deudor que paga con una moneda de un valor tres veces menor al que se obligó.

Máxime cuando en el país existía durante los años 200 y 2001 inflación, proceso agudizado en diciembre del 2001 y en todo lo que va de este año, las cláusulas de actualización están prohibidas, y el CER para las obligaciones pesificadas se aplica a partir del 05/02/02

De admitirse la pesificación de las obligaciones en mora antes de la vigencia de la ley 25.561 al acreedor no solamente no se le pagaría el daño que le produjo la mora hasta ese momento, sino que se le sumaría un nuevo daño, cual es la devolución del crédito a una moneda envilecida. Así lo pone de manifiesto MOEREMANS al decir "...condenar a pagar un dólar a \$1,40 cuando al momento de escribir estas líneas el valor del dólar supera los \$3,40 no nos parece que sea una solución justa pues sigue cayendo sobre las espaldas del acreedor la pérdida mayor, es decir, no vemos en la solución ni siquiera un reajuste equitativo..." (MOEREMANS, Daniel E., ver comentario a fallo titulado "Los efectos de la mora anterior a la pesificación establecida en el Decreto 214/02", La Ley, Suplemento Especial "Pesificación, suspensión de las ejecuciones, Ley Antigoteo", p.44).

Por otra parte la moneda argentina y el dólar eran y son dos monedas diferentes, la primera era una moneda de un país emergente, con uno de las tasas mas altas de riesgo país, el dólar por el contrario es una moneda fuerte, de una nación sin riesgo país.

Ello así quienes contrataban en dólares, tenían tasas de interés menores, por la mayor fortaleza de la moneda, inclusive los precios eran diferentes, si las operaciones se pactaban en dólares.

Hoy no se puede pensar que al acreedor se le paga el daño moratorio, devolviéndole una moneda diferente a la que el contrató, sin actualizar con una tasa de interés pensada para el dólar y no para el peso. En este caso, encontrándose en mora el deudor no puede desobligarse pagando menos de lo que debía al momento de la mora.

E) Mora y traslación de riesgos

Existe un principio general de derecho que establece que la cosa se pierde para su dueño, esto viene del derecho romano y se expresa con la frase latina " *res perit domino*". De esta norma se sigue que los riesgos que afectan la prestación las asume quien reviste el carácter de dueño, salvo que la cosa no la tuviera el dueño en virtud de la mora de quien debía entregársela, en cuyo caso la pérdida o contingencia la sufre quien hubiese incurrido en mora.

"... *La solución se justifica porque la “situación de mora genera la traslación de los “riesgos que pendían sobre el propietario, “hacia el patrimonio del deudor constituido en mora* " (Wayar, Ernesto Tratado de la Mora" p. 588). Ello por aplicación de la regla contenida en el art. 513 del Código Civil que dice el caso fortuito libera al deudor de toda responsabilidad salvo que el deudor esté constituido en mora.

Aplicando lo antedicho al tema que nos ocupa, si consideramos que el cambio del régimen monetario y la pesificación es una caso fortuito o un hecho del príncipe las contingencias que afectan a las obligaciones de dar sumas de dinero deben ser soportadas por el deudor moroso al día 6-01-02.

La pesificación de las obligaciones en mora anteriores al dictado de la ley de emergencia económica implica premiar al deudor moroso, con la licuación de su deuda, e ignorar el régimen expreso del art. 513 del Cód. Civil que establece la traslación de los riesgos para el deudor moroso.

Por otra parte, no es cierto que los intereses moratorios cancelen el precio del daño sufrido por el incumplimiento contractual, porque no alcanzan para cubrir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda argentina, ni siquiera durante la época anterior a la pesificación.

F) La aplicación de la ley en el tiempo.-

En el presente nos encontramos con un problema de aplicación de las leyes en relación al tiempo donde es de aplicación el art. 3 del Código Civil que transcribiera en la primera parte de mi voto

Cabe señalar que la ley 17.711 expresamente derogó el art. 5° del Código Civil referente a las leyes de orden público, es decir que por mas que se afirme que la legislación de emergencia es de orden público esto no la hace retroactiva salvo que la ley lo disponga.

El art.3° del Código Civil contiene reglas que son muy importantes para resolver el caso sometido a resolución:

Aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones o relaciones en curso.

Principio de irretroactividad salvo disposición en contrario.

Límite de la retroactividad dado por los derechos amparados por la constitución.

A continuación analizaré estos principios aplicándolos al tema de la pesificación.

a) Aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones o relaciones en curso.

De acuerdo con este principio general la pesificación de las obligaciones se aplica a todas las relaciones en curso, es decir a los contratos en curso de ejecución, pero con referencia a las obligaciones no extinguidas, sino a las que venzan con posterioridad.

En igual sentido afirmo que la ley que manda a pesificar las deudas no puede afectar a las obligaciones ya exigibles por la mora bajo el amparo del régimen de la ley de convertibilidad. (BORDA, Alejandro, “ La mora y la pesificación de las obligaciones” E.D. 6 de agosto de 2002)

b) Irretroactividad salvo disposición en contrario.

El segundo principio establecido por la ley 17.711 en el art. 3° es la irretroactividad de la ley. Se considera que la ley es retroactiva cuando pretenda su aplicación a la constitución o extinción de una situación jurídica, constituida o extinguida bajo el amparo de la ley anterior; o a efectos de una situación jurídica que se han producido también bajo la vigencia de la ley sustituida.

Por el principio de la irretroactividad la pesificación no se puede aplicar a las situaciones consolidadas por la mora.

c) Límite de la retroactividad dado por los derechos amparados por la constitución.

El mismo art. 3° del Código Civil establece que la retroactividad puede ser impuesta por la ley. Cabe analizar entonces si las leyes de emergencia económica establecen normas que establezcan su vigencia retroactiva.

Estoy convencida de que la ley 25.561 no ha dejado de lado expresamente el principio general de la aplicación irretroactiva, en virtud de lo dispuesto expresamente en el art. 11 al decir que se aplica a las "... prestaciones “dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación...".

Pero aún en el caso de que se interpretara que se aplica retroactivamente a todas las obligaciones en razón de lo dispuesto por el decreto 214 inc. 1ro. (lo que sería de pésima técnica interpretativa y legislativa porque los decretos no derogan a las leyes, y además porque el decreto 320 señala claramente que la pesificación se aplica en los limites establecidos por la ley 25.561) la norma no podría afectar derechos amparados por garantías constitucionales, por lo tanto no podría conculcar el derecho de propiedad.

Réstame entonces interpretar claramente cuál es el alcance del art. 1° del decreto 214 que dice textualmente "... A partir “de la fecha del presente decreto quedan “transformadas a pesos todas las obligaciones “de dar sumas de dinero, de cualquier causa u “origen -judiciales o extrajudiciales– “expresadas en dólares estadounidenses u otras “monedas extranjeras, existentes a la sanción “de la ley 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos..."

De acuerdo a un interpretación integradora del ordenamiento vigente la pesificación se aplica a los contratos u obligaciones nacidas con anterioridad a la ley 25.561 que previamente no hayan sido exigibles.

Puede servir de ilustración el ejemplo que trae López de Zavalia en relación a la aplicación del Art. 3ro del Código Civil "Una ley disminuye la tasa de interés para los préstamos; en un caso concreto se convino pagar los intereses en cinco cuotas: dos ya han sido pagadas, una está vencida pero no pagada y las dos últimas no han vencido.

“Caben muchas maneras de interpretar la aplicación de la norma, una es no aplicarla a este préstamo por estar constituido antes de la sanción de la ley. Otra solución extrema sería aplicarla la nueva ley a todo el contrato inclusive las cuotas de interés ya pagadas. Otra posibilidad sería aplicarla también a la cuota vencida pero no pagada, en lo cual cabría reconocer retroactividad, porque la exigibilidad de la cuota ya se habría producido antes de la sanción de la nueva ley”.

La cuarta y última sería aplicarla a las cuotas no vencidas ésta es la que se adecua a nuestro artículo 3ro; efecto inmediato de la ley - aplicación a las consecuencias futuras y por ende no retroactivo
d. Aplicar la ley retroactivamente sería ir en contra de uno de los principios de las leyes de emergencia cual es el que estas sean limitadas en el tiempo

En efecto a partir de los precedentes “ Avico” y “ Peralta” la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que las leyes de emergencia para ser consideradas constitucionales deben ser limitadas en el tiempo, si admitimos que estas se apliquen retroactivamente estaríamos violando este límite porque todo contrato celebrado en el pasado sería afectado por la nueva ley, lo que resultaría arbitrario y carecería de razonabilidad._

En definitiva la pesificación de las obligaciones afecta lo convenido originariamente por las partes, introduciendo un valor de conversión diferente al existente cuando este se celebró y es de aplicación inmediata, pero a las consecuencias futuras.

6.- INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA - Fin del legislador -Resultados de la interpretación.

La interpretación finalista o teleológica puede ser realizada desde una doble optica:

Por un lado, la interpretación debe ser vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción y con la ocasión en que fue dictada, es decir se trata de la investigación de la *ratio* y de la *ocassio legis* con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo encerrado en ella.

El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación, del cual el intérprete no se debe desvincular.

a. Fin del legislador.

Con relación a la primera cuestión lo que debemos determinar es cuál es el fin tenido en cuenta por el legislador al establecer la pesificación y al otorgar facultades al legislativo para paliar el impacto de su medida.

El fin tenido en cuenta por el legislador, sin entrar a considerar la absoluta ineficacia de la medida tomada, fue claramente establecido en el art.1 inc 2do de la ley 25.561 " Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales".

Lógicamente el legislador advirtió que el cambio del sistema monetario influiría en los contratos en curso de ejecución. Para paliar ese impacto delegó facultades en el poder ejecutivo cuyos alcances quedaron plasmados en el inc. 4to del art. 1ro del ley 25.561 que con el decreto 320 del 2002 fue derogado por el Poder Ejecutivo Nacional..... " reglar la reestructuración de la obligaciones en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2do."

Ello así queda claro que la finalidad pensada por el legislador fue para el futuro y para los contratos y obligaciones pendientes, y no para los contratos finalizados, terminados o en mora, o para los celebrados con posterioridad

Insisto nuevamente que el legislador marco un límite entre obligaciones vencidas con anterioridad y con posterioridad a la fecha de vigencia de la ley 25.561, lo que resulta claro de que a las segundas les aplica el CER como forma de paliar el efecto del nuevo régimen cambiario. El Coeficiente de Estabilización de Referencia solo se aplica a las obligaciones que venzan con posterioridad al 6 de febrero del 2002, que hubieran sido pactadas en dólares y contraídas con anterioridad. No a las celebradas con posterioridad

La limitación de la pesificación se advierte claro en los considerandos del decreto 320 del 2002 cuando expresamente se dice que " asimismo debe aclararse respecto al artículo 8vo del decreto 214 que el mismo es aplicable exclusivamente a los contratos y relaciones jurídicas existentes al momento de la entrada en vigencia de la ley 25.561".

Debe interpretarse que la pesificación no se aplica a los contratos finalizados, ni tampoco a los que se celebren con posterioridad, justamente porque es una ley de emergencia de duración limitada, y esta limitación que es propia de la emergencia no se puede ni retrotraer indefinidamente hacia el pasado, ni influir en las nuevas relaciones.

El fin tenido en mira por el legislador de la ley 25.561 al delegar facultades al ejecutivo no fue que este, interviniera en los contratos finalizados, en los rescindidos , en las obligaciones no vigentes. Sino por el contrario le dio los medios al ejecutivo para que este tratara de alguna manera de paliar el cambio del régimen monetario en los contratos en curso de ejecución a fin de mantener vivo el contrato.

