



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

Título de la Tesis:

Obligaciones pactadas en moneda extranjera bajo el régimen del Código Civil y
Comercial. La constitucionalidad de la regla general prevista
en el art. 765.

Tesis de Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado

Autor: Gustavo Carlos Liendo

Director de Tesis: Horacio Tomás Liendo

Fecha de presentación:

Agosto de 2017

I. Dedicatoria

A mi mujer Claudia, verdadera motivadora de mi vida.

A mis hijos y nietos.

A mi familia en general, y en especial a mi madre y a la memoria de mi querido padre.

II. Agradecimientos

Hace tan solo tres años, resultaba inimaginable para mí, que pudiese concretar un trabajo de investigación jurídica como al que ahora hemos arribado.

Para lograrlo resultó indispensable la invalorable confianza que me brindó la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, UCES.

En primer término, por haberme aceptado y becado para que pudiese llevar adelante la presente investigación.

En segundo lugar, por el tiempo y dedicación que recibimos del cuerpo docente, durante los dos años de curso del doctorado, porque las enseñanzas sobre doctrina, jurisprudencia y metodología para la investigación resultaron esenciales y muy completas.

Sin todas estas ayudas y entrenamiento, no hubiese sido posible concluir esta tesis.

Consecuentemente, agradezco a todos y a cada uno de los miembros del cuerpo docente, como así también a las autoridades del doctorado, y en forma muy especial agradecemos a la Dra. Paola Urbina, por la extrema paciencia con la cual siempre nos ha atendido y por el tiempo que le ha dedicado a cada una de las consultas que le hemos realizado en referencia con esta investigación.

Asimismo, reconozco los aportes desinteresados de tiempo y material que han aportado a esta tesis, diferentes personas que integran nuestro estudio de abogados.

También corresponde incluir dentro de nuestro agradecimiento a los letrados Juan Carlos Oreggia de la República Oriental del Uruguay, Licenciada Beatriz Elena Quezada Ruiz y Edmundo Olivares Dufóo, ambos de Estados Unidos Mexicanos y Link Beck de Estados Unidos de América, por haber sido quienes ayudaron con el material necesario para que pudiésemos desarrollar la parte del derecho comparado que integra esta investigación.

Concluyo estos agradecimientos, destacando la labor del director de nuestra tesis, Dr. Horacio Tomás Liendo, quien, ha aportado su extenso conocimiento y experiencia para clarificar nuestro trabajo.

En síntesis, gracias a la UCES, gracias a sus autoridades y a los docentes del doctorado, gracias al director de esta tesis, gracias a todos.

III. Palabras alegóricas

“Si buscas la verdad, prepárate para lo inesperado, pues es difícil de encontrar y sorprendente cuando la encuentras.”

Heráclito

IV. Resumen

La presente tesis estudia el funcionamiento del cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, específicamente en relación con el tipo de moneda con la que se da por cumplida dicha obligación.

Consecuentemente, en esta tesis se analizan principios que integran la esencia del Derecho en la República Argentina, como la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, el concepto de las obligaciones, sus nociones generales, la forma habitual de cumplimiento, y las otras formas de extinguir una obligación; el contrato en general, como causa fuente más usual de las obligaciones y, en particular el contrato de mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera, los contratos bancarios y los del comercio electrónico.

Asimismo, estudiamos una cuestión que entendemos importante para poder arribar a la conclusión de esta tesis, como es la teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa.

También examinamos el derecho comparado referido a cómo tratan las obligaciones pactadas en moneda extranjera en Paraguay, Uruguay y México.

En relación con la jurisprudencia comparada, nos hemos concentrado en la de Estados Unidos de América, toda vez que es la que, en forma relevante, ha sido utilizada por nuestro máximo tribunal al momento de resolver cuestiones relativas a las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Dentro de la jurisprudencia de Argentina, centramos nuestra atención en la que ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la materia.

Luego de todo este desarrollo, exponemos los resultados obtenidos, y nuestras conclusiones y recomendaciones.

Índice General

Introducción	pág. 1.
Capítulo 1 - Estado del Arte	pág. 7.
Capítulo 2 - La igualdad ante la ley	
2.1. Introducción	pág. 16.
2.2. Antigua Grecia	pág. 16.
2.3. La Igualdad en Roma (república e imperio)	pág. 17.
2.4. Thomas Hobbes, Leviatán	pág. 19.
2.5. Rousseau, el discurso sobre el origen de la desigualdad y el pacto social	pág. 20.
2.6. Un ejemplo de desigualdad, la esclavitud en Estados Unidos de América	pág. 24.
2.7. La igualdad ante la ley como garantía dentro del derecho argentino	pág. 25.
2.8. Derecho a igualar, a desporejar y a empatar	pág. 28.
2.9. Las políticas activas a favor de la igualdad	pág. 29.
2.10. La igualdad ante la ley y los Derechos Humanos	pág. 32.
2.11. Igualdad, Doctrina Social Cristiana	pág. 33.
2.12. La igualdad y la equidad	pág. 35.
2.13. Una interesante reflexión sobre el contenido del principio de igualdad	pág. 36.
2.14. Conclusión	pág. 40.
Capítulo 3 - El derecho de Propiedad	
3.1. Introducción	pág. 43.
3.2. El derecho de propiedad en la antigua Grecia	pág. 44.
3.3. El derecho de Propiedad en el Derecho Romano	pág. 47.
3.4. John Locke	pág. 51.
3.5. Karl Marx	pág. 53.
3.6. Concepción del derecho de propiedad adoptado por nuestra Constitución Nacional 1853/60 y el	

Código de Vélez	pág. 56.
3.7. El derecho de propiedad y sus límites de conformidad con la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994 y de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación	pág. 61.
3.8. Conclusión	pág. 66.
Capítulo 4 – Nociones generales de las obligaciones.	
4.1. Introducción	pág. 70.
4.2. Obligaciones, conceptos generales y clases de obligaciones	pág. 73.
4.3. La obligación alternativa y la facultativa	pág. 74.
4.4. La obligación pactada en moneda extranjera. El dinero y su calidad de bien fungible o no fungible	pág. 76.
4.5. El pago y los otros modos de extinción de las obligaciones	pág. 85.
4.6. Conclusión	pág. 93.
Capítulo 5 - Concepto y tipos de Contratos	
5.1. Introducción	pág. 96.
5.2. Contratos Paritarios	pág. 101.
5.3. Contratos celebrados por Adhesión a Cláusulas Generales Predispuestas	pág. 105.
5.4. Contratos de Consumo	pág. 109.
5.5. Extinción, Modificación y Adecuación del Contrato	pág. 113.
5.6. Conclusión	pág. 117.
Capítulo 6 - Contrato de mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera	
6.1. Introducción	pág. 121.
6.2. El derecho real de hipoteca	pág. 123.
6.3. El contrato de mutuo con garantía hipotecaria pactado en moneda extranjera	pág. 128.
6.4. La registración de la hipoteca	pág. 131.
6.5. La ejecución judicial y la extrajudicial	

de la garantía hipotecaria	pág. 133.
6.6. Jurisprudencia sobre mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera	pág. 136.
6.7. Conclusión	pág. 138.

Capítulo 7 - Contratos bancarios

7.1. Introducción	pág. 142.
7.2. Los contratos bancarios en particular	pág. 146.
7.3. Contrato de depósito bancario	pág. 147.
7.4. Contrato de cuenta corriente bancaria	pág. 148.
7.5. Contrato de préstamo y descuento bancario	pág. 151.
7.6. Contrato de apertura de crédito	pág. 152.
7.7. Contrato de servicio de caja de seguridad	pág. 153.
7.8. Contrato de custodia de títulos	pág. 154.
7.9. La responsabilidad de los bancos y de las entidades financieras	pág. 156.
7.10. La intervención estatal en los contratos bancarios	pág. 158.
7.11. Conclusión	pág. 160.

Capítulo 8 - Contratos de Comercio Electrónico.

8.1. Introducción	pág. 163.
8.2. La firma digital, firma electrónica y las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales	pág. 164.
8.3. Breve reseña de las previsiones del CCyC referidas a los contratos de comercio electrónico	pág. 169.
8.4. Régimen aplicable en los contratos de comercio electrónico, para el pago en las obligaciones asumidas en moneda extranjera	pág. 173.
8.5. Medios de pago de los contratos electrónicos. Las monedas digitales	pág. 176.
8.6. Conclusión	pág. 178.

Capítulo 9 – Teoría de la Imprevisión, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa.

9.1. Introducción	pág. 182.
9.2. Teoría de la imprevisión	pág. 184.
9.3. Abuso del derecho	pág. 190.
9.4. Enriquecimiento sin causa	pág. 193.
9.5. Conclusión	pág. 198.

Capítulo 10 - Derecho comparado

10.1. Introducción	pág. 203.
10.2. República de Paraguay	pág. 205.
10.3. República Oriental del Uruguay	pág. 210.
10.4. Estados Unidos Mexicanos	pág. 214.
10.5. Conclusiones del derecho comparado analizado	pág. 220.

Capítulo 11 - Jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América aplicada por la justicia argentina.

11.1. Introducción	pág. 223.
11.2. U.S. Supreme Court. (1876). Munn v. Illinois. 94 U.S. 113.	pág. 227.
11.3. U.S. Supreme Court. (1934). Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398	pág. 228.
11.4. U.S. Supreme Court. (1935). <i>Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad.</i> (1935). 294 U.S. 240.	pág. 229.
11.5. U.S. Supreme Court (1935). Nortz v. United States, 294 US 317	pág. 230.
11.6. U. S. Supreme Court. (1935). <i>Perry vs. United States</i> (1935), 294 U.S. 330	pág. 232.
11.7. Conclusión	pág. 233.

Capítulo 12 - Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

12.1. Introducción	pág. 235.
12.2. Ercolano Agustín c/ Lanteri de Renshaw,	

Julieta (Fallos 136:161)	pág. 238.
12.3. Avico Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl (Fallos 172:21)	pág. 240.
12.4. Peralta Luis Arcenio y Otro c/ Nación Argentina (Fallos 313:1513)	pág. 242.
12.5. Los primeros fallos dictados por la Corte Suprema referidos a la pesificación e indisposición de fondos DNU 214/2002	pág. 245.
12.5.1. Fallo Smith del 01/02/2002 (Fallos 325:28)	pág. 246.
12.5.2. San Luis del 05/03/2003 (Fallos 326:417)	pág. 247.
12.6. Los casos Cabrera y Bustos	pág. 249.
12.7. Los casos Massa y Kujarchuk	pág. 254.
12.8. Los demás fallos de la Corte sobre pesificación	pág. 263.
12.8.1. EMM S.R.L. c/ Tia S.A. s/ ordinario s/ Incidente de medidas cautelares, Fallos: 330:971	pág. 263.
12.8.2. Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria. Fallos: 330:855.	pág. 266.
12.8.3. Souto de Adler, Mercedes c/ Martorano, Marta Teresa. Fallos: 330:3593	pág. 269.
12.8.4. Mata Peña, José Rafael y Otro c/ Estado Nacional y Otro Fallos: 330:5111	pág. 271.
12.8.5. Longobardi Irene Gwendoline y Otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio SRL y Otro s/ Ejecución Hipotecaria. Fallos 330:5345	pág. 272.
12.8.6. Fedred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel y Otro s/ Ejecución Hipotecaria. Fallos: 331:1040	pág. 276.
12.8.7. Mexicana de Aviación S.A. de CV c/E.N. - Mº Defensa - FAA dto. 577/02 s/amparo ley 16.986.	

Fallos: 331:1942	pág. 279.
12.8.8. Benedetti, Estela Sara c/ Poder Ejecutivo Nacional. Fallos: 331:2006	pág. 282.
12.8.9. Galli, H. G. y otro c/ PEN – Ley 25.561 - dtos 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley 25.561. Fallos: 328:690	pág. 283.
12.9. Conclusión	pág. 287.
Capítulo 13 - Marco Metodológico	pág. 291.
Capítulo 14 - Conclusiones y Recomendaciones	
14.1. Conclusiones	pág. 300.
14.2. Comprobación de la hipótesis	pág. 308.
14.3. Recomendaciones	pág. 315.
Bibliografía y fuentes de información	
Bibliografía	pág. 318.
Fuentes de información	pág. 331.
Anexos	
I - Fotos	
II – Cuadro sinóptico sobre efectos de la pesificación	
III – Modelos de cláusulas dólar	
IV – Artículos periodísticos sobre efectos de la pesificación	
V – Guía de pautas de entrevistas en profundidad	
VI – Informe judicial sobre cantidad de juicios iniciados por pesificación dentro del ámbito del fuero Contencioso Administrativo Federal durante el año 2002	

Introducción

El año 2001 quedará en el recuerdo de los argentinos como el último bajo el sistema de convertibilidad, que era el régimen monetario que por ley N° 23.928, garantizaba que nuestra moneda era convertible a la paridad de 1 peso por 1 dólar y en donde las monedas extranjeras también podían ser utilizadas libremente en los contratos.

El sistema bancario y los contratos en general tuvieron una enorme influencia por parte del régimen de convertibilidad, recibiendo las entidades financieras infinidad de depósitos a la vista y a plazo fijo en dólares estadounidenses y también prestando las entidades a sus clientes en esa moneda, bajo operaciones a sola firma o con garantías reales.

Asimismo, los particulares pactaron entre ellos operaciones en moneda extranjera, por hipotecas, prendas, mutuos en general, fianzas, etc.

El sector público no estuvo ajeno a esta modalidad y se endeudó en forma local y con el exterior en moneda extranjera.

Pero justamente sobre el final del siglo XX el mundo tuvo una importante crisis, que se inició en el año 1998 y en Rusia, y que solo empezó a ser superada a partir del mes de diciembre del año 2002 con la suba de los valores de los productos denominados "*commodities*", lo cual también impulsó la suba del precio de las propiedades en general, todo ello ayudado por la baja del costo del dinero.

Durante el año 2001 se vivía el peor momento de esa crisis del mundo occidental y dentro de ese contexto, la Argentina tenía superávit del orden del 25% en su balanza comercial, pese a la pérdida del valor de sus productos, acompañado de un importante endeudamiento público y privado en moneda extranjera y en donde el gobierno no podía emitir dinero nacional si no tenía el contravalor de divisas dentro de sus reservas, las cuales en lugar de aumentar, disminuían día a día como consecuencia del retiro de depósitos que sufría la Argentina por aquellos tiempos.

Frente a esa situación, con fecha 29 de agosto de 2001 el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 25.466 de Intangibilidad de los Depósitos (promulgada el 24 de septiembre de 2001), la cual le prohibía al Estado Nacional alterar de

cualquier modo las condiciones pactadas entre los depositantes y las entidades financieras, especialmente en cuanto a la tasa y a la moneda establecidas.

La crisis siguió profundizándose y la clase gobernante ya no estuvo a la altura del desafío y en diciembre de 2001 concluyó abruptamente un gobierno por renuncia de su presidente y, por lo tanto, se debió enfrentar la emergencia con designación de un funcionario para que termine el mandato presidencial inconcluso, ya que el vicepresidente había renunciado también más de un año antes.

Luego de ello y pese a lo que establecía la ley N° 25.466 de intangibilidad de los depósitos, el funcionario designado por el Congreso de la Nación, a comienzos del año 2002 dispuso por el decreto de necesidad y urgencia DNU 214/2002, la conversión a pesos de todas las obligaciones expresadas en dólares o en cualquier otra moneda extranjera, lo cual incluía a los depósitos constituidos en moneda extranjera en las entidades financieras y los préstamos que ellas habían otorgado, todo ello, bajo un mecanismo de conversiones artificiales y asimétricas, disponiendo en cuanto a lo que nos interesa en este punto, la indisponibilidad de los depósitos bancarios y estableciendo un cronograma de restitución en pesos, a plazo de años y en cuotas.

Esta verdadera confiscación fue decidida por el gobierno transitorio y avalada por el Congreso de la Nación, lo cual generó una avalancha de juicios individuales llevados adelante por los damnificados, que recayeron sobre una jurisdicción de la justicia casi desconocida para la amplia mayoría de la ciudadanía, como era en aquellos días la Contencioso Administrativo Federal, fuero que cuenta en la Ciudad de Buenos Aires con 12 jueces y una Cámara de Apelaciones de cinco Salas y en la Provincias con Juzgados de competencias más amplias y Cámaras de apelaciones con extensas jurisdicciones.

Para tener una idea del problema que los gobernantes le lanzaron a estos jueces, vale la pena destacar que los años inmediatamente anteriores, en esa competencia se iniciaban anualmente aproximadamente unos 30.000 juicios y durante el curso del año 2002 la justicia contencioso administrativo federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires recibió el inicio de 187.360 juicios para que sean atendidos por 12 jueces federales, es decir, que en un año se iniciaron juicios ante ese fuero, que normalmente debían recibirse durante unos 6 años,

ello, conforme nos lo constatará la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal, Mesa de entradas, 2015.

Los fallos de estos jueces, inicial y mayoritariamente se inclinaron por dictar la inconstitucionalidad de la pesificación y de la indisponibilidad de su dinero.

La Cámara de Apelaciones en general acompañó este criterio y la Corte Suprema de Justicia de la Nación también lo hizo con su anterior conformación, pero luego de la destitución de algunos de sus ministros y las forzadas renunciaciones de otros, se produjo el cambio mayoritario de sus miembros, y con esa nueva integración, nuestro máximo tribunal se inclinó por validar la pesificación, más allá de los criterios de cosmética que utilizó pensando que eran soluciones ingeniosas.

Se aclara que existen estimaciones que ubican en más de 300.000 a la cantidad total de juicios iniciados por temas de pesificación, si se tienen en cuenta a todas las jurisdicciones y fueros de la República Argentina e incluyendo los reclamos por deuda pública

Este inolvidable y traumático período de 13 años (2002-2015), en donde hemos visto cómo se rompen los contratos y cómo los jueces buscan encontrar las soluciones más equitativas posibles dentro de la ley, intentando con ellas ayudar a la paz social, será el ámbito de nuestro trabajo, el cual concluirá con el análisis de estos asuntos bajo el prisma del cambio de ley que introdujo el reciente código civil y comercial aprobado por ley N° 26.994.

Resulta importante entender que este proceso se inició por aquellos años, originado por una situación socio-económica e institucional en crisis, lo cual generó el dictado de determinadas normas que buscaban atender esos eventos, especialmente en relación con los contratos.

Toda esta situación novedosa será materia de nuestro estudio, como también las sentencias trascendentes que los jueces fueron dictando al momento que debían analizar aquellas normas las que, algunas veces, fueron declaradas inválidas por contradecir derechos de raigambre constitucional.

No perdemos de vista que el tránsito de esta última década ha ido decantando estos conflictos y generando jurisprudencia más pacífica en relación con esta materia. Pero, también debe tenerse presente que el cuerpo político de la sociedad decidió llevar a un nuevo cuerpo normativo todos estos cambios que

se han ido fijando a partir de la jurisprudencia que ha establecido nuestro máximo tribunal sobre el tema que es motivo de nuestra investigación.

De ese modo, se destacan las diferencias que se producen entre el anterior régimen de la época de la convertibilidad y el actual de pesificación, porque los cambios que se han producido sobre los contratos pactados en moneda extranjera, muchas veces no son percibidos en su verdadera dimensión, pese a ser de suma importancia, sobre todo al momento de analizar las obligaciones de pago en moneda extranjera, especialmente en cuanto a la regla general que prevé el artículo 765 del CCyC y las de tipo especial que rigen para determinados contratos, lo cual produce una discriminación.

En resumen, creemos que la comprobación empírica del régimen legal vigente para las obligaciones de pago en moneda extranjera, especialmente en los contratos paritarios, de consumo, mutuos hipotecarios, bancarios y de comercio electrónico en la Argentina del siglo XXI, resulta de interés luego de la crisis del año 2002 y de sus consecuencias sobre los contratos, no solo para los estudiosos del derecho, sino para los contratantes en moneda extranjera y para los usuarios o consumidores en general, sean éstos residentes del territorio nacional o del extranjero.

Consecuentemente, nuestra investigación pretende responder a las siguientes preguntas: **¿Cuál es el régimen normativo establecido por el Código Civil y Comercial de la Argentina en relación con las obligaciones contraídas en moneda extranjera?; ¿Es constitucional la discriminación que realiza el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina al momento de legislar sobre obligaciones contraídas en moneda extranjera?**

Para poder contestar estos interrogantes, el objetivo general de este trabajo es ahondar el conocimiento del régimen establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación en relación con las obligaciones contraídas en moneda extranjera, a los fines de analizar si es constitucional la discriminación que realiza al momento de legislar sobre ellas.

A dicho fin, Llambías (1982), adopta el siguiente concepto para este tipo de obligaciones, cuando expresa: “Son obligaciones de dinero las que desde su origen tienen por objeto la entrega de una suma de dinero, el dinero es la moneda autorizada por el Estado”. (p.169)

En relación con el concepto o definición del contrato Spota (1979) dice:

... que el acuerdo de las partes destinado a reglar sus derechos debe ser entendido en el sentido de establecer los preceptos, las normas individuales, por las cuales dos o más partes van a regir las relaciones jurídicas que surjan entre ellas, limitada al ámbito de los derechos con contenido patrimonial. (p. 14)

En cambio, Llambías y Alterini (1982), y en relación con el mismo instituto, expresan:

... aparecen afiliados a la tesis amplia pues extienden el ámbito del contrato a todo el campo patrimonial, pero con contenido obligacional. De suerte tal, que excluyen de la noción los acuerdos que tengan por finalidad originar o modificar derechos reales o de familia –por ejemplo, el matrimonio- porque éstas son instituciones de relación no convencional. (p. 13).

Del mismo modo vemos que en Estados Unidos de América, la noción del contrato es bastante parecida al modo en que lo entiende nuestra doctrina, toda vez que, en ese país, su *Legal Information Institute* lo define como: Un Acuerdo que crea obligaciones exigibles por ley.

En cambio, Gregorini Clusellas (2014), resalta las enseñanzas que otorga la orientación del contrato moderno, cuando expresa:

La doctrina analiza permanentemente diversas realidades que señalan una tendencia que indica características salientes de la proyección que experimenta el contrato en los comienzos del Siglo XXI. Entre otras realidades señalamos: a) La relativización de los pilares básicos del contrato clásico, entre los cuales identificamos: 1) Autonomía de la voluntad; 2) El consensualismo tradicional; 3) La fuerza obligatoria expresada como convención ley; 4) El efecto relativo. b) Nuevos contratos. c) Unificación del derecho privado y armonización internacional. d) Nuevas modalidades. e) Nuevas formas. f) Expansión del orden público. g) Nuevos criterios de interpretación. El revisionismo. Mayor facultad de los jueces. h) La equidad con su rol preponderante. La razonabilidad y solidaridad. i) La directiva de buena fe. j) La costumbre y su creciente importancia. k) Reafirmación del derecho estatutario. (p. 2)

A su vez, y como objetivos específicos de este trabajo analizamos el alcance de las garantías constitucionales que declaran inviolable al derecho de propiedad y la igualdad ante la ley en la República Argentina y el régimen jurídico aplicable en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Por todo lo expuesto, entendemos de sumo interés llevar adelante este estudio, debido a que el mismo tiene por objeto centralizar información sobre el cambio que se produjo en la Argentina luego de la crisis del año 2002 y en

relación con el régimen para cumplir con las obligaciones contraídas en moneda extranjera, especialmente, en los depósitos bancarios.

En virtud de lo explicado, la hipótesis de nuestra tesis que intentaremos contrastar la definimos en los siguientes términos: **En las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el Código Civil y Comercial argentino, establece como regla general, que un deudor se puede liberar de su obligación, pagando pesos equivalentes, sin que para ello sea necesario el consentimiento del acreedor, lo cual afecta, por un lado, a la igualdad ante la ley, y por el otro, y solamente si el valor del dólar al momento de pago no refleja la realidad, al derecho de propiedad, ambos expresamente protegidos por la Constitución Nacional.**

Capítulo 1 – Estado del arte

La doctrina ha estudiado en profundidad el tema que es motivo de nuestra investigación en virtud del extraordinario impacto que generó la pesificación sobre los contratos dispuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 214/2002 y sus normas concordantes y complementarias. Su problemática y efectos sobre los contratos ha sido largamente estudiada y publicada en estos últimos 15 años por diferentes autores, muchos de los cuales serán motivo de consulta para poder llevar adelante este trabajo de investigación. Efectivamente, ha dicho Paolantonio (2012):

La contratación en moneda extranjera en el sector privado ha ocupado un lugar relevante en las últimas décadas, no sólo en su ámbito natural las operaciones internacionales, sino en las de carácter doméstico –las que constituyen el objeto de este trabajo-. Las razones son variadas, pero fundamentalmente se ha tratado de un mecanismo convencional destinado a evitar las consecuencias que, bajo gobiernos de diferente signo político, se han seguido inexorablemente del permanente envejecimiento del poder adquisitivo de la moneda nacional (p.198)

También existe profusa jurisprudencia dictada por nuestro máximo tribunal en relación con el tema de nuestra investigación, partiendo desde el caso “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Sumarísimo” prohibición de retiros que superen los \$ 250 o U\$S 250 – Inconstitucionalidad art. 2º decreto 1570/01 – Derechos adquiridos – Derecho de Propiedad” (CSJN, Fallos 325:28, 01/02/2002) y llegando hasta “Massa, Juan Agustín c/Poder ejecutivo Nacional Caja de Ahorro en dólares – Pesificación a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% por cada dólar” (CSJN, Fallos: 329:5913, 27/12/2006) y los fallos que lo complementaron.

Consecuentemente, nuestra tesis desarrolla su argumentación basada en dos principios del derecho, que son la igualdad ante la ley y el derecho a la propiedad.

Dentro del primero de ellos, explicamos sucintamente la evolución histórica de este concepto, iniciando por la antigua Grecia, y tomando para ello el pensamiento de Aristóteles en relación con la igualdad, a la cual se refiere en su

obra “Ética a Nicómaco”, y también esa parte del estado del arte, entre otros, ha sido abordada por Hubeñák Ventura y Rañeri de Cechini, y por Morgens.

En relación con el imperio romano, Di Pietro explica, que la igualdad ante la ley se encontraba entendida para sujetos con derechos plenos; y Villegas Hernández, expone sobre la evolución de la propiedad en el derecho romano.

Nuestra investigación, también ingresa dentro del pensamiento del *iusnaturalismo*, y la concepción que esta corriente de pensamiento tiene sobre la igualdad de todos los hombres, como parte sustantiva del derecho natural, y por ello, Thomas Hobbes, y su obra *Leviatán* también forman parte del estado del arte en nuestra investigación, y del mismo modo, se encuentra presente Strauss y su obra, la filosofía política de Hobbes.

Del mismo modo, conforman el estado del arte, “El discurso sobre el origen de la desigualdad” y “el pacto social” de Jean-Jacques Rousseau, y Giner, quien hace un análisis de ese pensamiento.

Dentro de los autores nacionales, se han ocupado de la igualdad ante la ley, entre otros, Bidart Campos y Quiroga Lavié, ambos al momento de estudiar a la Constitución Argentina.

Asimismo, Zúñiga Fajuri, Aguilera Bertucci y Vásquez Bravo, quienes manifiestan que el concepto de la discriminación inversa tuvo su origen en Estados Unidos en los años setenta del siglo pasado.

Gregorini Clusellas es otro autor que desarrolla conceptos referidos a las políticas activas a favor de la igualdad, específicamente al momento de analizar la denominada discriminación inversa, por lo que su pensamiento conforma una cuestión de interés dentro de esta investigación.

Concluyendo con el estado del arte en relación con la igualdad, aparece la preocupación que tiene sobre ella, el derecho internacional, conforme lo entiende Freedman, al referirse a la Convención Americana de los Derechos humanos y su proyección en el derecho argentino, y la doctrina social cristiana, y dentro de ese segmento, se encuentra el pensamiento de Ortiz, quien explica que el Papa Pío XII en su encíclica *Benignitas et humanitas* (1944), entiende al hombre como libre, pero remarcando que existen diferencias; en relación con los talentos, habilidades, salud, fuerzas, fortuna.

Una interesante reflexión sobre el contenido del principio de igualdad, lo ha brindado Peter Westen, catedrático en leyes de las universidades de Michigan,

Harvard, Berkeley, entre otras, quien ha desarrollado una original teoría sobre la igualdad ante la ley, a la cual titula "*The empty idea of equality*" y el análisis que sobre esa misma teoría lleva adelante Fulford.

En relación con el derecho de Propiedad, conforman el estado del arte, las reflexiones de Badeni, Llinás, Bonet Correa.

También hemos analizado la evolución histórica del concepto de propiedad, para lo cual incluimos a Di Pietro y Villegas Hernández, quienes desarrollan cómo se entendía el concepto de propiedad dentro del imperio romano.

Asimismo, se encuentran incluido Ravier, dentro del estado del arte y de la evolución histórica del derecho de propiedad, porque él explica la defensa que Aristóteles hace a favor de la propiedad privada, y a Zambrano Torres, quien desarrolla al derecho en la mente de Platón, Locke por su "Ensayo sobre el gobierno civil", Karl Marx y Friedrich Engels por "Manifiesto comunista", y únicamente a éste último, por ser quién desarrolló "El origen de la familia, la propiedad y el Estado" y a Pacheco, al momento de explicar la teoría marxista del estado y del derecho.

Dentro de la evolución histórica de nuestro derecho, aparecen Carratalá, y su explicación sobre la Asamblea del año 1813 y a Joaquín V. González, con su obra sobre derecho constitucional.

Piedecabras, Highton y Lorenzetti, también son doctrinarios que han desarrollado ideas sobre el derecho de propiedad dentro del derecho argentino.

Luego de haber establecido el estado del arte en la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, estudiamos el estado actual del arte en materia de las obligaciones en general, las clases de obligaciones, el pago, las obligaciones pactadas en moneda extranjera, los otros modos de extinción de las obligaciones.

En esa parte de nuestra tesis, se destacan autores como Spota, Stglitz, Paolantonio, éste último, al momento de explicar el régimen de las obligaciones en Moneda Extranjera, Morea, para exponer la causa fin en las obligaciones y su diferencia con la causa fuente, asimismo, Tagliani, quien explica la garantía común de los acreedores y sus excepciones dentro del CCyC, Moreno, Kemelmajer de Carlucci, Compagnucci de Caso, Mosset Iturraspe, Danesi, Gurkinkel de Wendy, conforman, el listado de algunos autores que tratan el régimen de las obligaciones, y que son citados en esta tesis.

Corresponde que aclaremos que, si bien es cierto que las obligaciones pactadas en moneda extranjera, ya cuentan con profusa doctrina, especialmente en relación con los depósitos, préstamos y descuentos bancarios, entendemos que aún no han sido tratados en el sentido y con la profundidad con que pretendemos hacerlo en este trabajo, más aún si tenemos presente las innovaciones que han llegado con el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual recién ahora empieza a generar su propia jurisprudencia, y en ese sentido, entendemos de interés concluir este capítulo resaltando lo resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, cuando ante la demanda de una persona que adeudaba un mutuo en dólares, con garantía hipotecaria y sobre el cual pretendía cancelarlo en pesos la tipo de cambio oficial en épocas del cepo sobre la compra de divisas, dicha cámara confirmó la sentencia que había dictado la señora juez de Primera Instancia en los autos caratulados Fau Marta Renee c/ Abecian Carlos Alberto y Otros s/ Consignación (Expediente 79.776/2012), en cuanto la jueza de grado dispuso rechazar la consignación entablada por la actora en esos autos.

Este fallo, resulta de gran interés para nuestro trabajo y para dejar en claro el estado del arte en esta materia, en primer lugar porque se trata del primero conocido sobre esta cuestión dictado bajo la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y en segundo término, porque aplicó la previsión del artículo 766, pero bien pudo haber aplicado el sentido contrario que se encuentra previsto en el artículo inmediatamente anterior, autorizándola a pagar su deuda en pesos la tipo de cambio oficial.

Ello deja a las claras, que el estado del arte sobre esta cuestión y en la Argentina, lejos de haberse amainado, aún tiene un largo camino por recorrer. Es por eso que con nuestra tesis pretendemos contribuir con esta delicada y tan sensible materia.

Resulta de interés destacar a esta altura que el tema de la pesificación y su efecto sobre los contratos ha sido desarrollada profusamente por distintos autores en esta última década, especialmente en artículos publicados por revistas especializadas, pero entendemos que la forma, sentido e integralidad con que nosotros pensamos llevar adelante el estudio relativo a las obligaciones de pago en moneda extranjera, especialmente en cuanto a la discriminación que establece el Código Civil y Comercial de la Nación al momento de tratar las obligaciones

pactadas en moneda extranjera, aún no se encuentra desarrollada, con la profundidad que proponemos, por autor alguno.

Tengamos presente que nuestra legislación tuvo cambios importantes al momento de tratar las obligaciones pactadas en moneda extranjera, toda vez que el artículo 617 del Código Civil en su primera versión establecía: “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 cantidades de cosas”, por lo que dicha norma remitía a los artículos 606 a 615 del Código Civil, excluyéndolo de las reglas previstas para las obligaciones dinerarias y el artículo 619 del Código de Vélez Sarsfield expresamente decía:

Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación

La ley de Convertibilidad N° 23.928 cambió la redacción de los artículo 617, 619, dejando en claro que si la obligación se hubiera estipulado en dar moneda que no sea de curso legal en la república, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero y el artículo 619 del mismo cuerpo legal fue cambiado por el siguientes texto: “si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, al día de su vencimiento”.

El código civil y comercial sancionado por ley N° 26.994 cambia nuevamente estas previsiones, retornando a las soluciones que establecía la redacción original del código civil de Vélez Sarsfield, salvo en cuanto a los depósitos bancarios y justamente esta diferenciación será una de las partes sustantivas de nuestro estudio.

Efectivamente, en el nuevo código expresa, Compagnucci de Caso (2015):

El art. 765 en su segunda parte dice que si se acuerda el pago en moneda “que no tenga curso legal” (dinero extranjero) debe considerarse como “obligación de dar cantidades de cosas”. Previo a toda consideración es importante señalar que el nuevo código no regula ni trae disposición alguna, sobre las llamadas “obligaciones de cantidad” o de “dar cantidades de cosas”, es decir aquellas que para su cumplimiento exigen la operación de contar, pesar o medir (arts. 606 a 615 del Cód. Civil). Ello genera una cierta perplejidad, pues aparentemente se admite la validez del pacto en moneda que no tenga curso legal.

Sin perjuicio de dicha observación, es posible ver que el nuevo código tiene una cierta similitud con lo que disponía el originario art. 617 del Cód. Civil. (p. 92).

Para sumar confusión, el artículo inmediatamente posterior, es decir, el 766 del código civil y comercial dispone "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada", lo cual parecería indicarnos una aparente contradicción entre lo que disponen dos artículos seguidos dentro del nuevo código. Esta constituye otra cuestión por demás interesante, que necesariamente conformará parte del análisis de nuestra investigación.

Parte de la contradicción que surge entre el artículo 765 y el artículo 766, se debe a que el anteproyecto de reforma del código civil, presentado el 27 de marzo de 2015, sufrió una modificación cuando el Poder Ejecutivo lo envió al Congreso de la Nación.

El cambio está en la última oración del sexto párrafo del artículo 765. En lugar de "la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero" está "la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

Esa modificación, fue en aquel momento entendida como un impulso hacia la pesificación de la economía; por lo menos, de los contratos y deudas, porque habilita a los que se endeudaron en dólares a saldar sus obligaciones en pesos equivalentes, y téngase presente que por aquellos tiempos existía una diferencia del orden del 70% entre el tipo de cambio oficial y el del mercado libre, al que era posible acceder, utilizando la compra de títulos valores dolarizados, operatoria que se denomina contado contra liquidación.

De hecho, el párrafo 6º, Obligaciones de dar dinero, artículo 765, en el mencionado proyecto expresaba:

Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

El párrafo 6º, Obligaciones de dar dinero, artículo 765, ha quedado aprobado con el siguiente texto:

Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Naturalmente, nuestra tesis se circunscribirá al texto aprobado y vigente.

Una vez realizado ese desarrollo, nos abocamos a considerar a los contratos en general, y en particular, analizamos los contratos que tienen interés para nuestra tesis.

Los conceptos básicos de los contratos son desarrollados, entre otros, por Borda, Alterini, Gregorini Clusellas, Mosset Iturraspe, Garrido Cordobera y Stiglitz.

También conforman el estado del arte referido a los contratos, el pensamiento de Sola, Lorenzetti, Llambías, Leiva Fernández, Kemelmajer de Carlucci, Gurfinkel de Wendy, Urbandeja, Paolantonio, Busso, el ya nombrado Rivera, Piedecabras, Compagnucci de Caso y Villegas.

Todos ellos, en referencias del concepto, elementos, alcance y efectos del contrato como acto jurídico.

Al momento de tratar los contratos bancarios y a los denominados de consumo, se encuentran, entre muchos otros doctrinarios. Lorenzetti, Barbier y Ritto.

Los contratos de comercio electrónico son tratados, además de por otros autores, por Scotti, Molina Quiroga, Cabuli, Lorenzetti, Granero, Mora, Carbone e Iñiguez y las monedas digitales, por Muñoz, entre muchos otros.

Del mismo modo conforma esta tesis, el contrato de mutuo hipotecario, que es desarrollada, por Kiper, de quien hemos tomado con especial atención, sus explicaciones sobre el objeto del derecho real de hipoteca y sobre el juicio de escrituración, esto último en lo que resulta de interés para esta tesis.

Asimismo, integran el estado del arte, el pensamiento de Lamber, al desarrollar el régimen de la hipoteca pactada en moneda de curso legal o en monedas que no lo tienen.

El pensamiento de Nadalini, referido a los derechos reales de garantía y el de Rodríguez y de Rodino, referido a la ejecución hipotecaria extrajudicial, y Urbaneja, al momento de explicar el régimen de la registración inmobiliaria en la República Argentina, son, del mismo modo, parte integrante de esta tesis.

También hemos incluido tres cuestiones que pueden influir en la materia de esta tesis, como son la teoría de la imprevisión, que fuera incluida dentro de nuestro ordenamiento legal por la reforma dispuesta por la ley 17.711, por ser la base de la alteración autorizada en forma legal y ante especiales circunstancias, de las condiciones originariamente acordadas por las partes, como así también y por los mismos motivos, el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho.

Al momento de tratar la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho y al enriquecimiento sin causa, hemos tenido presente a Barbieri, Gastaldi, quien ha desarrollado doctrina enfocada en la revisión de contrato.

Llus y Navas, quien desarrolla doctrina para explicar el abuso del derecho según

De igual forma, incluye esta parte del estado del arte, el pensamiento de Mosset Iturraspe, quien trata la diferencia entre lesión contra imprevisión y Prietto Molinero, quien fija posición individual referido a los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Al momento de desarrollar, al derecho comparado, específicamente de la República de Paraguay, República Oriental del Uruguay y de los Estados Unidos Mexicanos, hemos incluido a Gamarra, quien explica la cláusula de la moneda extranjera dentro del derecho uruguayo, además de tratar el derecho positivo vigente en México y en Paraguay.

Corresponde resaltar, además, que forma parte de nuestra investigación la jurisprudencia comparada, específicamente, la del máximo tribunal de Estados Unidos de América por haber sido fuente de los fallos de nuestra Corte Suprema en estos asuntos; en particular, estudiaremos "*Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*" (1935), "*United States vs. Bankers Trust Co.*" (1935), "*Norts vs. United States*" (1935) y "*Perry vs United States*" (1935).

La jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica referida al tema de esta tesis, ha sido desarrollada, entre otros, por Zambrano Pasquel, quien trata el precedente "*Marbury vs. Madison*", que fue el que originó el control de constitucionalidad que ejerce la Suprema Corte de ese país, Virgala Foruria, quien también explica cómo funciona el control abstracto directo de inconstitucionalidad; y Garro, quien expone sobre la composición y el rol institucional de la suprema corte de Estados Unidos de América.

Para poder alcanzar el objetivo de esta tesis, además incursionamos en el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia relativas a la igualdad ante la ley y al derecho de propiedad, por ser las dos bases sobre las que cimentamos nuestra investigación.

Asimismo, al momento de avanzar con la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal y en relación con el motivo de nuestra investigación, se encuentran, entre muchos otros, los doctrinarios, Cianciardo, Liendo y Piedecabras. Además de la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que vemos a partir de los votos de los diferentes ministros, entre los que resaltan dentro de nuestra tesis, los emitidos por Fayt, Lorenzetti, Maqueda y Highton.

En resumen, creemos que la comprobación empírica del régimen legal vigente para las obligaciones de pago en moneda extranjera, especialmente en los contratos paritarios, de consumo, mutuos hipotecarios, bancarios y de comercio electrónico en la Argentina del siglo XXI, resulta de interés luego de la crisis del año 2002 y de sus consecuencias sobre los contratos, no solo para los estudiosos del derecho, sino para los contratantes en moneda extranjera y para los usuarios o consumidores en general, sean éstos residentes del territorio nacional o del extranjero.

Capítulo 2 – La igualdad ante la ley

2.1. Introducción

Nuestra tesis se sustentará sobre la base de dos principios básicos, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad.

En este capítulo trataremos la igualdad ante la ley, desarrollándola como la concibieron los pensadores de la antigua Grecia y hasta el presente, transitando sumariamente su concepción en Roma, en la Edad moderna con los pensamientos del *ius* naturalismo, para luego analizar a Rousseau, como mentor de las ideas que se instalaron en relación con la igualdad en las dos revoluciones más importantes del siglo XVIII, para luego ingresar en conceptos y desarrollos más actuales de este principio, como son las políticas activas a favor de la igualdad, sin omitir el pensamiento de la iglesia católica porque entendemos que su visión social es de gran importancia para los temas que hacen a esta tesis.

También nos ha parecido interesante incluir el pensamiento del profesor norteamericano Peter Westen sobre la igualdad, a la cual él considera vacía porque, más allá de permitirnos disentir sobre algunas partes de sus argumentos, entendemos que sus pensamientos en la materia son de enorme importancia y gran sabiduría, de ahí su inclusión en esta tesis.

Finalmente, pretendemos sostener nuestra tesis en dos principios rectores, siendo el de la igualdad ante la ley uno de ellos y justamente por ello, este capítulo resulta importante para este trabajo.

2.2. Antigua Grecia

El concepto de igualdad ante la ley se remonta a tiempos remotos y prueba de ello es que su concepto se encuentra desarrollado por gran cantidad de pensadores desde la antigüedad y hasta nuestros días. Por ejemplo, Aristóteles en su obra “Ética a Nicómaco” (Libro Quinto, De la Justicia), le enseñaba a su hijo que pocas cosas son tan propias de la virtud, como la equidad distributiva, y así refería que, si lo injusto es desigual, lo justo será igual; lo cual, sin más dar razones, lo tienen todos por verdad. Y, seguía expresando que “lo justo es una cierta especie de medio. Cualquier medio, pues, de necesidad ha de consistir, a lo menos, entre dos. Por lo cual necesariamente se colige que lo justo es medio e

igual a algunos, en respecto de algo”; (p. 133), para concluir manifestando, Aristóteles (op.cit):

De manera que lo justo ha de consistir de necesidad en cuatro cosas, a lo menos. Porque a los que les es justo son dos y las cosas en que es justo asimismo son dos. Y la misma medianía es para los dos, y en las dos cosas. Porque de la misma manera que sean las dos cosas en qué, sean también las dos personas a quién. Porque si así no fuese, ya los que son iguales no tenían cosas iguales. Pues de aquí nacen las bregas y contiendas, cuando los que son iguales no tienen iguales cosas, o cuando los que no lo son las tienen y gozan (p. 134).

De todos modos, en épocas de la antigua Grecia, lo esencial resultaba el concepto de justicia (dike), aunque evidentemente para ser tal, se entendía que el componente de igualdad estaba implícito, y prueba de ello se encuentra reflejado por los autores Hubeňk –Ventura – Ranieri de Cechini (2012), cuando al hablar de los inicios del mundo helénico, expresan:

El mismo Hesíodo, en los trabajos y los días, se inspira en el proceso judicial que sigue a su hermano para afirmar:

¿Oh, Perses! Grábate tú estos en el corazón: escucha ahora la voz de la justicia (dike) y olvídate por completo de la violencia. Pues esta ley impuso a los hombres el Cronión: a los peces, las fieras y aves voladoras, comerse los unos a los otros, ya que no existe la justicia entre ellos, a los hombres en cambio les dio la justicia que es mucho mejor.

Allí distingue “dos órdenes existenciales distintos: el de la naturaleza física regida por la ley de la fuerza y el orden humano que debe estar regido por la justicia” (p. 17).

Esto deja a las claras, que ya en aquellos tiempos, los estudiosos proclamaban que el respeto de las reglas de convivencia establecidas por la ley resultaba el camino indispensable y el más racional para mantener la paz.

Ahora bien, para esos antiguos pensadores, la igualdad ya formaba parte implícita dentro del concepto de justicia, aunque siempre limitada entre los equivalentes, en síntesis, desde las primeras enseñanzas, la justicia y la igualdad, se relacionaban con la equidad, la cual no busca otro fin que intentar darle a cada uno lo que le corresponde.

2.3. La igualdad en Roma (república e Imperio)

Otro elemento importante es que, desde sus primeros pensadores, en el derecho existió la idea de que la igualdad se aseguraba dando a conocer la ley

vigente y Roma no fue la excepción, toda vez que en épocas de finales de la República y durante el Imperio, se inculcó el conocimiento de la ley de las XII Tablas "*lex duodecim tabularum* o *duodecim tabularum leges*" o ley de igualdad romana, justamente, basado en que su conocimiento por todos brindaba igualdad.

Corresponde mencionar que a estas XII Tablas Romanas se las ubica más cercana al derecho privado que al derecho público.

Es cierto que al no haber quedado pruebas físicas que acrediten su existencia, algunos juristas dudan que alguna vez hayan existido, pero de acuerdo con relatos de historiadores de aquellos días "Cicerón, entre ellos", resulta verosímil aceptar su existencia, y de acuerdo con esos relatos, se habría tratado de un verdadero código que contenía reglas sobre contratos, obligaciones, derecho de familia, sucesiones, actos procesales, derechos reales, cuestiones de derecho público penal y hasta obligaciones sacras.

Pero lo importante es que el principio de igualdad en este caso se garantizaba porque esas XII leyes estaban expuestas al público, lo cual evitaba las incorrectas interpretaciones, fuesen éstas de buena o mala fe, pues al ser conocidas por todos los ciudadanos, se evitaban confusiones o ventajas de unos sobre otros y, por ello, se constituyeron en las reglas de convivencia para el imperio romano.

Más allá de ingresar en la discusión sobre su verdadera existencia, lo importante para nuestra investigación es que también en el derecho romano se entendía que la publicación de la ley, es decir, que fuese conocida por todos, era garantía de igualdad y ese es un elemento que ha perdurado hasta nuestros días. Y es que su promulgación, no solo asegura el cumplimiento de la ley, sino que también garantiza el goce de los derechos que ésta reconoce para todos los integrantes de cada sociedad en particular, esto es así, toda vez que lo que no se conoce, no se ejerce.

Por supuesto que la igualdad ante la ley dentro del Imperio Romano estaba supeditada a la consideración de sujetos con derecho plenos, y a dicho efecto y en sus comienzos, esa capacidad se le reconocía a quien denominaban paterfamilias, porque éste reunía los tres elementos necesarios para reconocerlo como sujeto de derecho, esto es, ser libre, ser ciudadano romano -*Civis Romanus*- y contar con capacidad jurídica -*sui iuris*-. Luego, y a medida que avanzó la evolución del derecho romano, la capacidad jurídica también le fue

reconocida al hombre libre basado en su status -capacidad jurídica-. Y, con el tiempo, también los romanos aceptaron capacidad jurídica a las personas jurídicas, originariamente patrimonios públicos y luego también privados a los que se les reconoció personería propia -asociaciones, fundaciones-.

Superada la etapa del imperio romano y ya dentro del medioevo, aún se confundía el concepto de igualdad con el de legalidad, toda vez que se lo entendía como el derecho que los sujetos tenían para cumplir con la normativa vigente, es decir, que se mantenía el concepto de que una ley justa e igualitaria se garantiza, cuando ella está escrita dentro de un ordenamiento y se la da a conocer, a fin de que sea pública.

2.4. Thomas Hobbes, Leviatán

Ya dentro de la edad moderna, el iusnaturalista Thomas Hobbes (1588-1679), también se ocupó de la igualdad ante la ley en su principal obra *Leviatán*, efectivamente, al momento de tratar en los capítulos XIV y XV a las 19 leyes naturales que él entendía que regían al hombre, incluyó bajo los números 9 y 10, cuestiones atinentes a la igualdad ante la ley. Por ello Hobbes (2013) explica, previo a dar a conocer la ley natural N° 9, que “La cuestión relativa a cuál es el mejor hombre no tiene lugar en la condición de mera naturaleza, ya que, en ella, como anteriormente hemos manifestado, todos los hombres son iguales”. (p. 107); luego de lo cual, Hobbes (2013) define como ley N° 9: “Que cada uno reconozca a los demás como iguales suyos por naturaleza. El quebrantamiento de este precepto es el orgullo”. (p. 108)

En relación con la décima ley de la naturaleza, Hobbes (2013) dice: “...contra la arrogancia. De esta ley depende otra: que, al iniciarse condiciones de paz, nadie exija reservarse algún derecho que él mismo no se avendría a ver reservado por cualquier otro” (p. 108).

Esta décima ley natural establece que, al entrar en paz, ningún hombre debe exigir para sí ningún derecho que de buena gana no acepte ser también reservado para todos los demás.

Hobbes (2013), expresa al final del desarrollo de esta décima ley:

Si en este caso, al establecerse la paz, exigen los hombres para sí mismos aquello que no hubieran reconocido a los demás, contrarían la ley precedente, la cual ordena el reconocimiento de la igualdad natural y, en consecuencia, también,

contra la ley de Naturaleza. Quienes observan esta ley, los denominamos modestos y quienes las infringen, arrogantes. (p. 108).

Corresponde destacar que Hobbes basa sus 19 leyes naturales en las dos primeras, que él entiende que son la búsqueda de la paz mientras se tenga la esperanza de lograrla y la renuncia a la libertad sobre todas las cosas, en la misma proporción en que los demás renuncien a la propia, es decir que ahí ya plantea el concepto de igualdad, las cuales desembocan en la tercera ley natural de Hobbes, la cual ordena el cumplimiento por parte de todos los hombres del pacto al que hayan arribado, quedando acreditada nuevamente la igualdad, en esta básica premisa. Luego de ello, Hobbes deja en claro que solo luego de la constitución del Estado de derecho nacen la justicia y la propiedad, definiendo Hobbes a la justicia como el cumplimiento del pacto y a la injusticia, como su incumplimiento.

Strauss (2011) nos enseña que:

En cambio quisiéramos recordar al lector un hecho que, si bien obvio, siempre ha sido, hasta donde sabemos, pasado por alto: el motivo que llevó a Hobbes a denominar Leviathan a su más detallada exposición de la filosofía política. Dice al final de la parte más importante de de su obra:
Hasta ahora he expresado la naturaleza del hombre (cuyo orgullo y otras pasiones lo han compelido a someterse al gobierno), junto con el gran poder de su gobernante, a quien comparé con el Leviatán, tomando esta comparación de los dos últimos versículos del capítulo 41 de Job, cuando Dios habiendo presentado el gran poder de Leviatán, le denomina rey de los orgullosos” (pp. 35, 36).

2.5. Rousseau, el discurso sobre el origen de la desigualdad y el pacto social.

Sería necesaria la irrupción de dos grandes revoluciones para ampliar los sujetos pasibles de gozar de los beneficios de la igualdad ante la ley, nos referimos a la revolución de Estados Unidos de América de 1776, con su constitución de 1787 y la revolución francesa del año 1789, que produjo el 26 de agosto de de ese año, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

En relación con nuestro trabajo de investigación, trataremos la revolución francesa y dentro de ella, solo desarrollaremos el pensamiento de Jean Jacques Rousseau, filósofo nacido en Ginebra, el 28 de junio de 1712 y fallecido en Ermenonville, Francia, el 2 de julio de 1778, por ser éste el autor del Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres (1755) y del Contrato Social (1762).

Entendemos interesante mencionar que la primera de estas dos obras, fue presentada por Jean-Jacques Rousseau, para la competencia del año 1754, y para la obtención del premio que otorgaba la Academia de Dijon, indagando en la pregunta: «¿Cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres, y si es respaldada por la ley natural?».

Sobre esta cuestión, Giner (1982), explica que Rousseau planteó algunos de los precedentes políticos y sociales que impulsaron los sistemas de gobiernos nacionales de muchas de las sociedades modernas estableciendo la raíz de la desigualdad que afecta a los hombres; para él, el origen de dicha desigualdad era a causa de la constitución de la ley y del derecho de propiedad produciendo en los hombres el deseo de posesión.

En su Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, Rousseau entiende que la evolución fue desde el estado de naturaleza, entendiéndolo como aquel ámbito en donde el ser humano está carente de toda institución y en sentido más amplio, él incluye todo aquello que ocurrió antes del pacto, pero dejando debidamente aclarado, que previo a ese pacto, existió un desarrollo social que generó una desigualdad, lo cual no permitió que todos los hombres llegasen en igual estado de naturaleza al momento de la firma del pacto, es decir, no todos eran libres e iguales.

En realidad, Rousseau, entendía que, en el período previo al pacto, algunos habían tomado en propiedad tierras y otros bienes sin que los demás se los objetasen, lo cual hizo que esos hombres pactaran para que se les respeten sus dominios y los demás –al firmar el pacto-, convalidaron ese origen desigual.

En el Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, el autor discrepa con Thomas Hobbes, toda vez que él entiende que el hombre por naturaleza es piadoso e inclinado al ocio, siendo su característica principal, la independencia, es decir, sin tener que depender del otro, pero, más allá de esas características, este autor explica que el hombre natural se inclinaba por ayudar a quien lo necesitaba, aunque lo hacía en forma esporádica, porque Rousseau ve al hombre como un ser aislado y que no frecuenta a sus semejantes. Por lo tanto, las eventuales diferencias naturales que pueda haber entre unos y otros, como pueden ser la edad, la salud, la fuerza, etc., son de ese modo imperceptibles, pero, a partir de la aparición de la propiedad, nace la desigualdad.

Según Rousseau, de la propiedad nacieron las exigencias, las necesidades, los lujos; y entonces los hombres se lanzaron en carrera desenfrenada hacia las riquezas, desarrollando todas sus facultades para beneficiarse a costa de los demás. Sólo que de esta tendencia nació también la de imponerse a los demás, de dominar; el rico y el pobre, el más fuerte y el primer ocupante de una tierra se vieron lanzados uno contra otro como lobos famélicos. Y he aquí que el rico, para salvar lo suyo, concibe el proyecto de emplear a su favor las fuerzas que lo combatían; y poco le costó convencer a los pobres de que iba en interés de ellos unir todas sus fuerzas para la tutela común.

El Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, fue tomado en aquella época como una despiadada requisitoria contra las instituciones sociales y políticas de su tiempo y prepararon el terreno para que el mismo autor desarrolle su solución para eliminar esa desigualdad en el Contrato Social.

En síntesis, Rousseau plantea en el Discurso, la existencia de un Estado injusto basado en un acuerdo desigual, al que arribaron los poderosos abusándose de los débiles. En función de ello y entro de ese contexto ¿Cómo opina Rousseau que es posible cambiar dicha circunstancia?

La solución que propone Rousseau la explicita en El contrato social, que es el acuerdo que tiene que reemplazar al primer pacto.

Para poder arribar al contrato social en igualdad de condiciones, en primer lugar, todos deben resignar sus pertenencias, las cuales se reasignarían con equidad -de acuerdo a los merecimientos de Derecho y para cada uno de los ciudadanos-, todo lo cual garantizaría la justicia y la igualdad para esa comunidad.

Con el objeto de poder comprender plenamente la propuesta de Rousseau en el Contrato social, debemos aclarar que también a diferencia de Hobbes, él presenta explícitamente como una ficción al hombre natural, con el único objeto de poder comparar la situación actual, es decir, después del pacto, entendiendo que la degradación humana es un proceso irreversible, pero a la cual él le encuentra una solución, bajo el mecanismo de volver a ser libres, esto es, regresar al estado natural, para poder acordar desde ese estado, lo que él denomina, el contrato social.

De ese modo, se puede, por medio del contrato social, preservar la igualdad y la libertad, porque al salir del pacto original, se abandona la desigualdad y con el contrato social, se instituye la república.

En el contrato social aparece un acuerdo totalmente distinto por medio del cual se crea una igualdad artificial.

La propuesta de Rousseau es que, para ser miembro de un cuerpo, es indispensable que lo integren todos los seres humanos, porque si queremos lograr la libertad, todos deben pactar y olvidarse de sus intereses particulares, conformando un cuerpo dentro de una comunidad, porque él entiende que ser libre es no depender de la voluntad de otros. Por lo tanto, con la firma del contrato social, se instaura un sistema jurídico justo, que se llama república y ella garantiza a todos sus miembros la independencia recíproca, lo cual lleva implícito que todos tengan que respetar la ley, la cual debe tratarlos obligatoriamente como iguales.

En síntesis, el contrato social supera la desigualdad y se legitima con la voluntad, porque en él aparece la voluntad general de una asamblea en donde deben participar todos los ciudadanos en forma personal.

Aparece ahora un elemento interesante dentro del pensamiento de Rousseau, porque él entiende que resulta inconcebible que se represente la voluntad al momento de legislar, porque nadie puede tener la voluntad de otro, pero sí admite la delegación en el poder ejecutivo o administrador, porque a ese poder sí se le puede decir que haga lo que la ley le manda, la cual, justamente, fue aprobada por asamblea de todos los ciudadanos.

En relación con este pensamiento de Rousseau, es relevante mencionar que además de rechazar la representación en la sanción de las leyes, también la objeta al momento de tener que defender a esa comunidad en caso de guerra, porque entiende que la libertad únicamente puede ser defendida por quien sufre la amenaza de perderla, de ahí que es contrario a la existencia de ejércitos profesionales o mercenarios, porque la creación de las leyes y la defensa del país no pueden delegarse a terceros por representación.

Como hemos podido ver, para este autor, la igualdad ante la ley, resulta indispensable al momento de organizar la vida en comunidad, e interpreta que la desigualdad se aprecia, cuando algunos toman en propiedad privada, lo que originalmente le había pertenecido a toda la humanidad.

2.6. Un ejemplo de desigualdad, la esclavitud en Estados Unidos de América

Dentro de aquellos tiempos, pero en el continente americano, nos encontramos con los acontecimientos que sucedían en los Estados Unidos de América luego de su independencia y hasta –por lo menos- el final de la guerra de secesión (1861-1865), los cuales -al momento de analizar la igualdad ante la ley- tienen sus particularidades como consecuencia de la importancia que tenía la esclavitud en aquel país.

Porque si bien es cierto que la esclavitud también existía por aquellos días en tierras europeas y en otras latitudes, fue en Estados Unidos de América donde se centró con mayor profundidad este régimen, en relación con el resto de las comunidades.

Es por lo expuesto, que nos concentraremos en este país al momento de analizar esta desigualdad entre seres humanos basado en la esclavitud, por ser la más patente, toda vez que su abolición solo se logró después de una sangrienta guerra civil.

Pero ¿Cuál es el motivo de tratar esta cuestión cuando estamos desarrollando la igualdad ante la ley desde un plano filosófico? Creemos que la esclavitud, planteada como la desigualdad que aparece en forma patente en ese país y en aquellos días, nos ayudará a comprender el concepto que pretendemos demostrar en este capítulo, que no es otro que dejar en claro que el hombre acepta la igualdad sobre las cosas o las personas a las que considera equivalentes y por ello, y más allá de que nos resulte repugnante la discriminación basada en la esclavitud, esa espantosa división acredita que aún dentro de tan terrible sistema, existe un régimen legal que trata en forma igual a todos los sujetos sometidos a la esclavitud, y en otro plano y dentro de esa misma comunidad, aparece otro sistema que le reconoce a los hombres libres, derechos y garantías, que le niega a los esclavos.

Resulta interesante mencionar que luego de la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos de América, rigió un sistema de “separación e igualdad”, esto es, lo que se conoció como segregación racial, porque esa separación estaba basada en el color de la piel, de ese modo, la población de color, hoy denominada “Afroamericana”, no podía compartir baños públicos, escuelas, universidades, transportes e inclusive barrios o edificios con la población “blanca”.

Esa separación e igualdad proclamada, era en realidad “desigualdad”, y su derogación requirió de mucho tiempo y esfuerzo por parte de luchadores por los derechos civiles, con asesinatos incluidos, para que recién en los años sesenta del siglo pasado se arribase al final de tan criticable régimen de desigualdad.

Solo para no obviar lo evidente, destacamos que quedaría aun en Sudáfrica un régimen de desigualdad racial conocido como apartheid, que era una segregación más extrema que la experimentada por Estados Unidos de América y cuyo final solo se lograría a finales del siglo XX y luego de cruentas luchas, prisiones a dirigentes, muertes, etc.

En realidad, y aunque resulte básico, corresponde que digamos que la libertad estaba negada en la esclavitud y se encontraba viciada en su versión atenuada de “segregación racial”, es decir que el elemento distintivo que no los hacía iguales, era que una parte de la población gozaba de libertad y otra no, sin que existiese causa razonable para tamaña inequidad.

2.7. La igualdad ante la ley como garantía dentro del derecho argentino.

Mucho más recientemente y dentro del territorio nacional, al referirse a la igualdad ante la ley nos enseña Bidart Campos (1983):

Del derecho a la libertad se desprende la igualdad (...) todos los hombres participan de una igualdad elemental de status en cuanto personas jurídicas. Tal es el concepto de la llamada igualdad civil, consistente en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Si la libertad apareja el goce y ejercicio de los derechos civiles, la igualdad elimina las discriminaciones arbitrarias para ese goce y ejercicio. En último término, la igualdad importa un cierto grado de razón habilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres, en la medida en que suprime las distinciones sin base dikelógica suficiente. (p. 218.)

En realidad, las diferentes definiciones que los estudiosos constitucionalistas nacionales han ensayado sobre la igualdad ante la ley se basan en el principio rector que establece el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional que dice:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas

En concordancia con dicha previsión constitucional, nuestro máximo tribunal de justicia ha declarado en relación con la igualdad ante la ley:

En tesis general y según lo definido por esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos (CSJN, Fallos, 16-118, 123-106, 124-122, entre otros)

Es decir que el artículo 16 de la Constitución Nacional, consagra que la igualdad ante la ley en el derecho argentino no es absoluta, sino que es relativa y por ello nuestro máximo tribunal exige la presencia de dos circunstancias de igualdad para que esta garantía sea aplicable, esto es, solo se le reconoce igualdad a los iguales en iguales circunstancias.

El artículo 16 de la Constitución Nacional, además de no admitir las prerrogativas de sangre, de nacimiento, fueros personales y títulos de nobleza y proclamar la igualdad ante la ley para todos sus habitantes -esto último de conformidad con los alcances ya explicados- establece dos parámetros sobre los que ahora nos abocaremos, como son la idoneidad como condición para acceder a los empleos y la igualdad como base para los impuestos y las cargas públicas.

Nuevamente aparece un condicionamiento al momento de establecer la igualdad ante la ley, se trata de la idoneidad como condición de selección para los empleos, es decir que al momento de aspirar a un empleo en particular, no será suficiente que todos seamos personas, sino que la ley establece un parámetro de diferenciación y el empleo lo obtendrá el más apto para él, pero, ¿A criterio de quién?, justamente, esa calificación de idoneidad no podrá estar sostenida en criterios arbitrarios y si así lo fuesen, el afectado podría recurrir ante la justicia para que se respeten sus derechos.

Resulta más interesante para nuestra tesis, desarrollar la última previsión del artículo 16 de la Constitución Nacional, porque al hablar de la igualdad como base para los impuestos y las cargas públicas nos permitirá percibir con absoluta claridad a qué tipo de igualdad se refiere nuestro ordenamiento legal.

Por supuesto que esa igualdad en materia de impuestos no siempre es aritmética, es decir, no significa que todos los habitantes del igual modo y

cantidad deban pagar sus impuestos, porque ello llevaría en muchos casos, a la imposibilidad de cumplimiento para muchos habitantes.

Es por ello que resulta pacífica la opinión –tanto en doctrina como en jurisprudencia- en el sentido a que la igualdad en materia de impuestos puede ser proporcional y también podría ser progresiva, sin que ello afecte la igualdad.

Efectivamente, en relación con esta cuestión, Quiroga Lavié (2000) Dice:

Sánchez Viamonte opina que el principio del artículo 16 no excluye la proporcionalidad ni la progresividad y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (p. 85)

Reafirmando este pacífico principio, corresponde resaltar que para la Corte Suprema la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva es un requisito indispensable de validez de todo gravamen, la cual se verifica aun en los casos en que no se exige de aquella que guarde una estricta proporción con la cuantía de la materia imponible (CSJN, Fallos 312:2467, entre otros).

Esto quiere decir que en esos casos la igualdad se entiende cumplida, aunque no todos pagan la misma cantidad de impuestos, pero sí debe estar asegurado que recibirán el mismo trato quienes sean iguales y se encuentren ante iguales circunstancias.

Por lo tanto, si entre esos “iguales”, el trato de la ley es diferente, entonces habría violación del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Del mismo modo y con los mismos principios debemos entender la igualdad que se establece como base para las cargas públicas.

El ejemplo más evidente para comprender esta última previsión de igualdad sería el derogado servicio militar obligatorio, que regía hasta los albores de la década del 90 del siglo pasado en Argentina y que obligaba a los varones de 18 años a prestar el servicio militar en forma obligatoria por un año como carga pública, pero esa obligación cívica tenía diferentes tratamientos. En primer lugar, aquellos ciudadanos a los cuales les tocaba prestar el servicio en la armada, debían estar bajo bandera durante dos años, mientras que los demás solo estaban un año bajo servicio militar.

Se incurre en otra discriminación a favor de aquel que era único sostén de su familia, pues estaba exceptuado de prestar el servicio militar, también estaban

exceptuados los ciudadanos con problemas físicos o con capacidades diferentes y por supuesto, las mujeres también estaban excluidas de esa carga pública, estas excepciones y exclusiones, como las demás que no se han especificado en esta tesis, se encontraban establecidas en el capítulo V, artículo 32 al artículo 41 de la ley N° 17.531 de Servicio Militar Obligatorio.

En esta cuestión, destacamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado:

La igualdad ante la ley, principio constitucional en el que se ampara asimismo la solicitud de enrolamiento de que se trata, no puede decirse afectado como se pretende, por la mayor o menor amplitud de derechos y de deberes que deriven del vínculo de la nacionalidad para los ciudadanos comprendidos en dicha relación jurídica con el país. En tesis general, y según lo ha definido esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos. (Fallos: tomo 16, pág. 118; tomo 123, pág. 106; tomo 124, pág. 122, entre otros). El principio aludido, como los derechos y garantías que de él emanan, no tienen, pues, carácter absoluto, y si por diversidad de situaciones y circunstancias la igualdad legal es sólo relativa entre un hombre y otro, debe serlo al menos con igual razón, en casos como el de autos, entre un hombre y una mujer, de fundamental disparidad en el orden de la naturaleza. (Considerando 5, CSJN, Fallos: 154:283).

Esto nos permite comprender que también en las cargas públicas la igualdad no es absoluta sino relativa y, por lo tanto, únicamente aplicable entre iguales y ante iguales circunstancias.

2.8. Derecho a igualar, a desparejar y a empatar

Habiendo analizado en detalle las previsiones del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, seguiremos con la profundización y alcance del concepto de igualdad ante la ley, y para ello citamos a Freedman (2013), quien nos enseña que, dentro del concepto de igualdad, existe el derecho a igualar, el derecho a desparejar y el derecho a empatar, todos ellos bajo la búsqueda de lograr la igualdad. Ello es así, porque según nos explica dicho autor, puede haber momentos en que alguien se sienta discriminado por no haber recibido lo mismo que han obtenido los demás. Esa es la situación más conocida, pero también podría presentarse el supuesto de aquel que pueda entender que le corresponde algo más que al resto y que al haber recibido lo mismo que los demás, lo estarían

discriminando, de ahí su búsqueda a desparejar buscando con ello la igualdad. Finalmente, este autor nos explica que también podría aparecer el derecho a empatar y ello acontecería cuando a otro le han otorgado algo por encima de su merecimiento y entonces la petición en ese caso sería que a esa persona le supriman ese mayor beneficio y lo ubiquen en el mismo plano que al resto.

Resulta interesante este desarrollo que nos propone Freedman (2013), porque, aunque parezcan discordantes, estas tres subespecies buscan que se obtenga la igualdad ante la ley.

2.9. Las políticas activas a favor de la igualdad

Asimismo, y dentro de los últimos tiempos, han aparecido lo que la doctrina denomina como políticas activas a favor de la igualdad.

Es decir que ya no es suficiente garantizar la igualdad de trato por parte de la ley para todos los habitantes, sino que es necesario para lograr esa igualdad de trato y de oportunidades, que se lleven adelante acciones a favor de grupos que se consideran vulnerables, por ejemplo, mujeres, discapacitados, adultos mayores, minorías raciales, población originaria, etc.

En ese sentido, resulta interesante destacar que los Estados Unidos de América han desarrollado políticas de inclusión a minorías raciales, que históricamente han estado relegadas, permitiéndoles cupos especiales para el ingreso a las universidades, trabajos, arte, becas, etc.

En relación con estas políticas activas a favor de grupos vulnerables, han aparecido reclamos ante la justicia, planteados bajo el rótulo de discriminación inversa.

En ese aspecto, Zúñiga Fajuri, Aguilera Bertucci y Vásquez Bravo (2007), expresan que la discriminación inversa tuvo su origen en Estados Unidos en los años setenta, y que tuvo gran notoriedad gracias a los casos De Funnis y Bakke, ambos vinculados al favorecimiento de minorías raciales con escasa participación en niveles universitarios. El primero de ellos se originó en 1971 por un estudiante de origen judío que fue rechazado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington debido a su política de discriminación inversa, la que establecía un sistema de selección que otorgaba puntos extras para minorías raciales desfavorecidas. Si bien el caso no se resolvió judicialmente, dio lugar a un interesante debate doctrinal que estimó, en general, que la universidad de

Washington no vulneraba con dicho programa los derechos fundamentales que concedía la Constitución estadounidense, porque éste respetaba el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales.

Por su parte, el caso Bakke, conocido por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1978, decidió la situación de un estudiante blanco rechazado por la Facultad de Medicina de la Universidad de California, la cual reservaba un número determinado de plazas para minorías desfavorecidas desde el punto de vista educativo y económico. Tal reserva fue estimada inconstitucional por la Corte Suprema estadounidense.

Zúñiga Fajuri, Aguilera Bertucci y Vásquez Bravo (2007) refieren en relación con el caso Bakke:

A pesar del fallo de la Corte, lo importante del caso Bakke es que abrió la puerta a las medidas de discriminación positiva que consideran la raza como un elemento o rasgo relevante, en ciertos casos, para fundamentar el test de razonabilidad que se exige al momento de aplicar el principio de igualdad. (p.13)

Corresponde cerrar esta cuestión, diciendo que desde esos años y hasta la actualidad, la Corte Suprema de Estado Unidos de América ha fallado a favor y en contra sobre esas cuestiones, dependiendo de la razonabilidad que contuviese cada una de las medidas de discriminación positiva que ha debido juzgar.

En relación con nuestro ordenamiento constitucional, el mismo ha incluido estas facultades a partir de la reforma del año 1994, a sus efectos resaltamos – entre otros- el artículo 75 incisos 19 y 23.

Efectivamente, inclusive en forma previa a dicha reforma, la Argentina ya había dictado normativa en ese sentido, como por ejemplo la ley Nº 24.012 que contempla un cupo de treinta por ciento de mujeres en la conformación de las listas de candidatos al Congreso de la Nación, teniendo dicha regulación el objeto de promover mayores oportunidades de participación representativa a las mujeres por considerarlas un grupo vulnerable, correspondiendo que resaltemos que nuestro país fue el primero en dictar una norma de cupo femenino para cargos electivos dentro de Latinoamérica.

Por supuesto que luego de dicha reforma constitucional, se han dictado otras leyes de discriminación positiva en Argentina, por ejemplo, a favor de los denominados pueblos originarios, en donde se les reconoce derecho sobre la

tierra que fuera de sus antepasados, el mantenimiento y respeto de sus creencias, etc.

Esas políticas activas, surgen más nítida y comprensiblemente cuando pensamos en la obligatoriedad de rampas para todos los edificios públicos, porque de esa manera pueden acceder a ellos las personas con problemas de locomoción, esta cuestión busca la igualdad ante la ley, porque sin ese tipo de facilidad, esas personas inválidas no tendrían acceso, por ejemplo, a todos los establecimientos educativos, del mismo modo sucede con los transportes públicos, porque en caso contrario, no podrían viajar de un lugar a otro, como lo hacen los demás.

Entendemos de sumo interés citar el fallo de Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S.A. s/ Amparo, de fecha 16 de diciembre de 2002, que fuera resuelto en nuestro país por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala H, porque dicha sentencia resolvió un amparo colectivo, planteado por dicha fundación contra la empresa de helados Freddo S.A., alegando que ésta realizaba prácticas discriminatorias contra mujeres al momento de la selección de su personal.

Los miembros del tribunal de alzada entendieron que la discriminación en contra de la mujer estaba acreditada, sin que la demandada los hubiese justificado con argumentos razonables, y por ello resolvió revocar la sentencia de grado, condenando a Freddo S.A. a que contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida y – adicionalmente- el fallo obligó a Freddo S.A. a presentar un informe anual a la actora, debiendo también permitirle acceso a la información correspondiente, bajo apercibimiento de multa.

Este asunto concluyó con la firma de un acuerdo entre las partes que preveía la forma de cumplir con la sentencia del tribunal y este fallo ha quedado como un importante precedente dentro de la jurisprudencia de la Argentina, al momento de hablar de discriminación inversa.

En relación con este tema, resaltamos la opinión de Gregorini Clusellas (2003), cuando al comentarlo, deja en claro que comparte los objetivos que dicho fallo persigue, pero al mismo tiempo, y en relación con la solución arribada, hace la siguiente crítica:

La “discriminación inversa” conlleva sus peligros y aplicarla en forma tan drástica, puede llevar a excesos. Coincidimos con los fundamentos, el sentido y los propósitos del fallo, pero no con la vía escogida a través de la sanción para consagrar los derechos vulnerados. Entendemos se ha generado una nueva e indeseable discriminación, escogiendo una vía peligrosa por la que se debe transitar con el máximo de prudencia. En síntesis un propósito loable que se pretende consagrar por un camino que entendemos desacertado. (Conclusiones, parr. 5)

En consonancia con esta tendencia regional, el 1 de diciembre, durante su Asamblea General 2015, el Parlamento Latinoamericano y Caribeño -Parlatino-, aprobó la Norma Marco para consolidar la Democracia Paritaria, que pasará ahora a ser utilizada como referente por los Parlamentos nacionales de la región para la puesta en marcha de reformas institucionales y políticas que promuevan y garanticen la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en todas las esferas de toma de decisiones.

En síntesis, resulta de interés tener presente que, a través de la acción afirmativa, el grupo al que se considera vulnerable se lo dota de mayores prerrogativas legislativas, comparadas con las que el mismo legislador le reconoce al resto de la población.

2.10. La igualdad ante la ley y los Derechos Humanos.

Pasaremos ahora a desarrollar la igualdad ante la ley bajo el prisma de los Derechos Humanos porque son el nuevo paradigma sobre el que también se controla la vigencia de ese principio.

En primer término, analizaremos la Declaración Universal de Derechos Humanos, porque a lo largo de su preámbulo y sus 30 artículos, clara e inequívocamente postula sin eufemismos la igualdad ante la ley para que a todos los habitantes del mundo se les respete por igual sus derechos esenciales, y a dicho fin, reproducimos el artículo 2 de esa declaración:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurisdicción o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Resulta clave comprender que la irrupción de los Derechos Humanos como preocupación común de toda la humanidad, o por lo menos del mundo civilizado, se debió a los horrores conocidos luego de finalizada la segunda guerra mundial, especialmente en cuanto al holocausto que sufrió el pueblo judío en manos del nazismo.

Ahora bien, en cuanto resulta de interés para este trabajo de investigación, la igualdad ante la ley es concebida hoy como el primer elemento que asegura el respeto por los derechos humanos dentro de cualquier régimen legal, lo cual obliga a la legislación y a quienes imparten justicia a cuidar con sumo celo que no haya discriminación donde la ley no la plantea y en todos los casos, que no haya diferencias basadas en raza, color, sexo, idioma, religión, etc., porque ello puede exponer a ese país a recibir la condena internacional por violentar los derechos humanos.

Esta corriente de defensa de los derechos humanos se ha propagado en cada uno de los continentes y en nuestro caso, la Convención Americana de Derechos Humanos, expresa en su artículo 24 conceptos equivalentes a los que sostiene la organización de las Naciones Unidas en cuanto a la garantía de igualdad ante la ley para todos los hombres.

Esto significa que, en todos los órdenes públicos, tanto en el nacional, el continental y el mundial, se sostiene el principio de igualdad ante la ley, pero siempre bajo el entendimiento que de esa garantía no tiene carácter absoluto sino relativo.

2.11. Igualdad. Doctrina Social Cristiana.

El cristianismo ha luchado desde sus comienzos contra todo lo que constituyera un atentado contra la dignidad humana, como fueron la esclavitud, discriminaciones y, en fin, todo aquello que constituyese desigualdades entre los hombres.

En cuanto a la igualdad entre el hombre y la mujer, la iglesia considera que son idénticos en dignidad y en valor ante Dios, pero eso no obsta a que reconozca la existencia de una diversidad entre ambos. Para la iglesia católica, el hombre y la mujer son distintos, pero pares. Su constitución física, psicológica y hasta intelectual son femeninas o masculinas, pero ello no impide que más allá de esa diferencia, la iglesia apoya la igualdad entre el hombre y la mujer, para

acceder en idénticas condiciones a la educación, a un puesto determinado de trabajo, de hecho, interesa resaltar que los primeros movimientos feministas, que defendían por los derechos de la mujer, nacieron entre católicos.

La iglesia católica entiende que Dios creó al hombre y a la mujer en igualdad de condiciones y de dignidad, aunque con diferentes funciones y roles dentro de la sociedad y con características complementarias.

Tengamos presente que la Biblia expresa: “Y Dios creó al hombre y a la mujer a su imagen y semejanza” (Génesis, 2), lo cual deja a las claras que para Dios no hay distinción entre el hombre y la mujer, o entre una raza y otra, porque todos somos hijos de Dios, creados para servir y adorarlo en esta vida y gozar eternamente de él en la eternidad.

Llevado ello a la práctica, la iglesia católica justifica que todos los hombres participen, sin restricción alguna, en el bien común y así lo deja de manifiesto el Papa Juan XXIII (1963) en su encíclica *Pacem in terris* al proclamar:

En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto (Nº 9)

El autor Ortiz (1991), reafirmando estos conceptos, nos enseña que el Papa Pío XII en su encíclica *Benignitas et humanitas* (1944), entiende al hombre como libre, pero que existen diferencias; en relación con los talentos, habilidades, salud, fuerzas, fortuna. Todo esto en correlación perfecta con los usos y necesidades tanto de los particulares cuanto de la comunidad, ya que la vida en común precisa de aptitudes varias, de oficios diversos, al desempeño de los cuales se sienten impelidos los hombres, más que nada, por la diferente posición social de cada uno» (Rerum novarum, 13).

O, con palabras de Pío XII (1944), que nos expresa:

Todas las desigualdades derivadas no del capricho, sino de la naturaleza misma de las cosas, desigualdades de cultura, de riquezas, de posición social -sin perjuicio naturalmente, de la justicia y de la mutua caridad-, no son, en realidad obstáculo alguno para que exista y predomine un auténtico espíritu de comunidad y de fraternidad. Más aún, esas desigualdades naturales, lejos de menoscabar en modo alguno la igualdad civil, confieren a ésta su legítimo significado (*Benignitas et humanitas*, 18).

También Ortiz (1991), expresa que el Papa Juan XXIII manifestó en su encíclica titulada *Pacem in Terris*, que en el plano internacional. La situación creada en el mundo actual, en el que tantas naciones nuevas han surgido y la interdependencia que obligatoriamente ha de existir entre todos los países y pueblos ha puesto de relieve la necesidad de enfocar el problema a nivel de naciones, a las que ha de considerarse no sólo entes jurídicos independientes y libres, sino también iguales. Y el mencionado Papa continuó diciendo:

Hay que establecer como primer principio que las relaciones internacionales deben regirse por la verdad. Ahora bien, la verdad exige que en estas relaciones se evite toda discriminación racial y que, por consiguiente, se reconozca como principio sagrado e inmutable que todas las comunidades políticas son iguales en dignidad natural. De donde se sigue que cada una de ellas tiene derecho a la existencia, al propio desarrollo, a los medios necesarios para este desarrollo y a ser, finalmente, la primera responsable en procurar y alcanzar todo lo anterior; de igual manera, cada nación tiene también el derecho a la buena fama y a que se le rindan los debidos honores (N° 86).

Finalmente, Juan XXIII (1963), en la misma encíclica papal *Pacem in Terris*, pone de manifiesto que, en realidad, no puede existir superioridad alguna por naturaleza entre los hombres, ya que todos ellos sobresalen igualmente por su dignidad natural. De aquí se sigue que tampoco existen diferencias entre las comunidades políticas por lo que respecta a su dignidad natural. Cada Estado es como un cuerpo, cuyos miembros son los seres humanos. Por otra parte, la experiencia enseña que los pueblos son sumamente sensibles y no sin razón en todas aquellas cosas que de alguna manera atañen a su propia dignidad. (N° 89).}

Conforme con lo explicado, la iglesia sostiene el principio de la libertad de todos los hombres como parte del derecho de Dios y los considera en cuanto a él como iguales, más allá de las diferencias que puedan existir en la vida terrenal, por motivos de salud, talentos, fortuna, etc.

2.12. La igualdad y la equidad

La palabra igualdad procede del latín *aequalitas*, *-ātis*, formada con el término *aequus*, lo cual significa igual, llano, equilibrado, tomándose a veces como sinónimo de igualdad al término equidad, pero se trata de un error, porque estos dos conceptos definen cuestiones diferentes, y para dejarlo en claro,

utilizaremos el ejemplo de los impuestos o de las cargas tributarias entre los ciudadanos, porque entendemos que es la herramienta más didáctica para dejar en claro su evidente diferencia.

La igualdad es la base sobre la que se sustenta, por ejemplo, el pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) porque todos debemos pagar el 21% o la alícuota que corresponda por encima del precio del producto o servicio que se consume o adquiera, sin tener en cuenta la capacidad contributiva de cada consumidor en particular, mientras que la equidad es la base sobre la que se establece el Impuesto a las Ganancias, porque el mismo tributa el 35% sobre el ingreso de cada contribuyente, estableciendo determinados mínimos y otros gastos o consumos sobre los que no se tributa. Consecuentemente, no todos pagan lo mismo por dicho impuesto.

En función de lo explicado con este sencillo ejemplo, entendemos que resulta más propio entender que el sinónimo de equidad no es la igualdad, sino la igualdad equitativa, porque muchas veces la aplicación de la igualdad absoluta puede llevarnos a un tratamiento injusto, como claramente sucede con la aplicación del Impuesto al Valor Agregado.

2.13. Una interesante reflexión sobre el contenido del principio de igualdad

El profesor estadounidense Peter Westen, catedrático en leyes de las universidades de Michigan, Harvard y Berkeley, entre otras, ha desarrollado una interesante teoría sobre la igualdad ante la ley, a la cual titula "*The empty idea of equality*", circunstancia por la cual incluiremos algunos conceptos que él sostiene sobre la idea de que la igualdad – entendida como el principio por el cual todos deben ser tratados por igual – ha sido una constante del pensamiento occidental desde hace miles de años, pese a lo cual, Westen sostiene en el artículo que referenciamos, que el principio de igualdad está vacío de contenido y que para tener significado, tiene que incorporar algunos valores externos que determinan qué personas y circunstancias son similares, pero que una vez que se encuentran esos valores externos, el principio de igualdad es superfluo. Peor aún, la igualdad tiende a causar confusión y errores lógicos. En consecuencia, concluye el Profesor Westen, la retórica de la igualdad debe ser abandonada.

El artículo de Westen (1982), inicia explicando:

La igualdad es comúnmente percibida para diferenciar derechos y libertades, los derechos son diversos; la igualdad es singular. Derechos son complicados, la igualdad es simple. Derechos son de naturaleza no comparativa, teniendo su fuente y justificación en el bienestar individual de una persona, la igualdad es comparativa, derivando su origen y sus límites desde el tratamiento de otros. Derechos tienen que ver con la privación absoluta, igualdad se refiere a la privación relativa. Derechos significan variedad, creatividad, la diferenciación; igualdad significa uniformidad. Los derechos son individualistas; la igualdad es social, o que por lo menos, eso es lo que se dice (p. 537)

Sobre esa tesis, Fulford (2015), refiere que en este artículo, el profesor Westen sostiene que la resistencia del principio es debido al hecho de que está vacío de contenido, que los conceptos de derechos y la igualdad, han aparecido en los argumentos que oscurecen su relación desvirtuando como en contraste con los demás, que la igualdad en última instancia, cae ante los derechos, si los términos en la ley y en la moral están definidos como que personas que son iguales deben ser tratados por igual y que derechos, por contraste, significa todo reclamo que justamente se pueden hacer por o en nombre de un individuo o grupo de individuos por la existencia de alguna condición o poder. Finalmente, también piensa que el intento de mantener los derechos apelando a la igualdad tiene la tendencia a confundir el juicio correcto.