Se advierte con absoluta claridad como la finalidad tenida en miras por el legislador no fue pesificar situaciones como las que dan origen al presente plenario en que el contrato de locación, se encontraba extinguido, finalizado, la propiedad había sido devuelta y los alquileres adeudados eran de 1999, es decir de hace casi tres años.

No puedo dejar de recordar que el artículo 8 decreto 214 hace un llamamiento a los jueces para arbitrar las medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes, situación que no se da cuando no hay relación alguna que continuar porque insisto el contrato de locación ha finalizado.

En definitiva entiendo que el legislador no tuvo como fin retrotraer los contratos hacia el pasado sino hacia el futuro. Es que resulta difícil de justificar una intervención legislativa en un contrato celebrado entre particulares, en los cuales lo pactado es ley para las partes, ello solo se alhyte en caso de divergencia, con las características excepcionalísimas que fueran señaladas por la C.S.J.N en los precedentes "AVICO" y Peralta" pero no se puede admitir que también se intervenga hacia lo pasado porque ello carecería de toda razonabilidad, es que como bien señala mi colega de sala el Dr. Arazi, las razones excepcionalísimas que permiten la intervención estadual en las convenciones particulares son de interpretación restrictiva, porque la regla es el cumplimiento de los contratos, y de las normas constitucionales e infraconstitucionales.

b. Resultado de una interpretación diferente.

El mas alto Tribunal de nuestro país ha señalado en infinidad de pronunciamientos que el juez no puede desentenderse de las consecuencias de sus sentencias.

Ello así entiendo que pesificar las obligaciones en mora produciría las siguientes consecuencias

Implicaría hacer caer sobre las espaldas del acreedor todo el peso de la emergencia.

Obligaría al acreedor, a realizar un nuevo juicio para lograr un reajuste equitativo de lo que se le ha ordenado a pagar. En el caso cabe tener en cuenta que el acreedor inició en el año 2000 una acción ejecutiva por cobro de pesos, el proceso lleva dos años y 8 meses, aún no ha cobrado nada, probablemente cobre en una moneda desvalorizada, y para revertir esta situación deba iniciar otro proceso ordinario a fin de lograr un reajuste equitativo de lo que el deudor moroso le debe pagar.

Se podría pensar que para evitar este nuevo daño que los jueces pueden ordenar de oficio un reajuste equitativo. Considero personalmente que esto tampoco solucionaría nada porque al carecer de elementos, para realizarlo, sin pautas objetivas, lo único que se lograría es que el acreedor tuviera que recurrir a otro proceso para lograr fijar el daño real.

7.- CRÍTICAS A LA NO PESIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN MORA

A la no pesificación de las obligaciones en mora se le ha hecho las siguientes críticas

Delegación de facultades; que el art. 11 del la ley 25.561 ha sido derogado implícitamente por el art. 17 del decreto 214-02

y que esta derogación no es inconstitucional en virtud de que el decreto mencionado tiene su apoyatura en las facultades delegadas

Mora irrelevante :Que el art. 513 del Código Civil no se aplica cuando no exista una relación de causalidad o efecto entre la relación de causalidad o efecto entre el actuar culpable del incumplidor y la consecuencia imprevista.(SOJO, Lorenzo A. “ La mora y la pesificación de las obligaciones una reflexión diversa” E.D. 12 de Setiembre de 2002) ya que aún cuando el artículo 513 del Código Civil ponga a cargo del deudor en mora las consecuencias del caso fortuito, lo cierto es que desde antiguo se ha resuelto que la culpa o la mora, son irrelevantes si la excesiva onerosidad se hubiera producido de todos modos de tal suerte que no existe una relación de causalidad o efecto entre el actuar culpable del incumplimiento y la consecuencia imprevista.

Enriquecimiento sin causa “Que pretender percibir dólares en un contrato aún vigente – que no implica mantener el valor original del crédito por lo dicho anteriormente – hace que se añada una plusvalía que conlleva un enriquecimiento sin causa para el acreedor a costa del detrimento equivalente para el deudor.) art. 784 C.C.”

8.- RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS DE LA NO PESIFICACION DE LAS OBLIGACIONES EN MORA.

Creo que estas observaciones merecen las siguientes respuestas

A lo largo de este voto he reiterado que el poder legislativo le delegó al Ejecutivo facultades expresas para paliar los efectos del cambio de política económica en los contratos vigentes, para las prestaciones futuras. Pero no para que retroactivamente dejara sin efecto la política económica y cambiaria que había regido en el país durante 10 años.

La crítica de la mora irrelevante: El artículo 513 alude a supuestos en que el incumplimiento de la obligación no es jurídicamente imputable al deudor en razón de sobrevenir un hecho ajeno al que genera la imposibilidad de pagar lo debido. Este no es el caso sometido a decisión de la Cámara en Pleno en el cual el la mora es dos años anterior a la pesificación, por lo que como señala el Dr. Arazi debe presumirse que se produjo por culpa del deudor moroso.

El supuesto de la mora irrelevante con relación al caso fortuito fue aceptado por doctrina y jurisprudencia en la época inflacionaria en situaciones diferentes a las que este plenario debe atender ya que en este caso la mora es relevante; porque si el deudor hubiera cumplido en término, la relación jurídica no habría sido afectada por la legislación de emergencia. La doctrina de la mora irrelevante fue aplicada en la época inflacionaria cuando la mora era contemporánea o posterior al casus, diferente del caso en el que la mora es anterior a la emergencia y por lo tanto constituye una conducta relevante a los fines de la transmisión del riesgo (LORENZETTI, Ricardo, “La mora y la emergencia económica pesificación – obligaciones en mora” (Un modelo de interpretación) LL 27 de Setiembre del 2002).

Del enriquecimiento sin causa: No existe ninguna prueba de que exista enriquecimiento sin causa en el acreedor que recibe fuera de plazo los dólares que debió recibir hace dos años, ni siquiera lo puedo válidamente presumir porque para ello debería hacer ucronía o ser adivina. Con los elementos que cuento al momento de decidir solo se que al tiempo en que debió efectuarse el pago esté no se hizo, que durante tres años el acreedor tuvo que cumplir sus compromisos y que no contó con los dólares que le correspondían para hacerlo y que el deudor siguió utilizando la cosa.

Desconozco completamente si el acreedor a quien se le debían pagar dólares, con el derecho adquirido de cobrarlo no realizó gastos con su tarjeta de crédito en el exterior, que no fueron pesificados, en cuyo caso no puedo presuponer válidamente que hoy se enriquezca por cobrar lo que era debido en la moneda pactada, en otro momento histórico.

Considero que los jueces no pueden partir de meras conclusiones hipotéticas y que deben aplicar los instrumentos morigeradores que limitan el liberalismo puro, como el abuso del derecho, la buena fe, la lesión, y el enriquecimiento sin causa cuando estos están probados.

Estimo que no se puede decir sin mas que el acreedor se enriquece indebidamente porque cobre los dólares que le eran debidos, y que ello en definitiva dependerá de las circunstancias del caso.

Si al acreedor le debían 4000 dólares el año pasado se podía comprar un equipo de computadora de ultimísima generación, si se los pagan en el día de la fecha quizás si lo obtiene, se pueda comprar igual equipo de computación. No me explico en donde radica el enriquecimiento del acreedor quien no pudo en su momento adquirir la computadora y hoy tampoco la podrá adquirir si se le devuelve lo adeudado en pesos.

Si el acreedor chocó su auto importado y estaba pendiente del cobro de sus dólares para comprar los repuestos y arreglarlos y hoy logra cobrar los dólares que le eran debidos podrá comprar quizás iguales repuestos a los que necesitaba, no advierto entonces en que se ha enriquecido, cobrando lo adeudado en la moneda pactada.

Es un hecho innegable que no obstante la convertibilidad, quien pactaba en moneda extranjera, pactaba a otros valores, con otras tasas de interés, y con otros precios. En los pactos en pesos se pagaba el riesgo moneda, por ello los bancos pagaban un interés en los plazos fijos en dólares y otro diferente en pesos, por ello también las condiciones eran diferentes en las contrataciones en monedas creíbles, que en monedas riesgosas, los contratos eran distintos en pesos que en dólares porque eran monedas distintas .En principio quien pretendía hacer sus transacciones en moneda fuerte dejaba de ganar en sumas nominales en razón de la seguridad, siendo ello así no puedo presumir que exista enriquecimiento sin causa del acreedor quien eligió una moneda segura para su transacción en desmedro de un mayor precio o de una mayor tasa de interés y no la cobró en tiempo, ni la puede cobrar ahora.

Quien mejor explica el tema es Leandro Vergara al decir “La devaluación del peso en relación al dólar constituye un constituye un hecho que, habitualmente, suele repercutir en el “valor” de las prestaciones de un contrato. Destaco que la repercusión sobre el “valor” de las prestaciones constituye una fuerte posibilidad aunque ello no implica, por necesidad, una consecuencia forzosa. En rigor, una devaluación produce, sí, un impacto inmediato sobre el valor de cambio con otras monedas, sin embargo dicho efecto no es tan automático, ni tan forzoso sobre el valor de intercambio respecto de bienes y servicios.

Veamos:

Si por caso, la moneda objeto de un contrato fuera el dólar norteamericano, y este se hubiera apreciado notablemente en relación al peso, habrá que ver, cuál es el nuevo poder de compra (su valor) de esa misma moneda luego del hecho de la devaluación. La repercusión sobre el “valor” del dólar es una cuestión muy sencilla de verificar, a poco que se enfoque correctamente el valor relativo (uno en relación a otro) que se pretenda analizar. En tal sentido, si se pretendiera saber sobre la repercusión del valor respecto de otras monedas, simplemente habría que chequear la cotización del día en el mercado de cambio. Pero si quisiera conocer sobre la alteración de valor en una compraventa inmobiliaria, habría que constatar cuál es el precio del inmueble –valuado en dólares- antes y después de la devaluación. Si un inmueble, luego de la devaluación, costara (por precios en el mercado) menos dólares que antes, es obvio que el valor del dólar habría aumentado su poder de compra, por lo menos, respecto del inmueble en cuestión.

Ahora bien, supongamos, a diferencia del ejemplo anterior que, por algún motivo, el valor de los inmuebles de referencia siguiera costando la misma cantidad de dólares, esto aún después de la devaluación del peso. Tal situación significaría, a contrario sensu, que el valor del dólar no habría aumentado su valor relativo o, lo que es igual, habría mantenido su poder de compra. Lo expuesto sucede con mucha frecuencia en muchos casos, v.g. mercaderías importadas (el precio se mantiene en dólares), lo mismo podría ocurrir respecto a determinados inmuebles, en los que por alguna razón de mercado (ubicación estratégica, capacidad productiva, etc.) el valor cotizado en dólares se hubiera mantenido constante.

De modo que una devaluación del peso en relación al dólar podría alterar las relaciones de valor de los bienes y servicios, pero dicha devaluación, como tal, no implica per se una necesaria alteración en las relaciones de valor. Todo depende, insistimos, en cómo se posicionan los precios de los bienes y servicios objeto de análisis con respecto a las distintas monedas luego del hecho de la devaluación.

Por su parte el proceso inflacionario también es un hecho que impacta (en este caso necesariamente) en las relaciones de valor, pero por ser un hecho materialmente distinto, como tal, tiene sus peculiaridades. Si entendemos que inflación (más allá de sus causas) es el aumento de precios, es claro que el dinero tiende a perder valor de cambio (menor poder de compra). La inflación reduce el valor del dinero, pues ya no rinde de la misma forma.