Al analizar la tesis de Westen (1982), Fulford (2015), nos explica que Westen cita que Aristóteles utilizó dos principios para basar el principio de igualdad, las cosas que son iguales deben ser tratadas por igual mientras que las cosas que son diferentes deben ser tratadas diferente, en la proporción de esa diferencia y la igualdad y la justicia son sinónimos: ser justo es tratar al igual como igual y desigual al desigual.

Westen (1982) establece en su trabajo, las siguientes sugerencias. En primer término, que la igualdad se hace pasar por una norma independiente, pero que oculta la verdadera naturaleza de los derechos sustantivos a los que simplemente alude. En segundo lugar, sostiene que, mediante la formulación de derechos a través de la comparación de unos individuos con otros, nos lleva a pensar que igualdad quiere significar que una persona es idéntica a otra dentro de todos los contextos. En tercer lugar, sostiene que el aura sagrada alrededor de la sola palabra de igualdad manipula las emociones de quienes deben tomar las decisiones, con solo invocarla.

De acuerdo con la opinión de Westen (1982), la igualdad oculta la existencia de los principios sustantivos que se incluyen desde fuera de ella y también su contenido específico.

Además, y siempre de conformidad con el pensamiento de Westen (1982), la forma en que la igualdad puede referirse implícitamente a cualquier regla moral sin la invocación explícita encierra un gran peligro al momento de tener que analizar la cuestión ética de que se trate. En suma, la igualdad es retórica y es peligrosa porque hace de una manera indirecta lo que podría hacerse directamente, apelando a los principios morales que incluye indirectamente.

Asimismo, el argumento de Westen (1982), otorga una cuarta posibilidad en la búsqueda de un sentido en el que las personas son iguales: es decir, las personas pueden ser iguales en concreto respecto a un tema en particular, y no simplemente por igual en cuanto a que tienen algunas cosas en común. Esto significa que para Fulford (2015), Westen (1982) no podría tener otra posibilidad que recurrir a una solución positivista, pero la verdad es que todos los seres humanos son similares en algunos aspectos, y diferentes en otros, pero entre las formas en que son iguales están las cosas que ellos cumplen en función de su naturaleza. Es decir, lo que es bueno para ellos, es algo que todos tienen en común. Los seres humanos tienen un carácter objetivo que encuentra su cumplimiento en bienes específicos: son animales racionales, y así el conocimiento de la verdad, la preservación de la vida corporal, la reproducción, el trabajo, el ocio, y la vida en sociedad, son todas cuestiones que derivan naturalmente del ser humano. Por lo tanto, cuando una persona impide caprichosamente que otro sujeto alcance estos bienes por sí mismo, esa persona fue injusta con la otra.

En resumen, cada persona tiene reconocidos determinados derechos conforme con sus capacidades y privarla de ellos es violar sus derechos. Por lo tanto, las buenas reglas legales son reflejo de los bienes objetivos que podemos descubrir en los seres humanos, que se derivan de su naturaleza, que es algo que todas las personas tienen en común en virtud de ser humanas.

Según el pensamiento crítico de Fulford (2015), la consecuencia de estos puntos para el argumento de Westen (1982), es que la igualdad se encuentra un poco menos vacía de lo que él sugiere. No es simplemente el caso de que las personas son iguales en la medida en que hemos decidido que vamos a tratarlo

de la misma manera y en ciertos contextos. De hecho, nuestras reglas tienden a reflejar las formas en que la gente es en realidad, y eso está muy bien, porque todos los seres humanos tienen en común la naturaleza humana y la naturaleza humana tiene capacidades objetivas y modos de realización.

Compartimos la argumentación de Fulford (2015) y por ello disentimos con Westen (1982), en el sentido que nosotros también entendemos que para poder saber si hay igualdad, resulta indispensable tener presente la capacidad de comparar, porque en caso contrario, no habrá forma de saber de qué estamos hablando, es decir que la igualdad tiene un rol autónomo a los derechos que se encuentren establecidos por el régimen positivo, lo cual nos lleva a la contundente deducción de afirmar que la igualdad no es un concepto vacío como sugiere Westen (1982), sino que la igualdad se puede comprender en forma autónoma y fuera de toda ley o regla moral. Por supuesto que no negamos que al buscarla dentro de una norma del derecho positivo o de un precepto moral, su presencia o ausencia es más simple de determinar, pero ello no es obstáculo para que afirmemos que la igualdad tiene contenido propio y la prueba de ello es que resultaría imposible saber cuándo una carga es mayor que otra, o lo que es lo mismo, cuándo las dos son iguales, sin la existencia de la igualdad como un principio rector, autónomo y con contenido propio.

Todo lo dicho no obsta a entender, conforme nos explica Fulford (2015), que el análisis de Westen (1982) tiene cierta utilidad y ella es la de advertirnos sobre los posibles efectos de la “retórica” de la igualdad, la cual puede ser peligrosa en la medida en que sean necesarios nuestros ojos de la naturaleza humana objetiva y los diversos tipos de bien que se logra cuando florece, y pone los ojos en él, sobre la palabra “igualdad”, que tiene el potencial para oscurecer la realidad moral.

Teniendo especialmente presente lo sostenido por nosotros en relación con la autonomía y contenido propio que tiene la igualdad, entendemos de todos modos, que resulta interesante el pensamiento con el cual Westen (1982) concluye su trabajo, cuando dice:

Igualdad dejará de mistificar – y dejar de sesgar el discurso moral y político – cuando las personas se den cuenta de que es una forma vacía que no tiene contenido sustantivo propio. Eso ocurrirá tan pronto como las personas se dan cuenta de que todo argumento moral y legal puede ser enmarcado en la forma de

un argumento a favor de la igualdad. La gente entonces responderá argumentos a favor de la igualdad, haciendo contra-argumentos para la igualdad. O más simple aún, van a ver que pueden prescindir de la igualdad por completo. (p. 596)

2.14. Conclusión

En virtud de estos comentarios, surge que el concepto de igualdad ante la ley ha sido motivo de pensamiento de grandes hombres a lo largo de la historia, pese a lo cual y en lo sustancial, no ha variado la esencia de su concepción a lo largo de los tiempos, porque ese concepto siempre ha sido entendido como reconocerle el mismo derecho y las mismas obligaciones a los sujetos de derecho, en tanto y en cuanto ellos sean equivalentes y tengan las mismas circunstancias, es decir, que no puede haber igualdad entre desiguales, porque ello nos conduce a la inequidad, a lo contrario de justicia, a lo injusto, así lo entendió Aristóteles y del mismo modo lo han seguido aceptando, con diferentes matices, los diferentes pensadores hasta nuestros días.

Entonces, si el concepto de igualdad como principio elemental del Derecho no ha variado, ¿qué es lo que ha cambiado con el tiempo?

La respuesta a esa pregunta no es simple. Tengamos presentes que desde tiempos inmemoriales y hasta el presente, la humanidad ha ido incorporando más sujetos y circunstancias dentro de la categoría de igual y ello no quiere significar otra cosa que cada vez son menos los excluidos de tal reconocimiento, lo cual reafirma que el concepto de igualdad no ha variado, solo se ha incrementado la calidad de sujetos que se reconocen con la categoría de igual, por supuesto, dependiendo también de cada circunstancia en particular.

Ello fue así desde la época de la antigua Grecia, porque aún bajo la experiencia de la democracia directa ateniense, no todos los habitantes participaban de las decisiones de esa "*polis*". Efectivamente los esclavos, los extranjeros, las mujeres y algunos otros sujetos estaban excluidos al momento de decidir sobre cuestiones atinentes a la vida comunal de esa comunidad.

A lo largo de la historia de la humanidad y hasta nuestro presente, diferentes categorías han sido integradas como iguales. Así se ha abolido de la faz de la tierra la esclavitud, y también se ha integrado en casi todos los países el pleno ejercicio de los derechos para la mujer, además de resultar ahora aberrante diferenciar a las personas por cuestiones de etnia, religión, creencias, etc.

No conformes con ello, los países han aplicado políticas activas para integrar a los grupos vulnerables con el resto de la comunidad y para ello han dictado diversas leyes que buscan equipararlos con los demás ciudadanos dentro del menor tiempo posible.

Ello significa que las comunidades ahora dictan leyes que protegen y reconocen privilegios a determinados sectores de una población con derechos que no le reconoce al resto, es decir que aplica políticas objetivas que discriminan a favor de grupos vulnerables, buscando con ello lograr la igualdad con los demás habitantes.

No obstante, pese a toda esta evolución que busca llevar a los hechos el derecho natural de igualdad para todos los seres humanos, aún se mantienen ciertas exclusiones y no parece posible que el hombre llegue en algún momento a poder integrar a todos como iguales, ello, porque aún hoy y dentro de las democracias más avanzadas y abiertas, no todos pueden participar plenamente en ejercicio de sus derechos, el caso más evidente es el de la niñez, la cual es cierto que cada vez está siendo más acotada, pero aún existen edades que tornan imposible habilitar a esos sujetos como iguales con el resto de los miembros adultos de esa misma comunidad.

Mencionamos que dentro de las entrevistas en profundidad que llevamos adelante, se ha expresado que la igualdad es el fundamento del Derecho y un derecho. Es el fundamento porque es la razón por la cual es moralmente obligatorio tratar al otro como alguien y no como algo, como fin en sí mismo y no meramente como un medio: la razón es que es igual. Es también un derecho, con dos formulaciones: al mismo trato y a no ser discriminado, y con dos dimensiones, formal y material.

En conclusión, e incorporando al concepto de igualdad los elementos y avances que la humanidad ha ido desarrollando a lo largo de su historia -los cuales hemos explicado en forma sumaria en esta parte de la tesis- entendemos que la igualdad es un principio fundamental para el derecho. Por ello disentimos con quienes la entienden como una tautología y sin contenido propio, porque la realidad, es que desde los primeros tiempos del hombre y hasta la actualidad, el concepto de igualdad ha sido indispensable para poder comparar a los sujetos y a sus circunstancias. Se trata del principio que da legitimidad al derecho, tanto en su origen, como en su ejercicio y también en el fin que persigue. Por lo tanto y

como hemos visto, la igualdad es dar un trato igual a quien se considera igual y diferente a los diferentes, porque hacerlo de otro modo resulta contrario a la justicia.

Parece una definición simple, pero hemos visto que es bastante más compleja de lo que literalmente expresa. En síntesis, la igualdad es un elemento con valores propios y autónomos que rige al derecho, y, por lo tanto, debe ser tenida presente al momento de legislar y de juzgar, porque su preservación es un elemento esencial para el mantenimiento de la paz entre los miembros de la comunidad. Como se puede observar, se trata de un principio que no tiene nada de vacío.

Capítulo 3 – El derecho de Propiedad

3.1. Introducción

Como ya adelantamos en el capítulo anterior, el otro pilar normativo sobre el que se sustenta este trabajo de investigación, es el derecho de propiedad, el cual ha sido materia de estudio desde los primeros pensadores de la antigüedad y que perdura hasta nuestros días.

Se trata, por lo tanto, de un elemento esencial que ha integrado la problemática dentro de la forma de vida del hombre, sin importar épocas, regímenes de gobierno, avance de las tecnologías o de la ciencia.

En función de lo expresado, la primera incógnita que surge es si estamos en presencia de un elemento congénito del ser humano, entendiendo por tal término, todo aquello que nace con la persona, o sí, por el contrario, se trata de un concepto aprendido.

No hay duda que develar esta incógnita resulta trascendente, porque en el primer supuesto, el concepto de propiedad conformaría parte del derecho natural, del mismo modo que sucede con la igualdad y con la libertad, claros exponentes de los derechos humanos.

Muy diferente sería el caso, si en lugar de ello, nos encontrásemos en presencia de una convención establecida por pacto entre los hombres, porque en dicho caso, el derecho a la propiedad podría ser modificado, e inclusive ser suprimido.

Consecuentemente, en este capítulo desarrollaremos cómo fue entendido el derecho de propiedad en las antiguas Grecia y Roma, para luego introducirnos en el pensamiento de Locke y Marx, asimismo, y dentro del ámbito nacional, veremos la concepción que originariamente adoptó nuestra Constitución Nacional en la materia, a cuyo efecto, corresponde destacar que su artículo 17 expresamente dispone:

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes

queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilio de ninguna especie.

En consonancia con las disposiciones constitucionales, Badeni (2001), expresa:

Existe un sentimiento universal o, si se quiere, una idea colectiva dominante en el curso de la historia humana, que concibe a la propiedad como una relación de las personas con la naturaleza fruto de la convivencia social, cuya finalidad es la satisfacción de sus necesidades mediante el uso y disposición de los bienes sujetos a su dominio. Tal idea impone el deber de respetar la propiedad privada, no solamente para preservar en forma directa la libertad de cada uno, sino también, y de manera indirecta, la prosperidad de los pueblos y su desarrollo cultural. Semejante concepción, avalada por la experiencia histórica revela que, cuando mayores son las restricciones a la propiedad privada desprovistas de una causa razonable proveniente del bien común, menor es la fortaleza de las libertades humanas; se resiente la capacidad productiva generadora de riquezas; se paraliza el desarrollo de las ciencias; y, todo ello, como consecuencia de la atrofia de uno de los acicates fundamentales del trabajo individual. (parr. 11)

También corresponde que hagamos una disquisición, desde el mismo comienzo de este capítulo, entre propiedad y dominio, porque si bien suelen ser utilizados como sinónimos, la realidad es que el primero de ellos tiene una significación más amplia, visto que puede ejercerse sobre bienes y derechos, mientras que el dominio queda reservado para las cosas muebles o inmuebles.

Esta cuestión tiene importancia para el momento que se defina si la garantía de inviolabilidad que asegura nuestra Constitución Nacional también ampara al derecho real de dominio, aunque desde ya adelantamos que la respuesta es afirmativa, ello, de conformidad con los elementos que explicaremos al momento de referirnos a la normativa vigente en nuestro país sobre propiedad.

En virtud de lo explicado, el derecho de propiedad puede ser ejercido sobre todos aquellos bienes o derechos susceptibles de ser apropiados, siempre que sean útiles y que se encuentre en cantidad limitada.

Finalmente, analizaremos la evolución de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en la materia, luego de lo cual, arribaremos a las conclusiones.

3.2. El derecho de propiedad en la antigua Grecia

En el principio de la historia, el hombre era nómada, pero no por ello ignoraba el sentido de lo propio o de lo que hoy conocemos como propiedad, toda

vez que, por aquellos tiempos, ese concepto recaía sobre los frutos, animales u objetos.

Recién a partir de que el hombre se convierte en sedentario, empieza a cultivar y con ello surge la apropiación de la tierra.

Como se puede observar, desde sus mismos comienzos, el hombre y la propiedad han evolucionado inseparablemente.

En este sentido, Llinás (2007), expresa: “Desde el fondo de los tiempos, el hombre ha necesitado, como mínimo comer, abrigarse, defenderse, reproducirse. Para asegurárselo, ha hecho todo tipo de esfuerzos, que han actuado como verdaderos motores de su existencia”. (p 13)

En realidad, en un principio la propiedad fue colectiva, esto quiere decir que todos los que trabajaban se beneficiaban con su producido, luego pasó a ser de clanes o de familias y por último cambió hacia lo que hoy conocemos como propiedad individual.

Dentro de ese contexto y ya ubicados dentro de la antigua Grecia, Mogens (1976), explica que uno de los privilegios esenciales del ciudadano de dicha comunidad, era el derecho de propiedad, concretamente, el derecho a tener un predio en el territorio de la ciudad. Este privilegio inherente a la ciudadanía se perdía cuando el ciudadano cometía una falta grave, porque la sanción ante dicha circunstancia era la confiscación de sus bienes, además de retirárseles sus privilegios religiosos y judiciales. En Atenas esta degradación cívica se llamaba “*atimia*”, término que identificaba una privación total o parcial de los derechos cívicos.

Por lo explicado, el derecho de propiedad no fue un tema ajeno a los pensadores de aquellos tiempos, sino muy por el contrario, asunto de debate, por lo que entendemos interesante resaltar la concepción y alcance que le otorgaron Platón y a Aristóteles a este concepto.

En primer término, desarrollaremos el pensamiento de Platón, quien diseña la conformación de una sociedad ideal, a la que denomina República, que debería estar dirigida por el Estado, y dividida en tres partes, utilizando para este concepto, partes del cuerpo humano como ejemplo de esa distribución, y por ello divide la sociedad en cabeza, pecho y estómago o vientre.

Platón imagina a la cabeza como el Estado y piensa que esa estructura debe ser conducida por los filósofos, por ser éstos, los más aptos para legislar y

gobernar en beneficio del bien común, luego ubicaba al pecho, entendiendo que el mismo tenía que estar conformado por los soldados, es decir el cuerpo armado en defensa de la república y al final se encontraba el vientre o estómago, que se encontraba integrado por los artesanos, comerciantes, en síntesis, por toda la comunidad.

Dentro de esa organización, Platón entendía que para evitar que los filósofos, es decir los gobernantes, y los soldados, pudieran ser tentados por la ambición, era necesario establecer un marco que asegurara el buen gobierno de los filósofos, y garantizara plenamente la responsabilidad de la acción de los soldados, por lo que propone la abolición de la propiedad privada y de familia en los gobernantes y soldados, que dejaría a éstos libres de toda ambición o codicia, porque para Platón, el mal se originaba en las posesiones y en la envidia.

Este pensamiento de Platón, plasmado en su obra República, ha derivado en tiempos modernos a identificar dicha propuesta como comunismo platónico, justamente porque las clases gobernantes y los miembros del ejército, no podían poseer propiedad privada y debían tener todas sus posesiones en común y ser llevadas dentro de una vida comunitaria, estándole solo reservada la propiedad privada a los artesanos y comerciantes, pero, y esto es importante, bajo el control del Estado.

Muy diferente es el pensamiento Aristóteles en esta materia, y en ese sentido, Ravier (2012), resalta los extraordinarios argumentos en favor de la propiedad privada que tuvo Aristóteles y dentro de los cuales, destaca que la propiedad privada ha existido siempre y en todas partes y que intentar imponer la propiedad comunal en la sociedad supondría menospreciar lo que es resultado de la experiencia humana para aventurarse en algo nuevo e inexplorado. En resumen, Aristóteles entiende que abolir la propiedad privada probablemente acabaría creando más problemas de los que resolvería.

Asimismo, Aristóteles dice, en relación con la moneda, que, en virtud de un acuerdo, se la ha aceptado como un medio de adquisición para aquello que nos falta.

Sobre esta cuestión, Bonet Correa (1981), dice:

Aristóteles verá en la moneda un intermediario que sirve para estimar todas las cosas relacionándolas en una medida común, pues sin ella sería imposible medir

entre aquellos objetos diferentes; por lo cual – concluye- era necesaria una medida común, cualquiera que ella fuese, fruto de un convenio llamado <moneda>; con ella, todo se somete a la misma medida, todo se valora en moneda. (p. 120)

El pensamiento de Aristóteles sobre la moneda tendría plena y práctica comprobación en Roma, toda vez que, a partir de la acuñación del “*denario*”, que esa civilización llevó adelante, se adoptó a la moneda como medida común, según la cual, cualquier bien podía ser equiparado o convertido en moneda.

3.3. El derecho de propiedad en el derecho romano

En los comienzos de la historia jurídica romana, no existía la palabra adecuada para expresar la idea abstracta del derecho de propiedad.

En ese sentido, Di Pietro (2005) expresa:

Todo lo que integra la familia romana (tanto las personas, como las cosas) está sometido al *mancipium* del *paterfamilias*.

Para referirse a la propiedad de una cosa, se dice de ella *meum esse ex iure Quiritium* (es la fórmula empleada en la *vindicatio*). Ya a fines de la República aparecen las palabras *proprietas* (que tiende a señalar lo que es *proprium* de alguien) y *dominium* (vinculado a *domus*, y a *dominus*= “señor”; de donde *dominium*, es el “señorío jurídico”. En época clásica estos vocablos lucen como sinónimos. (p. 119)

En virtud de lo indicado, en la Roma de las primeras épocas, el concepto de propiedad es individual y pertenece al “*pater familiae*”, quien era el único capacitado para ejercer cualquier contrato sobre ese patrimonio, en el interés de su familia y en el suyo propio. Y en aquellos primeros tiempos, la única propiedad conocida era la quiritaria, por estar sancionada por el derecho civil o quiritario, requiriéndose para ser propietario, que se tratara de una cosa “*mancipi*”, que el propietario fuera ciudadano romano y que el dominio se hubiera adquirido por “*mancipatio*” o por “*in iure cessio*”.

La denominación “*res Mancipi*”, fue utilizada por los juristas de Roma para identificar los bienes más importantes, como podían ser los fundos itálicos, las servidumbres rústicas, los esclavos, los cuadrúpedos de tiro de carga, de las demás cosas, a las cuales denominaban “*res nec Mancipi*”.

No es fácil determinar con precisión el criterio que separaban los “*res Mancipi*” de los “*res nec Mancipi*”, pero algunos estudiosos entienden que es posible que las cosas Mancipables eran aquellas que debían ser declaradas en

los censos introducidos por Servio Tulio, para determinar la riqueza de los ciudadanos, y de ese modo poder saber, en qué clase correspondía que voten en los comicios.

Siguiendo las previsiones del derecho romano y en referencia con la propiedad, Di Pietro (2005), manifiesta:

El dominio es absoluto. Aparece como la posibilidad más amplia de aprovechamiento de las cosas (*plena in re potestas*). El dueño tiene el *uti frui habere possidere*. El *uti* se refiere al uso de la cosa; el *frui*, a poder disfrutar de ella, aprovechándose económicamente de la cosa (así, sembrando un campo y cosechando los frutos, o locando la cosa y percibiendo los alquileres); el *habere* o sea, el poder decir que la cosa le pertenece y en consecuencia disponer de ella, ya vendiéndola o gravándola con un *pignus*; finalmente el *possidere*, que se refiere al poder tenerla como suya, gozando de la defensa pretoriana de los interdictos. (pp. 119 y 120)

Como ya hemos indicado, en los primeros tiempos, el derecho romano solo reconoció la propiedad quiritaria, a la cual denominaba “*Dominium ex jure quiritium*”, que estaba reglamentada por el Derecho Civil o Quiritario, pero a medida que la ley romana fue evolucionando, apareció la propiedad bonitaria, denominada también “*In bonis habere*”, que era la propiedad reconocida y sancionada por el derecho pretoriano, en oposición a la propiedad quiritaria que reconocía y sancionaba el derecho civil.

Villegas Hernández (2010) referencia que el propietario bonitario era el que tenía la posesión y todos los atributos de la propiedad, derecho de servirse de la cosa y de obtener sus frutos, pero a los ojos del derecho civil no era propietario, no podía emplear los modos de enajenación “Mancipado”, “*In jure h es*” o legado “*Per vindicationem*”. Sólo podía usar la “Traditio” y si manumitía al esclavo de quien sólo era propietario bonitario, hacía de él un latino juniano y no un ciudadano romano.

Cuando el derecho avanzó, el propietario bonitario, después de poseer los inmuebles por dos años y los muebles por uno, se volvía propietario quiritario por usucapión.

El caso originario de la propiedad bonitaria fue la tradición de una cosa “Mancipi”, pero hubo otros casos de propiedad bonitaria impuestos por el pretor, como podía ser el caso de un heredero pretoriano o “*Bonorum h esta*”; el caso del comprador de un patrimonio de un deudor quebrado o “*Bonorum emptor*”; el

caso de fideicomiso como consecuencia de un convenio de restitución de bienes de la sucesión celebrado con el heredero y el caso del adjudicatario en un "*Judicium imperio continens*".

El derecho romano, como consecuencia de la conquista de nuevos territorios, a los que denominó provincias o "*Pro-Vincere*", que fue anexando a su territorio, que, por ese motivo, también fueron causa de reglamentación dentro del derecho romano, por el cual se permitió sobre ellos la posesión privada, pero no la propiedad, que le fue reservada en exclusividad al Estado.

De ese modo, la posesión de las tierras cultivadas, eran repartidas en forma gratuita o en venta, mientras que las tierras sin labranza podían ser tomadas libremente mediante un pago al que se denominaba "*stipendium*".

Los poseedores de fundos provinciales podían transmitirlos por tradición o por causa de muerte, percibían los frutos y productos, y aunque no se aplica la "usucapión", pueden adquirir la posesión por la "*Praescripto longissimi temporis*".

En virtud de que el derecho romano reconocía el derecho de propiedad, también previó las acciones en su defensa.

Se trata de tres acciones, siendo la primera de ellas, reivindicatoria o "*reivindicatio*", que era aquella por la cual el propietario quiritalio, no poseedor, podía reclamar la restitución o el pago de su valor.

Esta acción podía ser ejercida contra el poseedor, contra el tenedor, y Justiniano extendió la posibilidad de ejercer esta acción contra el poseedor ficticio.

El demandante, al afirmar su derecho de propiedad debía probar su pretensión el día de la "*Litis contestatio*". El poseedor al ser demandado podía: abandonar la cosa; negar su cooperación para que se entable la "Litis", en cuyo caso el pretor transmitía la posesión al actor; o aceptar el juicio y dar garantías del resultado de la condena, sino lo hacía, el pretor daba la posesión al actor quien, al ser poseedor no tenía ya la carga de la prueba

La restitución comprendía la cosa y sus accesorios; los frutos percibidos desde los "*Litis contestatio*", y los percibidos antes de la "Litis" si no habían sido consumidos, los percibidos o dejados de percibir antes si el poseedor era de mala fe; las indemnizaciones por daños ocurridos desde la "Litis" por dolo o culpa del poseedor de buena fe y las indemnizaciones por daños anteriores a la "Litis" por dolo o culpa y daños posteriores si el poseedor era de mala fe, este último caso incluía los daños por caso fortuito.

Si el poseedor era de buena fe, el propietario, debía a su vez resarcir los gastos necesarios hechos por el poseedor, eran gastos necesarios aquellos sin los cuales la cosa hubiera perecido; los gastos útiles, o sea aquellos que habían producido un mayor valor de la cosa.

La otra acción reglada por el derecho romano era la “publiciana”, que la podía ejercer quien había perdido la posesión que estaba siendo usucapida para que pudiera recuperar dicha posesión.

Se trataba de una acción ficticia por lo cual el pretor le indicaba al juez que hiciera de cuenta que el plazo de la “Usucapio” había transcurrido.

Esta acción podía ser ejercida por el propietario bonitario, que adquiría una “*Res mancipi*” por tradición y aunque no se hubiera cumplido el plazo de usucapir, y podía ser opuesta contra cualquier tercero poseedor o contra el mismo propietario quiritalio que se hubiese posesionado la cosa; el adquirente “*Ex iusta causa*” que por falta de título del enajenante no hubiese alcanzado la condición de “Dominios”.

También se encontraba legitimado para ejercerla quien hubiese sido beneficiado por el pretor con la concesión de la posesión sobre la cosas singulares o patrimonios y, finalmente, también el propietario quiritalio podía utilizarla, por ser la prueba a rendir menos exigente que la necesaria para la “*Reivindicatio*”

Finalmente, el derecho romano preveía a la acción negatoria, que se ejercía contra la violación parcial del derecho. Con ella el propietario afirmaba la existencia de un derecho real ajeno sobre su propiedad, el sólo debía probar en juicio que era propietario, la otra parte debía probar la existencia del derecho real limitador del derecho de propiedad. Después de declarar qué parte ganaba el proceso, el juez absolvía al demandado si el demandante no había podido justificar su pretensión, si por el contrario el demandante hacía reconocer sus derechos, el juez ordenaba al demandado: cesar en el ejercicio de la servidumbre, reparar el perjuicio causado, restituir los frutos si los hubiese y dar caución de no lesionar en el futuro la propiedad del demandante.

El resumido recorrido que hemos llevado adelante sobre la propiedad dentro del derecho romano, demuestra la preocupación que este asunto tenía dentro de ese régimen legal.

3.4. John Locke

John Locke, nació en Somerset, el 29 de agosto de 1632 y falleció en Essex, el 28 de octubre de 1704 y es considerado como uno de los filósofos más influyentes de su tiempo y conocido como el Padre del Liberalismo Clásico.

Dentro de su obra titulada Ensayo sobre el gobierno civil, explica que el hombre ha dispuesto de lo que la naturaleza le ha dado para su propia subsistencia y que Dios, luego de la creación del hombre, le otorgó la tierra que habitaba, por lo que es pertenencia de carácter universal al género humano, de modo que los productos que de esta emanan también son comunes a todo el género humano.

Siguiendo con dicho razonamiento, Locke dice que, Dios, por ser creador de los hombres, es dueño natural de estos, sin embargo, se debe considerar que al hombre le fue otorgado el privilegio de ser dueño de su propia persona. De igual modo, los actos que realiza su cuerpo en tanto son esfuerzos realizados por éste, se consideran propiedad suya.

En virtud de ello, Locke (2014) expresa:

Pero como la cuestión principal concerniente a la propiedad no versa hoy en día sobre los frutos de la tierra ni sobre las bestias que se alimentan en ella, sino sobre la tierra misma, la cual contiene y da sustento a todo el resto, juzgo evidente que la propiedad sobre ella también se adquiere de la misma forma que sobre las cosas anteriores. Tanta tierra como un hombre labre, plante, mejore, cultive y cuyo producto pueda usar, así de extensa será su propiedad.
(p. 50)

Así, este filósofo entiende que de igual modo debe ser considerada la tierra que le ha sido otorgada de carácter común, pues mientras trabaje sobre esa tierra, puede concebirse como dueño legítimo de ella. Sin embargo, de pensarse que el dueño de las tierras debe tomar en cuenta lo que dictan sus necesidades solamente, sin que tenga la intención de acaparar los bienes solo por privar a los demás de poseerlos.

La única condición en el estado de naturaleza que determina la apropiación de las tierras es el trabajo, constituyéndose como el derecho de propiedad, y sobre la que ninguna otra persona puede provocar daño alguno.

Esto significa que, para Locke, la única forma de legitimar la propiedad es por medio del trabajo, porque sería injusto que el hombre no pueda poseer lo que ha producido o generado con su propio esfuerzo.

En este sentido, existe una marcada diferencia entre su pensamiento y el que expresa Hobbes en *Leviatán*, porque Locke entiende que la propiedad se origina en el hombre y la naturaleza, es decir, antes de su ingreso dentro de la vida comunitaria y Hobbes cree que el derecho de propiedad nace luego del pacto que firman los hombres con el soberano.

Justamente por este pensamiento de Locke, es que se lo considera como el padre del liberalismo clásico o del capitalismo, porque a partir de esa posición se han basado los liberales para sostener los principios de la legitimación de la propiedad privada, como parte inherente del ser humano.

Locke entiende que la ley natural es de cumplimiento obligatorio y que su incumplimiento, habilita a que cualquier agresor sea reprendido por otro particular, y también sostiene que la propiedad en estado natural es posible, es decir que ésta existe antes del pacto que conformará el gobierno civil.

Ahora bien, ¿cómo hace el ser humano para usar lo que necesita sin pedirle permiso a los demás antes de la celebración del pacto?, Locke dice que el camino es el trabajo y que, con esa forma de actividad, se genera el título de propiedad del que trabajó para la obtención del bien o de la cosa.

En relación con el pacto, Locke entiende que es la renuncia a ese poder natural que tenía toda persona a juzgar el castigo ante el quebrantamiento de las leyes naturales, entregándoselo a la comunidad, quien lo toma y designa a funcionarios para administrar justicia, eso es el Estado.

Una vez que se entregaron a la comunidad los poderes, el Estado procede a establecer el poder de castigo ante la falta que se cometa por medio del legislativo y el que lo administra es el ejecutivo.

Para la teoría de Locke, quien pacta acepta la decisión de la mayoría y para graficarlo usa la figura de un cuerpo, que se mueve por la mayor fuerza, y del mismo modo funciona el poder legislativo.

Finalmente, a los fines de la sociedad política y del gobierno, Locke entiende que existen para salvaguardar la propiedad privada en sentido amplio, esto es la vida, la seguridad, los bienes, a la ley establecida por el poder

legislativo, un magistrado que la aplica y la fuerza de la comunidad que respalda la decisión del juez.

En síntesis, Locke sostiene que la libertad y la protección de la propiedad se obtiene con la ley, y por ello, su existencia es una garantía y en ese sentido expresa:

Y así, creo, es muy fácil comprender sin dificultad alguna, cómo pudo el trabajo, en un comienzo, dar origen a un título de propiedad, sobre los bienes comunes de la naturaleza, y de qué modo el consumo [de estos para] nuestro provecho le puso límites [a tal derecho]. De modo tal que no podía haber entonces ninguna razón para [que se suscitaran] querellas en torno del título ni ninguna duda sobre el alcance de la posesión que [dicho título] confería. Lo correcto y lo conveniente iban juntos; pues, así como un hombre tenía derecho a todas [las cosas] sobre las que pudiera aplicar su trabajo, no tenía ningún incentivo para trabajar en aras de [obtener] más que lo que pudiese utilizar. (p. 70)

Concluimos este punto, diciendo que, en relación con este pensamiento de Locke, Zambrano Torres (s.f) expresa:

Cree en Dios y en la propiedad. Cree que Dios dio la tierra a todos colectivamente, pero entonces ¿cómo existe la propiedad privada? Locke cree también en la legitimidad de la propiedad privada, y la fundamenta explicando que la extensión de la propiedad, es decir añadir su valor agregado a algo por mérito del trabajo, hace que ese algo extendido nos pertenezca. La propiedad viene a ser, entonces, el producto de nuestro trabajo. (parr. 4)

3.5. Karl Marx

Karl Marx, filósofo alemán, nacido en Tréveris, Alemania el 5 de mayo de 1818 y fallecido el 14 de marzo de 1883, en Londres, Inglaterra, y dentro de sus obras, la más trascendente ha sido sin dudas, El Capital, pero también ha expuesto su pensamiento en otros ensayos significativos, como por ejemplo en La ideología alemana que fue escrita por él y por Friedrich Engels en Bruselas, entre los años 1845 y 1846 y en el Manifiesto Comunista del año 1848.

La doctrina marxista se sostiene sobre el análisis de la evolución del hombre, explicada bajo los parámetros del materialismo histórico, que se encuentra complementada con el materialismo dialéctico.

En forma de síntesis, podemos decir que Marx entiende que el hombre ha evolucionado por causas materiales o económicas, ya hayan sido éstas, necesarias o superfluas, y que dichas circunstancias explican todos sus

procederes, justamente a este pensamiento, Marx identifica como materialismo histórico.

Por lo tanto, el marxismo ha considerado que para que un hombre haga historia, debe estar en las condiciones adecuadas de vida; estas condiciones ahora dependen de la adquisición del material necesario para garantizar dicha calidad. Este proceso, lo único que hace es crear nuevas necesidades en los productores que dependen de la producción de otros, convirtiendo al proceso económico en un círculo infinito de necesidades y producciones creadas por ellas mismas.

Explica Pacheco (1970) que, para la doctrina marxista, la existencia del Estado se halla vinculada a las clases. En las fases primeras del desarrollo de la humanidad, bajo el régimen de la comunidad primitiva, no había clases y tampoco se conocía el Estado. La dirección de los asuntos públicos corría a cargo de la sociedad misma.

Luego aparece la propiedad privada y con ella la desigualdad económica. La sociedad se escinde en clases antagónicas y la dirección de los asuntos públicos experimenta un cambio radical. Era ya imposible decidir esos asuntos por el acuerdo unánime de toda la sociedad o de su mayoría. Las clases explotadoras se apoderan de los puestos de mando. Pero siendo como eran una reducida minoría, estas clases sólo podían mantener el sistema que les favorecía recurriendo a la coerción directa, a la fuerza, que venía en ayuda de su poderío económico. Para esto hacía falta un aparato especial: grupos armados, como el ejército y la policía, tribunales, cárceles, etc.

A la cabeza de este aparato de coerción se coloca a gente que interpretan los intereses de la minoría explotadora, y no de la sociedad en su conjunto. Así se forma el Estado, que es una máquina para mantener la dominación de una clase sobre otras. Poniendo en juego esa máquina, la clase económicamente dominante consolida el régimen social que le conviene y mantiene por la fuerza, dentro de un determinado modo de producción, a sus enemigos de clase. De ahí que, en la sociedad basada en la explotación, el Estado sea siempre, en esencia, la dictadura de la clase o clases de los explotadores.

Con relación a toda la sociedad en su conjunto, el Estado es una herramienta de dirección y gobierno de la clase dominante. Para Marx, se trata,

por lo tanto, de un instrumento de represión y de violencia ejercido por la clase dominante o burguesía contra el proletariado, que sería la mayoría de la sociedad.

Asimismo, para Marx, únicamente podemos hablar de Estado cuando el poder político de una u otra clase se extiende a un determinado territorio y afecta a la población que en él vive: ciudadanos o súbditos.

En referencia con el Estado y su existencia, Engels (1884), expresa:

Ha habido sociedades que se las arreglaron sin él, que no tuvieron la menor noción del Estado ni del Poder estatal. Al llegar a una determinada fase del desarrollo económico, que estaba ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases, esta división hizo que el Estado se convirtiese en una necesidad. Ahora nos acercamos a paso veloz a una fase de desarrollo de la producción en que la existencia de estas clases no sólo deja de ser una necesidad, sino que se convierte en un obstáculo directo para la producción. Las clases desaparecerán de un modo tan inevitable como surgieron en un día. Con la desaparición de las clases desaparecerá inevitablemente el Estado. La sociedad, reorganizando de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre e igual de productores, enviará toda la máquina del Estado al lugar que le corresponde: al museo de antigüedades, junto a la rueca y al hacha de bronce. (p. 100)

Como hemos explicado, para el pensamiento marxista, la historia de la humanidad ha sido una constante lucha de clases por cuestiones materiales, entre ellas, destaca el desplazamiento de la monarquía por la burguesía y presagia, que la próxima e inevitable dictadura será la del proletariado, la cual arribará por medio de una revolución violenta, único modo en su opinión, de poder sustituir al Estado burgués de aquellos tiempos.

Marx y Engels (2008), al referirse a la dictadura del proletariado, expresan:

El proletariado se servirá de su supremacía política para arrancar poco a poco todo el capital a la burguesía, para centralizar todos los instrumentos de producción en manos del Estado, es decir, del proletariado organizado en clase directora, y para aumentar rápidamente la cantidad de fuerzas productivas. (p. 64)

Por lo expuesto, corresponde entender que la propiedad y los derechos sobre ella, constituían un elemento central dentro del pensamiento de Marx y Engels, porque la propiedad de los medios de producción era el botín que el proletariado debe arrebatarse a la clase burguesa dominante.

Justamente por ello, Marx y Engels (2008), proponen la supresión de la propiedad privada de los medios de producción, y expresamente manifiestan, que además deben adoptarse las siguientes decisiones:

Estas medidas, entiéndase bien, serán muy diferentes en los diversos países. Sin embargo, para los países más avanzados las medidas siguientes podrán ser puestas en práctica: 1° Expropiación de la propiedad territorial y aplicación de la renta a los gastos del Estado; 2° Impuesto fuertemente progresivo; 3° Abolición de la herencia; 4° Confiscación de la propiedad de los emigrados y rebeldes; 5° Centralización del crédito en manos del Estado por medio de un Banco nacional con capital del Estado y con el monopolio exclusivo; 6° Centralización en manos del Estado de todos los medios de transporte; 7° Multiplicación de las manufacturas nacionales y de los instrumentos de producción, roturación de los terrenos incultos y mejoramiento de las tierras cultivadas según un sistema general; 8° Trabajo obligatorio para todos, organización de ejércitos industriales, particularmente para la agricultura; 9° Combinación del trabajo agrícola y del trabajo industrial, medidas encaminadas a hacer desaparecer gradualmente la distinción entre la ciudad y el campo, y 10° Educación pública y gratuita de todos los niños, abolición del trabajo de éstos en las fábricas tal como se practica hoy; combinación de la educación con la producción material, etcétera. (pp. 64 y 65)

Asimismo, y en coincidencia con el pensamiento del materialismo histórico que desarrolla Marx, él entiende que, cualesquiera que sean las teorías del derecho burgués que se invoquen, el Derecho y la legislación de una época están en función de las relaciones de producción de esa época, y no existe nada absoluto y definitivo en ese sentido. Estado y Derecho surgen, por lo tanto, de las condiciones materiales de la vida de los pueblos y son la expresión de la voluntad dominante de aquella clase que detenta el Poder en el Estado.

Consecuentemente y conforme lo hemos explicado, el marxismo-comunismo también tiene dentro del umbral de su pensamiento, al derecho de propiedad, es cierto que bajo el entendimiento que debe abolirse la titularidad privada de los medios de producción, porque entienden que ello resulta esencial para la pacífica convivencia, pero como hemos desarrollado, no niega su existencia, ni tampoco la historia común que ha tenido la propiedad con el hombre, en realidad y por el contrario, es el centro mismo de su obsesión.

3.6. Concepción del derecho de propiedad adoptado por nuestra Constitución Nacional 1853/60 y el Código de Vélez.

En virtud de la enorme trascendencia que tiene el derecho de propiedad dentro de nuestro ordenamiento normativo, iniciaremos este punto resaltando que

la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha establecido qué lo integra, y en ese sentido ha dicho: “El principio de inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones”. (CSJN, Fallos 145:307, Considerando 3).

Corresponde que destaquemos que, siguiendo el pensamiento de Locke, consideramos, a la propiedad, en parte, como objeto y fin del trabajo del hombre, por ello, entendemos que se trata de un derecho que existía antes de la sanción de la Constitución y de las leyes que reglamentan su ejercicio, por lo que éstas, no han hecho más que reconocerla y brindarle las más amplias garantías.

En ese sentido, resaltamos las previsiones del artículo 17 de nuestra carta magna, que al considerar a la propiedad como inviolable y en donde ningún habitante puede ser privado de ella, hacía considerar a la doctrina en general, que ello le daba el carácter de perpetua, absoluta y exclusiva, salvo en el caso de la propiedad intelectual y/o industrial, toda vez que ésta, no será perpetua.

En relación con las clases de propiedad, nuestro ordenamiento legal establece la privada, que es la que pertenece en forma exclusiva a las personas en particular y la de dominio público, cuyo su titular es el Estado.

Asimismo, y en referencia con las amplias garantías que reconoce nuestra Constitución al derecho de propiedad, destacamos que las mismas, no solo se encuentran declarados en el artículo 17 de dicho ordenamiento, sino que el artículo 14, expresamente les reconoce a todos los habitantes el derecho de “...usar y disponer de su propiedad”, lo cual significa la potestad que tiene todo dueño, sobre los bienes que le pertenecen, de poseerlos, disponer de ellos, usarlos, rentarlos, usufructuarlos, darlos en garantía, etc., sin más recaudos, que su propia voluntad, aunque siempre teniendo presente las limitaciones que razonablemente le puedan establecer las normas que reglamenten su ejercicio.

Procede que remarquemos que existe un claro e indisoluble paralelismo entre el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley, efectivamente, no resultaría posible garantizar el derecho de propiedad, sin otorgar las más amplias garantías relacionadas con la igualdad ante la ley, porque en caso contrario, se podría asegurar el derecho de propiedad a algunos y no a otros habitantes.

La realidad es que nuestro país, aún antes de la sanción de la Constitución Nacional, fue aboliendo determinados institutos que afectaban la igualdad ante la

ley, buscando con ello, afianzar el derecho de propiedad para todos los habitantes, y en ese sentido, refiriéndose a la ley que abolió el mayorazgo dispuesta por la Asamblea de año XIII, Carratalá (1918), expresa:

La segunda ley, es la que sancionó el 13 de agosto un proyecto del ciudadano Alvear, enérgicamente apoyado por Valle, Gómez y Vieytes, por el que se abolía los vínculos y los mayorazgos, tendiendo así a dar libertad de acción a la propiedad territorial y haciendo que “desde entonces la propiedad del suelo se halle en nuestro país, bajo la acción de los dos principios, que son sus dos grandes leyes orgánicas: el de la herencia que lo divide, el de la libertad de la transacción que lo reconstruye, cuando así lo requieren las combinaciones y los intereses del trabajo libre. Las leyes futuras que hagan tan fácil y tan rápidamente la transmisión de los bienes inmuebles, como lo es hoy la de los valores mobiliarios tendrán en nuestra historia legislativa por punto de partida la ley de la Asamblea”. (p. 137)

Dentro de esta amplia y clara garantía que nuestro ordenamiento declara a favor del derecho de propiedad, para nacionales y extranjeros, aparecen las limitaciones, las cuales también se incorporaron dentro del mismo artículo 17, cuando dispone que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, siendo ésta la primera de las limitaciones, pero como fundamenta González (1971):

Una sentencia que prive a alguno de la propiedad que posee, puede ser: o para dar su dominio a otro que es su verdadero dueño, o para compensar con ella el daño o la violación de la ley cometidos por el propietario. En este caso, pues, no hay propiamente privación de una propiedad, sino obligación originada por culpa, calificada por ley, y ordenada por sentencia legal de juez competente para repararla. (p. 139).

La otra limitación a la propiedad que establece el artículo 17 de la Constitución Nacional, es la expropiación por causa de utilidad pública, la cual siempre debe ser calificada por ley e indemnizada en forma previa.

Tenemos, por lo tanto, tres requisitos que deben cumplirse para que proceda la expropiación, el primero de ellos, es que se invoque por ley a la causa de utilidad pública, por supuesto que dentro de la amplia discrecionalidad que le corresponde al Poder Legislativo para decidirlo, no tiene cabida la arbitrariedad, la cual podría presentarse si la legislatura pretendiera privar a un particular de su propiedad para otorgársela a otro particular.

En general, la causa de utilidad pública se legitima cuando el objeto perseguido es la satisfacción del bien común, quedando reservado al legislador todo lo relativo al acierto o no de esa política que siempre debe estar dirigida al bien común y nunca al interés particular.

El segundo de los requisitos es la indemnización, pero no es suficiente para nuestra ley, que la expropiación prevea el pago de la compensación, sino que además de establecerla, dicho pago debe hacerse antes de que el propietario sea privado del dominio y desposeído.

Pero nuestro máximo ordenamiento, además de las previsiones de los artículos 14, 16 y 17, incluye otras disposiciones que también velan y garantizan el pleno ejercicio del derecho de propiedad.

En primer término, mencionaremos, el artículo 16, porque garantiza que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas, complementado por el artículo 17 cuando dispone que: "Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º".

También garantiza al derecho de propiedad, el artículo 75 de la CN, especialmente en sus incisos 1º y 2º, porque ellos disponen, que solo el Congreso puede legislar en materia aduanera, establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las valuaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación e imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Esto significa que, en ningún caso, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial pueden establecer impuestos o contribuciones a la población, en su conjunto o individualmente.

Dentro del amplísimo reconocimiento y garantía que recibe el derecho de propiedad, por parte de nuestro ordenamiento constitucional, el artículo 17 de la CN, última parte, expresamente prohíbe la confiscación de bienes y la requisa por parte de cualquier cuerpo armado.

El derecho de propiedad intelectual e industrial se encuentra expresamente reconocido por el artículo 17 de nuestra Constitución, por lo que se encuentra consagrada la inviolabilidad del mismo y sujeto a las mismas protecciones y

garantías que la propiedad sobre cosas o bienes, pero con la salvedad de la temporalidad, es decir que en este caso no estamos en presencia de un derecho perpetuo.

La causa de esta limitación temporal, se debe a que, por un lado la ley le reconoce su obra o invención, dándole por lo tanto los privilegios de mayor y más estricta inviolabilidad como propietario, pero bajo el razonamiento de que toda obra o invención proviene necesariamente del conocimiento universal, y al cual su autor, solo le adicionó el último eslabón, y por ello, y para que la humanidad continúe evolucionando, resulta indispensable que esa obra o invención en algún momento se integre al conocimiento de la humanidad, sin limitación de ningún tipo, para que todos puedan aprovecharse de ese conocimiento, permitiendo que de esa manera y desde esa nueva base, otros puedan seguir ayudando a la evolución del conocimiento científico o tecnológico, en beneficio de toda la humanidad.

Esta protección sobre la propiedad intelectual e industrial, también se extiende a la propiedad literaria y artística, lo cual fue recogido por el artículo 2335 del hoy derogado Código de Vélez.

Existe numerosa jurisprudencia referida a la protección que nuestro ordenamiento otorga a la propiedad intelectual e industrial, inclusive cuando resulta aplicable el instituto de la prescripción a las controversias deducidas con relación a las consecuencias patrimoniales del derecho de autor, y en ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho:

Por ello y lo dispuesto en los arts. 51, 52, 54 y 55 de la ley 11.723, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda en cuanto persigue la reparación de los derechos morales de autor y condenar a la Provincia de La Rioja a reconocer que el proyecto utilizado para la construcción del hospital Presidente Plaza, ubicado en la Ciudad de La Rioja, corresponde a la autoría de los arquitectos Félix Casiraghi, Ricardo Cassina y Roberto Roque Frangella; y rechazándola en cuanto al reclamo de daños y perjuicios. Las costas serán soportadas por su orden y las generadas por la intervención del tercero, Consejo Federal de Inversiones, a cargo de la demandada. Publíquese esta sentencia a costa de la provincia de La Rioja en los medios especializados indicados a fs. 12. (Fallos: 312:2257)

Conforme con todo lo desarrollado y en relación con los criterios de la Corte frente al derecho de propiedad Piedecosas (2002) nos dice:

En la causa “Vicente Martini e hijos”, del 27 de diciembre de 1944, establece que las limitaciones deben ser razonables y proporcionadas a las circunstancias que las originan. Idéntico principio sostuvo la Corte en el caso “Carlos Sabena” del 23 de febrero de 1945. (p. 494)

En síntesis, nuestro ordenamiento legal, aún antes de la sanción de la Constitución Nacional de 1853/60, había demostrado honda preocupación por el reconocimiento y protección del derecho de propiedad, incluido el intelectual e industrial, pero solo a partir de la organización nacional pudo proteger integralmente ese vital derecho dentro del territorio nacional, tanto para argentinos como para los extranjeros, éstos últimos, por virtud del artículo 20 de la Constitución Nacional.

3.7. El derecho de propiedad y sus límites, de conformidad con la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994 y la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

La evolución de la sociedad fue motivo para que los principios de inviolabilidad del derecho de propiedad fuesen siendo reinterpretados a la luz de las necesidades comunes de la población y ello fue generando nuevas limitaciones al ejercicio de este derecho, todas ellas establecidas por leyes especiales y/o por la interpretación de la Constitución Nacional y del código civil de Vélez.

Más allá de estos avances que llevaron adelante la doctrina y la jurisprudencia, resultaba necesario modernizar las normas básicas de convivencia para llevarlas a tiempo presente.

En cumplimiento de esas necesidades, el 29 de diciembre de 1993, fue sancionada y promulgada la ley 24.309 de Declaración de necesidad de la reforma de la Constitución, que fue la que permitió la convocatoria a una asamblea reformadora de la Constitución, que se terminaría reuniendo en la ciudad de Santa Fe.

Esa ley se encuentra estructurada por tres partes fundamentales, en primer término, dicha norma prevé la imposibilidad de reformar la parte dogmática de la Constitución, que se encuentra integrada por el preámbulo y los artículos 1 al 35.

El segundo segmento de interés de dicha ley, se encuentra integrado por el núcleo de coincidencias básicas al que habían arribado las fuerzas políticas

representadas en el Congreso de la Nación, y que contiene los puntos que serían tratados por la Convención, siendo ellos, la reelección inmediata del presidente y su vicepresidente, en forma directa, pero con doble vuelta, la creación de la figura del Jefe de Gabinete, la incorporación del tercer senador por la minoría en cada provincia y en la Capital Federal y la elección de todos los senadores en forma directa, la creación del Consejo de la Magistratura y el establecimiento de un nuevo mecanismo para la remoción de los jueces inferiores de la Nación, la regulación de los decretos de necesidad y urgencia y el ministerio público con rango constitucional, y la declaración de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, entre otros.

Este segundo segmento tenía la particularidad que obligaba a los convencionales a votar en conjunto y sin cambios, los puntos que se habían acordado en el denominado Pacto de Olivos.

Finalmente, los convencionales tenían la posibilidad de debatir libremente cuestiones relativas a nuevos derechos, el fortalecimiento de la forma federal de gobierno y la democracia.

Justamente, nuestro trabajo de investigación se focalizará en este tercer segmento, y en particular, en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1994.

El primero de estos artículos incorpora el derecho que todos los habitantes tienen de gozar de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Este derecho al sano ambiente y a su preservación, que reconoce nuestra Constitución, otorga expreso rango constitucional a limitaciones al derecho de propiedad derivadas de la preservación del medio ambiente, porque ningún propietario puede llevar adelante actos sobre las cosas que se encuentran bajo su dominio, cuando éstos comprometan el sano ambiente que necesita el desarrollo humano, presente o de generaciones futuras.

Como no podía ser de otra manera, el Código Civil y Comercial de la Nación, prevé una serie de limitaciones al ejercicio de la propiedad privada, algunas que ya existían en el Código de Vélez y otras que son nuevas.

En ese mismo sentido, comenzaremos diciendo que el artículo 1941 del CCyC, al definir el dominio perfecto, hace la salvedad de que las facultades de uso, goce y disposición material que se le reconocen al propietario sobre la cosa, siempre se encuentran limitadas a las previsiones que la ley le establezca.

Esas limitaciones tienen su sustento en las previsiones constitucionales, tanto en las que ya se encontraban previstas en el artículo 17, como en las que han nacido luego de la convención constitucional del año 1994, como es la preservación del medio ambiente que sostiene el artículo 41 de la Constitución Nacional.

En cuanto al dominio perfecto y luego de haber aclarado sus limitaciones, destacamos que el CCyC, en sus artículos 1942, 1943 y 1944, le reconoce al dominio perpetuidad, exclusividad, la facultad del propietario de ejercer la exclusión a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándolos a las normas locales.

Asimismo, y por imperio del artículo 1945, el CCyC, la extensión de un dominio perfecto comprende a la cosa y a los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios e incluye en los inmuebles, al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

El CCyC, en su artículo 1964, dispone que el dominio revocable, el fiduciario y el desmembrado, son dominios imperfectos.

El dominio revocable, según lo indica el artículo 1965, es el sometido a condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió, aclarando que, al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto.

En relación con el dominio fiduciario y el desmembrado, ambos tienen su régimen especial, el fiduciario conforme el capítulo 31, título IV del Libro Tercero del CCyC, y el desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.

Entendemos que resulta de interés mencionar que el dominio desmembrado es aquel que se origina cuando el dueño pleno se ha desprendido

temporalmente de alguno de los atributos esenciales del dominio, como consecuencia del otorgamiento de un derecho real a un tercero.

Esta circunstancia se produce cuando el propietario constituye un derecho real de usufructo, uso o habitación, servidumbre, etc.

Destacamos que no hay desmembramiento del dominio en el caso de la hipoteca, porque el dueño sigue en goce pleno de sus potestades de usar, gozar y disponer de la cosa, esto último, bajo el entendimiento de que no haya condición especial en el contrato de mutuo hipotecario, que prevea la necesidad del consentimiento del acreedor, para el caso de venta del bien gravado.

En cuanto a las limitaciones al dominio, el CCyC las trata a partir del artículo 1970 y hasta el artículo 1982.

En primer lugar, refiere las limitaciones que pueden imponer las reglas del derecho administrativo al derecho de propiedad privado en aras del interés público.

También, en los actos onerosos, es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella derechos reales.

El artículo 1973 del CCyC dispone limitación a las inmisiones, entendiendo por tales, las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, las cuales no deben exceder la normal tolerancia, debiendo tener en cuenta las condiciones del lugar, aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Del mismo modo, el CCyC prevé limitación al dominio en camino de sirga, toda vez que se debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso de los cauces o sus riberas.

También el CCyC establece prohibiciones de obstaculizar el curso de las aguas y obliga a permitir la natural recepción de agua, arena y piedras que se pueden desplazar de un fundo a otro.

Finalmente, en este capítulo de limitaciones al dominio, y siempre en relación de lo que a nuestra investigación le interesa, el CCyC prevé distancias mínimas obligatorias de vista para muros linderos, como así también la menor altura en la que deben instalarse luces en muros lindantes y la ubicación de

arbustos y árboles u otras plantas que causen molestias, toda vez que, en dicho caso, el dueño afectado, puede exigir que sean retirados.

Regresando a las normas constitucionales resaltadas en este punto, desarrollaremos a continuación, la previsión del artículo 42 de la CN, porque él ha otorgado rango constitucional a los derechos del usuario o consumidor, y con ello, se limitará, en algunos aspectos, el derecho a la propiedad privada, específicamente cuando ese derecho se enfrente con las relaciones de consumo.

El artículo 42 de la Constitución Nacional expresa:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Esta garantía constitucional, se encuentra complementada por leyes especiales, que fueron sancionadas antes de la reforma del año 1994, entre las que destacamos a la ley de defensa al consumidor 24.240, con sus reformas dispuestas por las leyes 26.361 y 27.077, la ley de lealtad comercial 22.802, que también recibió diferentes reformas por leyes posteriores, y la ley de Defensa de la Competencia 25.156.

Estas tres leyes establecen obligaciones para los prestadores de bienes y servicios, pero descartaremos de esta investigación a la ley 22.802, por ser ajena al interés de esta tesis.

De las otras dos normas, la ley de defensa a la competencia sin lugar a dudas es una limitante al pleno ejercicio del derecho de propiedad, porque determinados bienes, por su envergadura y trascendentes efectos que generan en el mercado, son obligados a solicitar a un tribunal administrativo especial, la previa autorización para el caso de pretender llevar adelante una venta, asociación, cambio del control societario o cualquier alteración dentro de esa

sociedad o grupo económico, que pueda afectar el interés común de la sociedad, la competencia en el mercado, los consumidores o usuarios, etc.

Se trata de un límite al derecho de propiedad muy importante porque inclusive el Estado podría prohibir una transacción comercial, si dicho tribunal administrativo entendiese que con ella se afecta al mercado y/o se favorece la formación de monopolios u oligopolios.

No hay duda, por lo tanto, que estamos en presencia de una verdadera limitación al libre y amplio ejercicio que todo habitante tiene sobre su propiedad, esto, independientemente de que no estamos objetando la atribución que tiene la sociedad para intervenir en defensa de su interés, cuando se susciten transacciones que puedan afectarla.

La otra importante normativa que nos interesa en esta investigación tiene que ver con las relaciones de consumo, porque actualmente, además de la garantía constitucional prevista en el artículo 42 y de la ley especial 24.240, tenemos las previsiones del CCyC, sobre las que nos explayaremos en forma detallada, en el próximo capítulo 4 de esta tesis.

Independientemente de ello, corresponde en este punto, destacar que las leyes que regulan las relaciones de consumo, son de carácter tuitivo del consumidor, la cual, justamente por ese carácter, puede llegar a producir algunas limitaciones al derecho de propiedad que tenga un productor o fabricante, esto podría suceder, por ejemplo, cuando se haya pactado el pago por la prestación de un servicio o la compra de un bien en moneda extranjera y el consumidor se ampare en las previsiones del artículo 765 del CCyC para pagarlo en pesos.

Existen diversas situaciones en las cuales podría verse afectado el derecho de propiedad ante algún conflicto por relaciones de consumo, pero entendemos que es suficiente para dejar en claro la cuestión, el perjuicio que puede sufrir el derecho de propiedad en la búsqueda de proteger a un consumidor o usuario, o tal vez, y en algún caso, simplemente de beneficiarlo a expensas de la propiedad del fabricante o productor.

3.8. Conclusión

Hemos visto a lo largo de este capítulo que el derecho de propiedad aparece desde el mismo comienzo de la historia del hombre, como parte de su ser y de su preocupación.

En ese sentido, y dentro de las entrevistas en profundidad, también se expresó que el derecho de propiedad es un derecho humano sólo en su núcleo más elemental: el que comprende la propiedad de las cosas indispensables para una subsistencia digna. En todo lo demás es un derecho *simpliciter*, protegido, eso sí, por el derecho a la igualdad, por el derecho a la tutela judicial efectiva, etc., que sí son derechos humanos.

Conforme con lo desarrollado, no hay duda de que la propiedad ha ocupado y aún hoy desvela el pensamiento de grandes filósofos y juristas.

Ciertamente, desde el hombre prehistórico, la humanidad ha entendido que cada ser es el único propietario de su vida, y tal vez, partiendo de esa premisa, es que ha asumido que también es dueño de cosas materiales.

Dijimos que Platón y Aristóteles discutían sobre el alcance de la propiedad privada, pero ninguno de los dos la negaba.

Roma, fue profusa en su ley al momento de reglar las normas sobre la propiedad, su ejercicio y sus límites, algunos de los cuales han llegado hasta nuestros días.

Luego hemos analizado el pensamiento antagónico del iusnaturalismo de Locke, con la doctrina del marxismo comunismo, tan obsesionado ésta última, con el derecho de propiedad y el sometimiento que los burgueses llevan adelante contra el proletariado, para preservar sus dominios, según su punto de vista.

Pero reiteramos que ninguno de los pensadores que hemos referenciado discute la existencia del derecho de propiedad, solo se discute su intensidad, su alcance, y si el mismo es un derecho natural o si se trata de una creación del hombre, luego de establecerse en sociedad.

En nuestro caso, entendemos que el derecho de la propiedad es algo inherente al hombre, congénito, porque resulta imposible imaginarlo sin propiedad.

Por ello, el reconocimiento del derecho de propiedad conforma parte esencial de los derechos humanos y así lo prevén las convenciones internacionales, a ese efecto, resaltamos los artículos 2 y 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 21 de la Convención Americana de los derechos humanos, etc.

Es muy importante comprender que la defensa del derecho de propiedad no es la búsqueda de premiar la acumulación de riquezas en pocas manos, ni la

de premiar el egoísmo o la codicia, se trata de algo muy diferente, porque con la propiedad estamos asegurando que el fruto del trabajo lo recibirá quien lo genera, que el ahorro será para beneficio de sus dueños y servirá para que se pueda usar como crédito, única forma de lograr el desarrollo de las ciencias, las técnicas, de poder dar educación y salud pública, en síntesis, asegurar el derecho de propiedad privada, genera riqueza que indefectiblemente termina favoreciendo al progreso y al bienestar de toda la comunidad.

Por ello, no ha escapado nuestra legislación, a la debida protección del derecho de propiedad privada, porque aún antes de la organización constitucional, ya nuestros gobiernos patrios habían empezado el arduo camino de remover las desigualdades que podían interferir en el ejercicio libre, pleno y perpetuo del derecho que el propietario tiene sobre las cosas que están bajo su dominio.

Es cierto que la evolución de las sociedades, el crecimiento demográfico, el avance de la ciencia y la tecnología, entre otros motivos, fue regulando cada vez de forma más intensa ese derecho a la propiedad, pero en ningún caso, lo ha eliminado.

También resulta importante dejar en claro que la garantía constitucional que protege a la propiedad privada es extensible al dominio, toda vez que la jurisprudencia ha sido muy clara al momento de tener que explicar la extensión que tiene esa garantía. En ese sentido, nuestro máximo tribunal ha dicho:

Las palabras “libertad” y “propiedad”, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad; por lo que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, luz eléctrica, explotación de canales, etc., etc.) se encuentran tan protegidas por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. (CSJN, Fallos: 145:307, Considerando 2)

Terminando con este punto, creemos útil remarcar que se encuentra pleno y sin ninguna modificación, el artículo 17 de la Constitución Nacional, el cual no ha sido alterado en la reforma del año 1994.

No estamos diciendo que el derecho de propiedad no haya recibido cada vez mayor número de regulaciones, sino que la plena vigencia del artículo 17 de la Constitución Nacional y la imposibilidad de desconocer esa garantía, salvaguardan uno de los verdaderos derechos humanos que se le reconoce al hombre.

Por lo explicado, la garantía incólume del artículo 17 de la Constitución, es una de las más sabias previsiones de nuestro ordenamiento normativo, toda vez que pese a los embates que ha recibido ante cada una de las innumerables crisis que ha vivido nuestro país, se ha mantenido como el estandarte del cual cada uno de los habitantes de la Nación se ha aferrado buscando que pase la tormenta, y esperanzados, en que tarde o temprano, amainará el mal tiempo y regresarán los días de paz y seguridad jurídica, y con ellos, el progreso.

Capítulo 4 - Nociones generales de las obligaciones

4.1. Introducción

Nuestra investigación focaliza su atención en las obligaciones pactadas en moneda extranjera, por ello, veremos en este capítulo qué debemos entender por obligaciones, y cómo están definidas y normadas dentro del régimen del CCyC.

Para ello, iniciaremos este punto con el código de Vélez, el cual no precisaba el concepto de obligación, toda vez que solo indicaba en su artículo 495 que las obligaciones pueden ser de dar, de hacer y de no hacer.

La nota a ese artículo resulta clarificadora, porque ahí Vélez explica que, siguiendo a Freitas, se abstiene de definir las, porque entiende que ello es impropio en un código de leyes.

No es ese el mismo camino que sigue el CCyC en su artículo 724, visto que, en él, define a las obligaciones del siguiente modo: "La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés"

Este concepto nos permite entender que la ley dispone que se trata de una relación jurídica, por medio de la cual se le otorga al acreedor, que sería el sujeto beneficiario de esta relación, la facultad de exigirle una prestación a otro sujeto, al que la ley denomina deudor, y en el caso que éste no la cumpla voluntariamente, le reconoce atribución de poder exigir el cumplimiento forzado de la misma.

Por supuesto que toda obligación requiere la existencia de una causa fuente para que pueda ser reconocida y protegida por la ley, la cual debe ser lícita.

Vélez en su nota al artículo 499 del código civil explicaba que los códigos de su época, esencialmente el francés y todo aquel que hubiese seguido el mismo razonamiento, confundían las causas de los contratos con las causas de las obligaciones, y entonces afirmaba que las obligaciones nacían de los contratos, cuasicontratos, (a los cuales entendía como los actos lícitos), de los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos y de las relaciones de familia.

En relación con las fuentes de las obligaciones, y refiriéndose a las que preveía el código de Vélez, Mosset Iturraspe (1970), las identifica con el siguiente listado:

Esas fuentes son, en nuestra opinión las siguientes: 1) la ley, cuando actúa de modo inmediato -puesto que mediatamente es el derecho, y no la ley, fuente de todas las obligaciones-; 2) la costumbre “cuando las leyes se refieren a ellos (incluidos los usos) o en situaciones no regladas legalmente” – art.17 del C.C.-; 3) la equidad, en la hipótesis que la ley menciona – por ej., art. 907 del Cód. Civil-; 4) el ejercicio abusivo de los derechos, art. 1071 del Cód. Civil; 5) el contrato; 6) la declaración unilateral de voluntad en los casos mencionados por la ley – por ej., en la oferta vinculante, art. 1.150-; 7) la gestión de negocios ajenos, arts. 2288 y sgtes.; 8) el enriquecimiento sin causa – que absorbe la figura del empleo útil, arts. 2306 y sgtes.; y 9) los actos ilícitos aquilianos o violaciones al deber jurídico de no dañar -comprensivos de los delitos y cuasidelitos- arts. 1.066 y sgtes.” (pp.12 y 13)

Siguiendo este razonamiento, en el código de Vélez se podían encontrar fuentes nominadas, como los detallados en el párrafo anterior, y las innominadas, siendo estas últimas, todas aquellas que no cuentan con una denominación en particular, pero que nacen de la ley, es decir, que el mismo ordenamiento normativo le confiere a ese hecho, la generación de una obligación. Como ejemplos podemos citar al pago indebido o a los gastos en utilidad de otra persona que hiciese una persona en beneficio de otra, sin ser su gestor ni su mandataria, (ver artículo 2306 en el código de Vélez).

Quedaba de todos modos, durante la vigencia del código de Vélez, la falta de definición de la causa fin dentro de dicho cuerpo normativo, la cual logró precisión material gracias a la doctrina y a la jurisprudencia, más allá de la pugna que sobre esta cuestión libraban diferentes autores.

Efectivamente, los alineados dentro de la corriente causalista, sostenían que los artículos 500 al 502 del código de Vélez se referían a la causa fin y los anticausalistas, ubicaban esas normas como regulatorias de la causa fuente.

En relación con esta cuestión, Morea (2015), opina:

Esta contradicción no encerraba una cuestión meramente bizantina, sino que revestía gran trascendencia práctica. En efecto, cada vez que la palabra “*causa*” aparecía en la norma civil como derecho aplicable al caso (pago sin causa —art. 792 a 795, enriquecimiento sin causa, error sobre la causa principal del acto —art. 926—, causa de las disposiciones testamentarias —art. 3832—, los cargos como causa final de un legado —art. 3841-) los jueces debían preguntarse si ella se refería a la causa eficiente (causa de la obligación) o causa fin (causa del acto jurídico). Y, consecuentemente, debían determinar cuáles eran

las disposiciones normativas que regulaban el régimen atinente a cada una de ellas. (III. De un tratamiento indiferenciado a una ordenación independiente, parr. 11)

El criterio que adoptó el CCyC en relación con esta materia, lo expone en su artículo 281, el cual dispone:

La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

Como podemos observar, ahora, esta precisa definición de la causa fin se encuentra dentro de nuestro ordenamiento sustantivo, lo cual nos permite diferenciar a la causa fin, de los demás elementos del acto jurídico, como son la causa fuente, el objeto, la forma, etc., todo lo cual ayuda a precisar cuáles son los móviles jurídicamente relevantes en la obligación.

En resumen, Morea (2015), entiende que el CCyC establece a la causa fin como elemento del acto jurídico, conforme lo expresado en sus artículos 281 a 283 y especialmente de su especie principal, que es el contrato, a cuyo efecto podemos ver los artículos 1012 a 1014, mientras que la causa fuente aparece asociada a la obligación, conforme lo expresa el artículo 724, siguientes y concordantes del CCyC, resaltando a modo de ejemplo, las previsiones contenidas en el Título V, Otras fuentes de las obligaciones, regladas a partir del artículo 1708 de dicho cuerpo legal.

Pasando a los elementos de la obligación, Danesi (2014), expresa:

En forma mayoritaria la doctrina considera que los elementos de la obligación son: el vínculo, los sujetos, la causa eficiente o fuente (véase artículo siguiente), la causa y el objeto. En cuanto a este último, salvo algunas pocas discrepancias, se entiende que lo constituye la prestación que representa contenido de la obligación. Pues bien, el CCCN recepta los caracteres que la doctrina y la jurisprudencia habían estipulado con respecto al objeto de la obligación y, diferencia a este con el de los actos jurídicos (art. 279). (p. 466)

A continuación, pasaremos a desarrollar el régimen de las obligaciones dentro del CCyC, aunque únicamente, en lo que hace al tema de interés de este trabajo de investigación.

4.2. Obligaciones, conceptos generales y clases de obligaciones.

En relación con la regulación que el CCyC les brinda a las obligaciones, iniciaremos diciendo que su artículo 726 reproduce casi en los mismos términos la previsión del artículo 499 del código de Vélez, al disponer que no hay obligación sin causa, refiriéndose en forma indubitada, a la causa eficiente o fuente de la obligación.

El artículo siguiente establece que las obligaciones no se presumen, que la prueba de su existencia debe ser interpretada siempre en forma restrictiva y finalmente, que se presume que la obligación nace de una causa fuente legítima.

En cuanto a los efectos de las obligaciones en caso de incumplimiento, el CCyC a partir del artículo 730 dispone los derechos del acreedor, entre los que lo faculta a emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado, alternativamente la ley le permite al acreedor que lo procure por medio de un tercero, pero a costa del deudor, y en cualquiera de las dos alternativas, a obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

Por otro lado, y en coincidencia con la previsión del artículo 505 del código de Vélez, el artículo 731 del CCyC prevé que el cumplimiento exacto de la obligación por parte del deudor le significa obtener el derecho de liberación y consecuentemente, a poder rechazar una eventual acción del acreedor en su contra.

Esto trasluce que el cumplimiento cabal de la obligación por parte del deudor concluye todo derecho de reclamo sobre la misma que hubiese podido tener el acreedor.

En relación con nuestra tesis, tiene importancia explicar que el CCyC, a diferencia del código de Vélez, prevé la acción directa, a la cual define como aquella que le permite a un acreedor percibir lo que un tercero le debe a su deudor, pero solo hasta el importe de su propio crédito o hasta el monto del crédito que ese tercero le debe a su deudor, el que sea menor.

De todos modos, el mismo artículo 736 del CCyC que la regula, dispone expresamente que se trata de una acción que tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y solo procede en los casos expresamente previstos por la ley.

En relación con la acción directa, diremos que, dentro de los efectos que produce, el artículo 738 del CCyC dispone que el monto percibido por el actor ingresa directamente en su patrimonio.

Además de la acción directa, el CCyC, en los artículos 739 al 742, regla la acción subrogatoria, la cual le permite al acreedor que, en lugar de actuar por derecho propio, como sucede en la acción directa, pueda ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia.

Ahora bien, en relación con el patrimonio, entendido jurídicamente como los bienes presentes y futuros de una persona, el CCyC dispone que estará afectado al cumplimiento de las deudas de una persona, de manera que el acreedor, frente al incumplimiento del obligado, tendrá derecho a ejecutar su crédito contra cualquiera de los bienes que integran su patrimonio, aunque ello tiene limitaciones, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 743 del CCyC, el que detalla en ocho incisos, a los que entendemos enunciativos, los bienes excluidos como garantía común de los acreedores. La doctrina y la jurisprudencia identifican a estos bienes como inembargables.

En cuanto al patrimonio y su regulación dentro del CCyC, Tagliani (2015), reflexiona del siguiente modo:

Con la acertada incorporación al nuevo Código del patrimonio como garantía común de los acreedores y las limitaciones introducidas a este principio, se configura entonces un escenario más claro y compatible con la dignidad de la persona humana, ello en concordancia con los principios emanados de nuestra Constitución Nacional y los diversos tratados internacionales. (Conclusión, parr. 2)

Luego del tratamiento del patrimonio, y a partir del capítulo 3 del título de obligaciones, el CCyC trata las clases de obligaciones, ubicando en primer término a las de dar, conforme los artículos 746 al 761, y luego de ellas, a las obligaciones de género, que regla en el artículo 762 y 763, obligaciones que, por no desarrollaremos en forma especial dentro de nuestra investigación.

Diferente es el caso de las denominadas, obligaciones alternativas y las facultativas, porque ellas tienen importancia sustantiva dentro de nuestra tesis.

4.3. La obligación alternativa y la facultativa

La obligación alternativa

Este tipo de obligación se encuentra conceptualizada en el artículo 779 del CCyC, el cual expresa: “Concepto: La obligación alternativa tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas”. Conforme con su misma definición legal, queda claro que se trata de un tipo de obligación con diferentes prestaciones, independientes una de otra y en la cual el deudor se libera de ella, cumpliendo solo alguna de ellas.

Naturalmente, resulta necesario que sea elegida la prestación que se ha optado por cumplir, y así lo dispone el artículo 780 del CCyC, la cual regla que esta facultad de elegir entre prestaciones alternativas le corresponde al deudor, y aclara que, si la opción es de varias personas, se requiere la unanimidad por parte de ellas, también ordena que, si la facultad se ha diferido a un tercero, y éste no opta en el plazo fijado, corresponde al deudor designar el objeto de pago.

Los artículos 781 y 782 disponen la aplicación de las reglas que rigen para las obligaciones alternativas regulares y para las irregulares, entendiendo a las primeras como aquellas en donde la elección de la prestación a cumplir le corresponde al deudor; y las irregulares identifican a las obligaciones donde el acreedor es el sujeto con facultad para determinar la prestación que debe cumplir el deudor para liberarse.

También el CCyC, en su artículo 783 prevé que la elección de la prestación con la cual se pretende extinguir a una obligación alternativa puede estar a cargo de un tercero, designado especialmente para ello, y el artículo siguiente aclara que, si en la obligación se autoriza la elección respecto de sus modalidades o circunstancias, se deben aplicar las reglas ya explicadas sobre el derecho de realizar la opción y sus efectos legales.

Esta última previsión, tiene importancia porque el CCyC no solo está regulando a las obligaciones alternativas basado en diferentes prestaciones, sino que también proceden cuando la opción radica en modalidades o circunstancias, como puede ser el lugar de cumplimiento o que una sea financiada con alguna tasa de interés y la otra al contado, por ejemplo.

Finalmente, y en relación con las obligaciones alternativas, el artículo 785 del CCyC dispone que lo dispuesto en esta sección sobre obligaciones

alternativas, se aplica a las obligaciones en las que el deudor debe entregar una cosa incierta al acreedor, pero comprensible dentro de un número de cosas ciertas de la misma especie.

Obligación facultativa

La obligación facultativa difiere de la alternativa, porque su característica esencial es que cuenta con una obligación principal y con otra accesorio, pudiendo el acreedor sólo reclamar el cumplimiento de la principal y el deudor puede liberarse cumpliendo con la accesorio, con la especial prerrogativa a favor del deudor, de poder ejercitar esta facultad hasta el momento del pago.

Reviste importancia la previsión del artículo 787 del CCyC cuando dispone: Extinción: La obligación facultativa se extingue si la prestación principal resulta imposible, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder. La previsión resulta congruente con los principios generales del derecho, relativos a que lo accesorio sigue la suerte del principal. Lo cual también significa que si lo que se torna ineficaz es lo accesorio, ello no afecta en nada a la obligación principal.

Aclaremos que el CCyC es muy claro al disponer que la extinción de la obligación principal por motivos de cumplimiento imposible no exime de la responsabilidad que eventualmente pudiera corresponder.

En caso de duda respecto a si la obligación es alternativa o facultativa, el artículo 788 del CCyC establece que se la tiene por alternativa, lo cual permite mayor protección al interés del acreedor de este tipo de obligaciones.

Finalmente, y del mismo modo que se encuentra dispuesto para las obligaciones alternativas, el CCyC en su artículo 789 aclara que, en las opciones entre modalidades y circunstancias, se aplican las reglas que hemos explicado, aunque aclaramos que, si bien el CCyC no lo expresa, se sobreentiende que debe estar identificada una de las obligaciones como la principal y la otra como su accesorio, para que pueda ser entendida como obligación facultativa.

4.4. La obligación pactada en moneda extranjera. El dinero y su calidad de bien fungible o no fungible.

Dentro del Parágrafo 6°, correspondiente a la sección 1ª obligaciones de dar, del capítulo 3 clases de obligaciones, del título de obligaciones en general, se

encuentran reguladas las obligaciones de dar dinero, desde el artículo 765 hasta el 772 del CCyC.

Se trata de una parte neurálgica del presente trabajo de investigación, porque los artículos 765 y 766 del CCyC son de gran importancia dentro del planteo de nuestra hipótesis.

Efectivamente, el artículo 765 del CCyC expresamente dice:

Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

La primera parte del artículo no ofrece dificultad porque define a la obligación de dar dinero como una especie dentro del género de dar.

En relación con la segunda parte, el artículo ingresa en determinantes definiciones, la primera de ellas, referida a la potestad que la ley expresamente le otorga al deudor, de poder liberarse de su obligación, si ésta hubiese sido pactada en moneda que no sea de curso legal en la república, dando a su acreedor, el equivalente en moneda de curso legal.

De este modo, hemos regresado al criterio que sostenía la redacción original del código de Vélez en su artículo 617, cuando entendía que ese tipo de obligación debía ser considerada como de dar cantidad de cosas, en lugar de haber mantenido el principio que había dispuesto la ley 23.928, que al modificar los artículos 617 y 619 del código de Vélez, resolvió que las obligaciones pactadas en moneda extranjera debían ser consideradas como de dar sumas de dinero.

Justamente por ello, esa reforma al código de Vélez había reformulado esos dos artículos del siguiente modo:

Artículo 617: 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.

Artículo 619: 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

Consecuentemente, en el primero de ellos, se dispuso que las obligaciones pactadas en moneda extranjera debían entenderse como de dar sumas de dinero y el artículo 619, estableció que, para liberarse de una obligación de dar suma de dinero, el deudor debía darle a su acreedor, la especie designada, el día de su vencimiento, es decir moneda nacional o extranjera, conforme lo hayan pactado.

En resumen, la reforma de la ley 23.928 consistió en establecer que las obligaciones de dar moneda extranjera tenían el carácter de ser obligaciones de dar sumas de dinero, logrando con ello, incluir dentro del mercado de capitales a una franja más amplia de la población, vista la seguridad jurídica que ello generaba.

Llamativamente, el Código Civil y Comercial, vuelve a la concepción del código de Vélez original, con esta redacción del artículo 765, visto que le permite al deudor de moneda extranjera, liberarse de ella, dando el equivalente en moneda de curso legal. La ley no especifica a qué se refiere con el término "equivalente", cuestión que no es menor, si pensamos la cantidad de diversos y simultáneos tipos de cambio que suele haber en la Argentina.

Siguiendo con el tema de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y la discusión sobre la calidad del dinero, Gurkinkel de Wendy (2016), expresa:

Claramente el dinero "no es una cosa, sino un derecho..." Es un poder patrimonial abstracto que se materializa en un objeto simbólico o signo que es la moneda (peso, franco, dólar, etc.)..." y esto así "no puede considerarse ni tratarse como una cosa mueble más, puesto que aun consistiendo en un trozo de metal o de papel... sus características y régimen jurídico no se corresponden con las demás cosas y bienes muebles. Sin embargo podría suceder, tal como lo hizo el Código de Vélez, que a los fines legales se le aplique el régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas; pero más allá de esta disquisición teórica, la realidad es que este tipo de obligaciones no está especialmente contemplado en el derecho positivo hoy vigente y que ha sido absorbido por la categoría de las obligaciones de género, es decir de dar cantidades de cosas no fungibles. (III. ¿La moneda extranjera es dinero o cosa?, parr. 4)

Para sumar confusión dentro del tema de obligaciones pactadas en moneda extranjera, el siguiente artículo del CCyC, nos referimos al 766, dispone que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Para disipar cualquier incógnita, debemos decir, en primer lugar, que no hay duda de que el legislador se está refiriendo a obligaciones de dar dinero, porque este artículo se encuentra incurso dentro del párrafo 6º, e integrante del capítulo de obligaciones de dar.

En segundo término, su redacción se contradice con su artículo inmediatamente anterior, visto que el 765 autoriza al deudor a cancelar su obligación pactada en moneda extranjera con moneda de curso legal equivalente y el 766 obliga al deudor a cumplir con su obligación, entregando la cantidad correspondiente de la especie designada.

Recordamos que ya hemos descripto en esta investigación que, el Poder Ejecutivo Nacional introdujo un cambio sustantivo en la redacción de la parte final del artículo 765, antes de enviarlo al Congreso Nacional para su tratamiento.

En relación con esta cuestión, ya se ha desarrollado una importante discusión doctrinaria relativa a la evidente contradicción que existe entre estos dos artículos.

Dentro de esta discusión, está la posición de quienes entienden que la potestad que el artículo 765 le brinda al deudor es renunciable, y que, por lógica, en todo contrato que genere una obligación en moneda extranjera, se pactará la renuncia a esta atribución.

También existe una idea que en realidad se trata de una facultad que, por convenio de partes, puede ser ejercida por cualquiera de los firmantes o ser renunciada por ambas.

En simples palabras, quienes interpretan a este artículo como una norma supletoria, la entienden renunciable y también modificable, para que sea ejercida de común acuerdo o inclusive, y visto que sería de libre acuerdo entre los contratantes, inclusive, podrían pactar que solo pudiese ser ejercida por el acreedor.

No estamos totalmente de acuerdo con esta interpretación, pero al momento de establecer nuestras conclusiones de la tesis, daremos los fundamentos de nuestra opinión en relación con este asunto. En este capítulo, solo remarcaremos que el CCyC regla de modo diferente la forma en que deben cumplirse las obligaciones pactadas en moneda extranjera, dependiendo del sujeto que debe cumplir con la obligación, y/o del fundamento que dio sustento a que esa obligación en particular haya sido pactada para ser cumplida en moneda extranjera.

Ello sucede, cuando el obligado es un banco y/o cualquier otra entidad controlada por el Banco Central de la República Argentina, y en relación con la restitución en la moneda pactada de depósitos a favor de sus clientes, o para

alguna obligación que se origina dentro de contratos de comercio exterior, y también en algunos contratos electrónicos o de cumplimiento necesario fuera del territorio nacional, todos estos supuestos, los desarrollamos en cada uno de sus capítulos específicos.

A esta altura de nuestra investigación, debemos explicar que el CCyC les reconoce tres aplicaciones a las obligaciones de dar moneda extranjera.

Por un lado, las distingue como obligaciones de dar cantidades de cosas. A sus efectos, tener presente la primera parte del artículo 766 del CCyC.

También el CCyC la tiene identificadas como obligación alternativa, conforme con la previsión inserta en el último párrafo del artículo 765.

Finalmente, las considera obligaciones de valor. A sus efectos tener presente el artículo 772 del CCyC.

Habiendo individualizado las tres aplicaciones que el CCyC les concede a las obligaciones de dar moneda extranjera, nos situaremos en la regla general que dispone el último párrafo del artículo 765 del CCyC, para dejar en claro que ella cede ante la presencia de una previsión especial, por ser subsidiaria y únicamente aplicable ante la inexistencia de una previsión especial.

Así, y como ejemplo, mencionamos que no se aplica el régimen de la obligación alternativa inserta en el último párrafo del artículo 765 del CCyC, a las obligaciones de restituir moneda extranjera en virtud de depósitos irregulares, en los contratos bancarios, en mutuos de dinero sin curso legal en el país, obligaciones de valor cuantificado en moneda extranjera por los usos del tráfico, obligaciones con lugar de cumplimiento en el extranjero, obligaciones con prórroga de jurisdicción expresa o tácita, a todos estos efectos, ver los artículos 1367, 1390, 1408, 1409, 1410, 1525, 1527, 772, 772, 873, 2605 y 2607, todos ellos del CCyC.

Puntualizamos que no le asignamos el carácter de norma de orden público a la previsión del último párrafo del artículo 765 del CCyC, sino que, como la amplia mayoría de la doctrina, la entendemos supletoria.

Esta aclaración la realizamos por ser de gran interés para el desarrollo de nuestra investigación, e independientemente que el mismo cuerpo legal excluye de esta regla general a toda obligación pactada en moneda extranjera, cuando ella ha sido condición esencial entre las partes, como puede ser una restitución o repetición de una suma dineraria sin curso legal en el país, como ya lo hemos

indicado, además de las obligaciones y contratos internacionales, y los subcontratos que refiere el artículo 1071 y los contratos conexos que identifica el artículo 1073, ambos del CCyC.

Ello es así, porque en los subcontratos, éste sigue la suerte del principal, y si éste último hubiese previsto el cumplimiento de la obligación del subcontrato en moneda extranjera, basado en cualquiera de los motivos que ya hemos desarrollado en este punto, y que excluyen la regla general del último párrafo del artículo 765 del CCyC, esa obligación deberá ser cumplida en la moneda extranjera pactada, y del mismo modo se resuelve para los contratos conexos, si la obligación en moneda extranjera integra el contrato conexo con otro que sea internacional.

Más allá de todo lo expuesto, siempre queda la regla general del artículo 765 del CCyC, aplicable para todo supuesto que no cuente con una regla particular relativa al cumplimiento de su obligación de pago.

En relación con esta regla general del artículo 765 del CCyC, no deja de sorprender su última parte, más aún si tenemos presente los conceptos sobre cosas fungibles y no fungibles que indica el CCyC.

Justamente por ello, la clasificación de cosas entre fungibles y no fungibles, resulta de fundamental importancia para poder determinar si la moneda extranjera es cosa fungible dentro de dicha clasificación.

El artículo 2324 del código civil de Vélez establece: “Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad”.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la República Argentina establece en su artículo 232: “Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.”

En virtud de esta definición legal, equiparable, tanto en un código, como en el otro, podemos decir que los bienes fungibles son aquellos que pueden intercambiarse sin que produzcan ningún perjuicio para su dueño, pues son iguales en su esencia mientras se respete su cantidad y calidad.

Nos interesa dejar en claro dentro de nuestra investigación, que en general, la doctrina entiende que el mejor ejemplo de un bien fungible es el dinero,

entendiéndolo como sinónimo de moneda, tenga o no tenga curso legal dentro del país.

Efectivamente, si una persona le presta a otra la cantidad de \$ 500 en cinco billetes de \$ 100, no podrá exigirle, salvo que lo hayan pactado específicamente, que le entregue exactamente los mismos billetes, pues todos tienen un valor idéntico, inclusive el deudor puede liberarse de esa obligación devolviendo la cantidad adeudada en un solo billete de \$ 500.

Corresponde tener presente que, en relación a la clasificación sobre bienes fungibles, Kemelmajer de Carlucci (2005) ha dicho: “La ley exige un doble requisito: la equivalencia, que importa una noción de valor, y la sustituibilidad, es decir, que al sujeto interesado le resulta indiferente la prestación sobre la base de cualquiera de las cosas susceptibles de recíproco reemplazo” (p. 102)

Por contraposición, son cosas no fungibles, aquella cuyos datos logran individualizarlas singularmente y, justamente por dicha individualidad, no es posible que sean sustituidos por otros.

Resulta interesante resaltar que el Código Civil de Colombia, en su artículo 663, define a las cosas fungibles del siguiente modo: “Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles.”

La importancia de esta clasificación y su estrecha vinculación con las obligaciones de dar sumas de dinero estriba en que el CCyC, al reglar el contrato de mutuo, explica en el artículo 1525, que habrá contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles y éste se obligue a devolver la misma cantidad de cosas de idéntica calidad y especie.

La regla del CCyC es coherente con la necesidad del mutuante o acreedor de esa obligación, porque a él solo le interesará recibir, conforme fuera pactado, la misma cantidad, especie y calidad de cosas, sin preocuparlo si la cosa que él hubiera entregado se consumió o si aún perdura dentro del mercado ni cuál es su estado actual. Lo importante para el sujeto que prestó, es que le reintegren cosas fungibles en idéntica cantidad, especie y calidad, conforme los términos y plazos contractuales, y así lo dispone en forma expresa el CCyC.

En cuanto a los intereses de un mutuo, el CCyC, en su artículo 1527, dispone que los intereses compensatorios se pagan en la misma moneda prestada, y agrega que, para el supuesto de tratarse de cosas fungibles, no se aparta de las reglas de los artículos 562, 563 y 564 del Código de Comercio de Vélez y Acevedo, visto que dispone que, cuando lo prestado consista en cosas fungibles diferentes del dinero, los intereses igualmente se liquidarán en dinero.

Queda latente en este caso, un interrogante, nos referimos a poder saber si el CCyC utiliza el término moneda y dinero como sinónimos o si identifican especies distintas.

En nuestra opinión, el CCyC utiliza el término moneda para identificar tanto a la nacional como a la extranjera, mientras que dinero, solo comprende al de curso legal dentro de la Argentina.

Ello, más allá de entender que, al estar en presencia de una disposición supletoria, no habría problema en cancelar los accesorios en moneda extranjera sobre un mutuo de cosas fungibles, si así hubiese sido pactado entre mutuante y mutuario, más allá que la ley no le reconozca calidad de dinero a la moneda extranjera.

Independientemente de lo explicado en relación con el concepto que el CCyC adopta sobre cosas fungibles, debemos reiterar que el artículo 765 del CCyC, última parte, sigue disponiendo que el deudor puede liberarse de una obligación que hubiese pactado en moneda extranjera, dando el equivalente en moneda de curso legal.

El resto de los artículos correspondientes a este párrafo 6º, trata en primer lugar, sobre intereses compensatorios, en su artículo 767, disponiendo que éstos son válidos, si hubiesen sido pactados por acreedor y deudor, y que para el supuesto que no hubiesen pactado la tasa, ni ésta estuviese dispuesta por ley o por los usos y costumbres, podrá ser fijada por los jueces.

El artículo 768 dispone la existencia de intereses moratorios, los cuales rigen a partir de la mora del deudor, el artículo 769 regla el régimen de los intereses punitivos, disponiendo que estos se rigen por las normas que regulan la cláusula penal, el artículo 770 se refiere al anatocismo o al devengamiento de intereses sobre intereses.

El CCyC los autoriza si las partes los hubiesen autorizado expresamente, pero con una periodicidad no inferior a los seis meses o si la obligación se

demandase judicialmente, la cual en ese caso opera a partir de la fecha de notificación de la demanda, o cuando la obligación del pago se liquide judicialmente, en cuyo caso la capitalización de intereses se produce desde que el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo.

El CCyC también la autoriza cuando otras disposiciones legales prevean la acumulación; y el artículo 771 les permite a los jueces reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque el anatocismo exceda sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares, disponiendo que los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.

Finalmente, este párrafo 6º, dispone en su artículo 772 lo relativo a las deudas de valor, estableciendo que el monto resultante debe referirse al valor real, al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda.

En relación con este artículo, Compagnucci de Caso (2015), manifiesta:

Este distingo tuvo su aplicación hace ya algunos años y diferenció obligaciones de dinero puras y obligaciones de valor. En las primeras, tanto en su origen como al tiempo de cumplimiento, el objeto de la prestación es el dinero; en las segundas, la génesis está constituida por un valor abstracto que se traducirá en dinero al tiempo de cumplimiento. (p. 104)

Este artículo 772, concluye diciendo: “Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.”

En este sentido, la ley permite que, en caso de deudas de valor, se pueda utilizar moneda extranjera, como puede ser el dólar o el euro, por ser las monedas que más habitualmente se usan como deudas de valor dentro de nuestro mercado, más de allá que el CCyC las identifica en ese artículo como moneda sin curso legal.

Se trata de una posición intermedia entre las obligaciones de dinero puras y las que introducen cláusulas de ajuste, aclarando que, en relación con las cláusulas de ajuste, hasta hoy las mismas se encuentran prohibidas por mérito de las disposiciones de la ley 23.928, ver especialmente su artículo 10.

Concluimos este punto, haciendo referencia al pensamiento de Paolantonio (2014), cuando expresa:

Es también importante en esta sección introductoria prevenir sobre un error frecuente: suponer que el recurso a la moneda extranjera es un beneficio para el acreedor, simplemente trasladando el riesgo de erosión inflacionaria a su deudor. En los contratos de ejecución continuada o diferida, la contraprestación de la obligación dineraria también modifica su valor nominal con el transcurso del tiempo, y el deudor que paga en moneda depreciada, obtiene una ventaja indebida. Ante esa situación, previsible por el acreedor, su voluntad por participar en el tráfico naturalmente se retrae, y el deudor también sufre las consecuencias seguidas de una menor oferta del bien o servicio que desee adquirir, y de los mayores costos de transacción cuando esa oferta exista. (p. 199)

4.5. El pago y los otros modos de extinción de las obligaciones

Por ser ajenas al interés de esta investigación, no trataremos las obligaciones de hacer y de no hacer, regladas en los artículos 773 al 778, tampoco obligaciones alternativas, artículos 779 al 785, obligaciones facultativas, artículos 786 al 789, obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias, artículos 790 al 804, obligaciones divisibles e indivisibles, artículos 805 al 824, obligaciones de sujeto plural, artículos 825 al 826, obligaciones solidarias, artículos 827 al 849, obligaciones concurrentes, artículos 850 al 852, obligaciones disyuntivas, artículos 853 al 855, obligaciones principales y accesorias, artículo 856 al 857 y rendición de cuentas, artículos 858 al 864.

El pago

Consecuentemente, trataremos en este punto al pago, al cual el CCyC lo entiende como al cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

Por lo tanto, para que el pago proceda, es necesario que haya una obligación preexistente que sirva de antecedente.

El pago es un medio, en realidad, el usual y clásico de extinción de una obligación, siendo por ello, el instrumento mediante el cual se satisface el interés del acreedor y de manera consecuente se libera al deudor.

Así las cosas, con el pago se cumple con lo acordado originalmente por los sujetos vinculados en esa relación obligatoria.

Consecuentemente, los elementos del pago son la obligación preexistente, el acreedor como sujeto pasivo y el deudor como sujeto activo, el objeto, que

coincide con la prestación recibida o a recibir y la causa fin, que, en el caso del pago, es el ánimo de cumplir, es decir, de extinguir la obligación.

En cuanto a la función jurídica del pago, y como ya lo hemos mencionado, el pago constituye el modo natural de realización de las expectativas de las partes, porque satisface al acreedor, extingue la deuda, y libera al deudor, pero para que todo eso suceda, y de conformidad con lo que establece el artículo 867 del CCyC, el pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.

En relación con la legitimidad para hacer el pago, el artículo 879 dispone que el deudor tiene el derecho de pagar y, de existir más de un deudor, cada uno de ellos se debe regir por las disposiciones correspondientes a la categoría de su obligación.

El acreedor, en cambio, es el sujeto legitimado para recibir el pago, el cual tiene efecto extintivo de la obligación para su deudor, siempre que el pago cumpla con los requisitos ya descriptos en este trabajo.

Ahora bien, dentro del pago, puede suceder que tanto el deudor, como el acreedor incurran en mora, y así lo indica el artículo 886 del CCyC, cuando establece que la mora es automática y, en el caso del deudor, se produce por el mero transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de su obligación.

Para el supuesto del acreedor, éste incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta de pago conforme con los recaudos de identidad, integridad, puntualidad y localización, y se rehúsa injustificadamente a recibirlo.

Lo explicado significa que tanto el deudor como su acreedor, pueden incurrir en mora, y el artículo 888 del CCyC ordena que, para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.

Entendemos que el mismo criterio debe aplicarse para que el acreedor de una obligación pueda eximirse de las consecuencias de la mora, esto es, probar que la misma no es imputable a su conducta.

No trataremos en este trabajo las previsiones del CCyC relativas a pago a mejor fortuna regladas en los artículos 889 al 891, y el beneficio de competencia, dispuesto en los artículos 892 y 893.

Conforme con la salvedad realizada en el párrafo anterior, procedemos a tratar a quién le compete la carga de la prueba del pago en las obligaciones, y a

ese respecto, el artículo 894 impone la carga a quien invoca el pago, si se trata de obligaciones de dar y de hacer y al acreedor que invoca el incumplimiento en las obligaciones de no hacer.

En relación con los medios de prueba del pago, el artículo 895 del CCyC expresa que el pago puede probarse por cualquier medio, salvo que por estipulación de las partes o por la ley, resulte previsto el empleo de una forma o instrumento determinado, aclarando que el medio más popular y usual es el recibo, por medio del cual el acreedor reconoce haber recibido la prestación que se le adeudaba.

Tiene importancia explicar en relación con el pago, que el CCyC, al igual que lo hacía el código de Vélez en sus artículos 773 al 778, dispone cómo se debe proceder cuando un mismo deudor y un mismo acreedor tienen varias obligaciones con objetos de igual naturaleza.

El CCyC ha incluido esta cuestión en su artículo 900, disponiendo que, ante ese supuesto, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace, aclarando la misma norma, que, si adeuda capital e intereses, no puede imputarse a la deuda principal, sin el consentimiento del acreedor, el cual entendemos que debe ser expreso.

El artículo siguiente, autoriza al acreedor, para el supuesto que el deudor no hubiese imputado el pago, a hacerlo, pero siguiendo reglas expresas y el artículo 902 dispone que para el caso que ni el deudor, ni su acreedor hubiesen imputado el pago, la ley entiende que cancela en primer lugar la deuda de plazo vencido más onerosa para el deudor y si fuesen igualmente de onerosas, el pago debe imputarse a prorrata.

No abordaremos en este trabajo de investigación las reglas normativas que el CCyC dispone en sus artículos 904 al 913, para el pago por consignación extrajudicial y judicial, y tampoco el pago por subrogación, establecido en sus artículos 914 al 920, por ser ajenas a nuestro interés.

La compensación

El pago no es la única forma de concluir con una obligación, porque el CCyC, al igual que lo preveía el código de Vélez, dispone otros medios de extinción de las obligaciones.

Efectivamente, el capítulo 5 del título de obligaciones, prevé a partir del artículo 921, a la compensación, como el primero de los medios para extinguir una obligación, diferente al pago.

Se trata de uno de los mecanismos más conocidos y utilizados para cancelar obligaciones recíprocas, esto es, cuando dos personas son acreedores y deudores en forma simultánea y recíproca. En ese supuesto, la ley dispone que las obligaciones quedan extinguidas hasta el monto de la menor de ellas, pero desde el momento que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables.

El sector bancario es quien con mayor asiduidad lleva adelante el mecanismo de compensación, porque es usual que la entidad financiera y su cliente se compensen créditos y débitos hasta la suma menor, quedando solamente como crédito, el saldo a favor que termine teniendo alguna de las dos partes, al momento del cierre de un período en particular, el cual puede ser diario, semanal, mensual, etc.

Destacamos que el artículo 1405 del CCyC dispone que: Cuando el banco cierra más de una cuenta de un mismo titular, debe compensar sus saldos hasta su concurrencia, aunque sean expresados en distintas monedas.

Esta forma de extinguir obligaciones tiene, además, muchos otros sectores que la aplican cotidianamente, entre ellos, todo el sector mercantil que trabaja con cuentas de clientes o proveedores.

Conforme con lo ya explicado, queda claro que la compensación tiene el efecto de extinguir las obligaciones recíprocas, es decir, que actúa con los mismos efectos del pago, pero siempre hasta el importe de la deuda de menor cuantía.

El CCyC detalla en el artículo 922 que la compensación puede ser legal, convencional, facultativa o judicial.

Justamente por ello, las cuentas bancarias y las mercantiles, aplican la compensación, toda vez que así lo han convenido las partes dentro del mismo contrato de apertura de la cuenta, y delegan a la entidad la facultad de practicar la compensación entre créditos y débitos que se contabilicen en esa cuenta, por supuesto, con cargo de rendir cuenta en forma periódica.

Aclaremos que, en el caso de la compensación legal, la misma debe ser opuesta por la parte demandada, porque no puede ser establecida de oficio, toda

vez que este mecanismo integra la defensa, la cual no puede ser asumida por el juez.

Diferente es el caso de la compensación judicial, porque ésta si es dispuesta por el juez al momento de dictar sentencia, debiendo declarar en ella que se han cumplido los recaudos para que proceda la compensación, respecto a un crédito que hubiese reclamado el demandado durante el juicio.

Naturalmente existen obligaciones que no son pasibles de ser compensadas, éstas se encuentran detalladas en el artículo 930 del CCyC, entre las que resaltamos, a las deudas de alimentos, determinados tipos y condiciones de deudas y créditos entre los particulares y el Estado Nacional, provincial o municipal, conforme se detalla en tres incisos de este artículo, los créditos y las deudas en el concurso y quiebras, la deuda del obligado a restituir un depósito irregular.

En relación con esta última regla, Moreno (2015), expresa:

No es compensable la deuda del obligado a restituir un depósito irregular. La doctrina explica que la razón de esta regla es que la obligación del depositario es de "honor" por lo que sería injusto que al requerírsele la restitución del depósito pudiera alegar el mismo la compensación, más aún, tal resistencia envolvería un abuso de confianza. Por excepción, la compensación procede si el depositario fuere a su vez acreedor de una obligación nacida también con motivo del mismo depósito. (p. 354)

La confusión

Otro modo de extinguir una obligación es por confusión, la cual está prevista a partir del artículo 931 del CCyC, quedispone que ésta se produce cuando las calidades de deudor y acreedor se reúnen en la misma persona y dentro de un mismo patrimonio. El efecto de ella es que la obligación se extingue total o parcialmente, siempre hasta la proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión.

La novación

También se extingue una obligación por causa de novación, la cual se encuentra definida en el artículo 933 del CCyC, produciéndose la misma, cuando una obligación es sustituida por otra.

La novación puede ser objetiva o subjetiva.

Es objetiva cuando cambia el objeto, la causa o se producen alteraciones importantes en la obligación original, creando una nueva.

Al hablar de objeto, debemos pensar en una sustitución de la prestación convenida en la obligación original, por ejemplo, extinguir una obligación de dar, por una de hacer.

Si en lugar del objeto, la novación se produjese por cambio de causa, debemos pensar en la alteración del título original de la obligación, como podría ser un contrato de mutuo dinerario por un contrato de usufructo por tiempo determinado.

Finalmente, al hablar de alteraciones sustantivas de la obligación original, nos referimos a modificaciones que configuran una relación jurídica distinta, como podría ser el cambio de una obligación simplemente mancomunada de varios deudores, a una solidaria de todos ellos.

En relación con la novación subjetiva, ésta se produce cuando el cambio se produce en la persona del acreedor o del deudor.

Toda novación produce la extinción de la obligación originaria válida y exigible, por la creación de una nueva, también válida y exigible.

Resulta muy importante tener presente que el CCyC dispone expresamente en el artículo 934 que la voluntad de novar es requisito esencial y que, en caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa extinción.

Resulta de interés destacar que el legislador ha buscado ser muy preciso al momento de legislar sobre novación, porque de no serlo, se podrían producir efectos no deseados en innumerables actos entre acreedor y deudor, que se llevan adelante durante la vigencia de esa relación jurídica.

Por lo tanto, el CCyC expresamente establece en su artículo 935, qué actos no comportan novación, y ahí menciona que no genera novación la entrega de documentos suscriptos por el deudor en pago de la deuda y en general, cualquier modificación accesoria de la obligación primitiva.

Esta aclaración es importante, visto que muchas veces los bancos y otras corporaciones, en su habitual actividad con sus clientes, entregan documentos de cancelación parcial o notificaciones de cambios de formas de pago, domicilios, etc., y no por ello, debe tenerse por novada a la obligación.

También el CCyC dispone en su artículo 938 que no hay novación, aunque lo convengan las partes, si la obligación originaria es inválida o si estuviese sujeta a condición suspensiva, y luego de la novación, el hecho condicionante fracasa, o a condición resolutoria retroactiva, y el hecho condicionante se cumple, porque en esos dos últimos supuestos, la nueva obligación produce sus efectos, pero no sustituye a la anterior.

Esta previsión es lógica, porque el principio general es que la novación funciona si reemplaza a una obligación válida y exigible.

En cuanto a los efectos de la novación, el artículo 940 del CCyC deja en claro que la novación extingue la obligación originaria con sus accesorios, aunque aclara que el acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito, mediante reserva; y el artículo 941 del CCyC establece que las disposiciones de esta sección se aplican supletoriamente, cuando la novación se produce por disposición de la ley.

La dación en pago

La sección 4ª de esta parte del CCyC regla la dación en pago, como otra forma de extinción de las obligaciones.

En este caso estamos en presencia de un acto por medio del cual el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diferente a la que se le adeudaba.

El artículo 943 del CCyC dispone que, a la dación en pago, se le aplicarán las disposiciones del contrato con el que tenga más afinidad.

De ese modo, puede regirse por las reglas de la compraventa, si se entregase una propiedad mueble o inmueble en pago de una obligación dineraria, o las reglas de la locación de obra si se diese en pago la realización de una obra para cancelar una obligación de dar.

La renuncia y la remisión

Las últimas dos secciones de este capítulo tratan, en la 5ª sección, a la renuncia y remisión, y en la sección 6ª, a la imposibilidad de cumplimiento, todas ellas, como forma de extinción de las obligaciones.

La renuncia es la facultad que tiene toda persona de dar por extinguidos sus derechos como acreedor de una obligación, aunque el artículo 944 del CCyC

prohíbe la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en un juicio.

Esta cuestión es importante para nuestra investigación, porque al momento de tratar la teoría de la imprevisión, veremos que se la entiende como pasible de renuncia en algunos supuestos, pero si la consideramos como renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en un juicio, no sería válida en ninguna alternativa.

El CCyC, en su artículo 945 establece que la renuncia es onerosa si se hace por un precio o el cambio de una ventaja cualquiera, y aclara que la renuncia gratuita solo puede ser hecha por quien tenga capacidad de donar.

Los artículos 946 y 947 del CCyC reglan una cuestión de sumo interés, porque establecen que el acto unilateral de renuncia requiere la aceptación del beneficiario para que se extinga la obligación y que la retractación de ese derecho abdicado es posible, mientras no haya sido aceptada por el deudor.

Naturalmente, la renuncia no puede presumirse, así lo regla expresamente el artículo 948 del CCyC, además de disponer que la interpretación de los actos que permiten inducirlos debe ser restrictiva.

En relación con la remisión, el artículo 950 del CCyC, considera que la deuda ha sido remitida, salvo prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor, el documento original donde consta la deuda. De todos modos, la norma aclara que si el documento es un instrumento protocolizado y su testimonio o copia se halla en poder del deudor, pero sin anotación del pago o remisión, y tampoco constan en el documento original, el deudor deberá probar que el acreedor le entregó el testimonio de la copia como remisión de la deuda.

El artículo 952 del CCyC dispone que la remisión de la deuda produce los efectos del pago, pero aclara que la remisión en favor del fiador no aprovecha al deudor, lo cual es lógico, porque se aplica el principio de que la suerte de lo accesorio no la sigue el principal.

En relación con la entrega dada en prenda, el artículo 954 dispone que la entrega al deudor de la cosa prendada causa la remisión de la prenda, pero no de la deuda.

Imposibilidad de cumplimiento

La última sección de este capítulo, regla la imposibilidad de cumplimiento, a la cual también le reconoce la capacidad de extinguir las obligaciones, y la define en el artículo 955 del CCyC, al decir que se trata de la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, pero deja en claro que si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados, lo cual la ubica dentro del régimen de novación, por cambio de su objeto.

Prescripción

Finalmente, incluimos dentro de la extinción de las obligaciones al instituto de la prescripción, porque el mismo también extingue a las obligaciones.

Sobre el mismo, el Código Civil y Comercial fija un plazo general de cinco años, conforme lo indica en su artículo 2560, pero también fija plazos especiales, los cuales prevé en su artículo 2561, donde incluye un solo plazo mayor de diez años, por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces, uno de tres años dispuesto en el segundo párrafo de ese artículo para cuestiones de responsabilidad civil contractual o extracontractual e indica como imprescriptibles las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad, también el CCyC dispone plazos menores, de dos años, conforme con las previsiones de los artículos 2562 y 2563 y de un año, para los casos que regla en su artículo 2564.

4.6. Conclusión

Hemos desarrollado dentro de este capítulo a las obligaciones, pero únicamente para entender los conceptos y elementos que son de interés para nuestra investigación.

De ese modo, hemos explicado qué debemos entender por una obligación, cuáles son los elementos que la constituyen, cómo las regló el código de Vélez y como las dispone el CCyC.

Nos interesó que se comprenda la diferencia entre la causa fuente y la causa fin, ambas definidas en el CCyC, porque las dos tienen significativa importancia para esta tesis, visto que la causa fuente de una obligación pactada en moneda extranjera provendrá esencialmente de la ley o del contrato, y la

causa fin o causa del acto jurídico, deberá responder a la pregunta ¿para qué me obligo?

Justamente, la respuesta a esa pregunta es importante para poder saber si la ley debe proteger el pacto de cumplir una obligación en moneda extranjera o no, esto es, y para ello, resulta trascendente saber qué persiguieron las partes al momento de pactar una obligación en moneda extranjera, seguridad, menor costo del dinero, pago en el exterior, deuda de valor, etc.

En función de ello, la parte final del artículo 765 del CCyC ha sido resaltada en este capítulo, porque dicha norma, en su primer parte establece que una obligación de dar dinero es una especie dentro del género de dar, pero su última parte dispone la extinción de una obligación pactada en moneda extranjera, si el deudor cumple con una prestación alternativa.

Justamente por ello, hemos desarrollado brevemente el régimen que el CCyC ha dispuesto para las obligaciones alternativas y para las facultativas, éstas últimas, solo explicadas para dejar en claro que la previsión del último párrafo del artículo 765 del CCyC se debe ubicar como alternativa.

Asimismo, dentro de este capítulo hemos explicado los diferentes regímenes que ha tenido este tipo de obligaciones en la Argentina, desde el código de Vélez, pasando por la reforma de la ley de convertibilidad, y el cambio que ésta produjo sobre los artículos 617 y 619 de ese cuerpo legal, hasta llegar al CCyC y sus encontrados artículos 765 y 766.

Resulta interesante remarcar que dentro de este capítulo hemos desarrollado la facultad que le otorga el artículo 765, última parte, al deudor de moneda extranjera, y que la misma es entendida por la doctrina como supletoria, y por lo tanto renunciable, pese a lo cual, hemos expresado ciertos reparos a esas eventuales renunciaciones.

Otra cuestión de interés ha sido la definición de cosas fungibles que establece el artículo 232 del CCyC, y las no fungibles por contradicción, y la determinación que hemos realizado de ubicar como cosa fungible al dinero, independientemente de que se le reconozca curso legal o no.

El axioma de entender a la moneda extranjera como cosa fungible, tiene validez, porque obliga al deudor a reintegrar la misma cantidad de cosas de idéntica calidad y especie.

Luego hemos tratado el concepto de intereses y sus diferentes tipos, para luego concluir que el CCyC acepta la acumulación, cuando así haya sido pactado entre las partes o lo prevean otras disposiciones legales, aunque el mismo CCyC les reconoce a los jueces la facultad de reducirlos, ante la existencia de específicas circunstancias.

También hemos investigado sobre la forma de extinción de las obligaciones, destacando que el pago constituye la forma usual de cumplir con una obligación.

De todos modos, hemos explicado que existen otros medios de extinguir una obligación, todos los cuales están expresamente tratados en el CCyC, y por ello, desarrollamos sucintamente a todas las demás, explicando la compensación, la confusión, la novación, la dación en pago, la renuncia y la remisión, la imposibilidad de cumplimiento e incluimos dentro de un modo anormal de extinción de las obligaciones, al instituto de la prescripción.

En síntesis, hemos tratado las partes sustantivas de las obligaciones para esta investigación, porque ellas nos permiten destacar que la ley reconoce a la obligación como una relación jurídica protegida, en la cual el acreedor tiene el derecho de exigirle a su deudor el cumplimiento de la prestación destinada a satisfacer un interés lícito, y en caso de incumplimiento, poder obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.

Sirviendo estos conceptos, en especial en relación con poder exigir su cumplimiento, dentro de las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

En los siguientes capítulos de esta tesis, pasaremos a tratar a los contratos en general, por ser la principal causa fuente de las obligaciones, para luego desarrollar algunos tipos de contratos en particular, siendo justamente por ello muy importante, que comprendamos los principios básicos que integran una obligación, especialmente cuando su cancelación o extinción, se encuentre prevista en moneda extranjera.

Capítulo 5 – Concepto y tipos de Contrato

5.1. Introducción

En forma preliminar, corresponde explicar que este punto de nuestra investigación, tiene únicamente por objeto, desarrollar el concepto de contratos y sus tipos, pero solo, en lo que hacen al interés de nuestra tesis, por lo tanto, no incluiremos importantes cuestiones relativas a los contratos, como es el caso de los sub-contratos y los contratos conexos que se regulan en los artículos 1069 al 1075 del CCyC, porque ello extendería en forma manifiesta e inconducente nuestro trabajo, sin utilidad para la comprobación de la presente tesis.

Consecuentemente, solo se incluyen en este punto, los conceptos y elementos de los contratos que entendemos de interés en relación al régimen legal aplicable a las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Habiendo realizado esta necesaria y previa aclaración, iniciamos el tema de los contratos diciendo que el régimen del Código de Vélez definía a las convenciones hechas en los contratos, como la ley misma para las partes, y dicha posición era coherente, porque en aquellos tiempos, tenía gran preponderancia la autonomía de la voluntad al momento de contratar y –consecuentemente- se entendía que una vez que se arribaba a un acuerdo, el mismo debía ser cumplido por los contratantes, previendo para el caso de incumplimiento, la reparación del daño, más allá de la ejecución del mismo, que también se podía accionar.

Corresponde entender que los contratos siempre han sido considerados importantes dinamizadores de las relaciones económicas, y de ahí la necesidad de protegerlos, por parte de la legislación imperante para cada tiempo.

Dentro de ese contexto, y a los efectos de la presente tesis, resaltamos que los contratos tradicionalmente se clasifican como nominados e innominados, entendiendo por los primeros a los que se encuentran previstos dentro del ordenamiento legal y –por contradicción- los innominados los que no lo están.

Resulta de interés, reiterar, que Hariri (2011) sostiene sobre esta clasificación que:

Téngase en cuenta que el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables sino que, por el contrario, está en

perenne movimiento y en constante evolución, también, bajo el aspecto técnico.
(p.462)

Justamente por ello, Hariri (2011) expresa, que no podemos encerrarnos en una enumeración de los contratos, porque la vida nos enseña que aparecen otras modalidades de contratos, como producto de la voluntad y de la creación del hombre.

Independientemente de la opinión de Hariri (2012), y si bien no forma parte del interés de nuestra tesis, destacamos que el CCyC clasifica los contratos en los artículos 966 al 970 como unilaterales y bilaterales, a título oneroso o gratuito, conmutativos y aleatorios, contratos formales, y finalmente y conforme ya lo hemos explicado, como nominados e innominados.

A continuación, nos explayaremos sobre la voluntad como parte sustantiva de la existencia de los contratos, y como primera cuestión diremos, que ella se encuentra presente cuando hay discernimiento, intención y libertad.

Por lo tanto, ante la ausencia de –por lo menos- alguno de estos tres elementos, se afecta la voluntad y por ello, la existencia misma del contrato que haya sufrido dicha anomalía.

El otro elemento de interés en relación con los contratos, se refiere a las reglas aplicables para su correcta interpretación, las cuales podemos dividir en primer término, entre la denominada teoría de la voluntad íntima, expuesta por la doctrina francesa, también conocida como de la voluntad real y que tan bien fuera expuesta por Savigny, la cual pretende conocer la verdadera intención de las partes al momento de contratar, pero, en relación con esta postura, Borda (2011), nos enseña: “Lo primero que debe señalarse es que aquello “verdaderamente” querido por los contratantes, en la medida en que no sea expresado, resultará inaccesible para terceros, con la consiguiente inseguridad jurídica que se genera.”
(p. 487)

Coincidimos con la reflexión de Borda (2011), cuando dice que siguiendo esta doctrina, no solamente se podría llegar a facilitar el obrar desaprensivo de quien actúa de manera dolosa y con mala fe, sino que también, se podría estar premiando a quien hubiera obrado de buena fe, pero sin que haya prestado demasiada atención al texto firmado, esto es, con una conducta negligente, que

en síntesis significaría que no preste demasiada atención a las divergencias que pudieran existir entre lo manifestado y su voluntad íntima.

A esta teoría, se le opone la que se conoce como de la declaración de la voluntad, sostenida por la escuela alemana, en la cual se resalta lo que las partes han expresado al momento de contratar, buscando de ese modo, apuntalar la seguridad jurídica y también buscando con ello, una forma de proteger la confianza depositada en la palabra empeñada.

En relación con esta escuela, Borda (2011), ubica a Danz como su más importante expositor y también menciona a Planiol y Ripert, toda vez que éstos dos últimos pensadores, justificaron el hecho de dejar de lado la voluntad íntima en la llamada seguridad dinámica, esto es, en la necesidad de hacer producir efectos a las situaciones aparentes, de manera de garantizar a los contratantes, que lo escrito debe respetarse, aun cuando no responda exactamente a lo querido.

Corresponde dejar en claro, que la teoría de la declaración de la voluntad incluye tanto la declaración, como la voluntad, y si esta última estuviese viciada por error, dolo o violencia, el contrato, obviamente, no tendría validez.

Finalmente, en relación con las reglas de interpretación de los contratos, también se han desarrollado las llamadas teorías eclécticas, que se ubican en un lugar intermedio entre las dos anteriores ya explicadas, es decir que toman ciertas enseñanzas de ambas escuelas, para tratar de interpretar de la forma más certera posible a los contratos.

Dentro de estas teorías eclécticas, podemos mencionar a la de la responsabilidad, la cual sostiene que, si existen diferencias entre la voluntad íntima y lo declarado en el contrato, debe prevalecer la primera al momento de tener que interpretar el contrato.

También corresponde destacar a la teoría de la confianza, que tiene su origen en Italia, y defiende la posición antagónica a la que se explicara anteriormente, es decir que, ante la discrepancia, prevalece lo que se haya declarado en el contrato, salvo que el destinatario hubiese actuado culposamente, esto es, sabiendo o debiendo saber que no había correspondencia entre lo declarado y la verdadera voluntad.

Asimismo, y siempre dentro de las teorías eclécticas, se encuentran la de la imputabilidad, sostenida por Ruggiero, la cual se inclina por establecer la interpretación contractual, siguiendo los parámetros de buena o mala fe.

Siguiendo con esta enumeración, están la teoría de las declaraciones recepticia y no recepticia, es decir, que, para su interpretación, esta escuela tendrá presente lo declarado y lo que se haya querido, pero claro está que eso querido debe tener por lo menos alguna manifestación, aunque sea incompleta; y la última de estas teorías de interpretación de los contratos es la de la voluntad común, que sostuvo Spota y que busca focalizar la voluntad común, es decir, lo querido por ambas partes.

Pero más allá de las diferentes teorías que han pretendido establecer las reglas de interpretación de los contratos, coincidimos con Borda (2011) en el sentido de entender que el criterio rector en materia de interpretación de los contratos, es el principio general de buena fe, al que deben subordinarse todas las demás reglas interpretativas y así lo ha entendido el CCyC, toda vez que ya desde su parte preliminar establece a la buena fe como un principio fundamental en materia de contratos y de los actos jurídicos en general.

Específicamente el CCyC regla a la interpretación de los contratos en sus artículos 1061 al 1068 y en ellos expresamente privilegia a la intención de las partes y a la buena fe, la interpretación restrictiva cuando así se encuentre previsto en la ley o por convención, salvo en el caso de los contratos por adhesión y en los de consumo, el sentido de las palabras, la interpretación contextual, las fuentes de interpretación, como auxiliar y para el supuesto de ser necesario, el principio de conservación del contrato, la protección de la confianza y de la lealtad que las partes se deben recíprocamente, y los principios de interpretación que deben aplicarse en los contratos gratuitos y en los onerosos, cuando pese a todo, persistan las dudas.

Habiendo concluido con esta somera mención relativa a las reglas de interpretación de los contratos, pasamos a desarrollar los cambios que ha sufrido desde hace bastante tiempo la definición que el código de Vélez les otorgaba a los contratos en su artículo 1197, en realidad, se trata de una importante alteración, la cual en general, se explica bajo la figura de que ha nacido un nuevo paradigma.

Así, diferentes autores entendieron que el instituto del contrato estaba en crisis, porque los principios que lo sustentaban bajo la concepción de Vélez habían sufrido importantes condicionamientos que mermaban el principio de la amplia autonomía que ese código les reconocía a las partes al momento de contratar.

Efectivamente, la autonomía de la voluntad estaba sufriendo importantes embates y paulatinamente el contrato fue dejando de ser el producto de un acuerdo entre dos partes, para transformarse en un documento que contenía cada vez menos componentes de la voluntad de los contratantes, y más regulación legal de tipo imperativa.

De este modo y en forma creciente, aún bajo la vigencia del código de Vélez, la autonomía de la voluntad comenzaba a ceder ante las disposiciones legales que buscaban preservar el orden público y las buenas costumbres, conforme con lo que ya disponía el artículo 21 de dicho código y con la irrupción de la reforma de la ley 17.711, el derecho argentino incorporó la lesión como vicio propio de los actos jurídicos en su artículo 954, y la doctrina de la imprevisión indicada en la segunda parte del 1198, además de la teoría del abuso del derecho previsto en el artículo 1071 de dicho ordenamiento legal.

Toda esta limitación a la libre contratación que fue recibiendo nuestro ordenamiento, fue íntegramente acogida por el Código Civil y Comercial de la Nación, desde su misma parte preliminar, efectivamente, ya en su artículo 10 se establece el principio rector del abuso del derecho, su artículo 12 establece que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

A estas previsiones generales, se le deben adicionar las reglas que establece el Código Civil y Comercial de la Nación, en relación con la lesión y sus soluciones, conforme lo indica el artículo 332 y de la teoría de la Imprevisión, que se encuentra replicada sin mayores cambios a la versión de la ley 17.711, y que se encuentra prevista en el artículo 1091 del nuevo ordenamiento legal.

Si bien el CCyC clasifica los contratos entre a título oneroso y título gratuito, conmutativos y aleatorios, contratos formales, y finalmente, entre nominados e innominados, nosotros solo nos abocaremos a desarrollar los denominados contratos paritarios, los de adhesión y los de consumo, para luego

tratar las reglas generales relativas a la extinción, modificación y adecuación de los contratos.

Efectivamente, luego de haber realizado estas primeras aclaraciones, concluimos este punto, explicando que el CCyC diferencia los contratos, entre los paritarios o de negociación individual, que son aquellos que tienen mayor primacía la voluntad de las partes, los contratos de adhesión, que son aquellos mediante los cuales, uno de los contratantes adhiere a las cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra y los de consumo, que se identifican porque una de las partes surge como notoriamente más débil al momento de contratar y por ello el CCyC y las leyes especiales le brindan al débil una mayor protección legal.

5.2. Contratos Paritarios

Los contratos paritarios o de negociación individual, se encuentran legislados en el CCyC a partir del artículo 957, el cual, define al contrato diciendo: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Como se puede observar, esta definición no es diferente a la que establecía el artículo 1137 del Código de Vélez, es cierto que se trata de un texto más preciso, pero no ha variado la noción del contrato que se tenía.

Esto significa, que el CCyC, ha consagrado el concepto que la doctrina y la jurisprudencia ya habían acordado, al entender que un contrato es todo acto jurídico bilateral y patrimonial.

De esta forma, Rivera (2015), nos explica que:

El nuevo Código Civil y Comercial consagra legislativamente la noción de contrato que la doctrina y la jurisprudencia habían consensuado en su labor interpretativa y de aplicación del Código de Vélez. De modo que contrato es todo acto jurídico bilateral y patrimonial.

Bajo ese concepto entran en la noción de contrato los actos jurídicos que crean relaciones jurídicas, pero también las que las modifican (la novación), las transmiten (la cesión), las regulan (el contrato de arbitraje), o las extinguen, como la transacción o el distracto. (p. 399)

La libertad de contratación para este tipo de convenios se encuentra prevista en el artículo 958 del CCyC, el cual la garantiza, basada en la autonomía

de la voluntad, aunque siempre dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Rivera (2012), explica en relación con esta previsión, que:

El nuevo art. 958 consagra aspectos esenciales de la denominada libertad de contratación causada en la autonomía de la voluntad, esto es: la libertad de contratar o no contratar y la facultad de las partes del negocio de configurar el contrato. (p. 402)

En cuanto al efecto vinculante, el artículo 959 lo define en los siguientes términos que es: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en los que la ley lo prevé.”

Esta libertad de contratación asegura tres principios fundamentales que se encuentran protegidos por la Constitución Nacional, nos referimos a que nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad, en segundo lugar, que todos tenemos pleno derecho para elegir la persona con la cual queremos contratar y en tercer término, podemos determinar el contenido del contrato, aunque esta última garantía tiene límites que el CCyC destaca desde el mismo inicio de su articulado.

En relación con la libertad de contratación, también resulta importante destacar que, conforme lo establece expresamente el artículo 962 del CCyC, por regla general, las leyes que regulan a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes.

Otra característica de los contratos en general y de los paritarios en forma especial, es su aspecto vinculante, que los torna de cumplimiento obligatorio para las partes firmantes.

Recordemos que el artículo 1197 del código de Vélez disponía que los contratos, conformaban para las partes, una regla a la cual debían someterse como a la ley misma y el artículo 959 del CCyC adopta el mismo precepto del efecto obligatorio, pero omite la equivalencia con la fuerza obligatoria de la ley.

Aclaremos que la segunda parte del artículo 959 del CCyC al establecer que: “Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en los que la ley lo prevé”, está indicando que los efectos de la interpretación y aplicación de los contratos debe estar en consonancia con las

previsiones del artículo 1076 y siguientes del CCyC, cuando tratan la extinción, modificación y adecuación del contrato.

Es decir que el CCyC instituye que los contratos tienen fuerza vinculante u obligatoria para las partes, y ello tiene su fundamento en los artículos 17 y 19 de la constitución nacional, toda vez que el artículo 965 del CCyC, establece que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

De todas maneras, la inalterabilidad de las estipulaciones contractuales no es absoluta, porque el artículo 960 del CCyC, esto es el inmediatamente siguiente, expresamente indica que, por excepción, los jueces tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos celebrados libremente entre particulares.

¿Cuándo ello se encuentra autorizado?, el mismo artículo dice que ello es posible en los casos que lo autoriza la ley o de oficio, si se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

La realidad, es que el Código de Vélez, no contenía una previsión con esta profundidad, pero ya se autorizaba en el viejo régimen, la revisión de lo acordado en caso de lesión, que se encontraba prevista en el artículo 954 del código civil derogado, y la imprevisión, que había sido incorporada por la reforma de la ley N° 17.711, al final del artículo 1198, del anterior régimen.

Esta facultad, que el CCyC les otorga a los jueces, lejos de aparecer como una excepción, en realidad, permite como regla general, que los magistrados judiciales se inmiscuyan en contratos paritarios y suscriptos entre parte libres, para modificarlos, ya sea porque alguna de las partes se lo solicita basado en la autorización que le otorgue alguna ley o inclusive de oficio, en este último caso, si se afecta el orden público.

Para el caso de modificaciones autorizadas por la ley, el CCyC nos está remitiendo al vicio de lesión que prevé en su art. 332, el de imprevisión, incorporado en el art. 1091, el de reducción de cláusulas penales, previsto como facultad del juez en el segundo párrafo del art. 794 y la previsión del art. 771 relativa a la reducción de tasas de interés, cuando la tasa exceda, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

En cuanto a la segunda posibilidad que faculta a los jueces a modificar contratos, esto es, cuando afecta al orden público, el proyecto preveía que en ese caso, el efecto era la nulidad, pero el CCyC ha optado por el principio de conservación del negocio y por ello faculta al juez a que lo modifique para acomodarlo a las reglas de orden público, esto se puede apreciar de modo más claro si lo centramos dentro de los contratos de consumo y la potestad tuitiva del Estado a favor del más débil, pero no parece tan claro para que sea aplicado a los contratos paritarios.

La buena fe es un elemento esencial que debe encontrarse presente en toda relación jurídica y el art. 961 del CCyC lo establece expresamente para todos los contratos, pero, ¿Cómo debemos entenderla?, según enseña Rivera (2012), corresponde en primer lugar establecer con precisión la correcta noción de la buena fe, la cual tiene dos vertientes, una de ellas es comportarse como lo hace la gente honesta, es decir con lealtad y rectitud, en síntesis, no hacerle al otro lo que no nos haríamos a nosotros mismos y la otra tiene que ver con el convencimiento de que la actuación que se ejerce es legítima.

En segundo término, tiene importancia las funciones que acarrea este principio, porque es causa de exclusión de culpabilidad de ciertas conductas, que sin buena fe serían consideradas ilícitas, como es el típico caso del adquirente de buena fe, además es un elemento esencial al momento de interpretar y ejecutar los contratos y también tiene la función de limitar los derechos subjetivos.

También en los contratos paritarios, las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, salvo las excepciones que establece el art. 962 del CCyC, basadas en su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, porque en dichos casos, el carácter de esas normas se torna para las partes, indisponible.

En cuanto a la relación normativa, el art. 963 del CCyC establece que cuando concurren disposiciones de este código y de alguna ley especial, las normas se aplican ubicando en primer término a las normas particulares del contrato, en segundo lugar, aparecen las normas supletorias de la ley especial y en último lugar, las normas supletorias del Código.

Este orden de prelación establecido resulta lógico, porque el CCyC no pretende abarcar todo el derecho civil y comercial y por ello, dispone en primer lugar el respeto de las normas del contrato, que se sostiene en el principio de la

autonomía de la voluntad, y luego ubica a la ley especial, para recién después de ello, introducir las normas supletorias que establece el CCyC, siendo en el contrato de consumo, el caso más usual para la aplicación de este orden.

En relación con los elementos que integran el contrato, Rivera (2012), nos dice:

El mismo Díez Picazo concluye que el contenido del contrato son reglas de conducta. De ese modo el contrato tiene un contenido preceptivo, reglamentario; todo contrato consiste, en definitiva, en la formulación, más o menos complicada, de un deber ser y de un poder hacer. Los poderes y los deberes son efectos del contrato; el contenido es la formulación, la regla que establece o estatuye esos deberes o poderes. (p. 417)

Finalmente, el art. 965 del CCyC establece que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

Esta expresa disposición no formaba parte del código de Vélez, pero la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ya había establecido el principio de inviolabilidad de la propiedad resultante de los derechos que emanan de los contratos, toda vez que, como ya hemos referenciado al momento de tratar el derecho propiedad, dispuso: "(...) El principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia, tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones." (CSJN, Fallos: 145-307, Considerando 3).

Para terminar este punto, resaltamos que el contrato paritario se caracteriza porque en él existe una previa y libre discusión, planteada entre partes iguales, la cual tiene por objeto crear obligaciones y generar derechos entre ellas, lo cual indica con toda claridad, que no estamos en presencia de contratos masificados de adhesión, sino que nos encontramos ante un documento personalísimo, celebrado entre libres contratantes y en igualdad de condiciones, en donde necesariamente debe quedar reflejado en su articulado, los frutos de la negociación de condiciones que tuvieron que ser discutidas, para haber arribado a ese acuerdo.

5.3. Contratos Celebrados por Adhesión a Cláusulas Generales Predispuestas.

Esta modalidad define al acuerdo que es redactado por una sola de las partes en el que la otra simplemente adhiere o no al mismo, aceptando o rechazando el contrato en su integridad.

El ejemplo más claro para este tipo de contrato, son los del sector del seguro, telefonía, contratos bancarios, transporte, TV por cable o satelital, etc.

En este tipo de contratos, desaparece la libertad contractual que ambas partes tienen para estipular sus cláusulas, y esa modalidad es reemplazada por la redacción que las grandes corporaciones hacen de antemano, con lo cual, a sus futuros clientes, no les queda otra opción que rechazar el contrato o firmarlo tal como ha sido perfeñado.

Se trata de un tipo contractual que tiene su utilidad en la uniformidad, visto el tipo de servicio que se presta, que también es homogéneo, pero en forma paralela, estas conductas han generado importante cantidad de denuncias por abuso de las corporaciones, siendo las más emblemáticas, las prácticas de los grandes bancos, telefonías fijas y de celulares, entre otros servicios.

Asimismo, la inexperiencia de los consumidores en el uso responsable de los productos que se les ofrecen por medio de estos contratos de adhesión, han producido diferentes crisis sociales, como por ejemplo los bancarios, como es el caso de las tarjetas de crédito, cheques y préstamos de dinero, que los consumidores reciben gracias a esos contratos de adhesión y que en algunas circunstancias les terminan generando más perjuicios que beneficios.

El principal problema que plantean estos contratos es el relativo a la validez del consentimiento, porque la relación bilateral equilibrada se rompe con la aparición del contrato por adhesión. Efectivamente, al hablar de contrato de adhesión, nos estamos refiriendo a un documento dirigido a un número indeterminado de contrapartes e innegociable, y donde el consumidor debe elegir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o privarse de él.

Esta realidad, evidencia una debilidad, al poner en serias dudas la presencia del imprescindible consentimiento contractual.

En virtud de la aparición de esta forma contractual, el CCyC lo define en su artículo 984, como: “aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”

Alterini (1998), en relación con este asunto, explica que el contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere. (p. 134).

En consonancia, Stiglitz (1998) destaca que, en el contrato por adhesión, la libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión, esto es, la facultad de contratar o no contratar, y si se trata de bienes imprescindibles, ni siquiera aquella existe. La autorregulación, como facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece. La igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas. Ello determina la necesidad de examinar desde afuera el contenido contractual para asegurarse de que no existan vicios invalidantes en el consentimiento residualmente prestado, o la existencia de cláusulas abusivas. (p. 253)

Nuestro CCyC regula a esta modalidad contractual a partir del artículo 984, bajo la denominación de contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en ese artículo ya lo define como “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Rivera (2015) hace una interesante crítica a esta definición, porque entiende que era más feliz la que proponía el proyecto de 1998, al afirmar que era aquel en el cual una de las partes se había visto precisada a dar su consentimiento. (p.460)

Otro esencial requisito que establece el CCyC para esta modalidad contractual es que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes y lo remarca en el artículo 965 al establecer que la redacción debe ser clara y fácilmente legible.

Asimismo, por cláusula general predispuesta debemos entender como a todas aquellas que son utilizadas en todos los contratos de un mismo tipo, como por ejemplo las condiciones generales expresadas en el contrato de seguro, el cual se integra de esas condiciones generales, aplicables a todos los asegurados y las condiciones particulares, las cuales se redactan para cada contrato en particular.

En relación con el término predispuesto, significa que su redacción ha sido determinada unilateralmente por una de las partes.

Naturalmente, el CCyC establece una serie de exigencias para que esas cláusulas predispuestas sean eficaces. Todas ellas están enumeradas en el art. 985 del Código, siendo la primera de ellas, que sean comprensibles, luego de lo cual se requiere su autosuficiencia, es decir, que se basten a sí mismas y sin tener que acudir a otro texto o documento, para comprenderla.

También se les exige a estas cláusulas su fácil legibilidad y ello además de referirse a los términos utilizados, tiene que ver con el uso del idioma nacional, salvo que por disposición legal expresamente se autorice a utilizar un idioma extranjero.

Resulta trascendente recalcar que nuestro CCyC establece en su art. 986 que ante la incompatibilidad entre las cláusulas generales y las particulares, prevalecen éstas últimas, lo cual es lógico porque las particulares se han pactado teniendo expresamente en cuenta a ese contrato en particular.

Asimismo, y en concordancia con criterios legislativos para cuestiones análogas, como sería el caso de los libros de comercio y la contabilidad, las cláusulas ambiguas para esta modalidad contractual se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente, conforme lo indica el art. 987 del CCyC.

Las cláusulas abusivas se tendrán como no escritas para estos contratos y entre ellas se enuncian las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, las que importan renuncia o restricción a los derechos del adquirente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias y las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Justamente en relación con este art. 988, Rivera (2015) dice que nuestra ley ha optado por una fórmula abierta, dejando de ese modo en manos de los jueces la determinación de si una cláusula en concreto cae o no dentro de las expresiones de la ley. (p. 465)

Además, y en relación con esta modalidad contractual, el art. 989 aclara que la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial, y faculta a los jueces a integrar un contrato cuando ha declarado su nulidad parcial, siempre que no pueda subsistir sin comprometer su finalidad.

Para ser claros, la supresión de una cláusula abusiva, significa una nulidad parcial del contrato, lo cual puede significar que, pese a esa nulidad, el contrato

siga existiendo sin comprometer su finalidad, con lo cual, nada más debería producir el juez, salvo que esa supresión afecte la finalidad del contrato, como podría ser el caso de exigencias de imposible cumplimiento por parte de una compañía de seguros para que el asegurado tenga por acreditado el siniestro que pueda haber denunciado, pero si el juez las considera abusivas, en ese supuesto sí, deberá integrarlo con los requisitos que sean menester para que la compañía de seguros pueda tener por acreditada la existencia del siniestro denunciado.

Concluyo el desarrollo de esta modalidad de contrato, destacando que el CCyC ha adoptado soluciones diferentes al momento de reglar las nulidades y las cláusulas abusivas. Efectivamente, la regla general del art. 389 dispone que la nulidad solo es parcial si las cláusulas son separables, y en ese supuesto, resulta procedente la integración, pero en las cláusulas abusivas, como hemos visto, el criterio es diferente, porque no tiene relevancia la separabilidad, sino que se faculta al juez a que integre el contrato, cuando la invalidación de la cláusula abusiva afectase a la finalidad del contrato.

5.4. Contratos de Consumo

Como ya hemos referenciado, dentro de los últimos tiempos, han irrumpido en forma vehemente, los denominados contratos de consumo, que hoy recepciona en forma expresa el CCyC y que constituyen la gran mayoría de las relaciones que existen entre partes.

La regulación de los contratos de consumo en el CCyC significó que esta norma recogiera principios que ya formaban parte de nuestro sistema jurídico - artículo 42 de la CN, Tratados Concordantes y Ley de Defensa del Consumidor con el objeto de otorgar un mayor marco de protección al consumidor, lo que se traduce una serie de prerrogativas a su favor, que se complementa con las leyes de lealtad comercial y defensa de la competencia.

Dentro de esa protección, resulta importante mencionar que el artículo 7 del CCyC indica la eficacia temporal, la cual se diferencia del proyecto de 1998, toda vez que el Código Civil y Comercial se aplica a las consecuencias y no a las relaciones, también aclara que las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto disposición en contrario y aclara que la retroactividad establecida por ley, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales, dejando en claro en su último párrafo, que las leyes supletorias no son aplicables a los

contratos en curso, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En relación con este artículo, destacamos lo manifestado por Garrido Cordobera (2016):

Recuerdan que en cuanto a la relación de la voluntad y las leyes pueden ser calificadas en imperativas cuando prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntad de las personas sujetas a las mismas, y en supletorias o interpretativas cuando trata de suplir la voluntad no expresada por las partes en el contrato. De acuerdo al Código Civil la ley supletoria vigente al tiempo de celebración del contrato lo integra y si están en curso de ejecución según Borda es el modo de respetar la voluntad de las partes.

Las partes solo pudieron tener en cuenta las normas que conocían, “la aplicación retroactiva de las normas supletorias significaría algo así como un cambio introducido en un contrato asentado sobre otras bases, lo que no parece razonable” (2. La aplicación de la ley, la irretroactividad, la inmediatez y otras cuestiones, a que situaciones se aplica la nueva Ley, parr. 19 y 20).

Asimismo, Sola (2015), refiere:

Así, en el último párrafo del actual art. 7° se establece “que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. La razón, es que al tratarse de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción “común” sobre la revisión a las normas supletorias vigentes, y que por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, pretendiendo interpretar lo que hubieran pactado las partes de haberlos previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido de que, al contrato en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor.” (p.77)

También resulta útil en esta instancia destacar, que el CCyC produjo un cambio no menor en relación con los contratos de consumo, toda vez que suprimió de la aplicación de la LDC, a los sujetos expuestos a una relación de consumo. Ello se ha concretado por dos vías, por un lado, el art. 1092 del CCyC, toda vez que, al definir a la relación de consumo, no menciona a los sujetos expuestos a dicha relación, como sujetos equiparados al consumidor, y por otro lado, las normas complementarias, específicamente el Anexo II, 3.1., sustituye el art. 1° de la LDC, que determina su ámbito de aplicación, eliminando la

equiparación de los sujetos expuestos con los consumidores, a quienes habitualmente se los denomina, *bystander*.

Asimismo, y en relación con los contratos de consumo, el Código Comentado dirigido por Lorenzetti (2015) -cuya participación fue esencial en la redacción del nuevo Código- se expresa que:

La calificación de un contrato como parte de esta categoría abre una perspectiva enorme para el consumidor, ya que como tal gozará de una protección legal abarcativa de diversos aspectos, ya sea en lo relativo a la redacción del acuerdo (cláusulas abusivas), el carácter contractual de las precisiones publicitarias, como lo relativo a los supuestos especiales (venta fuera de los establecimientos comerciales). (p. 237)

En este sentido, y con el objeto de proteger al consumidor -parte débil en una relación de consumo- el art. 1094 establece que “las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor y el acceso al consumo sustentable”, y el art. 1095 determina que el contrato de consumo “...se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación se adopta la que sea menos gravosa”.

Entendemos de interés destacar que, al tratar los contratos de consumo, el legislador se ha referido –también- a la utilización de medios electrónicos, posibilidad que contempla como una modalidad especial de contratación, estableciendo ciertos recaudos que el contratante deberá tomar respecto del consumidor.

Las modalidades especiales de contratación ponen su atención en la vulnerabilidad a la que queda expuesto el consumidor, y en este contexto deben interpretarse las disposiciones referidas a la contratación electrónica, lo que resulta esencial al momento de implementar nuevas tecnologías para la celebración de contratos.

Establecida la validez de los medios electrónicos para la instrumentación de los contratos de consumo, en el art. 1107 se impone la obligación de informar al consumidor, en los siguientes términos:

Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar,

todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

Partiendo de la base según la cual el consumidor que utiliza esta modalidad de contratación queda expuesto a mayores riesgos, propios de la contratación electrónica, el CCyC establece que corresponderá al contratante brindar al consumidor información específica referida al medio de contratación elegido. Puntualmente, la norma se refiere a la obligación de proporcionar al consumidor, la información necesaria para operar adecuadamente en el medio elegido, la información indispensable para conocer sus riesgos, y, la comprensión de quien se hará cargo de estos.

La falta de información adecuada ocasionará responsabilidad del proveedor, y en ese aspecto, Lorenzetti (2015), expresa que: “La falta de conocimiento de los datos que posibiliten al consumidor obrar adecuadamente, así como de conocer los riesgos asumidos, importará que el proveedor responda, eventualmente, en los mismos términos del incumplimiento del deber de información”. (p. 278)

Corresponde tener presente que, en general, la doctrina considera que las cláusulas referentes a la eximición de responsabilidad que pudieran ser incluidas en el contrato, así como las que colocaran la responsabilidad exclusivamente sobre el usuario o consumidor, podrían ser calificadas como abusivas, de conformidad con lo que indica la regla general del artículo 1119.

Lorenzetti (2015), nos enseña que lo prescripto en la parte final del artículo 1107 debe entenderse sobre la base de que:

Se trata de supuestos en los que el consumidor pueda hacerse cargo de ciertas contingencias cuando esta situación no se basa en una cláusula abusiva, una situación jurídica abusiva o la violación de una previsión legal o reglamentaria. Dadas estas condiciones, si el consumidor no es debidamente informado, deberá el estipulante hacerse cargo de esos riesgos, conforme establecen el art. 1095 del Código Civil y el artículo 37 de la Ley 24.240”. (p. 278)

Finalmente, y en materia de prescripción, destacamos que el artículo 50 de la ley 26.994, disponía que “las acciones judiciales, las administrativas, y las sanciones emergentes de esta ley prescribirán en el término de 3 años. Cuando

por otras leyes generales o especiales se fijan plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario.

Se destaca que, en virtud de esta norma, el 12 de marzo de 2012, La Cámara Nacional en lo Civil, dictó el fallo plenario Sáez, que estableció en 3 años el plazo de prescripción en materia de transporte de pasajeros.

De todos modos, se aclara que las normas complementarias del CCyC, sustituyen el art. 50 de la LDC, y disponen que las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años, eliminándose de esta forma, la referencia a las acciones judiciales.

Esto significa que, más allá del plenario Sáez, la reforma ha eliminado el plazo de prescripción especial para casos de aplicación de la LDC, y ello genera una nueva discusión interpretativa sobre cuál debe ser el plazo de prescripción aplicable a las relaciones de consumo.

Efectivamente, ello es así porque el plazo aplicable resultará el previsto por el art. 2561, párrafo 2do del CCyC, es decir, 3 años para daños derivados de responsabilidad civil, o el que surja de las leyes especiales en caso de existir, que sería de 2 años para el caso de contratos de transporte, conforme lo establece el artículo 2562, inciso d del CCyC, de un año para contratos de seguros, según lo indica el artículo 58 de la ley 17418 y también de un año para los vicios redhibitorios, conforme lo establece el artículo 2564, inciso a del CCyC, todo lo cual deja en claro que la normativa vigente ha generado una dispersión de los plazos de prescripción, lo cual podría significar que la reforma reduce la protección al consumidor, al acortar los plazos de los que este disponía para efectuar reclamos judiciales en virtud de la LDC.

En síntesis, y de acuerdo a lo que hemos visto, los contratos de consumo se encuentran suficientemente tratados en el CCyC y en las leyes especiales, lo cual ha producido una útil combinación del sistema legal en esta materia, toda vez que se han integrado los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, con los principios y reglas generales de protección mínima establecidos en el CCyC y también con la reglamentación detallada existente en la legislación especial, que brindan una sostenida protección al consumidor y/o usuario, en relación con los contratos de consumo.

5.5. Extinción, Modificación y Adecuación del Contrato

El CCyC regula la extinción, modificación y adecuación del contrato entre sus artículos 1076-1091.

En relación con esta regulación, corresponde decir que no se trata de una cuestión novedosa dentro de nuestra legislación, porque ya el artículo 1200, primer párrafo, del Código de Vélez preveía el distracto del contrato.

También, aunque con diferentes denominaciones y algunas modificaciones, esta cuestión fue incluida en las Leyes o Proyectos, entre los que cabe recordar a la Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, Comisión Especial del Senado y Cámara de Diputados –sancionado en Diputados en 1987 y Senadores a fines de 1991-, elevado al Poder Ejecutivo fue vetado por éste en su totalidad; Proyectos posteriores: del Poder Ejecutivo de 1993 (Comisión designada por decreto 468/92), Federal de 1993 (sancionado por la Cámara de Diputados) y el de 1998 (Comisión Honoraria, decreto PE 685/95).

El artículo 1076 del CCyC dispone que el contrato puede extinguirse por rescisión bilateral, aclarando que, salvo estipulación en contrario, esa extinción solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros.

Leiva Fernández (2015) sostiene que la rescisión bilateral es un contrato, tal como con claridad lo establecía el art. 1040 del proyecto de 1998, por ende, estamos en presencia de un acto jurídico bilateral sujeto a todas las reglas sobre validez de tales actos. (p. 633)

El artículo 1077 del CCyC prevé la extinción de los contratos por la declaración de una de las partes, la cual puede producirse por medio de una rescisión unilateral, revocación o resolución, pero supeditado a que esa atribución, se encuentre prevista en el mismo contrato o en la ley.

La extinción en este caso es un acto recepticio, es decir que se requiere que la declaración de extinción sea emitida por todos los integrantes de una parte y comunicada a todos los sujetos de la otra parte y el contrato queda extinguido cuando esa comunicación sea recibida.

La rescisión unilateral tiene efectos hacia el futuro, es decir, del mismo modo que opera la rescisión bilateral, y por ello, no tiene efectos retroactivos, salvo que exista una expresa disposición legal que se lo otorgue.

El artículo 1011 del CCyC, en su último párrafo, permite la rescisión unilateral de contratos de larga duración, consecuentemente, gracias a la existencia de este artículo de aplicación general, las rescisiones unilaterales han

pasado a tener una fuente legal, más allá que la parte que rescinda debe darle a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe.

Claros ejemplos de fuente legal son los contratos bancarios, a sus efectos ver en el artículo 1383, en el caso de la cuenta corriente, artículo 1441, al tratar la frustración del contrato, artículo 1090, la excesiva onerosidad sobreviniente, esto es la teoría de la imprevisión reglada en el artículo 1091, en la locación, artículos 1203 y 1218, en el de concesión, artículo 1508, en el de franquicia artículo 1522 y en el de comodato, artículo 1541.

El caso de la revocación, como otra forma de extinguir contratos, tuvo su origen en los actos jurídicos unilaterales, como es el caso de los testamentos, el otorgamiento de poderes establecido en el artículo 380, en la donación, artículo 218, esto nos ubica en un acto jurídico unilateral e incausado, que se puede ejercer si existe una previsión contractual o legal que lo autorice.

En cuanto al supuesto de resolución, estamos en presencia de un acto jurídico unilateral y extintivo, que además requiere la voluntad de la parte que lo resuelve.

Un tradicional ejemplo de resolución es la del pacto comisorio, que opera ante el incumplimiento de una de las partes y constituye la principal causa de resolución facultativa.

Diferente es el caso de la condición resolutoria prevista en los artículos 343 y 348 del CCyC, porque una vez que se cumple el hecho extintivo, que constituye la condición resolutoria, no es necesaria que las partes lleven adelante actividad alguna para que se extinga ese contrato.

El artículo 1078 del CCyC indica las disposiciones generales para la extinción de los contratos por rescisión unilateral, revocación y resolución, salvo disposición legal o convencional en contrario.

El artículo 1079 del CCyC establece la operatividad de los efectos de la extinción, dependiendo que estemos en presencia de rescisión unilateral y la revocación, que produce efectos hacia el futuro y la resolución, que produce efectos retroactivos entre las partes y que no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.

Los artículos 1080 y 1081 del CCyC reglan el régimen de restitución, para el caso de extinción total o parcial por rescisión, revocación o resolución generadas a partir de la decisión de una de las partes entre las partes y dentro de

lo posible y que corresponda, de lo que hayan recibido en razón del contrato, o su valor, conforme con las reglas de las obligaciones de dar para restituir.

El artículo 1082 legisla sobre la reparación del daño, para los casos que proceda, el cual queda sujeto a los límites que se indican en esta norma.

Las disposiciones generales del pacto comisorio expreso y tácito están previstas en los artículos 1083 a 1085 del CCyC. El artículo 1086 se refiere al pacto comisorio expreso, el artículo 1087 al tácito, el artículo 1088 dispone los presupuestos y exigencias para la procedencia de resolución por cláusula resolutoria implícita.

El artículo siguiente aclara que el requerimiento dispuesto en el artículo 1088 no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales.

Los casos típicos de esta previsión son los contratos con prestaciones correlativas, como es el supuesto de la locación, donde la parte locadora se encuentra facultada a resolver el contrato ante la falta de pago de dos períodos, y esa extinción se producirá de pleno derecho y surtirá efecto desde que la parte habilitada por la ley le comunique fehacientemente a la otra, su voluntad de resolver.

Ya hemos mencionado en algún punto anterior, la extinción del contrato por resolución, cuando se presente la frustración de la finalidad del contrato, la cual está prevista en el artículo 1090 del CCyC. Efectivamente, dicho artículo prevé que, en este supuesto, la parte perjudicada está autorizada a declarar la resolución contractual, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada

Finalmente, el artículo explica que la resolución es operativa cuando la parte perjudicada, comunica su declaración extintiva a la otra y se deja en claro que, si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho de resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

La última previsión de esta parte del CCyC, es decir el artículo 1091, trata la teoría de la imprevisión, pero siendo esta cuestión un elemento sustantivo de la tesis, la trataremos en un punto específico y con mayor desarrollo.

Por lo tanto, en este punto de nuestra tesis, solo mencionaremos que se encuentra prevista en el artículo 1091 y que permite, ante determinadas circunstancias, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.

5.6. Conclusión

Como hemos desarrollado, el régimen del Código de Vélez equiparaba a las convenciones hechas en los contratos, con la ley misma para las partes, por lo cual resultaba coherente, que, ante su incumplimiento, se pudiese demandar la reparación del daño, más allá de la ejecución del mismo, la cual también podía ser accionada.

En tiempos del Código de Vélez y más aún ahora, debemos entender al mundo de los contratos como en plena y continua evolución, por ello, no podemos encerrarnos en una enumeración de los contratos, porque como ha dicho Hariri (2011), la vida nos enseña que aparecen otras modalidades de contrato, como producto de la voluntad y de la creación del hombre.

Bastantes cambios han sido introducidos por el CCyC en relación con las previsiones del código anterior en cuestión de contratos, aunque en realidad, la definición que el código de Vélez le otorgaba a los contratos en su artículo 1197, ya venía sufriendo alteraciones, producto de la evolución social que recogía la jurisprudencia, todo lo cual y en general, se explica bajo la figura de que ha nacido un nuevo paradigma.

Es decir, que aún bajo la vigencia del código de Vélez, la autonomía de la voluntad ya había comenzado a ceder ante las disposiciones legales que buscaban preservar el orden público y las buenas costumbres, conforme con lo que ya disponía el artículo 21 de dicho código y con la irrupción de la reforma de la ley 17.711, el derecho argentino incorporó la lesión como vicio propio de los actos jurídicos en su artículo 954, y la doctrina de la imprevisión indicada en la segunda parte del 1198, además de la teoría del abuso del derecho previsto en el artículo 1071 de dicho ordenamiento legal.

Así y como ya hemos dicho, diferentes autores entendieron que el instituto del contrato estaba en crisis, porque los principios que lo sustentaban bajo la concepción de Vélez habían sufrido importantes condicionamientos que mermaban el principio de la amplia autonomía, que ese código les reconocía a las partes al momento de contratar.

Pero lo que perdura sin alteración y como rector para la correcta interpretación de los contratos, es el principio de la buena fe, al que deben subordinarse todas las demás reglas interpretativas.

Otro elemento de interés, es que el CCyC mantiene el principio de fuerza vinculante y obligatoria que los contratos tienen para las partes, y ello no podría ser de otro modo, vistas las previsiones existentes en los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que el artículo 965 del CCyC, establece que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante, pero hemos visto que pese a estas manifestaciones, esa vinculación y obligatoriedad es relativa y totalmente sujeta a las restricciones legales y a las de la interpretación judicial, en este último supuesto y como hemos visto, en caso que lo autoriza la ley o de oficio, si se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Hemos manifestado y resaltamos, por ser de sumo interés para el desarrollo de esta tesis, que el CCyC le otorga a los jueces una facultad, lejos de aparecer como una excepción, en realidad, permite como regla general, que los magistrados judiciales se inmiscuyan en contratos paritarios y suscriptos entre parte libres, para modificarlos, ya sea porque alguna de las partes se lo solicita basado en la autorización que le otorgue alguna ley o inclusive de oficio, en este último caso, si se afecta el orden público.

Por supuesto que esta facultad aparecerá mucho más usada dentro de los denominados como contratos celebrados por adhesión, porque en ello una de las partes es la que redacta las cláusulas del acuerdo y la otra simplemente adhiere o va al mismo, aceptando o rechazando el contrato en su integridad.

Justamente, al no estar presente en este tipo de contratos, la libertad contractual que ambas partes tienen para estipular sus cláusulas, la facultad judicial de inmiscuirse en estos contratos se encuentra más justificada que en los paritarios.

En relación con esta cuestión, Rivera (2015) dice que nuestra ley ha optado por una fórmula abierta, dejando de ese modo en manos de los jueces la determinación de si una cláusula en concreto cae o no dentro de las expresiones de la ley. (p. 465)

Corresponde tener en claro que la regulación de los contratos de consumo en el CCyC, significó que esta norma recogiera principios que ya formaban parte

de nuestro sistema jurídico -artículo 42 de la CN, Tratados Concordantes y Ley de Defensa del Consumidor con el objeto de otorgar un mayor marco de protección al consumidor, lo que se traduce una serie de prerrogativas a su favor.

También hay algunas cuestiones distintivas en las previsiones que trae el CCyC, al momento de tratar la extinción, modificación y adecuación de los contratos.

Como hemos visto, el artículo 1076 del CCyC dispone que los contratos pueden extinguirse por rescisión bilateral y por rescisión unilateral, si existe declaración de una de las partes, pudiendo en dicho supuesto, producirse por medio de una rescisión unilateral, revocación o resolución, pero, y recordemos, supeditado a que esa atribución, se encuentre prevista en el mismo contrato o en la ley.

También el CCyC incluye dentro de sus previsiones al pacto comisorio expreso y tácito, los cuales se encuentran previstos en los artículos 1083 a 1085 del CCyC.

No está ausente del CCyC, a la teoría de la imprevisión, que ya se hallaba inserta en el código de Vélez, gracias a la reformar de la ley 17.711, la cual, y como ya hemos indicado, trataremos en un punto específico y con mayor desarrollo, por la importancia que tiene para comprobar nuestra hipótesis.

En lo que nos interesa, y dentro de estas conclusiones sobre los contratos en general, resaltamos las previsiones del artículo 1367 del CCyC, porque dicha norma involucra a las obligaciones de restituir depósitos de moneda extranjera, visto que expresa:

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentran en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad.

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo.

Esta norma, se compatibiliza con lo previsto en el artículo 868, porque ahí el CCyC dispone: “El acreedor no está obligado a recibir, y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta de la debida, cualquiera sea su valor”.

Queda como un interesante interrogante, el debate sobre si los denominados contratos de consumo son en realidad contratos o si, en lugar de

encontrarnos ante un nuevo paradigma, estamos ante otra forma de acto jurídico, diferente, nuevo, no contractual, pero ello excede esta tesis, y por su importancia, sin duda merece su propia y profunda investigación.

Capítulo 6 – Contrato de mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera

6.1. Introducción

El código de Vélez no contenía un artículo que definiese o conceptualizase al derecho real como tal, en lugar de ello, establecía la diferencia entre los derechos personales, en los que la persona era el sujeto pasivo de un derecho y los derechos reales, que como su nombre lo indica, recaían sobre las cosas.

Esto quiere significar, que Vélez adoptó para su código, la teoría dualista, siendo diferente el caso del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), toda vez que éste define a los derechos reales en el artículo 1882, y lo hace del siguiente modo: “El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

Highton (2015), al referirse al CCyC, expresa:

Define el derecho real, teniendo en cuenta su esencia, como un poder. Ese poder consiste en un señorío de la voluntad y se ejerce de propia autoridad, en forma autónoma e independiente de toda otra voluntad. Resulta de igual forma claro que se ejerce directamente sobre su objeto, sea éste mueble o inmueble. (¿Qué es un derecho real?, parr. 2)

Gurfinkel de Wendy (2015), refiere en relación con esta parte general de los derechos reales del CCyC, diciendo:

Cuando se encara la elaboración de una teoría general es ineludible formular una definición lo suficientemente amplia que contenga todos los atributos de ese objeto, a pesar que algunos puedan no estar presentes en ciertos casos. En este sentido podemos definir el objeto sobre el cual se ejerce el derecho real como un bien actual y determinado, que esté en el comercio, susceptible de aprovechamiento, de contenido patrimonial, y que se encuentra a disposición del sujeto en cantidades limitadas. (p. 215)

En relación con el derecho real de hipoteca, Kiper (2007) explica:

Como es sabido, los derechos reales tienen por objeto cosas ciertas, determinadas, actualmente existentes, que se encuentren en el comercio. No se

concibe el derecho sobre cosas inciertas o futuras. En el caso de la hipoteca, su objeto es un inmueble (p. 26)

De conformidad con lo explicado, la hipoteca se encuentra constituida sobre un bien inmueble, y corresponde aclarar que podrá ser propiedad del obligado principal o de un tercero, en este último supuesto, siempre que el ajeno a la deuda principal hubiese dado el expreso y formal consentimiento para que un inmueble de su propiedad garantice el pago de la deuda de un tercero.

En función de lo explicado, un inmueble garantizará el debido pago de un mutuo y/o el cumplimiento de una obligación pecuniaria, la cual puede ser del mismo propietario del inmueble o de un tercero, y esa garantía siempre se otorga a favor de un acreedor hipotecario.

Por lo tanto, dicha hipoteca forma parte de los derechos de propiedad del acreedor, y tiene importancia reiterar lo que ya hemos explicado en puntos anteriores, en el sentido que nuestro máximo tribunal, ha aplicado en reiteradas oportunidades los principios que emanan del precedente Bourdieu, el cual entiende que cuando se habla de derecho de propiedad, el mismo recae sobre todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, lo cual incluye derechos como son los que un acreedor puede tener en un mutuo hipotecario, el cual y como principio del derecho de propiedad, no puede ser alterado, y en ese sentido ha dicho:

La prohibición de alterar las obligaciones de los contratos en general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre los particulares, como a las concertadas entre éstos y los Estados, o por los Estados entre sí. (CSJN, Fallos 145:307, Considerando 4).

En relación con esta cuestión, entendemos importante introducir el pensamiento de Bentham (1864), pensador y jurista del Reino Unido de Gran Bretaña, cuando al referirse a la propiedad dijo: “Propiedad y ley han nacido juntas y mueren juntas, antes que la ley fuera hecha no había propiedad, elimina la ley y la propiedad cesa”. (p. 113). Y en el mismo sentido, aunque en forma más directa, Cohen (1954) en estos términos: “Eso es propiedad que puede tener adherida la siguiente etiqueta: para el mundo: mantente alejado hasta que tengas mi permiso, que yo puedo conceder o retener: firmado ciudadano privado. Endosado: El Estado”. (p. 374)

En síntesis, el derecho de propiedad es inviolable en la República Argentina y nadie puede ser privado de él sino en virtud de sentencia fundada en ley o por causa de expropiación basado en causa de utilidad pública calificada por ley y con el pago de previa indemnización.

Por lo tanto, dentro de dicha férrea protección, debemos incluir los derechos que le reconoce el CCyC al acreedor del mutuo hipotecario, tanto en relación con el cumplimiento de la obligación principal, como de la ejecución de la garantía accesoria, en caso de incumplimiento.

Pero del mismo modo, el deudor hipotecario, aun cuando haya incumplido su obligación principal, goza de la protección de la ley en relación con su propiedad y para privarlo de ella, su acreedor deberá transitar, en caso de falta de acuerdo con su deudor, el camino judicial hasta que un juez dicte la sentencia de condena correspondiente.

6.2. El derecho real de hipoteca

Luego de esta introducción, entendemos importante, mencionar que la hipoteca se destaca como el derecho real, que se constituye sobre bienes inmuebles y por medio del cual, estos quedan gravados en garantía al cumplimiento de una determinada obligación, para cuya seguridad se constituyen.

Por lo tanto, cuando nos referimos a la hipoteca, estamos en presencia de un derecho real, indivisible, accesorio del de crédito, de realización de valor, que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria, que siempre recae sobre bienes inmuebles y que se caracteriza, frente a otros derechos reales, en que se requiere su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para estar debidamente constituida.

Justamente, la utilización de este derecho real resulta muy común en la actividad financiera y/o bancaria, vista la importancia de los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles, donde la garantía, su pago, es el mismo bien inmueble que se adquirió con el préstamo, es decir que se configura una garantía o derecho para recuperar el dinero prestado y tal derecho es el de la hipoteca; esta garantía está presente desde hace mucho tiempo y siempre se ha

mantenido en la historia como uno de los derechos más importantes, en cuanto a garantías de carácter real.

Los estudiosos ubican el origen histórico de la hipoteca, en el derecho romano y como el resultado de 2 figuras o formas que existían para la garantía de *las deudas, las cuales eran:*

- a) La fiducia: este modo de cobrar consistía en que el deudor realizaba un traspaso sobre la propiedad de un bien al acreedor, medio por el cual se daba la garantía; pero además de esto significaba una gran desprotección para el deudor, en si la garantía era mucha para el acreedor y era muy negativa para el deudor.
- b) La prenda o pignus: en esta forma se entrega la propiedad de un bien mueble, lo que refleja que la figura no ha sufrido muchas variaciones puesto que aún se maneja de igual manera.

Debido a que en muchas ocasiones los deudores necesitaban de sus bienes para poder generar medios que con pagar la deuda que significaban los préstamos y créditos, se dio una nueva figura, fue la prenda sin desplazamiento, permitiendo así que el deudor pudiera emplear un determinado bien que le es de vital importancia para generar ingresos para pagarle a su acreedor.

La anterior figura dio como origen las primeras muestras de lo que sería la hipoteca; pero ella recién lograría su pleno desarrollo a partir de la creación de los Registros Públicos, lo cual permitió darles seguridad jurídica a los contratantes y con ello, el uso generalizado de la hipoteca como garantía para el pago de mutuos y/o de obligaciones propias y/o de terceros.

Nadalani realiza una interesante explicación del régimen de la hipoteca, comparando el régimen imperante durante el código de Vélez con el nuevo Código Civil y Comercial de Nación.

En ese sentido, este autor sostiene que el CCyC impregnó de nuevos matices a las garantías reales, estableciendo modificaciones sustanciales al conjunto y en la especie según el caso.

Lo primero que advertimos es que se respeta la tríada histórica de figuras, pero modificando su ubicación en la enunciación típica del artículo 1887, que es en el que ahora se enumeran los derechos reales como en el anterior Código lo hiciera el artículo 2503, por lo que la anticresis se menciona inmediatamente después de la hipoteca, relegando a la prenda al último inciso de la tabla.

Este orden se mantiene también a la hora de la regulación particular de cada instituto. Otra medida significativa y celebrada es que se instaura un capítulo inicial en el Título XII de nuestro Libro Cuarto, de Disposiciones Comunes.

Esta suerte de teoría general de los derechos reales de garantía, que se plasma desde el artículo 2184 hasta el artículo 2204 inclusive, anticipa un tratamiento más ordenado que tiende a establecer principios rectores y a evitar superposiciones innecesarias e inconvenientes.

La hipoteca, la anticresis y la prenda, comparten dos de las clasificaciones de los derechos reales previstas en este Cuerpo.

En todos los casos se trata de derechos reales sobre cosa ajena (lo que resulta lógico, ya que los acreedores en cada caso no podrían someter en garantía de sus créditos objetos de su propio patrimonio); y además son los únicos derechos que se reconocen como accesorios, es decir, dependientes de un derecho principal al que se anexan.

En lo demás, dos de ellos se ejercen por la posesión –la anticresis y la prenda-, y uno –la hipoteca- no implica tradición del objeto; y dos de ellos resultan sobre objetos registrables –la hipoteca y la anticresis-, en tanto la prenda reconoce objeto bienes sobre los cuales no se prevé registro alguno, salvo el caso de los muebles registrables, como es el caso de los automotores.

En apenas siete artículos, y luego de elaborar una teoría general de las garantías reales, el CCyC resuelve la regulación de la hipoteca. A todas luces la garantía más significativa del derecho privado argentino.

Este exiguo número de artículos, no significan una disminución de la figura, sino que fortalecen la inteligencia y acierto de haber decidido estratégicamente la creación de un capítulo de disposiciones comunes que irradia sobre las tres garantías especiales y torna sobre abundante un desarrollo casuístico de cada instituto en particular.

El artículo 2205 brinda un concepto que supera en calidad y especificidad a la vieja definición que brindaba el antiguo artículo 3108. Se la define como un derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados (el anterior Código decía “bienes inmuebles”, expresión confusa por su amplitud), que continúan en poder del constituyente, el antiguo texto rezaba “que continúan en poder del deudor”, lo que era al menos parcialmente incompleto, ya que la

hipoteca podía ser constituida por un tercero no deudor, y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado. El texto anterior no refería al derecho de persecución ni al derecho de preferencia.

La norma del artículo 2206 especifica quiénes están legitimados para constituir hipoteca. Allí se menciona a la titular de dominio, de condominio, de propiedad horizontal, de conjuntos inmobiliarios y de superficie.

Se suma aquí al titular de conjuntos inmobiliarios, atento a que es uno de los derechos reales inmobiliarios sobre cosa propia incorporados al nuevo texto legal. Respecto a la superficie, recordemos que el artículo 2120 primera parte se expide sobre esta potestad.

Sobre la cuestión de los legitimados, entendemos particularmente relevante las definiciones que se establecen respecto al condómino y la posibilidad de afectar en hipoteca la cosa por su parte indivisa sin necesidad de consentimiento de los demás comuneros. Y se fortalece la decisión, al permitir al acreedor hipotecario ejecutar la parte indivisa sin tener que esperar el resultado de la partición.

El Código de Vélez resultaba mucho más confuso en la materia, y entre sus normas condicionaba la validez de la hipoteca constituida por el condómino a los resultados de la partición. Además, el artículo 2207 que estamos analizando, culmina su redacción estableciendo que no resulta oponible al acreedor hipotecario la partición del condominio que los condóminos hubiesen realizado privadamente sin su consentimiento.

Es decir que se otorga al acreedor hipotecario una herramienta de contralor que pretende cubrirlo frente a la actuación privada de su garante que podría diluir su expectativa respecto de la garantía.