La devaluación del peso “puede” originar inflación aunque esto no altera, necesariamente las relaciones de valor. Un peso devaluado con relación al dólar podría mantener su poder de compra (su valor) en la medida que se mantuviera estable el índice de precios (en pesos). De manera que determinados precios de bienes y servicios (en pesos), podrían no aumentar o, en su caso, podría suceder que el aumento de los precios (en pesos) no sea proporcional al aumento del precio del dólar.” (VERGARA Leandro “Efectos de la devaluación. Impacto en los contratos. Los criterios para reajustar o modificar valores nominales”; en LL del 11/09/02, pág. 1).-

Si existe algún hecho objetivo que me permita presumir un beneficio de una parte sobre la otra, el único con el cual cuento es que el deudor uso un local comercial, durante meses sin pagarlo y que en tanto no pruebe lo contrario el único que ha obtenido un beneficio es el deudor que uso la cosa para el ejercicio de una actividad productiva en épocas de mayor estabilidad y pretende cancelar su deuda en una moneda distinta.

En definitiva entiendo que el enriquecimiento sin causa es conjetural y que sin pruebas no puedo declararlo.

8.- CRÍTICAS A LA CONDENA A PAGAR UNA CANTIDAD DE PESOS A UNA PARIDAD RESTRINGIDA APLICADA DE OFICIO POR EL JUEZ.

En nuestro país se advierte que algunos tribunales de oficio y sin tener en cuenta las circunstancias del caso han aceptado los efectos de la mora y fijado una paridad restringida, arbitraria y variable, en mérito de la doctrina del esfuerzo compartido, así se ha dicho que se debe pagar por cada dólar un peso con cuarenta centavos, o por cada dólar pactado el 50% de lo que vale el dólar en el mercado libre de cambios, por cada dólar pactado el 60 % de lo que cuesta el dólar en el mercado cambiario. Esta interpretación que intenta ser morigeradora, es ha generado una gran inseguridad jurídica que contribuye al caos y a la desconfianza reinan en el país. Dependiendo de la valoración subjetiva del juez el precio que se fije a la moneda de origen.

Considero que tal interpretación convierte al juez en legislador y que no se está solucionando el caso concreto sino dictando una norma general, propia del poder legislativo y absolutamente impropia del poder judicial.

Las recomposiciones de oficio con la letra expresa de la ley o con una interpretación integradora del Código Civil y del ordenamiento de emergencia -como la que propongo - arroga las facultades de decir que en las ejecuciones hipotecarias entre particulares el deudor debe pagar 1,40 por dólar debido, en todos los casos, o el 50% del valor del dólar. Esto es legislar porque es dar una norma general sin tener en cuenta las circunstancias del caso, ni decir cuales son estas circunstancias, las que además ni siquiera han sido invocadas. *Y aún siendo diferentes las circunstancias.*

Considero que el reajuste equitativo los jueces deben aplicarlo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y no en forma de norma general cuando exista retraso imputable.

La única justificación legal a la que se alude para condenar a pagar dólares a una paridad restringida que según el Art. 8 del dec. 214 el juez puede hacer un reajuste equitativo, o lo que es lo mismo la teoría de la imprevisión a la que se hace referencia concreta en el Art. 11 de la ley 25.561, que fundamenta el Art. 8 del decreto 214.

Cabe recordar que dice el Art. 8 del decreto 214 al que se hace referencia dice: Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en DOLARES ESTADOUNIDENSES u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1) = UN PESO (\$ 1), aplicándose a ellas lo dispuesto en el Artículo 4º del presente Decreto. Si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare notoriamente desproporcionada. De no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidirá sobre el particular. Este procedimiento no podrá ser requerido por la parte que se hallare en mora y ésta le resultare imputable. Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos, deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes.

Lo expuesto en el Art. 8 es la aplicación de la teoría de la imprevisión que viene del derecho romano en el cual a la máxima “pacta sunt servanda” Cicerón opuso “rebus sic stantibus”. Cuando existe una excesiva onerosidad sobreviniente, el juez debe repartir los riesgos teniendo en cuenta la ecuación originaria siempre y cuando no exista retraso imputable o un hecho general de fuerza mayor. (Art. 1198 del Código Civil).

Pero considero que si hay mora no tiene porqué el deudor moroso verse beneficiado por no haber pagado en tiempo ya que es injusto que cuanto más prolongada o antigua sea la mora, más se vea beneficiado.

En el presente caso hay retraso imputable, es decir mora por la que no cabe el reajuste equitativo, y además no se tiene en cuenta la ecuación originaria, sino que se aplica una solución general, impropia de los jueces. (PIZARRO, Daniel VALLESPINOS, Gustavo “Obligaciones “T 3- p 335).

Es un prius del sistema republicano establecido por la Constitución Nacional que la función legislativa es atribuida exclusivamente al Poder Legislativo, salvo las delegaciones que puede hacer en ciertas circunstancias al Poder Ejecutivo. Pero no está autorizada la delegación al Poder Judicial, el que siempre resuelve el caso particular por aplicación de las leyes. Esto ha quedado condensado en la ley 27 y en el Art. III del Título Preliminar del Código de Comercio que dice: “Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo siempre limitarse al caso especial de que conocen”.

El objetivo perseguido por la revisión del contrato, cuando se han alterado sus bases es posibilitar que el contrato siga vigente como ley de las partes, con el sentido y alcance que los celebrantes quisieron ajustado a su finalidad y economía (“MOSSET ITURRASPE, Jorge “ La frustración del contrato”, 1991).

Pero en el presente el contrato se encuentra extinguido por la mora (así que no se cumple con el primer objetivo que es que el contrato siga vigente) y se desconoce cual fue la ecuación originaria del pacto, ni el contrato en sí.

Para realizar un reajuste equitativo no es lo mismo la obligación de pagar el saldo de precio por la compra de una vivienda garantizada con hipoteca (caso en el que se puede pretender que si el valor de lo adeudado supera el valor de la vivienda se ajuste al valor real del bien) que un mutuo de dinero en el cual el reajuste ya no será de acuerdo al valor de la vivienda sino al valor del dinero.

No es igual un deudor con un gran riesgo de incobrabilidad que otro que no lo tiene. Es diferente cuando existen componentes extranjeros que cuando no existen. Es decir para el reajuste el juez debe tener en cuenta las condiciones de cada contrato particular, cosa que en el presente se ignora.

Si se realiza una recomposición de oficio y sin tener en cuenta las bases del contrato, no se le da ninguna oportunidad a las partes (ni acreedor ni deudor) a señalar si en el acuerdo se contemplaban cosas, bienes o prestaciones con componentes importados. Pero lo que es peor como el tema se finiquita en esta instancia ejecutiva de oficio, no se da lugar a un juicio ordinario posterior.

Es mala la solución que obliga al acreedor a recurrir a un proceso ordinario posterior para demostrar que lo que cobró en el juicio ejecutivo es inequitativo. Pero peor es el reajuste de oficio que le cierra al acreedor toda posibilidad de pedir recomposición, al juez que ya reajustó

Cabe señalar que en la valoración de un mutuo o un contrato mínimamente los jueces tienen que tener en cuenta:

Quién es el prestamista o quien es el locatario, o quien es el vendedor

Cuál es el costo de captación que tiene el prestamista, el costo de producción del vendedor o el tipo de bien locado o si por culpa de la mora el acreedor tuvo que acudir al mercado financiero y pagar en dólares.

Quién es el deudor; ya que es distinto si es comerciante, productor rural, industrial, exportador etc.

Cuál es el destino del préstamo; puede ser un préstamo para consumo, para comprar una casa, reparar una vivienda o para capital de trabajo de una empresa; puede ser un crédito nuevo o una refinanciación. No puede ser que el poder judicial admita “ todo es igual, nada es mejor....”.

Cuál es el plazo del crédito, y la antigüedad de su vencimiento, la cantidad de cuotas impagas, etc.

Cuál es el monto del crédito, razonablemente no es lo mismo recibir varias decenas de millones de dólares para construir una autopista que tomar U\$S 10.000 para financiar la reparación de una fábrica con elementos importados.

Cuál es el sistema de amortización del capital: en ello se comprende (i) cuando se empieza a pagar el capital (ii) cuando se dejó de pagar el capital (iii) si el sistema de cálculo es el alemán o el francés y otros elementos que puedan vincularse al precio del dinero

Por último no puedo dejar de advertir que La corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que es inconstitucional el reajuste de oficio de los contratos porque viola el derecho de defensa ya que no se le ha dado al deudor la posibilidad. de defenderse

DE LA INTERPETACION A DAR AL FAVOR DEL DEUDOR.

Se pone hincapié que se debe interpretar los contratos siguiendo la regla a favor deudor, creo necesario decir que esta no implica necesariamente estar a favor del deudor sino interpretar la ley en su sentido más favorable a la equidad las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyendo que:

“la regla favor deudor es un precepto residual que debe ser entendido en el sentido de la protección de la parte más débil del contrato. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.”

El maestro Borda, con su claridad habitual señalaba que la regla “ del favor deudor ”es un precepto residual, porque la regla de oro en materia de contratos es que ellos deben interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Así lo dispone el art. 1198 (reformado por la ley 17711), aplicando un principio que ya de antiguo era seguido por nuestros tribunales.

La segunda regla aprobada parte del supuesto de contratos onerosos y prescribe que si no existe una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones. Es una solución de evidente equidad, que ha sido consagrada expresamente por algunos códigos modernos, tal como el español (art. 1289), el italiano (art. 1371), el mejicano (art. 1857), y aplicada reiteradamente por nuestra jurisprudencia” (Borda Guillermo “La regla “favor deudor” en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en LL, Páginas de Ayer, agosto de 2002, pág. 31.)

Ello así no se advierte quien es la parte mas débil del contrato, si el locatario que no cobró el canon de locación desde hace tres años, o el comerciante deudor que usufructuó el negocio sin pagar lo pactado, por lo que no se puede propiciar sin mas una interpretación a favor del deudor.

Coincido plenamente con mi colega Dr. Arazi en que lo dicho hasta acá no impide que el juez en cada caso, atendiendo a las circunstancias particulares y después de oír a ambas parte, pueda atenuar los efectos de la pesificación en forma equitativa (doc. arts. 907, segundo párrafo; 954; 1069, segundo párrafo; convocatoria donde debemos limitarnos a responder si corresponde la “ pesificación” al valor un dólar estadounidense igual un peso de las obligaciones que estuviesen en mora a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561

Por todo ello, voto por la negativa.

A la misma cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Malamud dijo:

/

En nuestra Provincia, los fallos plenarios no tienen el doble objeto que –aludiendo a precedentes de extraña jurisdicción– les asigna la doctora Medina.

Reivindico entonces, para la Sala 2ª que integro, la potestad de decidir en grado de apelación y en la presente causa todo cuanto exceda de la estricta cuestión sometida por la Presidencia y que encabeza el Acuerdo de hoy. Del mismo modo que sólo la Sala 1ª, correctamente, decidió el 26-8-1986 (reg. 190), el 3-9-1996 (reg. 239) y el 2-3-2000 (reg. 155), las cuestiones apeladas en las causas 40.714, “Figueredo c/Palma”; 70.203, “S. Alexis S.A. c/Ilvento S.A.”; y 81.481, “Canestrari c/Sun Gard”, inmediatamente precedidas de los respectivos fallos plenarios de fechas 19-6-86, 3-9-96 y 9-2-2000.

Ello así porque en el régimen bonaerense (art. 37 de la ley 5827), el fallo plenario no resuelve el caso concreto, habiendo establecido la Suprema Corte que no es la sentencia que corresponde a un juicio determinado, porque en aquél no tratan todos los jueces todas las cuestiones sometidas a conocimiento, sino sólo el tema con relación al cual existen decisiones contradictorias entre distintas salas o entre distintas Cámaras (SCBA., causa P-33.389 del 17-12-85, en “Ac. y Sent.” 1985-III, 738).