Respecto a la forma de la convención hipotecaria, el artículo 2208 del CCyC impone su constitución por escritura pública, al igual que lo hacía el antiguo artículo 3128; dejando a salvo las excepciones que la propia ley pudiese admitir.

La segunda parte de la norma permite que el acreedor acepte la hipoteca ulteriormente, en tanto lo haga también por escritura pública y siempre que se formule antes de su registración.

En un sentido similar se expedía la norma del artículo 3130 del texto civil derogado. La norma del artículo 2209 del CCyC simplemente desgana en qué consiste para la hipoteca la necesidad de cumplir con la especialidad en cuanto al objeto; al definir que en el título constitutivo debe determinarse la ubicación, linderos, medidas, y en fin, todos los datos que permitan individualizarlo adecuadamente.

Es una norma que refuerza lo que ya en la teoría general disponen el artículo 2188 del CCyC y concordantes. Recordemos también que el artículo 2190 del CCyC se expide ante la falta de alguno de los elementos de identidad, cuestión que tratamos oportunamente.

Resulta de interés poner de manifiesto, que por ley 27.271, de reciente sanción, el artículo 2210 del CCyC ha sido modificado, por lo que ahora queda determinado que los efectos de la inscripción de la hipoteca en el registro general de la propiedad se conservan por el término de treinta y cinco (35) años y admite renovación.

Es importante señalar que la renovación debe operarse antes del cumplimiento de los treinta y Cinco (35) años, para evitar de ese modo la especie de la nueva inscripción.

Recordemos que la inscripción registral de esta garantía es crucial a los fines de la publicidad y la oponibilidad, atendiendo especialmente a que la hipoteca no implica tradición del inmueble gravado.

En relación con la hipoteca y la compraventa del inmueble, Kiper (2009) expresa:

En ocasiones se realizan en forma conjunta la compraventa y la cancelación de la hipoteca, ya que se emplea el dinero de la primera para aplicar a la segunda. Todo depende de lo que las partes establezcan, ya que también es factible que la parte compradora asuma la deuda del vendedor y tome a su cargo la hipoteca, hasta tanto sea exigible la deuda que garantiza. (p. 325)

Finalmente, el artículo 2211 del CCyC, afirma que las previsiones del Capítulo no quitan validez a las convenciones que las partes puedan acordar sobre otras formas de ejecución de la hipoteca reconocidas por leyes especiales. Pensemos por ejemplo en el régimen de ejecución previsto desde hace algunos años en la ley 24.441.

6.3. El contrato de mutuo con garantía hipotecaria pactado en moneda extranjera.

Lamber (2015), lleva adelante un análisis referido al contrato de mutuo con la mentada garantía real, como cuando lo hacemos con las hipotecas en moneda de curso legal, pero con la consabida diferencia interpretativa que mereciera en nuestro derecho durante el siglo y medio de vigencia del Código de Vélez.

Es decir, que, si era moneda extranjera, no tenía curso legal en la República y, por tanto, no se regía por el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, sino de dar cantidades de cosas. Pero con el tiempo, y tras la sanción de la Ley 23.928, quedaron ambas situaciones equiparadas bajo un mismo régimen, es decir, como obligaciones de dar sumas de dinero, pero ahora, desde la vigencia del CCyC, vuelven a separarse.

Sin embargo, ello no tiene gran incidencia en cuanto al mutuo, porque a este contrato (tanto en el Código de Vélez como con el CCyC), poco le importa la diferencia, por cuanto la moneda no hace a su esencia.

Ya decía Borda en relación con la definición del artículo 2240 del Código de Vélez, que la médula del mutuo es un préstamo y, como tal, se entiende de uso. Pero como comprende cosas consumibles, el uso no permite su devolución, debiendo restituirse otra cosa de la misma especie y calidad. Incluso, si no fuera consumible, sino simplemente fungible, equiparado a aquellas, siendo las cosas fungibles idénticas unas a las otras, “siempre que una persona ha entregado una cantidad de ellas, sea a título de préstamo, depósito, mandato, etc., sólo puede exigir que se le devuelva otra de la misma especie y calidad”.

El CCyC pone el acento, en materia de mutuo, en las cosas fungibles, por cuanto la diferencia no afecta a la naturaleza del contrato y en ambos casos no se restituye la misma cosa, sino otra de la misma especie y calidad.

Así, Lamber (2015), continúa diciendo que las cosas consumibles, según el artículo 231 del CCyC son “aquellas cuya existencia termina con el primer uso”, mientras que el artículo 232 del CCyC define a las cosas fungibles como aquellas en las que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y puede sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad”.

Por tanto, la naturaleza del mutuo está determinada por el compromiso del mutuante a entregar al mutuario en propiedad (dado que la cosa dada ya no se devuelve en su propio ser) una determinada cantidad de cosas fungibles, y el

mutuario se obliga a devolver, no la misma cosa, sino igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie. Si la cosa entregada es trigo, se le deberá restituir la misma cantidad de trigo y de la misma especie y calidad, y si es moneda, de curso legal o extranjera, el deudor debe reintegrar, como ya lo señala el artículo 766 CCyC, “la cantidad correspondiente de la especie designada”. La posibilidad del mutuo en dinero resulta no solo de la naturaleza expresada, sino de la propia expresión del artículo 1527 CCyC, cuando en su segundo párrafo establece que “si el mutuo es en dinero, el mutuario debe intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada”. Tiene igual tratamiento la moneda extranjera, a pesar de la diferencia que resulta del artículo 765 CCyC en cuanto a sus efectos, propios de las de dar sumas de dinero cuando lo es de curso legal o de las de dar cantidades de cosas, cuando no lo es. Se desprende claramente de la lectura de esta norma, que dinero es tanto la moneda de curso legal como la extranjera, por cuanto diferencia esta última por una asimilación a las de dar cantidades de cosas, reguladas con toda prolijidad por el Código de Vélez, pero omitidas en el actual, salvo esta referencia meramente comparativa.

En el código de Vélez, ambas obligaciones estaban comprendidas en el tratamiento de las obligaciones con relación al objeto, específicamente en el Título VII “De las obligaciones de dar” (arts. 574-624).

En la primera etapa de nuestra legislación civil, al no darse a la moneda extranjera el tratamiento igualitario con la de dar sumas de dinero de curso legal, se aplicaban las normas sobre obligaciones de dar cantidades de cosas del Capítulo 3 (arts. 606 a 615 Código de Vélez).

Hoy se vuelve a esta separación en el tratamiento de las obligaciones de dar sumas de dinero para las referidas a las de curso legal, y de dar cantidades de cosas a las de moneda extranjera, a través de la distinción que hace el artículo 765 CCyC, con un limitado tratamiento de éstas últimas.

En el Código de Vélez, tenían una perfecta regulación, que hoy puede servir de fuente interpretativa de los casos implicados. Si no hay normas expresas sobre esta materia, habrá que recurrir a las contradictorias previsiones que se encuentran dispuestas sobre obligaciones pactadas en moneda extranjera, en dos artículos seguidos, el 765 y el 766 del CCyC,.

Porque el primero de ellos libera al deudor que cancela su obligación entregando la cantidad de moneda de curso legal que sea equivalente a la deuda

de moneda extranjera y el artículo 766 CCyC, expresa “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada”, como se puede ver, se trata de dos diferentes previsiones para obligaciones, que como la hipotecaria, mayoritariamente se establecen en moneda extranjera. Habrá que ver qué resuelve la justicia cuando esta problemática se le presente.

Lamber (2015), también entiende que el CCyC nos obliga a replantear cuestiones urticantes, como lo son las obligaciones de dar sumas de dinero o las de dar cantidades de cosas.

Estas últimas son casi ignoradas en la nueva legislación, pero existen por la sola remisión que se hace a ellas al tratarse de obligaciones en las que se estipulara dar moneda que no sea de curso legal en la República (art. 765).

En cuanto a la moneda extranjera, Busso (1958) señala que no estamos en presencia de dinero, cuando éste se encuentra fuera de los límites de su soberanía, y por ello se lo considera como mercadería; no obstante, puede tener el carácter de dar sumas de dinero, si así se lo atribuye normativamente, como sucediera con la Ley 23.928 del año 1991, que modificó los artículos 617, 619 y 623 del Código de Vélez, hasta la actual reforma del Código Civil y Comercial.

La moneda deja de ser entonces obligación de dar suma de dinero y retorna al criterio de dar cantidades de cosas. En mérito a ello, y ante la futura interpretación de las nuevas normas, conviene recordar los artículos 607 y 608 del Código de Vélez por cuanto –como dice el primero de ellos– el deudor debe dar, en lugar y tiempo propios, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad, que concuerda con la referida actualmente a las obligaciones de dar dinero. Allí, el artículo 766 del CCyC, establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada y con los actuales principios de identidad, integridad, puntualidad y localización del pago (art. 867), y en particular, la de no dar el deudor ni recibir el acreedor una prestación distinta a la debida (art. 868).

Lamber (2015), nos dice que, con cita de Savigny, Luis De Gásperi, diferencia respecto del dinero el valor nominal del valor metálico y del valor corriente. Define el valor nominal como el atribuido a cada pieza de moneda por voluntad del Estado emisor, que, según su forma, puede serlo por la simple amonedación o por una notificación pública hecha por ley.

Diferenciadas hoy en el artículo 765 del CCyC, como obligación de dar dinero, si el deudor debe cierta cantidad de moneda (determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación), si se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. De lo expresado resulta que si se trata de moneda de curso legal – y ante la imposibilidad de indexar sus valores, salvo supuestos excepcionales de deudas de valor–, el criterio para utilizar es el del nominalismo. Es decir, se debe tanta cantidad de la moneda de curso legal como se hubiera establecido en el acto constitutivo, aunque deberán diferenciarse las obligaciones de restituir de las que resultan de la transferencia de derechos reales, que pueden estar sujetas a convenios especiales. Mientras que cuando se trata de moneda extranjera (equiparable a la mercadería, pero con la particularidad de que lo es como moneda y no de otra especie), al aplicar las reglas de las obligaciones de dar cantidades de cosas, nos encontramos con la duda ante la alternativa normativa de dar el equivalente si el mismo es al momento de la constitución o al momento de pago, en cuyo caso estaríamos apelando al valor corriente.

6.4. La registración de la hipoteca en el derecho argentino

En la actualidad, la inscripción de la hipoteca ante los registros pertinentes resulta esencial al momento de su oposición a terceros, pero no fue el mecanismo originalmente pensado por Vélez para el tratamiento de la hipoteca.

En realidad, hubo que transitar un largo camino, hasta que llegamos a la vigencia del decreto-ley 17.801 del año 1968, momento a partir del cual, el sistema registral inmobiliario argentino inauguró una nueva etapa, que bueno es recalcar, ha sido de enorme prestigio.

Corresponde tener presente que, de acuerdo con el texto original del Código Civil de Vélez, la existencia de los requisitos del título y del modo, en ambos casos, suficiente, producía la transmisión del derecho real al adquirente y la oponibilidad de éste, contra cualquier reclamo de un tercero (arts. 577, 2377, 2378, 2609, 2977, 3265 y 4003 del Código de Vélez).

Resulta de interés recordar que, para la constitución de hipoteca, Vélez no había establecido modo, pero sí publicidad registral.

En realidad, y como reseña Urbaneja (2011), Vélez, conociendo la realidad de sus tiempos, mantuvo los oficios de hipotecas, que habían sido establecidos por reales cédulas del 09 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783, y puestos en práctica en 1795, fueron consolidados por la del 24 de septiembre de 1802, siendo ésta última, citada en diversas notas de nuestro código civil (arts. 3131, 3145, 3146, y 3148) y les dio regulación sustantiva en su código, aunque modificando, mediante su articulado, algunas de sus disposiciones, con las finalidades de evitar la clandestinidad en esta materia, ver artículos 3115 y 4048 del Código de Vélez.

La posición contraria a establecer registros públicos, que fuera adoptada por Vélez en su código y fundada en la carencia en las provincias de personal capacitado para llevarla adelante, quedó sin fundamento, toda vez que en 1879, esto es, menos de una década después de la sanción de su código, comenzó a funcionar en la provincia de Buenos Aires, el primer registro inmobiliario integral, como Registro de Propiedades, Embargos e Inhibiciones, creado por ley 1.276; y con la federalización de la ciudad de Buenos Aires en el año 1880, surgió la necesidad de crear otro organismo para esa jurisdicción, y entonces nació el Registro de la Propiedad de Hipotecas, de Embargos e Inhibiciones.

Estos organismos se crearon por la necesidad de conferir a la publicidad de seguridad y conocimiento cierto, de ese modo y durante un tiempo, convivieron los oficios de hipoteca y los registros inmobiliarios que receptaban los derechos reales.

Luego de varios proyectos durante el transcurso de muchos años, llegamos a la década del 60 del siglo pasado, y específicamente, el 2 de octubre de 1963, porque en esa fecha la Provincia de Buenos Aires sancionó el decreto-ley 11.643 Registro de la Propiedad de dicha provincia, fundándolo en la experiencia europea y de Estados Unidos de América.

Tal fue el éxito en su aplicación, que la Capital Federal lo adoptó con similares lineamientos con el dictado del decreto-ley 17.417/1967.

Conforme explica Urbaneja (2011), a partir de ese momento, las características salientes del sistema registral inmobiliario argentino son:

- a) Necesidad de Título y Modo para la mutación del derecho real, salvo para la hipoteca, que se adquiere con el título.
- b) El título debe constar en instrumento público como regla general.

- c) El modo requiere la relación real estable, adquirida voluntariamente por tradición (o sus sucedáneos, *traditio brevi manu* y *constituto posesorio*) o por el primer uso, según el derecho real de que se trate.
- d) Las declaraciones de las partes sobre el cumplimiento del modo tienen eficacia, pero no subrogan su cumplimiento efectivo.
- e) Se registran derechos reales, medidas cautelares, afectaciones a regímenes especiales y excepcionalmente derechos personales.
- f) Registración a cargo del notario de los actos autorizados por él.
- g) Registración del Título con distintos efectos, rechazándose el de ser un requisito de la transmisión y destacándose como principal el de oponibilidad de esa transmisión a determinados terceros (carácter declarativo), que puede también alcanzarse por las publicidades posesorias y cartulares.
- h) Inexistencia de convalidación y fe pública registral, entendida ésta última en el sentido tradicional.
- i) Reserva de prioridad indirecta establecida a favor de determinados actos.
- j) Ordenamiento de las constancias registrales según el inmueble (folio real) y vuelco de los datos de los documentos mediante breves notas (técnica de inscripción).
- k) Existencia de al menos un registro inmobiliario en cada jurisdicción (provincia), la que decidirá número, organización y dependencia funcional.

Concluimos este punto destacando que, Urbandeja (2011) explica que los casos vinculados con el ámbito inmobiliario que llegan a los estrados judiciales, muy ocasionalmente tienen que ver con defectos debidos a la aplicación del ordenamiento notarial y registral vigente. Y en ese aspecto, el mencionado autor expresa que, para afirmarlo, basta con ponderar un simple dato: la cantidad de documentos diarios ingresados solamente al Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires es de alrededor de diez mil, de ellos, aproximadamente la mitad son documentos notariales portantes de mutaciones jurídico-reales. Si se compara estos datos con el índice de “litigiosidad” que pueda surgir de los actos registrables, se confirma la convicción tan reiterada de estar en presencia de uno de los sistemas más seguros del mundo.

6.5. La ejecución judicial y la extrajudicial de la garantía hipotecaria.

Desde hace unos años existen dos formas posibles de llevar adelante una ejecución hipotecaria ante el incumplimiento del deudor, la denominada judicial, que es la prevista en el Código Procesal de cada jurisdicción y la denominada extrajudicial (aunque también tiene tramitación judicial, pero abreviada), que fuera instaurada por mérito de la ley 24.441. En los próximos dos puntos trataremos estos dos mecanismos de reclamo.

En la República Argentina, la ejecución judicial de la hipoteca tramita por un proceso especial denominado “ejecutivo” que se caracteriza por la imposibilidad de oponer la falta de causa y en donde solo se permite la defensa con las específicas excepciones que taxativamente prevé el Código Procesal Civil y Comercial de cada una de las jurisdicciones que pueda corresponderle.

De todos modos, en principio, los diferentes códigos de procedimiento de cada una de las provincias son la general coincidentes con el de la Nación.

Por ello, y para este trabajo, mencionaremos las posibles defensas que un ejecutado hipotecario podría oponer en caso de ser llevado a juicio, de conformidad con las previsiones del Código Procesal de la Nación.

Efectivamente, el Libro Tercero de dicho código, titulado “Procesos de Ejecución”, que se inicia a partir del artículo 499, regula los diferentes procesos ejecutivos.

La ejecución hipotecaria está reglada en el Capítulo Segundo – Disposiciones Especiales – Sección 1ª – Ejecución Hipotecaria (Arts. 597-599).

El artículo 597 del CPCCN, establece que las excepciones que se pueden oponer contra una ejecución judicial hipotecaria son:

- a) Incompetencia
- b) Falta de Personería en el ejecutante, en el ejecutado, o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente.
- c) Litispendencia en otro juzgado o tribunal competente.
- d) Falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa. El reconocimiento expreso de la firma no impide la admisibilidad de la excepción de falsedad fundada en la adulteración del documento.

- e) Estas excepciones son inadmisibles si no se ha negado la existencia de la deuda.
- f) Cosa juzgada.
- g) Prescripción.
- h) Pago total, o parcial, quita, espera y remisión. Las cuatro últimas solo podrán probarse por instrumentos públicos o privados o actuaciones judiciales que deberán presentarse en sus originales o testimoniadas al oponerlas.
- i) Dentro del plazo para oponer excepciones podrá invocarse también la caducidad de la inscripción hipotecaria, con los efectos que determina el código civil.

Los artículos 598 y 599 del CPCCN, reglan el mecanismo que debe seguirse en la ejecución hipotecaria judicial, luego del dictado de la sentencia de trance y remate (condena judicial contra el deudor hipotecario).

En relación con el otro procedimiento, que fue inaugurado a partir de la sanción de la Ley 24.441, denominada ejecución hipotecaria extrajudicial y que fue concebida con el objeto de buscar generar una mayor fluidez a los negocios hipotecarios, durante la década de los años 90 del siglo pasado, se dictó en la Argentina un mecanismo que permite la ejecución abreviada de un mutuo con garantía hipotecaria.

Como consecuencia de la crisis del año 2002, fue incluida dentro de la ley de emergencia económica N° 25.563, en su artículo 16, una suspensión por el plazo de 180 días de la totalidad de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias de cualquier origen que fuera, incluidas las previstas en la ley 24.441, aunque estaban exceptuados de esa previsión, los créditos de naturaleza alimentaria y los derivados de la responsabilidad de la comisión de delitos penales, los créditos laborales, los que no recaigan sobre la vivienda del deudor o sobre otros bienes afectados por el mismo a producción, comercio o prestación de servicios, los derivados de la responsabilidad civil y contra la empresa aseguradora, las obligaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley de referencia y los casos en que hubiera comenzado a cumplirse la sentencia de quiebra, con la correspondiente liquidación de bienes.

Este mecanismo abreviado de ejecución se encuentra habilitado para el portador de la letra hipotecaria o de alguno de sus cupones, pero solo cuando así

se hubiera convenido en el acto de constitución de la hipoteca, lo cual debe constar en la letra y en los cupones, ver artículo 45 de ley 24.441.

Específicamente esta ley prevé en su artículo 53 que en caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor a quince (15) días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado.

Vencido ese plazo, se inicia la etapa de este proceso con participación judicial, toda vez que la ley autoriza a que el acreedor pueda presentarse ante el juez competente con la documental hipotecaria pertinente y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo.

Ante esa presentación, el juez debe dar traslado por cinco (5) días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64 de misma ley y además, el juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación del inmueble, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor.

También la ley prevé que, en caso de verificarse la ocupación del inmueble, el juez debe ordenar su desalojo y se faculta al acreedor para que éste solicite directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

Luego de estos trámites, la ley autoriza al acreedor a que, por sí, sin intervención judicial, lleve adelante la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza.

Como se puede apreciar, se trata de un procedimiento que debe estar expresamente acordado al momento de la constitución del mutuo hipotecario, pero que una vez que así ha sido pactado, su forma abreviada permite al acreedor una mayor certidumbre de cobro y en menor plazo, por lo menos en forma teórica.

6.6. Jurisprudencia sobre mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera.

En la presente tesis, solo nos referiremos a dos momentos para tratar los precedentes de jurisprudencia sobre mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera

En primer lugar, y en este capítulo, veremos cómo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación esta problemática de las ejecuciones hipotecaria pactadas en moneda extranjera, luego de la crisis de finales del año 2001 y del año 2002.

En segundo término, qué jurisprudencia existe sobre ejecución de mutuos hipotecarios en moneda extranjera, a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Aclaremos que en el capítulo donde desarrollamos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tratamos en detalle los casos “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria” (Fallos: 330:855). Mutuo hipotecario celebrado en dólares – Monto inferior a los \$ 100.000 – Vivienda única y familiar – Reajuste equitativo; y también el precedente “Souto de Adler, Mercedes c/ Martorano, Marta Teresa” (Fallos: 330:3593). Mutuo hipotecario pactado en dólares – Sentencia firme que ordena ejecución – Solicitud de pesificación.

Por lo expuesto, en esta parte de nuestra investigación simplemente diremos que en ambos casos, la Corte validó la constitucionalidad de la pesificación dispuesta por leyes de emergencia y ratificó en el primero “Rinaldi” el principio conocido como “esfuerzo compartido”, que pesificaba la deuda originalmente pactada en dólares a una relación de 1 peso por cada dólar y luego establecía mecanismos con algún ajuste para intentar de algún modo, paliar la ya importante pérdida que le habían asignado al acreedor del mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera.

En síntesis, luego de la crisis de fin del año 2001 y del año 2002, la jurisprudencia de la Corte validó toda la normativa de pesificación de mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera. En cuanto a la jurisprudencia sobre el cumplimiento de mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, casi en concordancia con el comienzo de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, dictó sentencia en los autos caratulados “Fau, Marta Renee c/ Abecian, Carlos Alberto y Otros s/ Consignación”, Expediente N°79.776/2012 y “Libson, Teodoro y Otros c/ Fau,

Marta Renee s/ Ejecución Hipotecaria”, Expediente N°76.280/2012, ambos por medio de una misma sentencia de fecha 25 de agosto de 2015.

En el primero de los expedientes, la actora y deudora del mutuo hipotecaria pactado en dólares, procedió a consignar su deuda en pesos equivalentes al tipo de cambio oficial del Banco de la Nación Argentina, cuando regía en el país el “cepo cambiario” y la diferencia entre esa cotización y la denominada, contado contra liquidación, era de casi el 80% (BNA \$9 por dólar y contado con liquidación \$14 por dólar).

El argumento de la deudora era que el gobierno no la autorizaba a comprar dólares y la Cámara, Sala F, entendió que la deudora si podía comprarlos bajo el mecanismo legal de contado contra liquidación para poder pagar su deuda en la moneda pactada.

Alternativamente, podía pagarlo en pesos, pero a la cotización bajo el mecanismo denominado contado contra liquidación, pero no hacerlo a la cotización oficial del BNA.

Por expediente separado pero conexo, el acreedor ejecutaba el mutuo por incumplimiento del pago en la moneda pactada.

En síntesis, la Cámara resolvió que los importes consignados por la deudora, calculados al tipo de cambio oficial publicado por el Banco de la Nación Argentina no eran suficientes para permitir a los acreedores obtener el reintegro de lo dado en préstamo o el equivalente para su adquisición en la misma moneda que fue entregada a la deudora. En orden a lo expuesto, la Cámara Nacional en lo Civil (Sala F) estimó acertado el criterio adoptado por la magistrada de primera instancia en cuanto juzgó que en la especie no se configuran los requisitos necesarios para que prospere la consignación intentada por la deudora, la condenó y le impuso con costas del proceso.

Corresponde concluir este comentario diciendo que el fallo estableció la aplicación de la tasa de interés del 6% anual sobre el capital adeudado a partir de la cuota séptima.

6.7. Conclusión

Paolantonio (2015), nos explica que el retorno a la solución que preveía la redacción original del Código Civil hasta su modificación en 1991 es, a su criterio,

la postura más desafortunada en materia de obligaciones y contratos del Código Civil y Comercial.

Lamentablemente, también ingresan a este régimen, los mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera, más allá de las específicas previsiones que dispone el artículo 1525 del CCyC, en relación con esta materia.

Efectivamente, la moneda pactada en la garantía hipotecaria, si es extranjera, ingresa dentro del régimen general de los contradictorios artículos 765 y 766 del CCyC, se trata, por lo tanto, de un verdadero e injustificado retroceso normativo.

Paolantonio (2015) también expresa que las razones que explican el recurso a la moneda extranjera en la contratación privada no pueden ser eliminadas por ninguna norma del Código Civil y Comercial, que lo único que se logra con una solución como la propuesta, es exacerbar las dificultades para celebrar contratos de ejecución diferida o continuada. Ello agravado por el mantenimiento de la errónea prohibición de pactar cláusulas indexatorias, que aún rige, esto último, pese a la imperante y continua inflación que existe en la Argentina.

Téngase presente que la moneda extranjera, es tan usualmente utilizada en los mutuos hipotecarios, porque con ella se busca mantener el valor del dinero prestado, más allá de que en alguna circunstancia, pueda llegar a generar desproporción entre las prestaciones, y sobre ello, Mosset Iturraspe (1994), al referirse al reajuste en los mutuos con garantía hipotecaria o prendaria, expresa:

En los mutuos financieros o no, donde el prestamista es un banco o bien donde se trata de un particular, la presencia de bienes -muebles o inmuebles- dados en garantía, debe llamar la atención del juzgador acerca de “los valores en juego”, de las relaciones entre unos y otros, de la realidad económica. (p. 29)

Todo lo expuesto en estos últimos párrafos, debe ser complementado con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que mantiene hasta la fecha la constitucionalidad de la pesificación dispuesta para los mutuos hipotecarios pactados en dólares previos a la crisis de fines del año 2001 y año 2002 y el fuero civil, luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, dictó un fallo referido a la forma y moneda de pago de un mutuo con garantía hipotecaria, y si bien rechazó la consignación a precio del dólar oficial de aquel momento, que

significaba el cepo cambiario y que con ello se generaba una diferencia entre la cotización del dólar superior al 80%, estableció que el deudor podía cancelar el mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera en pesos, pero a la cotización más aproximada con la realidad, estos al que indicaba por aquellos días la operatoria conocida como de contado contra liquidación.

Asimismo, hemos desarrollado en este capítulo la registración de la garantía hipotecaria ante los organismos competentes, por resultar esencial al momento de su oposición a terceros, y, por otro lado, también hemos abordado las formas de ejecución de una hipoteca, explicando que existe una judicial y otra extra judicial.

Concierne que mencionemos dentro de la presente tesis, que por ley 27.271 ya se ha modificado el Código Civil y Comercial de la Nación, efectivamente el artículo 23 de dicha ley modifica el texto del artículo 2189 del CCyC por el siguiente texto:

Especialidad en cuanto al crédito; En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa.

El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

Por su parte, el artículo 24 de la ley 27.271, modifica el artículo 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto: “Duración de la inscripción: Los efectos del registro de hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco (35) años, si antes no se renueva”.

En síntesis, y luego de mencionar estas modificaciones que tan tempranamente empieza a recibir el CCyC, no podemos concluir este capítulo sin expresar que se supone que todo cambio normativo, obedece a una evaluación acerca de las deficiencias de las reglas legales vigentes y sus efectos negativos en el plano general o individual, y ofreciendo a partir de dicho análisis, una solución superadora.

Lamentablemente, en relación con las obligaciones pactadas en moneda extranjera en general y las de mutuos hipotecarios en particular, el texto del artículo 765 del Código Civil y Comercial, lejos nos ubica de la sana evolución que este delicado tema debe lograr en la Argentina, más allá de la previsión específica del artículo 1525 del CCyC, que por su carácter, debería primar sobre esa regla general, aunque siempre deberemos ver en qué situación la justicia termina aplicando una u otra regla, todo lo cual siembra inseguridad al momento de tener que concertar y/o ejecutar este tipo de contratos.

Capítulo 7 – Contratos bancarios

7.1. Introducción

Dentro de las relaciones de consumo, el contrato bancario se ubica como uno de los más importantes y usuales. Por ello, resulta de sumo interés analizar cada uno de los tipos de contratos bancarios que ahora están reglados por el Código Civil y Comercial de la Nación, para poder describir las reglas que ha establecido la nueva normativa al momento de regular el cumplimiento de obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Efectivamente, el CCyC dedica especialmente un título a los contratos bancarios, tratando en su primera parte los principios generales aplicables a todos los contratos bancarios, y más adelante, trata específicamente a los contratos que tienen como contraparte a un consumidor o usuario.

El art. 1378 establece que las disposiciones relativas a los contratos bancarios se aplican a los celebrados con las entidades alcanzadas por la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación, cuando el BCRA así lo disponga. De eso se sigue que un contrato será calificado como bancario cuando participe de él una empresa bancaria, aunque también será necesario que el objeto del contrato sea referido a la actividad financiera propia de esas entidades.

Resulta interesante mencionar que la inclusión dentro del CCyC de todos los tipos de contratos bancarios, busca darles a ellos, la mayor jerarquía y seguridad posible.

Corresponde que tengamos en cuenta que los contratos bancarios tienen especial importancia dentro de la actividad económica en general, y del ahorro en particular, justamente por ello, Castiñeira (s.f.), expone dos cuadros sobre la evolución del crédito al sector privado y de los depósitos del sector privado, ambos pertenecientes al período que corre desde diciembre de 1997 hasta diciembre de 2008, porque en ellos se puede apreciar la importancia que adquirieron los constituidos en dólares durante los años de convertibilidad, y la

posterior y enorme caída que sufrieron como consecuencia de la pesificación del año 2002.

Cuadro N 7



(http://www.itf.org.ar/actualidad_9.asp)

Regresando al CCyC en relación con el término de contratos bancarios, Villegas (2015), expresa:

Esta denominación de ‘contratos bancarios’ se debe reservar para aquellos contratos que celebran los bancos y entidades financieras autorizadas, que correspondan al ejercicio habitual de la actividad financiera, propia de esas entidades, esto es ‘la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros’, como establece la Ley de Entidades Financieras en su art. 1º. Actividad que comprende tanto la captación de depósitos, como el otorgamiento de créditos, y la prestación de otros servicios complementarios (p. 285).

Por lo tanto, resulta esencial tener en claro que la denominación de “contratos bancarios”, identifica aquellos contratos que celebran los bancos y entidades financieras, en relación con intermediación habitual entre la oferta y la

demanda de recursos financieros- conforme lo establece la Ley de Entidades Financieras 21.526 en su artículo 1º.

Asimismo, y en lo que atañe a la forma de contratación, el art. 1380, se aparta del principio general -de libertad de formas- y establece que los contratos bancarios deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por el CCyC, y que el cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar. O sea, la formalidad exigida es la expresión escrita, pero debemos aclarar que puede constar en cualquier soporte, lo que incluye la posibilidad de la contratación electrónica.

Ya a esta altura corresponde referir que el CCyC se ocupa en forma específica de los contratos bancarios con consumidores y usuarios. Así en el art. 1384 establece que respecto de ellos son aplicables las disposiciones relativas a los contratos de consumo, conforme lo previsto en el art. 1093.

Dicho artículo, define a los contratos de consumo como aquellos celebrados entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social.

En el art. 1092, el legislador adopta un criterio amplio al momento de definir a los consumidores y a los contratos de consumo, quedando inmersos dentro de este concepto tanto los particulares como las empresas; y el artículo 1093 del CCyC define al contrato de consumo del siguiente modo:

Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Partiendo de la definición de consumidor dada por la norma legal, Rivera (2015), nos dice que: “el ‘cliente bancario’ sea un individuo o un ente social, contrata créditos u otros servicios complementarios para “traficar” con ellos. Porque, aunque el cliente sea una empresa, cuando contrata el servicio de crédito con el banco, lo hace como ‘destinatario final’ y ‘en beneficio de su grupo social” (p. 279), asimismo, Rivera (2015), continúa diciendo que diferenciar normas para

regular los contratos bancarios con consumidores y usuarios resulta totalmente innecesario y lo que es más grave, introduce un elemento de confusión para los intérpretes (p. 280).

Concluimos entonces, que para la doctrina mayoritaria hay un error en la metodología legislativa, toda vez que entienden que la clasificación de contratos bancarios con consumidores y usuarios resulta inocua, ello, vista la adopción de un criterio amplio del concepto de consumidor -y del contrato de consumo-, lo cual implica necesariamente que cualquier “cliente” de un banco sea calificado como tal.

Así se expresa Lorenzetti (2015), cuando dice: “La norma incorpora en el ordenamiento jurídico una definición de contrato de consumo, cuestión que, si bien no resultaba mayormente polémica, posibilita dejar en claro que este ordenamiento se enrola en una tesis amplia”. (p. 232).

Consecuentemente podemos deducir que vista la letra del artículo 1384, las disposiciones relativas a los contratos de consumo -contenidas en el Título III del Libro Tercero del CCyCN- alcanzarían a todos los Contratos Bancarios. Efectivamente y en dicho sentido, Lorenzetti (2015) sostiene que:

La referencia al contrato de consumo no importa significar un tipo o especie contractual determinado, sino que por el contrario, se está haciendo alusión a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente a todo el universo de los contratos. De esta manera un mismo acuerdo puede ser considerado como contrato de consumo- o no serlo-, dependiendo de su encuadramiento dentro de dicha categoría. El Código se propone definir al contrato de consumo como aquel celebrado entre un consumidor y un proveedor, por lo que quedarán abarcados todos los acuerdos que involucren relaciones de consumo (p. 234)

Pese a todo lo expresado, entendemos que existe una diferenciación dentro de los usuarios o clientes del sistema financiero, ello, toda vez que el mismo CCyC acepta la existencia de la clasificación entre cartera comercial y de consumo que utiliza el Banco Central, toda vez que al referirse a la publicidad que dispone en el artículo 1379, establece que los bancos y entidades financieras deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo a la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina.

Esta orden de informar de manera destacada y clara si un producto o servicio se ofrece a la cartera de consumo o a la comercial, parecería dejar

traslucir que, al momento de un conflicto entre la entidad financiera y un usuario, la calidad de cliente consumidor o comercial tendrá importancia para darle mayor o menor protección de la ley (tanto la del CCyC, como la especial de Defensa del Consumidor y las del BCRA).

En síntesis, Barbier (2016), expresa sobre esta cuestión:

Al margen de lo expuesto, lo cierto que los arts. 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial introducen sendas definiciones sobre relación de consumo y contrato de consumo, que solo son extendibles a los contratos bancarios de consumo (art. 1384 del CyCC), lo que conlleva la necesidad de precisar el calificativo de “destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, de modo de poder encasillar si un contrato bancario determinado se encuentra o no comprendido por las normativas señaladas. (III. Enfoque desde el nuevo Código, parr. 13)

Para concluir con este punto, destacamos que no estamos diciendo que las reglas tuitivas a favor del consumidor no se apliquen a todos los usuarios del sistema financiero, sino que sostenemos que al momento de un conflicto, la protección legal a favor del más débil, será más atenuada en caso de que el usuario pertenezca a la cartera comercial, porque existiría mayor equivalencia con la entidad, en cuanto a la solvencia técnica para entender la operatoria de que se trate, y será de protección plena, si el usuario fuese de la cartera de consumo.

7.2. Los contratos bancarios en particular

Como ya hemos referenciado, el CCyC incorporó a los contratos bancarios, los cuales trata en el capítulo 12.

Este capítulo 12 está compuesto por dos Secciones, la primera – disposiciones generales-, contiene dos párrafos, el 1º sobre Transparencia de las condiciones contractuales y el 2º sobre Contratos bancarios con consumidores y usuarios, mientras que la 2ª Sección trata los contratos en particular, divididos en 6 párrafos.

En relación con la incorporación de la obligación de transparencia, Ritto (2016), expresa:

La modificación unilateral de los contratos por parte de los Bancos (en materia de intereses y de comisiones), la aplicación de comisiones no pactadas con los clientes, el cobro por comisiones por servicios prestados en interés del propio Banco, el cobro excesivo por gastos comunes de envíos de mensajes y avisos, el cálculo erróneo de intereses (siempre a favor del Banco) y la falta de debida

información a los clientes, son algunas de las múltiples prácticas abusivas que resultan comunes en la práctica bancaria y que están expresamente reguladas y prohibidas por la res. 9/2004 y por la com. A 5685.

Además, consideramos muy importante su incorporación en el código como epicentro normativo, que le dará mayores herramientas a los magistrados para penalizar estas prácticas con los daños punitivos del art. 52 bis LDC (p. 181).

Asimismo, el artículo 1379, como ya lo hemos indicado, establece reglas claras y obligatorias para las entidades financieras relativas a la publicidad que debe existir dentro de esta sensible actividad.

Asimismo, el CCyC obliga a las entidades financieras a cumplir con las siguientes cuestiones, como ser la forma escrita en los contratos (art. 1380), determinado y obligatorio contenido que dichos documentos deben tener (art. 1381), la información periódica a sus clientes (art. 1382), el derecho de rescisión a favor del usuario (art. 1383), y en el párrafo 2º de esta primera sección, se establece la aplicación de las disposiciones relativas a los contratos de consumo para los contratos bancarios (art. 1384), la obligatoriedad de claridad en toda información publicitaria que provenga de las entidades financieras (art. 1385), la forma que deben tener los contratos (art. 1386), el régimen al que están sujetas las obligaciones precontractuales (art. 1387), la imposibilidad de que los bancos puedan exigir suma alguna a los usuarios que no se encuentren expresamente incluidas en el contrato (art. 1388) y la información indispensable que debe contener todo contrato de crédito, bajo apercibimiento de nulidad (art. 1389).

Luego de establecer estas reglas, que son de aplicación para todos los contratos bancarios, el CCyC pasa a tratar en la 2º Sección del Capítulo XII a los contratos bancarios en particular, conforme con el orden que a continuación se detalla y explica.

7.3. Contrato de Depósito bancario

El CCyC define al contrato de depósito bancario como aquel en el que el depositante transfiere la propiedad del dinero a favor del banco y en donde la entidad está obligada a restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto (conf. Artículo 1390).

Villegas (2015) nos explica:

El art. 1390 no enuncia las distintas modalidades de depósito de dinero que están comprendidas en la normativa reglamentaria del BCRA (Circular Opasi-2). Se limita a señalar que ella debe efectuarse “a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del plazo o del preaviso, en su caso” (p. 298)

El mismo autor, también nos dice que se trata de un contrato de ejecución inmediata para el depositante porque el mencionado artículo señala el efecto que produce el contrato de transmisión al banco depositario de la propiedad del dinero depositado.

Asimismo, para que haya depósito bancario es necesario que el depositario sea un banco o entidad financiera expresamente autorizada por el BCRA para captar depósitos y el depositante debe ser una persona física o jurídica.

Se trata de un contrato esencial dentro de los que llevan adelante los bancos y las entidades financieras porque con ellos financian parte de su actividad, además de prestar un servicio que facilita la actividad económica de la comunidad en general.

Sobre esta modalidad contractual, ya hemos visto que el artículo 1390 del CCyC obliga a la entidad a restituir el depósito en la moneda de la misma especie

En relación con las cuentas o cajas de ahorro, tan difundidas en nuestro país, por ser el habitual instrumento para pagar sueldos y jornales a los trabajadores en relación de dependencia, debemos manifestar que el CCyC no las reguló específicamente y, en ese sentido, Villegas (2015) expresa: “Este tipo de depósito no (ha) merecido la protección del legislador dándose el contrasentido que siendo cuentas de naturaleza “alimentaria” reciben el mismo tratamiento que el resto de los depósitos en el país.” (p. 300)

El contrato de depósito bancario puede tener la modalidad de ser a la vista, de conformidad con lo que establece el artículo 1391 o ser un depósito a plazo, ver artículo 1392.

En el primer supuesto, el depositario tiene el derecho de retirar del banco el dinero dado en depósito en cualquier momento y por ello, el banco está obligado a mantener disponible esa cantidad dentro de su cartera.

El segundo de los supuestos le otorga al depositante el derecho a una retribución (renta), pero ella solo se devengará a su favor si éste no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenido.

7.4. Contrato de Cuenta Corriente bancaria

El CCyC define al contrato de cuenta corriente bancaria en su artículo 1393 y lo hace de manera descriptiva, en donde solo indica las obligaciones del banco, entre las que, además, incluye que el banco debe prestar el servicio de caja, entendiéndose dicho servicio, como el que realizan los bancos de cobros y pagos que le encomienda el cliente, como puede ser el cobro de cheques u otros valores que se depositen en la cuenta, como también cuando se contrata el servicio conocido como de “débitos automáticos”.

En relación con este contrato, Villegas (2015), expresa que se trata de un contrato “por adhesión a cláusulas generales predispuestas”, es decir, donde el banco establece su contenido y el cliente “adhiera” al mismo sin haber participado en su redacción.

De todos modos, corresponde tener presente que –en realidad- los bancos y entidades financieras tienen limitadas sus facultades para establecer las cláusulas y condiciones en los contratos bancarios que ofrecen a sus clientes, no solo por lo que dispone en ese aspecto el CCyC, sino también, por las leyes especiales, como es el caso de la LDC, y en forma más directa, por las regulaciones provenientes de la normativa del BCRA, que dicta de conformidad con la superintendencia que ejerce sobre los bancos y entidades financieras, por mérito de la ley de Entidades Financieras, N° 21.526.

Asimismo, el CCyC establece en su artículo 1394 que los bancos están obligados a prestar los demás servicios relacionados con la cuenta que resulten de la convención, de las reglamentaciones, o de los usos y prácticas.

De ese modo, el contrato bancario de cuenta corriente absorbe varios tipos de operaciones, como las acreditaciones de cheques y/o transferencias, débitos automáticos para el pago de préstamos, de tarjetas de crédito, de operaciones por cajeros automáticos, etc.

Villegas (2015), nos explica que otra fuente de servicios adicionales mencionados en la norma, es la reglamentación que realiza el BCRA, como, por ejemplo, en el caso de cuentas con servicios de cheques, la reglamentación del ente monetario regula sobre el funcionamiento de la cuenta, los cobros y pagos a cargo del banco, el control para el pago de cheques, etc.

El CCyC, dispone la posibilidad de incluir dentro de este contrato al servicio de cheques, y en ese caso, el banco está obligado a entregar al cuentacorrentista y a su solicitud, los formularios correspondientes y también explica en su artículo

1398 que el saldo deudor de cuenta corriente genera intereses que se capitalizan trimestralmente, aunque el mismo artículo permite que las partes pacten diferentes modalidades en relación al devengamiento y capitalización de intereses.

En relación con el asunto de capitalización de intereses en forma trimestral por parte de los bancos, resulta de interés destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, puso límites a dicha práctica cuando de ella se desprenda perjuicio económico desproporcionado, así lo resolvió en los autos “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cohen Rafael y Otro s/ Ejecutivo” (B. 75. XLVI), de fecha 12 de junio de 2012, toda vez que en ese juicio dejó sin efecto la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que permitió capitalizar los intereses aplicables al saldo deudor de cuenta corriente que mantenía un consumidor con la entidad bancaria.

Corresponde aclarar que, por imperio del fallo revocado, la deuda que a la fecha de cierre de la cuenta bancaria era de \$ 53.571,01, se había elevado a la suma de \$ 1.154.000 aproximadamente, de los cuales más de \$ 1.000.000 correspondían a intereses.

Para revocar el fallo, la Corte destacó que la sentencia apelada se apartó de la realidad económica del caso y se desentendió de las consecuencias patrimoniales que traía aparejada la decisión, la que resultaba a todas luces irrazonable.

En relación con la solidaridad de todos los cotitulares de una cuenta corriente en relación con el banco, el CCyC la prevé expresamente en su artículo 1399 y en cuanto a los encargos encomendados por el cuentacorrentista al banco, el código establece que para ellos, en forma subsidiaria rigen las reglas del mandato, del mismo modo dispone la obligación de expedir resúmenes de cuenta en forma mensual, establece los motivos que producen el cierre de cuenta bancaria y autoriza al banco a que emita -en caso de corresponder- un título con eficacia ejecutiva en donde debe constar, el día de cierre de la cuenta, el saldo a dicha fecha y el medio en que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.

En síntesis, se trata de un contrato de vital importancia dentro de la relación entre las entidades y sus clientes y por ello, la superintendencia del BCRA, la aplicación de las normas de LDC y las que prevé el propio CCyC, son

de gran importancia para el debido funcionamiento de este contrato y para la debida protección del usuario o consumidor, contra eventuales abusos de los bancos.

7.5. Contrato de Préstamo y descuento bancario

El artículo 1408 del CCyC incluye dentro de los contratos bancarios al de préstamo, al cual define en como aquel en el que el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie a la recibida, conforme con lo pactado.

En relación con esta previsión, vemos que el CCyC, dispone tanto la devolución del capital como el pago de sus intereses, debe realizarse en la moneda de la misma especie.

En relación con lo demás, se trata de un contrato de muy simple entendimiento y en donde la única causal por la cual el banco podría negarse a desembolsar el dinero que se hubiese comprometido a entregar, sería si expresamente invocase que la situación económica del solicitante ha cambiado de tal modo que torna incierta la restitución de esos fondos y por supuesto, que dicha causal sea cierta y comprobable, esta reflexión la hacemos visto lo que dispone el art. 1525 y siguientes del CCyC al momento de definir a los contratos de mutuo en general, pero que entendemos que son de plena aplicación a este contrato bancario en particular.

En relación con las operaciones de descuento bancario, las mismas están descriptas en el artículo 1409, que las establece como consensuales, en donde un cliente del banco solicita el descuento de un crédito que tiene contra un tercero, de plazo no vencido, cediendo su cobranza al banco, quien le anticipa el pago de ese crédito, con la deducción de la tasa de interés que se haya convenido para tal operación.

En este tipo de contratos, resulta interesante mencionar que el artículo 1409 expresamente obliga al banco a que el anticipo que convenga con el cliente, deba hacerlos en la moneda de la misma especie, aunque concluye ese párrafo con una aclaración que puede ser confusa, toda vez que dice: “conforme con lo pactado”, esto puede llevar a pensar que si se pactase moneda de diferente especie, el banco podría recibir un crédito a cobrar en dólares, pagarle el adelanto

al cliente en pesos, por haberlo pactado, y luego cobrar al tercero deudor del documento en dólares o viceversa.

Resulta más criticable aún, el segundo párrafo del artículo 1409, porque si bien por él se le reconoce el derecho que tiene el banco para que le restituyan las sumas que hubiese anticipado, no aclara que ese derecho lo tiene para que el deudor se lo devuelva en la moneda de la misma especie.

Concluimos el desarrollo de este contrato bancario diciendo que en relación con los contratos de préstamos y los de descuento bancario, existen rigurosos requisitos que los entes de contralor y la ley le imponen a los bancos y su incumplimiento les puede acarrear sanciones derivadas de la LDC, de la superintendencia que ejerce el BCRA y de lo que prevé el CCyC.

7.6. Contrato de Apertura de Crédito

En este tipo de contrato, el banco no entrega dinero al cliente, sino que lo califica y en función de dicho análisis, le establece una línea de crédito hasta una suma determinada y para ser utilizada, también dentro de un tiempo determinado.

Se trata de un contrato que consta de tres etapas, la primera es la solicitud del cliente para que el banco califique su solvencia y el banco, luego de los análisis de rigor, conviene el monto, plazo y tasa de interés.

La segunda etapa es en la que el cliente utiliza el crédito o línea de crédito acordada con el banco, ya sea que la utilice en un solo acto o en varios, pero, en cualquier caso, debe hacerlo dentro del plazo y modalidades que se haya acordado con el banco.

La tercera etapa, como es obvio, es en la que el cliente cancela el crédito y paga sus intereses y gastos, conforme se haya convenido.

Resulta muy claro el artículo 1410 del CCyC cuando dispone para estos contratos: ...el banco se obliga, a cambio de una remuneración, en la moneda de la misma especie de la obligación principal..., lo cual claramente establece que la moneda de pago de la obligación principal rige para todos sus accesorios, por lo tanto, si fue convenida en dólares, en esa moneda se deberán liquidar todos los conceptos del contrato y si fuese en pesos, será la moneda nacional la que rija al contrato.

Corresponde mencionar que el CCyC es muy claro cuando explica en su artículo 1411 que la utilización del crédito hasta su límite extingue la obligación del

banco, salvo que se hubiese pactado alguna cuestión especial y también al momento de establecer que la disponibilidad de ese crédito no puede ser invocada por terceros, no siendo tampoco embargable, ni tampoco se permite que ese crédito otorgado sea compensable con cualquier otra obligación del acreditado (art. 1412).

Esta última cuestión es muy importante porque la previsión deja en claro que esa calificación para acceder a un crédito no puede ser considerado como un bien que se haya incorporado al patrimonio del cliente.

Este contrato también es materia de un puntilloso contralor por parte de las autoridades de contralor y superintendencia, en relación con las condiciones que puede establecer el banco a sus clientes y los límites de ellas.

7.7. Contrato de Servicio de Caja de Seguridad

En relación con el contrato de Caja de Seguridad, Ritto (2016), expresa:

La puesta a disposición de las cajas o cofres de seguridad es un tradicional servicio bancario.

Como bien afirma Heredia, desde el punto de vista de la organización bancaria, se trata de una actividad adicional o complementaria, pues no es inherente a ninguna de carácter financiero calificable como activa o pasiva (p. 189).

Se trata de un contrato que tiene gran sensibilidad para sus usuarios, porque este contrato concentra en grado sumo la confianza que le merece al cliente su banco, porque deja en custodia sus pertenencias más preciadas, documentos, joyas, dinero en efectivo, divisas, metales preciosos, y todo ello lo hace sin que la entidad tenga conocimiento del verdadero contenido que le deja en su guarda.

Es por ello, que el CCyC claramente establece que el prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario.

Asimismo, y como no podía ser de otro modo, el CCyC en su artículo 1414 indica que se tendrá como no escrita la cláusula que exima de responsabilidad al prestador, pero aclara que es válida la cláusula de limitación de responsabilidad del prestador hasta un monto máximo solo si el usuario es debidamente

informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.

Naturalmente y como consecuencia de las especiales características de este contrato, el CCyC establece en el artículo 1415 que el contenido de las cajas de seguridad se puede probar por cualquier medio.

Este párrafo 5º prevé el régimen para el retiro de los efectos existentes en la caja de seguridad por parte de sus titulares o autorizados y en el artículo 1418 el CCyC indica las obligaciones a cargo de las partes.

Concluimos este punto, resaltando que Ritto (2016) expresa en relación con lo dicho por un fallo de jurisprudencia, referido a ese tipo de contratos:

Asimismo en dicho fallo se agregó: “Como la prueba directa del contenido de los valores guardados en una caja de seguridad es dificultosa o casi imposible, adquieren pleno valor, las presunciones”. Adquiere un valor fundamental la prueba de presunciones, que debe ser examinada con amplitud, procurando formar convicción mediante una disminución del margen de duda, antes de exigir una acabada y completa comprobación que, como quedó dicho, resultaría inalcanzable. (p. 194).

7.8. Contrato de Custodia de Títulos

El último de los contratos bancarios reglados por el CCyC es el de custodia de títulos, conforme lo prevén los artículos 1418 / 1419 y 1420.

El primero de ellos define a este contrato indicando que el banco que asume a cambio de una remuneración, la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos de capital por cuenta del depositante y, en general proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos.

Esta norma establece el carácter oneroso del contrato y dispone que la actuación del banco-depositario es remunerada y que el depositante debe instruir debidamente al banco para que pueda llevar adelante su gestión.

Por otro lado, el banco está obligado a la custodia y la conservación de los títulos depositados, a gestionar los derechos emergentes del título y a realizar todos los actos necesarios para la tutela de los derechos del cliente.

El artículo 1419 dispone que la falta de instrucción del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos.

Finalmente, el artículo 1420 establece que es válida la autorización otorgada al banco depositario para que pueda disponer de los títulos, obligándose a entregar otros del mismo género, calidad y cantidad, y si la restitución fuese imposible, el CCyC prevé que el banco deberá cancelar esa obligación, con el pago de una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento en que deba hacerse la devolución.

Nuestra crítica a este último artículo que se analiza, se centra en su parte final, en primer lugar, porque observamos la utilización del término dinero, al cual entendemos como sinónimo de moneda de curso legal, lo cual puede llevar a la conclusión, que aunque los títulos valores hubiesen estado nominados en divisas, el banco podría librarse, ante la imposibilidad de su restitución, dando los pesos equivalentes, la segunda observación, es que la previsión debería haber utilizado el término “igual”, en lugar de “equivalente”, para dejar en claro que, ante la imposibilidad de restituir el título, la obligación del depositario tiene que ser la de entregar igual valor.

7.9. La responsabilidad de los bancos y de las entidades financieras

El CCyC, en el título V del libro III, trata la responsabilidad civil e introduce una gran modificación al régimen vigente hasta su aprobación.

La sanción del nuevo código significó la adopción de un nuevo concepto de la responsabilidad civil, que tiene su foco en la protección de la persona humana, principio sobre el cual se estructura todo el régimen previsto.

El art. 52 del CCyC establece que “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulta menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

De ese modo, el código apunta a conceder a la víctima una indemnización por el daño antijurídico sufrido, que siempre será integral.

Como vemos, el nuevo régimen de responsabilidad civil abarca no sólo la reparación del daño -es decir la función resarcitoria- sino que además queda comprendida dentro de ese concepto la función de prevención (ver art. 1708).

Así, se responderá no sólo cuando haya un daño causado, sino también cuando haya un incumplimiento del deber general de prevención (arts. 1710 y 1711).

En cuanto a la función resarcitoria el art. 1716 establece el deber general de reparar, en los siguientes términos: “La violación del deber de no dar a otro, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Este artículo unifica el régimen de responsabilidad –no existiendo diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual- en lo que se refiere a la reparación. Y, a su vez, pone de manifiesto que el sistema de responsabilidades previsto por el nuevo CCyC poner el foco en indemnizar a la víctima, y no en castigar los hechos ilícitos.

Respecto de los factores de atribución, el Código mantiene la distinción entre factor objetivo y subjetivo, y sostiene en el artículo 1721, que la regla del factor de atribución será la culpa: “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

En cambio, el artículo 1722 trata el factor objetivo de atribución y explica que operará cuando “...la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

Respecto de la responsabilidad objetiva debemos resaltar que el nuevo código introduce la clasificación doctrinaria de las obligaciones, según estas sean de medios o de resultado. Respecto de estas últimas, el CCyC establece que la responsabilidad es objetiva. En efecto, el art. 1723 dispone: “Cuando las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Asimismo, respecto del factor objetivo, nos interesa decir que el art. 1757 regula la responsabilidad por actividades riesgosas. El riesgo puede derivar de la propia actividad, o bien de los medios empleados o las circunstancias de su realización.

En relación con los factores subjetivos, el art. 1724 explica que son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. Consistiendo la culpa en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de

las personas, el tiempo y el lugar. El dolo, en cambio, se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Por su parte, el art. 1725 dispone una pauta interpretativa esencial para la valoración de la conducta:

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

Esta norma debe considerarse especialmente cuando la persona que incurre en responsabilidad es un experto -en general un profesional- con conocimiento específico de la materia en cuestión. En esos casos, se espera una mayor diligencia y previsión, que encuentra su fundamento en los conocimientos que el experto posee. En suma, Rivera (2015), nos enseña que en este artículo el CCyC determina una excepción al principio de la previsibilidad media, vinculado con la doctrina de la causalidad adecuada (p. 1035).

En este punto, es necesario mencionar que el CCyC introduce el concepto de la responsabilidad profesional, como un supuesto de responsabilidad excepcional. De ese modo, en el art. 1768 establece:

La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

Consecuentemente, la responsabilidad del profesional se rige por las disposiciones referidas a las obligaciones de hacer.

En principio, la responsabilidad tendrá factor de atribución subjetivo - es decir, la culpa- salvo que se tratara de una obligación de resultado, en cuyo caso la responsabilidad sería objetiva, por aplicación del art. 1723 y concordantes del CCyC.

De todos modos, corresponde destacar que la actividad que llevan adelante los bancos y de las entidades financieras, se encuentra sujeta, en forma cada vez más directa, con el factor de atribución objetivo, esencialmente en cuanto a la superintendencia que lleva adelante el Banco Central de la República Argentina, cuando analiza determinadas conductas de las entidades y de sus directivos en forma personal.

7.10. La intervención estatal en los contratos bancarios

La operatoria bancaria es una de las actividades de mayor complejidad dentro de las que utiliza en forma masiva y activa una comunidad, y es por ello, que la intervención del Estado, para fijar límites a la autonomía al momento de contratar en la actividad bancaria, resulta indispensable y totalmente justificada.

Ritto (2016), en relación con esta cuestión, expresa:

(...) el cliente-consumidor se halla en una situación de extrema vulnerabilidad, dada la complejidad y especificidad de las operatorias involucradas, y, ante todo, elige a la entidad bancaria en virtud de un vínculo de confianza que es constantemente avasallado por las prácticas financieras (p. 175).

Estamos por lo tanto en presencia de una tipología de contratos que es de adhesión a contratos ya predeterminados por las entidades, y en donde al cliente-usuario no le queda otra posibilidad que aceptarlas o no contratar el servicio con la entidad.

Como consecuencia de esta evidente realidad, no hay duda de que el Estado debe intervenir para equilibrar las fuerzas entre estos dos contratantes y el modo de hacerlo es por intermedio de la ley general, el CCyC, y por leyes especiales.

En el caso de las leyes especiales que regulan esta actividad, debemos resaltar la ley de entidades financieras N° 21.526 y su normativa reglamentaria y complementaria, y naturalmente, también aplica la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, sobretodo, luego del dictado de la Comunicación del Banco Central de la República Argentina "A" 5685, actualizada por la Comunicación "A" 5891 del 21 de enero de 2016.

Ritto (2016) refiere que la comunicación A 5685 del BCRA define, al usuario de servicios bancarios o financieros y sujetos a la LEF, como:

Este concepto comprende a las personas físicas o jurídicas que en beneficio propio o su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2, como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos ... (p. 177)

En virtud de lo ya expuesto, resulta importante tener presente que toda la normativa aplicable y especialmente en relación con lo sancionatorio, que defiende al consumidor, es de plena aplicación para los contratos bancarios, por lo tanto, cualquier cliente-usuario que sea parte de un contrato bancario puede ampararse en las previsiones de la LDC, tanto en forma directa, como en forma indirecta, en este último supuesto, por intermedio de la normativa administrativa del BCRA.

Se aclara que la superintendencia que ejerce el BCRA sobre las entidades financieras y cambiarias de la República Argentina se lleva adelante por medio de diferentes métodos, en primer lugar por autorizaciones que deben requerir las entidades al BCRA para su funcionamiento, además en forma periódica los bancos y entidades financieras deben informar una cantidad de cuestiones operativas al BCRA, también deben seguir determinados resguardos que hacen a su solvencia económica y técnica, su liquidez y por supuesto, respetar toda la normativa de información que se refiere a la relación que tienen con sus clientes-usuarios.

Ritto (2016) también reseña en relación con esta cuestión, que: “Abundan por otra parte, en esta contratación, las cláusulas abusivas y, en lo relativo a ellas, remitimos al capítulo III, de la Parte Primera, recordando que la com. “A” 5685 establece un listado de las más comunes en estas operatorias.” (p. 178).

Hemos dicho que tanto la LDC, como las comunicaciones específicas del BCRA, protegen al cliente-consumidor del servicio que se le preste en beneficio propio e incluye a su grupo familiar o social, pero un dato curioso de la normativa de protección del usuario o cliente bancario, es que la actual versión de la LDC ha eliminado dentro de su protección, al consumidor expuesto, identificado como “*Bystander*” y la normativa de Comunicaciones del BCRA lo mantiene (a sus efectos, ver Comunicación del BCRA “A” 5460), lo cual podría deberse a que el ente monetario, pudo haber copiado una definición en forma literal que provenía de una Comunicación anterior, sin percatarse de la eliminación que se había producido en el artículo 1 de la LDC.

En resumen, la actividad de los bancos y entidades financieras es una de las que cuentan con mayor resguardo dentro de toda la normativa referida a la protección del consumidor, tanto en relación con la que incluye nuestro CCyC en forma general, como la especial que se encuentra en la LDC y las Comunicaciones "A" del BCRA referidas a la materia, todo lo cual limita en forma manifiesta la autonomía de la voluntad de las partes al momento de tratar los contratos bancarios y sus efectos.

7.11. Conclusiones

Hemos visto que el CCyC regula los contratos bancarios y establece que éstos deben celebrarse indistintamente por escrito o por medios electrónicos para su concertación.

Además, los contratos bancarios pertenecen a la categoría de los contratos de consumo (conforme arts. 1092, 1093 y 1384 del CCyC) lo cual presupone un especial deber de la entidad financiera en el momento constitutivo de la concertación contractual.

La ley de Defensa del Consumidor es de plena aplicación a los contratos bancarios, en forma plena para la cartera de consumo (conforme clasificación del BCRA para operaciones inferiores a \$ 5.000.000) y -en nuestra opinión- en forma atenuada para las operaciones de cartera comercial, la cual debe ser entendida, como toda aquella operatoria por importes superiores a los \$ 5.000.000 y que se lleve adelante con habitualidad.

Habiendo realizado estas aclaraciones, destacamos que los bancos y las entidades financieras, al momento de contratar con sus eventuales clientes-consumidores deben prever las cuestiones que a continuación se detallan.

En primer término, reiteramos que de acuerdo a lo previsto por el CCyC y por la Ley de Defensa del Consumidor, pesa sobre las entidades financieras una especial obligación de informar al consumidor los riesgos que tiene la contratación, sea ésta convencional, y con mucho más cuidado si fuese electrónica.

En segundo lugar, corresponde destacar que tal como lo establece en los arts. 1721, 1723, 1757 y concordantes del CCyC, la actividad de los bancos y las entidades financieras, en relación con los usuarios, cada vez se encuentra más próxima al factor de atribución objetivo.

En tercer término, resaltamos las previsiones del artículo 1768 del CCyC, toda vez que el mismo establece la responsabilidad de los profesionales y aquí advertimos que debe considerarse la pauta interpretativa establecida por el art. 1725 del CCyC que exige mayor deber de prudencia cuanto mayor sea la diligencia exigible al agente por su especial condición, y ello es plenamente aplicable a la actividad que los bancos y entidades financieras llevan adelante con sus clientes.

Finalmente, también la normativa administrativa vela por la buena relación que debe prevalecer entre los bancos y/o entidades financieras con sus clientes-consumidores, y así queda plasmado con las Comunicaciones "A" del BCRA referidas a dichas cuestiones, las cuales, en esencia, son similares a las que establece la LDC para los consumidores y usuarios en general.

En virtud de todo lo expuesto, y más allá de estar ahora incluidos en el CCyC, entendemos que hemos dejado en claro que los contratos bancarios, requieren la necesaria intervención estatal para regular la protección del débil jurídico y restablecer el equilibrio de la relación y así se encuentra entendido y previsto por la ley argentina, tanto en la general establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación, como también dentro de la normativa especial, como es el caso de la ley de defensa del consumidor y la ley de entidades financieras, y las Comunicaciones del BCRA, relativas a la protección del cliente-consumidor, todo lo cual sin duda equilibra una relación, que en caso contrario, sería injusta y por lo tanto, perjudicial para la paz social.

En relación con la incorporación de la obligación de transparencia, Ritto (2016), nos enseña:

La modificación unilateral de los contratos por parte de los Bancos (en materia de intereses y de comisiones), la aplicación de comisiones no pactadas con los clientes, el cobro por comisiones por servicios prestados en interés del propio Banco, el cobro excesivo por gastos comunes de envíos de mensajes y avisos, el cálculo erróneo de intereses (siempre a favor del Banco) y la falta de debida información a los clientes, son algunas de las múltiples prácticas abusivas que resultan comunes en la práctica bancaria y que están expresamente reguladas y prohibidas por la res. 9/2004 y por la com. A 5685.

Además, consideramos muy importante su incorporación en el código como epicentro normativo, que le dará mayores herramientas a los magistrados para penalizar estas prácticas con los daños punitivos del art. 52 bis LDC" (p. 181).

Asimismo, el artículo 1379, como ya lo hemos indicado, establece reglas claras y obligatorias para las entidades financieras relativas a la publicidad que debe existir dentro de esta sensible actividad.

En síntesis, la ley argentina protege con sumo grado los derechos de los usuarios del sistema financiero, visto que los equipara al estatus de consumidores, siendo diferente el caso, cuando se trata de los derechos de las entidades que supervisa el BCRA, al momento de tener que restituir los depósitos que haya recibido de sus clientes, toda vez que el CCyC, conforme como lo hemos visto a lo largo de este capítulo y haciendo la salvedad sobre la existencia de algunos errores u omisiones, lo cual entendemos que son de redacción, dispone que en los contratos bancarios, los intervinientes deben cumplir con sus obligaciones, en la moneda de la misma especie en que los recibió o pactó, y ello es diferente a la previsión general que indica el artículo 765 del CCyC, para las obligaciones pactadas en moneda extranjera, discriminación que se ha incluido, vía una suerte de permiso, sin explicitar su causa o motivo.

Esta discriminación y su falta de explicación, es parte sustantiva de la presente investigación.

Capítulo 8 – Contratos de Comercio Electrónico

8.1. Introducción

También le importa a nuestro trabajo de investigación, desarrollar, aunque en forma resumida, los denominados contratos de comercio electrónico o de *e-commerce*, tanto los celebrados por sujetos con domicilio y cumplimiento en la Argentina, como aquellos que establezcan su cumplimiento y pago fuera del territorio nacional, porque en ambos casos, puede haberse pactado el pago del precio en algún tipo de moneda que no sea de curso legal dentro de la Argentina, y nuestro interés se focaliza en poder determinar cómo regula el CCyC, este tipo de contratos y sus obligaciones de pago, cuando las mismas hayan sido pactadas en moneda que no sea de curso legal en nuestro país.

Entendemos útil expresar como una primera aproximación, que entendemos como contrato de comercio electrónico a cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, que puede versar sobre compraventa electrónica de bienes, búsqueda de información, de oferta o demanda de servicios, de publicidad, etc.

Por supuesto que, al decir redes de comunicación, nos estamos refiriendo a internet, porque sin ella no sería posible que los contratos de comercio electrónico hubiesen logrado el nivel de desarrollo actual.

En cuanto a la definición de internet, Scotti (2012) expresa:

Internet ha cambiado la forma de comunicarnos, de negociar, de comprar, de educarnos y de buscar un espacio de recreación. Pero ¿Qué es internet?
Internet (inter – red) “constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas redes a otros situados en otras redes del conjunto por lo que se trata de un medio de comunicación global”. (pp. 31 y 32)

También reviste interés para este capítulo, definir en su introducción, al contrato electrónico, al cual Lorenzetti (2001), lo entiende como:

El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial: en

el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, sólo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un *mail* y recibir un documento escrito para para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales; en el primer caso, se transfiere un bien digitalizado y se paga con “moneda digital”; en el segundo se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencia electrónica de dinero. (pp. 173 y 174)

En relación con el ordenamiento jurídico, que corresponda aplicarle a los contratos electrónicos, la realidad es que ellos no pueden escapar a las reglas que establece nuestra legislación para los contratos en general, por lo tanto, veremos en este capítulo que nuestro CCyC fija varias disposiciones, pero todas ellas tienden a que se les aplique el derecho que sea el más cercano a la naturaleza de cada contrato en particular, más allá de que ese ordenamiento sea nacional o extranjero, por lo que tiene relevancia para este tipo de contratos, las reglas del derecho internacional privado.

Asimismo, desarrollaremos en este capítulo muy sucintamente, otras características relevantes de los contratos electrónicos, como es el caso de las previsiones que prevé la ley especial y las que incorpora el CCyC, para la firma digital y la electrónica, como también el pago en moneda que no sea de curso legal en la Argentina, incluidas las monedas digitales.

Finalmente, veremos el articulado del CCyC, en cuanto se refiere a la modalidad de contratación electrónica, haciendo la salvedad de que ya hemos tratado varios aspectos de esta forma de contratación al momento de desarrollar el capítulo de contratos, específicamente, al describir los contratos de consumo, para luego arribar a las conclusiones.

8.2. La firma digital, firma electrónica y las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales.

Resulta esencial para nuestro trabajo de investigación, poder determinar sobre la validez de los contratos electrónicos, aclarando que, para ello, requiere todos los elementos de cualquier contrato, pero en el caso de la firma, el Código Civil y Comercial de la Nación, receptó expresamente la Firma Digital, y reguló la implementación de medios electrónicos en la instrumentación de contratos

escritos, práctica que al momento de su sanción ya tenía arraigo en la vida cotidiana.

Justamente por estas razones, desarrollaremos qué entiende nuestra ley por firma digital y por firma electrónica, qué validez le otorga a cada una y cuando esta modalidad no es aceptable.

En primer lugar, destacamos que el artículo 2 de la ley 25.506 define a la Firma Digital bajo el siguiente concepto:

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

De inicio resulta necesario tener presente que la Firma Digital no es la firma escaneada, la digitalización de la huella dactilar o una contraseña (por ejemplo, abcd1234), tal como ligeramente podría entenderlo una persona alejada de los términos técnico-jurídicos aplicables a esta materia.

La Firma Digital consiste en un conjunto de datos asociados a un mensaje digital, que permite, en forma simultánea, garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje.

Así nos enseña Cabuli (2012) que la firma digital funciona a través de un sistema que utiliza complejos métodos matemáticos que relacionan el documento firmado con la información propia del firmante y puede explicarse de la siguiente manera:

- 1) Cada usuario (es decir, el firmante) tiene un par de Llaves RSA (de encriptación asimétrica): una llave pública y otra privada.
- 2) La llave privada es utilizada por el emisor del documento para firmarlo digitalmente.
- 3) La llave pública la usa el usuario destinatario del documento para confirmar la integridad y origen del documento recibido.
- 4) La seguridad de todo el sistema se basa en mantener en secreto la llave privada.

- 5) El usuario remitente firma el documento con su llave privada y lo envía a su contraparte.
- 6) El usuario destinatario recibe el documento e introduce la llave pública para verificar la integridad del documento (confirma que no fue alterado desde el momento de la firma) y la identidad del remitente.
- 7) La llave pública está asociada a un certificado digital que certifica que pertenece a la persona o identidad identificada en el certificado protegiendo así a la llave del fraude, falsa representación o alteración.
- 8) Para que la Firma Digital sea válida como tal, la ley establece, en el art. 9, los siguientes requisitos:
- 9) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;
- 10) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; y
- 11) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido por un certificador licenciado.
- 12) Para la formación de la Firma Digital se utiliza el sistema de cifrado asimétrico tipo PKI.
- 13) Se aclara que PKI es la sigla con la cual se refiere al “*Public Key Infrastructure*” o Infraestructura de Clave Pública.

En referencia con la firma electrónica, la Ley N° 25.506, en su artículo 5, también reconoce el empleo de la firma electrónica entendiéndose por tal: “al conjunto de datos electrónicos integrados ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital”.

Así Mora (2014), nos explica que el legislador define a la firma electrónica en forma residual como todo registro con clave que no cumpla con las condiciones establecidas para la firma digital.

Asimismo, Mora (2014), expresa que dentro del amplio concepto de firma electrónica quedan comprendidos los documentos digitales cifrados simétricamente, los documentos digitales cifrados asimétricamente en sistemas

distintos al PKI y los documentos digitales cifrados asimétricamente en sistemas PKI, pero certificados por certificadores no licenciados o con procedimientos distintos a los aprobados por la autoridad de aplicación.

De lo expuesto se sigue que la firma electrónica no goza de la presunción de autoría ni de integridad, que sí tiene la firma digital y que, como establecimos, permite identificar al autor del documento, asegurar la integridad de su contenido, y hacerlo oponible a la contraparte.

La firma electrónica, de mayor libertad de formas, no cubre tales aspectos desde un punto de vista legal, y en caso de ser desconocida, corresponderá a quien la invoca acreditar su validez.

La incorporación de la Firma Digital y de la electrónica, a la legislación de fondo, resulta fundamental considerando nuestro esquema de organización federal. En efecto, toda vez que el CCyC conforma el denominado derecho común -de conformidad con lo que expresa el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional-, se aplica no solo en el ámbito nacional, sino que también en todas las provincias.

El artículo 284 del CCyC, referido a la forma y prueba de los actos jurídicos, recepta el principio general de la libertad de formas, pudiendo las partes exteriorizar su voluntad en la forma que estimen conveniente, siempre que la ley no designare una forma determinada para ello. Incluso, dicha norma permite que los contratantes puedan convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

El art. 286, en su parte pertinente, establece que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea expresado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos. Es decir, el legislador tomó especialmente en cuenta las nuevas tecnologías aplicables, y consecuentemente ha reconocido el valor de los soportes digitales como medio para la expresión de la forma escrita, y lo incorporó expresamente al CCyC.

En lo que se refiere a la Firma Digital el art. 288 de ese cuerpo legal expresa “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza la firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

Este precepto, ha acarreado una discusión doctrinaria respecto de la vigencia de la firma electrónica como medio apto para exteriorizar la voluntad. En

este sentido, Granero (2015) señala que la diferencia entre la utilización de la firma digital o la firma electrónica es sencilla, en el primer caso, el documento será firmado y explica que en el segundo caso formará parte de los documentos no firmados y que ello es de vital importancia, especialmente para aquellos documentos que tanto la normativa como la jurisprudencia establecieron que deben estar firmados, y que -en caso de no poseer firma digital de quienes intervienen en su elaboración- puedan ser tenidas como meros 'documentos no firmados', con las consecuencias legales que ello puede traer aparejado y el Dr. Granero (2015), continúa diciendo que entiende que el Código Civil y Comercial complementa la norma -no la sustituye-, modificando la aplicación de la Ley de Firma Digital, al referir que el requisito de la firma de un documento electrónico queda satisfecho sólo si se utiliza exclusivamente una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento, negando tal carácter a los documentos que no cuentan con ella, que se convertirían -como se expuso- en documentos "no firmados" (art. 287), con las consecuencias que ello trae aparejado.

Por el contrario, en nuestra opinión, el artículo 288 CCyC no ha derogado lo establecido por la Ley 25.506 -que tiene carácter de ley especial- sino que ha complementado dicha norma, sin desconocer el uso de la firma electrónica. En consecuencia, lo regulado por el CCyC, en nada altera la posibilidad de la utilización de la firma electrónica, tan arraigada en la práctica comercial. Sin embargo, en virtud de lo establecido por el nuevo Código, el documento firmado con firma electrónica no gozará de la presunción de identidad e integridad, y corresponderá a quien invoque la validez de la firma probar su veracidad.

Concluimos esta cuestión diciendo que Carbone (2016), explica que la firma digital puede aplicarse a cualquier tipo de actos, con las excepciones que prevé la ley:

- 1) Disposiciones por causa de muerte.
- 2) Actos jurídicos del derecho de familia.
- 3) Actos personalísimos en general (donación de órganos, o la firma de una escritura).
- 4) Actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital.

Destacamos que este esquema se completa con la previsión del artículo 3 de la ley 25.506, el cual indica que “cuando la ley requiera de una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital”.

Luego de haber descripto sumariamente el régimen de la ley especial y del Código Civil y Comercial de la Nación, para la firma digital y la electrónica, podemos decir que la Ley N° 25.506 reconoce eficacia y validez a la Firma Digital -celebrada en las condiciones previstas por la ley- y concede una doble presunción, de autoría e integridad, al documento firmado de ese modo, por ende, impide su repudio.

Siendo que la ley de Firma Digital es una ley de forma, ella rige dentro del ámbito nacional y prevé una invitación a las provincias a adherir a la ley nacional, mediante el dictado de los instrumentos necesarios a tal efecto.

En virtud de esa invitación, algunas Provincias han formalizado la adhesión formal a esta Ley, y han dictado normas reglamentarias a esos fines.

Otras Provincias si bien no han adherido formalmente a ella, han suscripto con el Poder Ejecutivo Nacional acuerdos para la implementación de la contratación electrónica.

Resulta importante destacar que los efectos de la Ley de Firma Digital son aplicables al BCRA en su carácter de entidad descentralizada y autárquica que integra la Administración Nacional (Ley N° 24.156) y la ley también prevé que las entidades financieras no requieren autorización especial de las jurisdicciones en la que desarrollan su actividad para la utilización de medios de contratación electrónica.

Como ya lo hemos expresado, el artículo 288 del CCyC dispone que el requisito de la firma de un documento queda plenamente satisfecho si se utiliza una Firma Digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento.

Finalizamos este punto recordando que las disposiciones del CCyC se aplican en todo el país y por ello será eficaz la utilización de la Firma Digital obtenida de conformidad a lo establecido en la Ley N° 25.506 y sus normas reglamentarias.

8.3. Breve reseña de las previsiones del CCyC referidas a los contratos de comercio electrónico.

Como ya hemos explicado, el artículo 288 del CCyC regla el mecanismo de la firma de documentos e incluye en su último párrafo la validez de la firma digital para los instrumentos generados por ese medio.

Conforme lo explicado en los contratos de consumo, el CCyC se ocupa especialmente de esta modalidad de contratación electrónica, concretamente, en su artículo 1104, al reglar la categoría de contratos celebrados fuera de los establecimientos, típica modalidad que incumbe a los contratos celebrados en forma electrónica.

También, al reglar los contratos celebrados a distancia, el CCyC, en su artículo 1105, taxativamente los define del siguiente modo:

Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.

El artículo 1106 del CCyC equipara la utilización de medios electrónicos u otra tecnología similar a la exigencia de que un contrato deba constar por escrito y el artículo 1107, dispone la información que el proveedor o fabricante le debe suministrar al consumidor sobre los medios electrónicos, si es que las partes se valiesen de técnicas de comunicación electrónicas o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia.

El artículo 1108 del CCyC dispone que las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

Concluimos las reglas previstas para la contratación electrónica, cuando se trata de relaciones de consumo, diciendo que el artículo 1109 resulta de esencial importancia para nuestra investigación, toda vez que dispone que, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la

jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

El CCyC también ha tenido presente la contratación electrónica al momento de regular la forma de los actos jurídicos.

En virtud de ello y por resultar de interés para esta tesis, trataremos en particular los artículos 2649, que dispone las formas y solemnidades de los actos jurídicos, el 2650, sobre jurisdicción, el 2651 que trata las reglas de la autonomía de la voluntad, el 2652 referido a la determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes y el artículo 2653, que dispone una cláusula de excepción sobre derecho aplicable.

El primero de estos artículos dispone en relación con nuestro interés de investigación, lo siguiente:

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica. (parr. 3)

Se trata de una disposición de expresa aplicación para los contratos electrónicos, visto que, en ellos, es posible que los contratantes no estén materialmente en el mismo país al momento de su celebración.

Consecuentemente, todos los contratos electrónicos que hayan sido celebrados con ambos contratantes dentro del territorio nacional y/o que hayan sido aceptados desde la Argentina, tendrán determinada su validez formal, por las disposiciones del CCyC y de las leyes especiales que puedan regir esa materia en particular.

El artículo 2650 dispone que, cuando no exista un acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción del actor, los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado o si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; o los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales o los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato, siendo esta última alternativa, un complemento del domicilio de cualquiera de los demandados.

Si bien resulta extraño que no se prevea en los contratos, incluidos los realizados por medios electrónicos, la jurisdicción aplicable o que la misma no resulte válida, para el supuesto que esta circunstancia se presentase en un contrato, incluido uno electrónico, el actor estará en capacidad de elegir la jurisdicción entre el domicilio del deudor o alguno de los deudores, incluidas sus agencias o sucursales o el del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales, con lo cual, si el tema en discusión fuese la moneda de pago, el actor podría elegir, dentro de esas opciones y conforme con la ley argentina, el juez que tuviese la ley más amigable a sus intereses de cobro.

El artículo 2651, dispone las reglas de la voluntad y sus límites, y de esta previsión, resulta importante destacar, que ellas son plenamente aplicables a la modalidad de los contratos electrónicos, aunque excluidos los contratos de consumo, por gozar éstos últimos de protección tuitiva y con jerarquía de leyes de orden público.

Por lo expuesto, este artículo solo es aplicable a los contratos denominados como paritarios por nuestro CCyC, y en ese sentido, Iñiguez, (2015), expresa los motivos de exclusión de este artículo a los contratos de consumo, del siguiente modo:

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo, ya que la finalidad de protección de la parte estructuralmente débil se vincula con el principio de mayor favorabilidad de las leyes del país del domicilio del consumidor. Se trata de un elemento subjetivo relevante regulado por normas imperativas contenidas en el Constitución Nacional (art. 42). (p. 420)

De todos modos, y en cuanto al interés de nuestra tesis, resulta importante tener presente que las partes en un contrato paritario, incluidos los electrónicos, puede hacerlo regir por el derecho que libremente convengan las partes, aún aquellos que deban cumplirse y pagarse dentro del territorio de la República Argentina.

El siguiente artículo de interés para este capítulo, es el 2652, el cual determina el derecho aplicable a los contratos, incluidos los electrónicos, en defecto de elección de las partes.

Nuevamente destacamos en relación con esta cuestión, que al igual que en la jurisdicción, resulta inusual que en un contrato se omita o no sea válida la previsión del derecho aplicable, pero para esos supuestos, este artículo dispone

que se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento y si no estuviese designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato.

Se trata de una norma de expresa aplicación para los contratos, incluidos los electrónicos, o en especial para los electrónicos, que usualmente se celebran a distancia y bajo la modalidad entre ausentes.

Finalmente, este artículo, dispone en su último párrafo, que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Esta disposición, prevista in fine del artículo 2652, es coincidente con lo que dispone el artículo 2649, al momento de tratar la validez formal del acto jurídico, toda vez que también ubica al derecho del país de donde parte la oferta aceptada, en aquel artículo, como primera opción, dentro de las dos que prevé dicho artículo.

Concluimos este punto con la previsión del artículo 2653 del CCyC que dispone que excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Pero la norma aclara en forma expresa, que esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

Esta norma, la última de las tratadas en este punto, alude a la facultad excepcional que el CCyC le reconoce al juez local, para que disponga el derecho aplicable a un contrato, incluido uno electrónico, pero únicamente si las partes no hubiesen elegido el derecho para ese contrato.

8.4. Régimen aplicable en los contratos de comercio electrónico, para el pago en las obligaciones asumidas en moneda extranjera.

El CCyC adopta diferentes soluciones cuando trata las obligaciones pactadas en moneda extranjera, independientemente que estemos en presencia de contratos tradicionales o de aquellos que se generan dentro del ámbito del comercio electrónico.

Realizada esta primera aclaración, recordemos en este punto que el primer artículo específico que regla el cumplimiento de este tipo de obligaciones es el 765, que dispone en cuanto nos interesa:

La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

El último párrafo del artículo 765 del CCyC, que ya hemos explicado al momento de haber desarrollado el capítulo de obligaciones, debe entenderse como un permiso o autorización que la ley le concede al deudor de poder liberarse de su obligación dando en pago la cantidad de pesos equivalentes.

Veremos a continuación si esta alternativa es aplicable a los contratos electrónicos, y para el supuesto que la respuesta fuese afirmativa, aclarar si es válida para todos o solo para algunos.

En primer lugar, diremos que no hay duda que esa previsión es también aplicable a los contratos electrónicos, aunque debemos explicar que existen obligaciones asumidas en moneda extranjera que solo pueden ser canceladas en la moneda pactada.

Dentro de estos segmentos, y de conformidad con lo que ya hemos explicado en el capítulo donde desarrollamos los contratos bancarios, corresponde identificar al contrato de préstamo bancario, visto que el artículo 1408 del CCyC dispone que el prestatario deberá proceder a “su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado”, y del mismo modo, los artículos 1409 y 1410 del CCyC lo resuelven para el caso de los contratos de apertura de crédito y los artículos 1525 y 1527, siguen la misma solución en los contratos de mutuo, especificando que se deben pagar en la misma moneda prestada y el 1532 establece como normas supletorias para los contratos de mutuo, a las disposiciones relativas de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso.

Consecuentemente, no existe diferencia alguna en que estos contratos bancarios o no, hayan sido perfeccionados por medio electrónico o por otras

formas, porque en todos los casos, deberán ser cancelados en la moneda pactada.

Quedará como un interrogante saber qué pasará cuando un usuario del sistema financiero pretenda cancelar su deuda bancaria en pesos equivalentes, conforme se lo permite el Artículo 765 del CCyC, aduciendo, por ejemplo que el préstamo otorgado fue para su uso dentro del territorio nacional, que el banco lo obligó a acordar el préstamo en moneda extranjera, que esa exigencia la hizo la entidad como un modo de actualizar la deuda en moneda nacional, violando de ese modo la prohibición de indexar instituida por los arts. 7° y 10 de la ley 23.928, que no fue debidamente informado conforme lo ordena el artículo 1101 del CCyC y el 4° de la ley de defensa al consumidor, y finalmente, oponiendo el principio de *“In Dubio Pro Consumidor”*.

El otro segmento de interés para esta investigación, son los tan comunes contratos electrónicos celebrados con el vendedor o prestador del servicio que no sea entidad financiera, con residencia fuera del territorio nacional y en donde se haya pactado la obligación de pago del precio en moneda extranjera.

Se trata de contratos que nuestro CCyC disponen que su cumplimiento de pago debe hacerse en moneda extranjera, de conformidad con lo establecido por el artículo 2651, que establece las reglas de la autonomía de la voluntad, y por ellas pueden establecerse, para este tipo de contratos electrónicos, el pago de la obligación en moneda extranjera, y no vemos posibilidad alguna de escapar de esa previsión, porque resulta iluso, pretender pagar con pesos, contratos internacionales o con finalidad internacional.

Pero ¿qué pasa con los demás contratos electrónicos?, nos referimos a aquellos en los cuales dos partes, ambas con residencia en la Argentina y en donde ninguno de los dos sea entidad financiera, hayan establecido el pago en moneda extranjera, sin ningún otro fundamento que su voluntad, y en donde hayan incorporado las usuales cláusulas de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión, enriquecimiento sin causa, y abuso de derecho.

Entendemos que pese a las previsiones del CCyC, y a la opinión mayoritaria de la doctrina, referida a que el permiso que otorga el artículo 765 del CCyC al deudor es de carácter supletorio y no imperativo, esos contratos descriptos, sean electrónicos o no, tienen una gran debilidad en cuanto a la moneda de pago pactada.

Efectivamente, el primer problema se presentaría si una de las partes fuese un consumidor, porque podría oponer, todos los argumentos ya comentados, los cuales tendrían inclusive mayor posibilidad de éxito, al no estar lidiando dentro del régimen de los contratos bancarios.

Pero aún dentro de un contrato electrónico paritario, el deudor podría oponer toda la normativa prevista en el CCyC referida a la protección contra el abuso del derecho, la teoría de la imprevisión y del enriquecimiento sin causa, a lo cual podría adicionar la previsión del artículo 765, invocar la garantía de igualdad ante la ley, etc., todo lo cual podría llevarlo a discutir el asunto ante los estrados judiciales, depositando en el expediente judicial su deuda en pesos equivalentes, es cierto que difícilmente logre vencer en esa contienda, pero también resulta innegable, que la existencia del artículo 765 del CCyC, en nada ayuda a brindar seguridad para las obligaciones pactada en moneda extranjera.

A lo hasta aquí desarrollado, debemos resaltar, lo que ya hemos comentado al momento de tratar a las obligaciones en general, referido a que el siguiente artículo del CCyC, el 766, agrega mayor confusión al asunto, visto que su texto dice: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.”

Como podemos ver, los contratos electrónicos pactados en moneda extranjera, al igual que los contratos convencionales, conllevan una debilidad originada por las mismas disposiciones del CCyC, que no será notoria en momentos de tranquilidad cambiaria, pero que sin duda existe, y que en caso de falta de divisas o de un brusco y notorio encarecimiento por encima del poder adquisitivo del peso, generará innumerables discusiones, muchas de las cuales terminarán siendo resueltas por los jueces, quienes para ello deberán aplicar normas contradictorias y/o confusas que obran para esta cuestión en el CCyC, todo ello, conforme como lo hemos desarrollado en este punto.

8.5. Medios de pago de los contratos electrónicos. Las monedas digitales.

A continuación, desarrollaremos en forma resumida los medios de pagos tradicionales que se utilizan en los contratos electrónicos y una nueva modalidad de pago dentro de ese tipo de contratos, como son las monedas digitales.

Originalmente, las transacciones celebradas por Internet se cancelaban con dinero en efectivo, cheques, transferencias bancarias, etc.

Pero el vertiginoso desarrollo que tuvieron los contratos electrónicos o de “*e-commerce*”, hicieron necesario que se introdujeran aplicaciones para permitir el pago por medio de tarjetas de crédito, de débito, o transferencia de dinero por medio electrónico, *Swift*, sigla del inglés “*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*”, que en español significa Sociedad para Telecomunicaciones Financieras Mundiales Interbancarias, o su símil dentro de la plaza local, a la cual se la identifica como MEP, sigla de Medio Electrónico de Pago.

Inmerso en ese panorama, el mundo del comercio electrónico avanzó un paso más y creó diferentes monedas virtuales o digitales, las cuales inicialmente podían cambiarse por dinero material y también en el ciberespacio, por medio de ventas que se cobran con ese tipo de moneda.

Resulta interesante esta modalidad de pago con dinero digital, porque se trata de una moneda que no es de curso legal dentro de la Argentina y que tampoco tiene curso legal en ningún otro país.

En primer término, mencionaremos que la más conocida de ellas es la denominada Bitcoin, pero aclaramos que, en internet, existen decenas de monedas digitales.

Sobre esta moneda, Muñoz (2014), explica:

Bitcoin es una moneda virtual e intangible. Es decir, que no se puede tocar en ninguna de sus formas como ocurre con las monedas o billetes, pero puede utilizarse como medio de pago de la misma forma que éstos.

Al igual que ocurre con el dinero que tenemos en nuestro banco los Bitcoin aumentan o disminuyen de nuestra cuenta personal según realicemos ingresos o gastos, la única diferencia es que no existe la posibilidad de monetizarlos, como ocurre cuando, por ejemplo, retiramos dinero de un cajero automático. (Entonces ¿qué es Bitcoin?, parr. 1)

Al igual que las monedas convencionales, el valor de Bitcoin se establece por la oferta y la demanda, y se calcula mediante un algoritmo que mide la cantidad de movimientos y transacciones con Bitcoin en tiempo real.

Como sucede con todos los procedimientos dentro de internet, para poder operar con esta moneda digital o con cualquiera de las otras, es necesario

descargar aplicaciones que puedan ser utilizadas por el sistema operativo de un escritorio o de un móvil.

Estas monedas digitales comenzaron a desarrollarse con cierta velocidad, porque estaban diseñadas para su uso dentro del comercio electrónico, y porque no tienen frontera ni regulación de Estado alguno, no pagan impuestos, etc.

Por el lado negativo, corresponde mencionar que su falta de control de país alguno y su universalidad, puede ser favorable para que algunos usuarios pretendan utilizarla para pagos fraudulentos, como podría ser el caso de mercaderías ilegales y/o para el movimiento de capitales de dudoso origen, por estos motivos, países centrales, como Estados Unidos de América, han empezado a analizar algunas medidas regulatorias y hasta su prohibición.

En relación con la Argentina, a la fecha de esta investigación, no tenemos conocimiento de regulación o prohibición de su uso, por ello, entendemos que el pago de obligaciones nacidas de contratos electrónicos, convenidos en monedas digitales, como el Bitcoin, puede convenirse dentro de nuestra legislación, conforme lo autoriza el artículo 2651 del CCyC, ello, más allá de que entendemos que a los contratos electrónicos, cuyo pago se encuentre pactado en monedas digitales, al momento de pensar en el cobro de los impuestos, que deberán pagar al fisco, como lo hace toda actividad de compra y venta habitual, se le podrían aplicar para ese fin, las reglas de la permuta, visto que no hay moneda nacional involucrada en la transacción, o por analogía, imponerle las reglas de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, más allá de que no estaríamos en presencia de moneda extranjera propiamente dicha.

8.6. Conclusión

Hemos desarrollado este capítulo sobre contratos electrónicos, porque entendemos que cada vez adquieren mayor importancia dentro del universo de los contratos, y en ellos resulta habitual que el pago se convenga en divisas, más allá del uso de monedas digitales explicado.

Por lo expuesto, centramos nuestro interés en los contratos electrónicos pactados en moneda extranjera y para ello resultaba necesario como primer paso, identificar este tipo de contrato y definir si son una rama autónoma del derecho o si son parte de alguna ya existente.

De acuerdo con lo estudiado, el CCyC tiende a que se le aplique el derecho que sea el más cercano a la naturaleza de cada contrato en particular, más allá que ese ordenamiento sea nacional o extranjero, por ello, para este tipo de contratos, nos inclinamos por ubicarlo como parte del derecho internacional privado, efectivamente, visto que son contratos celebrados entre partes que no se encuentran al momento de la celebración del contrato en el mismo lugar físico al mismo tiempo, y en donde es usual que las partes residan en diferentes países, conlleva a que deban determinarse la reglas para establecer sobre la validez del contrato, su consentimiento, la ley y jurisdicción aplicable, las reglas de pago, la aplicación de normas de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino, más allá de la ley que rija al contrato, etc., todo ello bajo la óptica del derecho internacional privado.

En relación con estos pensamientos; Scotti (2012), reflexiona:

Por lo expuesto, estimamos que en gran medida los principios, criterios, métodos, reglas, que rigen los contratos internacionales deben ser tenidos en consideración al momento de legislar en materia de contratación electrónica, y en ningún caso deben alejarse desmesuradamente de aquellas, pues en definitiva, no dejan de ser un tipo peculiar, una especie de ellos, Y, por otra parte, el juez deberá recurrir a las normas vigentes sobre contratos internacionales de fuente interna y convencional, cuando se le presente un caso, ante la ausencia de reglas específicas, con la debida flexibilidad y anticipación que sea estrictamente necesaria. (p. 352)

Independientemente de la tendencia doctrinal de ubicarlos como parte del derecho internacional privado, en lo que se refiere a nuestra tesis, debemos destacar, que más allá de la particularidad de esta nueva forma contractual, la misma no escapa a los lineamientos generales de los contratos, y por ello, la moneda de pago se regirá por las mismas reglas que las que prevé el CCyC para las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Por lo tanto, y salvo especificación legal en contrario, rige para estos contratos la regla general del artículo 765 del CCyC, y para evitar el permiso que la ley le otorga al deudor de cancelar obligaciones consideradas cosas, en moneda de curso legal, deberán insertar los convenios y renunciaciones que rigen a los demás contratos, para que no les sea aplicable la previsión del artículo 765 segunda parte del CCyC.

Por supuesto que del mismo modo que en los contratos de formato papel, el cumplimiento de la obligación de pago, seguirá las reglas establecidas para cada caso en particular, por ello, en los contratos bancarios celebrados electrónicamente, regirán las pautas establecidas en el Libro III, Capítulo 12 del CCyC, y en lo que corresponda, deberá respetar las previsiones que el CCyC dispone para los contratos de consumo.

De igual forma sucede para todos los demás tipos de contratos, independientemente de que hayan sido celebrados en forma electrónica o bajo formato papel.

También en este capítulo de la tesis, hemos desarrollado muy sintéticamente, la ley de firma digital y electrónica, porque la firma es un requisito en los contratos, y vista la especial característica los de formato electrónico, explicar cómo funciona y qué validez tienen la firma digital y la electrónica resultaba de interés dentro del capítulo de los contratos virtuales.

Aclaremos que existen gran cantidad de convenciones y recomendaciones de diferentes organizaciones internacionales públicas y privadas que tienden a generar reglas de convivencia para los contratos electrónicos o de *e-commerce*, pero hemos entendido que incursionar en ellas nos alejaba sin necesidad del núcleo de nuestra tesis.

En lugar de ello, hemos preferido profundizar en este capítulo, las reglas que ha establecido el CCyC para el cumplimiento de obligaciones pactadas en moneda extranjera, más allá de que las mismas hayan sido pactadas en contratos de formato papel o en forma electrónica, y siguiendo ese objeto, hemos visto la regla general que establece el artículo 765 del CCyC, como también su siguiente y ¿contradictorio? 766, o las disposiciones que se aplican para las partes en los contratos bancarios, o en aquellos de comercio exterior, o que por su habitualidad se pactan en moneda extranjera, como puede ser el caso de las operaciones inmobiliarias en la Argentina.

Aclaremos que hemos elegido desarrollar sucintamente las reglas para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera dentro de este capítulo, visto que su desarrollo más profundo ya lo hemos llevado adelante al tratar el régimen de las obligaciones, conforme lo indica el CCyC.

De todos modos, hemos resaltado que el cumplimiento de las obligaciones de pago pactadas en moneda extranjera, se rigen por las mismas reglas que el CCyC dispone para los contratos, sean estos en formato papel o electrónicos.

Asimismo, desarrollamos la forma de pago que habitualmente se utiliza para cumplir con esas obligaciones, y más allá de haber explicado cuestiones básicas de las monedas digitales, hemos tratado las formas de pago clásicas, que, para poder hacerse electrónicamente, requieren la instalación de aplicaciones especiales para el pago y para la seguridad de los mismos.

En síntesis, el CCyC tiene presente dentro de su articulado a los contratos electrónicos, sobre todo al momento de legislar las relaciones de consumo, los contratos bancarios y los contratos que forman parte del derecho internacional privado, en todos los casos, bajo el entendimiento de que el contrato electrónico es aquel que se celebra mediante el uso o empleo de medios telemáticos o informáticos, y que incorporan o utilizan formas de contratación de las nuevas tecnologías.

Capítulo 9 – Teoría de la Imprevisión, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa

9.1. Introducción

Dentro de esta investigación, tiene importancia incluir un análisis sobre la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa.

La importancia de estos tres institutos radica en que todos ellos pueden habilitar, desde morigerar los efectos de un contrato y, consecuentemente, de sus obligaciones, hasta producir su resolución o rescisión.

En el caso de la teoría de la imprevisión, a partir de la reforma del Código Civil llevada adelante por mérito de la ley 17.711, se encuentra habilitada la injerencia de los jueces sobre los contratos, quienes, a pedido de parte, pueden disponer la resolución de los mismos, cuando se presentan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, extraños y posteriores a la celebración del contrato, que tornan la prestación a cargo de una de las partes excesivamente onerosa.

Se trató de la incorporación de una previsión que pretendió amalgamar dentro de la dinámica contractual, los principios de la buena fe, la equivalencia de las prestaciones, cuando se presentan los elementos de la imprevisión y el ejercicio regular de los derechos.

Efectivamente, en relación con esta reforma y la introducción de la teoría de la imprevisión, Garrido Cordobera (2011), al explicar el concepto que el liberalismo le otorga al contrato y a su validez, expresa:

En la concepción liberal, la libertad implica la libertad de contratar o no, la elección de con quién hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido, si a ello le sumamos la fuerza que se le reconoce a la autonomía de la voluntad, el respeto a la palabra empeñada y la seguridad jurídica, arribamos al resultado de que los contratos no pueden ser revisados o morigerados salvo pacto expreso de las partes.

En la Argentina es clásico el trabajo y las enseñanzas del Prof. Marco Aurelio Risolía, quien veía con disfavor la intervención de ciertos institutos morigeradores, que ya contaban con varios adeptos antes de la reforma de 1968. (II. Análisis crítico de la autonomía de la voluntad, parr. 5)

En el caso del abuso del derecho, que el código de Vélez lo preveía en el artículo 954, según ley 17.711, ahora el CCyC lo tiene ubicado en su título preliminar, visto que lo ha incluido en su artículo 10, lo cual deja en claro que

nuestro ordenamiento, en la actualidad, le da un papel preponderante.

Es interesante resaltar que, naturalmente, quien ejerce su derecho, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico y de ese modo fue entendido por el derecho romano, visto el principio en latín que dice “*neminem laedit qui suo iure utitur*”, esto es que a nadie daña quien ejercita su derecho.

Si bien ello parece ser lo más sensato, en la práctica esa protección puede terminar desvirtuando al mismo objeto principista de la ley.

Efectivamente, pensemos en el clásico ejemplo del propietario que levanta un muro dentro de su finca, con el único fin de privar de luz a su vecino, o tal vez, buscando poder comprarle a menor precio la propiedad o simplemente con el objeto de molestarlo.

Justamente por esos supuestos, el derecho avanzó con el concepto de limitar el ejercicio del derecho cuando éste es abusivo y perjudica a un tercero.

Actualmente, nuestro CCyC expresamente establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, y por ello faculta a los jueces para que ordenen lo que sea necesario, para evitarlo.

El tercer concepto que desarrollaremos en este capítulo es el del enriquecimiento sin causa, el cual, ya había sido tratado por Vélez en las notas de los artículos 499 y 784 del código civil.

Al tratar las obligaciones en general, el código de Vélez preveía que no hay obligación sin causa y explicaba en la nota respectiva que el código francés y los demás códigos que lo habían tomado como modelo confundían las causas de los contratos con las causas de las obligaciones, y explicaba que las obligaciones no nacen solo de los contratos y de los cuasicontratos, sino también de los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos y de las relaciones de familia.

También el artículo 784 del código de Vélez trata el enriquecimiento sin causa, habilitando la acción de repetición a todo aquel, que por error de hecho o de derecho, se hubiese creído deudor, y hubiera entregado alguna cosa o cantidad en pago de lo que no debía.

La reforma de la ley 17.711 introduce dentro del artículo 954 y en forma expresa, los supuestos en los que se podrían demandar la anulación de los actos cuando estuviesen viciados de error, dolo, violencia intimidación o simulación.

El mismo artículo prevé la posibilidad de nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o

inexperiencia de la otra, lograr una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

El CCyC, trata esta cuestión a partir del artículo 1794 y, en regla general, mantiene los principios que ya venían siendo sostenidos por la jurisprudencia y la doctrina en los últimos años.

Aclaremos que no desarrollamos en forma específica en nuestra investigación los mecanismos de readaptación del contrato que puedan haber pactado las partes, porque las mismas ingresan dentro de la concepción de la autonomía de la voluntad de las partes.

Efectivamente, la readaptación de un contrato, conforme pautas que hayan convenido las partes, como podrían ser la denominada cláusula de fuerza mayor, que pueden pactar la partes para garantizar la vigencia de un contrato, aunque se produzca un caso fortuito expresamente previsto por ellas, o la denominada cláusula de alineamiento sobre las ofertas de la competencia, originado en el derecho sajón como "*first refusal clause*", que muchas veces incluyen las grandes cadenas de supermercados para alinear determinadas ofertas propias con las de la competencia, resultan fuera de nuestro interés, porque no hay en ellos una facultad otorgada por la ley a favor de una de las partes en detrimento de la otra, como sí sucede con la última parte del artículo 765 del CCyC.

Luego de haber realizado esta aclaración, procedemos en los próximos puntos de este capítulo, a tratar cada uno de los mecanismos que pueden ser invocados por una de las partes, y que, ante la negativa de atender el reclamo por la otra, pueden terminar siendo motivo de justificación para pedir judicialmente la anulación o morigeración de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, y de ahí, la relevancia que ellas tienen dentro de nuestra investigación.

9.2. Teoría de la imprevisión

La llamada teoría de la imprevisión fue incorporada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a través de la reforma de la Ley N° 17.771, en la segunda parte del artículo 1.198.

En relación con ella, Gregorini Clusellas (2001), al referirse a la previsión que contenía el código de Vélez después de la reforma del año 1968, expresa:

La teoría de la imprevisión consagrada por el art. 1198 del Cód. Civil ⁽¹⁾ procura corregir las anomalías contractuales derivadas de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que modifiquen groseramente la equivalencia entre las prestaciones. Su procedencia requiere un desequilibrio sobreviniente muy marcado, con el cual se ignoraría el valor justicia de no intervenir el órgano jurisdiccional. (I. Consideraciones generales, parr. 1)

Realizada esta primera aproximación a este instituto y como ya lo hemos visto en el punto 4.5 de esta tesis, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994, regla este instituto en su artículo 1091, esto es, dentro del capítulo 13, titulado Extinción, modificación y adecuación del contrato, del Título II “Contratos en general”, del Libro Tercero “Derechos Personales”.

En ese sentido el mencionado artículo 1091 expresa lo siguiente:

Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Por lo tanto, el CCyC dispone que la teoría de la imprevisión es el remedio jurídico que se utiliza cuando un contrato, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, se ve alterado en forma desproporcionada, y sin que, para ello, hubiesen participado las partes.

Nuestro ordenamiento establece como regla general para su aplicación, que estemos en presencia de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente.

También resultará aplicable a los contratos aleatorios, si la prestación se tornara excesivamente onerosa por causas ajenas al alea propio del contrato.

Esto significa que para que proceda la teoría de la imprevisión, resulta indispensable que estemos en presencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración. Dicha alteración puede ser fruto de un cambio en la equivalencia de las prestaciones, en el cotejo entre los derechos y obligaciones de las partes, en la ecuación económica del contrato o

una alteración extraordinaria de las bases del negocio jurídico, esto es, su objeto, o de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración.

El otro elemento indispensable para su procedencia, es que dicha alteración genera que la prestación del contrato se vuelva excesivamente onerosa para una de las partes.

Ahora bien, ¿Quién se encuentra legitimado para accionar por imprevisión?

En primer lugar, lo puede hacer la parte contractual afectada, pero también podría hacerlo, el tercero beneficiario u obligado en una estipulación a favor de terceros, en los términos del art. 1027 del CCyC o cargo de un tercero.

La ley autoriza a que el reclamo se haga por vía extrajudicial como judicial, pudiendo pedir la parte afectada, la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, en este último supuesto, buscando que el contrato vuelva a tener el equilibrio entre las prestaciones, conforme había sido pactado en su origen.

Recordamos que el artículo 1198 del código de Vélez, solo autorizaba al demandado por resolución, a oponer la readecuación del contrato.

Esta cuestión generó no pocas discusiones doctrinarias entre quienes se inclinaban por reconocerle también al perjudicado, la facultad de demandar por adecuación y quienes tomaban en forma literal a la previsión normativa.

En relación con esta cuestión, Leiva Fernández (2015), expresa:

Por autorizar tal acción se pronunciaron Alterini, Caramelo Díaz, en Stiglitz, Casiello, Flah y Smayevsky, Lavalle Cobo; Morello-Trocconi, Mosset Iturraspe. En contra, sosteniendo la literalidad del derogado art. 1198 lo hicieron: Abatti y Rocca, Belluscio, Bustamante Alsina, De Abelleira, López de Zavalía, Masnata y Vázquez. (puede verse una excelente reseña de legislación comparada, posturas y argumentos en De Lorenzo-Tobías). (p. 708)

Destacamos como novedoso, que gracias a las previsiones del CCyC, ahora ha quedado zanjada esa discusión, toda vez que el afectado puede demandar la adecuación en forma autónoma. También que se ha eliminado el requisito de que el deudor no tenía que encontrarse en mora. Esto último, basado en la posibilidad de que la misma mora del deudor pueda deberse al desequilibrio en que haya ingresado el contrato.

De todos modos, corresponde aclarar que el CCyC precisa que la causa del desequilibrio sea ajena a las partes, lo cual entendemos que incluye tanto la culpa, como la mora, ésta última, visto que el CCyC expresamente dispone en su

artículo 1733, inciso c, que la mora hace al deudor también responsable del caso fortuito, estando incluido dentro de él, el evento imprevisto de mayor onerosidad que modifique gravemente la prestación económica del contrato.

Conforme con lo explicado, queda claro que, salvo que la mora sea indiferente para la producción del daño, se mantiene la imposibilidad de invocar la teoría de la imprevisión, cuando ésta sea anterior a que se produzca el desequilibrio de las prestaciones para una de las partes.

Otro tema de interés en relación con este instituto es, si se trata de una previsión renunciable o no.

Existe una corriente de doctrina que entiende que no resulta renunciable previamente la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión en una cláusula contractual, toda vez que, de ese modo, se estaría desvirtuando la esencia del instituto, es decir ¿cómo podemos renunciar a algo que no hemos podido prever?

Más allá de esta lógica, vemos diariamente en diferentes contratos, incluidos los denominados de consumo, que el deudor renuncia irrevocablemente a plantear la teoría de la imprevisión, especialmente cuando se trata de la moneda de pago pactada.

Pero ¿A qué se renuncia cuando una parte se obliga a no oponer la teoría de la imprevisión?

Imaginemos que, en un contrato, la moneda de pago pactada haya sido el dólar estadounidense, y que, en virtud de ello, las partes hubiesen pactado que, aunque variara notoriamente la equivalencia entre la moneda de curso legal y el dólar, el contrato debía ser cumplido en esa moneda extranjera.

También supongamos que, en el mismo contrato, las partes hayan dispuesto que para el supuesto que la adquisición de divisas se prohibiera en el futuro, o se regulara de tal modo que tornara imposible o muy dificultoso su adquisición, la parte deudora deberá, en ese caso, proceder a comprar la cantidad de bonos públicos de la Argentina que fueran necesarios, para ser vendidos en el exterior, y que, de ese modo, el acreedor pudiera recibir la cantidad de dólares pactados, en una plaza fuera de la Argentina.

Ante esta situación, no hay duda de que las partes habrían descripto en forma detallada el evento, lo habrían asumido y establecido la solución ante el supuesto de que éste se produjera, por ello, y para el caso que dicha situación se presentase durante la vigencia del contrato, renuncian en forma expresa a invocar

la teoría de la imprevisión, justamente, porque la previeron. Por ello en ese caso, si sería renunciable, más aún, no aplicaría en ese supuesto, porque ese cambio sustantivo en las equivalencias fue previsto al momento de contratar, y pese a ello, las partes libremente acordaron cumplir el contrato como originalmente lo habían previsto.

En relación con los contratos con cláusulas predispuestas, Gastaldi (2009), opina lo siguiente:

Esto permite sostener que, en el criterio general, cuando se trata de contratos con cláusulas predispuestas —por adhesión, sujeto a condiciones generales, etc.— tal renuncia no se considera válida; lo cual no implica que en todos los contratos que se estima “paritarios” exista, en la realidad concreta, esa paridad entre las partes que le permite a cualquiera de ellas a no prestar el consentimiento ante condiciones que, como la renuncia a la imprevisión, le proponga la contraria. (VI. El punto “crucial”: la renuncia a la imprevisión, parr. 7).

En nuestro caso, entendemos que la imprevisión es irrenunciable en forma genérica, y de aplicación extremadamente reducida cuando se encuentra dentro de contratos con cláusulas predispuestas, pero no lo es dentro de los contratos paritarios, siempre y cuando en ellos, las partes hayan descrito en forma detallada un evento que puede modificar en forma sustancial la equivalencia económica de lo pactado entre las partes, y luego de haberlo identificado, aceptan dicho acontecimiento y renuncian a oponer, en ese caso, la teoría de la imprevisión.

Asimismo, es cierto que, por un lado, este tipo de renunciaciones generan la certidumbre de que las partes analizaron la presencia de esas eventualidades y acordaron la renuncia a ese planteo, pero, por otro lado, la realidad, es que cuando estas cuestiones han llegado a los estrados judiciales, han sido como consecuencia de graves distorsiones de la economía en general, y ante esas circunstancias, los jueces, al momento de dictar sentencia, han dado preeminencia a la emergencia general declarada, y subordinando a ella este tipo de renunciamientos.

Efectivamente, la jurisprudencia, en este aspecto, ha seguido mayoritariamente el criterio que describe Mosset Iturraspe (2001), cuando expresa: “De cualquier manera, de la confrontación de las normas y de su consideración escalonada o jerárquica resulta la prevalencia de las que

prescriben una contratación en equilibrio razonable y proscriben abusos y aprovechamientos". (V. Los intereses en conflicto: el interés preponderante. La vivienda digna y la garantía constitucional. La pérdida de la vivienda por insuficiencia en los recursos, parr. 4)

Resulta de interés mencionar que, sobre acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, Prieto Molinero (2010), tiene un pensamiento diferente, visto que entiende que lo importante es:

El requisito del carácter extraordinario e imprevisible importa el haber privilegiado la forma sobre la esencia. ¿Cuál es la esencia en la teoría de la imprevisión? La desproporción inculpable en las prestaciones del contrato como consecuencia de un hecho externo que trasciende las posibilidades de actuación de las partes, así como la injusticia que supone que alguna de ellas pretenda seguir obrando como si nada hubiera sucedido no obstante la carga injusta que ahora pesa sobre la otra. Lo importante es entonces la inequidad de la situación y el carácter ajeno e inculpable de la causa que la origina, no la "originalidad" de la misma. (III. Conclusiones, parr. 3)

Es decir que él centra el núcleo del problema en la excesiva onerosidad sobreviniente que se produce por un hecho ajeno a las partes y entiende que el requisito de que exista un acontecimiento extraordinario e imprevisible, concepto que fuera tomado en forma integral por nuestra ley desde el código civil italiano de 1942, fue un error, porque ese derecho venía vinculando esta problemática con la fuerza mayor, y nuestros legisladores no repararon en ese detalle.

Ahora bien, ¿Qué es extraordinario e imprevisible?, la alta inflación, una importante devaluación de la moneda, un brusco cambio en la macroeconomía, seguramente para algún juez lo sea y para otro no, vista la habitualidad con que estos hechos suceden en la Argentina.

Por ello, y en ese sentido, Prieto Molinero (2010), refiriéndose al artículo 1198 del código de Vélez, aunque entendemos también aplica plenamente para el artículo 1091 del CCyC, visto que éste último establece como requisito insustituible la presencia de una alteración extraordinaria para poder accionar por imprevisión, expresa:

Por lo pronto, el artículo 1198 CC allí está y sigue invitando a quedarse en disquisiciones sobre el carácter imprevisible de los hechos dejando el problema real a resolver como algo secundario; todo lo cual, lleva a sentencias

contradictorias, a dispendio judicial y, en definitiva, a no dar una solución a un problema fundamental por quedarse en lo accesorio. (III. Conclusiones, parr. 5)

Concluimos este punto, mencionando que el artículo 1091 del CCyC se encuentra también vinculado, en lo que se refiere a la teoría de la imprevisión, con el art. 1088, referido a los presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita, el art. 1089, que prevé la resolución por ministerio de la ley, y el art. 1090 que regula los contratos cuando se presenta la frustración de la finalidad.

9.3. Abuso del derecho

Como ya hemos referenciado en la introducción de este capítulo, el CCyC ha incluido al abuso de derecho dentro de su título preliminar, lo cual indica la importancia que la ley le reconoce a esta figura.

Desde el mismo comienzo de este punto, entendemos de interés destacar que el abuso de derecho reglado en el artículo 10 del CCyC, conserva el criterio amplio, visto que el mismo se presenta en tres supuestos, y estos son, cuando contraría la buena fe, cuando afecta la moral y cuando contraviene las buenas costumbres.

Resulta interesante mencionar que, Lluís y Navas (1999), al referirse a la cuestión terminológica de abuso del derecho, expresa:

Marín (11) sustenta que la expresión “abuso de derecho” es contradictoria, pues la idea de abuso se contrapone a la de derecho. La misma postura defendieron en Italia Brunetti y en Francia Planiol, en nombre de que el derecho cesa donde el abuso comienza. Desde un punto de vista *terminológico*, su observación está perfectamente justificada, siempre y cuando la circunscribamos al aspecto terminológico y a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina han consagrado la expresión “abuso de derecho”. (p. 3)

Más de allá de compartir la opinión desde el punto de vista terminológico, luego Lluís y Navas (1999) entiende que en realidad, la idea que comunicamos mediante el término de abuso de derecho, no es contradictoria, siempre y cuando la misma esté identificando la conducta de un sujeto que siendo titular de un derecho determinado, lo ejerza más allá de los límites que la ley le autoriza, y por ello, no hay contradicción, por tratarse de una delimitación del alcance del derecho, porque la ley, por un lado se lo reconoce, pero por otro lado, se lo limita.

Continuando con esta cuestión, aclaramos que no es casual que la figura del abuso de derecho esté legislada en el artículo inmediatamente posterior al que establece la obligatoriedad de ejercer los derechos de buena fe. Efectivamente, esa proximidad entre ambas cuestiones, le otorga fundamento legal al vínculo que indudablemente existe entre ambas figuras.

Por otra parte, esta figura, además de vulnerar los principios de buena fe, tiene la característica de apartarse de los fines que la misma ley persigue, y ello es así, visto que toda ley sostiene un principio ético, por lo tanto, quien hace uso abusivo de ella, está buscando servirse de su letra, con el fin de eludir su verdadera finalidad.

Otra cuestión de interés es la relación que existe entre el abuso del derecho y su ejercicio antisocial, y más aún, si estamos en presencia de la misma figura, toda vez que ambas vulneran el principio de buena fe.

La clásica distinción que se realiza entre estas dos cuestiones es que en el abuso de derecho se perjudica intereses individuales, y entonces es el dañado quien está legitimado para accionar en contra de ese abuso, mientras que la conducta antisocial perjudica a los intereses de la comunidad toda.

Pero más allá de esta disquisición, la realidad es que puede presentarse un abuso de derecho que también sea conducta antisocial, por ejemplo, cuando haciendo uso abusivo de un derecho, no solo se perjudica al vecino inmediato, sino que, por sus características, también puede ser calificada como una conducta antisocial. Nos referimos como ejemplo a todas aquellas que regula el artículo 1711, siguientes y concordantes del CCyC.

Por lo tanto, si bien es cierto que existen diferencias, y ellas no permiten ubicar a ambas anomalías como parte de una misma figura, también debemos tener presente, que es posible que una misma conducta se identifique como abuso de derecho y como conducta antisocial.

El abuso de derecho requiere de elementos indispensables para poder ser calificado como tal.

El primer y básico factor, es que quien haga el ejercicio abusivo es titular de un derecho, aclarando que podrá tratarse de una persona de existencia jurídica o humana, privada o pública, en este último supuesto, estaríamos ante la presencia de una desviación del poder. Pero lo sustantivo es que resulta indispensable que sea titular del derecho, para que pueda abusar de él.

La segunda característica que debe encontrarse presente es que ejercite una facultad formal y externamente legal. Aclarando que ese ejercicio o comportamiento abusivo, puede llevarse adelante por acción o por omisión.

Otro elemento necesario, es que con esa acción o inacción se dañe el interés legítimo de otra parte. En realidad, es necesario que estén presentes tres requisitos directamente interrelacionados, en primer término, que se esté produciendo un daño, en segundo término, que ese daño afecte al interés de un tercero y finalmente, que el interés del tercero afectado sea legítimo.

Resulta de interés explicar que por tercero entendemos, tanto a los sujetos que, siendo parte en la relación se ven perjudicados sin ser causantes de los actos perjudiciales, y también a aquellos ajenos a esa relación jurídica pero que, por el abuso del derecho ejercido, ven afectados sus propios derechos.

Asimismo, para que se pueda accionar por abuso de derecho, no debe existir una ley de protección legal directa del legítimo interés objeto de conducta abusiva, por lo tanto, la figura del abuso de derecho no es aplicable en los supuestos en que la cuestión planteada tenga solución directa y dentro del mismo ordenamiento legal.

Del mismo modo, corresponde tener presente que es requisito necesario la falta de justificación del daño. Esto quiere significar, que deberá tratarse de daños que el perjudicado no esté obligado a soportar frente al ejercicio ordinario de sus derechos por parte del titular, o bien que se trate de daños innecesarios.

Para comprender, cuál es el motivo que hace necesario que se encuentren presentes todos estos elementos para que se configure el abuso de derecho, es necesario entender que todo ejercicio del derecho tiene límites, por un lado, el expreso que le fija la ley o las normas que regulan su ejercicio y, por el otro, existe un límite implícito, el cual no estará expresado en la ley y que deriva de razones éticas, como son la moral, la equidad, la buena fe, y las buenas costumbres.

Esto significa que cualquier norma positiva, además de los límites derivados de las reglas que lo regulan, tiene otro general, y éste último consiste, en que todo sujeto de derecho está obligado a llevar una conducta ética, al momento de hacer ejercicio del derecho del que es titular.

Otra cuestión interesante, es la relación que existe entre la buena fe y el abuso de derecho en general, reglado en los artículos 9 y 10 del CCyC y el abuso de posición dominante, que describe el art. 11 del CCyC, que, vista su proximidad

dentro del título preliminar del código, deja en claro, la importancia que tienen ambas figuras y su conexidad.

Efectivamente, el artículo 11 del CCyC establece: "Lo dispuesto en los artículos 9º y 10º se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales".

En relación con las herramientas que el CCyC le reconoce al juez para atender cuestiones de abuso de derechos, resulta esencial tener presente que el código le reconoce tres, la primera es la preventiva o precautoria, visto que debe arbitrar medios tendientes a evitar los efectos del acto o de la situación anti funcional, la segunda facultad es la restauradora o de recomposición al estadio previo al ejercicio abusivo del acto o situación, en la medida en que fuera posible, y la última es la indemnizatoria o resarcitoria, por el daño causado.

Concluimos este punto, destacando que existen dos formas posibles de ejercer los derechos, el ordinario o normal, esto es, conforme a la razón del derecho y dentro de los límites finalistas y morales de su ejercicio, y el extraordinario o anormal, que es aquel que va más allá de dichos límites, y consecuentemente, origina el abuso de derecho.

Por ello, la doctrina del abuso de derecho constituye una figura propia de la Teoría General del Derecho, y está dirigido a armonizar la ley y la moral, constituyendo un requisito, y por lo tanto un límite, del ejercicio de cualquier derecho, alcanzando a todo el ordenamiento legal, y por ello es que nuestro legislador, siguiendo ese criterio, lo ha ubicado dentro del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación.

9.4. Enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa es un cuasicontrato, del mismo modo, que lo son, el pago de lo indebido y la gestión de negocios ajenos.

Resulta de interés mencionar que el enriquecimiento sin causa no fue receptado por el código de Vélez en forma expresa, aunque sí se encuentra mencionada en las notas de los artículos 43, 499, 784 y 2589, de ese cuerpo legal.

En el caso del CCyC, éste sí establece el enriquecimiento sin causa, al cual lo regula a partir del artículo 1794, correspondiendo destacar que tanto ese

artículo, como el siguiente 1795, provienen del proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, mientras que la metodología utilizada y los demás artículos de este capítulo, fueron tomados del proyecto de 1998.

Comenzaremos nuestra explicación diciendo que el enriquecimiento sin causa se origina cuando una persona se beneficia a costa de otra, sin que exista una causa que valide ese desplazamiento patrimonial, y por ello, la persona que recibió el beneficio, debe restituirlo.

Como vemos, la transferencia patrimonial sin causa es la base esencial que sustenta esta teoría, pues con ella se busca corregir adjudicaciones antijurídicas.

Es decir que, justamente la ausencia de una causa lícita es lo que hace que el enriquecimiento sea ilegítimo y que, en consecuencia, esa circunstancia deba ser corregida, restituyendo quien resultó beneficiado lo que corresponda según el caso.

Es primordial entender que esta figura no busca castigar el enriquecimiento de una persona, es decir que el Derecho no castiga la riqueza que un sujeto logre por haber firmado un contrato muy conveniente, pero existe un claro límite entre un muy mal negocio para una de las partes y el aprovechamiento de su debilidad o inexperiencia.

Esto significa que cuando el enriquecimiento tiene causa, el derecho no interviene, a la ley no le incumbe si el negocio es bueno, muy bueno, o excelente, pero si el motivo de ese incremento patrimonial es por causa ilícita, inmoral o si no hay causa, la ley debe intervenir para anular los resultados de esa operación.

En síntesis, no está penado el enriquecimiento, pero sí cuando éste carece de una fuente legítima que lo justifique.

Esta figura jurídica busca restituir el equilibrio patrimonial alterado para quien sufre un empobrecimiento sin causa, y si bien y como ya lo hemos mencionado, no fue tratado expresamente dentro del código de Vélez, la jurisprudencia fue receptando esta acción, basada esencialmente en cuestiones de equidad.

Caso contrario, ¿Cómo resolver el beneficio que recibe el propietario de un inmueble por la obra realizada en él por parte de un tercero, sin que haya pagado por ese trabajo? o ¿Por qué deberá empobrecerse un sujeto, que haya asumido

gastos para salvaguardar bienes de un tercero que hubiesen estado en riesgo de perderse o dañarse?

Como podemos observar, el principio de equidad y las reglas generales del derecho permitieron la convalidación de una acción de carácter subsidiaria, para restituir el equilibrio entre dos patrimonios, y para ello, la jurisprudencia estableció presupuestos indispensables, que tienen que estar presentes para validar su aplicación, entre ellos ubicó, en primer lugar, a la necesidad de que se produzca el enriquecimiento de alguien, en segundo lugar, que haya empobrecimiento correlativo de otro, y luego, que haya relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento, que exista falta de causa lícita que genere el enriquecimiento y el empobrecimiento que se encuentran relacionados, que el empobrecido no haya actuado con dolo, culpa o negligencia, que no exista otra herramienta jurídica para abordar el problema, vista su calidad de acción subsidiaria, y que no exista una disposición legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

En cuanto a la característica de acción subsidiaria, ella está claramente indicada, visto que el artículo 1795 del CCyC dispone: “La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.”

La subsidiaridad de la acción de enriquecimiento sin causa, resulta esencial, porque de ese modo se evita que se la utilice como el remedio contra todo acontecimiento que pueda tener algún vestigio de empobrecimiento o enriquecimiento de alguna de las partes, porque de no ser así, ello generaría más perjuicios que beneficios dentro del derecho, toda vez que podría ensayarse la acción cuando la que hubiese estado expresamente prevista, se encontrase prescripta o hubiese caducado, o fuese cosa juzgada, etc.

En concordancia con lo expresado, López Mesa (2012), razona del siguiente modo:

No desconocemos que algunos autores contemporáneos postulan que el carácter subsidiario de la herramienta se está relativizando y hasta algunos autores pretenden dejarlo de lado. Olvidarse que, de admitirse el criterio de la no subsidiariedad entre nosotros, no faltaría quien pretendiera evadir los efectos de la cosa juzgada, manifestando que la pérdida de un pleito que ventilara una acción ordinaria no significa un obstáculo para hacer valer la actio de in rem verso. Ello nos parece absolutamente inadmisibles. (VI. Presupuestos para la aplicación del

enriquecimiento sin causa, parr. 66)

Consecuentemente, la "*actio de in rem verso*" o en español, la acción de reembolso o de restitución, tiene dos características que deben ser respetadas, en primer término, es subsidiaria, lo cual significa que solo puede ser intentada si la ley no tiene previsto otro mecanismo o procedimiento para resarcir el detrimento patrimonial sin causa lícita, que hubiese sufrido el empobrecido, y el otro elemento distintivo, es que es de carácter excepcional.

Además de sus características de acción subsidiaria y excepcional, el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones, pero no tiene el carácter de autónoma, por lo que su procedencia siempre debe ser considerada en relación con otras acciones que pudiera tener a su alcance el empobrecido, porque cualquiera de ellas tendría supremacía sobre la del enriquecimiento sin causa.

Por otro lado, y en relación con el principio que establece que, para que proceda la acción del enriquecimiento sin causa, no debe existir una disposición legal que excluya su aplicación, López Mesa (2012), remarca:

En el derecho español se han dado como ejemplos de normas que excluyen la acción de enriquecimiento los supuestos en que el Código civil permite hacer tuyas las mejoras útiles o de recreo al vencedor en la posesión (cfr. Art. 455 C.C. Esp.), al nudo propietario (ídem, art. 487) y al arrendador (C.C. España, art. 1573), respecto al poseedor de mala fe, al usufructuario y al arrendatario, respectivamente. (VI. Presupuestos para la aplicación del enriquecimiento sin causa, parr. 107)

En sintonía con el derecho español, y a manera de ejemplo, López Mesa (2012), menciona que nuestro CCyC dispone en su artículo 753 que el deudor está obligado a realizar a su exclusivo costo las mejoras necesarias, sin derecho a percibir su valor.

En otro orden de ideas, corresponde tener presente que el enriquecimiento sin causa también ha sido invocado dentro de las diferentes ramas del derecho, incluido el deportivo, y así lo explica Barbieri (2016), cuando expresa:

En autos "Aramount, Luis F. c. Asociación Atlética Argentinos Juniors s/ ordinario", se ventiló un conflicto presentado en una operativa bastante frecuente en la transferencia o traspaso de futbolistas, no solo en el país, sino en casi toda Latinoamérica y España y Portugal —entre otros Estados—.

Por un lado, la cesión de los llamados "derechos económicos" a terceros ajenos a los clubes intervinientes en dicha transferencia. (1)

Por el otro, el reconocimiento de un monto como retribución al agente que intervino en la operación, bajo las formas que pueden verse en la descripción formulada en el punto 1º del decisorio en cuestión.

Fue en este último ítem donde se generó el reclamo ante el incumplimiento de la citada entidad deportiva que registró, como principal oposición por parte de ésta, el hecho de que el accionante carecía de la licencia habilitante para ejercer dicha profesión en el ámbito del fútbol.

Amén de otras cuestiones que se debaten en el fallo, entiendo que es éste el tema central y medular.

El Tribunal se expide acogiendo el reclamo del actor, invocando hechos probados en el expediente y, a su vez, aludiendo a la figura del *enriquecimiento sin causa* y la ejecución de los contratos respectivos. (I. El fallo, parr. 2, 3, 4 y 5)

Como se puede apreciar, ante la falta de otra acción que proteja el empobrecimiento de un sujeto y el enriquecimiento de otro, siempre que exista relación de causalidad entre ese empobrecimiento y ese enriquecimiento, y sin que haya existido causa lícita para que ello quede legitimado, se habilita dentro de cualquier de las ramas del derecho, el ejercicio de la "*actio de in rem verso*", con el objeto de recomponer el equilibrio que se hubiese perdido, entre esos dos patrimonios.

El otro tema de interés para esta investigación es poder determinar, cuál es la recomposición que establece nuestro ordenamiento legal, cuando se presenta un caso de enriquecimiento sin causa, y en relación con ello, el artículo 1794 del CCyC expresa que será en la medida de su beneficio.

En su comentario sobre este artículo del CCyC, Galmarini (2015), expresa:

En lo atinente al alcance de la conducta estimamos que, al fijarse como pauta normativa "...en la medida de su beneficio...", como lo anticipamos al opinar sobre empleo útil, puede tratarse tanto de una erogación dineraria cuanto de un servicio prestado, además de cualquier actividad que repercuta en un beneficio para el enriquecido, sin causa que lo justifique. El beneficio para el enriquecido puede redundar en cualquiera de esas circunstancias, no quedando reducido a un gasto como ocurre, según entendemos y hemos expuesto, respecto de aquella figura. (p. 87)

En ese sentido, Galmarini (2015), desarrolla las dos vías posibles de interpretación de esta cuestión, siendo la primera de ellas, que se esté disponiendo que el enriquecido sin causa debe restituir lo recibido, y la otra, sería que restituya en la medida del beneficio que hubiese obtenido, lo cual podría

inclusive ser superior a lo que hubiese recibido, si hubiese renta del capital o se hubiese producido una suba del precio por cuestiones de mercado.

Por ello, Galmarini (2015), explica que tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por esta segunda alternativa, la cual hoy, además, tiene el aval de la ley, visto que el artículo específico del CCyC se encuentra redactado en concordancia con dicha posición.

Es decir que habría un límite para restituir lo mal habido, el cual siempre será el menor entre lo que pierda el empobrecido y lo que gane el enriquecido.

Esto significa que, si el beneficio obtenido por el enriquecido es superior a la pérdida del empobrecido, el sobrante que le pueda quedar, lo conservará el enriquecido, luego de que haya restituido la completa pérdida de su contraparte.

Siguiendo el mismo razonamiento, si la pérdida fuese mayor que el beneficio obtenido, al restituir su beneficio, al enriquecido no le quedará nada de lo obtenido ilegítimamente, más allá que el empobrecido no recuperará todo lo que hubiese perdido.

Consecuentemente, Galmarini (2015) entiende que el límite que ha establecido el legislador, en cuanto a esta obligación, es el beneficio, pero sujeto al menor de los topes, entre la pérdida sufrida y la ganancia obtenida.

Finalmente, y en relación con esta acción, si la restitución reclamada es por un bien en particular, debe ser devuelta esa especie, obviamente, siempre que dicho bien se encuentre en el patrimonio del enriquecido al momento de la promoción de la demanda, lo cual es coherente con el régimen que indica el CCyC al momento de reglar el cumplimiento de las obligaciones.

9.5. Conclusión

A lo largo de este capítulo, hemos desarrollado, la teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa.

En el caso de la teoría de la imprevisión, hemos visto que ella no estaba prevista originariamente en el código de Vélez y fue introducida en la reforma del año 1968, tomando para ello los antecedentes de derecho comparado, especialmente el código civil italiano del año 1942.

La misma tiene extrema importancia para nuestro trabajo de investigación, toda vez que es el remedio jurídico que se utiliza cuando un contrato se ve

alterado en forma desproporcionada, y sin que, para ello, hubiesen participado las partes.

Esto significa que para que proceda la teoría de la imprevisión, resulta indispensable que estemos en presencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y por ello, esta teoría puede interponerse en el cumplimiento con la moneda de pago libremente acordada por las partes, si ésta, se tornase extremadamente gravosa por hechos excepcionales y sobrevinientes.

Se trata del mecanismo de defensa más común opuesto por el deudor de moneda extranjera, ante la aparición de cada alteración significativa de su obligación de pago.

Hemos visto que gran parte de la doctrina entiende que no es posible renunciar a lo que no pudo ser previsto, pero nosotros, si bien compartimos esa regla general, hemos entendido que corresponde diferenciar entre una cuestión imprevista y alteraciones sustantivas que fueren expresamente tenidas en cuenta por las partes al momento de contratar y, por ello, sostuvimos que esos cambios no pueden ser atendidos por la teoría de la imprevisión, justamente porque fueron previstos y porque además, las partes expresamente renunciaron a oponer defensas en caso que esos eventos se produjeran.

En relación con esta figura, resulta muy interesante la posición que sostiene Prieto Molinero (2010), porque bajo ella, no es necesario que la justicia declare que se produjo un evento extraordinario e imprevisible, sino que centra el problema en que se acredite la desproporción sobreviniente de la prestación de una de las partes, sin que ésta haya dado motivos para ello.

En realidad, él sigue el lineamiento que ha desarrollado la doctrina alemana bajo las teorías de la presuposición y de las bases del negocio, y explica que éstas son tratadas casi sin excepción por los autores argentinos que aluden a la llamada teoría de la imprevisión, luego de lo cual, Prieto Molinero (2010), se pregunta:

Como ya se ha señalado, las teorías de la presuposición y de las bases del negocio son tratadas casi sin excepción por los autores argentinos que aluden a la llamada "teoría de la imprevisión". Ahora bien, ¿acaso alguna de ellas alude a la necesidad de que concurran acontecimientos extraordinarios e imprevisibles? En absoluto como, de hecho, tampoco lo hacía la doctrina *rebus sic stantibus* y es que, como se ha visto, el requisito no hace a la esencia del problema, sino que se

trata simplemente de una "adición" que surgió a raíz de una improvisación que tuvieron que hacer los italianos luego de la primera guerra. (I. La génesis del 1198 CC: tres historias, parr. 17)

Continuando con las conclusiones a que hemos arribado en relación con la teoría de la imprevisión, dijimos que el CCyC ha innovado con su artículo 1091, visto que además de prever que el afectado por un hecho extraordinario e imprevisible, tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, también se lo autoriza a demandar la adecuación del contrato, lo cual discrepa del artículo 1198 del código de Vélez, toda vez que en ese artículo, esa facultad solo se le reconocía al demandado, cuando quería utilizarla como defensa contra la resolución contractual.

La segunda figura tratada en este capítulo es el abuso de derecho, y en relación con ella dijimos que se encuentra legislada en el artículo 10, esto es dentro del título preliminar del CCyC.

Ello tiene especial importancia porque indica que el legislador lo ha ubicado como uno de los principios fundamentales que rigen nuestro ordenamiento normativo, y ello se basa en que ningún derecho puede ejercitarse cuando contraría la buena fe, o cuando afecta la moral, o cuando contraviene las buenas costumbres.

También concluimos que el ejercicio abusivo de un derecho, además de producir un perjuicio contra otro sujeto de derecho, podría al mismo tiempo, constituirse en una conducta antisocial, la cual también debe ser penada porque afecta a toda la comunidad.

Por ello explicamos que todo ejercicio del derecho tiene límites, ninguno es absoluto, visto que, por un lado, está la ley que regla su ejercicio y por el otro, se encuentra el límite implícito, el cual no está expresado en ley, porque deriva de razones éticas, como son la moral, la equidad, la buena fe y las buenas costumbres.

En relación con esta figura, dijimos que existe una relación entre la buena fe, el abuso de derecho en general y el abuso de posición dominante, toda vez que están legislados en tres artículos sucesivos del CCyC, lo cual deja en claro la

importancia que para el legislador tienen estas tres cuestiones y la conexidad que hay entre ellas.

También manifestamos al tratar este punto, que existen dos formas posibles de ejercer los derechos, el ordinario y el extraordinario, siendo este último el que origina el abuso de derecho.

En suma, esta figura, tiene importancia para nuestra tesis porque ante eventos de onerosidad sobreviniente en obligaciones pactadas en moneda extranjera, podría el afectado invocar abuso de derecho por parte de su acreedor, y demandar de ese modo ante el juez, para que éste que le ordene a su acreedor que atenúe la ejercitación de su derecho de cobro. Entendemos que se trata de un planteo sin demasiadas posibilidades de éxito, pero ello no obsta a que, dentro de las demandas de este tipo, habitualmente surja el planteo del abuso del derecho, como uno de los agravios o quejas.

Asimismo, en este capítulo hemos desarrollado el enriquecimiento sin causa, al cual lo hemos entendido como un cuasicontrato, que habilita una acción autónoma, excepcional y siempre subsidiaria.

Explicamos que el código de Vélez no lo había tratado en forma expresa, aunque sí lo había tenido presente en las notas a los artículos 43, 499, 784 y 2589 de ese cuerpo legal.

También mencionamos que la ley no pena el enriquecimiento siempre y cuando el mismo tenga una fuente legítima que lo justifique. Por lo tanto, es ante la ausencia de causa legítima que se genera el enriquecimiento sin causa.

Se trata de una figura que es imposible que no sea considerarla dentro de una comunidad, porque ésta aparece en muchas circunstancias dentro del normal devenir de las relaciones entre las personas.

Por ello, y más allá de que el código de Vélez no lo tuvo presente, salvo en notas a determinados artículos, la jurisprudencia, por cuestiones de equidad debió tener presente su existencia, luego de lo cual, desarrolló los elementos necesarios para poder identificarlo, y con sus sentencias, dispuso cómo resolver dicha problemática.

También vimos que el CCyC tiene expresamente presente al enriquecimiento sin causa en su artículo 1794 y al pago indebido en el siguiente artículo.

Ahora bien, visto que esta figura jurídica busca restituir el equilibrio patrimonial alterado para quien sufre un empobrecimiento sin causa, podría suceder, que quien se encuentre obligado a pagar una obligación en moneda extranjera, y siempre que se produjese un encarecimiento desproporcionado por cuestiones ajenas a las partes, pueda plantear judicialmente que ese desfasaje está generando un enriquecimiento sin causa a favor de su acreedor y consecuentemente, su empobrecimiento. Por lo cual podría demandar que se le restituya el enriquecimiento sin causa que hubiese recibido su acreedor, en la medida de su beneficio.

Es cierto que hemos explicado que el enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria y que para que sea procedente, no debe derivar de un contrato o de una obligación legalmente asumida, porque en esos casos resulta improcedente, pero ello no ha evitado que ante cuestiones de obligaciones pactadas en moneda extranjera, sobre todo en la última experiencia de pesificación compulsiva del año 2002, los deudores argumentasen en sus demandas la presencia de un enriquecimiento sin causa por parte de sus acreedores, y demandasen la adecuación de esas obligaciones por medio de lo que la doctrina denominó esfuerzo compartido.

En síntesis, estas tres figuras del derecho han sido opuestas ante grandes desfasajes ajenos a las partes, con el objeto de lograr que la justicia invalide o adecúe obligaciones pactadas en moneda extranjera, siendo esa la causa que justifica el desarrollado de las mismas dentro de nuestra tesis.

Capítulo 10 - Derecho comparado

10.1. Introducción

Ingresamos con este capítulo en el análisis del derecho comparado. Para ello, hemos determinado desarrollar el régimen que Paraguay, Uruguay y México aplican para las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

No se trata de una selección sin fundamento, porque los tres países seleccionados tienen un régimen de ley especial para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, pero dos de ellos aceptan el cumplimiento en la moneda pactada y el otro no, con lo cual, podremos ver cómo han previsto estas formas de regulación.

De ese modo podremos ver en sus regímenes internos, cómo reglan el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Nuestro interés dentro de estos dos países limítrofes se debe a que tanto Uruguay como Paraguay tienen regímenes muy parecidos con el de la Argentina, sobre todo en épocas de vigencia del código de Vélez, y para el caso de México, éste ha adoptado un sistema que desconoce a la moneda extranjera como moneda de pago y por ello se ubica en el otro extremo y deja a la Argentina entre y una y otra posición.

Sabemos que Paraguay tiene un código civil relativamente moderno, visto que data del año 1985 y que, independientemente del mismo, tiene jurisprudencia y doctrina equivalente con la Argentina en cuanto a las obligaciones y los contratos en general.

Consecuentemente, obligaciones y contratos, se encuentran entendidos en Paraguay de forma muy similar a como las entendemos en la Argentina y también han desarrollado en ese país, el enriquecimiento sin causa, el abuso de derecho y la teoría de la imprevisión, teniendo prevista a esta última a partir del artículo 672 de su código civil, disponiendo que el deudor podrá pedir en esos casos, la resolución del contrato y en donde la doctrina entiende que también puede pedir su adecuación, esto último, bajo la premisa de que quien puede lo más, puede lo menos.

También veremos el régimen imperante para este tipo de obligaciones dentro de la normativa de la República Oriental del Uruguay.

En relación con este vecino país, corresponde que mencionemos que la organización del poder judicial se rige por las disposiciones de la ley 15.750, la cual dispone la organización de la judicatura en ese país.

En cuanto al código civil de Uruguay, éste fue redactado por Tristán Narvaja, sobre un proyecto de Eduardo Acevedo y fue puesto en vigencia el 1 de enero de 1868, habiendo recibido modificaciones en 1995 y una actualización de fecha 26 de febrero de 2010. Nuestra tesis utilizará las previsiones del código civil de Uruguay con esta última actualización.

En ese cuerpo legal del Uruguay, las obligaciones están tratadas a partir del libro IV, disponiendo en su artículo 1245 que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Independientemente que lo veremos en el punto específico, adelantamos que la ley uruguaya entiende a las obligaciones de género como aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado y también contienen previsiones equivalentes a las del derecho argentino, cuando reglan a las obligaciones y a los contratos.

Respecto a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, en Uruguay rige el decreto-ley 14.500 plenamente vigente, y que fuera dictado en el año 1976.

Esta normativa tuvo por finalidad reconocer la necesidad de actualizar los montos de las deudas para preservarlas de la desvalorización monetaria y dentro de ella, se reconoce la validez de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, y por ello será tratada en el punto correspondiente a Uruguay.

Pasando a los Estados Unidos Mexicanos, veremos cómo es su organización de gobierno, para luego adentrarnos en la organización de su poder judicial, y las leyes de fondo que rigen el tema de nuestra investigación.

Resulta interesante el tema de México porque en él se dispone que el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera debe realizarse pagando con pesos mexicanos al tipo de cambio vigente en la fecha y en el lugar del pago.

En virtud de lo explicado, referenciaremos los códigos federales civil y comercial y la ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, porque ésta última

es la norma específica que rige el asunto, específicamente en su artículo 8º, y en donde el artículo 9º determina que esa disposición es irrenunciable y por lo tanto con rango de orden público.

Pasaremos ahora a desarrollar cómo tratan a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el derecho comparado de estos tres países.

10.2. República de Paraguay

La República de Paraguay está organizada políticamente de conformidad con lo que establece su Constitución Nacional, conforme la redacción del año 1992.

Esta norma superior, se inicia con un preámbulo y se compone de 311 artículos. Formalmente, la Constitución se estructura en dos partes, cada una de las cuales se divide nuevamente en títulos. Éstos contienen, en la mayoría de los casos, capítulos, los cuales, a su vez, se encuentran subdivididos en secciones. La primera parte (136 artículos), luego de tres artículos introductorios que caracterizan la forma de Estado y de gobierno, está consagrada exclusivamente a los derechos fundamentales. La segunda parte (155 artículos) se ocupa principalmente de la organización de los poderes del Estado. Contiene, además, disposiciones sobre temas tales como: ordenamiento territorial del Estado, nacionalidad y ciudadanía, relaciones internacionales, política económica, fuerzas armadas, estado de excepción, etc.

El artículo 1 dispone la forma del Estado y de gobierno, expresando textualmente:

La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establece esta Constitución y las leyes.

La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

En relación con la forma de gobierno, el mismo se divide en tres poderes, el legislativo, que de conformidad con lo que establecen los artículos 221 al 224 de su Constitución, está integrado por dos cámaras, una de diputados y la otra de senadores, el poder ejecutivo, es presidencialista, con la previsión de un vicepresidente, ver artículos 226 y 227 y un poder judicial, cuya función y composición se encuentran dispuestas a partir del artículo 247 de la Constitución.

El Poder Judicial de Paraguay está constituido por todos los tribunales de ese país, ordinarios y especiales, bajo la dirección de la Corte Suprema, la que tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la nación. Los tribunales son los encargados de conocer, juzgar y ejecutar todas aquellas causas que la Constitución y las leyes han puesto en la esfera de sus atribuciones.

La Constitución en su artículo 247 señala que:

El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley.

El artículo 258 de la Constitución, establece en su primer párrafo que la Corte Suprema de Justicia está integrada por nueve miembros, quienes llevan el título de ministros y que se organiza en salas, uno de las cuales será constitucional, y que elegirá de su seno, cada año, a su presidente.

De conformidad con lo prescrito por la Constitución paraguaya, son deberes y atribuciones de la Corte Suprema:

- Ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial y decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley.
- Dictar su propio reglamento interno. Presentar anualmente, una memoria sobre las gestiones realizadas, el Estado, y las necesidades de la justicia nacional a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.
- Conocer y resolver en los recursos ordinarios que la ley determine.
- Conocer y resolver, en instancia original, los hábeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales.
- Conocer y resolver sobre inconstitucionalidad.
- Conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley.
- Suspender preventivamente por sí o a pedido del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por mayoría absoluta de votos de sus miembros, en el

ejercicio de sus funciones, a magistrados judiciales enjuiciados, hasta tanto se dicte resolución definitiva en el caso.

- Supervisar los institutos de detención y reclusión.
- Entender en las contiendas de competencias entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios.
- Los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución y las leyes.



Palacio de Justicia de la República de Paraguay

Fuente: www.google.com.ar

<https://www.google.com.ar/search?q=edificio+corte+suprem+de+paraguay+foto&tbm>

En relación con el derecho privado del Paraguay, Mosset Iturraspe (2002), señala:

Es sabido que durante más de un siglo, la república hermana vivió a la sombra del Código Civil argentino, que había adoptado como Código propio del Paraguay.

En 1985 Paraguay sanciona su Código. Antes había conocido el Proyecto de Código del profesor De Gáspari, prestigioso jurista de la nación vecina, hombre inteligente y laborioso. (p. 184)

Conforme con lo expuesto, en relación con las obligaciones pactadas en moneda extranjera, la República de Paraguay cuenta con previsiones de tipo general dentro de su código civil, aprobado por ley 1183 del año 1985, y también tiene un régimen específico para obligaciones en moneda extranjera, el cual lo dispuso por ley 434 del año 1994.

En su código civil, Paraguay no difiere en lo sustancial de los principios generales que sustentan las obligaciones dentro del derecho argentino.

De ese modo, su artículo 417 establece que las obligaciones derivan de alguna de las fuentes establecidas por la ley, y el artículo siguiente dispone que la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial del acreedor.

Asimismo, el artículo 430 de ese cuerpo legal expresa que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Las limitaciones de la responsabilidad son admitidas solamente en los casos establecidos por la ley.

En cuanto a las obligaciones de dar sumas de dinero, el código civil de Paraguay, las regla a partir del artículo 474, el cual dispone:

Las deudas pecunarias se extinguen por el pago hecho con el signo monetario que tenga curso legal y fuerza cancelatoria a la fecha de su vencimiento y por su valor nominal. Las obligaciones y el pago en monedas distintas se rigen por las leyes especiales.

Resaltamos que, para el caso de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el código civil remite a las disposiciones que se entren establecidas en las leyes especiales.

Justamente, la norma especial es la ley 434/94 de Obligaciones en Moneda Extranjera.

Por dicha ley, la República de Paraguay dispone que los actos jurídicos, las obligaciones y los contratos realizados en moneda extranjera son válidos y serán exigibles en la moneda pactada.

Asimismo, el artículo 2 de dicha normativa expresa:

Las obligaciones en moneda extranjera podrán garantizarse con prendas con registros, hipotecas, warrants u otras formas de garantías, por el monto expresado en la moneda de la obligación y deberán inscribirse en el registro público respectivo, expresándose el importe de la obligación y de la garantía.

Por lo tanto, la ley de Paraguay también permite en forma expresa que ese tipo de obligaciones puedan ser garantizadas por todo tipo de mecanismos, en la

moneda pactada y de ese modo deben ser inscriptos en los registros correspondientes

Existe de todos modos una previsión especial dentro de la misma ley para las reclamaciones judiciales de los contratos y obligaciones en moneda extranjera, para los juicios de convocación de acreedores, porque en dichos supuestos, las obligaciones se liquidarán provisoriamente en guaraníes al solo efecto de la junta de acreedores, y definitivamente al tipo de cambio vendedor vigente del día de pago de los plazos estipulados en el concordato.

Mientras que, en los juicios de quiebra, esta ley de Paraguay ordena que las obligaciones se liquidarán definitivamente al tipo de cambio vendedor vigente al día de la declaración de quiebra.

La ley también se refiere a las obligaciones de dar suma de dinero en moneda extranjera, que se instrumenten en títulos de crédito, incluyendo los certificados de saldos definitivos de cuentas corrientes bancarias en moneda extranjera que tengan fuerza ejecutiva, y explica que todos ellos podrán reclamarse judicialmente por el procedimiento del juicio ejecutivo y en la moneda pactada. Siguiendo el mismo criterio, la ley dispone que las medidas cautelares en general y los embargos en particular, ordenados en las reclamaciones judiciales de obligaciones en moneda extranjera, se anotarán en la moneda de la obligación.

En lo que respecta a las formas de pagos de las obligaciones en moneda extranjera, la ley expresa en su artículo 5° lo siguiente:

Los privilegios y las preferencias de pago de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, frente a los derechos de terceros, se determinarán definitivamente en guaraníes por el monto de la liquidación final practicada en el procedimiento de ejecución de sentencia o de cumplimiento de sentencia, según el caso, en la forma establecida en esta ley.

Cuando por dichos privilegios o preferencias de pago deban determinarse en juicios promovidos por terceros, el juez dispondrá que con el producido de la venta judicial de los bienes subastados, se adquiera en el mercado de cambio hasta la cantidad de moneda extranjera requerida, la cual será depositada a las resultas del juicio.

Este artículo será aplicable en los casos de concurso especial establecido en la Ley de Quiebras, para la ejecución de las obligaciones con garantía real, contraídas en moneda extranjera.

Esta previsión, se aplica cuando las obligaciones pactadas en moneda extranjera puedan afectar derechos de terceros, porque en ese supuesto, la ley

dispone que esa obligación se determinará en guaraníes, por el monto de la liquidación final, y que, con el producido de la venta judicial de los bienes subastados, se adquirirá en el mercado de cambio hasta la cantidad de moneda extranjera requerida en la liquidación, la cual deberá ser depositada a las resultas del juicio.

Finalmente, esta ley complementaria del código civil paraguayo dispone que las instituciones sujetas a supervisión que contraten operaciones de créditos en el extranjero, deberán comunicarlas al Banco Central del Paraguay, con excepción de las operaciones bancarias ordinarias.

Como hemos podido ver, la República de Paraguay, dispone de normas generales dentro de su código civil, que mencionan a las obligaciones pactadas en moneda extranjera y en ellas remite a una ley especial, en este caso, a la 434/94, para conocer su regulación específica.

10.3. República Oriental del Uruguay

La República Oriental del Uruguay se encuentra organizada conforme con lo que dispone su Constitución, la cual, y del mismo modo que en la República Argentina, tiene la jerarquía de ley superior.

El texto actualmente vigente es el denominado como Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997, la cual, en su artículo 82, adopta para su gobierno la forma democrática republicana.

Dentro de ella se fijan los límites y se definen las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con sus ciudadanos, a quienes les reconoce y garantiza derechos y libertades.

La organización de su gobierno está prevista con tres poderes independientes, el Poder Ejecutivo, que es ejercido por un ciudadano con el cargo de presidente de la república, quien actúa junto a su gabinete de ministros, a quienes él designa.

El Poder Legislativo es ejercido por la Asamblea General de Uruguay, la cual se encuentra presidida por el vicepresidente de la República y está compuesta por la Cámara de Representantes y la Cámara de Senadores, las que actúan separada o conjuntamente, según lo dispone para cada caso la Constitución.

El Poder Judicial está presidido por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, la cual está integrada por cinco miembros y tiene su sede en el edificio conocido como Palacio Piria, en la Ciudad de Montevideo.



Edificio de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay

Fuente: www.google.com.ar

<https://www.google.com.ar/search?q=foto+del+palacio+de+justicia+de+la+republica+oriental+del+uruguay&tbm=isch&tbo>

Además de las previsiones de la Constitución, el Poder Judicial está organizado conforme con lo que indica la ley 15.750, la cual establece juzgados de primera instancia y tribunales de apelaciones, estos últimos, colegiados.

Resulta interesante la previsión que contiene el artículo 14 del código civil de Uruguay, visto que establece:

La Suprema Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes.

En relación con las Obligaciones, las mismas se encuentran reguladas en el Libro Cuarto del código civil, a las cuales entiende en su artículo 1245, que

consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa, y determina en el artículo siguiente que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos; ya de un hecho voluntario de la persona que se encuentra obligada, como en los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como sucede en las relaciones de familia o en las relaciones civiles. Las obligaciones que nacen de la ley se expresan en ella.

Respecto a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el decreto-ley 14.500, denominado Obligaciones en Moneda Nacional, consagró la validez de los pactos en moneda extranjera, el cual dispone en su artículo 9: "Las partes podrán establecer cualquier clase de estipulación que tenga por finalidad mantener el valor de las obligaciones contraídas". Y en el artículo siguiente aclara que esta regla incluye las cláusulas u obligaciones pactadas en moneda extranjera.

En relación con esta ley, Gamarra (1985) expresa:

Nada hay aquí, puede agregarse, que signifique un abuso de derecho o un enriquecimiento sin causa, conceptos insistentemente esgrimidos por los partidarios de la teoría de la imprevisión. Porque la cláusula de estabilización monetaria no enriquece al acreedor, sino que, a lo sumo, evita que se empobrezca. Resultado de este tipo de estipulación es, como apunta Di Majo, el mantenimiento del valor real de la prestación (8), tal como lo señalan los términos expresos del art. 9° de la Ley N° 14.500 ("mantener el valor de las obligaciones contraídas"). (p. 39)

En referencia con esta ley, el mismo autor nos explica los antecedentes que existían en Uruguay, previo a la sanción de esta ley, los cuales fueron esenciales para generar la necesidad de esta normativa.

Efectivamente, antes de la sanción del decreto-ley 14.500, en Uruguay parte de la jurisprudencia se rehusaba a reconocer la desvalorización monetaria que se producía desde que se generaba el daño y hasta el momento de la reparación.

Esta posición fue perdiendo adeptos, porque se iba quedando sin fundamentos válidos y evidenciaba en forma cada vez más evidente, la injusticia de su proceder.

En cuanto a la cuestión que regula esta ley, Gamarra (2003), expresa:

La materia regulada es una sola; la ley encara un único fenómeno de carácter económico: la desvalorización monetaria. Su sanción incide de lleno en el campo del derecho civil, más que en ninguna otra rama del Derecho, aunque la vastedad de la cuestión disciplinada afecta también el Der. Laboral, Procesal, Economía Política, etc. (p. 43)

En ese aspecto, el artículo 1 de esta ley impone un período estricto para poder reclamar la diferencia por desvalorización monetaria, disponiendo que el acreedor solo puede hacer su reclamo por vía judicial o arbitral y solo puede peticionar ajuste por desvalorización de la moneda desde que la deuda se torna exigible y hasta la extinción del vínculo obligacional.

El artículo 2 de la ley dispone que la desvalorización se determina utilizando el índice general de precios que publica el ministerio de economía y finanzas.

La mencionada ley establece excepciones a la actualización en su artículo 3°, y en el artículo 4° establece la tasa de interés que corresponde adicionar al índice de ajuste.

Dentro de esta ley, los artículos 9 y 10 consagran la validez irrestricta de las cláusulas de estabilización o de garantía monetaria, que se traduce en la protección de las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Todo lo explicado significa que, dentro de la ley uruguaya, existe un periodo que obligadamente deberá reconocer judicialmente el ajuste por desvalorización de la moneda, y que se computa desde la exigibilidad de la obligación y hasta su extinción, pero, en relación con la etapa que se inicia con el nacimiento de la obligación y hasta que se produce su exigibilidad, regirá la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, visto que la ley se abstiene de fijar ninguna regulación. En relación con ello, Gamarra (2003), manifiesta:

Ello no significa que aquí la ley no sea también gravitante; si bien este momento es librado a la competencia dispositiva de los particulares, el nuevo texto incide igualmente en esta esfera, otorgando carta blanca a toda cláusula de estabilización monetaria que los contratantes resuelvan adoptar, incluso a las estipuladas en moneda extranjera, cuya validez era controvertida. (p. 45)

En síntesis, a partir de la vigencia del decreto-ley 14.500, Uruguay reconoce la desvalorización monetaria para el cumplimiento de obligaciones dinerarias, lo cual lleva a que para poder estimar el monto de una obligación deben considerarse las oscilaciones que se hayan producido en el valor de la

moneda, y dentro de este régimen, han adquirido plena validez las obligaciones acordadas en moneda extranjera.

10.4. Estados Unidos Mexicanos

México es identificado con el constitucionalismo social porque su constitución del año 1919 fue la primera en ser considerada como el ejemplo de esa tendencia, que ya se asomaba a comienzos del siglo pasado.

El constitucionalismo social se identifica por dos cuestiones, la primera es que eleva los derechos sociales al rango constitucional y la otra característica que la identifica, es la extensión de su texto y de lo pormenorizado que son sus artículos o disposiciones.

Dentro de nuestro propio ordenamiento, el primer ejemplo de constitucionalismo social fue el dictado de la constitución del año 1949 y luego de su derogación, quedó como único ejemplo de esta tendencia, el artículo 14 bis, hasta la reforma del año 1994, que introdujo esta escuela dentro de nuestra constitución en diversos artículos.

Volviendo a la Constitución de México, su artículo 40 dispone:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

En su artículo 49, la constitución dispone: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial." A su vez, el artículo 50 explica que el poder legislativo se deposita en un congreso general, que se dividirá en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores.

A su vez, el artículo 80 de la constitución de México ordena que un solo individuo ejercerá el Poder Ejecutivo, a quien se lo denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos."

En cuanto al Poder Judicial, el artículo 94 establece que dicha función se ejerce desde el Poder Judicial, quien cuenta con un tribunal superior, al cual la Constitución denomina Suprema Corte de Justicia, y ese poder también tiene un Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito.

Cada cuatro años, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia elegirá entre sus miembros al presidente de ese tribunal, el cual no podrá ser reelecto para el período inmediato posterior. Cada ministro de la Suprema Corte de Justicia, al entrar a ejercer su encargo, protestará ante el Senado, en la siguiente forma: Presidente: “¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se os ha conferido y guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?” Ministro: “Sí protesto” presidente: “Si no lo hicieréis así, la Nación os lo demande”.

En concreto, el sitio web o portal oficial del poder Judicial en México, explica sobre sí mismo, que es el conjunto de órganos encabezados por la Suprema Corte de Justicia, cuyas funciones son dirimir las controversias derivadas de la interpretación de la ley y resolver sobre la constitucionalidad de éstas; se integra por órganos de competencia jurisdiccional o de impartición de justicia y por órganos de competencia constitucional, es decir de control constitucional.



Edificio de la Suprema Corte de Justicia de México

Fuente: www.google.com.ar

(<https://www.google.com.ar/search?q=poder+judicial+de+mexico+fotos&tbn>)

En cuanto a su ordenamiento del derecho privado, Mosset Iturraspe (2002), expresa:

Es sabido que México fue, en el presente siglo, uno de los primeros países en adecuar su Código Civil a los requerimientos de una sociedad industrial. Lo señalamos en ocasión de escribir sobre el Código en 1978, a los cincuenta años de su sanción.

Sin embargo, este progresismo aparece luego desmentido o congelado o en retroceso; el Derecho mexicano no acompaña las nuevas realidades, más bien trata de oponerse a ellas. Es lo que acontece, entre otros temas, con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, con el proceso denominado inflacionario. (p. 182)

Más allá de lo expresado en el párrafo anterior, corresponde aclarar que, hemos analizado el régimen legal imperante, que México ha adoptado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, conforme con las previsiones del código civil federal, bajo su texto vigente de fecha 28 de enero de 2010.

Específicamente dentro de este código, hemos visto a las obligaciones, las cuales se encuentran tratadas en el Libro Cuarto, y a partir del artículo 1792.

Aclaremos que, en relación con las reglas generales para las obligaciones, el derecho mexicano no difiere en lo sustancial de lo que dispone sobre ese mismo particular, tanto el derecho argentino, como los derechos comparados de la República de Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, que ya hemos desarrollado.

Destacamos que interesa a nuestra investigación el derecho de México, porque la solución que ha adoptado para las obligaciones pactadas en moneda extranjera es diferente a la que hemos visto que acogieron, tanto Paraguay como Uruguay.

Ciertamente, México se encuentra en las antípodas de los regímenes de los países ya analizados, quedando el régimen de Argentina, entre ambas posiciones.

Para poder analizar con propiedad el régimen que México ha adoptado para el tratamiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, deberemos estudiar la ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, que fuera

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de julio de 1931, y cuyo texto vigente es de fecha 20 de enero de 2009, especialmente, sus artículos 7, 8 y 9.

Además, tiene importancia, la previsión que hace el código de comercio de México en su artículo 359, para poder comprender con integridad, el sistema que México ha implementado para las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

En primer lugar, explicaremos que el artículo 7 de la ley monetaria de México dispone que las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Aclarando que dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

En segundo término, reproduciremos el artículo 8 de dicha ley, porque el mismo resulta esencial para poder comprender el régimen que México ha adoptado para el cumplimiento de obligaciones pactadas en moneda extranjera, el cual dispone:

La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su Ley Orgánica.

Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de Instituciones de Crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de Control de Cambios en vigor.

Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.

Como se puede observar, el artículo 8 de la Ley Monetaria es básicamente el marco normativo en México sobre el cual gira el tema de la forma de cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, dentro de México.

En la práctica esto se resume a que el obligado a pagar una cantidad establecida en moneda extranjera dentro de la República Mexicana cumple con su obligación si el día de pago paga la cantidad equivalente en moneda nacional al tipo de cambio de ese día publicado por el Banco de México.

Diferente es el caso de una obligación en donde el pago se haya convenido fuera de la República Mexicana, porque, aunque la obligación de la cual derive esté amparada o pactada bajo las leyes mexicanas, su pago deberá ser realizado en dicha moneda extranjera.

También el mismo artículo establece otras excepciones a esta regla general, por ejemplo, dispone que los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de Instituciones de Crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda extranjera, que hubiera sido objeto de dicha transferencia o situación.

Asimismo, la ley mexicana permite el cumplimiento de pago en moneda extranjera, para las obligaciones originadas en depósitos bancarios irregulares, que hayan sido constituidos en moneda extranjera, aunque para ello exige que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago en dicha moneda extranjera.

En virtud de lo explicado, queda claro que México ha adoptado el criterio de otorgar supremacía a su moneda para que con ella se deban cancelar las obligaciones de sumas de dinero, aún aquellas que se hayan pactado en moneda extranjera, salvo las excepciones explicadas: transferencias del exterior y depósitos bancarios.

Corresponde manifestar que el artículo 9º de esta misma ley expresa que las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula, lo cual ubica a las previsiones del artículo 7º y del 8º, ambos como de orden público.

En realidad, creemos útil explicar que la posición que tenía México para el tratamiento de este tipo de obligaciones era más radical todavía, porque hasta que se derogó el artículo 9 transitorio de la ley monetaria, sus tribunales sostenían que cuando en una transacción se había fijado el pago de la misma en dólares, o en cualquier otra moneda extranjera, pero a cambio se había recibido moneda

nacional, el deudor podía librarse, pagando la cantidad equivalente en pesos, pero al tipo de cambio existente al momento de realización de la operación.

Esta forma de razonar era sostenida por la justicia de ese país, vistas las previsiones que contenía el hoy derogado artículo transitorio 9 de la ley monetaria y lo que dispone el artículo 359 de su código de comercio, visto que ahí se indica:

Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador.

Es decir, que, hasta la derogación de esa norma transitoria, el acreedor era quien corría el riesgo cambiario, entre el momento en que nació la obligación y el del pago de la misma, toda vez que la obligación se cancelaba en la moneda nacional, pero al tipo de cambio del momento original.

Pero, habiendo quedado derogado ese mecanismo, el régimen vigente en México para las obligaciones pactadas en moneda extranjera, es que las mismas se cancelan con pesos mexicanos, al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha de pago, conforme lo indica el artículo 8º, párrafo 2º de la ley monetaria.

Para llegar a esta solución, México parte de la base de que la moneda extranjera no tiene curso legal dentro de ese país, de manera que las obligaciones extranjeras no se solventan en esa moneda, sino en moneda nacional.

Esto significa que, aunque en esas obligaciones lo adeudado sea moneda extranjera, ésta simplemente representa la moneda de contrato y el peso mexicano es la moneda de pago.

En síntesis, México ha dispuesto que las obligaciones pactadas en moneda extranjera se cancelan en ese país con moneda nacional, al tipo de cambio del lugar y fecha del pago, y este criterio, lo ha adoptado bajo dos premisas, la primera es que con dicha disposición se protege la moneda nacional, única con curso legal en ese país, y la segunda es que de este modo se protege a la parte contractualmente más débil.

Por estos argumentos, es que la ley de México entiende que estas previsiones son de orden público, y así lo ha dispuesto expresamente en el artículo 9 de la ley monetaria de ese país.

Terminamos este punto, diciendo que la contracara de esa posición es que de ese modo queda destruida una de las finalidades de convenir el pago de deudas en moneda extranjera, que es la de servir como cláusula de indexación monetaria. Sin embargo, las excepciones de las transferencias del exterior en moneda extranjera y de los depósitos bancarios en moneda extranjera, atemperan en buena medida tales efectos.

10.5. Conclusiones sobre el Derecho comparado analizado

A lo largo de este capítulo hemos podido introducirnos en el derecho de Paraguay, Uruguay y México.

En los tres países cuentan con una norma superior que reconoce los derechos y garantías de sus habitantes y establecen los poderes públicos que ejercerán sus respectivos gobiernos.

En los tres casos tienen rango constitucional sus poderes judiciales y dentro de sus facultades específicas, se les reconoce el de control de constitucionalidad, que fuera inaugurada por la Suprema Corte de Estados Unidos de América, con su precedente *Marbury vs. Madison*.

En primer lugar, abordamos el derecho comparado de la República de Paraguay, y vimos que en él existe una remisión en su código civil, la cual remite a la ley especial que ese país ha dictado para tratar las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Esa normativa especial, reconoce que las obligaciones pactadas en moneda extranjera deben ser pagadas en la moneda acordada para que el deudor pueda librarse de su obligación.

Se trata de una ley muy proclive a que las obligaciones se cumplan conforme hayan sido pactadas por las partes, inclusive, los accesorios y las eventuales garantías, que se constituyan sobre ese tipo de obligaciones, también deben ser pagadas en la moneda acordada.

Asimismo, los registros públicos, para el caso de corresponder, deben inscribir las garantías sobre esas obligaciones en la moneda acordada.

El caso de la República Oriental del Uruguay no discrepa demasiado del régimen que impera en Paraguay para este tipo de obligaciones.

Ciertamente, y como lo hemos explicado, la ley especial uruguaya dispuesta para las obligaciones pactadas en moneda extranjera, consagra la

plena e irrestricta validez de las cláusulas de estabilización o de garantía monetaria, lo cual se traduce en la protección de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, dentro del territorio de Uruguay.

También explicamos, que en ese país existe un periodo que obligadamente deberá reconocer judicialmente el ajuste por desvalorización de la moneda, y que se computa desde la exigibilidad de la obligación y hasta su extinción, pero, asimismo explicamos, que desde que se inicia la obligación y hasta que se produce su exigibilidad, regirá la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, visto que la ley se abstiene de fijar ninguna regulación.

Finalmente, el derecho de los Estados Unidos Mexicanos tiene un régimen opuesto porque su Ley Monetaria establece la obligatoriedad de cancelar las obligaciones pactadas en moneda extranjera en pesos mexicanos, al tipo de cambio que corresponde a la fecha y lugar de pago.

Como hemos explicado, se trata de una solución diferente a la que adoptaron Paraguay y Uruguay, y a la que basan en dos cuestiones, por un lado, en la fuerza cancelatoria que tiene la moneda mexicana, por ser la única moneda de curso legal en ese país, por otro lado, se basa en una política activa a favor del presunto débil en esa relación obligacional.

Por esas dos razones, México dispuso que son nulas todas las renunciaciones que las partes puedan convenir en contra de esta previsión de cancelar las obligaciones en moneda extranjera, con pesos mexicanos, lo cual le genera la calidad de norma de orden público para la ley de ese país.

De todos modos, también destacamos, que la ley mexicana prevé excepciones que permiten cumplir algunas obligaciones pactadas en moneda extranjera, en la moneda convenida por las partes, tales los casos de las transferencias del exterior y los depósitos bancarios en moneda extranjera.

La revisión del derecho comparado que hemos desarrollado en este capítulo, ha sido rica para nuestra investigación, porque hemos podido ver la evolución hacia el cumplimiento de lo pactado que han desarrollado Paraguay y Uruguay, y por otro lado, el mecanismo de negación que rige en México, aunque bueno es reconocer, que paulatinamente ese país ha ido aceptando que, en algunas obligaciones pactadas en moneda extranjera, se cumpla la moneda pactada, lo cual entendemos que es un camino iniciado hacia el pleno

reconocimiento, que seguramente esas obligaciones tendrán en el futuro, también en México.