Ese acotado marco decisorio ha de alcanzar a las personas que con pormenor identifica la dra. Medina en el apartado “2. Antecedentes del caso”, pero también al deudor perdulario que en el día de vencimiento de su cuota –valga el casuismo: el 5 de enero de 2002- no llegó puntualmente y en horario laborable al lugar designado para pagarla (arts. 509, 747 C. Civil; decr. 50/2002). A éste, a aquéllas y a una universalidad de deudores será por igual de aplicación la conclusión que hoy se obtenga, y que –anticipo- ya solo ha de ser una de las dos primeras de las cuatro respuestas posibles que se planteó mi ilustrada colega.

De ahí la irrelevancia de aquellos antecedentes individuales y de otras particularidades y vicisitudes de la relación convencional entre la locadora Z., la locataria V., y los garantes V. y Z. que se consideraron en el lugar indicado. Pero, como no se deja de hacerlo en otros segmentos del tercer voto, no prescindiré de ellos cuando por causa de brevedad convenga evocarlo en mis reflexiones.

2

El art. 76 de la Constitución prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de

administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Y el inciso 3° del art. 99 de la Constitución impide al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, con la salvedad (cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos), de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, a ser decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete. Este jefe personalmente y dentro de los diez días, debe someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El decreto 214/2002, dictado por las consideraciones que lo preceden, con invocación de las facultades conferidas por el art. 99 inc. 3° de la C.N. y bajo las formalidades que la misma norma impone, tiene idéntico rango normativo que las disposiciones de carácter legislativo emanadas del Honorable Congreso, hasta el ejercicio en contrario de las atribuciones que a éste asignó la misma regla.

Es cierto que el decreto 214 se dictó “Visto el decreto n° 1570 del 1° de diciembre de 2001 y la ley 25.561”. Pero también que no surge de aquél, ni por implicancia, que se limitara a reglamentar al segundo de tales dispositivos, resultando entonces que puede modificar una disposición de carácter legislativo de fecha anterior (art. 11 de la ley 25.561), condicionado ello –claro está- al control, verificación y dictamen de la “Comisión Bicameral de Seguimiento” creada por el art. 20 de dicha ley, a falta de la nonata Comisión Bicameral Permanente.

Confío entonces en poder despejar la extrañeza que causa a la dra. Medina que el primer voto –al que hago plena adhesión- considerara que, más allá de la deficiente técnica legislativa, tales decretos (214 y 320) amplían el espectro de las obligaciones “pesificadas” a que hacía referencia la ley 25.561.

Una norma de carácter legislativo dictada por atribución del art. 99 inc. 3° de la C.N., y vigente por no objetarla el Honorable Congreso, transformó a pesos a todas las obligaciones ...(*ut omittam cetera*)... existentes a la sanción de la ley 25.561 –lo subrayado me pertenece- (art. 1°, decr. 214). Y su art. 8°, en el mismo sentido de amplio espectro, modifica al 11 de la ley 25.561, estableciendo que las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza se convertirán a razón de u\$s.1 = \$1, previendo su actualización mediante el coeficiente de estabilización de referencia que establece el art. 4°, y permitiendo la recomposición o reajuste del precio si por aplicación de dicho art. 8° el valor resultante de la cosa, bien o prestación fuere superior o inferior al establecido.

Otra de igual linaje, aclaró que las disposiciones contenidas en el decr. 214 son aplicables a todas las obligaciones ... reestructuradas por la ley 25.561 (art. 1°, decr. 320), pero no solamente no derogó al citado art. 1° del 214, sino que declaró que el art. 8° del decr. 214 es de aplicación exclusiva a los contratos y a las relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561 (art. 2°, decr. 320).

La dra. Medina trajo a colación, no solamente el “caso en particular” de cuyo resultado dijo no poder desentenderse, sino también diversos métodos hermenéuticos.

Pero ninguno de ellos permite, en nuestro idioma, restar al vocablo que reiteradamente subrayé (“existentes”) su esencia calificativa de ciertos objetos gramaticales de la oración - obligaciones, contratos, relaciones jurídicas-. Y el respectivo verbo (“existir”) significa “tener una cosa ser real y verdadero // tener vida // haber, estar, hallarse” (Diccionario R.A.E.); todo ello –en lo que hoy importa- a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561.

Así, aunque dicha ley –sancionada el 6-1-2002 y vigente desde ese mismo día (decr. 50)- no “pesificó” más que prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de su promulgación, lo hizo el art. 1° del decreto 214 del 3 de febrero, al transformar a las existentes, o sea, a las reales, verdaderas, con vida, que había, estaban y se hallaban (el 6 de enero de 2002), como acaece con todas las alcanzadas por la convocatoria al Plenario de hoy, y con otras que no lo están. Sin excluir a la reclamada contra Villadeamigo aunque en el tercer voto se dice no advertir “como se puede hablar de un contrato vigente ya que el contrato de locación está finalizado en virtud del art. 1604 del código civil, que establece de manera no taxativa las causas de finalización del contrato de locación”, cuando es verdad de Perogrullo que –allende ese punto, sobre el que no cabe hoy pronunciarse-, de lo que se trata es de cómo han de cancelarse los créditos de Zanoni –nacidos de aquel contrato, esté o no extinguido- y los de la grey de acreedores vinculados por la circunstancia contenida en la cuestión planteada por la Presidencia.

Así entonces, si surge del art. 11 de la ley 25.561 que las únicas obligaciones “pesificadas” son las “exigibles a partir del 6 de enero del 2002, no las que ya eran exigibles con anterioridad”, es claro que legisló en diferente sentido el posterior decreto 214. No veo del caso la premisa de que las leyes no se derogan sino por ley, porque, conforme al art. 99 inc. 3° de la Constitución, los decretos allí previstos tienen la jerarquía de aquéllas, hasta que el Honorable Congreso decida otra cosa.

Y no basta con contrastar a dicho decreto con el art. 1° del 25 sin haber aplicado el art. 2°, a que me referí. Ni con afirmar “que el poder legislativo expresamente limitó las facultades de reglamentación del ejecutivo en cuanto al impacto de la pesificación para aquellas situaciones que surgen de los contratos en ejecución aunque el decreto 214 fue dictado como Decreto de Necesidad y Urgencia no pudo haber avanzado mas allá de las facultades que le fueron expresamente delegadas en el artículo 1ro de la ley 25.561” (*sic*):

porque no existe en la ley 25.561 tal limitación expresa; y

porque el decr. 214 no se dictó apenas en cumplimiento de la delegación a que se refiere el art. 76 de la Constitución sino –según su exposición de motivos- en uso de las facultades conferidas por el art. 99 inc. 3°.

3

La ley 23.928, siguiente a décadas de inflación con picos de hiperinflación, fue parte de un conjunto de políticas que –según se decía- habrían sido concebidas para lograr la estabilidad y el crecimiento económico.

Pero la convertibilidad que estatuyó se supeditó al concurso de tres elementos de aplicación simultánea (PIEKARTZ, citado por CARLOS G. VILLEGAS en “Convertibilidad y Desindexación”, ed. DEPALMA 1991, págs. 55 y sigs.):

el establecimiento de un régimen de tipo de cambio constante, con libre acceso (cualitativo y cuantitativo);

la condición de que las reservas internacionales del Banco Central sean suficientes para respaldar la base monetaria; y

la obligación del Banco Central de vender ilimitadamente divisas para operaciones de conversión.

Se advirtió a la sazón que cualquier “devaluación” o “desvalorización” de la moneda nacional debería entonces depender de la sanción de una nueva ley que modifique la paridad consagrada en el art. 1° de la ley 23.928 (VILLEGAS, *op.cit.*, pág. 57).

Pero tal ley (25.561) no se sancionó hasta enero de 2002, es decir, cuando ya aquellas reservas internacionales del Banco Central estaban esfumadas y su obligación de vender las divisas a un peso (art. 2° ley 23.928) era de cumplimiento imposible y el endeudamiento exterior había alcanzado tal dimensión que la Nación había perdido el acceso al crédito, sin remedio a la vista.

4

La dra. Medina sostiene que el alquiler se hizo “por un valor locativo previsto para el año 1999 de 800 dólares. Las partes convinieron que el precio debía ser pagado en dólares y en caso de imposibilidad jurídica en la cantidad de pesos

necesarios para comprar los dólares en billetes en el mercado de Montevideo o Nueva York”.

El “valor locativo” –concepto empleado en el tercer voto y en el arancel de honorarios- no necesariamente coincide con el precio, como elemento esencial del contrato de locación (art. 1556 del C. Civil). Antes bien, se trata de una estimación, usualmente pericial (arts. 40 y 27 inc. “a” del decr.ley 8904; 376, 457 CPCC), de los frutos civiles que podría devengar una cosa, de aplicación en numerosos supuestos indemnizatorios (vgr., arts. 1272, 2330, 2424, 2426, 2433, 2444 y concds., C. Civil).

Décadas de actividad profesional –en ejercicio privado de la abogacía, antaño, y como juez, hogaño- han impreso en mi experiencia la certeza de que el “valor locativo” de un inmueble urbano se tasa en un importe que, según las particularidades del caso, oscila entre un 8% anual y un 12% anual del precio asequible por su venta.

Y, no sin reiterar la prevención que hice en el capítulo 1º contra la posibilidad de decidir hoy el caso singular, no veo “mera conjetura” en el enriquecimiento injustificado que se configuraría de prosperar la respuesta negativa a la cuestión sometida al plenario.

En efecto: es notorio que el precio de venta de los inmuebles, expresado en pesos, no aumentó significativamente desde enero, y es también notorio que, expresado en dólares, se redujo geométricamente. Más aún; se ha deprimido tanto el mercado -a consecuencia de la pauperización y la indigencia propagadas por la crisis generalizada y terminal en que se debate la sociedad argentina- que no es impensable que, “pesificado”, el precio del alquiler pueda llegar a superar al “valor locativo”. Cuanto más si –como destacó la dra. Medina- el contrato entre Z. y V. versó sobre un local de destino comercial, siendo también notoria la declinación de las ventas. Por cierto que, en tal supuesto, el deudor, si se hallare en mora, no podrá requerir un reajuste equitativo del primero (art. 8º, decr. 214), y ello pese a la importante disminución de los valores, que –con el espíritu de justicia que la distingue- considerara la dra. Cabrera de Carranza al pronunciar su voto disidente en la causa 90.665 del 5-7-2002 (“Inversiones Yatay c/Tejeda”, reg. 304/2002 de la Sala 1ª).

Pero puede requerirlo el acreedor en todo caso en que, por aplicación de la misma disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior al del momento de pago (en pesos de una obligación exigible de dar sumas de dinero, expresadas en dólares estadounidenses).

No considero que, mediando el procedimiento adoptado por la legislación de emergencia, resulte premiado el deudor moroso en desigualdad con el puntual pagador, ni que el deudor pueda no tener el derecho de pagar los intereses compensatorios que constituyen la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero, ni –cuando las hay- de otros accesorios nada gratuitos, como las cláusulas de intereses convencionales.

5

Podría pensarse que en la respuesta negativa subyace el clásico aforismo “*Fiat justitia pereat mundus*”, entendiendo por “*justitia*” el respeto a la regla “*pacta sunt servanda*”, e interpretando “*pereat mundus*” no literalmente sino como “a cualquier costo”, por excesivo que resulte.

No obstante, pienso respetuosamente que así no se haría justicia y que el costo sería socialmente devastador, enriqueciendo y empobreciendo inopinadamente a muchos, sin razón valedera.