Argentina, como hemos comentado, se encuentra en una posición intermedia, entre la que sustenta México y las que postulan Paraguay y Uruguay.

En los dos próximos capítulos veremos la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América y la de nuestro máximo tribunal.

Capítulo 11 - Jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América aplicada por la justicia argentina.

11.1 Introducción

Hemos decidido incluir un capítulo independiente, para tratar los principales fallos que, habiendo procedido de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, fueron invocados por nuestro máximo tribunal al momento de dictar las sentencias que, de una forma u otra, restringieron la libre y plena disposición de la propiedad en la Argentina.

El análisis sobre estos fallos en forma directa tiene la importancia de poder conocer los límites que la Corte americana le ha ido imponiendo al derecho de propiedad en ese país.

También nos habilitará para poder entender bajo qué circunstancias la Suprema Corte de Estados Unidos de América tomó cada una de estas decisiones, las cuales desde ya adelantamos, que se aplicaron en forma temporal y buscando la superación de una gran crisis o emergencia en particular.

Asimismo, resulta muy importante tener presente que la organización institucional de Estados Unidos de América difiere de la de nuestro país, porque ese país está constituido bajo un mecanismo en el cual, cada uno de los Estados miembros, tiene su propia ley de fondo, y la Suprema Corte entiende en cuestiones que provengan de normas federales o de la legislación de cualquiera de los Estados, los cuales como hemos dicho tienen su propio derecho sustantivo.

Tiene trascendencia mencionar que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América está compuesta por nueve miembros, donde uno de ellos es el presidente, a quien se denomina "*Chief Justice*", mientras que a los otros ocho jueces se los identifica con el título de "*Associate Justice*".

Todos los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América son nombrados por el presidente de ese país y confirmados por el Senado de Estados Unidos, su designación es vitalicia, aunque pueden ser removidos de su cargo siguiendo un procedimiento especial, que debe llevar adelante el Congreso denominado "*impeachment*". Se aclara que, hasta la fecha de esta investigación,

ningún juez de ese tribunal superior ha sido removido de su cargo, a lo largo de toda su historia.

Por otro lado, y a diferencia de nuestra organización institucional, en Estados Unidos de América, la Suprema Corte es el único tribunal establecido por su Constitución y tiene la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y también actos administrativos provenientes del ámbito federal o estatal.

Cada una de las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos genera un precedente, al cual se lo denomina "*binding precedent*", lo cual significa, que, dentro de su ordenamiento jurisprudencial, todos los demás tribunales, federales o estatales, están obligados a respetar esos criterios.

Destacamos como un signo diferencial, que los fallos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América tienen la capacidad de derogar leyes.

Justamente por ello, Garro (1992), expresa: "Cuando la doctrina judicial es elaborada por la Corte Suprema sobre temas de alguna significación política, los fallos de la Corte son seguidos con la misma atención que se presta a un pronunciamiento parlamentario o del jefe de gobierno. (p. 86)

Otro rasgo de interés sobre la Suprema Corte de Estados Unidos de América es que la competencia para decidir en qué temas va a intervenir, es discrecional, la cual, de todos modos, siempre requiere el acuerdo de por lo menos 4 de sus miembros, aunque la regla general que decide su intervención suele darse cuando existe una división de opiniones entre los tribunales de apelación o cuando surge una cuestión constitucional importante o cuando una ley federal necesita ser aclarada.

En relación con nuestra investigación, tiene importancia el control de constitucionalidad que lleva adelante la Suprema Corte de Estados Unidos de América, porque nuestra propia corte, ha adoptado el mismo principio.

En ese sentido, Vírgala Foruria (2001), manifiesta:

El control de constitucionalidad en los EE.UU. es fundamentalmente concreto y difuso, el denominado *as applied method*, pero paralelamente se ha ido perfilando un método de control abstracto en el que la inconstitucionalidad de la norma jurídica se establece al margen de su aplicación concreta. Esto se ha producido ante la constatación de que el método tradicional presentaba problemas en determinados ámbitos materiales en los que su importancia para el mantenimiento

del Estado democrático ha exigido su defensa incluso frente a normas jurídicas infraconstitucionales que no hayan llegado a aplicarse nunca. (p. 119)

Luego de haber realizado un rápido resumen sobre las facultades, competencia y conformación de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, procedemos a analizar algunos precedentes que fueron dictados por la Suprema Corte de Estados Unidos de América, en referencia con diversas leyes, estatales o federales, que buscaron paliar una situación de emergencia económica y social.

En primer lugar, nos abocaremos al estudio de los fallos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, que fueron invocados por nuestra Corte Suprema, al momento de resolver los casos “Ercolano” y “Avico”.

En segundo lugar, nuestra investigación se centrará en el precedente utilizado por nuestra Corte, cuando dictó el fallo “Peralta”.

Finalmente, analizaremos los fallos dictados por la justicia de Estados Unidos de América, que fueron utilizados como fuente por nuestro máximo tribunal al momento de resolver el tema de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, en virtud de la pesificación ordenada por el decreto DNU N° 214/2002 y sus normas concordantes y complementarias.

Justamente como consecuencia de ellos, desarrollaremos los fallos dictados por la Corte Suprema de Estados Unidos de América, que tuvieron incidencia dentro de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en relación con el tema que nos ocupa.

En ese sentido estudiaremos “*Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Company*”, 294 US 240 (1935), que arribó a la corte norteamericana unido a otro caso similar, “*US v. Bankers’ Trust Company*”, 294 US 240 (1935), ambos relativos a obligaciones pactadas entre personas privadas, en los cuales se resolvió el abandono del dólar patrón oro, a la equivalencia que originalmente había sido pactada.

También analizaremos el caso “*Nortz v. United States*”, 294 US 317 (1935), en el cual se hizo hincapié en la existencia o no de la pérdida del poder adquisitivo.

Finalmente, trataremos el precedente “*Perry v. United Status*”, 294 US 330 (1935), porque en él se sustanció el cuestionamiento constitucional del abandono del patrón oro en materia de deuda pública, resolviéndose que era inconstitucional

la resolución que alteraba el bono, pero no se hizo lugar al reclamo de daños, porque ellos no habían sido acreditados.

Como se puede apreciar, se trata de jurisprudencia de aquel país, correspondientes a épocas inmediatamente posteriores al famoso jueves negro, del 24 de octubre de 1929, toda vez que ese fatídico día, dio comienzo la caída en la Bolsa de Nueva York y con ella el conocido “Crac” del año 1929, que inauguró la Gran Depresión, produciendo un verdadero pánico que llevó a la posterior crisis bancaria en Estado Unidos y a la búsqueda de solucionar dicha crisis con el denominado “*New Deal*”, que llevó adelante el presidente norteamericano Franklin D. Roosevelt, entre cuyas medidas, en el año 1933 modificó el respaldo en oro del dólar americano disponiendo una devaluación y permitiendo que las obligaciones dinerarias anteriores a ellas se cancelaran nominalmente a la nueva relación, beneficiando a los deudores..

No es casual, por lo tanto, que nuestro máximo tribunal al dictar los fallos rectores sobre la validez de la pesificación de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera haya utilizado esos fallos como precedentes y fuentes de sus decisiones, circunstancias por las cuales, el estudio de los mismos resulta de vital interés para nuestro trabajo.



Sede de la Suprema Corte de Estados Unidos de América

Fuente: www.google.com.ar

(<https://www.google.com.ar/search?q=foto+del+edificio+de+la+suprema+corte+de+estados++unidos&tbm>)

11.2. U.S. Supreme Court. (1876). Munn v. Illinois. 94 U.S. 113.

Este asunto se suscitó porque en 1871, la legislatura de Illinois respondiendo a las presiones de la Asociación Nacional de Granjeros, estableció tasas máximas que las empresas privadas podrían cobrar por el almacenamiento y transporte de productos agrícolas.

La empresa de almacenamiento de grano de Munn & Scott de Chicago fue declarada culpable de violar la ley, pero ésta argumentó que esa ley constituía una privación inconstitucional de propiedad, sin que hubiese mediado el debido proceso legal, y que por ello se violaba la Decimocuarta Enmienda.

Aclaremos que la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, fue propuesta el 13 de junio de 1866, y ratificada el 9 de julio de 1868, y en ella se incluye, entre otras, la cláusula del debido proceso y la de protección igualitaria.

Planteado así el conflicto, Munn & Scott apeló la condena que se le había impuesto y el asunto terminó siendo resuelto por la Suprema Corte, la cual, ya en el primero de los considerandos de su fallo, expresó: “Bajo los poderes inherentes a toda soberanía, un gobierno puede regular la conducta de sus ciudadanos entre sí y, cuando sea necesario para el bien público, la manera en que cada uno usará su propia propiedad”.

En relación con el planteo que Munn & Scott hizo sobre la violación que esa normativa estaba cometiendo contra la decimocuarta enmienda, la Suprema Corte expresó que la enmienda no había cambiado la ley, sino que simplemente impide que los Estados tomen medidas que terminen produciendo la privación del derecho de propiedad, pero ello no significa que la administración no pueda regular el ejercicio del derecho de propiedad, inclusive el precio de su uso, porque esa atribución no estaba prohibida antes de la decimocuarta enmienda y tampoco quedó impedida luego de su vigencia.

En síntesis, la Corte Suprema, entendió que el Estado de Illinois tenía competencia suficiente para regular dentro de su territorio, las formas en que las industrias privadas debían llevar adelante sus actividades, incluso las correspondientes al comercio interestatal, cuando fuesen llevadas dentro de su territorio, y de ese modo, confirmó el poder del gobierno del Estado de Illinois para regular las industrias privadas, inclusive el precio que pueden cobrar por el almacenamiento de productos.

Este precedente originado por la Suprema Corte de Estados Unidos de América fue invocado en la sentencia de la Suprema Corte de la Nación en los autos Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta.

Destacamos que este criterio fue parcialmente revocado por la misma Suprema Corte, en el año 1886, en *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Co. v. Illinois*. 118 US 557.

11.3. U.S. Supreme Court. (1934). *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398.

En el año 1933, en respuesta a un gran número de ejecuciones hipotecarias, el Estado de Minnesota, al igual que muchos otros Estados en aquel momento, extendió el plazo para los deudores hipotecarios puedan cancelar sus deudas hipotecarias, lo cual llevó en la práctica a una suspensión de las ejecuciones hipotecarias.

La parte acreedora impugnó la validez de la ley del Estado de Minnesota de 1933, llamada Ley de moratoria hipotecaria, por ser repugnante a la cláusula que prohíbe alterar los contratos y a las cláusulas del debido proceso de ley e igual protección de la enmienda Decimocuarta de la Constitución Federal.

Se aclara que la misma ley de Minnesota preveía que esta moratoria debía regir mientras subsistiera la emergencia que motivó su sanción, pero nunca más allá del 1 de mayo de 1935, o sea un poco más de dos años, contado desde la fecha de su entrada en vigencia.

La Suprema Corte de Estados Unidos confirmó esa normativa, argumentando que las condiciones de emergencia creadas por la Gran Depresión pueden justificar el ejercicio del poder protector continuo y dominante, aún al precio de llegar a interferir con los contratos privados.

Este precedente, se constituyó en el primer asunto en el cual la Suprema Corte extendió la excepción de emergencia a asuntos puramente económicos, y si bien, este criterio originariamente se lo pretendió aplicar solo a casos de emergencia económica, a finales de los años treinta, la doctrina de excepción de emergencia se había expandido dramáticamente.

Este precedente de la Suprema Corte de Estados Unidos de América tiene importancia para nuestro trabajo de investigación, porque se encuentra citado en el caso "Avico" que dictara nuestro máximo tribunal en el año 1935 y luego

reiterado en “Peralta” y en “Bustos” y otros fallos que validaron la pesificación e indisponibilidad de los depósitos bancarios.

11.4. U.S. Supreme Court. (1935). Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad.
294 U.S. 240.

Es un importante precedente dictado por la Suprema Corte de Estados Unidos de América, por medio del cual se resolvió la controversia en donde se discutía cómo debía ser cancelado un bono que había sido emitido por la empresa de ferrocarril Baltimore & Ohio Railroad con cláusula de dólar oro.

Para comprender este precedente, resulta importante explicar que, en marzo de 1933, el entonces presidente Roosevelt, declaró una moratoria bancaria, prohibiendo a los bancos pagar oro o exportarlo. Poco después, el 5 de abril del mismo año, ordenó a todos los estadounidenses a entregar toda moneda de oro, lingotes de oro y certificados de oro a la reserva Federal, antes del 1 de mayo de 1933.

A esto le siguió, que el 5 de junio de 1933, el Congreso de Estados Unidos de América dictó una Resolución Conjunta, por medio de la cual anuló el derecho de los acreedores a exigir el pago en oro, finalmente, al año siguiente, el gobierno dispuso aumentar la paridad del oro a dólares 35 por onza, esta verdadera devaluación del orden del 69%, le permitió a la Reserva Federal imprimir más dinero.

Dentro de este contexto, nace el conflicto entre dos partes privadas, que debían determinar si los bonos con cláusula dólar, emitidos por uno de ellos, debían ser cancelados con dólares bajo la nueva paridad con el oro o con la que tenía al momento de su emisión.

La Suprema Corte de Estados Unidos de América, al tener que resolver el asunto, analizó en primer lugar si la Resolución Conjunta del 5 de junio de 1933 excedió el poder del Congreso, visto que la misma dispuso anular las estipulaciones de cláusula de oro en obligaciones preexistentes de contrato de dinero, y dispuso que, en su lugar, tales obligaciones fueron canceladas, dólar por dólar, a pesar de que los dólares posteriores a la devaluación valían 69% menos que aquellos existentes al tiempo de contraerse la obligación.

En esta cuestión, la Corte de Estados Unidos entendió que el Congreso tiene facultad para promulgar que el valor del papel moneda y su paridad con el oro, todo ello de acuerdo con las facultades que tiene todo gobierno soberano.

En ese sentido, remarcó que la autoridad para imponer los requisitos de uniformidad y paridad es una característica esencial del control de la moneda, y el Congreso está autorizado a proporcionar una moneda sana y uniforme para el país y asegurar el beneficio de la misma a la población mediante una legislación apropiada.

Asimismo, la Corte entendió que la titularidad de la moneda de oro y de plata está sujeta a las limitaciones que la política pública pueda exigir por razón de su calidad de moneda de curso legal y como medio de intercambio, por lo tanto, subrayó, que el poder de acuñar moneda incluye la facultad de prohibir la mutilación, el derretimiento y la exportación de moneda de oro y plata.

También la Corte tuvo presente en el considerando 10) letra d, que:

Si los Estados, los municipios, los ferrocarriles, los servicios públicos, las empresas industriales, etc., que perciban todos sus ingresos en la moneda devaluada, están obligados a pagar sus obligaciones de cláusula de oro en monedas determinadas sobre la base del antiguo patrón oro, Es fácil ver que esta disparidad de condiciones causaría una dislocación de la economía doméstica.

En función de todo ello, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que los contratos privados deben entenderse como sujetos al posible ejercicio de la autoridad legítima del Gobierno, y su menoscabo, resultante de tal ejercicio, no es una toma de propiedad privada para uso público sin compensación o una privación sin el debido proceso legal (Páginas 294 U.S. 304-305).

En síntesis, la Corte dispuso, por medio de esta sentencia de fecha 18 de febrero de 1935, que un bono para el pago futuro de un número determinado de dólares en moneda de oro de los Estados Unidos no es un contrato de pago en moneda de oro como una mercancía, o en lingotes, sino que se trata de un contrato de pago en dinero.

Aclaremos que la Suprema Corte de Estados Unidos de América, resolvió del mismo modo, en la misma fecha y con los mismos argumentos, el caso *United States vs. Bankers Trust Co.* 294 U.S. 240.

11.5. U.S. Supreme Court (1935). *Nortz v. United States*, 294 US 317

En este asunto, se planteó la inconstitucionalidad de la normativa que había modificado la relación del dólar con el oro, porque ella afectaba el derecho de propiedad del demandante, titular de certificados de oro del Tesoro de los Estados Unidos.

De conformidad con la información que obra en la página de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, el actor había certificado la constitución de un depósito en el Tesoro de los Estados Unidos por la cantidad de \$ 106.300 en moneda de oro, los cuales, al momento de la emisión de estos certificados, y hasta el 17 de enero de 1934 inclusive, tenían una conversión de un dólar oro por 25,8 gramos de oro, con más nueve décimas de multa.

Tiene importancia la fecha del 17 de enero, porque el gobierno había dispuesto que en o antes de esa fecha, se requería la entrega de monedas de oro, lingotes de oro y certificados de oro, y justamente en esa fecha, el demandante presentó su reclamo de pago de sus certificados y los entregó forzosamente y bajo protesta, generándose, para el reclamante, un derecho a ser indemnizado, pidiendo una justa compensación.

El actor no discutió las atribuciones que tiene el Congreso para legislar sobre la apropiación a favor del gobierno de lingotes de oro, monedas de oro y certificados de oro, y tampoco objetó la facultad del Congreso para obligar a todos los residentes a entregar esas tenencias al gobierno.

La Suprema Corte de Estados Unidos de América entendió que está claro que el reclamante no puede exigir ninguna posición mejor que aquella en la que habría sido colocado, si la moneda de oro le hubiera sido pagada.

Pero la Corte razona diciendo que, en ese caso, se le habría exigido entregar inmediatamente las monedas de oro al Tesoro, todo de conformidad con la normativa vigente en aquellos años.

Adicionalmente, el fallo de la Corte destaca que, a la fecha del inicio del reclamo, 17 de enero de 1934, el dólar no había sido devaluado, por lo que el contenido de 25,8 gramos, multa de 9 décimas, todavía era la vigente, y justamente por ello, la Corte decide que no puede decirse que, al recibir el pago de sus tenencias a esa paridad, el reclamante hubiese sufrido una pérdida real.

En síntesis, este precedente resalta que el derecho de propiedad no se encuentra afectado cuando no hay pérdida de lo que hoy denominamos, valor adquisitivo de la moneda.

11.6. U.S. Supreme Court. (1935). *Perry vs. United States* (1935), 294 U.S. 330.

Perry v. United States es otro de los precedentes conocidos como los casos de la cláusula oro.

En este asunto en particular, el actor era un tenedor de un bono con cláusula oro emitido por el gobierno de los Estados Unidos de América, quien se veía perjudicado por las restricciones al oro que había dictado la administración del presidente Roosevelt, en conjunción con el Congreso.

La Corte al analizar el problema, entendió que una disposición de un bono del Estado para el pago del principal y los intereses, en monedas de oro de los Estados Unidos de la norma actual de valor, debe interpretarse de manera razonable, y ello quiere decir que es una garantía del Gobierno de que el tenedor de bonos no sufrirá pérdidas por depreciación del medio de pago.

En virtud de ello, el Congreso no puede utilizar su poder para regular el valor del dinero para invalidar las obligaciones que el Gobierno tiene hasta ahora emitida en el ejercicio de la facultad de pedir prestado dinero en el crédito de los Estados Unidos.

Asimismo, la Corte interpretó que cuando Estados Unidos, con autoridad constitucional, hace contratos, tiene derechos e incurre en responsabilidades similares a las de las personas privadas que son partes en tales instrumentos, y por ello, y más allá de que la Corte entiende que el repudio de la cláusula oro del bono que hace el Gobierno es inconstitucional, aclara que dicha circunstancia, no le otorga derecho al demandante a recuperar más que la pérdida que ha sufrido realmente y de la cual puede quejarse con razón.

Asimismo, la Corte expresamente manifiesta que el demandante no ha intentado demostrar que, en relación con el poder adquisitivo, ha sufrido cualquier pérdida.

En relación con este punto, la Suprema Corte de Estados Unidos explica en:

El demandante no ha intentado demostrar que, en relación con el poder adquisitivo, ha sufrido cualquier pérdida; Por el contrario, en vista de la adecuación de la economía interna a la medida única de valor establecida por la legislación del Congreso y de la disponibilidad universal y utilización en todo el país de la moneda de curso legal para cumplir con todos los compromisos, El

demandante de la cantidad que solicita parecería no perseguir una recuperación de la pérdida en sentido propio, sino un enriquecimiento injustificado (294 US 357).

En consecuencia, si bien la Corte funda con claridad y precisión que las facultades del gobierno referidos a la moneda, su cotización y paridad con el oro y otras divisas le es exclusiva, ello no habilita al Congreso para regular el valor del dinero con el único fin de invalidar las obligaciones que el gobierno tiene hasta ahora emitida en el ejercicio de la facultad de pedir prestado dinero, porque esa conducta afecta en forma directa el crédito de los Estados Unidos.

Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, la Corte, al dictar esta sentencia de fecha 18 de febrero de 1935, no habilitó el reclamo del demandante, porque entendió que él no había acreditado que estos cambios en el cumplimiento del pago de su crédito le hubiesen afectado su derecho de propiedad.

11.7. Conclusión

Hemos visto como primer indicador referido al accionar de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, que lo que ellos denominan “*judicial review*” o el control de constitucionalidad, nació en Estados Unidos, específicamente en el año 1803, cuando Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el caso “Marbury v. Madison, se adjudicó competencia para no aplicar el texto de una ley que violase la Constitución.

Este precedente, se originó como consecuencia de un conflicto por la designación para el cargo de juez de paz, para el cual había sido designado Marbury y que el secretario de la administración de aquellos días, Madison, se negaba a formalizar, lo cual produjo que Marbury, recurriese a la justicia.

En relación con dicho fallo, expresa Zambrano Pasquel (2012), lo siguiente:

La formulación de la doctrina de la supremacía de la Constitución toma trascendencia sólo con el fallo del juez John Marshall, el 24 de febrero de 1803, donde quedaron sentadas las bases fundamentales: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; c) es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, la Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo; e) si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas. (p. 4)

Asentado este principio, el cual fue también tomado por nuestro máximo tribunal, hemos estudiado en este capítulo los precedentes que ha invocado nuestra Corte Suprema de Justicia en los fallos que analizaremos en el próximo capítulo de esta investigación y sus alcances.

Resulta importante conocerlos, porque ello nos permitirá poder evaluar si la interpretación y alcance que les ha otorgado nuestra Corte es el correcto.

En función de ello, recordamos que los precedentes *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*. 294 U.S. 240 y *United States vs. Bankers Trust Co.* 294 U.S. 240, tratan sobre obligaciones pactadas en dólar patrón oro entre particulares, y la Suprema Corte los rechazó y obligó a las partes al cumplimiento de esas obligaciones bajo el nuevo régimen legal que el gobierno había dispuesto con motivo de la emergencia.

Mientras que, en el caso de la deuda pública, su precedente es *Perry vs. United States* (1935), 294 U.S. 330, y en él, la Suprema Corte de Estados Unidos de América fue contundente al declarar la inconstitucionalidad de las normas, cuando ellas son dictadas en beneficio del Gobierno en su calidad de deudor, ello, más allá de que la demanda fue desestimada, visto que el reclamante no había acreditado que los cambios de normas en el cumplimiento de esa obligación le hubiesen generado daño sobre su derecho de propiedad.

Destacamos como una cuestión sustantiva y curiosa, luego de haber recorrido estos precedentes, todos ellos dictados con motivo de la emergencia de los años 30, que la actuación de la Suprema Corte de Estados Unidos de América fue opuesta a la que asumió nuestro máximo tribunal, la cual analizaremos en el próximo capítulo, en cuanto a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, sobre todo en los depósitos bancarios.

Concluimos este punto, aclarando que no trataremos la pesificación e inexigibilidad del pago de la deuda pública que dispuso el gobierno argentino, por no ser motivo de esta tesis, y por ello aprovechamos esta conclusión para simplemente resaltar, que el precedente "*Perry*" declaró la inconstitucionalidad de normativa cuando el beneficiario es el mismo gobierno, y nuestra Corte Suprema en *In Re "Galli"* declaró su constitucionalidad.

Capítulo 12. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

12.1. Introducción

A continuación, trataremos la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal referida al derecho de propiedad y a la forma en que ha ido resolviendo las disputas que se presentaron alrededor de esta cuestión, especialmente, cuando, crisis mediante, se buscó para salir de ella, que el derecho de propiedad privado cediera ante el interés general.

El análisis al cual ingresaremos tratará casos que llegaron a la Corte Suprema como consecuencia de leyes de emergencia, que pretendieron conjurar o por lo menos transitar de la forma más pacífica posible, situaciones de estrechez económica momentánea.

Aclaremos que no es parte de nuestra investigación la normativa de emergencia, pero la desarrollaremos únicamente porque nos interesa la jurisprudencia que generó, visto que nuestro CCyC contiene normas en consonancia con esa doctrina; nos estamos refiriendo especialmente a la regla del artículo 765, última parte.

Dentro de este contexto, iniciaremos este recorrido de jurisprudencia a partir del fallo “Ercolano” del año 1925, porque entendemos que fue el primer precedente que resulta de interés para nuestra investigación.

Luego pasaremos al emblemático caso “Avico”, porque sobre él se ha originado gran parte de la jurisprudencia posterior, la cual fue justificando, de forma cada vez más intensa, la intervención del Estado en asuntos particulares de la ciudadanía, específicamente sobre el derecho a la propiedad.

Asimismo, detallaremos las cuestiones salientes de la sentencia de la Corte en los autos “Peralta”, para luego adentrarnos en los fallos que conforman la jurisprudencia actual referida a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, todos los cuales fueron dictados como consecuencia de la pesificación, y en donde para el caso de los depósitos bancarios, también se dispuso su indisponibilidad, todo ello, conforme con lo reglado por el gobierno nacional a partir del dictado del Decreto DNU N° 214/2002.

Corresponde mencionar que nuestro máximo tribunal tuvo inicialmente un posición inclinada al respeto de los contratos como, por ejemplo, al dictar sentencia en “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo” Prohibición de retiros que superen los \$ 250 o U\$S 250 - Inconstitucionalidad art 2º decreto 1570/01 - Derechos adquiridos - Derecho de propiedad” (CSJN, Fallos: 325:28 - 01/02/2002) y también al momento de resolver en los autos “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ acción de amparo” - Emergencia Económica - Restricciones Financieras – Pesificación” (CSJN, Fallos: 326:417 - 05/03/2003).

Pero luego del cambio de composición de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se iniciara en el año 2003, el criterio cambió radicalmente, orientándose hacia la validación de la pesificación de los contratos e inauguró esta nueva posición, con su decisión en el juicio “Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/P.E.N. - ley 25.561, dtos 1570/01 y 214/02 s/ amparo Depósitos bancarios - Pesificación – Aceptación – Ausencia de reserva alguna - Actos propios” (CSJN, Fallos 327:2905 - 13/7/2004), para luego dictar sentencia en los autos “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros Depósitos bancarios - Plazos fijos y cuentas a la vista - Pesificación - Acción de amparo – Improcedencia” (CSJN, Fallos: 327:4495 -26/10/2004).

El fallo “Bustos” no fue replicado en ningún otro juicio, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación generó nueva jurisprudencia con el fallo dictado en el juicio “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional Caja de ahorro en dólares - Pesificación a la relación de \$ 1.40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual” (CSJN, Fallos: 329:5913 - 27/12/2006) y su complementario “Kujarchuk, Pablo Felipe c/P. E. N. ley 25.561 -dtos 1570 y 214/02 s/amparo ley 16.986 Emergencia Económica - Renuncia - Bancos - Actos Propios - Pesificación - Edad Avanzada - Delicado estado de salud” (CSJN, Fallos: 330:3680 - 28/08/2007).

Justamente, los dos últimos precedentes mencionados fueron replicados en las decenas de miles de juicios relacionados con la pesificación de depósitos bancarios que estaban a la espera de sentencia dentro del ámbito de nuestro máximo tribunal, y en todos ellos, la Corte se arrogó facultades legislativas, al

modificar la norma en análisis, con el objeto de encuadrarla dentro de ciertos parámetros de razonabilidad, a criterio del Tribunal.

Existen otros fallos dictados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a la pesificación que también serán motivo de desarrollo en este capítulo, porque nos permitirán dejar en claro cuál es la actual doctrina de nuestro máximo tribunal en relación con los depósitos bancarios, la situación de los depósitos judiciales constituidos en moneda extranjera (Fallos: 330:971), los mutuos hipotecarios constituidos en dólares (Fallos: 330:855 y Fallos: 330:3593), los fondos comunes de inversión pactados en dólares (Fallos: 330-5111), la renta vitalicia (Fallos: 331:2006), y la deuda pública pesificada (Fallos 328:690), todos los cuales nos permitirán establecer la doctrina de nuestro máximo tribunal en relación con el tema objeto de nuestra investigación.

No formarán parte de este capítulo, la pesificación y suspensión de pagos de la deuda pública por ser ajenas al interés de la presente tesis.

Este estudio, también nos permitirá determinar si nuestro máximo tribunal ha seguido cada uno de los preceptos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América que invoca, si se ha excedido en su aplicación, o, lo que sería más sugerente y preocupante, si los ha interpretado de manera errónea.



Palacio de Justicia de la República Argentina

Fuente: www.google.com.ar

<https://www.google.com.ar/search?q=fotos+del+palacio+de+justicia+de+argentina&tbm>)

12.2. Ercolano Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta (Fallos 136:161)

Durante el primer gobierno de Hipólito Yrigoyen, y a instancias del oficialismo, el Congreso de la Nación, dictó la 11.157, por medio de la cual se disponía el congelamiento de los alquileres urbanos, toda vez que dicha ley en su artículo 1º, prohíbe cobrar durante dos años, a partir de su promulgación, un precio de locación mayor al que se pagaba el 1 de enero de 1920, por el alquiler de casas, piezas y departamentos.

Ante el imperio de dicha ley, el Sr. Agustín Ercolano planteó la inconstitucionalidad de su artículo 1º, bajo el entendimiento que le afectaba su derecho de propiedad, asunto, que, por vía del Recurso Extraordinario, llegó a la Corte.

Resulta importante destacar, como una cuestión distintiva en este asunto, que la locación no se encontraba formalizada por contrato escrito, y, por lo tanto, su vigencia se extendía mes a mes por voluntad de ambas partes.

Esta particularidad, fue especialmente tenida en cuenta por el voto de la mayoría en esta causa.

En cuanto a la constitucionalidad de esa norma y con los votos de los ministros de la Corte Dámaso Palacio, Figueroa Alcorta y Ramón Méndez, se citó jurisprudencia norteamericana, principalmente *Munn v. Illinois*, reconociéndole un amplio poder de policía al Congreso, conforme al cual la reglamentación podía restringir los derechos de propiedad, allí donde concurriera un interés público intenso.

También por voto de la mayoría, la Corte rechazó el planteo de que la ley fuera desigualitaria, y a tal efecto se apoyó en el carácter temporal de la medida, dos años, acotando que esa objeción de parcialidad tendría fundamento si se tratase de una reglamentación permanente.

Dentro de ese voto de la mayoría, la Corte, entre otros conceptos, expresó:

Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del Estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados (CSJN, Fallos 136:161, Considerando 11).

La opinión disidente fue pronunciada por el Juez Bermejo, la cual concluye, con las siguientes consideraciones:

Finalmente, no sería aventurado prever que si se reconoce la facultad de los poderes públicos para fijar el alquiler, o sea, el precio que el propietario ha de cobrar por el uso de sus bienes, aunque sea un uso privado y libre de toda franquicia o privilegio, ya sea voluntaria o involuntariamente, "se cae en la constitución guaraní", que decía Estrada, pues habría que reconocerles la de fijar el precio del trabajo y el de todas las cosas que son objeto del comercio entre los hombres, o, como se expresaba esta corte en 1903: la vida económica de la Nación con las libertades que la fomentan, quedaría confiscada en manos de legislaturas o congresos que usurparían por ingeniosos reglamentos todos los derechos individuales hasta caer en un comunismo de estado, en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio y los árbitros del capital y de la industria privada (t. 98, p. 20, considerando 24°). Por estos fundamentos, se declara que el art. 1 de la ley 11.157 es violatorio de los arts. 14, 17 y 28 de la Constitución, y, en su consecuencia, se revoca la sentencia apelada en la parte que ha sido objeto del recurso. (CSJN, Fallos 136:161, Considerando 30 del voto en disidencia)

En síntesis, y más allá del voto disidente del Dr. Bermejo, este fallo estableció el principio que, ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto, habiendo confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar dentro de ciertos límites, el ejercicio de los derechos que ella reconoce.

Concluimos el comentario de este fallo, manifestando que, en agosto del año 1922, en los autos "Horta c/ Harguindeguy" (CSJN, Fallos: 137:47), se presentó un caso que requería la aplicación de la misma ley, pero con un hecho relevante que lo diferenciaba del caso anterior: existía un contrato de alquiler formalizado por escrito, y frente a ello, nuestro máximo tribunal entendió que:

El acto de privar al locador, de una parte del alquiler que tiene derecho a exigir con arreglo al contrato, para beneficiar con ella al locatario, constituye una violación tan grave de la garantía que consagra el artículo 17 de la Constitución Nacional, como la que resultaría del hecho de despojar al propietario de una fracción del inmueble arrendado, para donarlo al inquilino. (CSJN, Fallos: 137:47, Considerando 10)

Es verdad que, en alguna ocasión se ha afirmado que en la República el Poder Legislativo no se halla impedido para dictar leyes que alteren los derechos contractuales desde que la Constitución Nacional no consigna al respecto una limitación explícita como la que establece la de los Estados Unidos en su artículo 1º, sección X, para los Estados particulares. Esta proposición es, sin embargo, inadmisibles en cuanto pueda referirse a derechos patrimoniales adquiridos en

virtud de contrato, porque además de ser incompatible con el espíritu de la misma Constitución y con los grandes objetivos proclamados con énfasis en su Preámbulo, la inviolabilidad de la propiedad asegurada en términos generales por el artículo 17, protege suficientemente tales derechos contra los efectos de cualquier legislación ulterior a su adquisición. (CSJN, Fallos: 137:47, Considerando 12).

En virtud del razonamiento esgrimido en estos autos, la Corte Suprema de Justicia se apartó de su propio precedente “Ercolano”, o por lo menos lo limitó notoriamente y, consecuentemente, también se alejó del fallo *Munn v. Illinois* dictado por la Suprema Corte de Estados Unidos de América, que había sido utilizado como base para su decisión anterior.

12.3. Avico Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl (Fallos 172:21)

Se trata de una sentencia de dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 7 de diciembre de 1934.

Por medio de este fallo, la Corte entendió que la ley de moratoria hipotecaria N° 11.741, que prorrogó las obligaciones garantizadas con hipoteca a un plazo de tres años, como así también los intereses, limitándolos al 6 % anual, no es repugnante a los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional.

Se trata de un pleito generado entre Avico, quien había celebrado como deudor, un contrato de mutuo con garantía hipotecaria al 9% anual de interés, con De la Pesa como su acreedor.

En plena vigencia de ese contrato, se dictó la ley de orden público 11.741, que dispuso una moratoria de 3 años para el pago de intereses y capital, y una reducción de la tasa de interés al 6% como máximo.

Visto el dictado de esta norma, Avico pretendió acogerse a sus beneficios y su acreedor De la Pesa no estuvo de acuerdo, por lo cual Avico inició la demanda por consignación de intereses adeudados, pero calculados al 6% anual.

Este asunto llega a la Corte, y ésta invoca el precedente de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, *Home Building & Loan Association v. John H. Blaisdell*. Específicamente, de ese precedente norteamericano, la sentencia de nuestro máximo tribunal reproduce lo siguiente:

El presidente de la Corte, señor Hughes, que fundó el voto de la mayoría, después de referir las condiciones y reglas aplicables según la ley de Minnesota para el rescate de la propiedad, dijo:

Para determinar si la disposición legal de este alivio temporáneo y condicional excede el poder del Estado, por razón de la cláusula de la Constitución Federal sobre inalterabilidad de los contratos, debemos considerar la emergencia respecto al poder constitucional, a la histórica reserva de la cláusula contractual, al desarrollo de la jurisprudencia de esta Corte en la interpretación de esa cláusula, y a los principios de interpretación que podemos considerar fijados (o establecidos). La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán siempre objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional.

Mientras la emergencia no crea el poder, ella puede dar ocasión para el ejercicio del poder". "Aunque la emergencia no puede dar vida a un poder que nunca ha existido, ello no obstante, la emergencia puede dar una razón para el ejercicio de un poder existente ya gozado" (CSJN, Fallos: 172:21, Considerando 8).

Siguiendo con "Avico", su considerando 12 le reconoce la atribución constitucional que tiene el Congreso para dictar leyes reguladoras del uso y goce de la propiedad, aunque expresamente manifiesta que también constituyen propiedad, garantizada por el art. 17 de la Constitución, los derechos que el contrato de préstamo acuerda al acreedor.

Con lo cual, el primer párrafo de dicho considerando 12, concluye expresando que "... quedan por examinar los hechos que dieron origen a la ley, si esta se ha propuesto un fin legítimo y si son razonables y justas las disposiciones impugnadas".

Para convalidar la constitucionalidad de ley 11.741, la Corte recurre al análisis de la razonabilidad de las medidas adoptadas, que eran dos, por un lado, la quita de los intereses, y por el otro lado, la espera de 3 años para poder cobrar el capital, y para ello analiza a partir del considerando 9 de la sentencia, el principio del enriquecimiento o del empobrecimiento sin causa.

En consonancia con lo expresado, concluyo este punto destacando que Cianciardo y Sacristán (2014), al analizar este precedente de nuestro máximo tribunal, manifiestan:

Respecto de la específica aplicación de medidas de emergencia de moratoria con más quita, Avico nos deja una lección muchas veces soslayada: en épocas de marcado cambio en el valor de la moneda —y dejando de lado precedentes extranjeros no tan derechamente aplicables al ámbito argentino por corresponder a un andamiaje normativo demasiado diverso— su argumento definitorio, valorista, centrado en la economía local, impone el deber judicial de brindar, siempre, una

decisión que mantenga, o en su caso restablezca, el valor de las contraprestaciones. Ello, con ajustes en menos —o, en su caso, en más—, evitándose enriquecimientos —o, en su caso, empobrecimientos— injustos. (VI. Conclusiones, parr. 3)

12.4. Peralta, Luis Arcenio y Otro c/ Nación Argentina (Fallos 313:1513)

Con fecha 3 de enero de 1990, el P.E.N. dictó el Decreto 36/90, y por medio de él, dispuso canjear los depósitos bancarios superiores a Australes un millón por Bonos Externos, circunstancia por la cual fue denominado o conocido como Plan Bonex.

El mismo decreto fijó el precio de canje, que ubicaba la paridad muy por encima del valor que luego el mercado le asignó a esos Bonex 89.

Contra dicha norma, los actores dedujeron demanda de amparo contra el Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina y solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 36/90 en cuanto dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen de determinada cantidad, fuesen abonados con títulos de la deuda pública. El juez de primera instancia rechazó la acción. La Cámara revocó lo decidido.

En relación con el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en el caso Peralta, Liendo (1990), expresa:

Quando el Estado incumple algunas de las exigencias impuestas por la Corte para ejercer sus poderes de emergencia, incurre en ilicitud (infracción constitucional en el caso) y de allí deriva en tal caso su obligación de reparar. Cuando afecta derechos adquiridos, en cambio, lesiona el derecho de propiedad, en el sentido amplio que le atribuyera la Corte Suprema y en estos casos su responsabilidad depende de la naturaleza y amplitud del derecho adquirido. (p. 104)

Contra dicho decisorio, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal, llegando de ese modo, el asunto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual dejó sin efecto la sentencia apelada.

La importancia de este fallo radica en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, le reconoció al Poder Ejecutivo, amplias facultades para legislar en situaciones de emergencia.

En este fallo, la Corte afirma que los derechos constitucionales no son absolutos y están limitados, como surge del art. 14 de la CN y por ello, el derecho

de propiedad que los actores consideran vulnerado es también un derecho no absoluto y por consiguiente no está eximido de limitación.

Si bien es cierto que esta concepción no es novedosa, visto lo ya comentado al momento de analizar los casos “Ercolano” y “Avico”, si resulta un aumento al ejercicio del poder de policía, por un lado, al reconocerle esa atribución, también al Poder Ejecutivo, y, por otro lado, al legitimar que el derecho de propiedad puede ser restringido por un plazo de 10 años, que fue el que esa normativa dispuso, durante el cual los depositantes bancarios no podrían disponer de sus ahorros en forma íntegra.

Corresponde recordar que, a la fecha del dictado del caso “Peralta”, aún no tenía rango constitucional, el régimen de los decretos de Necesidad y Urgencia, mecanismo que sería introducido al momento de la reforma del año 1994.

De todos modos, destacamos que los Decretos de Necesidad y Urgencia previos a la reforma del año 1994, si tenían reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, siendo por aquellos tiempos pacífica la opinión que esos actos administrativos estaban vedados para legislar sobre derecho sustantivo.

Esta restricción fue atemperada en la reforma constitucional del año 1994, visto que a partir de su inclusión en el inciso 3 del artículo 99 de nuestra carta magna, los decretos de necesidad y urgencia solo tienen prohibido tratar sobre normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Luego de lo explicado, resulta interesante destacar que en el caso “Peralta”, la Corte sostuvo que los decretos de necesidad y urgencia eran válidos en la medida en que se comunique su dictado al Congreso y éste no se expida en contrario. Lo cual era una innovación, porque otorgaba al silencio prolongado del Congreso, un efecto ratificadorio sobre la validez de un decreto de necesidad y urgencia, que hasta ese momento no tenían y que tampoco funcionan de ese modo en la actualidad.

Como elemento relevante, tiene importancia decir que, en este asunto, la Corte validó la indisponibilidad de los depósitos bancarios por un plazo de 10 años, que era la vigencia de los BONEX dados en canje, pero con la salvedad que el depositante recibía bonos públicos expresados en dólares, en sustitución de sus depósitos en australes, que era la moneda de curso legal por aquellos

tiempos en nuestro país, aunque a una paridad muy por encima del valor al que luego el mercado le asignó a los mencionados bonos.

En este caso "Peralta", la Corte invoca el caso "Avico", en especial el dictamen del procurador de aquel momento, Horacio R. Larreta, porque ahí, basándose en el precedente "Home Building v. Blaisdell", de la Suprema Corte de Estados Unidos, se detallan los requisitos que debe llenar una ley de emergencia y estos son: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

Más allá del extenso plazo de 10 años que el plan Bonex se tomó para restituir la integralidad de los depósitos bancarios constituidos en aquel momento, y que la emergencia fue dictada por decreto del presidente y no por ley del Congreso, la Corte reconoció en ese fallo, la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la substancia de unos y otras, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole.

Así, en el caso Peralta, la Corte, sostiene:

Que, en definitiva, de las medidas adoptadas por el gobierno no resulta menoscabo de la propiedad protegida por el art. 17 de la Constitución Nacional. Porque, como se expuso al examinar genéricamente los distintos problemas que plantea la "emergencia", no hay violación del art. 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad. Antes bien, hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico y financiero. (CSJN, Fallos: 313:1513, Considerando 56)

Como se puede apreciar, la Corte validó los motivos esgrimidos por el Poder Ejecutivo para dictar el decreto de necesidad y urgencia, sin detenerse a

analizar si la situación existente respondía a causas estructurales o a motivos de coyuntura.

Ese análisis resultaba indispensable para que la Corte pudiese determinar si la medida tenía razonabilidad, porque pensemos que se estaba condenando a un sector casual de la sociedad, en este caso a los depositantes de los bancos, a soportar la carga de una deuda de toda la sociedad, y por un plazo de diez años.

Pensemos que solo dos años después del fallo “Peralta”, en 1992, la Argentina transitaba un período de sostenido crecimiento de su economía y de vertiginoso ascenso de liquidez de pesos y dólares dentro de su sistema financiero, gracias a la convertibilidad que se había dispuesto por ley 23.928 a comienzos del año 1991 y que se extendería por una década.

Finalmente y a manera de síntesis, señalamos que este fallo validó que el Poder Ejecutivo tiene facultades para dictar medidas de tipo monetario por medio de decretos de necesidad y urgencia, aun cuando con ellas se afecte gravemente el derecho de propiedad, en este caso de los depositantes bancarios, todo lo cual –entendemos- fue un peligroso avance de las facultades de la administración sobre las garantías particulares que protege nuestra Constitución, y sobre las cuales debe velar el Poder Judicial.

En nuestra opinión, la validación por parte de nuestro máximo tribunal, del decreto 36/90 en el caso “Peralta”, fue el comienzo para que al Poder Ejecutivo se arrogue atribuciones para dictar otras medidas, muy próximas o directamente confiscatorias, alegando que eran simplemente monetarias, y que tienden al objeto de atender emergencias, aún aquellas causadas exclusivamente por la mala administración del propio gobierno.

Por lo expuesto, entendemos que el precedente “Peralta”, fue una de las bases esenciales, sobre las que se sostuvo la normativa pesificadora, que años después sería dictada por la emergencia del año 2002, y que desarrollaremos a partir del próximo punto.

12.5. Los primeros fallos dictados por la Corte Suprema referidos a la

Conforme lo hemos explicado en la introducción de este capítulo, en este punto analizaremos dos fallos, el primero de ellos es el caso Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo” Fallos: 325:28 y el

otro, es el fallo “Provincia de San Luis c/Estado Nacional s/ acción de amparo”. Fallos: 326:417.

Aclaremos que, en realidad, conforme nos explica Piedecabras (2002), el primer antecedente de jurisprudencia que dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el denominado corralito de los depósitos bancarios se produjo en los autos caratulados “Kiper Claudio Marcelo y Otros c/ Estado Nacional. Decreto 1570/2001 s/ Medida Cautelar Autónoma”, que tramitó por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6 y que fuera resuelta en forma definitiva por nuestro máximo tribunal, como consecuencia del recurso que planteó el banco depositario, en los autos: “Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Recurso interpuesto en los términos del artículo 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

En esos autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la medida cautelar peticionada por los actores, pero sin haberse pronunciado sobre la validez constitucional del denominado “corralito”, y del decreto 1570/01 que lo había impuesto.

El estado de situación de los depósitos bancarios y de otras obligaciones pactadas en moneda extranjera, después sería agravada en forma sustantiva como consecuencia del dictado de las normas de pesificación e indisponibilidad de los depósitos que inauguraron la ley 25.561, el decreto 214/02 y demás normativa complementaria.

Sobre la jurisprudencia que atañe a esa normativa pesificadora, nos referimos a partir del punto siguiente.

12.5.1. Fallo Smith del 01/02/2002 (Fallos 325:28)

Como consecuencia de las normas de pesificación, el Sr. Smith, presentó ante la justicia una medida cautelar auto satisfactiva, por medio de la cual solicitó que el Banco depositario de sus fondos le restituya los mismos en la misma cantidad y moneda constituidos.

El juez federal de Corrientes ordenó que el Banco Galicia proceda a la devolución de esos fondos.

En virtud de esta sentencia de primera instancia, el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., solicitó la avocación *per saltum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que, en ejercicio de la atribución que le otorga el art.

24, inc. 7 del decreto-ley 1285/58, deje sin efecto la medida cautelar dispuesta por el juez federal ad hoc de Corrientes, que había ordenado restituir íntegra e inmediatamente los fondos depositados por Carlos Antonio Smith en dicha entidad bancaria.

Luego del dictamen del Sr. Procurador, la Corte entendió que, si bien el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se refiere exclusivamente a la potestad de la Corte para entender respecto de medidas cautelares dictadas aun por quien no reviste la calidad de tribunal superior de la causa, si la medida cautelar coincide con el objeto de la demanda, la resolución que declaró su viabilidad constituye un anticipo de jurisdicción e implica el juzgamiento del fondo del asunto por lo que la competencia del Tribunal no queda circunscripta al estrecho marco cognoscitivo de la cautela sino que se extiende también a lo que ha sido tema de fondo, o sea, al planteo sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Consecuentemente, la Corte analizó la normativa de pesificación en esta medida cautelar, en donde consideró:

Que se encuentra fuera de discusión en el caso la existencia de una crisis económica sin precedentes en la historia argentina por lo que no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado. Pero ello no implica que se admita, sin más, la constitucionalidad de todos y cada uno de los medios instrumentales específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud. (CSJN, Fallos 325:28, Considerando 8)

Luego de estas y otras consideraciones referidas a las atribuciones de reglar derechos en forma más intensa, cuando las circunstancias así lo indican, la Corte recordó en su considerando 10 a los 4 elementos necesarios para que se justifique el dictado de una norma de emergencia, pero más allá de ellos, la Corte expresó que ni aun con la extensión reconocida de tan grave crisis, le está permitido al Estado tomar medidas rayanas con la confiscación, como es la alteración de la moneda, y la indisponibilidad de la misma, porque esas medidas no pueden reputarse compatibles con la Constitución Nacional.

En virtud de ello, la Corte rechazó la vía recursiva opuesta por la entidad financiera, quedando confirmada la medida cautelar a favor del actor Smith.

12.5.2. Fallo San Luis del 05/03/2003 (Fallos 326:417)

Como defensa contra la normativa pesificadora, la provincia de San Luis presentó directamente ante la Corte Suprema, en virtud de su competencia originaria en las causas civiles en las que una provincia es parte, un amparo contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina y el Banco de la Nación Argentina, para recuperar los fondos que tenía retenidos en esta última entidad.

En la demanda se impugnaban por inconstitucionales los decretos del Poder Ejecutivo que restringieron el retiro de los depósitos bancarios y dispusieron su devaluación y conversión forzosa al tipo de cambio 1 dólar = 1,40 pesos, la llamada “pesificación”.

Ya no estábamos en presencia de una medida cautelar, sino en un amparo y en donde la Corte actuaba como tribunal originario, vistas las partes involucradas.

La cuestión principal que se debatía en este caso era si el Poder Ejecutivo estaba facultado constitucionalmente para pesificar e indisponer los depósitos que la provincia de San Luis tenía constituidos en el Banco Nación.

En una larga sentencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas del Ejecutivo que se impugnaban y ordenó al Banco Nación el reintegro de los fondos en dólares estadounidenses, o su equivalente en pesos según la cotización del mercado libre al día del pago, otorgándole a las partes 60 días para que convengan la forma de su restitución, bajo apercibimiento de establecerlo la misma Corte, a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado.

En este fallo, nuestro máximo tribunal recordó que las facultades delegadas por el Congreso a favor del Poder Ejecutivo pueden ser ejercidas solamente si se encuentran presentes la existencia de una emergencia pública, que la misma haya sido declarada por plazo limitado y que hayan fijado las bases.

También la Corte remarcó que la delegación legislativa preveía que el Poder Ejecutivo debía disponer medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas, debiendo por lo tanto, reestructurar las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero y expresamente recordó que la delegación establecía que esa protección debía comprender a los depósitos efectuados en divisas extranjeras y que: “Sin embargo, cuando el presidente Duhalde dictó el impugnado decreto

214/02 de “pesificación” de los depósitos, no se ajustó a los criterios sentados por el Congreso.”

Para dejarlo en claro, la Corte remarcó que la delegación legislativa solo permitía la pesificación de las deudas “con” el sistema financiero y no “del” sistema financiero, esto es, las que los bancos tenían con los ahorristas.

Luego de estos y otros considerandos, entre los que destacó, el reciente dictado de la ley de intangibilidad de los depósitos N° 25.466, lo cual y previo al resolutorio, la Corte declaró:

Queda claro, pues, que no es el Poder Judicial quien está facultado para delinear el derrotero de la legislación. Tampoco es el responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quienes sí les incumbe tal tarea. Pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos, so pena de transgredir el mandato constitucional que le ha sido conferido, cuando, como ha ocurrido en el caso, bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional. (CSJN, Fallos: 326:417, Considerando 55)

En síntesis, la Corte entendió que resulta evidente que compete a la decisión de los poderes políticos del Estado la formulación de las líneas gubernamentales y que a la Corte Suprema sólo le cabe confrontar el ajuste de las normas con la Constitución Nacional, sin que de ese control resulte valoración de dichas políticas ni -menos aún- adopción de medidas sustitutivas o complementarias del accionar de las otras ramas del gobierno.

Este criterio, no fue sostenido por la siguiente conformación de la Corte, toda vez que como veremos en los próximos fallos, asumirá atribuciones legislativas, alterando con sus sentencias disposiciones legislativas, y luego de dicho acomodamiento, las declararían razonables.

12.6. Los casos Cabrera y Bustos

Fallo Cabrera del 13/07/2004 (Fallos 327:2905)

El caso Cabrera, de fecha 13 de julio de 2004, fue una primera aproximación al criterio que iba a terminar sustentando la Corte Suprema, luego de su nueva conformación.

Este asunto involucra a un depositante bancario, que había consentido la pesificación y retirado su dinero a la relación pesificada, ello conforme lo disponía el decreto 214/02, y a ese efecto, había firmado toda la documentación que le

requirió la entidad financiera.

Luego de ello, el actor solicitó a la justicia que le reconozca el cobro de la diferencia que no había podido percibir, argumentando estado de necesidad y ratificando que la normativa pesificadora era inconstitucional.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, entendió que no correspondía reconocerle la aludida diferencia de cambio, porque el actor había aceptado convertir en forma voluntaria sus depósitos a una cotización menor a la de mercado, sin haber opuesto reserva alguna.

Por Recurso Extraordinario incoado por Cabrera contra dicho decisorio, el asunto fue tratado por la Corte Suprema, la cual convalidó la sentencia de la Cámara de Apelaciones, basado en que el actor había consentido voluntariamente la pesificación, sin hacer reserva alguna y sin haber acreditado el estado de necesidad al cual había aludido.

Para resolver de ese modo, la Corte se sostuvo sobre cuantiosos precedentes, entre los que menciona en su considerando 5º Fallos: 149:137; 170:12; 175:262; 184: 361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922, entre muchos otros.

Por ello, la sentencia de la Corte en este asunto expresamente dice:

Que, por las razones expuestas, corresponde concluir en que el recurso extraordinario resulta improcedente, en tanto la sentencia del a quo encuentra debido sustento en conocida jurisprudencia de esta Corte -reseñada en los considerandos 4º y 5º de la presente-, sin que esta decisión implique, por lo tanto, juicio alguno respecto de la validez o invalidez constitucional de las normas que configuran el régimen jurídico que pretendió cuestionar el recurrente. (CSJN, Fallos: 327:2905, Considerando 9)

Luego de dicho considerando, la Corte declara improcedente el recurso extraordinario planteado. Pero resulta importante destacar que hasta ese momento no había jurisprudencia del máximo tribunal, con su nueva integración, referido al fondo del asunto, porque en Cabrera, como hemos visto, la Corte expresamente declara que no hace juicio alguno respecto de la validez o invalidez constitucional de las normas que configuran el régimen jurídico que pretendió cuestionar Cabrera.

Esa incógnita sobre el criterio que tenía la Corte, con su nueva conformación, referido a las normas de pesificación e indisponibilidad de los

depósitos bancarios, sería develado a los pocos meses de este fallo, cuando resolvió “Bustos”. Caso que explicaremos a continuación.

Fallo Bustos del 26/10/2004 (Fallos 327:4495)

El caso Bustos, fue un juicio de amparo planteado contra la normativa pesificadora, que había tenido sentencia favorable al reclamo de los actores, tanto en primera como en segunda instancia, y que, por vía del remedio federal planteado por el banco depositario, por el Estado Nacional y por el Banco Central de la República Argentina, había llegado a instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Para ese entonces, el Estado ya había morigerado la pesificación e indisponibilidad de los depósitos, por intermedio del Decreto de Necesidad y Urgencia 905/2002, que ofrecía a los depositantes la posibilidad de canjear sus acreencias pesificadas e indisponibles, por un bono público expresado en dólares y con vencimiento a 10 años y 6 meses.

Ese DNU, a su vez, fue complementado y modificado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 1836/2002, y en el año 2003, dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 739/2003, que ofrecía la inmediata desafectación de los depósitos pesificados y que adicionalmente, ofrecía entregarle un bono público con vencimiento a 10 años en dólares, por la diferencia entre el depósito pesificado y los dólares que originalmente tenía el acreedor.

Con esta nueva situación, el gobierno esperaba que la Corte validase la pesificación, bajo el entendimiento que ahora ese régimen había ingresado dentro de un estatus de “convertibilidad sobreviniente”.

Dentro de este nuevo escenario, la Corte, siguiendo los lineamientos del Sr. Procurador General de la Nación, revocó la sentencia recurrida y rechazó la demanda de amparo, estableciendo las costas por su orden en todas las instancias.

Este fallo, tiene la particularidad de que, habiendo resuelto el fondo de un tema, que en aquellos tiempos afectaba a decenas de miles de juicios que esperaban su sentencia de la Corte, no fue reiterado en ningún otro asunto.

Aclaremos que, en nuestra opinión, se trata de uno de los precedentes más pobres y cercenadores al derecho de la propiedad que haya dictado nuestro más alto tribunal, haciendo expresa exclusión de los fallos de deuda pública, In Re

“Galli” (328:690) o Claren (337:133), que, por sus considerandos y resolutivos, exceden con creces la posición adoptada por la Corte en el caso “Bustos”.

Pero ¿Qué sostuvo este fallo, para que nunca más haya logrado consenso entre los mismos miembros de la Corte que lo habían dictado?

Más allá de haber citado precedentes de la misma Corte y de invocar el ya conocido “*Home Building & Loan Association v. Blaisell*”, que tuvo por objeto recordar qué condiciones debe contener toda ley de emergencia, introdujo otro precedente de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, “*Perry v. United States*”.

El caso “*Perry*”, como ya lo hemos explicado en el capítulo anterior, expresa en lo que nos interesa, que el hecho de que el repudio de la cláusula oro del bono que emite el gobierno sea inconstitucional, no da derecho al demandante a recuperar más que la pérdida que haya sufrido realmente y de la cual pueda quejarse con razón.

Esto deja a las claras que la Suprema Corte de Estados Unidos de Américas entendió en ese fallo, que el repudio del gobierno de la cláusula oro en su bono, era inconstitucional.

Llamativamente, nuestra Corte, tomó de ese fallo la parte que le interesaba, la cual, consciente o inconscientemente, la interpretó erróneamente, y luego la aplicó para fundar su sentencia en sentido diferente a lo que había resuelto al Suprema Corte de Estados Unidos en el precedente “*Perry*”.

Para tomar una idea de las características de “Bustos”, resaltamos que, por ejemplo, la Corte llegó a afirmar:

En suma, no está probado: 1º) que la actora hubiera efectuado el depósito en dólares efectivamente ganados como tales, lo que deja abierta la posibilidad de que los haya comprado al precio vil que mantenía el Estado o que se haya tratado de un mero asiento contable, ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones comerciales o financieras con el exterior que necesariamente debieran afrontarse en esa moneda. (CSJN, Fallos: 327:4495, Considerando 9)

En relación con esta afirmación de la Corte, debemos resaltar que dentro del expediente se encontraba acreditado el depósito en la moneda estadounidense y ese hecho no había sido controvertido por ninguna de las partes, pese a lo cual, nuestro máximo tribunal puso en duda, lo que era certeza absoluta para todas las partes de la contienda, al tratar a la moneda expresada,

como “un mero asiento contable”.

En este fallo y pretendiendo emular a “*Perry*”, aunque erróneamente, la Corte afirma que la pesificación se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor, también se muestra sorprendida de que el acreedor no hubiese aceptado las ofertas que el gobierno le ofrecía dentro de la nueva normativa de los decretos 905/02, 1836/03 y 739/03, entendía que no era posible cumplir la obligación en dólares, etc..

En realidad, y sobre esta aseveración y en referencia al error de la Corte, referida al precedente “*Perry*”, Liendo (2004), manifiesta:

Además en EE.UU. se prohibió la circulación del oro que dejó de estar en el comercio, y era esa la razón por la cual al Sr. Perry le obligaron a vender el oro que debiera haber recibido por sus bonos al nuevo cambio oficial, en tanto que aquí continuó la libre circulación de monedas extranjeras, que son un género que está en el comercio. De donde resulta que en el caso argentino no hay imposibilidad de cumplir la obligación en moneda extranjera comprometida sino, en todo caso, mayor onerosidad para el deudor, riesgo libremente asumido por él. (10. Efectos particulares del fallo. Evidentemente la Corte no llegó a este pronunciamiento de modo holgado ni con visiones homogéneas. El consenso alcanzó para rechazar la acción de amparo, mas no para resolver los efectos colaterales del fallo, parr. 6)

La Corte también dijo que no se puede hacer justicia aunque se caiga el mundo, expresado en el fallo bajo la expresión en latín “*fiat iustitia peream ego perem mundis*”, lo cual deja a las claras que la Corte estaba reconociendo que la norma no era justa, es decir, constitucional, pero que no podía resolver el caso “*Bustos*” declarando la invalidez de la norma, porque a su criterio, eso haría caer el mundo, pero la realidad es que ningún mundo se iba a caer y tampoco la Argentina, porque la simple lectura de los considerandos de los decretos 905/02, 1836/03 y 739/03 dejaban en claro que ya no había crisis en la Argentina, que había regresado la liquidez en divisas, y que los dólares adeudados podían ser restituidos a sus dueños, sin perjuicio para el interés general.

Asimismo, y como si todas las sesgadas consideraciones que hizo la Corte en este fallo no fuesen suficientes, también dejó un apercibimiento dirigido a los tribunales inferiores de la Nación, al decir en “*Bustos*”:

Que, finalmente, no se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha

producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas" descalificadas por esta Corte (Fallos: 324:4520, considerandos 9º y 10, y sus citas) provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito. (CSJN, Fallos: 327:4495, Considerando 15)

Concluyo este punto, diciendo que, en un interesante análisis, Cianciardo y Sacristán (2014), comparan el fallo "Avico" con "Bustos", y dicen:

Es llamativa, desde esta plataforma, la similitud con Bustos, casi 70 años después, cuando se afirma:

"Por el contrario, pretender la devolución inmediata en dólares o en su equivalente en moneda argentina en el mercado libre de cambios implica un desmesurado beneficio para el acreedor, que no puede determinarse en su medida aritmética como consecuencia de la ausencia de producción de prueba en este proceso pero que en algunos momentos alcanzó alrededor del doble del poder adquisitivo originario." (V.4. La sumatoria y más allá, parr. 1 y 2)

En síntesis, y más allá de la eventual utilización de algún concepto de "Avico" en estos autos, la realidad es que "Bustos" quedará como un precedente nunca replicado por la Corte, por lo menos para atender idénticos asuntos que esperaban solución, de a decenas de miles, en los estrados de nuestro máximo tribunal, los cuales deberían esperar un par de años más, momento en que nuestro máximo tribunal logró el consenso necesario entre sus miembros, para dictar el fallo "Massa" y su complementario "Kujarchuk", que fue la base que utilizó la Corte para resolver la pesificación e indisponibilidad de los depósitos bancarios, todo lo cual, pasaremos a estudiar a continuación.

12.7. Los casos Massa y Kujarchuk

In Re "Massa" (Fallos 329:5913)

El Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina y cada uno de los bancos depositarios, procedían a interponer recursos extraordinarios contra todas las sentencias que dictaban las Cámara de Apelaciones que les eran contrarias, las cuales en lo sustantivo y en decenas de miles de amparos, disponían la inconstitucionalidad de las normas de pesificación, y ordenaban, en primer término, que se tornara automáticamente en definitiva la entrega cautelar de fondos que se hubiere ordenado y en segundo lugar, ordenaban a los bancos depositarios que procedieran en plazo perentorio a entregar al actor en su

moneda de origen, o entregando la cantidad de pesos suficientes para adquirir igual cantidad de la divisa dólares estadounidenses según cotización del Banco de la Nación Argentina, sobre el remanente de su depósito, que aún se encontrase pendiente de devolución, a lo cual usualmente se adicionaba, la imposición de costas.

La acumulación de tantos expedientes que trataban el mismo asunto de la pesificación debía ser resuelto en un sentido o en el otro por parte de nuestro máximo tribunal.

Consecuentemente, y luego del irrepetible precedente In Re “Bustos”, el cual había dejado la obvia conclusión de que prácticamente cualquier medida gubernamental era tolerable bajo los dispares cánones constitucionales de la mentada sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó, con fecha 27 de diciembre de 2006, sentencia en los autos in re “MASSA, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986”.

Corresponde dejar en claro como primera reflexión que ya habían pasado casi cinco años desde el inicio de la pesificación y durante ese plazo, el fragor inicial se había ido decantando, ya sea como consecuencia del retiro de los depósitos por medio de medidas cautelares, o por la ejecución de sentencias bajo caución, conforme lo autoriza nuestra ley procesal en su artículo 258, para los casos en los cuales la sentencia de cámara o tribunal fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia.

En realidad, la normativa pesificadora fulminó en los primeros meses, a los depósitos constituidos en moneda extranjera, dentro del sistema bancario nacional.

Efectivamente, dichas normas no solo transformaron forzosamente los depósitos constituidos en dólares a pesos y los indispusieron, sino que además y como efecto colateral, indujeron a que no se constituyesen nuevos depósitos en moneda extranjera dentro del sistema financiero, lo cual era una lógica y previsible consecuencia, vista la forma y el fondo que esas normas contenían, las cuales no generaban otra sensación, que la de dejar en claro que el gobierno entendía que tenía facultades suficientes para convertir forzosamente a cualquier operación económica pactada en moneda extranjera por moneda nacional, y además, poder establecer el tipo de cambio que artificialmente dispusiese al efecto.

Adjuntamos un cuadro estadístico, con información del Banco Central de la República Argentina, donde se describe la evolución de los depósitos totales en el sistema financiero en dólares desde enero de 2001 y hasta fin de marzo de 2002.

Información Banco Central de la República Argentina	
Distribución de los Recursos Monetarios	
Recursos Monetarios de los particulares en moneda extranjera	
Año 2001	Total de depósitos en moneda extranjera en bancos *
Enero	U\$S 48.553.076.000
Febrero	U\$S 48.587.381.000
Marzo	U\$S 47.813.698.000
Abril	U\$S 47.842.987.000
Mayo	U\$S 48.916.562.000
Junio	U\$S 49.070.862.000
Julio	U\$S 46.619.673.000
Agosto	U\$S 45.318.131.000
Septiembre	U\$S 46.818.493.000
Octubre	U\$S 46.520.759.000
Noviembre	U\$S 44.559.072.000
Diciembre	U\$S 44.245.872.000
Año 2002	
Enero	U\$S 15.590.657.000
Febrero	U\$S 763.000.000
Marzo	U\$S 617.915.000

Los totales de depósitos de cada mes incluyen depósitos a la vista en dólares, cajas de ahorro y plazos fijos en dólares, otros depósitos en dólares y recursos devengados sobre depósitos en dólares. Todo lo cual permite

comprender la brutal caída que generó la pesificación, sobre imposiciones bancarias dentro del sistema financiero.

La segunda reflexión que debe tenerse presente, es que luego del transcurso de 5 años ya habían vencido los plazos de reprogramación, y, consecuentemente, había cesado la indisponibilidad que pesó sobre tales depósitos.

Pero más allá de que no estábamos en un escenario de alto conflicto, y que la indisponibilidad sobre los depósitos había cesado, la Corte Suprema tenía que establecer si la pesificación de los depósitos bancarios efectuados en dólares era o no constitucional.

En lo que respecta a nuestra investigación, resulta indispensable dejar en claro que nuestro máximo tribunal dictó sentencia a favor de la pesificación y no objeto la indisponibilidad de los fondos que los depositantes habían padecido como consecuencia de dicha normativa.

Desde ya adelantamos que, en nuestra opinión, resulta un craso error pensar que las modificaciones que impuso la Corte sobre las variables de la pesificación tornaron intrascendente que el sistema fuera constitucional o inconstitucional.

Ello, toda vez que el poder judicial tenía la obligación de resolver sobre la constitucionalidad de las normas de pesificación, porque el fallo que dictase sería un precedente de esencial importancia para el futuro de la Argentina, toda vez que, en una futura crisis económica, monetaria o financiera, el gobierno de turno se guiará por los precedentes que hubiese dictado la justicia ante crisis del pasado, para saber hasta dónde puede afectar derechos constitucionales.

Pero ¿Qué resolvió exactamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Massa”?

Se trata de una sentencia que describe en 23 considerandos, los antecedentes del asunto, la opinión de la Corte sobre la crisis del año 2002, a la cual la ubica a fines del año 2001, para luego analizar la normativa de pesificación e indisponibilidad de los depósitos, explicando que ya no pesan sobre ella la indisponibilidad, visto que la reprogramación dispuesta por el gobierno había concluido.

Dentro de este contexto, resulta interesante resaltar que esa sentencia expresa:

Que a partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país que no sólo afectó a las relaciones económico-financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser conocida, y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de esa crisis. (CSJN, Fallos: 329:5913, Considerando 6)

En realidad, nos llama la atención este considerando, porque vemos que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que las causas que generaron la normativa de pesificación e indisponibilidad de depósitos tuvieron la entidad de ser una crisis nunca antes vista en su historia, y pese a ello, tardó cinco años en dictar sentencia sobre este tema en particular.

Esta sentencia, también explica que los miembros del máximo tribunal debieron aunar esfuerzos para dictar una sentencia sin disidencias, pero no explica los motivos que hacían necesaria tal búsqueda.

Sorprendentemente, en “Massa”, la Corte deja sin efecto todas las consideraciones que había expuesto en “Bustos”, salvo la más importantes y nociva contra el derecho de propiedad, como es reconocerle al Estado la facultad de poder convertir forzosamente obligaciones pactadas en moneda extranjera, en obligaciones de dar sumas en moneda nacional a una relación de cambio arbitraria.

Luego de ello, el fallo “Massa” procede, en primer lugar, a asumir un rol legislativo, visto que modifica la normativa de pesificación, aumentando la tasa de interés que ésta disponía, y luego de ello, le fija un tope a la liquidación que ahora generaba la normativa, hasta la cantidad de pesos necesarios para adquirir la misma cantidad de dólares que el actor tenía al momento de haber constituido la imposición bancaria.

El artilugio que utilizó la Corte para fijar ese límite a la propia normativa que había creado en el fallo “Massa”, lo fundó en que: “El reconocimiento de tal derecho lo es, en su caso, con el límite pecuniario que resulta de lo decidido por la cámara, en tanto su sentencia no ha sido apelada por la actora”.

La Corte omite en su sentencia decir que el actor obviamente no había recurrido la sentencia de la Cámara, porque ésta le había reconocido su demanda y consecuentemente no había agravio del cual quejarse.

En síntesis, “Massa” revoca la sentencia de Cámara, declara constitucional la pesificación de los depósitos bancarios, luego de haber asumido facultades de legislador y modificar la normativa sobre la que debía dictar sentencia, limita la liquidación en pesos que arroje la normativa, ahora modificada hasta el depósito originalmente constituido por el actor e impone las costas en el orden causado.

Dentro de esa sentencia, y más allá que todos sus miembros votaron el fallo descripto, destacamos que los Dres. Carlos S. Fayt, y la Dra. Carmen M. Argibay, lo hicieron con su propio voto y el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, amplió sus fundamentos.

A los fines de nuestra investigación, trataremos algunos pasajes del voto de la Dra. Argibay, porque todos ellos parecen dirigirse hacia la declaración de la inconstitucionalidad de la normativa de pesificación e indisponibilidad de los depósitos bancarios, y pese a ello, termina votando como lo hacen los demás miembros de la Corte Suprema de Justicia.

El voto de la Dra. Argibay analiza en primer lugar el cuestionamiento que se ha dirigido contra el artículo 2° del decreto 214 referido a la restricción que pesa sobre el presidente para emitir leyes.

En ese sentido, la Dra. Argibay recuerda que el artículo 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo en los casos de excepción que los párrafos siguientes de la misma previsión constitucional prevén.

La Dra. Argibay continúa su voto recordando que se encuentra fuera de toda discusión que el decreto 214/2002 fue dictado bajo las premisas del artículo 99.3 de la Constitución Nacional, y también está fuera de cualquier discusión que luego de dictado el decreto 214/2002, se omitió completamente el procedimiento legislativo previsto en el tercer párrafo y que, por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso.

Este razonamiento lleva a la Dra. Argibay a entender que, no habiéndose cumplido el procedimiento propio de la excepción, el decreto 214/2002 debe reputarse dictado en trasgresión al principio general establecido en el artículo 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

El otro motivo que desarrolla en su voto la Dra. Argibay radica, en que al impedir el cumplimiento de las obligaciones que los bancos tenían hacia los

titulares de depósitos, se ha privado a los depositantes de su derecho de propiedad y vulnerado así la garantía establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

En relación con esta segunda objeción, el voto de la Dra. Argibay recalca que es de suma importancia tener presente la respuesta que el miembro informante, diputado Jorge Rubén Matzkin, dio al requerimiento del diputado Cappelleri, sobre la interpretación que la comisión respectiva daba al texto del último párrafo del artículo 6º de la ley 25.561, al expresar que el objetivo central del párrafo es ratificar, mediante una ley, la voluntad del Congreso en el sentido de que esos depósitos serán devueltos en la moneda en que fueron hechos (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, correspondiente al 5 de enero de 2002).

Consecuentemente, el decreto 214/2002 contradice en forma expresa la disposición que sobre la materia había dispuesto el mismo Congreso de la Nación.

También este voto entiende como inaceptable la tardía ratificación que el Congreso, casi tres años más tarde y mediante un artículo incluido en la ley de presupuesto 25.967 y sin mayor debate, le otorgó al decreto 214/2002.

El voto de la Dra. Argibay también analiza los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *Perry v. United States* – 294 US 330 y *U.S. v. Bankers Trust Co.*- 294 US 240, que como hemos visto en el capítulo anterior, convalidaron la derogación de la convertibilidad oro del dólar en la década de 1930.

Efectivamente, la Dra. Argibay en su voto expresa que, en su opinión, nuestra Corte ha interpretado de modo erróneo ambos precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos, y lo explica diciendo:

La corte norteamericana no tuvo como fundamento central la conveniencia económica de las medidas tomadas por los otros dos poderes, sino que la ratio decidendi se apoyó en la declaración emitida por el Congreso (Joint Resolution, de fecha 5 de junio de 1933) de que el cumplimiento de las cláusulas contractuales de ajuste, en función de la cotización del oro, interferían directamente en el ejercicio de las atribuciones constitucionales de ese cuerpo para establecer la moneda y fijar su valor. (CSJN, Fallos: 329:5913, voto en disidencia de la Dra. Argibay, Considerando 9)

Para terminar su pensamiento sobre este asunto, aclara que nuestro Poder Legislativo, en enero de 2002, no sólo no emitió ninguna resolución semejante que avalara la interferencia del presidente en los contratos de depósito bancario, sino que, por el contrario, dictó la ley 25.561 que, como hemos visto, ordenó preservar el capital de los ahorristas.

En síntesis, el voto de la Dra. Argibay entiende que la demanda de amparo promovida es procedente en lo que respecta a la inmediata restitución por el banco demandado de la cantidad de dólares depositados o la de pesos necesarios para adquirir esos dólares al tipo de cambio vendedor que corresponda a la fecha del efectivo pago.

Pese a toda la claridad con la que funda su voto, la Dra. Argibay termina fallando a favor de la constitucionalidad de la normativa pesificadora, acompañando de ese modo, al voto de los demás ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Concluimos este punto, aclarando que la ampliación de fundamentos del Dr. Lorenzetti, no forman parte de nuestro análisis, por ser insustanciales en relación con el objeto de nuestra investigación.

In Re “Kujarchuk” (Fallos 330:3680)

Luego del dictado de la sentencia en los autos “Massa”, la Corte comenzó a resolver la decena de miles de causas que estaban pendientes de resolución por causas análogas, y a medida que los actores se notificaban de las mismas, practicaban liquidación para poder recuperar en pesos los dólares que habían depositado en los bancos.

Lamentablemente, hubo diversas interpretaciones que adoptaban los beneficiarios de esas sentencias, y por ende sus liquidaciones generaban nuevas discusiones con los bancos.

Esta situación obligó a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidiese dictar una sentencia que aclarase en forma definitiva el procedimiento que debía seguirse para practicar la liquidación de conformidad con lo que se encontraba resuelto en In Re “Massa”.

Ese fallo fue dictado el 28 de agosto de 2007 en los autos caratulados “Kujarchuk, Pablo Felipe c/ P.E.N. Ley 25.561 Dtos. 1570/01 y 214/02 s/ Amparo Ley 16.986”.

En esta sentencia, la Corte manifiesta que la solución adoptada en "Massa" se fundó en una interpretación de la normativa de emergencia referente a los depósitos bancarios, que tuvo especialmente en cuenta el propósito enunciado en el art. 6° de la ley 25.561, en lo atinente a la preservación del capital perteneciente a los ahorristas.

Luego de ello y en su considerando 7° explica didácticamente, cómo deben ser restituidos Dólares Diez Mil, para el caso de un depósito bancario.

Y reitera, que a la luz del alcance que asignó a tales normas, refiriéndose a la facultad legislativa que se arrogó la Corte al momento de modificar la tasa de interés de la normativa de pesificación, su aplicación no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora, en tanto le permite obtener una suma expresada en pesos que cubre íntegramente el valor de los dólares depositados.

Nuevamente la Dra. Argibay vota acompañando la decisión de los demás de la Corte, pero con sus propios fundamentos, en los cuales resalta que, a su criterio, el art. 2 del decreto 214/02 resultaba inconstitucional en tanto constituía una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el artículo 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, mediante la cual se ocasionó una manifiesta privación de la propiedad.

Concluimos el desarrollo de este precedente, simulando bajo su regla, el cálculo para una liquidación al 31 de julio de 2008, de dólares diez mil y en donde se hubiesen cobrado dólares cinco mil durante la sustanciación del juicio.

Depósito original	U\$S 10.000
Conversión a pesos por TC \$ 1,40	\$ 14.000
Ajuste CER del 31 de julio de 2008	\$ 30.336,60 (14.000 X 2,1669)
Tasa de interés (4% anual) = 6 años y 5 meses = 25,66%)	\$ 7.784,37
Total	\$ 38.120,97
Tipo de Cambio al 31/07/2008	\$ 3,05 por cada dólar
Conversión importe original de U\$S 10.000 al TC 3,05	\$ 30.500 (Límite de la liquidación)
Cobrado en ejecución de sentencia	U\$S 5.000
Saldo a cobrar en pesos	\$ 15.250 (U\$S 5000 X 3,05)

La simulación practicada, deja en claro que la liquidación de los dólares originales convertidos con el coeficiente de estabilización de referencia, CER, y con la adición de la tasa de interés del 4% anual, genera más cantidad de pesos que los necesarios para poder adquirir la cantidad de dólares originarios.

Por ello, la liquidación queda limitada a la cantidad de pesos que sean necesarios para adquirir, en el mercado oficial de cambios, los dólares originales, en este caso, a \$ 30.500, de los cuales, hemos simulado que durante el proceso judicial hubiese logrado recuperar la mitad de sus ahorros, por ello, solo podrá exigir al banco el otro 50% en pesos, es decir y en este caso, la cantidad de \$ 15.250.

12.8. Los demás fallos sobre pesificación

Si bien los depósitos bancarios constituidos originalmente en dólares formaron el núcleo más voluminoso, dentro de las obligaciones que fueran pesificadas y reprogramadas, la Corte Suprema de Justicia también debió resolver la pesificación que recayó sobre otras relaciones jurídicas.

Consecuentemente, dentro de este punto, en forma resumida, desarrollaremos los casos más relevantes que formaron jurisprudencia en relación a la pesificación.

12.8.1. EMM S.R.L. c/ Tia S.A. s/ ordinario s/ Incidente de medidas cautelares, Fallos: 330:971.

En estos actuados, se discutía la aplicación de la normativa de pesificación y reprogramación sobre un depósito judicial constituido en moneda extranjera.

El actor había accionado contra las normas de pesificación, agregando en este caso, la especial característica de ser un depósito judicial, y por ello su planteo fue sustanciado dentro del fuero donde se había ordenado el mencionado depósito, es decir, fuero comercial.

Dentro de esa competencia, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la decisión de la anterior instancia en virtud de la cual se ordenó al Banco de la Ciudad de Buenos Aires que mantuviese en dólares estadounidenses los fondos depositados en la cuenta abierta en esas

actuaciones, que se encontraban invertidos en un plazo fijo a treinta días renovable automáticamente.

El banco judicial depositario de esos fondos era el banco de la Ciudad de Buenos Aires, quien se presentó en el pleito y adujo que la decisión que habían adoptado las instancias anteriores estaba vulnerando sus garantías al debido proceso, defensa en juicio, etc., visto que era ajeno al juicio, pero recibía sus consecuencias.

Así las cosas, con fecha 20 de marzo de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió este juicio estableciendo que dado el tiempo transcurrido sin que se haya establecido un criterio que decida el aspecto sustancial de las múltiples controversias suscitadas respecto de la situación de los depósitos judiciales constituidos en dólares -frente al dictado del decreto 214/02 y demás normas de emergencia- resulta adecuado, más allá de la apreciación efectuada en un precedente en el que se dejó sin efecto lo resuelto por la cámara en los términos de la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias, pronunciarse concretamente sobre la cuestión de fondo, estableciendo un criterio sobre la inteligencia de las normas de naturaleza federal que se encuentran en debate.

Si el Banco de la Ciudad de Buenos Aires hizo uso de su derecho de defensa a través de sucesivas presentaciones, las que fueron debidamente sustanciadas, se encuentra garantizado su derecho de defensa y resulta por lo tanto inexistente la planteada violación al art. 18 de la Constitución Nacional. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

La constitucionalidad de la regla general de la pesificación significa que el Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional), interpretación que está avalada, no sólo por la dogmática sino también porque lo contrario traería secuelas institucionales gravísimas, lo cual se apartaría del canon interpretativo que obliga a ponderar las consecuencias que derivan de las decisiones judiciales.

En ese sentido, nuestro máximo tribunal también expresó que son los jueces quienes deben resolver el destino de los fondos, sin injerencia de ninguna otra autoridad.

También la Corte recordó en este fallo que la emergencia no crea poderes inexistentes, y su ejercicio debe ajustarse a los límites que señala la Carta Magna cuando protege la propiedad, el contrato y la división de poderes.

Un concepto de interés para nuestra investigación fue el expresado por nuestro máximo tribunal, al manifestar:

No es razonable que quien ha disputado un bien en un pleito, se vea perjudicado por una decisión en la que no participó, por riesgos que no negoció, compartiendo una pérdida con un banco que no eligió. En cambio, es racional que una entidad bancaria, que acepta celebrar con el Poder Judicial un vínculo para la custodia de bienes sometidos a litigio, conociendo de antemano los riesgos que asume, deba soportarlos. No se trata de una relación de buen samaritano sino de un contrato con vínculo que le acarrea beneficios contra la asunción de riesgos. El banco, que debe comportarse como un profesional racional y razonable, debe considerar que tiene un vínculo de larga duración, y que si bien puede haber períodos de pérdida, éstos se compensan largamente con otros de grandes beneficios (CSJN, Fallos: 330:971, Considerando 11)

Destacamos este punto del fallo, porque en realidad, la Corte tenía la obligación de determinar si el decreto 214/02 y sus normas complementarias eran conformes con la Constitución Nacional, y no, establecer si su constitucionalidad derivaba de la voluntariedad u obligatoriedad, al momento de constituir un depósito.

También tiene importancia dejar en claro, que, en relación con la constitucionalidad de esa normativa, también resultan intrascendentes las demás características que menciona el fallo.

Porque, ¿Qué importancia tienen los riesgos que no negoció o compartir pérdidas con un banco que no eligió?, ello, visto que cualquier banco que hubiese elegido habría sido alcanzado por las normas de pesificación y reprogramación y tampoco estamos en presencia de un problema de solvencia, en síntesis, el problema no se suscitó porque un banco haya sido suspendido o liquidado.

En relación con este punto, tiene importancia aclarar que este fallo tuvo la disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco, que no diferenció este tipo de depósitos judicial con los demás y consecuentemente, entendió que el decreto 214/02 contiene dos normas que específicamente se refieren a los depósitos en moneda extranjera constituidos en el sistema financiero: la primera es la establecida en su art. 2° que establece su conversión a pesos, a razón de un peso con cuarenta centavos por cada dólar estadounidense y no puede haber ninguna

duda en cuanto a que tal conversión de la moneda es aplicable también a los fondos constituidos a la orden de un juez.

Más allá de la disidencia de voto de la Dra. Highton de Nolasco, la Corte resolvió que los depósitos judiciales estaban dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Judicial y que, por lo tanto, ni el Poder Ejecutivo, ni el Congreso, tenían facultades para intervenir en esas cuestiones, por lo que confirmó la sentencia que había dictado la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, rechazó el planteo del Banco Ciudad e impuso las costas por su orden.

En síntesis, la pesificación y reprogramación de los depósitos bancarios no era aplicable para todas las situaciones, los depósitos sujetos a orden judicial estaban exentos de la misma.

12.8.2. Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria. Fallos: 330:855.

Este asunto resolvió la disputa que había generado la pesificación sobre obligaciones pactadas en moneda extranjera, cuando la misma se había originado por un mutuo hipotecario.

Una característica esencial de este asunto fue que se trataba de una hipoteca constituida sobre vivienda única y familiar.

Los actores plantearon la inconstitucionalidad de la ley 25.561, del decreto 214/2002 y de sus disposiciones complementarias, afirmando que, al disponer la pesificación de las obligaciones pactadas originariamente en moneda extranjera, se alteraban las pautas contractuales acordadas libremente y se licuaba la deuda en detrimento de su parte.

Corresponde aclarar que, con posterioridad, el gobierno había dispuesto un mecanismo de sustitución del deudor hipotecario por parte de un fideicomiso que se administraba desde el Banco de la Nación Argentina y que se había constituido por ley 25.798 y por su modificatoria 25.908, todo ello reglamentado por el decreto 1284/2003.

Ese procedimiento, producía que el fideicomiso desinteresara al acreedor hipotecario mediante la entrega de bonos de la deuda pública y se subrogara en sus derechos contra el deudor, todo ello, sin que fuese necesario el consentimiento del acreedor.

Los actores en este juicio también plantearon la inconstitucionalidad de las leyes 25.798 y 25.908 y del decreto reglamentario 1284/2003. Adujeron que dichas normas creaban un privilegio indebido a favor de aquéllos; que se insistía en imponer compulsivamente la pesificación sustituyendo la persona del deudor sin su consentimiento, lo que traía aparejada la pérdida de la garantía hipotecaria y dejaba a su parte sujeta a los avatares económicos del Estado Nacional que en ese momento se encontraba en cesación de pagos.

Por el otro lado, los ejecutados solicitaron la pesificación de la deuda con aplicación del coeficiente de variación salarial por tratarse de su vivienda única y familiar, y luego de ello, la aplicación de la normativa de sustitución que preveían las leyes 25.798 y su modificatoria 25.908.

Este juicio tramitó por ante el fuero civil de la nación y la Sala C de dicha cámara de apelaciones, ésta confirmó la sentencia de primera instancia, la cual había rechazado el planteo de inconstitucionalidad de las normas sobre pesificación y dispuesto por aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido que el capital adeudado se calculase a razón de un peso por cada dólar, con más el 50% de la brecha entre \$ 1 y el valor de la divisa norteamericana según la cotización vigente a la fecha del pago, con más un interés del 12% anual por todo concepto.

Asimismo, confirmó la decisión del juez de primera instancia, referida a la declaración de inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria implementado por las leyes 25.798 y 25.908 y decreto reglamentario 1284/2003.

Los ejecutados presentaron recurso extraordinario contra tal decisorio, el cual fue rechazado y arribaron a la Corte Suprema por medio de un recurso de queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, dio curso favorable al recurso de hecho, y abrió el extraordinario que se había planteado.

Con fecha 15 de marzo de 2007, nuestro máximo tribunal dictó sentencia, en la cual, entre otras consideraciones entendió que la regla general es que las partes de una relación dentro del ámbito privado deben estar libres de la incumbencia gubernativa, aunque remarcó que ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos, en ese particular invocó los conceptos que ya hemos tratado en el precedente "*Munn v. State of Illinois*", 94 U.S. 113.

En “Rinaldi”, la Corte invoca los casos de “Bustos” y “Massa”, haciendo hincapié en que en ellos solo se juzgó la cuestión atinente a la emergencia y a la validez de las normas en materia de pesificación de los depósitos bancarios, pero sin pronunciarse sobre los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, cebrados entre particulares, en divisa extranjera y ajenos al sistema financiero, que fueron regulados de un modo diferente por las diversas previsiones de la normativa de emergencia y pesificación.

Para adoptar su decisión, la Corte se apoya en que el derecho al acceso a una vivienda digna, se encuentra previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y, también a que ello lo prevén que los artículos VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 16, inciso 3 y 25 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Sano José de Costa Rica, y 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas ellas conforme con la jerarquía que, a las convenciones internacionales ratificadas por ley del Congreso, les otorga nuestra Constitución luego de la reforma del año 1994.

Otro de los considerandos de esta sentencia, que resulta de interés para nuestra investigación, es el que expresa que la interpretación y eficacia de la cláusula del mutuo hipotecario -en cuanto establece que la parte deudora restituya dólares estadounidenses billete, asumiendo cualquier variación de cotización por abrupta e intempestiva que fuese y rechazando expresamente la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión y del abuso de derecho- debe ser examinada en el sentido de que dicha estipulación no acuerda derechos tan absolutos o que puedan jugar en menoscabo de uno de los contratantes cuando el cambio radical producido con relación al peso destruyó el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad con miras a proteger el interés general.

En conclusión, la Corte resolvió que era válido el Sistema de Refinanciación Hipotecaria creado por ley para proteger los derechos de quienes tomaron préstamos de hasta 100.000 dólares ofreciendo en garantía su vivienda única y familiar. Entendió que, ante una grave crisis económica, era razonable proteger preferentemente el derecho a la vivienda sobre la propiedad de los acreedores.

De este modo, la Corte revocó la sentencia en lo que respecta al modo en que debía calcularse el monto por el que progresa la ejecución y dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria, ordenando en consecuencia que se cumpla con el trámite que preveía la ley 26.167, todo ello, según voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Zaffaroni y Argibay, éstos tres últimos hicieron su propio voto, mientras que los Dres. Petracchi y Fayt no votaron.

12.8.3. Souto de Adler, Mercedes c/ Martorano, Marta Teresa. Fallos: 330:3593.

En este fallo, que también trata un mutuo hipotecario pactado entre particulares, tiene su distinción con “Rinaldi”, visto que, en este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó las normas de emergencia y pesificó la deuda hipotecaria pese a que la misma ya había sido reconocida en un juicio ejecutivo y estaba a punto de ser ejecutada a través de la subasta del inmueble, que aparentemente era la vivienda única del deudor.

Esto significa que, para nuestra Corte, la cosa juzgada, formal en los juicios ejecutivos y cuando se trata de la subasta de la vivienda única, no puede ser opuesta contra las normas de emergencia.

Este asunto había tramitado por ante el fuero civil nacional y la Sala E de la Cámara del fuero había resuelto modificar la sentencia de primera instancia, y declarar inaplicables las disposiciones de la ley 25.561 y sus complementarias, pues consideró que existía una obligación de pago en dólares reconocida judicialmente por sentencia firme, decisión que estaba amparada por el principio de cosa juzgada, además de que la mora se había producido con anterioridad a la entrada en vigor de las normas de emergencia.

El caso llegó a la Corte como consecuencia de un recurso de queja incoado por la ejecutada, y con fecha 14 de agosto de 2008, se dictó sentencia, que en lo sustantivo, adhirió a las consideraciones que ya habían sido expresadas en “Rinaldi”, entendiéndose que correspondía pesificar la deuda derivada de un préstamo hipotecario celebrado en dólares, pese la existencia de una obligación de pago -en esa moneda- reconocida judicialmente por sentencia firme y que el deudor haya incurrido en mora con anterioridad a la sanción de la normativa de emergencia, pues no resulta razonable interpretar que un pronunciamiento

dictado con anterioridad a la crisis -e incluso en pleno conflicto económico y social- se encuentre amparado por la cosa juzgada respecto de las normas que reconocieron y legislaron dicha emergencia en forma sobreviniente y que por tal motivo no fueron objeto de consideración por los jueces de la causa.

La Corte llega a esa consideración, luego de expresar que, si bien defienden la jerarquía constitucional de la cosa juzgada, entienden que ésta cede ante el derecho de la emergencia.

Efectivamente, la Corte entendió que no existía una afectación de derechos adquiridos cuando la aplicación de la nueva norma sólo comprende los efectos en curso de una relación jurídica, aun cuando haya nacido bajo el imperio de la ley antigua.

De ese modo, la sentencia desestimó el planteo de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de las disposiciones de emergencia basado en que mediaría una suerte de retroactividad respecto a prestaciones ya cumplidas o a situaciones que han surtido plenos efectos, pues las comprendidas aquí son las que están en curso de ejecución y quedaron pendientes de pago en plena crisis económica.

Este razonamiento de la Corte sobre la eficacia temporal de las leyes, no se ajusta exactamente a las previsiones que en aquel tiempo preveía el Código Civil, en su artículo 3, y tampoco a lo que indica el artículo 7 del CCyC, ambos contrarios a la retroactividad de las leyes, más allá de la aplicación a las supletorias, cuando éstas sean más favorables al consumidor, en las relaciones de consumo.

La Corte tampoco hizo lugar al planteo del ejecutante referido al incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para el ingreso al régimen de refinanciación hipotecaria o para la aplicación de la ley 26.167, tales como el destino del préstamo o la inexistencia de vivienda única y familiar.

Por ello, la Corte, con el voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, revocó el fallo apelado en cuanto declara la inaplicabilidad de la ley 25.561 y normas complementarias y asimismo, rechazó los planteos respecto del régimen de refinanciación hipotecaria previsto por las leyes 25.798 y 25.908 y el decreto reglamentario 1284/2003 y de la ley 26.167, formulados por la actora.

En síntesis, para el criterio de la Corte, no hay cosa juzgada que se pueda oponer a la normativa de emergencia, y por ello, en este caso, y pese a que el

actor tenía sentencia firme y la estaba ejecutando, le aplicó la misma solución de “Rinaldi”, y por ello ordenó que las obligaciones de pago de esta hipoteca se debían reajustar conforme al sistema de refinanciación hipotecaria previsto por las leyes 25.798, 25.908 y 26.167.

12.8.4. Mata Peña, José Rafael y otro c/ Estado Nacional y otro.
Fallos: 330:5111.

En este asunto, se discutió la pesificación que padecieron los activos subyacentes de un fondo común de inversión.

Si bien las impugnaciones de los actores también estaban dirigidas a las normas de pesificación y reprogramación, las características propias de estos vehículos de inversión le daban matices propios al reclamo.

Específicamente, la pretensión de los actores consistía en obtener, del banco depositario, la disponibilidad inmediata de la suma de U\$S 18.400 en la misma moneda y con sus rendimientos que colocaron en el fondo común de inversión FBA Ahorro Dólares, dirigido y administrado por Francés Administradora de Inversiones S.A. Gerente de Fondos Comunes de Inversión, con la actuación, en calidad de depositario, del Banco Francés S.A.

El asunto llegó a la Corte por recurso extraordinario concedido al Estado Nacional y a la entidad bancaria administradora del fondo, visto que la Cámara de Apelaciones había declarado la inconstitucionalidad de las normas de pesificación, en relación con los derechos de los amparistas.

La primera diferenciación que resaltó la Corte entre esta cuestión y los depósitos bancarios era que esta inversión difería de los depósitos efectuados en una entidad bancaria, pues, la Corte entendió, que se trataba de un negocio complejo, de riesgo y sujeto a una normativa específica, operación en la que el inversor se encuentra no sólo frente a la expectativa de obtener ganancias, sino también expuesto a tener que soportar pérdidas.

Otro elemento que la Corte que era distintivo en este asunto, fue la falta de legitimación activa de los actores para hacer ese reclamo de inconstitucionalidad.

Efectivamente, la sentencia resalta que los reclamantes no habían pedido a la sociedad gerente el "rescate" de su inversión en el sentido técnico de tal expresión, es decir, la entrega de un valor o suma de dinero representativa de su participación proporcional en los activos del fondo común según su valuación a la

fecha en que se lo solicita, de acuerdo con las pautas legales y reglamentarias y las que surjan del reglamento de gestión.

En esencia, esta relación entre los cuotapartistas, el banco depositario y la sociedad gerente, se rige por la ley 24.083 y sus disposiciones complementarias, y de acuerdo con ella, la sociedad gerente del fondo común de inversión era la que se encontraba legitimada para hacer un planteo de estas características y no lo había hecho.

Por lo expuesto, la Corte, al dictar sentencia en este asunto con fecha 11 de diciembre de 2007, destacó que quienes integran parte del activo del fondo común de inversión, no están legitimados para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas que pudieran afectar los depósitos que forman parte del activo de aquél, pues tal pretensión involucra el ejercicio de facultades de gestión reservadas por imperativo legal a la sociedad gerente, por lo que resulta incompatible con ese ordenamiento admitir el ejercicio de una acción individual con aptitud para alterar la composición del patrimonio común y afectar los derechos de los restantes cuotapartistas.

De conformidad con este razonamiento, la Corte revocó la sentencia, bajo los siguientes términos:

Que, por las razones expuestas, corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar la acción de amparo deducida, sin perjuicio del derecho de cada uno de los actores de ejercer el rescate de su participación en el fondo común de inversiones, según lo previsto por la ley 24.083 y disposiciones complementarias, y/o en su caso de intentar las acciones que estimen pertinentes. Por ello y, en lo pertinente, lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la acción de amparo en los términos indicados. Costas en todas las instancias por su orden, en razón de lo novedoso y complejo de la materia sobre la que versaron las actuaciones. (CSJN, Fallos: 330:5111, Parte resolutive)

Esta sentencia fue firmada por los ministros Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi (según su voto), Juan C. Maqueda (según su voto), E. Raúl Zaffaroni, Carmen M. Argibay (según su voto).

12.8.5. Longobardi Irene Gwendoline y Otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio SRL y Otro s/ Ejecución Hipotecaria. Fallos 330:5345.

Esta ejecución hipotecaria tiene la característica que se refería un mutuo superior a dólares 100.000 y, por lo tanto, fuera del ámbito de las leyes 25.798, y sus modificatorias 25.908 y 26.157.

Efectivamente, el 3 de diciembre de 1998, el deudor había tomado un préstamo con garantía hipotecaria por la suma de U\$S 392.000 con destino a la construcción de un colegio para enseñanza primaria y secundaria; y se obligó a devolverla en el plazo de un año con más un interés compensatorio del 18% anual, pagadero por mes vencido.

En garantía de ese mutuo, gravó con derecho real de hipoteca a favor de sus acreedores dos inmuebles de su propiedad.

Adicionalmente, con fecha 27 de enero de 1999, se amplió el préstamo en U\$S 58.000, que la deudora se comprometió a restituir en la misma fecha, condiciones y garantía real que el mutuo anterior.

Este juicio de ejecución hipotecaria tramitó por ante el fuero civil nacional, resolviendo el juez de 1° instancia la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 25.561 y de los arts. 1 y 8 del decreto 214/2002 y de las normas ampliatorias y complementarias, y por razones de estricta justicia conmutativa mandó llevar adelante la ejecución por el capital adeudado, calculado "a razón de un peso por cada dólar, más el 50% del valor que tuviere la divisa norteamericana según cotización del tipo vendedor en el mercado libre de cambio a la fecha del efectivo pago, con más los intereses cuya tasa se fijaría en la etapa de liquidación.

Dicho fallo fue apelado por la actora, y la Cámara de Apelaciones del fuero civil, Sala J, revocó la decisión del juez de 1° instancia y, en su lugar, dispuso, en el voto de la mayoría, que sólo quedaban comprendidas dentro del régimen de "pesificación" las obligaciones dinerarias expresadas en dólares estadounidenses que resultasen exigibles a partir del 6 de enero de 2002, fecha de promulgación de la ley 25.561, por lo cual quedaban excluidas las que a ese momento se encontrasen en mora o vencidas, motivo por el cual el crédito de los actores no resultaba afectado por esa normativa y correspondía condenar a la ejecutada a cancelar la deuda en la moneda convenida, difiriendo la cuestión atinente a los intereses para la etapa de liquidación definitiva, oportunidad en la que debían evaluarse las particulares circunstancias que se produjeron a partir de la sanción de las normas de emergencia.

Esa sentencia fue motivo de recurso extraordinario por parte de la vencida, el cual fue desestimado, circunstancia que hizo arribar esta cuestión a la Corte Suprema de Justicia por medio de un recurso directo.

Este asunto fue resuelto, con disidencias en el voto de 3 de sus miembros, y dentro del voto de la mayoría, uno de los principales argumentos fue que el carácter limitativo de las excepciones en los juicios ejecutivos, no puede llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio del derecho de defensa, lo que ocurriría si se privase al afectado por medidas derivadas de variaciones de política económica, de la posibilidad de alegar modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la mera aserción dogmática, ineficaz para excluir el examen de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos.

El Dr. Zaffaroni, quien acompañó el voto de la mayoría, entendió, por un lado, que los principios atinentes a la excesiva onerosidad sobreviniente son aplicables a los contratos que especifica el art. 1198 del Código Civil, dentro de los cuales se encuentra el mutuo, y además remarcó que, sin que implique desatender la entidad que el art. 617 del Código Civil le dispensa a las obligaciones en moneda extranjera, no puede desconocerse que las divisas extranjeras resultan objeto de transacción -incluso en mercados de futuro con muchos bienes-y es la modificación significativa que ha tenido la moneda nacional en su relación con aquéllas, fuera de todo parámetro de previsión, lo que revela la desproporción que cabe corregir con base en la teoría de la imprevisión y la equidad.

Con otro razonamiento, el Dr. Lorenzetti, uno de los miembros que votó en disidencia, entendió que la equidad, aplicada a quien solicita un préstamo de cuatrocientos cincuenta mil dólares (U\$S 450.000), y quiere devolverlo en pesos, cuando el valor de las cosas al momento del pago ha superado el valor del dólar, no puede tener otro significado que obligar a cumplir lo pactado.

Más contundente, al momento de argumentar a favor del cumplimiento contractual, fue el Dr. Fayt, visto que, uno de los fundamentos en los que basó su voto fue, bajo la comprensión de que la conversión en pesos de los créditos en moneda extranjera, permite que el mutuario-deudor de la obligación de devolver el mismo bien que le fue entregado, cumpla con ella, entregando un bien de valor

sensiblemente inferior, y de tal conversión obligatoria deviene una quita que resulta irremediabilmente confiscatoria.

En consonancia con el voto del Dr. Lorenzetti, la Dra. Arbibay, expresó:

Si una razonable reducción de los intereses y extensión del plazo de pago, decidida por los jueces en ejercicio de atribuciones de equidad y distribución del esfuerzo para la continuación del contrato (artículo 11, segundo párrafo, de la ley 25.561 y art. 1198 del Código Civil), fuesen insuficientes para paliar la situación del deudor, nada más puede hacerse a costa del derecho de propiedad del acreedor, sin violar la Constitución Nacional. Un auxilio más completo, si es considerado indispensable por el Congreso, debe provenir de otra fuente. (CSJN, Fallos: 330:5345, voto de la Dra. Argibay, Considerando 10)

Con fecha 18 de diciembre de 2007, nuestro máximo tribunal resolvió revocar el fallo apelado, y, por voto de los ministros Highton de Nolasco, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni, aplicando el principio del esfuerzo compartido, ordenó a los deudores:

Pagar a los acreedores la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia económica arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago. (CSJN, Fallos: 330:5345, Parte resolutive)

En disidencia, votaron los Dres. Lorenzetti, Fayt y Argibay, los dos primeros, ordenando el cumplimiento del mutuo hipotecario en las condiciones originales en cuanto a su capital, intereses y moneda de pago, y la dra. Arbibay, ordenando reenviar la causa con el fin de que se dicte un nuevo fallo de conformidad con los lineamientos, por ella expuestos.

Como lo hemos desarrollado, con este fallo, la Corte impuso, por voto de la mayoría, la jurisprudencia del esfuerzo compartido para aquellos mutuos hipotecarios que se encontraban fuera de las previsiones de la ley 25.798, y de sus modificatorias 25.908 y 26.167, tanto por el monto, como por no tratarse de vivienda única y familiar.

12.8.6. Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel y Otro s/ Ejecución Hipotecaria. Fallos: 331:1040.

Este juicio tramitó en el fuero civil nacional y tanto el juez de 1° instancia, como la Cámara de Apelaciones, Sala I, declararon la inconstitucionalidad de las disposiciones del art. 11 de la ley 25.561 (t.o. ley 25.820), del decreto 214/2002 y demás normas dictadas en la emergencia económica, basado en que el deudor había incurrido en mora con anterioridad al 6 de enero de 2002, modificando la alzada la tasa de intereses compensatorios y punitivos, reduciéndolos al 4% anual.

En ese estado y por medio de un recurso extraordinario planteado por el ejecutado, este asunto fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por sentencia que dictó con fecha 6 de mayo de 2008.

Esta causa, trata sobre un mutuo con garantía hipotecaria de dólares 180.000, por lo tanto, y visto el importe del mutuo, se encontraba entre el precedente “Rinaldi”, esto es, aquellos de importes inferiores a dólares 100.000 y “Longobardi”, que, como hemos visto, también fue resuelto por la Corte, y generó el precedente para mutuos hipotecarios por montos superiores a dólares 250.000.

Una de las cuestiones importantes que expresa la Corte en su sentencia es que el carácter limitativo de las excepciones en los juicios ejecutivos, no podría llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio del derecho de defensa, lo que ocurriría si se privase al afectado por esas medidas de la posibilidad de alegar las modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la mera aserción dogmática, ineficaz para excluir el examen de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos.

Por otro lado, la Corte también manifestó que mandar a los acreedores a que inicien un juicio ordinario posterior para solicitar el reajuste equitativo de la obligación de reintegrar una suma de dinero, generaría un dispendio de actividad jurisdiccional incompatible con el adecuado servicio de justicia, aparte de que implicaría mantener latente un conflicto que lleva años de duración, aumentaría la litigiosidad y generaría altísimos e innecesarios costos para ambas partes, objetivos ajenos a los que tuvieron en cuenta los poderes del Estado al momento de dictar las medidas de emergencia, ya que en esa oportunidad hicieron reiteradas alusiones al principio de equidad, a la necesidad de preservar la paz

social y a la intención de reordenar y dar certeza a las relaciones jurídicas concertadas entre los particulares.

Más allá de estas primeras consideraciones, la Corte no podía ignorar que este mutuo hipotecario, por su monto, no era elegible para que el Banco Nación cancelase con bonos esa deuda y se constituyese en su nuevo acreedor, conforme lo facultaba la ley 26.167, pero ello no fue óbice para que la sentencia entendiese que se debían seguir los parámetros que postulaba esa ley, en el sentido de establecer la distribución proporcional entre las partes de la carga patrimonial originada en la variación cambiaria, más allá que esa normativa contemplaba la situación de los deudores de vivienda única y familiar por un monto inferior en origen a los U\$S 100.000.

En virtud de lo expuesto, el voto mayoritario de la Corte entendió que la situación que se configura cuando el monto de la ejecución hipotecaria supera los U\$100.000 y resulta inferior a U\$250.000, tuvo un tratamiento por el legislador, que la ubica en un plano intermedio entre la que dio lugar a la causa "Rinaldi" y la que originó "Longobardi", de manera que las soluciones alcanzadas en una y otra no resultan plenamente trasladables por lo que solo pueden ser tenidas en cuenta como marco interpretativo de carácter general por haber sido elaboradas a partir de un elemento que sí resulta común, cual es la existencia de un mutuo hipotecario pesificado ajeno al sistema financiero.

Siguiendo ese razonamiento, el voto mayoritario de la Corte resolvió que correspondía ordenar un reajuste equitativo mediante la utilización de un porcentaje de distribución de la carga patrimonial generada por la variación cambiaria, que se ubique en una posición intermedia entre los definidos en "Rinaldi" y "Longobardi", habida cuenta del tratamiento diferencial dado por el legislador a las diferentes situaciones.

De ese modo, la Corte resolvió, por la mayoría que, hallándose en juego la vivienda única y familiar del deudor hipotecario por un crédito superior, en su origen, a U\$100.000 e inferior a los U\$250.000- el mutuo fue por U\$180.000-, el cálculo para un reajuste equitativo debería efectuarse transformando el capital a razón de un peso por dólar estadounidense más el 40% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio tipo vendedor del día en que corresponda efectuar el pago, al que deberán añadirse los intereses respecto de los cuales- tratándose de un

préstamo- resulta prudente establecer intereses comprensivos de moratorios y punitivos del orden del 7,5% anual no capitalizable desde la fecha en que se produjo, la mora y hasta su efectivo pago, salvo que la utilización del sistema de ajuste previsto en el art. 4° de la ley 25.713, aplicación del CVS del 1° de octubre de 2002 al 31 de marzo de 2004 más intereses pactados desde el 1° de octubre de 2002 o, según el caso, promedio de tasas vigentes durante 200, arroje un resultado superior.

Resulta de interés para la presente investigación, el considerando del voto del Sr. Zaffaroni, toda vez que se refiere a la posibilidad de revisión del contrato basado en motivos de imprevisión contractual, por la frustración de su finalidad o el uso abusivo del derecho.

En otro sentido, la Dra. Argibay al expresar su voto en disidencia, entendió que si una razonable reducción de los intereses y extensión del plazo de pago, decidida por los jueces en ejercicio de atribuciones de equidad y distribución del esfuerzo para la continuación del contrato fuesen insuficientes para paliar la situación del deudor, nada más puede hacerse a costa del derecho de propiedad del acreedor, sin violar la Constitución Nacional.

Más contractual aún, fue el voto en disidencia que emitió el Dr. Lorenzetti en este asunto, porque expresó:

El resguardo de la posición contractual del acreedor fortalece la seguridad jurídica y es una sólida base para la economía de mercado. La historia de los precedentes de esta Corte muestra que hubo una postura demasiado amplia respecto de las restricciones admisibles (ver la referida causa "Massa", ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti), que es necesario corregir porque sus efectos institucionales han sido devastadores. (CSJN, Fallos: 331:1040, voto del Dr. Lorenzetti, Considerando 19)

En concordancia con ese razonamiento, el voto en disidencia de Lorenzetti manda a llevar adelante la ejecución por la suma reclamada en su moneda de origen o monto que represente la suma de pesos necesaria para adquirir en el mercado libre de cambios -al día del efectivo pago- la cantidad de dólares estadounidenses que arroje la liquidación definitiva que deberá practicar la parte acreedora, con más los intereses pactados, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el efectivo pago.

En resumen, y como hemos visto, esta sentencia generó disparidad de criterios entre los miembros del tribunal, habiendo votado por la mayoría, los ministros Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petracchi (según su voto), Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni (según su voto), mientras que lo hicieron en disidencia, Carmen M. Argibay y Ricardo L. Lorenzetti.

12.8.7. Mexicana de Aviación S.A. de CV c/E.N. - Mº Defensa - FAA
dto. 577/02 s/amparo ley 16.986. Fallos: 331:1942

Este caso resulta interesante, porque el gobierno se ubicó en contra de la pesificación que él mismo había dictado, y la empresa Mexicana de Aviación S.A. de Capital Variable, a favor de ella.

Efectivamente, la actora de ese juicio demandó la inconstitucionalidad del decreto 577/02, visto que el mismo había dispuesto que las tasas aeroportuarias debían ser tributadas en dólares, ello, más allá de que el decreto disponía que las mismas podían ser abonadas en su equivalente en pesos considerando la cotización del dólar estadounidense según el tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al cierre de las operaciones del día hábil inmediato anterior al de su desembolso.

La impugnación, esencialmente se basaba en dos cuestiones, por un lado, la empresa de aviación entendía que ese decreto contradecía la expresa previsión del artículo 8 de la ley 25.561, toda vez que dicha norma ordenaba:

Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1)"

El otro motivo de impugnación era que el Poder Ejecutivo por medio de ese decreto, había dictado normas impositivas, y su ratificación por medio de otro decreto, éste último, el 1910/20 de Necesidad y Urgencia, en nada cambiaba su invalidez, visto que la Constitución Nacional, en su artículo 99, inciso 3, expresamente veda que el Presidente de la Nación pueda legislar en materia tributaria.

El juicio había tramitado en el fuero Contencioso Administrativo Federal, y la Sala IV de la Cámara de Apelaciones había declarado la inconstitucionalidad de dichos decretos.

Por vía de un Recurso Extraordinario, opuesto por el Estado Nacional y por la concesionaria de los Aeropuertos, este asunto llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con fecha 26 de agosto de 2008, nuestro máximo tribunal dictó sentencia, y por una mayoría de 4 votos contra 3, le otorgó razón al Estado Nacional y al concesionario aeroportuario, revocando la sentencia que hizo lugar al amparo deducido, pues la Corte entendió que tales normas no aparecen reñidas con las disposiciones del art. 8º de la ley 25.561.

Dentro de los considerandos del voto de la mayoría, se sostuvo que resultaba claro que el mantenimiento en pesos de precios y tarifas que preveía la ley 25.561, no alcanzaba a sectores de la economía que no se habían visto afectados por la crisis, como era el caso de las empresas cuya operatoria e ingresos son en moneda extranjera y en base a variables ajenas al mercado local.

También basó su razonamiento en criterios de equidad, porque el voto mayoritario de la Corte entendió, que era contrario al espíritu del legislador que sujetos obtengan un rédito económico directo de la aplicación de normas que tuvieron por objeto conjurar y paliar las consecuencias derivadas de la grave crisis que afrontó el país.

Asimismo, el voto mayoritario de la Corte se apoyó en decir que las denominadas tasas, en este asunto, en realidad revisten el carácter de precio por el uso que las empresas de aeronavegación hacen de las instalaciones aeroportuarias, siendo percibidas por la empresa concesionaria y regulados por el Estado Nacional sobre la base de criterios de oportunidad o conveniencia, su determinación no estaba sujeta al principio de legalidad en materia tributaria, por lo que el decreto 577/02 -en cuanto fijó en dólares tales tasas-, es el resultado del ejercicio de las atribuciones reconocidas al Poder Ejecutivo en las leyes 13.041 y 20.393 en las que se lo autorizó tanto a fijar contribuciones por servicios vinculados a los aeropuertos como a emplear una divisa internacionalmente aceptada como medio de pago de las tarifas.

Efectivamente, en ese sentido, el voto mayoritario de la Corte manifestó que el decreto 577/02 -y su ratificatorio 1910/02-, al aclarar que la totalidad de las

tasas aeronáuticas de los cuadros tarifarios vigentes, correspondientes a los vuelos internacionales, incluyendo los países limítrofes, eran en dólares estadounidenses no creó ni innovó en materia tributaria sino que tan sólo aclaró los criterios aplicables para su percepción, en ejercicio de las facultades que resultaban del marco jurídico vigente, de manera que no modificó aspectos sustanciales del tributo, pues, de ser así ello no hubiese tenido cabida conforme a la doctrina que surge del precedente "Selcro S.A" (Fallos 326:4251), según la cual ninguna carga puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones.

Muy distinto fue el parecer de los ministros que votaron en disidencia, confirmando el fallo de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo Federal.

El Dr. Fayt, al votar en disidencia, entendió que cabía asignarles naturaleza tributaria a las tasas aeroportuarias, razón por la que, entendió que cobraba vigencia el principio de legalidad vigente en la materia y contenido expresamente en el art. 17 de la Constitución Nacional, siendo el Congreso quien de manera exclusiva fije el tributo, resultando inválida toda delegación legislativa e inviable el dictado por el Ejecutivo de decretos de necesidad y urgencia en dicha materia.

En el mismo sentido, el Dr. Petracchi al fundar su voto en disidencia, manifestó que en relación con las disposiciones contenidas en los decretos 577/02 y 1910/02, que fijaron en dólares estadounidenses las tasas por servicios aeroportuarios correspondientes a vuelos internacionales, sobre la base de disponer una simple "aclaración" acerca de la moneda de pago y el tipo de cambio a utilizar para la conversión en pesos, entendió, que la aclaración, en realidad era una contradicción, visto que el gobierno desconoció las disposiciones de aquella ley y vulneró la valla impuesta por el principio de reserva, por lo que cabía confirmar la sentencia que hace lugar a la acción de amparo y declarar la invalidez de los mismos.

Finalmente, el último de los votos en disidencia fue pronunciado por la Dra. Argibay, quien entendió que los decretos 577/02 y 1910/02, en cuanto fijan en dólares las tasas aeroportuarias correspondientes a vuelos internacionales, en contradicción con lo establecido en la ley 25.561, deben ser invalidados, pues el primero de ellos no puede tomarse como una nueva fijación de aquellas tarifas

posterior a dicha ley, en uso de las atribuciones conferidas al Presidente por las leyes 13.041 y 20.393, cuya constitucionalidad no fue puesta en tela de juicio, sino que en lugar de fijar nuevas tarifas el decreto se limita a "aclarar" que ellas son en dólares, sin que se trate de un acto cuya finalidad sea la de restaurar el equilibrio económico de un contrato a partir de un análisis de los costos de producción de los servicios que se financian con la percepción de las tasas cuestionadas.

12.8.8. Benedetti, Estela Sara c/ Poder Ejecutivo Nacional. Fallos: 331:2006.

El penúltimo de los precedentes de nuestro máximo tribunal, que trataremos en esta investigación, es un caso donde se debaten los efectos de la pesificación sobre un contrato de renta vitalicia, pactado en dólares.

En este caso, con fecha 16 de septiembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia, por voto de la mayoría, dictó sentencias declarando la inconstitucionalidad del art. 8º del decreto 214/02, las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y normas concordantes en lo que a la modalidad de renta vitalicia previsional concierne, y confirmar la sentencia que admitió la disponibilidad en efectivo de los dólares estadounidenses que fueron pactados en origen mediante dicho contrato de seguro para derechohabientes por muerte del trabajador afiliado al régimen de capitalización, pues ante la indudable naturaleza previsional y el carácter aleatorio del contrato en examen, con la consiguiente responsabilidad asumida por la entidad aseguradora, resulta razonable que ésta última deba soportar las consecuencias del contrato en su condición original.

Para arribar a esa decisión, la Corte entendió que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece una protección operativa a las jubilaciones y pensiones que garantiza la adecuada relación del haber de pasividad con el nivel de ingresos laborales percibidos, principio que no puede ser ignorado mediante un mecanismo autorizado por ley, como una renta vitalicia previsional, ya que la aseguradora se obligó a asumir el pago de una prestación convenida, la que debió ser constante en el tiempo y garantizar una rentabilidad determinada.

En el mismo sentido, la Dra. Argibay, al emitir su voto, entendió que el deber de respetar la integridad del capital de un crédito es el límite que la Corte

ha impuesto al ejercicio de las atribuciones estatales de emergencia y que consiste en el deber de respetar la "sustancia" de los derechos, y ni la mayor o menor suerte de las inversiones que haya practicado el deudor con el capital recibido, ni la influencia que en ellas puedan haber tenido las regulaciones gubernamentales, o incluso la crisis que atravesó el país a principios de 2002, constituyen una razón válida para recortar los derechos que tiene el acreedor de la renta vitalicia, trasladándole un quebranto que forma parte del riesgo contractualmente asumido por el deudor.

En sentido contrario, los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco, sostuvieron que correspondía en este asunto preservar el valor de su prestación a través del tiempo, aplicando para ello, el principio del esfuerzo compartido, por lo que entendieron que correspondía convertir a pesos el importe originariamente pactado en moneda extranjera, a razón de un peso por dólar estadounidense más el 70% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, al tipo de cambio vendedor, del día en que corresponda efectuar cada pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia económica arroje un resultado superior.

En el mismo sentido se expresó el Dr. Petracchi, al momento de emitir su voto en disidencia.

En síntesis, en este juicio que se discutía los efectos de la normativa de pesificación, sobre un contrato de renta vitalicia pactado en dólares, que debía percibir mensualmente la derechohabiente, la Corte dictó sentencia declarando la inconstitucionalidad de la pesificación, con 4 votos a favor y 3 votos en disidencia.

12.8.9. Galli, H. G. y otro c/ PEN - Ley 25.561 - dtos 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley 25.561. Fallos: 328:690

Pese a que el objeto de este amparo fue el reclamo por la pesificación e incumplimiento de pago de título de la deuda pública, y que nuestra investigación se encuentra circunscripta al ámbito del derecho privado, procederemos a hacer una sintética referencia a este precedente, basado en su importancia, siempre pensando en el tema que nos ocupa y también, visto que el endeudamiento del sector público bajo la modalidad de emisión de deuda voluntaria y que fuera adquirida dentro del mercado de capitales, debe ser entendida como una

actuación del gobierno, aunque dentro del ámbito de las reglas del derecho privado.

Realizada esta previa aclaración, iniciaremos el tratamiento de este fallo diciendo que en el caso "Galli", la Corte resolvió que ante una situación de grave crisis económica, no se lo puede obligar al Estado a cumplir con sus obligaciones más allá de su capacidad financiera.

En consecuencia, la Corte decidió que los tenedores de bonos calificados de "elegibles" a los fines del canje de deuda del año 2005 que optaron por no adherir a la oferta estatal deberán aguardar hasta tanto el Gobierno regule su situación.

En síntesis, la Corte validó el proceder del gobierno referido a la pesificación y diferimiento del pago de la deuda pública, conforme lo ordenara el decreto presidencial 471/02 que dispuso, en lo que interesa, que los bonos de la deuda pública nacional en dólares vigentes al 3 de febrero de 2002 se convertirán a pesos 1,40 por cada dólar más el C.E.R. (Coeficiente de Estabilización de Referencia). A su vez, estableció una importante modificación en la tasa de interés: Siendo que estaba pactada entre un 8.75% y un 11.75%, la fijó en el 2%. En otras palabras, por medio de un decreto del Poder Ejecutivo se "pesificaron" los bonos en poder de los ahorristas y se redujo sustancialmente la tasa de interés pactada y se difirió su pago sin fecha prefijada para su oportuna atención.

Todo lo expuesto, afectó de forma sustantiva el derecho a la propiedad del amparista Galli, como también a los demás reclamantes por el pago de deuda pública, visto que a ellos también la Corte les replicó ese mismo criterio.

La Corte utilizó el precedente *In Re Brunicardi*, Fallos: 319:2886, aunque, a nuestro criterio, distorsionándolo en forma notoria.

Al solo efecto de dejar en claro las diferencias del caso *Brunicardi* con *Galli*, corresponde decir que, en el primer caso, nuestro máximo tribunal debió analizar la validez constitucional del decreto 772/86, por el cual se facultó al Ministerio de Economía a "prorrogar provisoriamente por ciento ochenta (180) días, a contar desde las respectivas fechas de vencimiento, las amortizaciones de capital que se produzcan a partir del 26 de mayo de 1986, correspondientes a los Bonos Nominativos en Dólares Estadounidenses (BONODS) y Títulos de la Deuda Pública Externa "*Promissory Notes*", emitidos de conformidad con los decretos 1334 y 1336 ambos del 16 de noviembre de 1982 y 1603 del 21 de diciembre de

1982 y la comunicación A 251 del Banco Central de la República Argentina de fecha 17 de noviembre de 1982.

El caso Brunicardi fue una obligación asumida por el Estado Nacional, bajo la modalidad de un acto de soberanía, que es la forma como califica la Corte a la decisión del Estado de asumir deudas ajenas, porque el gobierno no recibió dinero por dicha emisión y por lo tanto no integraban los recursos a los cuales se refiere el artículo 4 de la Constitución Nacional.

En Brunicardi, la Corte entendió válida la atribución del gobierno de prorrogar por pocos meses sus pagos, pero sin alterar la moneda pactada ni sus intereses, circunstancia muy diferente a la que se trataba en el caso Galli, en primer término, porque unilateralmente se cambiaba la moneda acordada y se reducía la tasa de interés, a lo cual se agregaba que Galli era un empréstito que integraba la previsión del artículo 4 de la Constitución Nacional, y en donde como colofón, se le imponía el diferimiento de pago de su capital e intereses, sin explicitar la fecha futura del pago.

En ese sentido, hemos dicho (2005):

Sin perjuicio del análisis más detallado que el caso merece a la luz de sus muchas contradicciones con la propia doctrina que había sentado la Corte en los casos "Tobar" y "Bustos", con los principios constitucionales que rigen el crédito público, con la doctrina de la emergencia y con la evolución de la doctrina internacional del endeudamiento de los Estados, todo lo cual justifica un análisis específico del caso "Galli", baste señalar en relación al asunto que venimos tratando que la invocación que allí se hace del precedente "Brunicardi" no se ajusta a la realidad. (p. 197)

En forma resumida, y refiriéndonos al caso Galli, diremos que el amparista y otro, invirtieron en diversos bonos emitidos por el Estado nacional que fueron afectados por la normativa de emergencia sancionada luego de la crisis desatada a fines diciembre de 2001.

Luego, aquellos títulos fueron incluidos como "elegibles" a los fines del canje de deuda efectivizado durante 2005, conforme lo establecieron la ley 25.827 y el decreto 1735/04. A su vez, el Congreso autorizó a diferir el pago de los servicios de la deuda pública del gobierno nacional hasta que el Poder Ejecutivo finalice su reestructuración.

Por último, se dictó la ley 26.017 que estableció que los bonos que no fueron presentados al canje, tal el caso de Galli, no podrían ser negociados después. Galli manifestó su voluntad de no adherir a esta oferta con el argumento de que la propuesta efectuada por el Estado Nacional implicaba una merma sustancial de su derecho de propiedad.

En razón de ello, los tenedores afectados iniciaron una acción de amparo contra el Estado Nacional exigiéndole que respetara la moneda original y la tasa de interés que se había pactado en la operación. Durante el transcurso del juicio manifestaron que no aceptarían las condiciones en las cuales el Gobierno proponía devolverles sus inversiones. Adujeron que las normas impugnadas restringían su derecho de propiedad dada la magnitud de la quita propuesta. A su vez, la disminución de la tasa de interés impactaba directamente en el monto total que percibirían en cada vencimiento.

En relación con la ley 26.017, la misma dio origen al dictado dentro de las leyes de presupuesto de cada año, del diferimientos del pago de la deuda y/o de sentencias por cobro de esos bonos, efectivamente, la normativa de diferimiento del pago de la deuda pública, establecía que la misma regiría "... hasta la finalización del proceso de reestructuración de la totalidad de la deuda pública", conforme lo establecía expresamente el artículo 40 de la ley 26.078, correspondiente al presupuesto del año 2006, la cual es concordante con las posteriores leyes de presupuesto.

Resulta importante destacar que esta previsión fue declarada válida por la Corte, pese a que a poco que se la analice, se notará que "eufemismo" de por medio, lo que el gobierno en mora quiere decir con esa normativa, es que nunca atendería su deuda en "default" o por lo menos no la pagaría salvo que le placiera y dicha conducta conlleva un sorprendente desprecio a específicas garantías constitucionales que protegen a los habitantes y sus patrimonios.

Efectivamente, pensemos que la norma habla de mantener el diferimiento hasta que se reestructure la totalidad de la deuda y si pensamos que dentro de esa totalidad se encuentran los bonos que por no haber ingresado en la reestructuración de la deuda están impedidos de ser atendidos por el dictado de la ley 26.017, descubriremos que el diferimiento que planteara el Estado era un liso y llano desconocimiento de su deuda en "Default", en otras palabras, una confiscación, conducta prohibida por la Constitución Nacional, especialmente en

lo que se refiere a los derechos que garantizan los artículos 14, 17 y concordantes de nuestra ley superior.

La relevancia de este caso reside en que fue el primero en que la Corte decide sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia que afectaron a los tenedores de Bonos de la deuda pública.

Si bien trata un supuesto diferente, esta sentencia puede insertarse dentro de la línea de decisiones en las que la Corte se pronunció a favor de la constitucionalidad de las normas sancionadas a partir de la crisis económica desatada a comienzos del año 2002, que significaron la pesificación de la economía en general y la restricción al retiro de depósitos bancarios.

Dentro del sintético análisis que hemos llevado adelante sobre este precedente, entendemos útil destacar que al habitual incumplidor solo se le prestará dinero a tasas más onerosas y bajo condiciones más desfavorables, a ese efecto, solo basta con pensar a qué tasas se ha endeudado nuestro país en la última década y bajo qué jurisdicción y competencia lo ha debido hacer para que fuese aceptado por el mercado de capitales mundial para captar nuevos recursos.

Con el fallo Galli, la Corte consolidó la jurisprudencia con la cual validó la constitucionalidad de la pesificación en general, tanto de los depósitos bancarios, como de otro tipo de contratos, todo lo cual ya hemos desarrollado en este capítulo, a lo cual nuestro tribunal superior agregó la improcedencia de los llamados amparos de segunda generación, esto es, aquellos reclamos que hicieron algunos ahorristas para recuperar la diferencia entre la cotización del dólar en el mercado libre y la oferta estatal de peso uno con cuarenta centavos por cada unidad de la divisa norteamericana.

Es cierto, que, en el caso de la deuda pública, la Corte fue más extrema, visto que además de la pesificación, confirmó la facultad del gobierno de diferir el pago de su deuda a su exclusivo criterio, lo cual incluye la posibilidad de que se transforme en un plazo sine die, siendo ésta la actual jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en materia de deuda pública.

12.9. Conclusión

Hemos visto a lo largo de estos dos últimos capítulos de la tesis, que tanto los precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, y los de

nuestra Corte Suprema de Justicia, que hemos analizado en este último capítulo, fueron dictados ante conflictos derivados de leyes de emergencia, las cuales alteraron las reglas contractuales que habían acordado dos partes dentro de un contrato privado.

Efectivamente, en “Ercolano”, la Corte dejó en claro que ningún derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto, visto que el Poder Legislativo tiene la misión de reglamentar dentro de ciertos límites, el ejercicio de los derechos que ella reconoce.

En “Avico”, la Corte avanza un poco más en la limitación del derecho de propiedad en tiempos de emergencia, y para ello recurrió al análisis de la razonabilidad de las medidas adoptadas, que en esa sentencia fueron dos, por un lado, la quita de los intereses, y por el otro lado, la espera de 3 años para poder cobrar el capital, y para ello desarrolló el principio del enriquecimiento o del empobrecimiento sin causa.

Como ya lo hemos expresado, en nuestra opinión, un avance sustantivo hacia la conformidad judicial sobre las medidas que dictase el gobierno para limitar o suspender el ejercicio del derecho de propiedad, basado en cuestiones de emergencia, fue la validación por parte de nuestro máximo tribunal, del decreto 36/90 en el caso “Peralta”.

Los demás fallos de la Corte que hemos analizado se refieren todos ellos a la pesificación dispuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 214/2002 y toda su normativa complementaria.

Hemos visto que la Corte Suprema de Justicia, con su anterior conformación, es decir antes de los juicios políticos y renunciaciones que se produjeron a partir del año 2005, había dictado dos fallos, ambos contrarios a la pesificación, nos referimos a “Smith” y “San Luis”.

También en este capítulo ha quedado claro que la Corte cambió su criterio luego de la asunción del Dr. Lorenzetti, como su presidente, y de los demás ministros que reemplazaron a los salientes.

Ciertamente, los casos “Cabrera” y “Bustos”, dejan en claro este cambio de opinión, más allá de que el último de estos dos asuntos nunca más pudo ser replicado en ninguno de las decenas de miles de asuntos similares que habían llegado a nuestro máximo tribunal.

No hay duda, de que la Corte buscó un lugar de equilibrio al momento de resolver “Massa”, visto que, pese a los considerandos en los votos de algunos ministros, como fue el tan crítico emitido por Dra. Argibay, todos los miembros votaron a favor de la pesificación de los depósitos bancarios.

Debemos recordar que, para ello, modificaron la norma que debían juzgar, es decir que, en primer término, se arrojaron facultades propias del Poder Legislativo, para luego y con la norma modificada, declararse a favor de la pesificación.

En ese momento, parecía que validar en esos nuevos términos a la pesificación o no hacerlo producía el mismo efecto, porque, en cualquier caso, el ahorrista recibiría la misma cantidad de dólares que había depositado o, alternativamente, la cantidad de pesos necesarios para poder adquirir esos mismos dólares en el mercado único y libre de cambios.

La pregunta que surge naturalmente es qué hubiese sucedido si esa sentencia hubiese tenido que aplicarse en épocas posteriores, es decir cuando en la Argentina el gobierno impuso restricciones a la libre compra de divisas, conocido vulgarmente como cepo cambiario, que generó diferencias entre el mercado oficial y el de la alternativa de comprar bonos públicos o acciones con cotización internacional, para liquidarlos en el exterior y obtener de ese modo dólares.

Tengamos presente que la diferencia cambiaria entre estas dos alternativas era superior al 60% y, obvio es decir que no era posible adquirir dólares en el mercado oficial, salvo pequeñas cantidades.

Esta circunstancia nos deja la enseñanza que el precedente “Massa” y su complementario “Kujarchuk”, parecieron soluciones ingeniosas, pero, generaron, por un lado, el precedente de que la Corte se arrogó facultades legislativas, sobre las cuestiones que debe juzgar, y por la otra, que la pesificación fue declarada constitucional y que la Corte no se expidió sobre la reprogramación de los depósitos.

Los demás fallos que hemos analizado sobre pesificación y que fueron dictados por la Corte, dejan a las claras, la diversidad de contratos que fueron afectados por esta normativa pesificadora, también demuestra que en “Rinaldi”, “Souto” y “Mata Peña”, no hubo votos en disidencia, aunque sí en alguno de ellos, miembros que no votaron, pero en todos los demás que analizamos, se

decidieron por 4 votos a favor y los demás votantes en disidencia, lo cual deja en claro que el tema de la forma de resolver en asuntos de pesificación, no ha sido un tema de consenso unánime dentro de los miembros de la Corte.

Así ocurrió en “Longobardi”, “Fecred”, “Mexicana de Aviación SA de CV”, “Benedetti”, todos ellos por contratos de distintos ámbitos, todos ellos resueltos con disidencias, todos ellos referidos a las normativas de pesificación.

Más allá de lo hasta aquí expresado, corresponde que mencionemos, que, en nuestra opinión, los jueces son el último baluarte que tiene toda comunidad para poder preservar la paz, y ante graves situaciones de emergencia, deben velar por el bien común, aunque para ello deba afectarse momentáneamente, el libre ejercicio del derecho de propiedad privada, pero en todos los casos, sin alterar su sustancia.

Justamente bajo esta premisa, es que decidimos incluir en forma muy resumida la jurisprudencia que nuestro máximo tribunal fijara en el caso Galli, toda vez que ella afectó a miles de acreedores particulares, que habían confiado sus ahorros a la República Argentina.

Concluimos este punto destacando que la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció con motivo de la pesificación, es la que impera aún en épocas de normalidad económica, y el CCyC lo deja en claro, vista la regla general que dispone el artículo 765 in fine, para las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Todo lo cual nos brinda importantes y claras bases para poder describir en el final de esta tesis, los resultados obtenidos, las conclusiones de esta investigación y nuestras recomendaciones.

Capítulo 13 - Marco metodológico

Iniciamos este capítulo explicando que según Hernández Sampieri (2006), debemos entender dentro de una investigación, a la o a las hipótesis, del siguiente modo:

Son las guías para una investigación o estudio. Las hipótesis indican lo que tratamos de probar y se definen como explicaciones tentativas del fenómeno investigado; deben ser formuladas a manera de proposiciones. De hecho, son respuestas provisionales a las preguntas de investigación. Cabe señalar que en nuestra vida cotidiana constantemente elaboramos hipótesis acerca de muchas cosas y luego indagamos su veracidad. Por ejemplo, establecemos una pregunta de investigación: "¿Le gustará a Ana?" y una hipótesis: "Le resultó atractivo a Ana". Esta hipótesis es una explicación tentativa y está formulada como proposición. Después investigamos si se acepta o se rechaza la hipótesis, al cortejar a Ana y observar el resultado obtenido. Las hipótesis son el centro, la medula o el eje del método deductivo cuantitativo. (p. 122)

Luego de haber determinado el concepto que hemos adoptado sobre la hipótesis, manifestamos que la Real Academia Española define al método, en su tercera y cuarta acepción, como: "Obra que enseña los elementos de una ciencia o arte", y "Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla".

Mientras que, a metodología, el mismo organismo del idioma la puntualiza en sus dos acepciones, como: "Ciencia del método" y como "Conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal de métodos".

Por lo tanto, debemos entender al marco metodológico, como aquel segmento que pertenece o que es relativo a la metodología de la ciencia o arte que se pretende investigar y/o enseñar.

Habiendo realizado esta primera explicación, queda claro que el marco metodológico está conformado por procedimientos que nos permitan construir la evidencia empírica, para lo cual es necesario que nos apoyemos en los paradigmas existentes.

Ello nos obliga a realizar la correcta elección de los métodos, técnicas, instrumentos, estrategias y procedimientos, porque el éxito de nuestra

investigación, obligadamente, se basa en la elección y el respeto del marco metodológico escogido.

En virtud de ello, podemos graficar el proceso para lograr nuevos conocimientos, con el siguiente cuadro:



Nuevos conocimientos o Principios Generales

(<http://manuelgalan.blogspot.com.ar/p/guia-metodologica-para-investigacion.html>)

En ese sentido, Tamayo y Tamayo (2003) define a la investigación como: “un proceso que, mediante la aplicación del método científico, procura obtener información relevante y fidedigna para entender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento”, (p. 37)

Por otra parte, Hernández Sampieri (2006), expresa sobre esta cuestión:

Una vez que se precisó el planteamiento del problema, se definió el alcance inicial de la investigación y se formularon las hipótesis (o no se establecieron debido a la naturaleza del estudio). El investigador debe visualizar la manera práctica y concreta de responder a las preguntas de investigación, además de cubrir los objetivos fijados. Esto implica seleccionar desarrollar uno o más diseños de investigación y aplicarlos al contexto particular de su estudio. El termino diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea. (p. 158)

Habiendo desarrollado el concepto de investigación, resulta importante exponer que existen dos clases de investigación posible, la experimental y la no experimental.

La clase experimental es aquella que construye la realidad o situación para poder experimentar con ella, mientras que la no experimental, solo analiza la realidad y observa la situación.

Luego de lo explicado, corresponde que informemos que, en esta tesis, llevamos adelante un tipo de diseño no experimental, toda vez que nuestra investigación observa y analiza la realidad normativa, sin llevar adelante acción alguna para evaluar su reacción o inacción.

Aclaremos que la investigación no experimental, debe entenderse como sistemática y empírica, en donde las variables independientes no se manipulan, porque ya han sucedido, y las inferencias sobre las relaciones entre variables se realizan sin intervención o influencia directa, observándolas tal y como se han dado en su contexto natural.

Por ello, el diseño elegido para este trabajo es el idóneo, toda vez que hemos interrelacionado todas sus unidades de análisis, buscando con ello, poder confirmar o desechar la hipótesis planteada.

Nuestra investigación no experimental, es de tipo longitudinal, porque hemos buscado datos a través del tiempo en función de determinadas variables, específicamente en relación con los conceptos de igualdad, derecho de propiedad, obligaciones, especialmente las acordadas en moneda extranjera, diferentes tipos de contratos, etc.

Asimismo, el proceso de investigación que llevamos adelante se compone de tres fases, las dos primeras se llevan adelante durante la recopilación, selección y revisión de la bibliografía y de las fuentes de información.

En la primera fase, se encuentran incluidas la determinación del problema y del objetivo a ser cumplido, y por ello, en esta etapa nos preguntamos ¿Qué se conoce del problema?

Luego de ello, establecemos los antecedentes del problema y los conocimientos y teorías que ya existen sobre el mismo, para luego determinar, definir y delimitar los aspectos que no han sido investigados.

A posteriori, pero siempre dentro de esta primera fase, se encuentra incluida la definición y formulación de los objetivos a cumplir.

La segunda fase incluye el marco teórico, lo cual conlleva la teoría, que contiene la hipótesis y las variables.

La tercera fase contiene el diseño metodológico, el cual responde a la pregunta ¿cómo se investiga?, siendo en nuestro caso, un diseño de tipo cuantitativo y cualitativo, utilizados bajo la modalidad de dos etapas.

Finalmente, se lleva adelante la ejecución, que se produce con la recolección de los datos, su presentación dentro de la investigación, su análisis e interpretación, para luego arribar a las conclusiones y recomendaciones.

Continuando con esta explicación, y teniendo presente que nuestra tesis, al ser de tipo no experimental, es de característica explicativa, a la cual debemos entender como aquella que orienta el proceso, no sólo a describir o hacer un mero acercamiento en torno a un fenómeno o hecho específico, sino que, además, busca establecer las causas que se encuentran detrás de éste.

En otras palabras, la investigación explicativa se basa principalmente en establecer el por qué y el para qué de un fenómeno, a fin de ampliar el ¿qué? de la investigación descriptiva y el ¿cómo? de la investigación explorativa.

De esta forma, lejos de definir o solamente describir, la investigación explicativa, dilucida el porqué de un fenómeno o hecho determinado.

En síntesis, este tipo de investigación tiene como objetivo encontrar las razones o causas que provocan ciertos eventos, sucesos o fenómenos.

Habiendo definido qué debemos entender por investigación explicativa, procedemos a decir que el diseño es una consecuencia directa del objetivo de la investigación, resulta importante señalar que las unidades que integran nuestro análisis son, la legislación, doctrina y jurisprudencia de algunos países, referido al tratamiento que les otorgan a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el derecho comparado de Estados Unidos de América, México, Uruguay y Paraguay.

Las mencionadas unidades de análisis han sido centradas en obtener y consultar bibliografía y distintas fuentes de información, que han sido útiles para poder llevar adelante nuestra investigación, porque hemos logrado extraer y recopilar de ella, la información relevante y necesaria.

Por supuesto, que la selección del material que hemos llevado adelante en este proceso ha sido selectiva, buscando con ella integrar nuestra investigación de una muestra completa del estado del arte que tiene el tema en estudio.

Téngase presente que cada año se publican innumerables artículos y otras publicaciones que nos obligan a seleccionar lo más relevante, sin descuidar las publicaciones más recientes.

Estas fuentes de información para la revisión de la bibliografía y las fuentes de información pueden ser calificadas en fuentes primarias, entendiéndose por éstas a los libros, artículos, monografías, tesis, documentos, trabajos de investigación presentados en conferencias, congresos o seminarios, etc.

Asimismo, la consulta sobre resúmenes publicados por algún área específica de conocimiento, como sucede en el caso de determinadas asociaciones académicas, puede ser identificada como fuente secundaria y cualquier otra información que pueda proceder de documentos, títulos de revistas y/o diarios, simposios, boletines, etc., deben ser identificadas como otras fuentes de información.

Por lo tanto, se trata de hacer una cuidadosa revisión de los estudios teóricos y prácticos que ya se han realizado y que tienen relación con el problema planteado por nuestra investigación

Esta revisión se debe hacer porque no existe campo del conocimiento, completamente nuevo o inexplorado. Todo estudio debe tomar elementos del pasado y reconocer lo que otras personas o investigadores han hecho. No realizar una exhaustiva revisión de la literatura conduce a errores graves y a desaprovechar la oportunidad de hacer un trabajo más original y metodológicamente más objetivo.

Por eso, el estudio de la bibliografía, la iniciamos directamente con la búsqueda y archivo de las fuentes primarias, a la cual luego adicionamos, algunas fuentes de información secundarias y también, de las identificadas como otras fuentes.

Estas unidades de análisis son parte sustantiva de la tesis porque nos permiten comparar las soluciones a las cuales ha arribado la Argentina ante la misma problemática. Por otro lado, las dos variables son el tratamiento otorgado por la legislación, doctrina y jurisprudencia de Argentina, y la legislación extranjera, en relación con las obligaciones pactadas en dar sumas de moneda extranjera, con el fin de establecer con claridad, sus coincidencias y diferencias.

En referencia con la jurisprudencia comparada, hemos seleccionado específicamente la de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, porque nuestro máximo tribunal utilizó varios precedentes del máximo tribunal de ese país para fundar las sentencias que dictó en relación con la emergencia y la pesificación.

También esta tesis desarrolla una apretada síntesis de la legislación, doctrina y jurisprudencia de la Argentina, lo cual nos permite confirmar la utilización de criterios equivalentes entre esos dos máximos tribunales, aunque no iguales, siendo importante para nuestra investigación resaltar sus coincidencias y diferencias, analizando la legislación imperante en cada país y la opinión de los doctrinarios.

En relación con las técnicas e instrumentos que utilizamos en nuestra investigación, resulta de interés manifestar, que, en relación con la posibilidad de utilizar en una misma investigación el abordaje cuantitativo y cualitativo, utilizados bajo la modalidad de dos etapas, Corbetta (2007) señala:

El debate entre investigación cuantitativa y cualitativa ha sufrido diversas vicisitudes: tras la viva y fructífera confrontación de los años veinte y treinta, cuando ambos criterios generaron ideas de gran valor y contribuyeron al avance de la disciplina, pensemos, sobre todo en el marco de la investigación cualitativa, en la denominada “escuela de Chicago”, el debate entró en una fase de latencia, con el dominio de los años cuarenta, cincuenta y sesenta, de la perspectiva cuantitativa. Durante todos estos años, la investigación cualitativa se consideró una especie de hija ilegítima de la ciencia social, y el etnógrafo apenas superaba la imagen de un buen periodista, negándosele la categoría de científico social. (p. 32)

Por lo expuesto, entendemos que ambas posturas contienen la misma legitimidad, aunque cada una tiene sus específicos enfoques para poder llevar adelante la investigación, y, por lo tanto, será el investigador quien resuelva en cada oportunidad el o los enfoques que mejor se ajustan a su trabajo

Luego de la explicación realizada, informamos que en primer término utilizaremos el abordaje cuantitativo, porque nos sirve como herramienta de interés introductorio, toda vez que nos permite analizar los datos de sumas involucradas, cantidad de reclamos judiciales o administrativos, cantidad de años, etc., todo ello dentro del campo de la estadística, para lo cual, hemos debido definirlos, limitarlos y saber exactamente donde se inició el problema, así como también, qué tipo de incidencia existe entre los elementos cuantitativos seleccionados.

En cuanto a las específicas técnicas cuantitativas que empleamos, ellas son: las estadísticas obtenidas del Poder Judicial, del Estado Nacional y del Banco Central de la República Argentina.

Después de haber tomado el conocimiento de los datos de información que nos brinda la metodología cuantitativa, pasamos al abordaje cualitativo, aclarando que utilizamos en esta tesis, la técnica de entrevistas en profundidad a diferentes estudiosos o magistrados, tanto locales, como oriundos de los países de México, Estados Unidos de América, Paraguay y Uruguay, buscando con ello comprender los criterios de solución que el poder judicial aplicó en la última crisis conocida en Argentina como Pesificación y cuál es la jurisprudencia que se generará con las nuevas previsiones del CCyC en relación con el asunto de esta investigación.

En cuanto a este tipo de abordaje, Monje Álvarez (2001), expresa:

Los investigadores cualitativos suelen evitar las muestras probalísticas, puesto que lo que buscamos son buenos informantes, es decir, personas informadas, lúcidas, reflexivas y dispuestas a hablar ampliamente con el investigador. Existen diversos diseños de muestreo no probalístico utilizados en los estudios naturalistas. (p. 129)

La herramienta explicada, se lleva adelante bajo la forma de entrevistas semi-estructuradas o focalizada, las cuales contienen puntos de referencia obligatorios para todas ellas, con el objetivo de que el entrevistado despliegue a lo largo de la conversación, elementos cognoscitivos, referidos a la información que él tenga sobre vivencias y experiencias, creencias, predisposiciones, orientaciones, deseos, motivaciones, expectativas, etc. en torno de los temas que integran la entrevista, la cual pretende lograr una conversación orientada a que, esta herramienta colabore a que se cumplan los objetivos de esta tesis de investigación. En relación con la técnica de observación indirecta, hemos realizado un importante estudio de material bibliográfico, de doctrina, de jurisprudencia y de legislación.

Asimismo, esta tesis utiliza como instrumentos, guía de pautas, y cuadros comparativos, para poder acreditar la relación de la jurisprudencia con la legislación imperante y también la evolución de la jurisprudencia dictada por nuestro máximo tribunal, en relación con el tema de nuestra investigación, la cual incluye a la correspondiente al primer quindenio del siglo XXI.

Dentro de esta investigación, es importante resaltar las coincidencias y diferencias que ha tenido la doctrina de nuestro máximo tribunal a lo largo del

tiempo que ha transcurrido desde los comienzos del siglo XX y hasta el presente, en relación con el tema que es de nuestro interés.

Por lo explicado, entendemos que el diseño elegido dentro de nuestro marco metodológico, es el idóneo para poder cumplir con los dos objetivos que toda investigación requiere, en primer término, porque nos ha permitido comprobar la hipótesis planteada en esta investigación y en segundo lugar, porque además, el diseño admite a que no solo nosotros podamos hacerlo, sino que también pueda alcanzar los mismos objetivos, cualquier otro pensador del derecho, que cuente con básicos conocimientos sobre metodología de investigación.

De acuerdo con todo lo manifestado, queda en claro que resulta indispensable para el éxito de toda tesis, que el investigador lleve adelante una correcta elección de los métodos, técnicas, instrumentos, estrategias y procedimientos, en resumen, que no se equivoque con el marco metodológico escogido.

Justamente por ello, resulta importante tener presente que a los hechos y a la realidad se la debe analizar siguiendo métodos científicos, y en ese sentido, Batthyány y Cabrera (2011), reflexionan del siguiente modo:

La realidad, en definitiva, no habla por sí sola. Necesita ser interrogada, organizada alrededor de los conceptos. Pero los conceptos son elaborados o reelaborados por el sujeto a partir de su herencia cultural y de su experiencia. Por eso tienen cierto carácter subjetivo. El ejercicio de la vigilancia epistemológica debe ser constante y tendiente a subordinar el uso de técnicas y conceptos a un examen continuo sobre las condiciones y los límites de su validez. La ruptura consiste en alejar de la ciencia la influencia de las nociones comunes, como manera de lograr la objetivación de las técnicas de investigación. Para esto es preciso realizar una crítica lógica y lexicológica del lenguaje común con el objeto de elaborar y reelaborar las nociones científicas. (p. 14)

Por todo lo expuesto, nuestra hipótesis de investigación es de constatación, ello es así, toda vez que la misma busca determinar si –constitucionalmente- es objetable la discriminación que hace el código civil y comercial de la Nación, al establecer una regla general a favor del deudor, cuando legisla sobre el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

Consecuentemente, la constatación es parte sustantiva en nuestra investigación, porque debemos poder acreditar adecuadamente, si nuestra hipótesis es falsa o verdadera, y ello lo debemos hacer mediante el relevamiento

y análisis de la ley, doctrina y jurisprudencia, a lo cual, adicionaremos entrevistas con guías de pautas y cuadros estadísticos.

En el caso de nuestra tesis, debemos partir desde lo conocido, es decir, constatar cuál es la forma en que la ley autoriza que se cumpla una obligación pactada en moneda extranjera, y si se dispone alguna diferencia en función a la calidad del sujeto obligado a su cumplimiento y/o basado en las circunstancias de cada obligación en particular.

Esto significa, que, para poder comprobar empíricamente la veracidad o falsedad de nuestra hipótesis, la misma debe establecer en forma clara y precisa, por un lado, el objeto que se investiga, es decir y en este caso, las formas de cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, pero haciendo hincapié en si esa obligación puede ser cumplida de forma diferente basada en la calidad del sujeto obligado y/o de las circunstancias, y de existir esa discriminación, si la misma es constitucional, pensando en los deudores y también en sus acreedores.

En ese sentido, Pájaro Huertas (2002), expresa:

La hipótesis por su esencia, comprende juicios problemáticos, es decir, juicios cuya veracidad o falsedad no ha sido demostrada aún; estos juicios problemáticos no han de ser conjeturas arbitrarias, su probabilidad debe estar argumentada por conocimientos anteriores ya demostrados. (¿Para qué Sirve una Hipótesis?, parr. 7)

En síntesis, buscamos explicar el régimen de las obligaciones pactadas en moneda extranjera previsto para los contratos y para sus obligaciones, todo ello, conforme lo dispone el régimen establecido por el Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994, para poder determinar la constitucionalidad de la discriminación que hace nuestro régimen normativo visto que ha dispuesto una regla general sobre cumplimiento alternativo, al momento de legislar sobre las obligaciones pactadas en moneda extranjera, la cual y como hemos explicado, no siempre es aplicable a todos los deudores en moneda extranjera, más allá de la diferencia de trato beneficioso que recibe el deudor de moneda extranjera, en perjuicio de su acreedor.

Capítulo 14 – Conclusiones y Recomendaciones

14.1. Conclusiones

En este punto del presente capítulo, incluiremos los resultados obtenidos y las conclusiones, separándolos en cada uno de los correspondientes capítulos, para su mejor identificación.

Habiendo realizado esta aclaración, pasamos a detallar resultados obtenidos y conclusiones.

Igualdad ante la Ley:

- Gracias al desarrollo que llevamos adelante en esta investigación, sobre diferentes civilizaciones y pensadores, hemos logrado arribar al resultado de que, pese a la evolución del hombre, desde la antigua Grecia y hasta la actualidad, en lo sustancial, el concepto de igualdad ante la ley, no ha variado en su esencia, entendiéndolo como el reconocimiento que la ley le otorga a los sujetos de derecho, en tanto y en cuanto ellos sean equivalentes y se encuentren ante las mismas circunstancias.
- Hemos acreditado que, a lo largo de la evolución del hombre, lo que sí ha variado es que cada vez más seres humanos son integrados como iguales, y que, para acelerar aún más esa tendencia, se han dictado normas que discriminan a favor de los grupos más débiles, buscando con ello, llegar más pronto a la igualdad ante la ley.
- La igualdad ante la ley, es un principio que otorga legitimidad al derecho, tanto en su origen, como en su ejercicio y en el fin que persigue.
- La teoría de Westen (1982), nos ha permitido poder afirmar, al disentir con ella, que la igualdad tiene contenido propio, y que es un principio rector y autónomo del derecho.

Derecho de Propiedad:

- Desde el mismo origen de la humanidad y hasta la actualidad, el derecho de propiedad es parte de la esencia del ser humano, y consecuentemente, de su preocupación.

- Platón y Sócrates mantuvieron divergencia sobre el alcance de la propiedad privada, pero ninguno de ellos negaba su existencia.
- Todos los pensadores incluidos en el capítulo de derecho de propiedad reconocen la existencia del derecho de propiedad, aunque tienen divergencias sobre su intensidad, alcance, y si se trata de un derecho natural o de una creación del hombre.
- El derecho de propiedad es una parte esencial de los derechos humanos y así lo prevén la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los derechos humanos, entre otros.
- Nuestra legislación le otorga jerarquía constitucional al derecho de propiedad, aunque sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que las palabras “libertad” y “propiedad”, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio, y que propiedad es extensible al dominio (Fallos: 145:307).
- La existencia del artículo 17 de la Constitución Nacional torna imposible que se desconozca el derecho de propiedad dentro de nuestro régimen legal.

Nociones generales de las obligaciones

- La obligación es una relación jurídica protegida, en la cual el acreedor tiene el derecho a exigirle a su deudor el cumplimiento de la prestación destinada a satisfacer un interés lícito, y en caso de incumplimiento, poder obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.
- El artículo 765 del CCyC establece, en su primer parte, que la obligación de dar dinero es una especie dentro del género de dar.
- La última parte del artículo 765 del CCyC dispone la extinción de una obligación pactada en moneda extranjera, si el deudor da el equivalente en moneda de curso legal.
- El artículo 766 del CCyC dispone que, para liberarse, el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.
- Cosa fungible se encuentra definida en el artículo 232 del CCyC, y el dinero es el típico ejemplo de cosa fungible, independientemente de que tenga o no curso legal dentro de la República Argentina.

- El reconocimiento que la ley le otorga al dinero como cosa fungible obliga a que el deudor deba cumplir reintegrando al deudor la misma cantidad de cosas de idéntica calidad y especie.
- La forma normal de extinción de una obligación es mediante el pago.
- Las otras formas de extinción de las obligaciones son la compensación, la confusión, la novación, la dación en pago, la renuncia y la remisión, la imposibilidad de cumplimiento, y la prescripción.
- La obligación pactada en moneda extranjera debe ser cancelada en la misma especie y cantidad.

Concepto y tipos de Contrato

- Aún bajo la vigencia del código de Vélez, la autonomía de la voluntad había comenzado a ceder ante las disposiciones legales que buscaban preservar el orden público y las buenas costumbres.
- La doctrina mayoritaria entendió que el contrato estaba en crisis, porque los principios que lo sustentaban bajo la concepción de Vélez habían sufrido importantes condicionamientos que mermaron el principio de la amplia autonomía de las partes celebrantes.
- La buena fe es el principio rector para la correcta interpretación de los contratos.
- El CCyC mantiene el principio vinculante y obligatorio que los contratos tienen para las partes.
- El CCyC dispone en su artículo 965 que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.
- El CCyC, bajo especiales circunstancias, les otorga la facultad a los jueces de poder inmiscuirse en los contratos entre particulares, para modificarlos, ya sea por petición de parte o de oficio.
- El CCyC introdujo, dentro de su regulación, a los contratos de consumo, con el objeto de otorgarles un mayor marco de protección al consumidor.
- Por la interpretación del artículo 1367 del CCyC, las obligaciones de restituir depósitos en moneda extranjera deben cumplirse en la misma especie.
- El artículo 868 del CCyC ratifica este concepto, visto que expresamente dispone: "El acreedor no está obligado a recibir, y el deudor no tiene

derecho a cumplir una prestación distinta de la debida, cualquiera sea su valor”.

Contrato de mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera.

- El deudor puede cancelar el mutuo hipotecario pactado en moneda extranjera, dando el equivalente en moneda de curso legal.
- La ley de Argentina prevé la ejecución del mutuo hipotecario por vía judicial y extrajudicial.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado constitucional la pesificación dispuesta por leyes de emergencia del año 2002.
- La Cámara Civil de la Nación (Sala F) ha resuelto que un deudor hipotecario puede cancelar su deuda pactada en dólares, dando a su acreedor lo pesos necesarios para que éste adquiera en el mercado bursátil bonos en dólares, que liquidados en Argentina o en el Exterior le permitan adquirir los dólares que se le adeudan.
- La ley 27.271, tempranamente modificó el CCyC, en sus artículos 2189 y 2210, el primero de ello regla la especialidad en cuanto al crédito, disponiendo que el monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito. El segundo extendió la duración de la inscripción de la hipoteca por el término de treinta y cinco años, si antes no se renueva.
- El último párrafo del artículo 765 del CCyC tiene plena vigencia al momento de interpretar la forma de extinción de los mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera entre particulares.

Contratos bancarios.

- Los contratos bancarios pertenecen a la categoría de los contratos de consumo, conforme lo disponen los artículos 1092, 1903 y 1384 del CCyC.
- La ley de defensa del consumidor es de plena aplicación a los contratos bancarios.
- Los bancos y entidades financieras tienen la expresa obligación de informar al consumidor los riesgos que tiene la contratación, sea ésta convencional o electrónica.

- En relación con los usuarios, los bancos y entidades financieras se encuentran muy próximos al factor de atribución objetivo, vistas las previsiones de los artículos 1721, 1723, 1757 y concordantes del CCyC.
- Los contratos bancarios requieren la necesaria supervisión estatal para regular la protección del débil jurídico, en este caso el cliente-consumidor, y restablecer de ese modo, el equilibrio de la relación, y así lo disponen el CCyC, la ley de defensa del consumidor, la ley de entidades financieras y las comunicaciones del Banco Central de la República Argentina.
- De conformidad con lo que disponen los artículos 1408 y 1409 del CCyC, tanto en los préstamos bancarios, como en los contratos de descuentos bancarios, el tomador del crédito está obligado a restituir el capital y los intereses en la moneda de la misma especie.

Contratos de Comercio Electrónico

- La tendencia doctrinal mayoritaria se inclina por ubicar a los contratos de comercio electrónico como parte del derecho internacional privado.
- El cumplimiento de la obligación de pago en los contratos de comercio electrónico sigue las reglas de cada caso en particular.
- La regla general del último párrafo del artículo 765 del CCyC es aplicable a los contratos de comercio electrónico, del mismo modo y con las mismas limitaciones que rige para los demás contratos.
- La firma es un requisito de los contratos y los de formato electrónico prevén la firma digital o electrónica.
- El CCyC tiene presente dentro de su articulado a los contratos electrónicos, especialmente cuando legisla las relaciones de consumo, los contratos bancarios y los contratos entre particulares con diferente domicilio al momento de la celebración.

Teoría de la imprevisión, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa.

- La teoría de la imprevisión no estaba prevista originariamente en el código de Vélez.
- Su introducción se materializó con la reforma al código de Vélez del año 1968.

- Para que proceda la teoría de la imprevisión, es necesario que estemos en presencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato.
- Se trata del mecanismo más común opuesto por el deudor de moneda extranjera, ante la aparición de cada alteración significativa de su obligación de pago.
- La doctrina mayoritariamente entiende que no es posible renunciar a lo que no pudo ser previsto.
- El artículo 1091 del CCyC establece que el deudor también puede pedir al juez por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato con motivo de la teoría de la imprevisión.
- El abuso de derecho está legislado en la parte preliminar del CCyC.
- Existe una relación entre la buena fe, el abuso de derecho en general y el abuso de posición dominante, toda vez que están legislados en tres artículos subsiguientes de la parte preliminar del CCyC.
- Existen dos formas posibles de ejercer el derecho, el ordinario y el extraordinario, siendo este último el que origina el abuso de derecho.
- El enriquecimiento sin causa debe ser identificado como un cuasicontrato.
- El código de Vélez no trató en forma expresa al enriquecimiento sin causa, aunque si lo tuvo presente en las notas de los artículos 43, 499, 784 y 2589.
- Por cuestiones de equidad, la justicia debió tener presente su existencia, luego de lo cual y vía jurisprudencia, desarrolló los elementos necesarios para poder identificarlo.
- El CCyC tiene expresamente prevista esta figura en su artículo 1794.
- El enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria y no debe derivar de un contrato o de una obligación legalmente asumida, porque en esos casos, resulta improcedente.
- La Teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa, han sido opuestas en obligaciones pactadas en moneda extranjera, ante la presencia de grandes desfases de las prestaciones, que se hayan generado por causas ajenas a las partes.

- Tanto Uruguay como Paraguay tienen leyes especiales que reconocen la validez de la moneda extranjera pactada como forma de pago para las obligaciones que se hayan acordado de ese modo.
- México también tiene una ley especial monetaria, pero la solución que adopta es la contraria, toda vez que bajo la formalidad de norma de orden público dispone que las obligaciones pactadas en moneda extranjera se cancelan en pesos mexicanos al tipo de cambio de la fecha y lugar en que se produce el pago.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América aplicada por la justicia argentina.

- El denominado denominan “*judicial review*” o control de constitucionalidad, nació en Estados Unidos, específicamente en el año 1803, cuando Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el caso “*Marbury v. Madison*”, se adjudicó competencia para no aplicar el texto de una ley que violase la Constitución.
- Los precedentes *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad. 294 U.S. 240* y *United States vs. Bankers Trust Co. 294 U.S. 240*, tratan sobre obligaciones pactadas en dólar patrón oro entre particulares, y la Suprema Corte los rechazó y obligó a las partes al cumplimiento de esas obligaciones bajo el nuevo régimen legal que el gobierno había dispuesto con motivo de la emergencia que disminuía el valor oro del dólar papel con el que debía pagarse la obligación pactada a la paridad anterior.
- Para el caso de deuda pública, el precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América es *Perry vs. United States (1935), 294 U.S. 330*, y en él, la Suprema Corte de Estados Unidos de América fue contundente al declarar la inconstitucionalidad de las normas, cuando ellas son dictadas en beneficio del Gobierno en su calidad de deudor, más allá de que la demanda fue desestimada, visto que el reclamante no había acreditado que los cambios de normas en el cumplimiento de esa obligación, le hubiesen generado daño sobre su derecho de propiedad

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- En el precedente “Ercolano”, la Corte Suprema dejó en claro que ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional reviste el carácter de absoluto.
- En el precedente “Avico”, nuestro máximo tribunal avanzó más aún en cuanto a la limitación del derecho de propiedad en tiempos de emergencia dispuesto por el Congreso.
- El caso “Peralta”, fue un precedente por medio del cual, la Corte Suprema validó las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo para limitar o suspender el ejercicio del derecho de propiedad basado en cuestiones de emergencia.
- Los casos “Smith” y “San Luis”, fueron dos precedentes, por medio de los cuales, nuestro máximo tribunal declaró inconstitucional la normativa de pesificación del año 2002.
- Los precedentes “Cabrera” y “Bustos”, implicaron el cambio de opinión de la Corte Suprema de Justicia, con su nueva conformación, al validar constitucionalmente la pesificación establecida por normativa del año 2002.
- El precedente “Massa” y su complementario “Kujarchuk”, establecieron el criterio actual de la Corte Suprema, referido pesificación de depósitos bancarios, arrogándose el máximo tribunal facultades legislativas, sobre las cuestiones que debe juzgar.
- Los demás precedentes sobre pesificación tratados en esta tesis, dejaron en claro que los miembros del máximo tribunal tenían serias divergencias de criterio, más allá de que por mayoría validaron la pesificación, salvo en el caso de los depósitos judiciales y las tasas aeroportuarias.
- Los casos “Longobardi”, “Fecred”, “Mexicana de Aviación SA de CV”, “Benedetti”, que fueron asuntos en donde se discutían el cumplimiento de las obligaciones de pago en moneda extranjera, fueron resueltos con disidencias de los miembros de la Corte, pero siempre validando la pesificación.
- La jurisprudencia actual sobre pesificación que sustenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que la misma es válida, en casos de emergencia declarada por el gobierno.
- El último párrafo del artículo 765 del CCyC deja en claro que la pesificación de obligaciones pactadas en moneda extranjera al valor del momento de

pago de la obligación, se encuentra legalmente protegida, aún en tiempos de normalidad.

14.2. Comprobación de la hipótesis

Nuestra hipótesis establece:

En las obligaciones pactadas en moneda extranjera, el Código Civil y Comercial argentino, establece como regla general, que un deudor se puede liberar de su obligación, pagando pesos equivalentes, sin que para ello sea necesario el consentimiento del acreedor, lo cual afecta, por un lado, a la igualdad ante la ley, y por el otro, y solamente si el valor del dólar al momento de pago no refleja la realidad, al derecho de propiedad, ambos expresamente protegidos por la Constitución Nacional.

Comenzamos diciendo que el deudor tiene una dispensa de alcance general, que lo habilita a cancelar su obligación de pago en moneda extranjera, dando en su lugar, pesos equivalentes.

Ahora bien, ¿a quién afecta la inclusión de esta obligación alternativa?, en primer lugar, al acreedor de esa obligación y, en segundo lugar, a cualquier otro deudor de moneda extranjera que se encuentre excluido de esa dispensa, al momento de tener que cumplir con su propia obligación.

¿Cómo los afecta?, a su acreedor, porque se le vulnera el derecho a la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 16 de la Constitución Nacional, el mismo CCyC y demás normas concordantes, asimismo, visto que se le otorga una prebenda a su obligado, sin causa que lo justifique, y por lo tanto es arbitraria, y del mismo modo, se le afecta el derecho a la propiedad, porque si su deudor opta por cumplir la obligación que tiene pactada en moneda extranjera, en pesos equivalentes, es porque lo beneficia, lo cual significa que al acreedor lo perjudica en la misma proporción, y tanto el artículo 17 de la Constitución Nacional, como el CCyC y demás normativa nacional, protegen el derecho de propiedad, y esa afectación, como ya hemos visto, no tiene fundamento legal alguno.

En relación con la afectación al derechos de propiedad que puede sufrir el acreedor de una obligación pactada en moneda extranjera, ésta solamente se presenta si su deudor opta por cumplirla bajo la premisa prevista en la última parte del artículo 765 del CCyC en momentos en que rija en Argentina un régimen de control de cambios y que dentro del mismo, se establezca una paridad artificial

entre la moneda local y las divisas, el cual lógicamente sobrevalorará al peso en su relación con las monedas extranjeras, caso contrario y como resulta obvio, no tiene sentido que el gobierno imponga este tipo de restricciones cambiarias.

El otro elemento distintivo de todo régimen de control de cambios es que se impide el libre acceso para que se puedan comprar divisas y dispone que solo pueden participar dentro de él a determinados sujetos, como sería el caso de los exportadores, importadores, entidades financieras, etc.

Consecuentemente y dentro de ese contexto, el deudor podría optar por cumplir la obligación alternativa que le autoriza la última parte del artículo 765 del CCyC, lo cual perjudicaría a su acreedor, porque la cantidad de pesos que le entregará para cancelar su obligación no serán suficientes para que éste último pueda adquirir en mercados alternativos la cantidad de dólares que estaban pactados, lo cual afecta claramente su derecho a la propiedad.

Un claro y actual ejemplo de esta posibilidad la hemos tenido en Argentina con el último régimen de control de cambios, el cual vulgarmente fue denominado cepo cambiario.

Dentro de ese régimen el valor de la moneda extranjera era claramente inferior al de mercado libre, en algunos momentos la diferencia entre el valor que fijaba ese control de cambios y el mercado libre era superior al 70% y además regía una obvia restricción para su compra.

Es justamente en esas circunstancias, en que se producirá una evidente violación al derecho de propiedad en perjuicio de su acreedor, toda vez que si un deudor de obligación pactada en moneda extranjera opta por cumplir su pago bajo el procedimiento que le permite la última parte del artículo 765 del CCyC, el perjuicio a su acreedor se torna evidente.

En consecuencia, una norma permanente como el CCyC debe estar prevista para reglar conductas en todo tiempo y circunstancia, y por lo explicado en los párrafos anteriores, la última parte del artículo 765 vulnera en forma evidente al derecho de propiedad, en todos los casos en que un deudor opte por cumplir su obligación bajo la forma alternativa en momentos en que impere en la Argentina un régimen de control de cambios que impida al acreedor comprar con los pesos que reciba de su deudor, la misma cantidad de moneda extranjera que habían pactado.

También hay un trato discriminatorio sin fundamento contra otro deudor de moneda extranjera, al cual el CCyC no le reconozca esta facultad.

En este caso debemos ser muy claros en explicar que, la desigualdad se produce porque, por un lado, la ley le exige a un deudor que solo puede cumplir con su obligación restituyendo la especie, en la misma cantidad y calidad comprometida, y, por otro lado, pero en la misma ley, se le permite a otro obligado a liberarse de su obligación de pago en moneda extranjera, con la entrega de pesos equivalentes, y sin que la ley explique la causa por la cual le otorga ese beneficio.

La previsión de la última parte del artículo 765 del CCyC, se inmiscuye en una relación entre dos sujetos de derecho para desigualarla, sin exponer causa legal para ello.

Estas dos violencias que recibe el acreedor de moneda extranjera son evidentes e incontrastables.

Se podría argumentar que estamos en presencia de una norma supletoria y que, por lo tanto, suprimible por las partes, pero ¿qué sucede si no pactaron su inaplicación?, ya sea por olvido, desconocimiento, etc.

Adicionamos que aún bajo el supuesto que las partes hayan convenido que el deudor renuncia a lo dispuesto en el artículo 765 del CCyC, siempre es posible que ante determinadas circunstancias el deudor pretenda desconocer esa renuncia o argumentar que fue firmada bajo presión de su acreedor.