En el citado precedente de la Sala 1ª, puntualizó la dra. Cabrera de Carranza que los jueces no podemos dejar de tomar en cuenta la realidad y que “la complejidad de la situación en que vivimos nos impone la necesidad de abordar soluciones que contemplen no solamente el interés de las partes sino también el bien común”; como igualmente que “éste se verá seriamente afectado si en el estado actual de nuestra economía llegásemos a un alud de ejecuciones forzosas de inmuebles...”.

No es dudoso que la proliferación de subastas de inmuebles para afrontar deudas súbitamente impagables llevará a la inexorable pérdida de la vivienda o del taller o comercio a otros tantos ejecutados, y a sus concursos o quiebras, acentuando un estado de cosas que ya es insostenible para millones de argentinos (“*pereat mundus*”). Pero aún así no sostengo que necesariamente y en todo caso no haya “*justitia*” en éello, lo que dependerá de las circunstancias a considerar al hacer aplicación de la regla del art. 8º del decr. 214.

Sin proferir juicio sobre litigio alguno en particular, me represento, por cotidiana, la hipótesis de quien compró una vivienda que valía 60.000 pesos (si se generalizan las subastas, valdrá menos en operaciones entre particulares; por ejemplo, 50.000 pesos. En subastas, valdrá la insignificancia que convenga a algún aprovechado o grupo de aprovechados). Pagó 30.000 pesos, obteniendo del vendedor la financiación del saldo de 30.000 pesos, en cuotas y con garantía hipotecaria. Pero los argentinos –según la cita que hace la dra. Medina- no respetamos las leyes. Entonces, tampoco confiábamos en ellas y en nuestra suspicacia, éramos difidentes de la paridad que albriciaba la 23.928. Por eso -y no porque los billetes verdes extranjeros fueran su fetiche- el vendedor exigió que el contrato (escritura de compraventa con hipoteca) se redactara “en dólares”, con lo que el comprador se hizo formalmente deudor de 30.000 unidades de tal divisa. Cayó en mora al tiempo en que la República cayó en “default”, y se nos quiere convencer de que, “*pacta sunt servanda*”, debió perder la casa en una subasta ruinosa y además aludida. El vendedor no tiene la culpa suficiente como para comprar dos o tres casas similares. Ni siquiera podría pretender la resolución de su –súbitamente- insostenible atadura (art. 1198, penúlt. párr., C. Civil).

6

Eso no sería “*justitia*”, sino una anacrónica y monetaria versión de canibalismo, repulsiva a tanto estándar jurídico y moral aceptable en nuestra civilización, que huelga ahora evocar. Y, como bien se señala en el voto que me antecede, el juez no puede desentenderse de las consecuencias de sus sentencias.

En definitiva, no correspondiendo aquí emitir opinión sobre el mayor o menor acierto de la legislación de emergencia, sostengo que –como creo cabalmente demostrado por el dr. Bialade- brinda un marco razonable para la restauración, dentro de lo posible y fuera de utopías, de una situación en que todos, acreedores y deudores, están de un modo u otro perjudicados.

No obsta a mi respuesta por la afirmativa, la invocada regla *res perit domino*, adecuada a los riesgos (pérdida o deterioro) y ventajas (frutos y productos) de la cosa debida en las obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 578 y sigs. del C. Civil).

La de dar sumas de dinero no es una obligación de dar cosas ciertas, lo que hace desaconsejable buscar en las normas específicas de una la solución para la otra. Faltaría el recaudo de prudencia con que debe aplicarse el método analógico -que implica identificar un vacío legislativo-, consistente en que haya identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma en que lo hace la ley análoga (doctr. art. 16, C.C.; SCBA., 19-5-69, cit. por LAVALLE COBO en "Código Civil Anotado", ed. ASTREA, t. I, pág. 87).

6

Quiero señalar que, magüer su importancia, el principio “*pacta sunt servanda*” no es un fin en sí mismo, y la Constitución no garantiza la inmutabilidad de los contratos. Por contraste, nuestra normativa los somete a principios de equidad, moral y orden público, en cuya función los jueces modificamos a diario los alcances de sus cláusulas, cuando contravienen esos valores superiores (arts. 21, 656, 953, 954, 1071, 1198 y concds. del C. Civil), y se ha destacado entonces que no hay derechos irrevocablemente adquiridos cuando, tratándose de contratos en curso de ejecución o de obligaciones no canceladas, se ha roto el sinalagma existente en la relación jurídica que les dio origen (Cám. CC Gral. San Martín, sala 2ª, causa 51.166 del 2-7-2002, *in re* “Electrodos S.A. c/Gahin”, reg. 204/2002).

Hago propia entonces la primera ponencia, como también una docta opinión: “En la recomposición del contrato nos

incumbirá a los abogados, y en su caso a los jueces, aportar una gran dosis de racionalidad y de sentido común para dar con el punto de encuentro adecuado entre las posiciones antitéticas de una y otra parte (...) y a ese fin será preciso considerar el universo global para expurgar el contrato incidido por la legislación de emergencia, como quería el maestro civilista Jorge Joaquín Llambías, de las aristas más agudas de injusticia” (ATILIO ALTERINI, en diario “LA NACION” del 21-10-2002, 1ª sec., pág. 15).

Concluyo entonces en que, a falta de coincidencia entre el acreedor y el deudor, los hoy vigentes arts. 8 del decr. 214 y 2 del 320 suministran una razonable plataforma para que los abogados y los jueces encuentren la mejor solución para cada uno de los casos comprendidos en la policroma realidad en que estamos sumidos.

Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Krause dijo:

Por las claras y fundadas razones dadas por el Dr. Bialade y el Dr. Malamud , a las que adhiero, afirmo que en las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses, no vinculadas al sistema financiero corresponde su “pesificación” al valor de un dólar estadounidense = un peso aún en caso de mora del deudor con anterioridad a la vigencia de la ley 25.561. Esto es así por disponerlo el art. 1º del dec. 214/02 al referirse a todas las obligaciones de dar sumas de dinero -expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras existentes a la sanción de la ley 25.561. En consonancia con ello el art. 2º del decreto 320/02 aclara que el art. 8 del dec. 214/02 es de aplicación exclusiva a la relaciones jurídicas existentes (y no sólo a las exigibles) a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561.

Respecto de la aptitud modificatoria y derogatoria de estos decretos, en relación no sólo a disposiciones esenciales de la ley 25.561 sino de toda otra norma que se oponga a lo en ellos dispuesto (art. 17 del dec. 214/02), hago mías las conclusiones del Dr. Bialade y del Dr. Malamud en relación a la atribución que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo en su art. 99 inc.3º más allá de la delegación de facultades que en el art. 1º de la ley 25.561 se efectúa en los términos del art. 76 de la Constitución. Agrego que no sólo el Honorable Congreso de la Nación no legisló en contra de la vigencia del dec. 214/02 con posterioridad a su sanción sino que -por el contrario- ratificó implícitamente su art.4º, al que se refiere también su art.8º, al prorrogar hasta el 30 de septiembre del año en curso el Coeficiente de Estabilización de Referencia para todas las obligaciones de dar sumas de dinero inferiores a 400.000 a cargo de personas físicas y/o jurídicas, no excluyendo de modo alguno a quienes estuviesen en mora con anterioridad a la vigencia de la ley 25.561 (art. 1º de la ley 25.642).

No es óbice a tal interpretación que el C.E. por el dec. 214/02 sólo sea aplicable a partir de la fecha de su dictado puesto que tal posibilidad excepcional de actualizar los créditos tiene su fundamento en la “pesificación” allí dispuesta y con la finalidad de paliar sus efectos. Se mantiene para las posteriores obligaciones lo dispuesto por el art.7 de la ley 23.928 según texto ordenado por el art. 4 de la ley 25.561. En cuanto a las obligaciones en moneda extranjera existentes a la sanción de esta última ley, esto es, también las que se encontraban en mora, no se justifica su actualización puesto que los índices de inflación anteriores por su escasa magnitud son debidamente compensados ya sea por aplicación de las tasas pasivas o activas de interés, según sea el caso, o por las cláusulas punitorias que pudieron convenirse.

Encuentro también que la inclusión de las obligaciones en mora en las normas mencionadas responde al fin propuesto por el legislador, ya que la crisis y emergencia que justifica dichas normas es anterior a la ley 25.561 y ha afectado el cumplimiento de tales obligaciones. En este aspecto es dable destacar que el legislador previó la situación de los deudores en mora al incluir en el procedimiento concursal distintas normas tendientes a protegerlos, en razón de la crisis existente, con clara referencia a la “pesificación” dispuesta por la ley 26.561 (arts. 1º, 17, 18 y cc. de la ley 25.563 y su modificatoria ley 25.589). También así se desprende de los considerandos del dec. 214/02 en los que, entre otras motivaciones, se expresa “que como consecuencia de la crisis existente se produjo una profunda interferencia en las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado al haberse producido –entre otras perturbaciones- la virtual ruptura de las cadenas de pagos, situación que derivó en la práctica interrupción de la economía”. Resulta, pues, que aún cuando la mora pueda ser anterior a la vigencia de la ley 25.561 de ello no se deriva que sea en todos los casos anterior a la emergencia que motivó dicha ley. Por lo demás, si bien el art.8 del dec.214/02 impide al deudor moroso intentar el reajuste de su obligación, obvio resulta que su obligación, aún encontrándose en mora, ha sido “pesificada” ya que es en este supuesto en el que se prevé el reajuste.

Así entonces, aunque el art. 5º de la ley 25.561 ratifica la reforma de la ley 23.928 en relación a los arts. 617, 619 y 623 del Cód. Civil, estos encuentran en el dec. 214/02 excepciones como la de que el deudor en dólares puede liberarse pagando en pesos a la paridad establecida en sus arts. 2º, 3º y 8º. Y al referirse la ley 25.561 con sus normas modificatorias dispuestas en los dec. 214 y 320/02 a las obligaciones existentes a la fecha de su vigencia, abarcando a las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, y aún a las que lo sean, si fuera su causa u origen sean judiciales o extrajudiciales (arts. 1º y 8º del dec. 214/02), es evidente que, en tal amplitud (con las excepciones a que se refieren los decretos 410/02, 704/02 y resolución conjunta de 410/02 y 704/02 del Ministerio de Economía y 24/02 del Ministerio de la Producción) comprende las obligaciones en mora al 6 de enero del corriente año (Cám.Civ. y Com., La Matanza, Sala IIa., 3-9-92, “Lloroff, Mario c/ Destoc, Martha Susana s/elec.”; Cám. Nac. Civ. Sala “G”, 19-9-2002 “Cinto, Nélida c/ Chaparro Martínez, Benigno, rev. “Lexis Nexis”,JA. 9-10-2002, pág.64; Juz. Nac. Civ. nº 1, 2-9-2002, “Montaldo, Adriana c/Montaldo y Juz.Civ. y Com. 5a. Nominación, Rosario, 26-8-2002, “Magnat, María c/ Iglesias, Trinidad”, suplemento de rev.L.L., septiembre de 2002, págs. 93 y 82 respectivamente). Ha quedado derogada toda norma que se oponga a ello no pudiendo -además- ninguna persona alegar derechos irrevocablemente adquiridos (arts. 19 de la ley 25.561 y 17 del dec. 214/02).