Por ello, aunque las partes hayan pactado la renuncia a esa previsión, ello no elimina totalmente la posibilidad de que el deudor termine ejerciendo la opción de pagar en pesos equivalentes, o por lo menos de generar la controversia, gracias a la previsión del último párrafo del artículo 765 del CCyC.

En esta cuestión, pensemos que, tratándose de una norma de carácter supletoria, bien pudo ser incluida en el mismo carácter para los otros deudores de moneda extranjera, quienes eventualmente también podrían renunciar a ella, pero el legislador expresamente los excluyó con el dictado de normas especiales, lo cual deja en claro que el CCyC no quiere que en esas otras obligaciones exista duda sobre la moneda de pago, y por ello excluyó cualquier obligación alternativa para esos supuestos, por más que fuese renunciante, porque como manifestamos en el párrafo anterior, la misma puede generar conflicto, y del mismo modo lo entendió el legislador, único motivo plausible para no haberla incluido.

Pasaremos ahora a dejar aún más en claro la afectación a la igualdad ante la ley que existe en la última parte del artículo 765 del CCyC.

Recordamos que hemos visto en el capítulo específico, que los sujetos de derecho deben ser tratados de igual forma, en tanto y en cuanto sean equivalentes y se encuentren ante las mismas circunstancias.

Nuestra Constitución Nacional reconoce a la igualdad ante la ley en su artículo 16, y las leyes que reglamentan el ejercicio de ese derecho, no pueden negarlo o restringirlo de tal modo que hagan imposible su ejercicio.

Hemos explicado en la presente investigación cuál es la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal referido a la igualdad ante la ley, a la cual sintetizamos diciendo que ella consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

En este trabajo hemos visto que la regla general establecida en el último párrafo del artículo 765 del CCyC, pero también explicamos que el mismo CCyC permita que un deudor se libere de su obligación pactada en moneda extranjera entregando en pago pesos equivalentes y en otras partes de este trabajo hemos explicado que a otros deudores se lo impide, a sus efectos tener presente lo explicado al momento de tratar los contratos bancarios, de comercio electrónico, mutuos, etc.

Esa vulneración al derecho a la igualdad, sin que exista un motivo para ello, no solo afecta a otros deudores en general, sino también y en forma directa, al acreedor de esa relación obligacional.

Corresponde aclarar que compartimos el criterio del CCyC, cuando dispone que las obligaciones pactadas en moneda extranjera deben ser canceladas en la misma especie, como sucede en los casos de las obligaciones de restituir moneda extranjera dada en virtud de depósitos irregulares, en los contratos bancarios, en mutuos de dinero sin curso legal en el país, obligaciones de valor cuantificado en moneda extranjera por los usos del tráfico, obligaciones con lugar de cumplimiento en el extranjero, obligaciones con prórroga de jurisdicción expresa o tácita, a todos estos efectos, ver los artículos 1367, 1390, 1408, 1409, 1410, 1525, 1527, 772, 772, 873, 2605 y 2607, todos ellos del CCyC, a los cuales adicionamos, para el supuesto de corresponder, los subcontratos y contratos conexos, conforme lo que se dispone en los artículos 1071 y 1073 del CCyC.

Y lo compartimos porque quien se haya obligado a cumplir una obligación en determinada moneda, no tiene porqué ser eximido de esa forma de pago, basado en previsiones, que dispone sin causa la ley.

Por lo expuesto, lo que estamos objetando, es la dispensa incausada que el CCyC les otorga a determinados deudores, para que puedan cancelar su obligación pactada en moneda extranjera, prestando una obligación alternativa más ventajosa para ellos y sin que se requiera el consentimiento de su acreedor.

Decimos que es una concesión incausada, porque el legislador no la fundamenta y ella tampoco surge en forma expresa o tácita dentro de otras partes del CCyC.

Luego de este análisis, la primera pregunta es ¿cuál es el motivo que ha llevado al legislador a otorgar esta prebenda a favor del deudor?

El primer argumento que hemos analizado y que descartamos, es el relativo a que esta regla general, se basa en que toda obligación de dar sumas de dinero tiene que poder ser cancelada en moneda de curso legal.

Rechazamos este argumento por dos motivos, el primero porque al entender que la previsión del último párrafo del artículo 765 del CCyC es de carácter supletoria, lo cual le quita el sentido de norma de orden público, esto es, que tendría la obligación de aceptar el pago en moneda de curso legal que pesaría sobre todo acreedor.

Otro motivo, es que, como ya hemos visto a lo largo de esta investigación, el mismo CCyC dispone, para otras obligaciones, que la única forma de cancelarlas es con el pago en moneda extranjera, incluidos sus intereses, con lo cual, el legislador no aplica la regla de obligatoriedad del pago en moneda de curso legal, ni siquiera como obligación alternativa para los otros casos ya desarrollados.

Asimismo, podría decirse que el legislador pudo haber incluido esta norma de alcance general, pretendiendo con ella darle una protección al débil dentro de una relación obligacional, pero nuevamente nos tropezamos con las previsiones del CCyC que impiden aceptar esta posibilidad como causa de dicho permiso.

Efectivamente, el CCyC tiene extensas normas tuitivas para el consumidor o usuario, de hecho, todos los contratos bancarios que hemos explicado en esta tesis son considerados dentro de las relaciones de consumo, y la regla de pago

para todos ellos, es que deben ser cancelados únicamente dando la misma especie recibida y en igual calidad y cantidad.

Podría pensarse que, más allá de la exclusión de los contratos bancarios, aún quedan muchos otros contratos de consumo, y es sobre ellos que el legislador ha buscado otorgar políticas activas a favor del más débil, pero a poco que desarrollemos esa idea, veremos que, por una parte, el CCyC no hace mención alguna referida a este tipo de contratos, y por el otro lado, no siempre el deudor es la parte débil de una obligación de dar sumas de dinero o de cosas.

A ese efecto, pensemos en grandes acopiadores de cereales que reciben el grano o cereal de los productores de la zona, para acondicionarlo y almacenarlo, pactando el precio de compra en moneda extranjera. ¿Quién es el débil en esa relación?

También podría presentarse el caso de un gran consumidor ubicado en una pequeña localidad del interior del país, y que requiriese a una cooperativa o pequeña empresa de la zona que lo prevea de servicios eléctricos, de agua potable, de gas, u otros, pactando ese gran consumidor, el pago de sus tarifas en moneda extranjera, nuevamente, ¿Dónde encontramos a la parte débil de esa relación?

Consecuentemente, el legislador no ha expresado motivo alguno para semejante prebenda, y hemos visto que tampoco es posible encuadrarla dentro de las causas de orden público, referidas a la obligación que todos tenemos de aceptar en cancelación de nuestros créditos, su pago en moneda de curso legal, ni obedece a una norma tuitiva por considerar al deudor como el débil en una relación obligacional, esto último, visto lo explicado sobre los usuarios bancarios y los diferentes casos donde el deudor es más fuerte que su acreedor, por ello, solo nos queda aceptar que estamos en presencia de una dispensa que genera una desigualdad entre iguales, sin causa alguna para ello.

Por otro lado, corresponde tener presente cuáles son los más usuales motivos por los que un deudor asuma una obligación en moneda extranjera, dentro del mercado doméstico, y entre ellos debemos establecer como las causas más habituales, la obtención de una menor tasa de interés, o la utilización de la moneda extranjera dentro de las deudas de valor, por ser la menos gravosa, si lo comparamos con otros mecanismos de ajuste que han sido utilizados en la República Argentina.

Es decir que por un lado tenemos al deudor que asume libremente la obligación de pago en moneda extranjera para beneficiarse, y por el otro, vemos que la ley le permite que cancele esa deuda, en moneda de curso legal equivalente y sin siquiera determinar qué significa equivalente, lo cual significa un nuevo beneficio para el deudor, con el consiguiente perjuicio para su acreedor, y todo ello sin causa valedera.

Por supuesto que no sana esta desigualdad de trato, con la que se beneficia el deudor y que perjudica a su acreedor, la aseveración que ubica a esta norma como supletoria y por lo tanto renunciable por las partes, porque, por un lado, la regla general se encuentra prevista para algunos deudores y no para otros, lo cual genera desigualdad entre deudores de una misma clase de obligación, y por el otro lado, también el CCyC vulnera la igualdad que debe existir entre dos contratantes, el deudor y a su acreedor, visto que solo autoriza al primero de ellos a cancelar su obligación pactada en moneda extranjera con pesos equivalentes.

Como corolario, podemos decir que a lo largo de esta tesis, hemos visto cómo funcionan las obligaciones para nuestra ley, qué entiende el CCyC por contratos, tanto los paritarios, los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, los de consumo, los bancarios, los de comercio electrónico, los mutuos hipotecarios pactados en moneda extranjera, y ahí explicamos cuáles de ellos se encuentran excluidos del permiso que otorga el último párrafo del artículo 765 del CCyC, para el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

En conclusión, se encuentra acreditado en esta tesis que:

- No hay duda de que el último párrafo del artículo 765 del CCyC dispone una obligación alternativa, que puede ejercer el deudor, sin requerir el consentimiento de su acreedor, para liberarse de una obligación contraída en moneda extranjera, pagando pesos equivalentes.
- Tampoco existe duda que se trata de una regla general y de tipo supletoria, y que la misma cede ante la presencia de una regla especial.
- El CCyC dispone, la inaplicabilidad de la dispensa prevista en el último párrafo del artículo 765, para otras obligaciones pactadas en moneda extranjera.
- No existe causa legal, expresa o tácita, para haber otorgado esta dispensa a favor de determinados deudores de moneda extranjera.

- El ejercicio de esa opción perjudica al acreedor en forma directa, y en la exacta proporción en que beneficia al deudor que la ejerce.
- Ese perjuicio, al ser sin fundamento legal, es arbitrario.
- Dicha arbitrariedad vulnera el derecho de propiedad y de igualdad ante la ley del acreedor, ambos garantizados por la Constitución Nacional.
- Esa dispensa o regla general, también vulnera el derecho a la igualdad que merecen otros deudores de obligaciones pactadas en moneda extranjera. No porque esos otros obligados debiesen tener acceso a esa dispensa, sino porque ningún obligado en moneda extranjera tiene porqué recibir la prebenda o beneficio de no cumplir su obligación en la forma que libremente la asumió.
- La teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa, son defensas que pueden ser opuestas por cualquier deudor de moneda extranjera, en caso de corresponder, y para ello, no es necesario que exista el permiso general que establece el último párrafo del artículo 765 del CCyC.
- Para el caso de emergencia nacional, nuestro máximo tribunal tiene jurisprudencia específica, que protege la relación entre deudores y acreedores, mientras subsistan esas anomalías generales.

Todo lo expuesto, deja en claro que hemos podido comprobar nuestra hipótesis, porque el infundado, y consecuentemente arbitrario permiso que otorga la última parte del artículo 765 del CCyC a determinados deudores, **afecta a otros sujetos de derecho, por un lado, en relación con la igualdad ante la ley, y por el otro, y solamente si el valor del dólar al momento de pago no refleja la realidad, al derecho que tienen sobre su propiedad, ambos, expresamente protegidos por la Constitución Nacional.**

14.3. Recomendaciones

Ha quedado demostrado a lo largo de nuestra investigación, que la facultad que el CCyC le otorga al deudor de moneda extranjera, en el último párrafo del artículo 765, es contraria a expresos derechos que se encuentran garantizados en la Constitución Nacional.

Efectivamente, no hay motivo valedero que le permita a la ley generar una desigualdad entre sujetos de derecho equivalentes.

Reiteramos en este punto, que no es inusual que el deudor sea más poderoso económicamente que su acreedor.

Resulta contrario a los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional que una ley inferior le reconozca a una sola de las partes, la facultad exclusiva de cancelar una obligación que libremente pactó en moneda extranjera, dando alternativamente el equivalente en moneda de curso legal.

Por lo expuesto, entendemos que la solución más acorde para solucionar esta problemática será que se modifiquen los mencionados artículos 765 y 766 del CCyC, por el texto que tenían los artículos 617 y 619 del Código de Vélez, luego de la reforma de la ley 23.928.

De ese modo, la obligación pactada en moneda extranjera volverá a ser considerada como obligación de dar sumas de dinero.

El cambio propuesto, permitiría que las obligaciones pactadas en moneda extranjera se cumplan con el pago en la misma especie y cantidad, sin que la ley autorice ninguna contraprestación alternativa, más allá de las previsiones que el CCyC tiene previstas dentro de otras formas de extinción de las obligaciones y/o ante la aparición de alguna circunstancia que habilite el planteo de imprevisión, abuso de derecho, o enriquecimiento sin causa.

Debemos comprender que el cumplimiento de las obligaciones, conforme fueron originariamente pactadas, genera seguridad jurídica, y ello conlleva al sano desarrollo del crédito en la Argentina, lo cual se traduce en el progreso de la actividad económica y familiar, con costos del dinero dentro del nivel internacional, logrando de esa modo, la debida protección al derecho de propiedad y el afianzamiento de la igualdad ante la ley, pilares esenciales dentro de toda comunidad, que busca convivir en paz.

Alternativamente, nuestra recomendación es que se derogue la última parte del artículo 765, quedando, por lo tanto, redactado del siguiente modo:

Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.

De este modo, si bien no se considerarían a las obligaciones pactadas en moneda extranjera dentro de las de dar sumas de dinero, se lograría establecer armonía entre lo que dispondría el propuesto artículo 765 y el artículo 766.

Toda la restante normativa del CCyC, que hemos explicado en esta tesis, no tendría conflicto, con la previsión del último párrafo del artículo 765, como sí ocurre con su actual redacción.

Conforme con lo expuesto, se lograría congruencia para este tipo de obligaciones y no habría conflicto contra claros derechos que garantiza nuestra Constitución Nacional, y sobre los que ya hemos realizado intensa referencia a lo largo de nuestra investigación.

Concluimos este estudio, destacando que la transgresión o el desconocimiento a la igualdad ante la ley y a la propiedad privada, genera violencia dentro de una comunidad y que ello hace que nos alejemos del derecho.

Nuestra Constitución lo entiende de ese modo, visto que en su parte dogmática protege en forma expresa a la propiedad privada y la igualdad ante la ley.

Por otro lado, no debemos olvidar la cercana experiencia sobre las tremendas reacciones que se generaron en Argentina, como consecuencia del apartamiento que, en relación con esas garantías, generaron las normas de pesificación dictadas en el año 2002.

En síntesis, la presente tesis ha buscado contribuir con sus argumentos a demostrar que existe desigualdad manifiesta, dentro de un ordenamiento estable, como es el CCyC, al momento que regla a las obligaciones pactadas en moneda extranjera, y de ahí nuestra propuesta sobre la indispensable modificación que requiere el artículo 765 del CCyC, buscando con ello remover un elemento que en nada contribuye a la convivencia en paz y armonía, fin esencial del derecho y de toda norma que de él emana.

Bibliografía y Fuentes de Información

Bibliografía

- Alterini, A. A. (1998). *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Aristóteles (s.f.) *Ética a Nicómaco*. Recuperado de <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>
- Badeni, G. (2001). Reflexiones sobre la propiedad privada. *La Ley*, 2002(B), 896-903. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/6885/2001.
- Barbier, E. (2016). Metodología de la regulación de los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial. *RCCyC*, 2016(mayo), 3-10. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1381/2016
- Barbieri, P. (2016). Los agentes de jugadores de fútbol sin licencia. Perspectivas futuras a la luz de recientes reformas. *La Ley*, 2016(B), 385-388. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/593/2016
- Bentham, J. (1864). *The Theory of Legislation, translated from the French of etienne Dumont by R. Hildreth*. London: Trübner & Co. 60, Paternoster Row. MDCCCLXIV. Recuperado de <https://archive.org/stream/legislation00bentuoft#page/n3/mode/2up>, "Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases". Traducción mía.
- Bidart Campos, G. (1983). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.

- Bonet Correa, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid: Civitas S.A.
- Borda, A. (2011). Las reglas interpretativas de los contratos. En J. Conte Grand (dir.) y G. De Reina Tartiére (coord.). *Estudio del Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (pp. 485-524). Buenos Aires: El Derecho.
- Busso, E. B. (1958). *Código Civil anotado* (tomo IV). Buenos Aires: Ediar.
- Cabuli, E. (2012). Las Nuevas Tecnologías en el Proyecto de Código. *La Ley*, 2013(A), 893-898. Recuperado de La Ley Online. Cita Online AR/DOC/6066/2012.
- Carbone, F. (5 de junio de 2016). La Firma digital avanza y gana terreno en la Argentina. *Diario La Nación*, 9. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1905686-la-firma-digital-avanza-y-gana-terreno-en-la-argentina>
- Carratalá, R. (1918). *Las leyes de la Asamblea General Constituyente de 1813*. Recuperado de http://repositorio.educacion.gov.ar:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/106904/Monitor_7630.pdf
- Castiñeira, R. (s.f.) El impacto macroeconómico de la salida de capitales en Argentina (Cuadro 7). Recuperado de http://www.itf.org.ar/actualidad_9.asp
- Cianciardo, J., Sacristán, E. (2014). El caso “Avico” y sus ecos, ochenta años después. *La Ley*, 2014(C), 635-652. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1194/2014.
- Cohen, F. (1954). *Dialogue on Private Property*, 9 *Rutgers Law. Review*. Connecticut, EEUU: New Haven. Recuperado de <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=53>

[62&context=fss_papers](#), “That is property to which the following label can be attached. To the world: Keep off unless you have my permission, which I may grant or withhold. Signed: Private citizen. Endorsed: the estate”. Traducción mía.

Compagnucci de Caso, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley.

Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de la investigación social* (Edición Revisada). México: Mc Graw Hill.

Danesi, C. (2014). Libro Tercero. Derechos personales. En A. J. Bueres, (dir.). *Código Civil y Comercial comentado, actualizado, comparado y concordado* (arts. 724-852). Buenos Aires: Hamurabi Depalma.
Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0Bx7Om1ou1oylWWoxbG1rQWtVMnM/view>

Di Pietro, A. (2005). *Derecho Privado Romano* (2º edición). Buenos Aires: Depalma.

Engels, F. (1884). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Recuperado de https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf

Freedman, D. (2013). Artículo 24. Igualdad ante la Ley. En E. M. Alonso Regueira (dir.). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino* (pp. 413-442). Buenos Aires: La Ley. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/024-freedman-igualdad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

- Fulford, A. (2015). Peter Westen's "The empty Idea of equality", The Calvinist International. Recuperado de <https://calvinistinternational.com/2015/05/05/peter-westens-the-empty-idea-of-equality/>
- Galmarini, P. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo V). Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley.
- Gamarra, J. (1985). *Cláusula en Moneda extranjera* (Número 15). Montevideo: Revista Judicatura.
- Gamarra, J. (2003). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (Tercera edición). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Garro, A. (1992). Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte. Recuperado de [file:///C:/Users/gcl/Downloads/Dialnet-AlgunasReflexionesSobreLaCorteSupremaDeLosEstadosU-79457%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gcl/Downloads/Dialnet-AlgunasReflexionesSobreLaCorteSupremaDeLosEstadosU-79457%20(1).pdf)
- Gastaldi, J. (2009). La revisión del contrato. La pesificación, la imprevisión y su renuncia. *La Ley*, 323-339. La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/4294/2009
- Garrido Cordobera, L. (2011). Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad. *La Ley*, 2011(E), 893-906. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/2549/2011.
- Garrido Cordobera, L. (2016). La Aplicación de la irretroactividad de la Ley (art. 7 del Código Civil y Comercial) y el principio pro consumidor. *Revista Jurídica de Daños*, 14. Cita Online: IJ-XCVI-775

- Giner, S. (1982). *Historia del Pensamiento Social*. Barcelona: Ariel S.A.
Recuperado de <https://teoriasociologica.files.wordpress.com/2014/09/134246652-giner-salvador-historia-del-pensamiento-social-1.pdf>
- González, J. (1897). *Manual de la Constitución Argentina 1853/1860*. Buenos Aires: Estrada y Cía. S.A.
- Granero, H. (s.f.). Validez- o no- de los documentos electrónicos sin firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de https://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=8169&t=d
- Gregorini Clusellas, E. (2001). La imprevisión y su aplicación a la compraventa de inmuebles por hiperinflación. *La Ley*, 1990(B), 900-906. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1880/2001
- Gregorini Clusellas, E. (2003). Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos. *La Ley*, 2003(B), 970-990. Recuperado de La Ley. Cita Online: AR/DOC/7832/2001
- Gregorini Clusellas, E. (2014). Renovación de la teoría del contrato e interacción con la legislación de consumo. *Revista Científica*, XVIII(1), 65-96
Recuperado de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2614/Renovaci%C3%B3n_Gregorini-Clusellas.pdf?sequence=1
- Gurfinkel de Wendy, L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo V). Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.
- Gurkinkel de Wendy, L. (2016). Mirada acerca de las obligaciones contraídas en moneda extranjera. *La Ley*, 2016(E), 622-634. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/2343/2016

- Hariri, J. C. (2011). Evolución de los vínculos negociales y las nuevas modalidades de contratación. En J. Conte Grand, (dir.) y G. De Reina Tartiére (coord.). *Estudio del Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (pp. 461-484). Buenos Aires: El Derecho.
- Hernández Sampieri, R., Fernández-Collado, C., y Baptista Lucio, M. P. (2006). *Metodología de la investigación* (Cuarta Edición). México: McGraw-Hill. Recuperado de: http://files.especializacion-tiq.webnode.com/200000775-097910b6c0/sampieri-et-al-metodologia-de-la-investigacion-4ta-edicion-sampieri-2006_ocr.pdf
- Highton, E. I., (2015). El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-derecho-de-propiedad-en-el-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.-Por-Elena-I.-Highton.pdf>
- Hobbes, T. (2013). *Leviatán* (1° edición). Buenos Aires: Centro Editor de Cultura.
- Hubeňák, F. Ventura, E., Ranieri de Cechini, D. (2012). *Formación del Pensamiento Jurídico Político Desde los Orígenes Grecorromanos hasta la Ilustración* (Tomo I). Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- Iñiguez. M. (2016). Disposiciones del derecho internacional privado (arts. 2594 a 2600, arts. 2616 a 2620 y arts. 2643 a 2671). En M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (directores). *Código Civil y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado* (pp. 317-438). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). De los derechos reales (arts. 2311 a 2350). En E. Zannoni (dir.), A. Kemelmajer de Carlucci (coord.). *Código Civil y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado* (Tomo 10) (pp. 5-183). Buenos Aires: Astrea Depalma.
- Kiper, C. M. (2007). El objeto del derecho real de hipoteca. Buenos Aires. *Revista Jurídica UCES*, 11, 26-44. Recuperado de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/88/El_objeto_del_derecho_real.pdf?sequence=1
- Kiper, C. M. (2009). *Juicio de escrituración. Conflicto derivado del boleto de compraventa* (3ª edición). Buenos Aires: Hammurabi.
- Lamber, R. A. (2015). Hipoteca en moneda extranjera. Hipotecas de curso legal o de monedas que no lo tienen. El monto en las hipotecas. Recuperado de <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/hipoteca-en-moneda-extranjera-hipotecas-de-curso-legal-o-de-monedas-que-no-lo-tienen-el-monto-en-las-hipotecas/>
- Leiva Fernández, L.F.P. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.
- Liendo, H.T. (1990). *Emergencia Nacional y Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría.
- Liendo, H. T. (2004). El caso "Bustos" sobre depósitos en moneda extranjera. *La Ley*, 2004(F), 1463-1473. Buenos Aires: Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/2547/2004
- Liendo, H. T. y Liendo, G. C. (2005). El ius variandi en los contratos de empréstito público. Del caso "Brunicardi" al caso "Galli". *La Ley*, 2005(E), 189-199. Buenos Aires: La Ley

- Llambías, J., y Alterini, A. (1982). *Código Civil Anotado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Llinás, G. J. (2007). El universo económico en la prehistoria y en las primeras civilizaciones. En N. Sánchez. *Historia económica y social*. (pp.13-30). Buenos Aires: Grafi-k.
- LLuis, A., y Navas, J. (1999). El abuso de Derecho según la doctrina y la jurisprudencia. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de www.acaderc.org.ar/doctrina/...abuso-de-derecho-segun-la-doctrina-y-la-jurisprudencia
- Locke, J. (2014). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- López Mesa, M. (2012). El enriquecimiento sin causa. Sus requisitos y limitaciones en el Proyecto. *La Ley*, 2012(E), 1125-1148. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/4935/2012
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (Tomo VII). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Lorenzetti, R. L. (2001). *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marx, K., y Engels, F. (2008). Manifiesto Comunista. Recuperado de <https://sociologia1unpsjb.files.wordpress.com/2008/03/marx-manifiesto-comunista.pdf>
- Molina Quiroga, E. (2008). Documento y firma electrónicos o digitales. *La Ley*, 2008(F), 1084-1098. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/2859/2008.

- Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa*. Recuperado de <https://carmonje.wikispaces.com/file/view/Monje+Carlos+Arturo++Gu%C3%ADa+did%C3%A1ctica+Metodolog%C3%ADa+de+la+investigaci%C3%B3n.pdf>
- Mora, S. J. (2014). Documento digital, firma electrónica y digital. *La Ley*, 2014(A), 502-511. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/3995/2013.
- Morea, A. O. (2015). La regulación de la causa fin en el Código Civil y Comercial (y su potencial incidencia en la doctrina de la SCBA). *La Ley Buenos Aires*, 2015, 1071-1081. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/3948/2015.
- Moreno, V. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.
- Morgens, H. H. (1976). *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes: A Study in the Athenian Administration of Justice in the Fourth Century B.C.* Classical Studies (Vol. 8). Odense: Odense University Press.
- Mosset Iturraspe, J. (1970). *Teoría General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Orbir.
- Mosset Iturraspe, J. (1994). *Límites a la indexación, ley 24.283* (tercera edición). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni
- Mosset Iturraspe, J. (2001). El silencio de la ley, los "standards" jurídicos y el derecho natural. Lesión v. imprevisión. *La Ley*, 1982(D), 178-185. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/2894/2001.

- Mosset Iturraspe, J. (2002). La frustración del contrato. En J. Mosset Iturape, E. M. Falcón, M. Piedecasas. *La frustración del contrato y la pesificación*. (pp. 15 - 236). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni
- Muñoz, I. (2014). ¿Qué es Bitcoin? ¿Cómo funciona? ¿Dónde se compran? Recuperado de <http://computerhoy.com/noticias/internet/que-es-bitcoin-como-funciona-donde-compran-5389>
- Nadalini, G. (s.f). Derechos reales de garantía. Recuperado de <file:///C:/Users/Casa/Downloads/NADALINI.%20DERECHOS%20REALES%20DE%20GARANT%C3%8DA%20UAI.pdf>
- Ortiz, F. R. (1991). *Igualdad. Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid: Ediciones Rialp. Recuperado de http://www.mercaba.org/Rialp/l/igualdad_doctrina_social_cristia.htm
- Pacheco, M. (1970). La teoría marxista del Estado y del Derecho. Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4231/4121>
- Pájaro Huertas, D. (2002), La Formulación de la Hipótesis. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. Santiago. Recuperado de <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/15/pajaro.htm>
- Paolantonio, M. (2012). Las Obligaciones en Moneda Extranjera en el Proyecto del Código Civil. *Lecciones y ensayos, 90*. (pp. 197-216). Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/paolantonio.pdf>

- Paolantonio, M. (2014). Obligaciones en Moneda Extranjera en el proyecto del Código Civil. Recuperado de https://works.bepress.com/martin_paolantonio/151/
- Paolantonio, M. (2015). Las Obligaciones en Moneda Extranjera en el Código Civil y Comercial. Recuperado de http://works.bepress.com/martin_paolantonio/160/
- Piedecabras, M. (2002). Emergencia y Pesificación. En J. Mosset Iturraspe, E. Falcón, y M. Piedecabras. *La frustración del contrato y la pesificación* (p.p. 239-520). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Prieto Molinero, R. (2010). Los “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” del artículo 1198 CC: Un requisito innecesario. *La Ley*, 2010(C), 1329-1337. La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/4623/2010
- Quiroga Lavié, H. (2000). *Constitución Argentina Comentada* (3° edición). Buenos Aires: Zavallía.
- Ravier, A. (2012). Aristóteles en defensa de la propiedad privada. Recuperado de <https://puntodevistaeconomico.wordpress.com/2012/01/16/aristoteles-en-defensa-de-la-propiedad-privada/>
- Ritto, G. (2016) (coord), Salerno Agulló, M., y Rodríguez, G. (colaboradores). *Sistema de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Gruoi 20XII.
- Rivera, J. C. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.
- Rodríguez Gauna, G., y Rodino, M. (2010). La ejecución hipotecaria extrajudicial (Ley 24.441) y la caducidad de la instancia. Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/nota/14814>

- Scotti, L. B. (2012). *Contratos electrónicos. Un estudio desde el derecho internacional privado argentino*. Buenos Aires: Eudeba
- Sola, E. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo I). Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley.
- Spota, A. (1979). *Instituciones de derecho civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Stiglitz, R. S. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales* (Parte General). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Strauss, L. (2011). *La Filosofía política de Hobbes – su fundamento y su génesis*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica S.A.
- Tagliani, M. S. (2015). La garantía común de los acreedores y sus excepciones en el nuevo código. *La Ley*, 2015(D), 707-715. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1677/2015
- Tamaya y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación científica* (cuarta edición). México: Limusa Noriega Editores.
- Urbaneja, M. E. (2011). La registración inmobiliaria Argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares. En J. Conte Grand, (dir.) y G. De Reina Tartiere (coord.). *Estudio de Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (pp. 553-611). Buenos Aires: El Derecho.
- Villegas C. G. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo IV). Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley
- Villegas Hernández, F. (2010). Evolución de la propiedad en el derecho romano. Recuperado de <http://vhfderechoromano.blogspot.com.ar/2010/07/tema-14-propiedad.html>

Vírgala Foruria, E. (2001). Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos. Recuperado de <file:///C:/Users/gcl/Downloads/Dialnet-ControlAbstractoYRecursoDirectoDelInconstitucional-79702.pdf>

Westen, P. (1982). *The empty idea of equality*. *Harvard Law Review*, 95(3), 537-596, 1 “Equality is commonly perceived to differ from rights and liberties. Rights are diverse; equality is singular. Rights are complicated; equality is simple. Rights are non comparative in nature, having their source and their justification in a person’s individual well-being; equality is comparative, deriving its source and its limits from the treatment of others. Rights are concerned with absolute deprivation; equality is concerned with relative deprivation. Rights mean variety, creativity, differentiation; equality means uniformity. Rights are individualistic; equality is social. Or so it said”, traducción mía. 2 “Equality will cease to mystify – and cease to skew moral and political discourse – when people come to realize that it is an empty form having no substantive content of its own. That will occur as soon as people realize that every moral and legal argument can be framed in the form of an argument for equality. People then will answer arguments for equality, by making counterarguments for equality. Or simpler still, they will see that they can do without equality altogether”. Traducción mía. Recuperado de www.jstor.org/stable/1340593.

Zambrano Pasquel, A. (2012). Marbury v. Madison y el control de constitucionalidad. Recuperado de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-marbury_vs_madison.pdf

Zambrano Torres, A. (s.f.). El derecho en la mente de Locke. Recuperado de <http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-locke/>

Zambrano Torres, A. (s.f.). El derecho en la mente de Platón. Recuperado de <http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-platon/>

Zuñiga Fajuri, A., Aguilera Bertucci, D., Vásquez Bravo, A. (diciembre de 2007). Lejos del Poder. Hacia la Implementación de una Ley de Cuotas en Chile. *Revista de Derecho*, XX(2), 9-30. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art01.pdf>

Fuentes de Información

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (2002). Fundación Mujeres en Igualdad y Otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo – Discriminación inversa. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/fallo-fundacion-mujeres-en-igualdad-y-otros-contrafreddo-sa-sobre-amparo.pdf>

Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa Federal, Mesa de Entradas (2015). Constancia de la cantidad de juicios iniciados ante dicho fuero durante el año 2002, firmada por Hernán Pablo Cravera, Prosecretario Administrativo.

Cámara Nacional en lo Civil (2012), fallo plenario Sáez González, Julia del Carmen c/ Astrada, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte). Recuperado de www.pjn.gov.ar

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, (2015), Fau Marta Renee c/ ABECIAN Carlos Alberto y Otros s/ Consignación (Expediente 79776/2012) y Libson, Teodoro y Otros c/ Fau, Marta Renee s/ Ejecución Hipotecaria (Expediente 76.380/2012). Recuperados de www.pjn.gov.ar

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>

Código Civil de la República Argentina, recuperado de www.infoleg.gov.ar

Código Civil de la República de Colombia, recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/codigo Civil Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo%20Civil%20Colombia.pdf)

Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Recuperado de [http://www.oas.org/dil/esp/codigo civil uruguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/codigo%20civil%20Uruguay.pdf)

Código Civil de la República de Paraguay. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil Paraguay.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo%20Civil%20Paraguay.pdf)

Código Comercio de los Estados Unidos de México. Recuperado de http://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/c_comercio.pdf

Código Comercio de la República Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Comunicación "A" BCRA 251 (1982). Circular Operaciones Cambiarias y Movimiento de Fondos y Valores con el Exterior CAMEX - 1 - 44. Recuperada de www.bcra.gov.ar

Comunicación "A" BCRA 5685 (2014). Protección de los Usuarios de Servicios Financieros. Aumento de Comisiones de Productos y Servicios Financieros. Adecuaciones. Recuperado de www.bcra.gov.ar

- Comunicación "A" BCRA 5460 (2016). Protección de los Usuarios del Servicio Financiero, modificaciones (Texto Ordenado). Recuperado de www.bcra.gov.ar
- Comunicación "A" 5982 del Banco Central de la República Argentina, de fecha 03 de junio de 2016 (Transferencias Inmediatas de fondos. Habilitación de nuevos canales), recuperado de www.bcra.gov.ar
- Concepto de propiedad para Marx y Locke. Recuperado de https://melinakaeli.wordpress.com/concepto-de-propiedad-para-marx-y-locke/#_ftn1
- Constitución Nacional – Artículo 16 – Artículo 17. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Constitución de la República de Paraguay. Recuperado de <https://www.paraguay.gov.py/poder-judicial>
- Contract Definition, Legal Information Institute. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/wex/contract>
- Convención americana de derechos humanos. Recuperada de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- CSJN (1916). Sánchez Viamonte, Julio en autos Guistinian, Emilio, Garantía Constitucional Igualdad ante la Ley. Fallos: 123:106. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1916). *Santoro, Cayetano c/ Frías Estela, Garantía Constitucional, Igualdad ante la Ley, Inconstitucionalidad. Pensiones Militares.* Fallos: 124:122. Recuperado de www.csjn.gov.ar

- CSJN (1922). Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta. Fallos: 136:161. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1922). Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto. Fallos 137:47. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1925). Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital. Fallos: 145:307. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN, (1929). Lanteri de Renshaw, Julieta, Solicitud de Enrolamiento en su carácter de argentina naturalizada. Fallos: 154:283. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1934). *Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl s/ Consignación de intereses.* Fallos: 172:21. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN, (1989). Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta, Fallos 312:2467. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (1989). Casiraghi, Félix y Otros. Fallos: 321:2257. La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/2627/1989
- CSJN (1990). Peralta, Luis Arcenio y Otro c/ Nación Argentina (Ministerio de Economía - BCRA) s/ Amparo. Fallos: 313:1513. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN, (1996). Brunicardi Viola Adriano C. c/ Estado Nacional (BCRA.) s/ cobro, Fallos 319:2886. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2002). Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo" Fallos: 325:28. Recuperado de www.csjn.gov.ar

- CSJN (2003). Provincia de San Luis c/Estado Nacional s/ acción de amparo. Fallos: 326:417. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2004). Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/P.E.N. - ley 25.561, dtos 1570/01 y 214/02 s/ amparo. Fallos: 327:2905. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2004). Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros. Fallos: 327:4495. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2005). Galli, Hugo Gabriel y Otro c/ PEN – Ley 25.561 – Dtos. 1570/01 y 214/02 s/ Amparo ley 25.561. Fallos 328:690. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2006). Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional. Fallos: 329:5913. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). Kujarchuk, Pablo Felipe c/P. E. N. ley 25.561 -dtos 1570 y 214/02 s/amparo ley 16.986. Fallos: 330:3680. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). EMM S.R.L. c/Tia S.A. s/ordinario s/incidente de medidas cautelares. Fallos: 330:971. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria. Fallos: 330:855. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). Souto de Adler, Mercedes c/ Martorano, Marta Teresa. Fallos: 330:3593. Recuperado de www.csjn.gov.ar
- CSJN (2007). Mata Peña, Jose Rafael y otro c/Estado Nacional y otro. Fallos: 330:5111. Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN (2007). Longobardi Irene Gwendoline y Otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio SRL y Otro s/ Ejecución Hipotecaria. Fallos 330:5345. Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN (2008). Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel y Otro. Fallos: 331:1040. La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/1231/2008

CSJN (2008). Mexicana de Aviación S.A. de CV c/E.N. - Mº Defensa - FAA dto. 577/02 - s/amparo ley 16.986. Fallos: 331:1942. Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN (2008). Benedetti, Estela Sara c/ Poder Ejecutivo Nacional. Fallos: 331:2006. Recuperado de www.csjn.gov.ar

CSJN, (2012). Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cohen, Rafael y otro s/ ejecutivo s/ Recurso de Queja. Deuda Bancaria. Capitalización de Intereses. Intereses Exorbitantes. Despojo del Deudor. Límites de la Moral y Buenas Costumbres. B. 75. XLVI, 18 de junio de 2012. Recuperado de <http://www.foroabogadossanjuan.org.ar/csjn-deuda-bancaria-intereses-capitalizacion-exorbitancia/>

Cuadro estadístico de evolución de los depósitos en dólares dentro del sistema financiero del año 2001 y primer trimestre del año 2002. Recuperado de http://www.bcra.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Cuadros_estandarizados_series_estadisticas.asp

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Decreto Nº 1334/82. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto Nº 1336/82. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto N° 1603/82. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto N° 772/86. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 36/90. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 214/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar.

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 320/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 471/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Decreto N° 577/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 762/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 905/2002. Recuperado de www.infoleg.gobv.ar

Decreto N° 1242/2002. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 1836/2002. Recuperado de www.infoleg.gobv.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 1910/2002. Recuperado de www.infoleg.gobv.ar

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 739/2003. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto N° 1284/2003. Reglamentario del Sistema de refinanciación hipotecaria dispuesto por las leyes N° 25.561 y su modificatoria N° 25.798. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto N° 1735/04. Reglamentario de la ley 25.827. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Decreto-ley 14.500 de la República Oriental del Uruguay. Actualización de obligaciones en moneda nacional. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/14500-1976>

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Diccionario de la lengua española. Recuperado de <http://www.rae.es/>

Juan XXIII (1963), Encíclica Papal Pacem in terris. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html

Legal Information Institute: "An agreement creating obligations enforceable by law". Traducción mía. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/wex/contract>

León XIII (1902), Encíclica Papal Annum ingressi. Recuperado de https://books.google.com.ar/books/about/Annum_ingressi.html

Ley N° 17.531 de Servicio Militar Obligatorio, 13 de noviembre de 1967. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Ley N° 21.526 de Entidades Financieras (1977). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16071/texact.htm>

Ley N° 22.802. De lealtad comercial, actualizada. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 23.928 de Convertibilidad. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 24.083 de Fondos Comunes de Inversión. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 24.240. De Defensa del Consumidor, actualizada. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Ley N° 24.309 de Declaración de necesidad de la reforma de la Constitución Nacional. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 25.466 de Intangibilidad de los Depósitos. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 25.506 de firma digital. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 25.561 Emergencia pública y reforma del régimen cambiario. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 25.798. Sistema de Refinanciación Hipotecaria. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 25.827. Canje de deuda pública en incumplimiento de pago. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 25.908. Modificación al Sistema de Refinanciación Hipotecaria.
Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 26.017. *Ley cerrojo para el canje de deuda en incumplimiento*. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 26.078. Presupuesto del año 2006. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 26.167. Emergencia Pública. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley 26.361 Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley N° 27.077. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Ley de la República de Paraguay N° 434/94. Obligaciones en Moneda Extranjera.
Recuperado de www.impuestospy.com/Constitucion%20y%20Codigos/LEY%20N%20434-94.doc

Ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/152.pdf>

San Pablo, gálatas 3:28 y la abolición del género. La Biblia. Recuperado de <http://spectrummagazine.org/article/2015/07/08/galatians-328-and-abolition-gender-0>

U.S. Supreme Court (1803). *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>

U.S. Supreme Court. (1876). *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, “Under the powers inherent in every sovereignty, a government may regulate the conduct of its citizens toward each other, and when necessary for the public good, the manner in which each shall use his own property”. Traducción mía. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/case.html>

U.S. Supreme Court. (1934). *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*. 290 U.S. 398. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/398/case.html>

U.S. Supreme Court. (1935). *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*. (1935). 294 U.S. 240, “If States, municipalities, railroads, public utilities, industrial corporations, etc., receiving all their income in the devalued currency were obliged to pay their gold clause obligations in amounts of currency determined on the basis of the former gold standard, it is easy to see that this disparity of conditions would cause a dislocation of the domestic economy”. Traducción mía. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/240/>

U.S. Supreme Court (1935). *Nortz v. United States*. 294 US 317. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/317/case.html>

U.S. Supreme Court. (1935). *Perry vs. United States* (1935), 294 U.S. 330, “Plaintiff has not attempted to show that, in relation to buying power, he has sustained any loss; On the contrary, in view of the adjustment of the internal economy to the single measure of value as established by the legislation of the Congress, and the universal availability and use throughout the country of the legal tender currency in meeting all engagements, the payment to the plaintiff of the amount which he demands would appear to constitute not a recoupment of loss in any proper sense, but an

unjustified enrichment". Traducción mía. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/case.html>

U.S. Supreme Court. (1935). United States vs. Bankers Trust Co. 294 U.S. 240.

Recuperado de https://en.wikipedia.org/wiki/Gold_Clause_Cases

Anexos

Anexo I

Fotos

Reclamo de ahorristas bancarios contra las normas de pesificación en
indisponibilidad de los depósitos dispuestos en el año 2002.



Fuente: www.google.com.ar

(https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbn=isch&tbs=rimg:CbecBGYy7xGdljg1n0TZcCs_1hW57RkIB21I2nBqnpTQxxINqWwTZ98sdgeemm6TbrNYZuKE6JI38kznkkERj8JGsrCoSCTWfRNIwKz-FEet6_1mu1RM9gKhIjbntGSUHbWXYRAqxx-Hci15kqEgmcGqeINDHEgxH3YB02ml9-ISoSCWpbBNn3yx2BEYqXAqjFta7uKhIJ56abpNus1hkRW1EN4BvVk_1QqEgm4oTomXfyTORGZMbZIIQYLFioSCeSQRGPwkaysERndI0KHLiyu&imgrc=9brXevBj85YqNM:)

Asambleas barriales reunidas como consecuencia del descontento por la crisis que produjo la devaluación y pesificación de comienzo del año 2002.



Fuente: www.google.com.ar

[https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&esv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbn=isch&tbs=rimg:Ccbj5rwdjfpGlijgatDZtWX6IRKxhjh zigHD_17ubqC45FNxHLpTr5fEya2q0PtchwCt49zLo35VBc2TM1ndW91uP_1ayoSCRq0Nm1ZfohEEUP1IDshw_1ggKhIJrGGOHOKAcP8RqjSspcCVyegqEgnu5uoLj kU3ERFq0XH4AtORNCosCculOvl8TJraEZZAq2-FaifTKhIJrQ-1yHAK3j0R8mwwktiv50qEgnMujflUFzZMxGoCe4k3MUIkCoSCTWd1b3W4_19rE aAVfIDLH1Sw&imgrc=p5IKs3U0g1saRM:\)](https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&esv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbn=isch&tbs=rimg:Ccbj5rwdjfpGlijgatDZtWX6IRKxhjh zigHD_17ubqC45FNxHLpTr5fEya2q0PtchwCt49zLo35VBc2TM1ndW91uP_1ayoSCRq0Nm1ZfohEEUP1IDshw_1ggKhIJrGGOHOKAcP8RqjSspcCVyegqEgnu5uoLj kU3ERFq0XH4AtORNCosCculOvl8TJraEZZAq2-FaifTKhIJrQ-1yHAK3j0R8mwwktiv50qEgnMujflUFzZMxGoCe4k3MUIkCoSCTWd1b3W4_19rE aAVfIDLH1Sw&imgrc=p5IKs3U0g1saRM:)

Foto sobre protestas verano 2001/2002 por la crisis que incluyó a la devaluación y pesificación



Fuente: www.google.com.ar

https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbm=isch&tbs=rimg:Ccbj5rwdjfpGlijgatDZtWX6IRKxhjh zigHD_17ubqC45FNxHLpTr5fEya2q0PtchwCt49zLo35VBc2TM1ndW91uP_1ayoSCRq0Nm1ZfohEEUP1IDshw_1ggKhIJrGGOHOKAcP8RgjSspcCVyegqEgnu5uoLj kU3ERFq0XH4AtORNCoScculOvl8TJraEZZAq2-FaifTKhIJrQ-1yHAK3j0R8mwwktiv50qEgnMujflUFzZMxGoCe4k3MUIkCoSCTWd1b3W4_19rE aAVfIDLH1Sw&imgrc=8GUI3-b6g1GcEM:)

Larguísimas colas de personas que intentan presentar recursos de amparo contra el corralón



Fuente: Diario La Nación
(<http://www.lanacion.com.ar/375474-prorroga-de-cinco-dias-para-analizar-los-amparos-contr-el-corrallito>)

Masiva Protesta por la crisis motivada por la crisis que incluyó a la devaluación y pesificación del verano 2001/2002



Fuente: www.google.com.ar

https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbm=isch&tbs=rimg:Ccbj5rwdjfpGligatDZtWX6lRKxhjh zigHD_17ubqC45FNxHLpTr5fEya2q0PtchwCt49zLo35VBc2TM1ndW91uP_1ayoSCRq0Nm1ZfohEEUP1IDshw_1ggKhIjRGGOHOKAcP8RqjSspcCVyeggEgnu5uoLj kU3ERFq0XH4AtORNCoScculOvl8TJraEZZAq2-FaifTKhIjRQ-1yHAK3j0R8mwwktiv50qEgnMujflUFzZMxGoCe4k3MUIkCoSCTWd1b3W4_19rE aAVfDLH1Sw&imgrc=OW3OIWqswZRddM:

Reclamo de ahorristas contra la pesificación de depósitos dispuesta en el año 2002



Fuente: www.google.com.ar
(https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCGD&biw=1360&bih=662#imgrc=t5wEZjLvEZ2RiM:)

Reclamo de ahorristas contra los bancos por la pesificación e indisponibilidad de los depósitos dispuesta por el gobierno en el año 2002.



Fuente: www.google.com.ar

[https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbn=isch&tbs=rimg:CbecBGy7xGdljg1n0TZcCs_1hW57RkiB2112nBqnpTQxxlNqWwTZ98sdgeemm6TbrNYZuKE6Jl38kznkkERj8JGsrCoSCTWfRNIwKz-FEet6_1mu1RM9gKhIjntGSUHbWXYRAqxx-Hci15kqEgmcGqeINDHEgxH3YB02ml9-ISoSCWpbBNn3yx2BEYgXAgiFta7uKhIJ56abpNus1hkRW1EN4BvVk_1QqEgm4oTomXfyTORGZMbZIIQYLFioSCeSQRGPwkaysERndI0KHLiyu&imgrc=-Vo4r_3d79YvM:\)](https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbn=isch&tbs=rimg:CbecBGy7xGdljg1n0TZcCs_1hW57RkiB2112nBqnpTQxxlNqWwTZ98sdgeemm6TbrNYZuKE6Jl38kznkkERj8JGsrCoSCTWfRNIwKz-FEet6_1mu1RM9gKhIjntGSUHbWXYRAqxx-Hci15kqEgmcGqeINDHEgxH3YB02ml9-ISoSCWpbBNn3yx2BEYgXAgiFta7uKhIJ56abpNus1hkRW1EN4BvVk_1QqEgm4oTomXfyTORGZMbZIIQYLFioSCeSQRGPwkaysERndI0KHLiyu&imgrc=-Vo4r_3d79YvM:)

Reclamos contra los bancos por la pesificación e indisponibilidad de los depósitos
dispuesta en el año 2002.



Fuente: www.google.com.ar
(https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#imgrc=XBwPkQJD35uPVM:)

Saqueos urbanos durante la crisis durante el verano 2001/2002, la cual incluyó a la devaluación de la moneda y pesificación de las obligaciones.



Fuente: www.google.com.ar

(https://www.google.com.ar/search?q=corralito+y+corralon+en+argentina&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwi alcGm6OXUAhWEHpAKHWSaDPMQ_AUICCgD&biw=1360&bih=662#q=corralito+y+corralon+en+argentina&tbn=isch&tbs=rimg:CbecBGYy7xGdljg1n0TZcCs_1hW57RkIB21I2nBqnpTQxxlNqWwTZ98sdgeemm6TbrNYZuKE6JI38kznkkERj8JGsrCoSCTWfRNIwKz-FEet6_1mu1RM9gKhIJbntGSUHbWXYRAqxx-Hci15kgEgmcGqeINDHEgxH3YB02ml9-ISoSCWpbBNn3yx2BEYgXAgiFta7uKhIJ56abpNus1hkRW1EN4BvVk_1QqEgm4oTomXfyTORGZMbZIIQYLFioSCeSQRGPwkaysERndI0KHLiyu&imgrc=ySyWsZghowdluM:)

Anexo II

Cuadro sinóptico sobre efectos de la pesificación



Fuente: www.google.com.ar
(https://www.google.com.ar/search?q=consecuencias+de+la+pesificaci%C3%B3n&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&oq=consecuencias+de+la+pesificaci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.17682j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8) Imágenes.

Anexo III

Modelos de cláusula dólar

Cláusula Dólar

Es condición esencial de la operación que todas las sumas comprometidas por las Partes sean abonadas o restituidas, según corresponda, en dólares estadounidenses billete en los términos del artículo 766 del Código Civil y Comercial de la Nación. Las Partes conocen y se hacen cargo de la incertidumbre y volatilidad de los mercados cambiarios en la República Argentina. Por ello, asumen el hecho del príncipe, caso fortuito o fuerza mayor que hagan más oneroso el cumplimiento de la obligación comprometida. Las Partes tienen presente que durante el plazo de pago pactado el valor del dólar estadounidense puede fluctuar en forma diferente, y asume tal variación como integrante del riesgo propio del contrato, renunciando a invocar al respecto la teoría de la imprevisión y fuerza mayor. Para el único supuesto que se establecieran restricciones legales absolutas a la compraventa de divisas la parte obligada al pago podrá liberarse mediante la entrega de la cantidad de pesos argentinos que resulte necesaria para que las partes puedan adquirir la cantidad de Dólares Estadounidenses de que se trate, en billetes de esa moneda extranjera, de acuerdo al procedimiento indicado a continuación: Mediante la adquisición de títulos públicos denominados y pagaderos en DÓLARES ESTADOUNIDENSES emitidos por el Gobierno de la República Argentina o por compañías públicas o privadas argentinas, (a elección de la Parte acreedora) -de cualquier serie o valor- que coticen en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y/o en el Mercado Abierto Electrónico de Buenos Aires y que sea posible adquirirlos en los Estados Unidos de Norteamérica y que vendidos en el mercado de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, los cuales, libres de todo cargo impuesto retención y/o comisión, equivalgan a los DÓLARES ESTADOUNIDENSES adeudados bajo la presente (los "TÍTULOS"). A los efectos de determinar el valor de compra en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, se estará a la cotización del último precio operado a las doce (12) horas del día en que se efectúe el pago para operaciones en pesos con liquidación en 72 hs. Para determinar el valor de venta de los TÍTULOS contra DÓLARES ESTADOUNIDENSES en Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, se tomará en primera instancia el valor acordado entre las partes; en el caso de desacuerdo el promedio entre el precio comprador y vendedor para operaciones en dólar divisa con liquidación en 72 hs. en la Bolsa de Comercio de

Buenos Aires y si tal cotización no estuviera disponible se tomará el precio promedio de las puntas COMPRADORA y vendedora informada por al menos tres de los siguientes bancos: (i) ICBC, (ii) Banco Itaú, (iii) Banco Galicia; (iv) Banco Santander Rio; (v) Citibank, si no existieran ningunos de los bancos detallados, por un promedio de tres Bancos de renombre elegidos por la parte receptora del pago en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, Si por algún motivo ajeno a las partes no se pudieran obtener de dichos bancos las cotizaciones de los bonos, se podrá tomar la misma del sistema de información financiera BLOOMBERG, proveyendo a ambas partes las pantallas con las cotizaciones de los bonos en pesos y dólares.

Las partes dejan constancia que, a los efectos de la presente compraventa, han tenido en cuenta las condiciones imperantes en los mercados financieros y cambiarios, como así también que han efectuado un pormenorizado análisis y evaluación de todas las variables económicas, financieras, legales y las posibles modificaciones que puedan acaecer en el futuro. En consecuencia, las Partes renuncian en forma irrevocable a invocar la teoría de la imprevisión y/o cualquier otro instituto semejante -previsto o no por la ley o por la jurisprudencia y que esté vigente en la actualidad o se establezca en el futuro- para pretender la revisión de lo pactado mediante el presente boleto y/o para dejar sin efecto el mismo.

Moneda de Pago. Cláusula Dólar

El Precio de Compra se establece en Dólares Estadounidenses. La **Compradora** reconoce la posibilidad de que el uso y disponibilidad de los Dólares Estadounidenses se encuentre restringido por la normativa del Banco Central de la República Argentina o de cualquier otra autoridad pública, no obstante lo cual, acepta, acuerda y conviene pagarlo en esa moneda, esto es en Dólares Estadounidenses, dado que la **Vendedora** expresamente estableció como condición esencial que la **Compradora** abone la cantidad adeudada única y exclusivamente en Dólares Estadounidenses. A esos fines la **Compradora**, en este acto, declara que tiene en su poder la cantidad de billetes necesarios para cumplir con el pago íntegro del Precio de Compra estipulado en esa moneda extranjera o que puede conseguirla y que renuncia incondicional e irrevocablemente, a invocar: (i) caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe; y/o (ii) imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente que pudieren eventualmente afectar negativamente y/o imposibilitar totalmente la capacidad de la COMPRADORA para el pago del PRECIO DE COMPRA si ocurriese un cambio en el valor de los Dólares Estadounidenses en moneda local y/o un cambio sustancialmente desfavorable en su situación económica-financiera, comercial, patrimonial, y/u operativa y/o en la situación política o económica de la República Argentina y/o en la situación de los mercados financieros local y/o internacionales, sea como consecuencia de una devaluación de la moneda local o por otras causas; y/o (iii) la facultad prevista en el Artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación; y/o (iv) la teoría del esfuerzo compartido o cualquier otra teoría o cualquier otra acción o derecho que pudiera corresponderle a la **Compradora** para cancelar su obligación de pago del Precio de Compra con una moneda distinta a la establecida para el pago del Precio de Compra, nominado en moneda extranjera, o con una cantidad menor de la misma; en ambos casos sea que se origine en un hecho gubernamental, una sentencia judicial o arbitral o por cualquier otra causa. Tal renuncia es hecha por la **Compradora** en función de que ha meritado debidamente la actual paridad cambiaria entre el Dólar Estadounidenses y el Peso, o la moneda que lo reemplace en el futuro, y asume la posibilidad cierta de que dicha paridad cambiaria pueda, con posterioridad a la celebración del presente, experimentar una alteración sustancial.

Consecuentemente, la **Compradora** asume y toma a su cargo cualquier circunstancia (incluyendo especialmente circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor) que pudiere existir en el futuro que, afectando el mercado de cambios o los mecanismos para la obtención de Dólares Estadounidenses, impida o haga más onerosa la adquisición de la especie de moneda extranjera necesaria para el pago del Precio de Compra nominado en moneda extranjera, obligándose a hacer uso de cualquier mecanismo de intermediación, local y/o extranjero, de valores o instrumentos denominados en distintas monedas que le permitan cancelar el Precio de Compra en la moneda extranjera convenida, esto es, en Dólares Estadounidenses. En consecuencia, la **Compradora** renuncia a invocar cualquier imposibilidad de pago en Dólares Estadounidenses y reconoce que en caso de que se produzcan los eventos antes descriptos la totalidad de las obligaciones de pago a su cargo emanadas del presente se mantendrán vigentes y exigibles hasta tanto la **Vendedora** reciba la exacta cantidad de Dólares Estadounidenses que deba serle abonada, según la oportunidad que corresponda, y se pague el Precio de Compra nominado en moneda extranjera. [La **Compradora** cumplirá con su obligación de pago del Precio de Compra nominado en moneda extranjera mediante depósito [o transferencia] bancaria a la cuenta de la **Vendedora** [...]]. Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, en caso de existir eventuales restricciones o prohibiciones al pago en moneda extranjera o a la libre disposición o entrega de Dólares Estadounidenses en la República Argentina con posterioridad a la firma del presente Boleto de Compraventa, la **Vendedora**, a su exclusivo criterio, podrá aceptar el cobro mediante transferencia bancaria a plaza local o del exterior de las sumas en Pesos necesarias para adquirir la cantidad de bonos emitidos por la República Argentina, o cualquier otro título público o privado, representativo de deuda o de capital emitido en Dólares Estadounidenses y activamente negociado en cualquier mercado bursátil o extrabursátil, ampliamente reconocido internacionalmente, todos títulos a satisfacción de la **Vendedora**, y con cotización en Dólares en el exterior, en donde si fueran vendidos equivaldrían a la cantidad de Dólares Estadounidenses adeudados, depositados en el exterior. En dicho caso, la **Compradora** deberá procurar que el producido, es decir liquidado en un mercado accesible del exterior y/o local, a satisfacción de la **Vendedora**, sea idéntico -neto-, a la cantidad de Dólares Estadounidenses adeudada bajo el presente, luego de deducidos los gastos en

concepto de impuestos, costos, comisiones y/o cualquier otro gasto; todos los cuales serán a cargo de la **Compradora**.

Anexo IV

Artículos periodísticos sobre efectos de la pesificación

LA NACION

Es imposible predecir la cotización del dólar en enero de 2003

Por Horacio Varela y Jorge Vázquez Gil Para LA NACION

LUNES 11 DE ABRIL DE 2002

Prededir el valor del dólar en la Argentina en enero de 2003 es una tarea imposible. Si los derechos y garantías que consagra la Constitución no están claramente delimitados, no debería llamar la atención que la desconfianza y el desconcierto jueguen un papel central en las relaciones económicas y en la percepción del valor de los bienes. De nada sirve plantearse un esquema de variables macroeconómicas para intentar una predicción si no tenemos la íntima convicción de que todo lo que hoy se da como cierto se respetará en el futuro.

Hasta que se clarifiquen las aguas, o más precisamente las leyes, más productivo que intentar un pronóstico puede ser revisar la historia del comportamiento del tipo de cambio en los últimos 37 años para ver cómo una de las variables importantes de la economía puede aportarnos alguna enseñanza con respecto al futuro.

Para revisar tal historia hemos ajustado por inflación, a pesos de diciembre de 2001, las cotizaciones nominales del dólar a fines de cada mes, durante el período 1966 a 2002, trabajando con el índice de precios mayoristas nacionales y su correspondiente correlato en los Estados Unidos, a fin de tener valores homogéneos y comparables. Se podrían proponer otras formas de comparación, pero ésta tiene varias ventajas: sencillez, corrección matemática, carencia de emotividad y probada utilidad práctica.

Actualizando de esta manera, el valor promedio del dólar oficial para transferencias financieras, en el período 1966-2002, es de \$ 0,97 y el del dólar paralelo es de \$ 1,11. En este

LA NACION

Fuerte caída del 15,4% en el consumo en supermercados

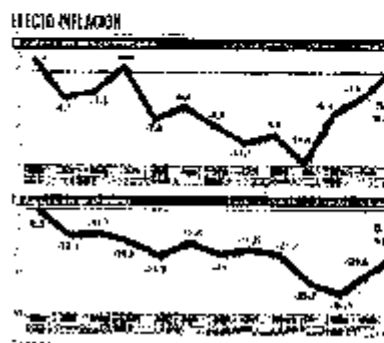
En los shoppings, la baja fue amortiguada por las compras de los turistas extranjeros

Alfredo Sanza LA NACION MIÉRCOLES 26 DE ABRIL DE 2002

Después de casi un año de bajas ininterrumpidas, los supermercados lograron cortar la racha y cerrar marzo con un incremento del 2,2% en su facturación, en relación con el mismo mes del año pasado.

Sin embargo, no hay motivos para festejar. La única causa de la suba fue la inflación, que provocó que la facturación de las grandes cadenas trepara a \$ 1260 millones, aunque en el mismo período el volumen comercializado se derrumbó 15,4 por ciento, según los datos de la encuesta que mensualmente realiza el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec).

El aumento en las ventas en marzo fue, a su vez, más pronunciado si se comparan los números de marzo con los de febrero de 2002. En este caso el incremento fue del 22,8 por ciento.



Aunque si se toman en cuenta los tres primeros meses del año, la baja fue del 2,6% en relación con el primer trimestre de 2001.

El último mes en el que los supermercados habían registrado un incremento con respecto a un año atrás

LA NACION

Hay un millón y medio de nuevos pobres

Según datos del Indec, el porcentaje de personas que viven en la pobreza aumentó de 35,4 a 39,7 por ciento

MARTES 30 DE ABRIL DE 2002 - 10:37

Más de un 1.500.000 de personas se transformaron en nuevos pobres en la Argentina desde octubre de 2001 a marzo de 2002, como consecuencia de la inflación, según se desprende de un informe difundido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec).

Según un ejercicio de cálculo de la pobreza elaborado por el organismo como consecuencia del aumento de precios, en la Capital Federal y el conurbano bonaerense el porcentaje de pobres aumentó de 35,4 por ciento a 39,7 por ciento.

Sobre una base de 36.000.000 millones de habitantes se infiere que en los últimos seis meses más de 1.500.000 argentinos se convirtieron en pobres.

Sobre la misma base, el número de indigentes creció en más de 720.000 personas, pues en octubre de 2001 el porcentaje era de 12,2 por ciento de la población de Capital y Gran Buenos Aires y en marzo de 2002 trepó a 14,3 por ciento.

Este informe no estaba estipulado en el calendario del Indec, pero según el director del organismo, Juan Carlos Del Bello, se hizo para dar una idea de que "cabe suponer que con una alta tasa de desocupación es difícil revertir la situación de la pobreza en los lugares argentinos".

© 2002/2003-2004 El Comercio S.A. Todos los derechos reservados.

LA CRISIS: PASAR HASTA 5.000 DÓLARES QUE SE CONVERTIRÁN EN \$ 7.000 EN UNA CAJA DE AHORRO

Mañana es el último día para pesificar depósitos

Mañana vence el plazo para que los que tienen plazos fijos o cajas de ahorro en dólares atrapados en el corralito puedan pasar a cajas de ahorro o cuentas corrientes en pesos hasta 5.000 dólares a 1,40 peso (hasta 7.000 pesos). Aunque este plazo podría ser extendido, de acuerdo a fuentes del Central.

También, mañana vence el plazo para que las personas con cuentas corrientes en dólares puedan pesificar hasta 10.000 dólares a 1,40 peso (14.000 pesos). Y lo mismo, pero sin límite, pueden hacer las empresas con sus cuentas corrientes en dólares o las personas que realicen actividades económicas con cajas de ahorro o cuentas corrientes en dólares.

El capital de los plazos fijos que se pesifiquen (hasta 5.000 dólares o 7.000 pesos) se multiplicará por la variación del CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia) entre el 4 de febrero y el día de pesificación, más una tasa de interés del 2% anual. El CER es un índice diario que elabora el Banco Central que toma en cuenta la inflación pasada, en base a la información del INDEC.

Los fondos que se pesifiquen seguirán en el corralito ya que sus titulares podrán extraer en efectivo sólo hasta 300 pesos por semana o pagar gastos o realizar compras con cheques o con tarjeta de débito.

En caso de no optar por esta pesificación, los saldos quedan inmovilizados y se reprograman junto al resto de los fondos para ser devueltos en pesos, a 1,40 por dólar, y en cuotas. En los hechos, se trata de una pesificación compulsiva.

En total hay casi 40.000 millones de dólares en plazos fijos, caja de ahorro o cuenta corriente atrapados en el corralito.

Y la pesificación de los sumas permitidos no significa la conformidad del ahorrista con la pesificación de sus restantes ahorros. Así, quien tiene un plazo fijo de 50.000 dólares y pesifica ahora 5.000 dólares, no significa que acuerda con la pesificación compulsiva de los 45.000 dólares restantes. Y en consecuencia no queda inhibido ni se retracta del reclamo judicial que hubiera hecho.

La devolución de los depósitos será con el siguiente calendario:

Hasta 7.000 pesos: en 12 cuotas a partir de enero de 2003.

Entre 7.000 y 14.000 pesos: en 12 cuotas desde marzo de 2003.

Más de 14.000 hasta 42.000 pesos: en 18 cuotas a partir de junio 2003.

Más de 42.000 pesos: en 24 cuotas a partir de setiembre de 2003.

Los depósitos así pesificados se ajustarán por el CER. Así, al vencimiento, cada cuota se multiplicará por el valor que surja de dividir el CER de ese día por la fecha de la reprogramación. Además, devengará una tasa del 2% anual.

Sin embargo, antes de esta devolución, los ahorristas podrán optar por recibir un bono del Estado hasta 30.000 dólares que Economía deberá definir en los próximos días.

Por ahora se desconoce el plazo de vencimiento de ese bono, la tasa de interés que devengará y si habrá un período de gracia (lapso en que no se paga el capital y/o los intereses).

LA NACION

Más de 100.000 comercios cerraron en 2002

El titular de la entidad, Rubén Manusovich, estimó que unas 280.000 personas quedaron sin empleo

MIÉRCOLES 07 DE MAYO DE 2002

El presidente de la Federación de Centros Comerciales de la República Argentina (Fedecámaras), Rubén Manusovich, aseguró que "durante abril otros 15.000 comercios minoristas debieron cerrar sus puertas, lo que significa que en lo que va del año ya bajaron sus persianas 102.500 negocios, y que unas 280.000 personas, entre empleados y propietarios, perdieron sus fuentes de trabajo".

Sin embargo, destacó que, según un informe de Fedecámaras, "los cierres de abril fueron menos que en los meses anteriores", y explicó que "ello obedeció a que los rubros vinculados al turismo mantuvieron cierto nivel de actividad".

El dirigente destacó que las empresas proveedoras siguen remarcando precios "al compás de los diarios aumentos en los combustibles que el oligopolio petrolero aplican con total impunidad y desprecio al sufrido pueblo argentino".

Manusovich precisó que si bien oficialmente se reconoce en abril una inflación del 10 por ciento, "la realidad de la canasta familiar es otra, hay productos que aumentaron entre un 40 y un 80 por ciento".

Fuente: DyN

Q 19/02/2002 00:00 | Clarín | Noticias

LA CRISIS: DEMANDAS EN TRIBUNALES

Récord de recursos de amparo para que levanten el corralito

Ayer hubo 4.000 presentaciones y desde el fin de la feria de enero ya se acumulan más de 15.000. En Tribuna se teme un colapso porque esperan otra avalancha de recursos de amparo.

Las caras de fastidio y aburrimiento comenzaban por Tucumán, seguían por Libertad y se metían en la puerta principal del Palacio de Justicia, donde las penumbras de los pasillos eran todo un símbolo. Ayer, unas 1.000 personas —ahorristas, abogados y empleados de estudios jurídicos— presentaron una cifra récord de recursos de amparo en contra del corralito impuesto a sus depósitos y al de sus clientes. Simplemente quieren recuperar sus depósitos en dólares y el de sus clientes. Y los quieren constantes, sonantes, y de color verde, como dicen que los depositaron.

Esos recursos son presentados en la Cámara Federal en lo Concencioso Administrativo, en Talcahuano 550. Ayer, en la secretaría general de esa Cámara, informaron a Clarín que ya le dieron curso a más de 13.000 amparos desde que terminó la feria de enero. Se calcula que en promedio se reciben unos 2.500 por día.

"Hoy (por ayer) llegamos a un pico de 4.000", dijeron en la secretaría. Y en lo que queda de esta semana se espera que se incremente la cantidad de personas que quieran presentar su reclamo, debido a que el 26 de febrero vence el plazo para que los ahorristas pesifiquen sus depósitos bancarios. Con esta perspectiva, en los Tribunales esperan un colapso. "Esto es un desborde. ¿Qué va a pasar con los juzgados cuando reciban todos estos pedidos", preguntaban en los Tribunales.

Era fácil distinguir quiénes eran ahorristas y quiénes hacían el trámite desde un estudio jurídico. Los fastidiados eran ahorristas. Los otros, aburridos, cansados después de horas en la cola, eran cadetes o empleados de algún bufete de profesionales. O abogados en representación de sus clientes, quienes a lo largo de la cola compartían estrategias para burlar el corralito.

Marcía (así, a secas, prefirió) sostenía su cansancio apoyada contra una de las frías paredes del edificio. Es empleada de una multinacional, 43 años, despedida y sin trabajo, tiene sus ahorros y una indemnización en el "Urbe". Defendió. Sin dar cifras exactas, eso significa, dijo, unos 50.000 dólares: "Billete sobre billete. Y así quiero que me los den", aseguró a Clarín.

La presentación del recurso de amparo no tiene una tasa. Pero necesariamente, la persona que lo presenta tiene que estar representada por un abogado. Así que el ahorrista, además de reclamar su dinero, debe desembolsar plata —que en muchos casos no tiene— para pagar un profesional.

Ana Hertha, una mujer boliviana de 49 años, había llegado al Palacio de Tribunales a las 3.30 y fue una de las primeras en ser atendida. Tiene 26.000 dólares atrapados en la sucursal Flores del Cidbank. "Son ahorros míos y de mi hija. Yo trabajo desde los 12 años limpiando casas", contó cuando ya se iba. "Para nosotros es una fortuna. Y era todo lo que teníamos".

Otra ahorrista, Ana, de 58 años, estaba en la puerta de Tribunales con un cartel de protesta. Hace dos semanas que presentó su recurso de amparo, pero hasta ahora, "ni noticias". Hace un año la echaron de Edenor y le dieron 30.000 dólares. Los puso en el BankBoston. "Me acerta que haya ladrones sucios. ¿Dónde está el dinero que me robaron?"

LA NACION

Canjear depósitos por bonos no es la solución

DOMINGO 21 DE ABRIL DE 2017

El nuevo intento del Gobierno de solucionar el goteo de dinero en efectivo del corralito por medio de un nuevo plan Bonex es un grave error, pues viola claramente los derechos adquiridos por los depositantes.

Es falso que no existen alternativas, como sostienen muchos analistas. Desde Exante hemos propuesto una alternativa claramente superior, la que no sólo hemos hecho pública ya en febrero sino que además la hemos puesto detalladamente en conocimiento del ministro de Economía, Jorge Remes Lenicov, y de las autoridades de la Asociación de Bancos de la Argentina (ABA) en marzo último.

El fallo de la Corte Suprema de febrero no declaró inconstitucional el "corralito" en su "versión Cavallo", sino sólo en su "versión Duhalde". La primera no violaba la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos, aprobada por el Congreso en agosto y promulgada por el Ejecutivo en setiembre de 2001. Sólo restringía la salida de efectivo, pero no tocaba ni la disponibilidad, ni los montos, ni la moneda, ni el plazo de los depósitos pactados.

El verdadero "campo de concentración" financiero del gobierno de Duhalde es el que, a juicio de la Corte, violó esa ley, porque reprogramó los plazos de los depósitos a término y modificó la moneda de origen de los pactados en moneda extranjera, todas ellas medidas expresamente prohibidas por la ley.

El canje por bonos que ahora pretende el Gobierno es igualmente inconstitucional. Y no es, como cree el Gobierno, asimilable al plan Bonex de 1989, que sí fue avalado por la Corte a partir del famoso fallo del caso Peralta.

ENTRE COPAS

... [Ver todos los artículos de esta sección](#)



(https://datos.bing.com/cache/134628/Economia/Copas?d=0.03205834542936216&ab=677Bd47afacc228&IP=0c840b8952a70e&url=IP%3Awww.losandes.com.ar/&url=https://www.losandes.com.ar/2017/06/30/44721/)

(https://datos.bing.com/cache/134628/Economia/Copas?d=0.03205834542936216&ab=677Bd47afacc228&IP=0c840b8952a70e&url=IP%3Awww.losandes.com.ar/&url=https://www.losandes.com.ar/2017/06/30/44721/)

... [Ver todos los artículos de esta sección](#)

Corralito: más de 10.000 amparos en Mendoza

Ayer venció el plazo para interponer la medida ante la Justicia. Hubo largas colas y mucha gente se quedó sin hacer el trámite.

Dario Gattardo dgattardo@losandes.com.ar

... [Ver todos los artículos de esta sección](#)

(https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?_rftip=www.losandes.com.ar/articulo/economia-344721)

(https://plus.google.com/_/110?contin%3F=&url=http://www.losandes.com.ar/articulo/economia-344721)

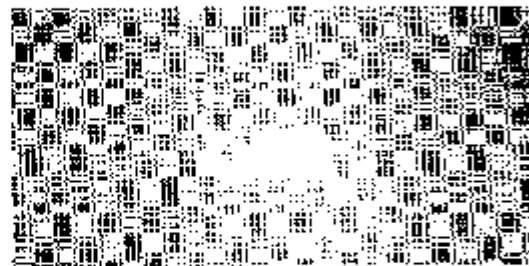
(https://www.compartirle.com/)

... [Ver todos los artículos de esta sección](#)

(whatsapp://send?text=Los Andes: Corralito: más de 10.000 amparos en Mendoza - http://www.losandes.com.ar/2017/06/30/44721/)



La furia disparó por las restricciones impuestas al uso de los depósitos bancarios en Mendoza y en la virja noviembre comenzó a hacer los trámites a última hora. Hubo en el momento ayer en Mendoza al cumplirse la última jornada para presentar recursos de amparo contra el corralito financiero.



40

Desde horas tempranas, miles de personas pagaron por intentar la medida, lo que generó largas interminables líneas a los Tribunales Federales y al edificio de Juzgado Federal número 2. Unas oficinas de la Justicia para cumplir esa gestión.

Ya en la última semana y hasta el momento de depositantes que desfiló por los salones judiciales había superado todos los récords.

En Mendoza y según fuentes judiciales en los días últimos meses, desde que se venció el plazo para hacer denuncias contra la intervención de los depósitos, se han acumulado, estimativamente, más de 10.000 recursos de amparo contra el corralito.

En la misma semana, una sola de esas secretarías que se refirió al Juzgado Federal número tres había recibido 500 solicitudes, y se desahoga que los recursos han procesado un número similar. La cifra es todo un récord en relación directa a la cantidad de causas de todo un país, considerando a recibirse juzgada.

¡Profesional.com

Legales. 01 de diciembre de 2006

El corralito cumple cinco años, con 50 mil amparos pendientes

El 1º de diciembre de 2001, el Gobierno limitó las extracciones bancarias. Fue el comienzo de una serie de medidas que aún se discuten en los tribunales

El "corralito" financiero que se implementó entre fines de 2001 y principios de 2002 cumple hoy cinco años. **Todavía quedan 50 mil juicios pendientes en los tribunales de todo el país**, mientras que desde la Corte Suprema prometieron un fallo inminente que resolverá en forma definitiva todas las causas generadas por la pesificación.

El 1º de diciembre de 2001, el Gobierno de Fernando De la Rúa restringió los retiros en efectivo de las cuentas bancarias a 250 pesos semanales, incluidas las cuentas sueldo. El resto del dinero podría utilizarse mediante tarjetas de crédito, de débito, cheques y transferencias electrónicas. El ministro de Economía, Domingo Cavallo, creía que "bancarizando" la economía se mejoraría la recaudación impositiva y se dificultaría la evasión. También se prohibió la transferencia de dinero al exterior.

Esa fue la respuesta dada por el Gobierno para detener la fuga de 22 mil millones de dólares en depósitos del sistema financiero. Desde marzo, los bancos habían perdido más de 13 mil millones de pesos de los depósitos. Pero las protestas sociales de fin de año y las saqueos en el conurbano bonaerense, sumados al "cacerío azo" del 19 de diciembre y a los incidentes del día después generaron la renuncia del presidente De la Rúa.

A principios de 2002, el Gobierno "provisional" pesificó la economía y el dólar comenzó a flotar libremente. Los depósitos en pesos se reprogramaron para marzo de 2002 y diciembre de 2004 a una tasa del 7% anual. Y se dispuso convertir a la moneda local los depósitos bancarios que estaban en dólares, a una tasa de 1,40 pesos por cada dólar. Más adelante se creó el CER, un coeficiente de actualización que procuraba mejorar la oferta para los ahorristas. Pero la mayoría no estaba dispuesta a aceptarla.

Cataratas de amparos

De la mano de estas medidas llegaron los amparos judiciales: **en plena feria judicial de enero los tribunales se vieron tapados de trabajo**. Miles de ahorristas empezaban a familiarizarse con términos jurídicos tales como "emergencia" y "confiscación", y las colas en Tribunales para introducir las demandas se extendían por cuadras. En un sólo día de febrero se presentaron más de 4 mil acciones de amparo. **Las causas iniciadas contra el corralito y el corralón fueron más de 322 mil**.

Mientras, los estados jurídicos que asesoran a los bancos debían responder miles pedidos de informes por recursos de amparo, por lo que muchos tomaron nuevos empleados y establecieron equipos de empleados que trabajaban las 24 horas del día.

El lunes 2 de diciembre de 2002, el corralito llegó a su fin cuando el Gobierno de Eduardo Duhalde y su ministro de Economía liberaron los depósitos "acorralados" en cuentas de ahorro y corrientes. **Pero aún quedaban decenas de millones de pesos / dólares en las cuentas bancarias que estaban en esa moneda extranjera**, ya que sus titulares reclamaban la inconstitucionalidad de la pesificación de la economía y querían que se les devolviera dólares en un momento en el que la divisa rondaba los 3 pesos por unidad.

LA NACION

El PBI podría caer 9 por ciento en 2002

Según estimaciones "negativas" del Ministerio de Economía la inflación del año sería del 22 por ciento

LUNES 11 DE FEBRERO DE 2002 - 19:27

La economía argentina podría caer este año casi el 9 por ciento, mientras que la inflación aumentaría en alrededor del 22 por ciento, según los cálculos pesimistas que maneja el Palacio de Hacienda.

Así lo reveló hoy una alta fuente de la cartera económica, quien indicó que, según las estimaciones más negativas con que se manejan los hombres que integran el equipo del ministro Jorge Remes Lenicov "el retroceso de la economía "alcanzaría al 8,9 por ciento".

El portavoz reconoció que las cifras que figuran en el presupuesto, y que indican una estimado de inflación del 15 por ciento y de caída del producto bruto interno (PBI) del 4,9 por ciento, contienen un cierto grado de "optimismo".

El dato -que hasta el momento había sido celosamente guardado por las autoridades económicas- forma parte de las estimaciones que tienen en consideración los integrantes del equipo económico, las cuales fueron presentadas la semana pasada ante la misión del Fondo Monetario Internacional (FMI) que, liderada por el nuevo jefe del denominado "caso argentino", Anoop Singh, audita las medidas adoptadas por el Gobierno para salir de la crisis.

"Nosotros hemos hecho un cálculo alternativo (al que figura en el presupuesto 2002), teniendo en cuenta una caída del 8,9 por ciento (de la actividad económica) y con una inflación mayor al 22 por ciento", señaló la fuente.

Ruckauf abandonó la gobernación de Buenos Aires para hacerse cargo de la Cancillería

Soldado que huye

El Gabinete se completará con Remes Lenicov en Economía, De Mendiguren en Producción, Caplanich en la Jefatura, Gabriel en Interior, Fernández en la Secretaría General, Adamsen en Trabajo. Vanossi irá a Justicia.

Página/12

el país a diario

Buenos Aires, jueves 3 de enero de 2002 - Año 15 - Nº 4711 - Precio de venta sueldo: \$1,20
Hecho en Argentina - Edición: 402 - En Brasil: R\$ - Distribuido con C.O. en Chile: \$6
Dipositado Agente S.A. de Pap. 90 - Opción C.O. Edic. Facilita: 90

EL PLAN REMES

Ya está definido que el dólar se va a 1,40 peso. Se establece un cronograma de devolución de los depósitos a partir de 180 días con un 2,5 por ciento de interés anual mientras se reprograman las deudas en dólares

Es un pajarito, es un avión... No, es un dólar

- Se renegociarán las deudas con las privatizadas para mantener controlada la inflación.
- Emitirán 3000 millones de Lencop para compensar la caída en la recaudación.
- El tipo de cambio será fijo y estará basado en la canasta de monedas incorporando al real.
- Aún no está definido si los créditos en dólares se prestarán con la nueva cotización (1,40), otorgando más plazo para que no suban las cuotas; o se respaldará al 1 a 1 compensando a los bancos con un bono específico.
- El Banco Central vuelve a ser el prestamista en última instancia.
- El viernes se presentará una ley contributiva al Parlamento con todos los cambios, formalizando al fin de la Convertibilidad.

CIRCULO

Duda: es un sí la presidencia y si presiona para cambiar la Corte Suprema
Cortesanos en la mira

2 Elabado en el dictado por Julio Naudin

Fuente: www.google.com.ar
(https://www.google.com.ar/search?q=es+un+pajaro,+es+un+avion...+No,+es+un+d%C3%B3lar&rlz=1C1GGRV_enAR751AR751&espv=2&tbm=isch&imgil=0rK-Up5m4XYS8M%253A%253B0TYXjMdhR6WvfM%253Bhttps%25253A%25252F%25252Ffacevedo360.wordpress.com%25252F2014%25252F04%25252F05%25252F2ftapas-el-dolar-por-pagina12%25252F&source=iu&pf=m&fir=0rK-Up5m4XYS8M%253A%252C0TYXjMdhR6WvfM%252C_&usq=_gxMuLjuYq4IDjWrwgY11rtR8yYM%3D&biw=1360&bih=662&ved=0ahUKEwi05ueCt_XUAhWDipAKHfxiAj8QyicINA&ei=sZReWfRjg5XCBPzFifgD#imgrc=0rK-Up5m4XYS8M)

Anexo V

Guía de Pautas Entrevistas en Profundidad

GUÍA DE PAUTAS ENTREVISTA EN PROFUNDIDAD

Buenos días, estamos realizando una investigación sobre obligaciones pactadas en moneda extranjera dentro del régimen de la ley argentina a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

La idea es poder conocer distintas opiniones para que ellas colaboren al desarrollo de nuestra investigación.

Por favor, nuestro objetivo, es que Ud. se sienta cómodo para que comparta sus ideas y le aclaro que acá no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que nos importa es su sincera opinión, porque justamente eso es lo que necesita nuestra investigación.

Cabe aclararle que la información es solo para nuestro trabajo de investigación y sus respuestas serán anexadas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar las conversaciones, porque tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación?

Desde ya muchas gracias por su predisposición y por su tiempo.

GUÍA DE PAUTAS

- 1) La igualdad dentro del Derecho
- 2) Principios que identifican la validez de un contrato.
- 3) El derecho de propiedad.
- 4) Límite sobre la propiedad que no puede ser transgredido por ningún acto o ley.
- 5) Supuestos en los que puede ser modificada la moneda pactada en los contratos bancarios.
- 6) Supuestos en los cuales puede ser modificada la moneda pactada en los contratos de mutuo con garantía hipotecaria.
- 7) Elementos necesarios para que proceda la teoría de la imprevisión
- 8) Significado jurídico del concepto “abuso de derecho”.
- 9) Características que identifican la presencia del enriquecimiento sin causa.

- 10) Límites que no pueden traspasar las denominadas leyes de emergencia.
- 11) Alcance del último párrafo del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Anexo VI

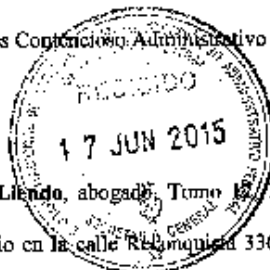
Informe judicial sobre cantidad de juicios iniciados por causa de pesificación ante el fuero Contencioso Administrativo Federal durante el año 2002.

SOLICITO INFORMACIÓN

Excelentísima Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal

Mesa de Entradas

S / D



Gustavo Carlos Liendo, abogado, Tomo 12, Folio 412 CPACF, por mi propio derecho, con domicilio en la calle Reconquista 336, piso 3º "GC" de CABA, domicilio electrónico 20119561095, me dirijo a Ud. a efectos de solicitar se me informe la cantidad de causas (juicios) que se iniciaron ante el fuero Contencioso Administrativo Federal durante el año 2002.

La información solicitada tiene por objeto obtener fehaciente información sobre la cantidad de juicios iniciados durante ese año 2002 ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, para poder utilizar dicho dato en un trabajo de investigación académica que estoy realizando.

Agradeciendo desde ya la información, Saludo a Ud. muy atentamente

A handwritten signature in black ink that reads "Gustavo Carlos Liendo".

Gustavo Carlos Liendo
Abogado
C.P.A.C.F. T° 12 P° 412

Poder Judicial de la Nación

En la fecha se hace entrega del informe solicitado dejando debida constancia que en el año 2002 se han iniciado CAF 187360/2002 causas según surge de la consulta efectuada al Sistema Informático de la Mesa de Asignación de Causas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.-

Buenos Aires, 23 de junio de 2015.-




HERNÁN PABLO CRAVERA
PRESIDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

USO OFICIAL