Es así que en el marco de la emergencia en el que las normas de referencia han sido dictadas el legislador ha restringido los principios relativos a la mora en general (arts. 508, 509, 513 y cc.del Cód. Civil) y los referidos a la retroactividad de las leyes (art. 3º del Cód. Civil), como así también limitado en su alcance principios constitucionales tales como el derecho de propiedad (art. 17 de la C.N.). Podrá cuestionarse la constitucionalidad de tales limitaciones, pero - sin perjuicio de señalar que la Sala IIa de este Tribunal, que integro, se ha expedido sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia en cuestión (causa “ Inversiones Yatay S.A. c/ Ferreyra, Ramón Alberto s/ejecutivo”, sentencia del 10-7-2002)- tal no es el tema a decidir en este plenario. Sólo he de recordar, como lo ha hecho el Dr. Bialade, que la Corte Suprema de Justicia ha admitido que, en la medida que lo requiera la atención de los superiores intereses y la situación de la economía general lo imponga, resulta lícita la sanción y aplicación de leyes con alcance retroactivo, aún cuando de esa manera se limite el derecho de propiedad de los habitantes y aún los efectos de las sentencias firmes (Fallos 171:349, 172:29, 263:83; “Peralta, Luis y otro c/Estado Nacional ,LL.1991-C-158)

No es necesario, pues, que el juez en cada caso atenúe los efectos de la mora producida con anterioridad al 6 de enero del corriente año puesto que el legislador las ha incluido en la “pesificación” dispuesta por los dec. 214 y 320/02; si deberán los jueces disponer el reajuste equitativo de las prestaciones cuando lo requieran quienes se encuentran habilitados para ello conforme lo dispuesto por el art. 8 del dec. 214/02, de acuerdo a las pautas de la misma norma. Podrá así el acreedor que ha ejecutado su crédito solicitar tal reajuste, si así fuera pertinente y lo considerare necesario, de acuerdo a las

circunstancias particulares del caso, al momento de percibir su crédito ya sea por el pago voluntario del deudor o por la ejecución de sus bienes.

Finalmente he de destacar que quienes consideran inaplicable la “pesificación” a los deudores en mora con anterioridad al 6 de enero de este año, y también los que consideran inconstitucionales las normas que establecen aquélla, coinciden en todos los casos en la necesidad del reajuste equitativo de las prestaciones incumplidas. Siendo que tal alternativa está contemplada por art. 8 del dec. 214/02, que posibilita el resguardo tanto de los derechos del acreedor como del deudor, me convence de que es ciertamente disvalioso declarar inaplicable las normas sancionadas por la emergencia a los deudores en mora, máxime cuando no es dable a los jueces expedirse en relación al mérito, oportunidad y conveniencia de los actos dictados por los otros Poderes del Estado. Nada impide que los créditos pactados en dólares estadounidense se conviertan a la relación un dolar= un peso con 40/00 centavos o a cualquier otra relación que las circunstancias particulares del caso aconsejen en el marco del reajuste equitativo que el art. 8 del dec. 214/02 propone.

Por los fundamentos expuestos, y dada la importancia del tema tratado que justifica el presente acuerdo plenario, no obstante las interpretaciones restringidas que puedan caber respecto del mismo en razón del recurso de inaplicabilidad de ley previsto en esta Provincia, Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada, la Sra. Juez Dra. Cabrera de Carranza dijo:

1 - Algunas aclaraciones sobre el tema a decidir

La pregunta planteada a este plenario ha sido precisada al iniciar su voto por el Dr. Arazi, completándola con la salvedad de que se trata de obligaciones no vinculadas al sistema financiero en caso de mora del deudor, cuando ésta se haya producido con anterioridad al 6 de enero de 2002, fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561.-

El fallo plenario es un acto jurisdiccional por medio del cual los Tribunales de Alzada resuelven una cuestión de derecho estableciendo la doctrina legal aplicable, con carácter obligatorio para la misma Cámara y los Jueces de Primera Instancia de ese Departamento Judicial.- Es a partir de esta doctrina y por aplicación de la misma que los Magistrados - de una u otra instancia - deberán resolver los casos particulares.-

Ello me impone efectuar dos precisiones: en mi primer lugar, expresar mi coincidencia con el voto del Dr. Malamud en cuanto considera extrañas a la materia del Plenario las consideraciones efectuadas por la Dra. Medina referentes en forma concreta a la situación planteada en los autos en los que se ha citado el Plenario, que deberá resolverse oportunamente aplicando la doctrina del mismo.-

En segundo término que mi propio voto deba ser el mismo que el del Dr. Malamud, lo que me obliga a adelantar que si bien mantendré en lo sustancial la opinión que he venido vertiendo en numerosas Causas de esta Sala, esta circunstancia me impone abordar la cuestión de diferente manera (“Bruno, Ricardo c/ Scarano, Aldo s/ ejecución hipotecaria” causa 90.068 r.s.i. 181/02 del 9-5-02, “Inversiones Yatay S.A.c/ Tejeda, Oscar s/ ejecutivo” causa 90.665 r.s.i. 304/02 del 5-7-02, ED n° 10.560 del 6 de agosto de 2002, pag. 1, entre otras muchas).-

2 - El análisis de las normas legales aplicables

Este tema ha sido acabadamente tratado por la totalidad de mis distinguidos colegas preopinantes y resultaría no solo redundante sino fastidioso que intentara nuevamente ese análisis.-

Me limitaré a resumir muy someramente la opinión de mis colegas, en primer lugar la de los miembros preopinantes de esta Sala 1ª., el Dr. Arazi y la Dra. Medina en cuanto interpretan en forma restrictiva la pesificación dispuesta por el art. 8° del decreto 214/02, es decir que en consonancia con la norma del art. 11 de la ley 25.561, a la que entienden que no ha derogado, la pesificación que dispone no se aplica sino a las obligaciones dinerarias exigibles a partir de la fecha de promulgación de ésta última.- En segundo término la de los colegas de la Sala 2a., que entienden que el art. 8° del Decreto 214/02 modificó el texto de la ley 25.561, incluyendo en la pesificación a las deudas en mora a la fecha de la sanción de la primera, que aún no cabían dentro de su texto, y que ello resulta procedente dado el carácter del Decreto mencionado, avalando esta interpretación la norma del art. 2° del Decreto 320/02 (art. 99 inc. 3 de la CN).-

3 - El marco de este decisorio

Nos encontramos inmersos en un proceso de reestructuración de la economía y no puede efectuarse vaticinio alguno sobre cual será la manera en que se irán resolviendo las cuestiones que hoy nos ocupan, ni mucho menos en que dirección se orientará la marcha de la misma ni cuando o como se estabilizarán sus condiciones.- Este proceso está caracterizado por enormes transferencias de recursos desde un sector hacia otros, con un efecto constante de licuación de activos y pasivos.- Y se halla signado por un factor predominante: la incertidumbre.- Se sabe como y cuando comenzó pero no su final en el modo ni en el tiempo, continúan las presiones, los lobbies, y las acciones judiciales con resultados también inciertos (Gerscovich, Carlos G. “ Sentido y dirección de la emergencia” JA 2002-III, fascículo 1 pag. 3, Buenos Aires, julio 3 de 2002).-

Esa incertidumbre impone que cada uno de los que somos sucesivamente actores en el devenir de esta crisis debamos estar muy atentos a la dirección que nuestra intervención le vamos dando. No existen temas menores y al elegir el rumbo deben tenerse en cuenta los efectos a que éste pueda conducir.-

Desentenderse de las consecuencias futuras de sus decisiones implica, para el Juez, pretender que la justicia sea, efectivamente, ciega.-

4 - Los antecedentes de esta situación

a) 1960/1991

Desde que fui designada Secretaria de un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial han transcurrido más de cuarenta años.- Hago esta mención para señalar que viví - en parte desde la Secretaría de esta misma Cámara - el desarrollo de determinadas ideas en el ámbito de nuestro derecho frente a una situación también de emergencia: en ese caso fue la desvalorización de la moneda, y la evolución del principio nominalista instaurado por el art. 619 en nuestro Código Civil, es decir, como bien lo expresa el mismo Vélez en la nota a dicho artículo “ la cuestión tan debatida sobre la obligación del deudor cuando ha habido alteración de la moneda “.- Termina Vélez su comentario al texto del artículo aclarando que “ si hubiera de darse ley - modificando el valor de la moneda - suponiendo la alteración de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Código de Austria, es decir los arts. 988 y 990 a los que se refiere en el párrafo precedente que establece frente a la alteración del valor intrínseco de la moneda que “ el que las recibió debe rembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo”

Para quienes no vivieron esa época desde su inicio, baste recordar las dificultades con que se fue abriendo camino la idea de revalorizar las deudas en relación con la depreciación de la moneda, pasando desde su aplicación a las llamadas “deudas de valor” a las dinerarias - paso que, aunque parezca ahora extraño llevó casi diez años - y respecto a estas últimas, primero únicamente en relación con la situación de mora del deudor, luego orientándose a la defensa del derecho de propiedad, puesto que se sostuvo que la revalorización no implicó imponer al deudor una suma mayor, sino la distinta expresión numérica del mismo valor (Carlos H. Plana “Régimen Monetario de Emergencia” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Emergencia y pesificación”, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe 2002, pag. 97; C.N.Civ., Sala F, 2 de junio de 1964,

ED 8-215; SCBA, 9 de mayo de 1967, ED 18-809; CS, 8 de noviembre de 1973, ED 51-367; CS 23 de septiembre de 1976, ED 69-189; C.N.Civ., en pleno, 9 de septiembre de 1977, ED 74-463).-

Quiero también destacar que en su voto en el Plenario de la Cámara Nacional en lo Civil citado en último término alguno de los Jueces de aquel señero Tribunal proponían la posibilidad de que se distribuyera entre acreedor y deudor el peso de la inflación, determinándose en el caso de incumplimiento meramente culpable, la revalorización de la deuda en la medida del daño, aún presumible, que sufriera el acreedor (Voto del Dr. Jorge H. Alterini) o diferían a los Jueces la obligación de evaluar el incremento en la medida en que lo consideraran justo y razonable según las circunstancias del caso (Voto del Dr. Marcelo Padilla, al que adhirió el Dr. Nestor Cichero).-

En definitiva la Corte Suprema recogiendo la corriente de la jurisprudencia y la doctrina se fue encaminando hacia una posición valorista entendiendo que no es la mora del deudor la que habilita al reconocimiento del reajuste, ya que éste no importa un beneficio para el acreedor ni un perjuicio para el deudor ...puesto que la equivalencia de las prestaciones debe responder a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas; cuando ese equilibrio se altera a causa del proceso inflacionario...su restablecimiento exige el reajuste equitativo del saldo pendiente, porque sólo así queda incólume el derecho de propiedad (CS, fallos citados por Gurfinkel de Wendy, Lilian “ Indexación y nominalismo ¿ Conviven en el régimen legal vigente?” JA 2002-IV fascículo n°2 Buenos Aires, octubre 9 de 2002, pag. 8)

Si me he referido a las etapas que se fueron cumpliendo en esa larga marcha para aceptar la incidencia del cambio de valor de la moneda en el cumplimiento de las obligaciones, que nunca fue admitida por la legislación con carácter general, aunque luego fue receptada en forma puntual por numerosas leyes, es en primer lugar para destacar la tarea que desempeñaron nuestros Jueces en ese período, que con seguridad no ataron sus fallos a la mera y estricta aplicación de las normas vigentes, sino que promovieron la adecuación del derecho a la realidad económica.- Y también para comenzar a pensar el tema bajo una óptica de estricta justicia porque cabe preguntarse la razón por la que ahora deberíamos los jueces proceder de otra manera.-

La responsabilidad de indexar y desindexar fue confiada básicamente a los jueces que recompusieron pretorianamente los vínculos jurídicos en cuestión, marcando la diferencia radical con el actual régimen pesificador, que ha preferido confiar el tema, principalmente al legislador (Peyrano, Jorge W. “La pretensión distributiva del esfuerzo compartido.- Análisis provisorio de aspectos procesales de la pesificación” JA 2002-I fascículo n°3 pag.3.- Buenos Aires, febrero 20 de 2002).-

Estimo que precisamente la urgencia que impone la gravedad de la crisis actual ha movido al legislador a intentar dar soluciones generales ante la dificultad de aplicar la jurisprudencia en el dilatado tiempo que ello demanda.- Lamentablemente, la oscuridad de las normas no ha logrado la finalidad prevista.-

b) La ley 23.928

Dictada la ley 23.928, nuestro sistema monetario cambió, porque al determinar su art. 1° que el peso sería convertible con el dólar en la paridad de 1 a 1 - sin entrar a considerar que se trataba en principio de 10.000 Australes y luego del promedio dólar/euro, circunstancias ambas que no llegaron a influir en la cuestión - no solamente fijó legislativamente el valor de la moneda en relación al dólar estadounidense, sino que además, obviamente otorgó un valor legal en moneda nacional a la moneda extranjera, valor vigente en todo el ámbito de la República y para todas las transacciones.- Existió en definitiva un anclaje entre ambas monedas.-

La ley de convertibilidad estableció lo que se llamó una vuelta al nominalismo del Código Civil.- No solamente modificó el art. 619 del C. Civ. en el sentido que las obligaciones de dar una suma de determinada especie o calidad de moneda se cumplen dando la especie designada el día del pago, suprimiendo la posibilidad del anterior art. 619 según la cual el deudor obligado a entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional la cumplía entregando la misma “ u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar del día del vencimiento de la obligación “ sino que convirtió la obligación de dar moneda extranjera - obligación de dar cantidades de cosas según el anterior art. 617 - en una obligación de dar sumas de dinero, evidentemente en la forma prevista por el artículo citado en primer término.-

La sociedad aceptó sin mayores reparos la paridad cambiaria de la ley 23.928, se la encontró beneficiosa para ordenar el caos económico provocado por la hiperinflación y no existió cuestionamiento jurisprudencial a su aplicación.- Debo recordar que se estableció expresamente en su art. 13 que se trataba de una disposición de orden público y ninguna persona podía alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos.- Reitero al respecto lo expresado precedentemente por el Dr. Bialade: pese a ser una ficción contraria a todos los principios económicos y una de las causas de la presente crisis, nadie reclamó el cese de su vigencia.- Avatares de la conducta socioeconómica que adoptamos los argentinos sobre los que no es del caso tratar ahora, pero que tenemos que tener en cuenta cuando se trata del análisis de las posiciones actuales.-

Es evidente que la aplicación estricta de los principios de la ley 23.928 solo podía efectuarse en el ámbito de un sistema monetario en el que la moneda mantuviera su valor.- Así fue a lo largo de once años, con las ventajas que ello reparó al principio en cuanto a la parcial supresión de la inflación y la estabilidad de los precios, pero a costa de los tremendos efectos negativos no solo sobre la economía sino sobre la calidad de vida de nuestra sociedad - cuatro años de recesión, desempleo sin precedentes, desindustrialización, necesidad de endeudamiento interno y externo, que creció en progresión geométrica para mantener la paridad cambiaria en la que nos debatimos, tan grave y de tal naturaleza que la convivencia y la democracia se encuentran seriamente amenazadas (Bases para la Reforma, Diálogo Argentino, 11 de julio de 2002)

Fue así que durante el lapso comprendido entre el 1° de abril de 1991 y el 7 de enero de 2002 - fecha en que entró en vigencia la ley 25.561 - en nuestro país y por imperativo legal, la moneda convertible era el peso, cuyo valor era el mismo que el del dólar norteamericano y quien negociaba en dólares lo hacía con la certeza legal de que el precio de la obligación equivalía a pesos, con la paridad 1 a 1.- Al margen de esta certeza, por razones fundamentalmente psicológicas puesto que desde la época en que nuestros antepasados ahorraban en Napoleones, Libras Esterlinas o Mexicanos, el imaginario argentino acordó siempre mayor seguridad a la moneda extranjera, ésta última - ahora el dólar -era la usada preferentemente para operaciones de cierta importancia, y quien contraía deudas o efectuaba depósitos en esa moneda lo hacía con una tasa de interés menor.-

c) La Emergencia Económica

Si bien la ley 25.561 de “Emergencia económica” sancionada el 6 de enero de 2002 pareciera haber ratificado plenamente la vigencia del principio nominalista (puesto que mantiene la esencia de los arts. 7° y 10° de la ley 23.928) no puede olvidarse que éste principio es propio de un sistema de moneda con valor intrínseco o poder adquisitivo estable,- así lo sostuvo Vélez Sarsfield y lo aplicó la ley 23.928 - características que jamás podrían adjudicarse al actual (Trigo Represas, Félix A. “ Las obligaciones dinerarias en la emergencia económica” LL Suplemento especial “Contrato y Emergencia económica”, Buenos Aires, septiembre 2002 pag. 1; Esteves Brasa, Teresa M. “ Emergencia no es sinónimo de caos” ED n° 10.609 del 16 de octubre de 2002).-

Volviendo a cuanto he venido refiriendo respecto al proceso de indexación, creo que no puede dejar de relacionarse ambas situaciones y comenzar a pensar el tema bajo una óptica de estricta justicia, porque cabe preguntarse : ¿ Que razón validaría la actitud de haber dejado de lado el nominalismo a favor de una recomposición que mantuviera el valor intrínseco de la moneda, si en esta nueva situación, cambiado el régimen monetario al otorgar al dólar un valor libre que lo aparta del anclaje 1\$=1 dólar, interpretáramos las normas legales de modo de seguir aplicando a rajatabla ese principio,

pero ahora respecto a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, a las que deben aplicarse las normas de las obligaciones dinerarias?.-

Producido el cambio de sistema monetario, pues no otra cosa ha implicado la legislación de emergencia que estamos analizando, en el caso que nos ocupa es evidente que sea cual fuere la respuesta que se dé a la pregunta planteada en el presente Plenario se producirá una grave afectación de los derechos de una u otra de las partes.-

En definitiva, tanto ahora como en el momento en que la inflación comenzó a deteriorar la equivalencia de las prestaciones, se trata de la aplicación del principio nominalista en momentos de crisis económica, la “ cuestión tan ardua” a la que aludía Vélez, con la salvedad de que, en el momento actual la situación se encuentra, además distorsionada por la aguda crisis socioeconómica.- Y al respecto no puedo dejar de recordar las palabra del Dr. Vernengo Prack cuando fundamentó su voto a favor de la indexación de las deudas dinerarias sosteniendo que “Está más cerca del racionalismo individualista, o del individualismo contractualista, el que se aferra a la tesis nominalista, que el que propugna la indexación o revalorización de las obligaciones contractuales “ (C.N.Civ., en pleno, 9 de septiembre de 1977, ED 74-463 , ya citado, pag. 527).-

Expresado en términos muy sencillos, el acreedor convino el pago de la obligación en dólares y tratará de cobrar en la misma moneda, ya que resultan aplicables los arts. 617 y 619 del C. Civ.- Y al expresar que lo que se convino es el “ pago en dólares “ quiero señalar que no puede haber certeza alguna, atento la paridad legal vigente, de que en todos los casos la moneda entregada fuera realmente el dólar, y que la determinación de la moneda de pago no haya sido pactada como medio de evadir la prohibición de reajustar.- Por su parte, el deudor recibió dólares que en el momento de la entrega valían \$ 1 - o pesos con el mismo valor - obligándose a devolver “ dólares”, y evidentemente tratará de cumplir su obligación entregando pesos por el mismo valor, con más los accesorios pactados, intereses, cláusula penal, etc., puesto que se encuentra en mora.- También invocando las mismas normas, porque entiende que la “ suma designada” a que alude el art. 619 del C. Civ., es aquella que efectivamente recibió: dólares que valían un peso.-

Sin duda para ambos se ha visto alterada la seguridad jurídica, entendiendo que este concepto está vinculado no solamente a la necesidad de controlar neutralizar o eliminar los riesgos sino también a la necesidad de predecir eventos para facilitar el comportamiento racional y todo ello con una única mira: el logro de la estabilidad en las relaciones humanas (Cueto Rua, Julio C. “Seguridad Jurídica” LL 1994-A-742).-

5 - La posibilidad de una solución

De toda la normativa de emergencia surge que el deudor no puede pagar en dólares deudores públicos y privados, ya que no a otra cosa apunta la regla general impuesta, que es sin duda la pesificación (Gerscovich, Carlos G. “ Sentido y dirección de la emergencia” JA 2002-III, fascículo 1 pag. 3, Buenos Aires, julio 3 de 2002. ya citado).-

Las disposiciones de los arts. 11 de la ley 25.561 y 8º del Decreto 214/02 ponen en claro que siempre estuvo en el ánimo del legislador en primer lugar, reconocer el impacto negativo que sobre el patrimonio de uno u otro contratante tendrían las medidas monetarias dispuestas, impacto que puede llevar a que las mismas pierdan totalmente el pretendido efecto reactivador para nuestra economía, agravando situación por la que transitamos y, en segundo lugar, para paliar ese efecto, otorgar a los jueces facultades para lograr que las relaciones contractuales continúen – o se cumplan – de un modo equitativo.-

También surge de la norma citada en segundo término otra premisa, que es la de efectuar algún tipo de distinción entre los efectos de la pesificación para el deudor cumplidor y el moroso, que me parece ineludible, en tanto este último no se encuentra facultado para pedir el reajuste aludido.-

Consecuentemente, la totalidad de la jurisprudencia y la doctrina que se han referido a este punto en relación con las obligaciones en mora a la fecha de la sanción de la ley mencionada coincide en que se impone, o se aconseja, atenuar en forma equitativa los efectos, sea de la pesificación, sea del mantenimiento de la deuda en dólares, puesto que en uno u otro caso se crearía sin duda una consecuencia injusta.- Así lo han dejado sentado, además, la totalidad de mis distinguidos colegas preopinantes .- Y esto me motiva a omitir el tratamiento de la cuestión relativa a los efectos de la mora, pues aún quienes propugnan la aplicación más estricta de la normativa legal al respecto - arts. 513 y 1198 del C. Civ. este último en cuanto a la imposibilidad de invocar la teoría de la imprevisión - y rechazan diferenciar en el caso de las deudas dinerarias respecto a la aplicación del primero de los citados propician de alguna manera la solución que he propugnado y seguiré sosteniendo (Alterini, Atilio Anibal “ La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante” LL 1980-C-1109).-

Se ha hablado así de un “principio del esfuerzo compartido”, aunque la formulación no tenga raigambre histórica como para ser considerada con esos alcances.- El llamado principio no es otra cosa que el reclamo legal de recurrir a la equidad en la interpretación de la norma y su aplicación al caso concreto.- (Borda, Alejandro “ Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares” JA, 2002-II fascículo n° 2, Buenos Aires abril 10 de 2002; Gurfinkel de Weny, Lilia N. “ El fin de la garantía hipotecaria exigible antes de la sanción de la ley 25.561 ¿Debe el acreedor soportar los efectos de la pesificación?” JA 2002-II, fascículo 13, junio 26 de 2002 pag. 52).-

Refiriéndose en general a la recomposición de los créditos, se sostiene que se trata de una materia de equidad que debe tener especialmente en cuenta el principio del esfuerzo compartido.- Si bien la regla áurea será la partición igualitaria de las consecuencias adversas de la mutación de la ecuación cambiaria, de ninguna manera podrá ser automática, porque las circunstancias del caso podrán determinar la inequidad de dicha solución, debe estar orientada por el principio in dubio pro debitoris, puede ser pedida por deudores y acreedores (Peyrano, Jorge W. “La pretensión distributiva del esfuerzo compartido.- Análisis provisorio de aspectos procesales de la pesificación” J.A. 2002-I fascículo 8 pag.3.- Buenos Aires, febrero 20 de 2002).-

Tanto la posibilidad de pesificar las obligaciones en mora como la de mantenerlas en dólares han sido recogidas y avaladas por diversos fallos judiciales y debo reconocer que la doctrina, en cuanto ha tratado el punto específico se inclina, en general, por avalar los fallos que han dispuesto el mantenimiento en dólares (Wetzler Malbrán, Ricardo “ Una excelente disidencia: “ las obligaciones en moneda extanjera caídas en mora antes de la pesificación deben cancelarse en la moneda de origen” ED n° 10.540 del 8 de julio de 2002, pag.3; Borda, Alejandro “ La mora y la pesificación de las obligaciones” ED n° 10.560 del 6 de agosto de 2002 pag. 1,comentando el fallo de este Tribunal en la Causa “Inversiones Yatay c/ Tejada, Oscar s/ ejecución”; Killmeate, Atilio “Obligaciones en dólares exigibles con anterioridad al 6 de enero de 2002: inconstitucionalidad de su pesificación” ED n° 10.589 del 17 de septiembre de 2002, pag. 1; Palacio, Lino Alberto “ Sobre la inaplicabilidad de la denominada pesificación a las obligaciones en mora al 6/1/02 “ LL Año LXVI, 22 de agosto de 2002, pag 1; C.N.Civ., Sala B, septiembre 3 de 2002, ED n°10.606 del 10 de octubre de 2002, pag.6; ; C. N. Civ., Sala K, julio 3 de 2002, ED n° 10.570 del 21 de agosto de 2002 pag.8; C.N.Civ., Sala B 20 de marzo de 2002, JA 2002, fascículo n° 6 del 8 de mayo de 2002, con comentario crítico de Julio Chiappini ; C. Civ. y Com. de San Martín, Sala 2da. 25 de junio de 202, JA 2002-III-fascículo 7 del 14 de agosto de 2002 y fallos citados en su voto por el Dr. Krause; “ Auletta, Horacio Pablo c/ Romero, Myriam Itatí s/ cobro ejecutivo “ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 de Morón, 4 de septiembre de 2002, elDial.com, 16 de septiembre).-

Debo insistir, entonces, en lo que sostuve en mis votos anteriores ya citados: en definitiva optar por una u otra solución se

reduce a decidir cual de las partes - acreedor o deudor - y en que momento se verá en la obligación de reclamar el acuerdo a que alude el art. 8° del Decreto 214/02.-

Las posibilidades difieren según los casos:

a) Mantenimiento de la obligación en dólares

Mi distinguida colega la Dra. Medina ha venido desde un primer momento sosteniendo en forma brillante las ideas que hoy ha plasmado en su voto, y a las que se han referido prácticamente la totalidad de los fallos que sustentan esa posición, por lo que resulta ocioso referirme a los fundamentos de su criterio.-

Citando el precedente voto del Dr. Arazi, concluye la Dra. Medina que la decisión de no pesificar no impide que el Juez pueda atenuar los efectos de esa decisión con el fundamento de los arts. 907, párrafo segundo, 954, 1069, párrafo segundo del C. Civ., habiéndose referido también el Dr. Arazi a los arts. 1198, 1638 y demás disposiciones concordantes del mismo Código.-

No coincido con esa apreciación, puesto que nos encontramos en el ámbito de las obligaciones en mora y expresamente las disposiciones legales que rigen la materia impiden que el moroso pueda reclamar la recomposición.-

La situación se agravaría fundamentalmente cuando las deudas que se mantengan en dólares sean las que se encuentran en ejecución, situación que se da la generalidad de los casos que hoy se nos plantean, más allá del carácter amplio de la pregunta que inicia este Plenario.-

En ese caso y en el limitado marco del proceso ejecutivo, resulta prácticamente imposible que el deudor moroso ejecutado pueda introducir el reclamo de fijar un valor distinto para los dólares a los que se lo ha condenado a pagar.- Y no olvidemos que esa discusión se plantearía luego de una sentencia que condenó a pagar dólares y en consecuencia en la etapa, aún más restrictiva, de la ejecución de la sentencia.-

En el ámbito de la ejecución hipotecaria - que es donde generalmente se ha venido resolviendo la cuestión - caben dos posibilidades: que el acreedor necesite dinero en efectivo “ a cualquier precio”, en cuyo caso podría llegar a aceptar un arreglo en base a retasar el crédito en relación con el valor del inmueble y llegar a una subasta en la que la base sea justa o que el acreedor pretenda, caso común, adquirir en el remate público el inmueble gravado por un valor irrisorio, manteniendo aún el saldo impago, en cuyo caso no instará recomposición alguna.-

De una u otra manera, al vedarse en el proceso de ejecución al deudor la posibilidad de reclamar la modificación de la paridad cambiaria, ésta sólo cabría como una concesión graciosa del acreedor, ya que incluso una vez dictada la sentencia por el monto reclamado en dólares, el mismo acreedor no podría encontrar impedido de modificar su monto.- Es así que la posibilidad que se esgrime como solución justa se esfumará en el trámite procesal.-

Tal como lo he venido sosteniendo en mis votos citados en el punto 1 del presente y lo recuerda mi colega el Dr. Malamud ampliando esos conceptos, la proliferación de subastas de inmuebles se constituirá en un nuevo flagelo para nuestra castigada economía y en momentos en que no existe ya garantías para los mismos, terminará de tornar ilusorios derechos sin duda tan respetables como el de propiedad : el del trabajo y el de acceder a una vivienda digna (arts. 14, 14 bis, 17 de la C.N.).-

En este momento se encuentra en discusión en el ámbito legislativo una ley que establecería una nueva suspensión de las ejecuciones - la anterior cesaba el 12 de este mes - pero me parece evidente que no es dilatando la solución del conflicto que puede atemperarse el impacto negativo del mismo.-

b) Pesificación \$ 1 = 1 dólar

No tengo un concepto moralizante del derecho en tanto ni considero que el deudor moroso sea una víctima de las circunstancias ni creo que deba sancionárselo más allá de lo que lógicamente exige la pretensión del cumplimiento de la obligación.- Reconozco los alcances del principio “ in dubio pro debitoris” a que alude la Dra. Medina en su voto, y precisamente en los casos en que invoqué tal principio se partía de la base de que la deuda se mantenía en dólares, allí sin duda quien se encontraba en la situación más débil era el deudor.- No me cabe duda ahora que pesificar en la forma propuesta en la pregunta de este Plenario constituye una inequidad para el acreedor, y omito por obvias las consideraciones al respecto.-

Pero precisamente es para esta situación para la cual las normas legales en vigencia consideran aplicable la recomposición que propicio.-

Ciertamente, muchas dificultades se presentan cuando se trata de aplicar estas ideas con sentido general, como bien lo ha destacado la Dra. Medina en su voto y sobre todo en lo que se refiere a la forma en que debería llevarse a cabo la recomposición.- Pero de todos modos, no creo que resulte injusto hacer recaer en el acreedor la carga de instarla (Borda, Alejandro “ La mora y la pesificación de las obligaciones”, ya citado), por el contrario, es el único que podría instarla.-

6 - El sentido de mi voto

He venido sosteniendo que la única solución justa es la recomposición del monto de la deuda.- No solamente es la solución que - sin imponerla - se propicia en el ámbito del derecho sino que también es aquella que la sociedad toda contempla como adecuada a la situación actual.- Si bien es cierto que las decisiones judiciales no están concebidas para satisfacer opciones políticas o sociales, no lo es menos que la aceptación de las mismas es un factor importante para arribar a la decisión, puesto que de ella depende la paz social que nace de la solución de los conflictos (documento del Dialogo Argentino, citado más arriba; Palazzo, Eugenio Luis “ Propiedad y Equidad en la función de juzgar” ED n° 10.565 del 13 de agosto de 2002, pag. 5).-

En cuanto a la forma de plasmar esa recomposición, en principio no parecería que el ámbito del proceso ejecutivo sea el adecuado para discutir y resolver la forma en que se realizará la recomposición.- Pero, personalmente, estimo que ello no es así.-

La situación en que actualmente se ve obligado a desenvolverse nuestro Poder Judicial - baste recordar la imposibilidad de adquirir los insumos indispensables - hace que toda solución que se base en la multiplicación de procesos sea fundamentalmente injusta, porque parte de la hipocresía de pretender que la justicia estará en condiciones de satisfacer la demanda del justiciable.-

A ello debe agregarse que, en este momento de penuria económica, diferir la solución a un proceso posterior, o simultáneo solo implica para quienes pretendan la recomposición, incrementar el costo del conflicto y diferir en el tiempo su solución.- Una decisión eficiente es aquella que procure reducir los costos del conflicto.- No resultan valiosas las soluciones que impliquen fragmentar el mismo o bien desglosarlo y diferirlo (Benavente, María Isabel “ La emergencia, las deudas en dólares y las vías procesales” ED 197- 638).-

Planteadas así las cosas me veo en la obligación de responder a la pregunta, sin duda limitada, que ha dado lugar a esta convocatoria plenaria, y vuelvo a lo expresado en el acápite: manteniendo la opinión de mis votos precedentes, las características del presente me obligan a modificarlos.-

El Juez no cumple el papel de una boca a través de la cual habla la ley, el juicio implica una decisión y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de premisas indiscutidas, supone la intervención de una voluntad (Perelman, CH. “La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica”, Ed. Civitas S.A. Madrid reimpresión 1988, pag. 213).-

Nuestro derecho no es un sistema cerrado de reglas, pertenece al orden de la praxis y debe estar orientado al establecimiento del bien común.- Según la clásica definición, la equidad es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente (nota a los arts. 2567 a 2570 del C. Civ; Borda, Guillermo A. “ Tratado de Derecho Civil “ Abeledo-Perrot, Bs. As. 1999, Parte General T. I pag. 104, quien precisamente hace referencia a la aplicación de este recurso por los jueces en casos de catástrofes sociales; Massini, Carlos Ignacio “ El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino” ED 83-843; Peyrano, Jorge W. Y Chiappini, Julio O. “ La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor “, LL 1980-B-937).-
Tratándose en este caso de la formulación de una doctrina general es evidente que no puedo propiciar directamente la forma en que deberá arribarse a la solución que propicio.- Y las razones de equidad a las que me he venido refiriendo me imponen votar por aquella solución que permita la recomposición que pretendo.
Es por eso que con el carácter general que cabe acordar a este voto, mi opinión es que los Jueces deberán, en todos los casos, previa audiencia de partes resolver sobre la proporción en que cada una de las ellas deberá soportar la carga de la pesificación de la deuda con relación al valor del dólar en el mercado libre al momento del pago.-
Y con el único alcance de permitir esa solución es que voto por la afirmativa.

ASI LO VOTO

S E N T E N C I A

POR ELLO, en virtud de las consideraciones expuestas en el Acuerdo Plenario que antecede y de las conclusiones a que llegó el mismo, por mayoría, se establece que en las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses, no vinculadas al sistema financiero, corresponde *pesificar* al valor de U\$S 1 = \$ 1, aún en caso de mora del deudor.

Regístrese, incorpórase al Libro de Acuerdos Plenarios una copia debidamente certificada de la presente, notifíquese y vuelva la causa a despacho para fallar la cuestión pendiente vinculada a lo decidido en este Plenario.
María Carmen Cabrera de Carranza-Juez; Roger André Bialade; Roland Arazi;Graciela Medina ;Daniel Malamud; Juan Ignacio Krause. (Jueces). Claudia Artola,Secretaria

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

Created by Unregistered Version

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version